MARTÍN ALEJANDRO ZAMPINO

De una Teoría Pura y hacia una Teoría Crítica del derecho.

Un alegato a favor de la renuncia al concepto positivista de validez.

Tesis para optar al título de Doctor en Ciencias Sociales de la
Universidad Nacional de Entre Ríos

Director: Dr. Horacio Javier Etchichury
Rosario de Santa Fe, 2016

Abstract:

La tesis se propone analizar la Teoría Pura del derecho de Hans Kelsen pero no desde un punto de vista estrictamente jurídico, sino más abarcativo. Interesa señalar que los presupuestos gnoseológicos de semejante teoría están preñados de consecuencias e implicaciones prácticas. Ello implica repasar los tópicos kelsenianos fundamentales de la Teoría Pura, informados por la perspectiva marburguiana que Kelsen hereda de H. Cohen. Se sostendrá que semejante enfoque lleva a una conceptualización incompleta e ideológicamente sesgada del concepto de validez jurídica.

Siguiendo la línea de los teóricos críticos frankfurtianos, se pasará revista a argumentos que muestran la filiación de la teoría kelseniana, y del positivismo jurídico en general, a lo que Adorno y Horkheimer llamaron "teoría tradicional". Dicho enfoque tiene pretensiones de objetividad y de neutralidad valorativa que resultan ser insostenibles, y ello a pesar de los específicos esfuerzos de Kelsen en contra de la impregnación ideológica del conocimiento. Por ello será preciso avanzar en la dirección de la teoría crítica de J. Habermas y, una vez aceptado que todo conocimiento está no sólo relacionado con algún tipo de interés sino también ideológicamente condicionado, avanzar en la dirección de lo que varios autores han llamado "teoría crítica del derecho".

Se analizará en qué sentido se da una coincidencia entre la teoría habermasiana y los parecidos de familia que caracterizan a las teorías críticas en general. La corroboración de que es el caso permitirá asumir la inevitable imbricación entre los puntos de partida epistemológicos y la política, de un lado, y la politicidad del fenómeno jurídico, por el otro.

Ello permitirá comprender la estrecha relación que se da tanto en Kelsen como en Habermas, entre la forma de pensar el derecho y la concepción de la política y de la democracia que tiene cada uno. Y permitirá avanzar en la construcción de una teoría del derecho que no sea indiferente al significado y el valor de la fundamentación del Estado de Derecho Democrático.

Abstract:

The thesis proposes an analysis of Hans Kelsen's Pure Theory of Law, not from a strictly juridical point of view, but from a more comprising view. It's important to point out that the gnoselogic assumptions of such a theory are plagued of practical consequences and implications. That involves reviewing the kelsian main topics of Pure Theory, permeated by the marburguian perspective that Kelsen inherits from H. Cohen. It will be proposed that such an approach leads to an incomplete conceptualisation and an ideologically biased concept of the juridical validity notion. Following the line of frankfurtian theoretical critics, a review of the arguments that show the filiation to the kelsian theory and of the juridical positivism in general will be carried out, what Adorno and Horkheimer called "traditional theory". This approach has pretentions of objectivity and value neutrality, which result to be unsound, despite Kelsen's specific efforts against knowledge ideological impregnation. It will be necessary to advance in the critical theory direction, held by J. Habermas, and, once agreed that all knowledge is not only related to some type of interest, but also ideologically conditioned, go ahead in the direction of what several authors have labelled "critical theory of law". An analysis of the sense in which the coincidence of habermasian theory and family resemblances that characterize the critical theories in general will follow. This corroboration will enable the assumption of the inevitable imbrication between the epistemological and political starting points, on one hand, and the politicity of the juridical phenomenon, on the other hand. This will allow to comprehend the close relationship between the way law is thought and the notion of politics and democracy that Kelsen and Habermas have. This will result in a construction a theory of law not indifferent to the meaning and value of the Democratic State of Law rationale.

A Leonor y Alejandro, pilares de mi vida

ÍNDICE

Parte A: Presentación……..9
A.1. El tema……10
A.2. Marco teórico……..11
A.3. Problemas……19
A.4. Objetivos……19
A.5. Estado del arte……20
A.6. Tesis……23
A.7. Metodología y organización de la presente tesis……23

Parte B: Desarrollo……..26
B.I. Prolegómenos……...27

B.II. Bases filosóficas de la Teoría Pura del Derecho……35
B.II.1. La pureza de Marburgo……42
B.II.2. Kelsen y los positivistas……...46
B.II.3. Algunas dificultades epistemológicas……..49
B.II.4. El "escepticismo" kelseniano y la posible imbricación entre teoría y praxis…..53

B.III. Sentido y validez de las normas según la Teoría Pura del derecho……..59
B.III.1. "Norma" como sentido objetivo de un acto de voluntad……...61
B.III.2. La *Grundnorm*…….....62
B.III.3. Un presupuesto como fundamento……64
B.III.4. La validez de las normas……65
B.III.5. La dinámica jurídica y el contenido del derecho……67
B.III.6. Normas y valores……68
B.III.7. Derecho y moral……69
B.III.8. El relativismo moral y la posibilidad de criticar el derecho……...70
B.III.9. La legitimidad del derecho……70
B.III.10. La eficacia del derecho……72

B.III bis. El concepto del derecho según Herbert Hart……74

B.III bis.1. El intento de uniformar el derecho lo deforma…….76
B.III bis. 2. La continuidad del derecho y las "reglas" como fundamento de validez…77
B.III bis.3. Validez y eficacia……..78
B.III bis.4. ¿Un hecho como criterio supremo de validez?.....80
B.III bis.5. Derecho y valor moral. El *minimum* de derecho natural……..82
B.III bis.6. Una moral formal como patrón para el derecho……84
B.III bis.7. La crítica del derecho desde una moral específica……86
B.III bis.8. Derecho y legitimidad……...88
B.III bis. 9. Validez e iniquidad……..89
B.III bis.10. Concepto amplio versus concepto restringido de derecho……..90

B.IV. Primeras aproximaciones críticas……..91
B.IV.1. Más problemas en torno a la separación *Sein/Sollen*…….99
B.IV.2. La Teoría Pura del derecho: ¿una antifilosofía?.....104

B.V. La lucha de Kelsen contra la deformación ideológica del conocimiento.
La Teoría de la Gradación como instrumento……..108
B.V.1. Otras dificultades……...124
a) Acerca de la norma de habilitación……125
b) Acerca del carácter metajurídico de sus definiciones fundamentales……130

B.VI. Las metas del pensamiento……..136
B.VI.1. La ilusión de neutralidad de la ciencia tradicional……...141
B.VI.2. El comportamiento crítico……145
B.VI.3. Más sobre la explicación teórica……..148
B.VI.4. La dialéctica……151
B.VI.5. Prioridad del objeto……..156
B.VI.6. Conclusiones provisionales……..157

B.VII. Fundamentos aletheicos en dirección de una Teoría Crítica del derecho…….161
B.VII.1. Una crítica a las teorías correspondentistas de la verdad……..162
B.VII.2. Diferenciación entre "acción" y "discurso"……..165
B.VII.3. De la justificación de las proposiciones normativas

a la "comunidad ideal de comunicación"……168
B.VII.4. El examen de la rectitud o corrección……..177

B.VIII. Hacia una concepción crítica de la validez jurídica.
La relación entre derechos subjetivos, democracia y justicia……..182
B.VIII.1. Las relaciones entre derecho y moral……...……189
B.VIII.2. El "principio democrático" y la importancia del espacio público……190
B.VIII.3. El "sistema de los derechos"……193

B.VIII bis. Aspectos extrainstitucionales de la validez jurídica: del poder
comunicativo a la desobediencia civil……203
B.VIII bis.1. El derecho a la protesta y la desobediencia civil……207
B.VIII bis.2. La desobediencia civil frente a otras formas de protesta……216

B.IX. Excurso: Habermas frente a cierta herencia del pasado y frente
a ciertas críticas del presente……222
B.IX.1. Locke y Habermas como "liberales"……..224
B.IX.2. La crítica……226
B.IX.3. Una visita a Locke……..230
B.IX.4. Contrastes con Habermas……237
B.IX.5. Ajustando cuentas……..248

Parte C. Conclusiones……,251
C.1. Otra visita a Kelsen……252
C.2. Sobre Kelsen y Habermas en su carácter de teóricos críticos…….276

Bibliografía……293

Agradecimientos

Quiero expresar mi agradecimiento a la Universidad Pública argentina, por haberme permitido formarme en sus claustros.

A mi director, el Dr. Etchichury, por la confianza depositada.

A la Facultad de Trabajo Social de la Universidad Nacional de Entre Ríos, por haberme acogido cálidamente. Es importante destacar la ayuda que significó el Programa "Doctorar" para la realización de la presente tesis.

A la Universidad Nacional de Rosario.

A la Universidad Nacional de Córdoba.

A los grandes amigos esparcidos en tres provincias, que hacen de la vida una experiencia alegre y cargada de afecto.

A las personas que se comprometieron con amor en su paso por mi vida.

Al Mgter. Gastón Mutti, por su apoyo en los inicios de mi carrera docente, y aún antes.

A los pilares de mi vida, porque sé que este trabajo será más para su orgullo que para el mío.

PARTE A: PRESENTACIÓN

.

A.1. El tema

El tema de la presente tesis puede ser encuadrado, a grandes rasgos, dentro de la Filosofía del derecho. Sin embargo, en vistas de que el estudio que se pretende inspirar puede llegar a exigir un enfoque inter y multidisciplinario, dicho tema implica un área de conocimiento a la vez mayor y menor que la Filosofía Jurídica.

Mayor porque dar cuenta de ese objeto de estudio que es el derecho, y hacerlo asumiendo un enfoque crítico sobre el mismo, puede demandar el aporte de disciplinas como la Sociología, la Economía Política, la Historia, la Lingüística, el Psicoanálisis, etcétera.

Menor porque la teoría crítica es solo un capítulo o un apartado dentro de la Filosofía del derecho.

En consecuencia, el tema puede ser enunciado de la siguiente manera: "Teoría Crítica del derecho".

Pese a todo, y aunque el asunto quede enunciado así de manera general, semejante planteo adolece de falta de precisión. Ello es así porque la intención del presente trabajo no es realizar una investigación exploratoria sobre las diferentes ramas o los diferentes movimientos intelectuales que pueden llegar a formar parte de una teoría crítica del derecho. La intención es más modesta aunque no por ello menos ambiciosa: adentrarse en las obras de dos de los pensadores más importantes del siglo XX, Hans Kelsen y Jürgen Habermas, quienes no solamente han sido y son enormemente influyentes (lo cual se demuestra con la inmensa bibliografía que existe sobre ellos) sino que, también, han construido sistemas complejos y riquísimos que pretenden avanzar en la posibilidad de construir una ciencia del derecho[1] y esclarecer las relaciones entre derecho, sociedad, política y poder.

La mayor parte de los manuales de metodología de la investigación hacen referencia a tres requisitos que deben cumplirse y que, si tal fuera el caso, constituyen un indicio de

[1] Entendemos, con Federico Schuster (2000), que aunque muchas áreas del conocimiento se construyan merced a aportes interdisciplinarios, es suficiente la identidad del ámbito objetual para que sea posible hablar de la existencia o posibilidad de existencia de una disciplina científica. Así como se postula esa unidad de experiencia de lo político o de la política para hablar de "ciencia política", se puede proceder de manera análoga al postular la posibilidad de una "ciencia del derecho" en tanto que el objeto de estudio sea el fenómeno jurídico. El tema, empero, está sujeto a controversia: así como La Universidad Nacional de Rosario y la Universidad Nacional de Entre Ríos tienen una carrera de "ciencia política", la Universidad Nacional de Córdoba la tiene de "ciencias de la comunicación".

que el tema de la investigación ha sido bien elegido. Esos requisitos o criterios serían: vocación, calificación intelectual y existencia bibliográfica (Asti Vera, 1993: 101)

El más sencillo de dar por cumplido es, a no dudarlo, el tercero, puesto que se trata de dos autores sobre los cuales se ha escrito mucho. Y no solo se ha escrito mucho sobre Kelsen y sobre Habermas sino que, además, el tema de la teoría crítica ha sido arduamente debatido. Lo cual asegura la abundancia de fuentes a las cuales acudir.

Los dos primeros criterios pueden ser más problemáticos. Pero existen argumentos para sostener que también se cumplen.

La calificación intelectual tiene que ver con la competencia, en el sentido de la idoneidad o de las aptitudes. Si se acepta que dicha competencia no consiste en una cualidad dada, sino que se va construyendo, resulta aceptable justificar el cumplimiento del segundo criterio atándolo al primero. Pues la vocación indica la predilección, inclinación o preferencia por algo. Y, en tal sentido, resulta claro el interés del autor de la presente investigación por el tema en cuestión, desde los albores de su carrera académica.

Lo testimonian diferentes hechos, la elección de la temática en la presentación de la tesis de grado de la Licenciatura en Filosofía, hasta la participación en innumerables Jornadas y Congresos (VI Congreso Nacional de Filosofía del Derecho, Rosario 2006; VII Jornadas Nacionales e Internacionales de Filosofía Jurídica y Política, Mar del Plata 2007; VIII Jornadas Nacionales y II Jornadas Internacionales sobre Pensamiento Crítico, Córdoba 2008; II Jornadas Nacionales de Filosofía Política, Bahía Blanca 2009; "Corredor de las ideas", Maldonado (Uruguay) 2010; II Jornadas de Investigación en Ciencia Política, Paraná 2012; Congreso Nacional e Internacional sobre Democracia, Rosario 2008/2010/2012/2014; entre otros) en los que las ponencias presentadas giraron siempre en torno de las cuestiones estudiadas en las páginas que siguen.

Y todo ello acumulado sobre el trabajo cotidiano realizado en cátedras como las de Teoría Jurídica en la Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional de Rosario, de un lado, y Teoría Política II y Filosofía Política en la Facultad de Trabajo Social de la Universidad Nacional de Entre Ríos, del otro.

A.2. Marco Teórico

Susana Bonetto y María T. Piñero han señalado que *"en el escenario jurídico, los dos modelos más relevantes, el iusnaturalismo y el positivismo, han sido los enclaves sobre los cuales se montaron la mayoría de las teorías jurídicas"* (1994: 63). Cada una de esas corrientes recortó su perfil, con el paso del tiempo, sobre la base de las críticas destinadas a demostrar las limitaciones de la otra.

El positivismo le reprochó al iusnaturalismo su falta de rigor, consecuencia ostensible de su anclaje metafísico o religioso. El iusnaturalismo, a su vez, criticó el relativismo moral anejo al positivismo, y llegó a acusar a la corriente rival de tener un grado de responsabilidad en la consolidación y reconocimiento de los movimientos totalitarios del siglo XX.[2]

A pesar de que las posiciones parecían muy contrapuestas, ambas corrientes contribuyeron a extirpar el hecho jurídico del barro de la historia y a desanclarlo del fenómeno del poder. El positivismo mediante el expediente de centrarse limpiamente en el aspecto normativo, en aras de la rigurosidad científica. Y el iusnaturalismo subordinando dicha normatividad a otra de carácter universal, absoluta y suprahistórica.

Sin embargo, como señala Carlos Cárcova

"¿qué son esas técnicas, esas normas, esas instituciones, esos procedimientos, sino el mecanismo a través del cual cierta cuota de poder se materializa y legitima? ¿Qué son los juristas, sino quienes tienen a su cargo la implementación de tal mecanismo? La relación entre el derecho y el poder no debería ser ajena a la reflexión de la teoría jurídica." (Cárcova, 2009: 20)

El señalamiento del autor argentino pretende dirigir la atención hacia la trampa que se cierne sobre todo aquél que pretenda acceder al fenómeno jurídico desde la mera normatividad.

[2] No son pocos, sin embargo, los autores que han señalado que dichos movimientos totalitarios tienen una fuerte dosis de iusnaturalismo, como se pone de manifiesto en el corte metafísico de su *filosofía de la historia* y en su subordinación del derecho positivo a un derecho de orden superior. Cfr. Arendt (1999): tomo III Capítulo X. En el mismo sentido se expresa Garzón Valdés (1985: 5-9).

Se trata de un caso particular del grave problema que acucia a los planteos positivistas en general, y que no es otro que el de la posibilidad de quedarse en la epidermis de los hechos, con todas las consecuencias prácticas y teóricas que eso puede aparejar.

Si una disciplina solo puede ser rigurosa y "científica" en la medida en que se atiene a los hechos y los describe "tal cual son", entonces dicha disciplina corre el riesgo de obviar todo lo que según su matriz disciplinar no aparece como un "hecho", con la consecuencia probable de terminar en un discurso legitimatorio del *status quo*.

Por eso los viejos frankfurtianos instituyeron la exigencia de que la ciencia social debe ser crítica o, caso contrario, será cómplice, porque *"en la imparcialidad del lenguaje científico la impotencia ha perdido por completo la fuerza de expresión, y solo lo existente halla allí su signo neutral."* (Adorno y Horkheimer, 1998: 37)

Luis Alberto Warat propone, en consonancia, que una tarea central de toda teoría crítica es la remisión a la "realidad subyacente" en cualquier ámbito objetual. Porque la crítica es *"un modo particular de desarrollo del pensamiento, relativismo en nombre de la razón de un saber que nunca puede ser absoluto."* (Wolkmer, 2003: 32)

Este modo diferente de encarar y desarrollar la reflexión implica de suyo la emergencia de nuevos paradigmas epistemológicos.

En rigor de verdad, dichos paradigmas nuevos vienen de la mano con la crisis y ruptura de los modelos de racionalidad tradicional. Y ello necesariamente habría de impactar sobre la naturaleza y cientificidad del mundo jurídico.

Así, para Cárcova, una cuestión crucial para responder antes de embarcarse en la empresa crítica es: "¿cómo se conoce?" Y la respuesta a dicha pregunta llevará a la idea según la cual

"el conocimiento crítico del derecho trabaja por erigirse como una revisión epistemológica capaz de operar sobre el discurso jurídico institucionalmente sacralizado, introduciendo necesariamente la temática del poder a fin de diluir los intentos positivistas y iusnaturalistas de colocar fuera de lo jurídico al ámbito político." (Bonetto y Piñero, 1994: 66)

Esta connivencia entre ambas doctrinas antagónicas también ocurre a nivel de la modelación de una determinada forma de praxis jurídica, pues consolida determinados saberes y prácticas, y lleva a que el jurista

"no pueda ser visto como operador de las relaciones sociales, ni como manipulador de las estructuras de poder, sino más bien como un respetuoso de principios éticos y realizador técnico de los textos legales." (Bonetto y Piñero, 1994: 66)

La Teoría Crítica muestra así su doble faz, pues pretende erigirse no solamente en crítica de la teoría (en tanto muestra las limitaciones de las concepciones aceptadas) sino también en crítica de la praxis (pues no concibe que su función se agote en la mera descripción de un campo objetivo sino que pretende coadyuvar en su transformación).
A resultas de lo cual se puede afirmar que una teoría crítica conlleva

"... por un lado, la formulación teórico-práctica que se revela bajo la forma del ejercicio reflexivo capaz de cuestionar y de romper con aquello que se encuentra disciplinariamente ordenado y oficialmente consagrado (en el conocimiento, en el discurso y en el comportamiento) en determinada formación social; por el otro, la posibilidad de concebir y revivir otras formas diferenciadas, no represivas y emancipadoras, de práctica jurídica." (Wolkmer, 2003: 33)

La palabra "emancipación" es muy cara para la teoría crítica, desde la primera generación de la Escuela de Frankfurt. Su significado es ambiguo y abarca desde el autoesclarecimiento de un sujeto (colectivo) que decide libremente las tradiciones que va a continuar y las que va a interrumpir, hasta la disolución de las relaciones de dominación, pasando por la eliminación del sufrimiento físico.
En el mundo del derecho hay un concepto multívoco que intenta hacerse cargo de todos esos significados, a la vez que los excede: el concepto de "justicia". Y en el tratamiento de semejante concepto la teoría crítica vuelve a reaccionar contra las limitaciones de los enfoques iusnaturalistas y positivistas.
La primera corriente tiene la limitación que se deriva del acceso imposible a ideales absolutos, eternos, inmutables, universales, necesarios y/o naturales en una "edad posconvencional de justificación"[3], esto es, luego de la desacreditación de la metafísica.

[3] Concepto habermasiano que aparece originalmente en la obra de Lawrence Kohlberg y que hace referencia a un determinado estadio evolutivo del razonamiento moral. Cfr. Habermas, 2000: 135, 556, 559 y 575 y ss.

La segunda corriente evita el error de la primera, pero a costa de un relativismo que angosta tanto el significado del derecho como el de la justicia, y oscurece la necesaria relación que existe entre ambos. Porque un estudio del derecho que ampute de éste su relación con la justicia, necesariamente culminará en una versión deformada de su objeto.

Para dar cuenta de qué sea ese fenómeno llamado derecho, entonces, es necesario contemplar el problema de la justicia, como dice Cárcova

"de una justicia humana falible, pero también perfectible: histórica y contingente, exenta de sujetos privilegiados que la edicten y producto dialógico de la tolerancia y el reconocimiento recíproco de los sexos, las razas y las ideologías." (citado por Wolkmer, 2003: 33)

Un positivista, o un teórico político reduccionista, podría objetar que la teoría crítica tendría en este punto una postura ingenua o contradictoria. Por cuanto si el derecho es fruto de relaciones de poder, como la misma teoría lo asume, es inconcebible pensar en una justicia que no sea parcial o que no se constituya en mera justificación ideológica de las relaciones de poder estatuidas.

Y sin embargo la teoría crítica, a pesar de asumir que la justicia puede ser un esclerosamiento de la musculatura del poder, no deja de señalar que se cometería un error si fuese reducida solo a eso. Porque la justicia también es un concepto que, en cuanto tal, esconde una promesa, como se verá en una etapa avanzada de la presente investigación. Por eso dice Cárcova:

"Así, cuando el derecho nos promete igualdad no solo nos escamotea la percepción de la desigualdad real, también legitima nuestro reclamo por la igualdad. De tal suerte que el carácter ideológico del derecho tiene un doble papel, por una parte reconduce a las relaciones de poder pero, por la otra, al legitimar el reclamo, posibilita la reformulación y transformación progresiva de las relaciones de poder." (Cárcova, 1993: 84)[4]

[4] La idea de Cárcova es un refrito de la crítica ambivalente que hacen Adorno y Horkheimer a la formulación conceptual del canje o intercambio por parte de la economía política clásica. Al respecto consultar el Capítulo VI del presente trabajo.

A partir de estas ideas, hace falta recorrer poco trecho para llegar a afirmar que la teoría crítica, en su función de crítica de la praxis, aspira a

"ejecutar la práctica político-social de una cultura jurídica orientada a construir una sociedad democrática, cuyo pluralismo –como lo afirma Claude Lefort- proyecte la constante reinvención de la democracia y le dé prioridad, dentro de la dialéctica del proceso, a la socialización institucional de la justicia." (Wolkmer, 2003: 35)

Ahora bien, según Wolkmer, existen dos versiones fundamentales de la teoría crítica. Una que la considera un movimiento fragmentado por diferentes perspectivas metodológicas. Y otra que se inspira es presupuestos teóricos determinados.
Ejemplos de la segunda versión serían el francés Michel Miaille, que considera la teoría crítica como una ciencia social revolucionaria inspirada en el materialismo histórico, y Ricardo Entelman.
El autor argentino, para Wolkmer, intenta superar la racionalidad idealista y hacer avanzar el pensamiento jurídico materialista porque el derecho es algo así como una *"práctica social en la que se enfrentan los conflictos de los grupos sociales."*
Entelman combina el análisis del lenguaje con categorías del marxismo clásico, al estilo de Pashukanis, y recoge también aportes del enfoque ideológico althusseriano, de Foucault y del psicoanálisis. Como se ve, se trata de un enfoque interdisciplinario, lo cual parece muy razonable una vez asumido que

"comprender el fenómeno de la juridicidad implica dar cuenta de una parte de la interacción humana que, para tornarse progresivamente más inteligible, exige tener presente, a la manera de un horizonte de sentido, al resto de la interacción humana." (Cárcova, 2009: 19)

Uno de los representantes de la otra versión de teoría crítica, más pluralista y fragmentaria, es Luis Alberto Warat. Para él, el pensamiento crítico

"expone un complejo de discursos relacionados de manera flexible y problemática, producidos a partir de diferentes perspectivas epistemológicas, y que pretende

diagnosticar los efectos sociales de una concepción normativista y egocéntrica del derecho." (Wolkmer, 2003: 41)

Así, la teoría crítica es concebida como un conjunto de contralenguajes sobre el derecho y el Estado. Un espacio para nada monolítico que incluso *"debe ser negado como escuela o corriente de pensamiento"*.

Es posible que la conclusión de Warat sea apresurada, así como la exasperada afirmación del mismo autor, que data de principios de la década de 1990, en el sentido de que la Teoría Crítica solo fue *"el delirio de un discurso epistemológico"*[5].

Semejante exasperación es, en cierto sentido, comprensible, puesto que Warat había creído constatar una serie de similitudes y/o complicidades de la Teoría Crítica con los supuestos epistémicos que sostienen la producción del saber jurídico tradicional. Había encontrado, por ejemplo, que "cierta teoría crítica" no lograba erradicar presupuestos autoritarios, habida cuenta de que donde el pensamiento jurídico tradicional habla "en nombre de la ley", aquella lo hacía en nombre de la "verdad social".

Las conclusiones desencantadas de Warat son, sin embargo, eludibles. Porque se puede concebir una teoría crítica que escape del sociologismo y sus consecuencias, sin dejar de pesar o pender sobre la realidad como una espada de Damocles. Porque es sostenible una perspectiva metodológica en general y una ciencia del derecho en particular, que aprehenda el ámbito objetual manteniendo en tensión realidad y concepto o idea, ser y deber, facticidad y validez.

A partir de lo dicho se puede construir un listado, extenso pero no por ello taxativo, de "rasgos de familia" de las teorías críticas y, también, de objetivos de la Teoría Crítica del Derecho.

Semejante listado permite resumir lo explicado hasta aquí, pero también será de valor a la hora de calibrar el aporte de los autores que son objeto del presente estudio, Kelsen y Habermas:

1- frente al iusnaturalismo y al positivismo, énfasis en la dimensión histórica y social del derecho, sin necesidad de que ese énfasis se recueste en las lecturas materialistas tradicionales;

[5] Wolkmer, 2003: 41.

2- defensa de la interdisciplinariedad en contra de la autonomía de la dogmática jurídica, pero tomando en serio la crítica interna de la regulación jurídica y su estructura formal;
3- ponderación de la dimensión política del derecho y del discurso jurídico, rechazando su supuesta neutralidad valorativa;
4- énfasis en el carácter ideológico del derecho, prestando atención no solo a las consecuencias de las decisiones jurídicas sobre la vida colectiva, sino también a la producción y reproducción de la conciencia jurídica (discursos de los juristas, enseñanza del derecho, etc.);
5- aceptación del fenómeno jurídico como ambivalente, criticado como factor de consolidación del status quo y apreciado como instrumento potencial de transformación;
6- constatación de los mecanismos discursivos a partir de los cuales la cultura jurídica se convierte en un conjunto fetichizado de discursos;
7- denuncia de la forma en que las funciones políticas e ideológicas del derecho y del Estado se apoyan en la ilusoria separación entre derecho y política y en la idea utópica de la primacía de la ley como garantía de los derechos individuales (incluyendo una reflexión sobre lo acertado o no de considerar los derechos individuales como lo único que hay que garantizar);
8- revisión de "las bases epistemológicas que comandan la producción tradicional de la ciencia del derecho, demostrando de qué manera las creencias teóricas de los juristas en torno de la verdad y de la objetividad cumplen la misión de legitimación epistémica, a través de la cual se pretende desvirtuar los conflictos sociales, presentándolos como relaciones individuales armonizables por el derecho";
9- modificación de "las prácticas tradicionales de investigación jurídica a partir de una crítica epistemológica de las teorías dominantes, de sus contradicciones internas y de sus efectos ideológicos";
10- creación de una "conciencia participativa que permita a los juristas involucrarse de manera competente en los múltiples procesos decisorios, como factores de intermediación de las demandas de la sociedad y no como agentes del estado";
11- fomento de un conjunto de instrumentos pedagógicos para que los estudiantes de Derecho "puedan adquirir un modo diferente de actuar, pensar y sentir,

partiendo de una problemática discursiva que intente mostrar no solo los nexos del derecho con las relaciones de poder, sino igualmente el papel de las escuelas de derecho como productoras de ideas y representaciones"[6].

A.3. Problemas

¿Es posible una teoría crítica del derecho?
¿Cuáles serían sus problemas y sus postulados fundamentales?
¿De qué manera lidia Kelsen con esos problemas?
¿Abreva Kelsen en algún sentido en los postulados de la Teoría Crítica?
¿Qué limitaciones tiene el enfoque kelseniano, sobre todo en lo que respecta a su comprensión de la validez jurídica?
¿Es posible encontrar en Habermas un programa epistemológico que permita eludir las complicaciones de la metodología kelseniana?
En caso afirmativo: ¿qué problemas caerán en la órbita de una posible y renovada ciencia del derecho, problemas que quedaban radiados en la Teoría Pura del derecho?
¿Es posible dar los primeros pasos en la construcción de una Teoría Crítica del derecho a partir del enfoque habermasiano?

A.4. Objetivos

a) Aportar los elementos de juicio, tanto epistemológicos como disciplinarios e interdisciplinarios, para sustentar la posibilidad de una Teoría Crítica del Derecho.
b) Analizar las características comunes a las teorías críticas y si, y en qué sentido, los autores objeto del presente estudio comparten dichas características.
c) Escudriñar las limitaciones metodológicas que le impiden a Kelsen un análisis del concepto de validez jurídica en términos de una auténtica teoría crítica.
d) Relacionar los supuestos epistemológicos que permiten a Habermas dar cuenta de la "validez" jurídica sin sesgos o mutilaciones, en términos compatibles con la Teoría Crítica.

[6] Puntos 1 al 5 extraídos de Pérez Lledó en Garzón Valdés y Ernesto y Laporta, 2000: 99-100. Puntos 6 al 11 extraídos de Wolkmer, 2003: 33-34.

e) Sentar las bases para el desarrollo una disciplina jurídica que comprenda la relación entre "facticidad" y "validez", y entre este concepto y otros anejos como el de "derechos", el de "democracia" y el de "Estado de Derecho".

A.5. Estado del arte

Sobre Kelsen hay una profusa bibliografía, que va desde los estudios clásicos como el de Ebenstein (1947), que explica los fundamentos filosóficos y metodológicos de la Teoría Pura del Derecho, y de Aladar Métall (1976), en el que se da cuenta tanto de la obra como de la vida del gran jurista, hasta obras más recientes. Entre éstas es posible citar la de Picatto Rodríguez (2005), obra en la que se repasa desde un punto de vista teórico-político e ideológico la concepción de Kelsen tanto sobre el Derecho y el Estado como sobre la Constitución, y la más reciente de varios autores, compilada por Ramírez Cleves (2012), que se plantea el mismo objetivo que las anteriores.

Algunos artículos, como los de Albert Calsamiglia (1997), Oscar Sarlo (2004) y Dante Cracogna (1998) también son de utilidad para la temática de la presente investigación, así como otros trabajos surgidos en el contexto hispanoamericano, como la compilación de Oscar Correas (1989) y el estudio de Juan Antonio García Amado (1996).

El clásico de Ebenstein ha hecho escuela, y ha sentado las bases para el esclarecimiento definitivo de las fuentes epistemológicas y gnoseológicas en las que abreva la teoría kelseniana. Dicho autor señala la herencia marburguiana presente en el maestro vienés, aunque no deja de indicar la coherencia que mantienen algunos presupuestos de la Teoría Pura con la estrategia de investigación preconizada por la fenomenología husserliana.

Acerca de la influencia de la Escuela de Marburgo de Hermann Cohen, de la cual toma Kelsen el "principio de la productividad del intelecto", Klaus Köhnke ha publicado recientemente (2011) una obra de carácter histórico y filosófico prácticamente definitiva. En ella se muestra el paulatino alejamiento del idealismo hegeliano por parte de la academia alemana, y se explica de manera exhaustiva el tan mentado "regreso a Kant". Köhnke pasa revista a la propuesta de Cohen, así como también a la de otros autores que, a los fines de la presente investigación, interesan menos, como Trendelemburg, Fischer, Lange, Beneke, Meyer, Helmholz, Haym y otros.

Por su parte, Stanley Paulson (2003) desafía las lecturas tradicionales al considerar la cercanía de Kelsen con la Escuela de Baden, y discute el carácter verdaderamente normativo de la obra del gran jurista.

Independientemente de ello, es factible acordar en la idea de que, más allá de sus fundamentos, la Teoría Pura del derecho es positivista en sus efectos (y ello sin perjuicio de que el propio Kelsen señala la distancia que lo separa del positivismo).

Acerca de lo que significa ser positivista en el estudio del derecho también se ha escrito mucho, y resulta imposible hacer un arqueo al respecto. Es viable señalar, sin embargo, algunos escritos que resulta interesante tener en cuenta dados los objetivos de este trabajo.

De un lado resulta imprescindible un clásico texto de Bobbio (1991), en el que el autor italiano saca a la luz la complejidad de la perspectiva positivista, pues no resulta lo mismo ser positivista en cuanto el método, que serlo desde un punto de vista "teórico" y aun "ideológico". Textos más actuales como el de Liborio Hierro (2002), de un lado, y de Tom Campbell (2002), por otro, reflexionan sobre la relación o la falta de relación que el positivismo propone entre las perspectivas del "observador" y del "participante" (en el caso de Hierro) y sobre la misión del estudioso del derecho en el sentido de suministrar instrumentos analíticos y descriptivos o, yendo más allá, proporcionar herramientas para comprender cómo deben ser los sistemas jurídicos (en el caso de Campbell).

También Pablo Navarro (2001) analiza las tensiones conceptuales que recorren el positivismo jurídico, e intenta despejar los equívocos en lo que se refiere a tesis que, de ser mantenidas, quebrantan la coherencia interna del mismo.

Volviendo a aquellos autores que escriben específicamente sobre Kelsen, es importante señalar que tanto García Amado como Correas y Piccato Rodríguez acuerdan en la conclusión de que la propuesta kelseniana es unitaria y sistemática. Ello significa que existe una profunda coherencia entre los escritos jurídicos, los políticos, los sociológicos y los filosóficos de Kelsen.

Esa es, precisamente, una característica compartida por el otro autor elegido para la elaboración del presente trabajo. En tanto que representante de la Teoría Crítica, Habermas cree, como Kelsen, que la actividad científica está preñada de implicancias prácticas, aunque ello lo lleve a conclusiones opuestas a las del autor austrohúngaro.

Esa creencia, empero, hace que entre las obras del filósofo alemán reine también la coherencia, pues lo mismo si el objeto bajo estudio es la sociedad, el derecho, la política o la ciencia, los presupuestos son los mismos y las conclusiones apuntan en la misma dirección.

Quizá no sea necesario mencionar que la bibliografía sobre Habermas es harto profusa, pues probablemente se trate del filósofo que más ha polemizado a lo largo de todo el siglo XX. A los fines del presente estudio, quizá baste con recordar la visita de Mc Carthy (2013) a la obra habermasiana, y los estudios colindantes de Adela Cortina (1985) y Margarita Boladeras (1996).

Mientras Cortina hace centro en la propuesta del filósofo Karl Otto Apel, y desde allí reflexiona sobre cuestiones epistemológicas, lingüísticas y políticas, comparando a dicho autor con las posiciones similares pero no idénticas de Habermas sobre dichos puntos, Boladeras hace un recorrido parecido, pero además le presta atención a las críticas que Habermas recibe por parte de autores como Rorty, Hans Albert, Giddens, Agnes Heller, Tugendhat, Wellmer y el mismo Apel.

Particular interés reviste la crítica de Albrecht Wellmer, en particular a la teoría discursiva de la verdad de Habermas, contenida en un volumen de reciente aparición en idioma español (2013).

Aparte de la lista de críticos mencionados, quizá sería necesario tener presente el frente francoparlante. Es célebre la polémica de Habermas con Foucault. Pero no de menor importancia resultan ser obras como las de Ranciere (1996) y las de Chantal Mouffe (1999, 2003, 2007).

Mientras la autora belga pone en cuestión la teoría consensualista habermasiana, y llega incluso a afirmar que ella es cómplice de la muerte de la política perpetrada por los gobiernos neoliberales europeos, el filósofo francés va aún más lejos al controvertir la posibilidad misma de la comunicación, pues todo orden social implica una distorsión en la "partición de lo sensible", consolidada por una distribución desigual de la posibilidad de participar en los discursos.

De todas maneras, las críticas a la propuesta habermasiana serán tenidas en cuenta solo en el horizonte o como trasfondo, pues el núcleo del presente trabajo lo constituye la crítica a la Teoría Pura del derecho y a la perspectiva positivista en general, a partir de las conclusiones de Habermas en lo que se refiere a gnoseología, sociología, política y derecho.

A.6. Tesis

Kelsen puede ser considerado como teórico crítico del derecho, en un sentido sui generis[7]. Pero su Teoría Pura corre el riesgo de repetir los mismos vicios criticados a la "ciencia jurídica tradicional". Por eso es necesario recurrir a enfoques epistemológicos más maduros que consigan lidiar de otra manera con el problema del condicionamiento o la determinación ideológica del conocimiento.

En ese sentido, la teoría crítica de Habermas proporciona las herramientas tanto para que el conocimiento no se vea reducido a ideología, sin necesidad de recurrir a la abstersión ideológica, como para evitar que la decisión jurídica se absolutice ente la imposibilidad de teorizarla en tensión con ideas como la justicia o la corrección normativa.

A.7. Metodología y organización de la presente tesis

Se aplicará al material bibliográfico un análisis de contenido cualitativo. Solamente se prestará atención al contenido bibliográfico de los autores en la medida en que mantengan relación con las categorías que presenta el problema de investigación.

Se utilizará el método de la "teoría fundamentada" (Marradi, Archenti y Piovani, 2007):

"Como su nombre lo indica, la teoría fundamentada se refiere a una teoría construida a partir de datos recopilados y analizados de manera sistemática mediante un proceso de investigación que se distingue, entre otras cosas, porque rompe con el dogma del sistema hipotético deductivo, ya que en la construcción de sus hipótesis de investigaciones abandonan los presupuestos a priori… la investigación está orientada por las acciones y los procesos derivados del fenómeno de investigación y descubiertos en los datos recogidos durante el trabajo de campo" (García Hernández y Manzano Caudillo, 2010: 20)

[7] Roberto Vernengo señaló hace tiempo (1998: 478) que para I. Stewart Kelsen es una suerte de jurista crítico. De los 11 ítem enumerados más arriba, hay en la obra del maestro vienés referencias a y/o estudio de, en principio, al menos tres. En el caso de Habermas, hay tratamiento de los primeros 10 de los 11 ítems enumerados.

Como la presente investigación tiene un carácter eminentemente teórico, los "datos recogidos durante el trabajo de campo" son básicamente conceptos y entramados conceptuales elaborados por los autores y comentaristas. De allí que a partir del establecimiento de un muestreo teórico preliminar se trabaja con el método de comparación constante para analizar y otorgar un orden lógico a los conceptos obtenidos.

En vistas de ello se realiza una codificación abierta para identificar los conceptos y revelar propiedades y dimensiones de los mismos (Strauss y Corbin, 2002: 110).

En cuanto a la tesis en sí, está compuesta de dos partes fundamentales, más allá de esta presentación: el "desarrollo" y las "conclusiones".

El desarrollo contiene un tratamiento exhaustivo de los conceptos relevantes en virtud de los objetivos de la presente investigación, e implica, a su vez, el paso subrepticio de una primera parte hacia una segunda parte.

La primera girará en torno de la Teoría Pura del derecho de Hans Kelsen. Se tratará de un recorrido amplio, desde los fundamentos filosóficos y epistemológicos del enfoque kelseniano, pasando por un análisis de la estática y de la dinámica jurídica (señalando la correspondencia con otras formas de positivismo jurídico), hasta llegar a las implicancias prácticas de las perspectiva bajo análisis (incluyendo la autocomprensión kelseniana de su propia teoría, en el sentido de representar ésta una lucha contra la deformación "ideológica" del conocimiento jurídico).

La segunda parte seguirá teniendo como referencia la obra del maestro vienés, pero se centrará en los avances que, gracias a un enfoque más crítico, pueden hacerse en la dirección de una Teoría Crítica del derecho. Para ello será necesario un repaso de algunas conclusiones a las que llegó la polémica antipositivista desplegada por los frankfurtianos durante varias décadas del siglo XX. Ello sentará las bases para una nueva comprensión del fenómeno jurídico, en términos de una teoría discursiva del derecho que siga, a su vez, los lineamientos generales trazados por la Teoría de la Acción Comunicativa habermasiana.

La instancia definitiva del trabajo, finalmente, se aprovechará del recorrido realizado con la finalidad de reflexionar sobre ese objeto de estudio que es el derecho, por un lado, y sobre las relaciones entre teoría del discurso, ciencia jurídica y democracia, que

se verán enredadas con el concepto de validez jurídica, y que pueden derivarse de la nueva aproximación que se intenta fundamentar.

Las conclusiones pondrán de manifiesto el sentido y la medida en que Kelsen y Habermas pueden ser considerados teóricos críticos.

PARTE B: DESARROLLO

B.I. PROLEGÓMENOS

La Teoría Pura del Derecho fue un intento por enseñar no solo qué es ese fenómeno llamado "derecho" sino también, y en lo primordial, cómo debe ser estudiado. Se trata de una doctrina fundamentalmente crítica, y no simplemente por el arsenal de refutaciones que despliega contra teorías adversarias. Su criticismo es de corte kantiano: trascendental. Vale decir que Kelsen pugna por descubrir y dejar establecidas claramente las condiciones de posibilidad de una ciencia del derecho.

Para ello se nutrió con la savia que la atmósfera intelectual de la época le proporcionó, aunque Kelsen, como investigador de proporciones que era, contribuyó a su vez a forjar dicha atmósfera intelectual. Teniendo en cuenta que su teoría ya se encuentra medianamente delineada a comienzos de la década de 1910 (su *Hauptprobleme* fue publicado en 1911) no sorprende lo coadyuvante del enfoque con el neopositivismo reinante en esa época, ni su filiación al postulado weberiano de "neutralidad valorativa".

Tal concepto tiene su correlato (aunque, vale aclararlo, no su equivalente) en la exigencia metodológica de "pureza". Conviene recordar que *"para Kelsen el derecho es un sistema pleno, sin lagunas y autónomo, dentro del cual no hay espacios para juicios de valor, morales o políticos."* (Mello, 1999).

Es la cita aparecen un tanto confundidas las exigencias de pureza y de neutralidad valorativa, y aunque la primera es en realidad más sustancial y compleja, se puede probar que van de la mano. Kelsen sostiene, por ejemplo, que una auténtica ciencia del derecho tiene que derivar sus conceptos exclusivamente del contenido de las normas jurídicas positivas, porque

"En cuanto teoría, se propone única y exclusivamente conocer su objeto de estudio. Intenta responder a la pregunta de qué y cómo es el derecho, y no, en cambio, a la pregunta de cómo debe ser el derecho o que forma debe dársele. Es ciencia jurídica, no política jurídica." (Kelsen, 2011: 57).

Y también

"La ciencia tiene que describir su objeto como realmente es, y no prescribir cómo debiera o no debiera ser desde el punto de vista de determinados juicios estimativos. Este último es un problema político y, como tal, concerniente al arte del gobierno, que

es una actividad dirigida hacia valores, no un objeto de la ciencia, ya que ésta estudia realidades." (Kelsen, 1983: VI).

Cuando no existe neutralidad valorativa el conocimiento degenera en "ideología". El concepto de ideología que maneja Kelsen es típicamente marxiano: mientras la ciencia descorre los velos que obturan el acceso a la realidad tal como es, la ideología disfraza, soterra y enmascara. Y la exigencia metodológica de pureza nace precisamente del pavor frente a pretendidos conocimientos que no son más que ideologías, pues esconden y son motorizados por intereses diferentes a la búsqueda de la verdad.

"Precisamente en virtud de su carácter antiideológico, la Teoría Pura se revela como una verdadera ciencia. La ciencia, como conocimiento, tiene siempre una tendencia inmanente a poner su objeto al descubierto. Pero lo ideología política vela la realidad, ya sea transfigurándola, a fin de conservarla y defenderla, ya desfigurándola, a fin de atacarla, destruirla o reemplazarla por otra realidad. Toda ideología política tiene sus raíces en la voluntad, no en el conocimiento…
Es precisamente de esta situación de donde surge un conflicto realmente trágico: el conflicto entre la verdad, como principio fundamental de la ciencia, y la justicia, como supremo desideratum de la política…
El postulado de la completa separación de la jurisprudencia y la política no puede ser puesto en tela de juicio si ha de existir una ciencia jurídica auténtica." (Kelsen, 1983: IX)

Ahora bien, si algo han enseñado autores como Marx (cuyo concepto de ideología Kelsen hace propio) y otros (como Nietzsche o Freud) es a sospechar. Los "filósofos de la sospecha" han intentado, efectivamente, abordar los objetos de estudio atacándolos por la espalda, por decirlo así. ¿Es posible sospechar y desconfiar de la pretendida abstersión ideológica de la Teoría Pura?
El esfuerzo de Kelsen es inconfundiblemente cartesiano: quiere huir del maremagno de contradicciones de lo que él denomina "ciencia jurídica tradicional"[8] y reconstruir la ciencia jurídica desde cero, a través de la serena indubitabilidad que sólo la pureza

[8] Nótese, de pasada, que también Adorno y Horkheimer oponían a su "teoría crítica" una "teoría tradicional". Cfr. Capítulo VI.

metodológica puede a sus ojos proporcionar. Pero ¿existe el cero absoluto a partir del cual construir dicha indubitabilidad?

El largo y fructífero combate entre *erklären y verstehen*, entre los defensores del "monismo metodológico" y sus opositores dualistas y aun pluralistas, arrojó, entre otros, el siguiente resultado: no hay conocimiento libre del condicionamiento ideológico[9]. Ello implica asumir que el conocimiento será siempre, por lo menos en algún sentido, parcial.

Sería injusto, empero, poner en tela de juicio la imparcialidad del esfuerzo intelectual de Kelsen, más todavía cuando se constata en su producción la lucha titánica por desenmascarar los dualismos típicamente ideológicos de la ciencia jurídica tradicional[10]. Por lo tanto, los escrúpulos de la sospecha deberán recaer sobre una estrategia objetivista de investigación que absolutiza el valor de los hechos, sobre una postura que se cree inmaculada y que no alcanza a registrar que todo ojo tiene su ángulo de visión y también su punto ciego.

¿Qué sucederá cuando se confronten esas premisas metodológicas diferentes y se apliquen las verdades epistemológicas más nuevas y completas a los tópicos kelsenianos fundamentales?

Pues que quizás se haga necesaria una reformulación, probablemente en términos de una "teoría del discurso", de muchos conceptos y relaciones establecidos en la Teoría Pura: la validez de las normas jurídicas, la legitimidad, la eficacia, la *Grundnorm*, la dinámica jurídica, la relación entre normas y valores, la posibilidad de criticar el derecho, etcétera.

Antes será necesario, por supuesto, describir la postura metodológica de la Teoría Pura (llamada a veces también "normativa") del derecho, para comprender los resultados a los que ella llega. Habrá que resaltar, en primer término, el entronque positivista de tal postura. Lo cual implica una repulsa hacia los intentos de explicación metafísica de los fenómenos.

No obstante, Kelsen no es un positivista cualquiera: sus raíces son kantianas[11]. Y así, en tanto que discípulo de H. Cohen (conspicuo representante de la denominada Escuela de

[9] Un interesante punto de llegada que también encontramos en enfoques como el de Verón (1980), aunque partiendo de diferentes presupuestos.

[10] Cfr. Capítulo V.

[11] Oscar Sarlo explica muy bien el kantismo de Kelsen por medio de tres puntos: "a) Kelsen acepta la epistemología kantiana en general, según la cual el conocimiento científico es posible gracias a que

Marburgo), el jurista austriaco no es, como la mayoría de los positivistas, monista metodológico sino partidario de un dualismo *sui generis*: existen por un lado las ciencias del ser y por otro las del deber (la distinción *sein-sollen* sobre la que tanto se ha debatido a lo largo del siglo XX).

Las raíces del dualismo kelseniano hay que buscarlas en el hecho de que Kant haya tenido intenciones tan diversas cuando escribió sus Críticas[12]. Mientras en la "Crítica de la Razón Pura" se encuentra una filosofía de la ciencia que sigue el modelo de la Física, la "Crítica de la Razón Práctica" intenta dilucidad cómo debe conducirse el hombre. Los neokantianos interpretaron que entre una obra que intenta responder a la pregunta "¿cómo conocemos?" y otra que busca respuestas a "¿cómo debemos actuar?" existe una enorme laguna. Porque les parecía claro que ese objeto de estudio que es el hombre no podía ser correcta y completamente aprehendido por disciplinas que siguieran el modelo de las ciencias naturales.

Así, la primera Crítica de Kant responde cabalmente a la pregunta "¿cómo conocemos los fenómenos naturales?", pero no a la pregunta por los fenómenos sociales, culturales o humanos.

Kelsen, como en su momento Windelband, Rickert y otros, se siente llamado a llenar ese vacío. Y llega a la conclusión de que, así como las ciencias del ser (*Sein*) recurren al principio ordenador de fenómenos que es la "causalidad", así también las ciencias del deber (*Sollen*) son posibles gracias a otro principio: el de "imputación" (Kelsen, 2011: 127).

De la misma manera que en Kant el anárquico mundo de las sensaciones recibe su unidad y su forma por principios *a priori*, también el concepto de "derecho" será la pura

---

nuestra razón dispone de categorías a priori para cada tipo de objetos que se le presentan al conocimiento sensible. b) la imputación es la condición trascendental de todo conocimiento de normas jurídicas, y la norma fundante es la condición trascendental del conocimiento de un orden normativo válido, esto es, que obliga o que es positivo. c) pero esta categoría no 'legisla' para la voluntad, sino para el conocimiento del derecho, lo cual supone que existe como factum un conocimiento de la normatividad jurídica, tal como la encontramos en los juristas prácticos." (Sarlo, 2004: 23). La explicación coincide a grandes rasgos con la que se da a continuación en el presente trabajo.

[12] Independientemente de las más o menos probables intenciones, hay cuestiones de fondo que llevan a Kelsen rechazar la propuesta de Kant sobre la razón práctica, y a reformular la crítica de la razón pura. Si se acepta la interpretación de acuerdo con la cual la Razón tiene funciones diferenciadas (establecer las condiciones trascendentales de toda experiencia posible, de un lado, y dictar el imperativo categórico, del otro) salta a la vista que en cada caso se está propugnando un resultado universal, absoluto, necesario y objetivo, con independencia "del elemento intersubjetivo" (Piccato Rodríguez, 2005: 20). Ello acerca a Kant al iusnaturalismo que Kelsen tanto critica. Por ello, para Piccato Rodríguez resulta evidente que, si bien son notorios los elementos kantianos presentes en la teoría kelseniana, también se aprecia un cierto retorno a Hume.

forma *a priori* que permita abarcar todos los fenómenos jurídicos empíricos. La Teoría Pura del derecho sería, así, una *cognitio ex principiis* (Ebenstein, 1947: 51).

"La pregunta de Kelsen es de clara inspiración kantiana. ¿Cuáles son las condiciones de posibilidad de la ciencia jurídica? Y la respuesta kelseniana será buscar un criterio metodológico –el principio de imputación- que permitirá seleccionar su objeto y una categoría lógico trascendental –la norma fundamental hipotética- que hace posible el conocimiento jurídico." (Calsamiglia, 1997: 12)

El problema se presenta ni bien pierde crédito la idea de una Conciencia en general, ahistórica, capaz de elaborar conceptos teóricos puros. Las críticas provenientes de la Sociología del conocimiento (Mannheim, 1958) y de cierta perspectiva hermenéutica (Habermas, 1971) aparecen, dentro de los anales alemanes, como concluyentes al respecto.

Si la era de los "conceptos puros" está terminada, queda despejado el camino hacia una noción sobre la cual se rondará en el presente trabajo: la de "apertura valorativa" de los conceptos. Con ello se pretende asumir y subrayar la íntima imbricación entre conocimiento e interés (Habermas, 1965) y, subsiguientemente, que todo concepto está ideológicamente determinado. O, si se quiere, de una manera menos tajante: que todo concepto, por más puro que pretenda ser, por más neutral que parezca, contiene siempre cierta orientación estimativa.

Tal especulación pretende posibilitar, desde la perspectiva de la ciencia del derecho y de la teoría política, reconstruir la unidad entre *sein* y *sollen*, que en Kelsen aparecen separados por una zanja infranqueable[13]. Este dualismo kelseniano

[13] Se ha debatido acerca del significado de semejante dualismo. Para algunos autores, Kelsen sería un autor monista, y ello en el sentido de que hay un único mundo, una única realidad, sujeta a leyes naturales. En ese sentido, sólo Kant es dualista, pues atribuye existencia separada al "cielo estrellado fuera de él" y a la "conciencia moral dentro de él". Kelsen, en cambio, sería representante de un nuevo monismo, "en el que la sociedad y la naturaleza se reencuentran, pero ahora bajo el signo de la naturaleza; esto es, la ciencia natural y la ciencia social se constituyen en una sola ciencia regida por el mismo principio, el de causalidad (en sentido humeano, desde luego, no kantiano), mientras que en el origen habría habido un monismo según el cual era la naturaleza la que se pensaba como sujeta a normas jurídicas." (Correas, 1994: 52). En consonancia, también se ha afirmado que "toda la construcción teórica de Kelsen se apoya en la contraposición entre ser y deber, entre *Sollen* y *Sein*. Pero entiendo que no se trata de dos reinos ontológicos distintos, sino de dos maneras distintas de ver la realidad, una misma realidad. Cada una de esas dos perspectivas va unida a lógicas diferentes, es decir, a diferentes esquemas y presupuestos formales de razonamiento." (García Amado, 1996: 125). Es factible aceptar, al menos

"... deriva de una teoría del conocimiento que no atribuye valor sino a un saber incontrovertible, enteramente fundado en los datos de la experiencia y en la prueba demostrativa, olvidando totalmente el papel de la argumentación." (Perelman, 1968: s/d)

Cuando K. Popper reformula críticamente la doctrina positivista, encuentra que la "decisión", como paso metodológico, se cuela "por arriba y por abajo", en cualquier investigación: por arriba en la formulación de las hipótesis, y por abajo en la aceptación, por parte de la comunidad científica, de qué datos se van a considerar refutatorios o corroboradores de las hipótesis (lo cual implica tomar una decisión acerca de qué es un dato y qué no). La decisión parece ser el momento de irracionalidad que perturba a positivistas y empiristas, y por ello hacen malabarismos para ocultar su presencia y su papel en la lógica de la investigación.

Sin embargo, la existencia de una decisión no implica la arbitrariedad de la misma. La argumentación es el recurso que está siempre a mano de la razón para evitar el "decisionismo".

Afirmar, como lo hace Kelsen, que en la decisión hay mucho de voluntad y nada de conocimiento[14] sólo logra restringir el acceso comprensivo a amplios sectores de la realidad. En modo particular, impide un enfoque científico integral de las realidades humanas, culturales, esencialmente orientadas al mundo del valor (Aftalión, García Olano y Vilanova, 1960: 153 y ss).

Habrá, en consecuencia, que formular la tesis que será objeto de profundización en los capítulos siguientes: que la Teoría Pura del derecho queda corta en su pretensión de explicar qué es ese fenómeno denominado "derecho"[15]. Y ello por dos motivos fundamentales:

---

provisoriamente, que Kelsen podrá ser un monista ontológico, pero sin dudas es un dualista epistemológico.

[14] Esta afirmación se refiere, propiamente, a las diversas instancias de creación/aplicación del derecho. Más adelante se intentará mostrar, empero, un paralelismo entre las decisiones jurídicas y las decisiones metodológicas en el sentido de que remiten a una instancia argumentativa.

[15] Habrá que andar con pie de plomo para no despertar la enojada diatriba lanzada por Roberto Vernengo hace ya 30 años: "Confieso una cierta fatiga ante el renovado malestar que los juristas, insatisfechos al parecer con los logros y perspectivas de su quehacer teórico, no dejan de formular expresivamente, aunque poco o nada modifiquen en la actividad que denigran. Tenemos, por un lado, las tendencias que se consideran a sí mismas progresistas dando pábulo a orientaciones críticas en que se invoca una teoría revolucionaria cuyo mayor defecto, hasta la fecha, es el no haber sido elaborada. Estos críticos de la

1- No abarca todo el fenómeno: en su limpieza de elementos extraños que estorban la objetividad del conocimiento, Kelsen acumula sobrantes bajo el rótulo de "política jurídica". Este trabajo pretende aportar fundamentos a la idea de que gran parte de lo que Kelsen desecha como política jurídica debe ser tenido en cuenta por una ciencia que estudie el derecho sin cercenarlo. Quizá sea necesaria una nueva perspectiva para conocer el derecho en su integridad: una filosofía conectada con la realidad social y que no se atenga a sus propios resultados, sino que cuente con el auxilio de disciplinas necesariamente involucradas (Rojas Roldán, 1998).
2- Al estar cegada frente a la apertura valorativa de los conceptos, la Teoría Pura corre el riesgo de ser funcional a determinada ideología política. En este sentido resulta característico que Kelsen vea el derecho como una "técnica social" y le preste menos atención a que también es un "producto social". Todavía resuenan los ecos del debate sobre el candor ideológico de la técnica. Más allá de ello, quizá sea posible acordar con el siguiente argumento: la técnica hace referencia al dominio de los medios. Pero solo es posible conocer los medios cuando el fin está prefijado. Luego, al considerar el derecho como una técnica, se sustraen subrepticiamente los fines a una consideración racional. Esto choca con la máxima de von Iehring, quien había sostenido que "el fin es el creador de todo el derecho" –y por eso siempre implica la necesidad de luchar- (1946: 49 y ss.). La postura anti-ideológica corre así peligro de ser la más ideológica de las posturas.

Ambos puntos dan pie a una pregunta que penderá como una espada de Damocles a lo largo de todo este escrito: ¿debe ser considerado derecho aquél que no cumple con ciertos requisitos epistémico-valorativos? O, de manera menos contundente, ¿será mejor adoptar una concepción "amplia" o una "restringida" del derecho? (Hart, 1968).

izquierda denuncian airadamente, no solo la supuesta insuficiencia de la ciencia jurídica corriente, insuficiencia debida a una incapacidad aparente para abarcar el dominio completo de su tema objetivo de investigación, sino el incurrir quizás sin saberlo, en una oscura confabulación destinada a perpetuar el dominio de este o aquel grupo de poder, o, con mayor abstracción e imprecisión, a facilitar la reproducción de algún sistema económico y social inicuo" (Vernengo, 1986: 289). Si en algo tiene razón el autor argentino, es precisamente en el hecho de que una teoría crítica del derecho no había sido aún consistentemente elaborada.

B.II. BASES FILOSÓFICAS DE LA TEORÍA PURA DEL DERECHO

La Teoría Pura del derecho nace en una época en la que el prestigio de los enfoques positivistas era inobjetable[16]. Más teniendo en cuenta la quiebra del idealismo que arrastró al descrédito a toda la filosofía.

Muchos comprendieron, en tales circunstancias, que la única posibilidad de escapar del parco empirismo reinante era, sin embargo, la filosofía. Pero no cualquier filosofía, sino una que pudiera dar cuenta de los éxitos que la ciencia obtenía casi a diario. Antes del nacimiento de la doctrina de Kelsen hubo quienes propiciaron un regreso a Kant[17].

Las exigencias de la filosofía de la ciencia positivista eran básicamente tres:

1) que un mismo método fuera seguido por las diversas disciplinas, sin que importe si el objeto de estudio consiste en animales, rocas, el hombre o el polvillo cósmico (monismo metodológico),
2) establecer relaciones fácticas bajo la forma de la explicación causal, y
3) formular leyes generales bajo las cuales los hechos particulares deben ser subsumidos para poder considerarlos explicados. (Von Wright, 1979: 20-22).

De no atenerse a estas directivas, cualquier pretendido conocimiento recibiría la etiqueta de "superchería" o "metafísica" sin valor cognoscitivo alguno.

Tales formalidades eran concurrentes con las condiciones de posibilidad que había fijado para la ciencia la "Crítica de la Razón Pura". Kant había dejado bien establecido que una de las categorías fundamentales que permite conocer es la de "causalidad", y que no podía haber ciencias fácticas sin "juicios sintéticos a priori" (segunda y tercera exigencias).

[16] El positivismo tiene su auge durante la primera mitad del siglo XIX. En la segunda mitad de dicho siglo se asiste a diversas reacciones, racionalistas e irracionalistas, contra el positivismo. Pero éste resurge con gran fuerza a principios del siglo XX de la mano del Círculo de Berlín y del Círculo de Viena, principalmente. Se trata de de la época en la que Kelsen tiene prácticamente madura su doctrina.

[17] "Doctrina de las categorías o Doctrina de la ciencia, empirismo en alza, es decir, positivismo o apriorismo: tales son, pues, las alternativas que tiene el pensamiento de la teoría de la ciencia en el siglo XIX." (Köhnke, 2011: 48). Ya Trendelemburg había intentado plantear una alternativa que evitara tanto el extremo de una atomización de las ciencias particulares como el idealismo hegeliano en que se intentaba subsumir a las diversas disciplinas en un sistema, aleccionándolas en vez de aprendiendo de ellas. Algunas décadas más tarde Friedrich Lange, el autor del libro más leído y más influyente del neokantismo según Köhnke, arremete contra el "materialismo dogmático" que se resiste a aceptar la revolución copernicana de Kant y su enseñanza sobre la objetividad, la cual no es objetividad absoluta sino sólo para el ser humano y los demás seres organizados de modo semejante, como sostiene en su "Historia del materialismo" (Köhnke, 2011: 262).

Aparentemente también habría suscrito la necesidad de un método único. Y si bien es cierto que elaboró solo una filosofía de la ciencia, también es cierto que Kant hace una problemática aclaración: que otro tipo de unidad sistematizadora de los fenómenos, la "unidad moral", es posible (Ebenstein, 1947: 40). El movimiento neokantiano utilizó esta idea para oponerse al monismo metodológico positivista con un dualismo científico.

Para los filósofos el hombre suele ocupar una posición peculiar en la naturaleza. Mientras el resto de lo existente es sólo "objeto", el hombre es objeto y "sujeto" a la vez.

Para Kant el hombre es "fenómeno" pero también "objeto inteligible", en virtud de cierta capacidad no atribuible a la esfera sensual: entendimiento y razón. Esta característica puede dar pie a la búsqueda de un método sui generis para el estudio de realidad tan particular. Así nace la dicotomía *erklären*/*verstehen*. Lo que las ciencias naturales buscan es la "explicación" causal de los fenómenos. En las ciencias humanas o de la cultura la clave es, en cambio, la "comprensión".

Dicha noción sirvió de marco para las más variopintas estrategias de investigación[18]. Más allá de ello, autores como Windelband, Rickert o Cassirer estaban unidos en la intuición fundamental de que si sólo era científico el conocimiento que cumplía con los tres requisitos mencionados, entonces se estrechaba peligrosamente el ámbito objetual de lo rigurosamente cognoscible, además del hecho de que el rechazo de toda otra metodología daba al traste con preciosos elementos heurísticos.

Frente a la insufrible muletilla positivista: "las disciplinas sociales se hallan en una etapa pre-científica", y frente a la afirmación consistente en negar valor cognoscitivo a cualquier estrategia metodológica que no respetase "el" método, otros neokantianos apelaron a una estrategia más radical que la de la Escuela de Baden.

¿En qué consistió esta nueva estrategia?

Pues bien, para comprenderla se parte del punto en el que Kant sostiene que la unidad del campo objetual está determinada únicamente por el "entendimiento". Ello significa que la realidad de un fenómeno no consiste en ninguna cualidad intrínseca sino en las leyes de su aparición, las cuales conciernen a dicha facultad. La fundamentación de este ítem capital impulsó a Hermann Cohen, cabeza de la denominada Escuela de Marburgo, a dar un decisivo salto hacia delante: la afirmación del "principio de la productividad

del intelecto" (como lo llama Ebenstein) o del "teorema de la producción o construcción del objeto" (como lo llama Köhnke).

Semejante principio o teorema empieza a tomar forma cuando Cohen intenta recapitular, en un artículo llamado "Para la controversia entre Trendelenburg y Kuno Fischer", los diversos aspectos del debate entre que tuvo lugar entre las décadas de 1860 y 1870 (Köhnke, 2011: 278 y ss).

En uno de los episodios de ese debate, Trendelenburg había llegado a conclusiones interesantes reflexionando sobre las formas puras de "espacio" y "tiempo". Por una parte, espacio y tiempo son refutados como intuiciones meramente subjetivas. Por la otra, también es refutada su posible realidad como fundada en las cosas, es decir, su pura objetividad. Por lo tanto las formas puras son, de acuerdo con Bratuscheck (otro seguidor del debate) "necesarias para la representación" y "reales en las cosas". Ello llevó a Cohen a creer que

"no existe ninguna objetividad más alta, más segura, que la aprioridad de la intuición conocida en la estructura formal de la sensibilidad subjetiva. Con ella sola construye el geómetra el triángulo con el que el físico mide la naturaleza; de ella aprendemos 'que nosotros conocemos el a priori de las cosas que nosotros mismos hemos puesto en ellas'. Sólo es objetivo aquello que la subjetividad a priori 'produce', 'construye'." (Köhnke, 2011: 281).

Este corrimiento en la escala cromática de la filosofía dio lugar, con el tiempo, a una especie de relativismo epistemológico. No es difícil trazar una línea de continuidad entre las conclusiones de Cohen y el "pluralismo metodológico" que en las últimas décadas del siglo XX le arrebató el dominio a las exigencias monistas del positivismo.

Kelsen, por su parte, sólo aceptó dos puntos de vista en el estudio de la realidad: *Sein* y *Sollen*. La realidad natural se estudia desde el punto de vista del ser, y las realidades culturales o sociales desde el punto de vista del deber. Por ello rechazó la sugerencia stammleriana que adjudicaba a las ciencias naturales la perspectiva causal y a las sociales la teleológica (Aftalión, García Olano y Vilanova, 1960: 49).

[18] Cfr. Von Wright, 1979: 22-27 y 52 y ss.

Causalidad y teleología no pueden fundar métodos diferentes de investigación, porque en último análisis se identifican. Si algo es medio para un fin, es porque puede operar causalmente en dirección del fin. Y el fin, a su vez, puede considerarse el efecto de dicho medio entendido como causa (Kelsen, 1983: 7-8).

El dualismo kelseniano divide a las ciencias, entonces, en "causales" y "normativas". Ello significa que, siguiendo las enseñanzas de su maestro, Kelsen piensa que hay un principio a priori que organiza el material y permite el conocimiento objetivo. Por ello sostiene:

"Es cierto también que, en el sentido de la teoría kantiana del conocimiento, la ciencia jurídica, como conocimiento del derecho, al igual que todo conocimiento, tiene carácter constitutivo y, por ende, 'produce' su objeto al concebirlo como un todo significativo. Así como solo mediante el conocimiento ordenador de la ciencia el caos de las percepciones sensoriales se convierte en un cosmos, es decir, en una naturaleza como sistema unitario, así también la multitud de las normas jurídicas generales e individuales establecidas por los órganos jurídicos, esto es, el material dado a la ciencia jurídica, se convierte en un sistema unitario no contradictorio, en un orden jurídico, solo mediante el conocimiento de la ciencia jurídica. Pero esta 'producción' tiene un carácter meramente gnoseológico. Es algo completamente distinto de la producción de objetos por el trabajo humano o de la producción de derecho por la autoridad jurídica." (Kelsen, 2011: 123)

Además de mostrar la filiación a la propuesta marburguiana, esta cita también dilucida un posible equívoco relacionado con la denominación: las ciencias normativas (según Kelsen la Ética, la Gramática y la ciencia del Derecho) no son tales por crear normas sino por conocerlas. En este sentido su teoría tiene fuertes puntos de contacto con el positivismo, al separar tajantemente "conocimiento" de "voluntad" y, con ello, distinguir la teoría de la práctica y la ciencia de la "ideología". El conocimiento debe "desvelar" las cosas del encubrimiento del que las hace objeto la voluntad.

Ahora bien, ese fenómeno que es el derecho, objeto de estudio de la Teoría Pura, es definido por Kelsen como "*técnica de organización social*" y, más precisamente, "*de organización del poder*" (Kelsen, 1983: 17 y ss). El problema que se presenta cuando se sostiene que el derecho es una técnica, es el siguiente: ¿implica o no fines intrínsecos,

peligrosos en tanto que, disimulados bajo el rótulo de la neutralidad, amenazan la libertad humana al operar por detrás de las conciencias? Se trata de una pregunta quizá trasforme en blanco al mismo cañón que disparó el misil de la neutralidad valorativa.
Kelsen, por su parte, cree que algo que es un instrumento o un medio puede ser utilizado para la concreción de diferentes finalidades. Si el derecho es un "medio", como tal no está valorativamente comprometido en sí mismo, es decir, los fines le vienen impuestos desde fuera.
Hugo Preuss ya había afirmado que el "contenido" corresponde al fin y la "forma" a los medios:

"El fin nunca está en la forma sino en el contenido; el contenido de las instituciones jurídicas, sin embargo, nunca es jurídico, sino siempre de naturaleza política o económica. Los conceptos jurídicos, por lo tanto, no pueden hacer absolutamente nada con el fin sin negar su propia naturaleza". (Preuss, en Ebenstein, 1947: 73)

Por ello no sorprende que los conceptos desarrollados por la Teoría Pura sean categorías formales. Al respecto es interesante señalar que, mientras Kant veía la unión de forma y materia del conocimiento como indivisible, Kelsen parece erigir su teoría sobre una base formal. Ello está en un todo de acuerdo con el principio de la productividad del intelecto, que concede primacía al sujeto en el proceso de conocimiento:

"La forma de su objeto de cognición puede decirse que ha de ser la forma universal de entendimiento de la mente humana." (Ebenstein, 1947: 30).

Algo en la misma dirección había afirmado Giorgio del Vecchio, para quien, como el contenido del derecho es mutable, la esencia del mismo estaba constituida por la pura forma sola.
En consecuencia, la Teoría Pura debería ser, antes que nada, una teoría de las formas jurídicas. Y a partir de allí presentar la *tertia comparationis* de todos los fenómenos jurídicos. Tal sería el momento primero de la disciplina, es decir, un momento en el cual se acentúe no lo que diferencia a los diferentes fenómenos jurídicos sino, desde un punto de vista analítico, lo que tienen en común.

Si la ciencia ha de ser un sistema unificado de conceptos, Kelsen constata que los resultados de lo que él llama "ciencia jurídica tradicional" no se atienen nunca a dicho ideal, pues ella se ha dedicado a cultivar diferencias específicas bajo una multitud de dualismos que luego se revelarán como ideológicos.

Una ciencia sana necesitaría de ambos momentos: primero encontrar la *tercia comparationis*, lo común, conceptual o estructuralmente necesario, y luego de señalados el o los elementos que dan unidad, estudiar las *differentiae specificae*, es decir, la multiplicidad fenoménica.

Sólo la Teoría Pura, piensa Kelsen, ha encarado esta tarea cabalmente. Por eso sus principios sistemáticos pueden ser descritos como una producción de unidad explicativa en el seno de la confusa diversidad de la ciencia jurídica "tradicional".

La misión de tal teoría es, pues, doble: debe localizar y elucidar los conceptos esenciales, por decirlo así, del derecho. Esto es, aquellos que tienen carácter a priori y se hallan en todo sistema jurídico. Pero también debe prestarle atención a los conceptos "de contenido", los cuales se perciben empíricamente por medio de una revisión comparativa de los sistemas jurídicos históricos. Por ello dice Kelsen que su teoría es, de una parte, "*doctrina de las formas jurídicas*" y, de otra, "*teoría del contenido jurídico*" (Kelsen, 1959: 23).

Quizá sea menester encontrar en estos argumentos la justificación de afirmaciones que el jurista austriaco hiciera alguna vez, en el sentido de que su doctrina, aparte de ser una "teoría de las formas jurídicas", aspira a ser una "*geometría de la totalidad de los fenómenos jurídicos*" (Ebenstein, 1947: 28). Es decir que, luego de determinar la estructura esencial de ese fenómeno denominado "derecho" habrá que ubicar en los anaqueles de dicha estructura, por decirlo así, los fenómenos reales.

Establecer una relación con la teoría de los "tipos ideales" de Weber puede resultar fructífero para entender el punto: un examen a priori establece las posibilidades, y entre ellas se hallan los híbridos que componen la realidad (Weber, 1996: 180 y ss).

Por todo ello, conviene prestar atención a la idea repetida en varios de los libros de Kelsen, es decir, la de que la Teoría Pura pretende ser *"... teoría del derecho real y posible"* (Kelsen, 1974: 214 y Kelsen, 1983: 15-16)

¿Por qué es la Teoría Pura una teoría del derecho "real"?

Pues por al tratamiento que dispensa a los conceptos de contenido del derecho.

Y ¿cómo se entiende que la Teoría Pura pretenda ser la teoría del derecho "posible"?

En tanto que la respuesta a la segunda pregunta tiene relación con la institución de la metodología que permita determinar los conceptos esenciales del derecho, merece un mínimo de detenimiento. Juega aquí la noción de "posibilidad" que Husserl hereda de Kant (Ebenstein, 1947: 32). Sintéticamente, el razonamiento sería el siguiente: lo posible no es lo fortuito. Al contrario, lo "real" es lo fortuito, puesto que comprende solo una de las posibilidades. En conjunción con ello, lo "necesario" es al mismo tiempo "posible". Por lo tanto, la "posibilidad" de un objeto es "lógicamente" anterior a su "realidad". De ahí que el conocimiento de las "posibilidades" preceda al conocimiento de las "realidades"[19].

Fritz Schreier reconoció que este desarrollo de la función lógica de la ciencia jurídica puede conducir a equiparar la Teoría Pura del derecho a lógica jurídica[20].

Para Kelsen, sin embargo, la Teoría Pura no es mera lógica, sino una fundamental disciplina normativa. Tan así es, que en sus albores fue conocida con el nombre de "Teoría normativa del derecho". Sólo tiempo después, cuando se comprendió la magnitud de la exigencia metodológica de pureza, ganó terreno la que sigue siendo su denominación más común.

II.1. La pureza de Marburgo

Conviene ya profundizar en la cuestión: ¿qué implica la "pureza" como punto de arranque metodológico?

Kant entendía por conocimiento puro "*el que no tiene mezcla empírica*" (Ebenstein, 1947: 49). De acuerdo con esto la Teoría Pura sería una ciencia apriorística, "ideal" (en términos de Husserl), y no una ciencia "real", empírica. Si se acepta como válido este punto de vista, cuando Kelsen se detiene en consideraciones acerca de los conceptos "materiales" del derecho, tales afirmaciones estarían lógicamente situadas en los límites de la Teoría Pura si no es que más allá. La ciencia que Kelsen pretende fundar no sería una *cognitio ex datis*.

[19] Este punto, en conjunción con el señalado en la referencia n°17, completan el sentido de lo que Kelsen pretende cuando afirma, por ejemplo en el Prólogo de su "Teoría General del Derecho y del Estado", que su teoría "se dirige a un análisis estructural del derecho positivo".

[20] Es curioso que este discípulo de Kelsen haya arribado a conclusiones similares a la de algunos autores argentinos. Ver, por ejemplo, el prefacio de Carlos Cossio a la edición de Losada (1941) de la Teoría Pura del Derecho. También Ambrosio Gioja en *"El tema de la Teoría Pura del derecho"*, Revista "La Ley", 24 de junio de 1949.

Pero a la "pureza" se le puede asignar otro significado. Kant también creía que todo conocimiento es puro "*cuando no está mezclado con algo extraño*" (Ebenstein, 1947: 50).

Justamente, el más importante principio del método de la Teoría Pura es despojar a la disciplina de elementos extraños.

Tal es la función del *Sollen* que, al delimitar estrictamente su territorio contra la intrusión de la realidad natural, promueve la "pureza". Y lo hace con un doble alcance: protege la esfera de cognición jurídica de la política, la moral y la justicia en sentido absoluto (purificación que cabría llamar "antijusnaturalista") y también la salvaguarda contra la sociología, la psicología y la biología , pues Kelsen piensa que son ciencias causales y no normativas (purificación "antinaturalista").

La exigencia de pureza es vital, porque el rigor científico reclama que el punto de vista normativo no se mezcle con ningún otro. Y ello remite nuevamente el "principio de la productividad del intelecto", ya que, como se verá, puntos de vista diferentes dan lugar a objetos diferentes.

El derecho como objeto de estudio conecta exclusivamente con el método normativo. La sociología del derecho, por citar un ejemplo que Kelsen mismo discute, no estudia el derecho mismo, sino ciertos fenómenos paralelos en la naturaleza, pues usa el criterio causalista:

"Si una ciencia se denomina social por ocuparse de la conducta recíproca de los hombres, tal ciencia social, en cuanto busca explicar causalmente la conducta humana, no se distingue esencialmente, como ya lo hemos destacado, de las ciencias naturales, tales como la física, la biología y la fisiología. Hasta qué punto sea posible tal explicación causal de la conducta humana es una cuestión aparte. La diferencia que en este aspecto hay entre las mencionadas ciencias sociales y las ciencias naturales es solo una diferencia de grado, no una diferencia de principio. Solo hay una diferencia esencial entre las ciencias naturales y aquellas ciencias sociales que el lugar de describir la conducta recíproca de los hombres según el principio de causalidad lo hacen según el de imputación; que no describen cómo se desarrolla la conducta humana, determinada por leyes causales, en el ámbito de la realidad natural, sino cómo debe desarrollarse, determinada por normas positivas, o sea, establecidas por actos humanos" (Kelsen, 2011: 136-137).

La siguiente cita rechaza de plano lo que hoy se conoce como "pluralismo metodológico", es decir, la posibilidad de acercarse a un objeto de estudio complementando diferentes estrategias de investigación:

"Cuando la ciencia procura ver su objeto desde tantos ángulos como sea posible, allí hay confusión metodológica, nacida de un ingenuo realismo, para el cual un objeto sigue siendo uno y el mismo incluso cuando el punto de vista desde el cual se contempla dicho objeto ha cambiado" (Ebenstein, 1947: 54).

Uno de los más famosos ejemplos de los límites que este proceder gnoseológico impone a la teoría kelseniana gira en torno del problema de "las dos caras del Estado". Kelsen critica a los teóricos que afirman la posibilidad de acceder al estudio del Estado tanto desde una faz sociológica como desde una normativa (por ejemplo, Jellinek). Ello constituye, dirá nuestro autor, una "*imposibilidad metodológica*", ya que *"... la identidad del objeto cognoscitivo no está garantizada más que por la identidad del proceso cognoscitivo"* (Kelsen, 1983: 8).

"Kelsen se opone radicalmente a esta propuesta metodológica y considera que la teoría de Jellinek, sin ningún espíritu crítico, incurre en el grave defecto del sincretismo metodológico –crítica que el mismo Jellinek dirigió a sus antecesores. El rigor del tratamiento científico –afirma Kelsen- exige atenerse al método y no mezclar métodos sociológicos y jurídicos. Su propuesta consistirá en olvidarse del dualismo metodológico y de todas sus consecuencias y proponer el monismo metodológico como único criterio científico riguroso." (Calsamiglia, 1997: 8)

Todo lo dicho es coherente, *grosso modo*, con las enseñanzas kantianas: como no es posible acceder al "en sí" de los objetos, éstos se agotan en las leyes de su aparición, proporcionadas por el entendimiento.
La consecuencia que extraen de allí los neokantianos de Marburgo consiste en afirmar que lo que sea el objeto de estudio está implicado de antemano por el ángulo de visión inicial.

Se trata, dicho sea de paso, de una posición claramente antisustancialista. En Kant la "sustancia" no es más que la categoría unificadora que condiciona la posibilidad de cualquier experiencia. Tal concepto se resuelve no en cualidades intrínsecas, sino en la objetiva validez de relaciones lógicas.
Correlativamente, en la Teoría Pura del derecho "Estado" y "persona" no son cosas en sí, sino puntos ideales de "imputación".
La imputación es la categoría trascendental de la ciencia del derecho. Ella consiste en el enlace establecido por una norma entre determinada conducta y su consecuencia punitiva (Kelsen, 2011: 128).
Kelsen critica la pertinencia de otro principio. Rechaza la idea de "teleología", propuesta por Stammler para las ciencias humanas en general y por von Ihering para el derecho en particular.

"Stammler introdujo y aplicó métodos cognitivos fundamentalmente diversos, que además se excluían entre sí: uno teleológico y otro causal. De acuerdo con Kelsen, el método teleológico de Stammler en general se caracterizaría únicamente por medio de este último método." (Paulson, 2003: 556)

Un ejemplo característico del rechazo de la Teoría Pura del derecho hacia el principio teleológico lo constituye el urticante problema de la "creación del derecho". Por ser una actividad humana, pareciera que la creación del derecho, como toda actividad humana, debiera dirigirse a un fin. Pero:

1- como ya se ha mostrado más arriba, teleología no se opone a causalidad.
2- El método de las ciencias normativas no puede concebir la creación del derecho, porque ello conduce a un problema metajurídico.

En efecto, con el problema de la creación del derecho sucede lo mismo que con el problema de la creación del mundo. La creación del mundo no es un problema que puedan resolver las ciencias físicas, porque compete a la metafísica. En ambos campos, naturaleza y derecho, la ciencia debe aceptar su asunto como dado, presupuesto, y no puede plantear la temática trascendente de la creación. Así se da con el cimiento más profundo de la epistemología positivista en general, y del positivismo jurídico en

particular. Según éste, la ciencia del derecho debe ocuparse exclusivamente del derecho positivo, puesto por la voluntad humana. Una auténtica ciencia del derecho no puede detenerse en los fines por los que las normas han sido puestas sin perder su rigor y transformarse en "ideología".

El ostracismo del maderamen teleológico de la ciencia del derecho se logra, finalmente, con el rechazo de la "teoría del fin inmanente" (Kelsen, 1960: 102). Tal teoría, inspirada probablemente en el concepto aristotélico de "entelequia", afirma que todo lo que existe tiene su "fin", su "idea". Kelsen piensa, por el contrario, que los objetos no tienen fines particulares. Más aún, los objetos pueden emplearse con fines diversos.

Además, el derecho no es un fin sino un medio: es un aparato de coacción y, como tal, no tiene valor ético ni político.

II.2. Kelsen y los positivistas

En sus efectos, todo lo dicho hasta aquí puede compatibilizarse con lo que sostiene el positivismo jurídico. Pero Kelsen afirma que su Teoría Pura se aleja de las diversas formas de positivismo[21] cuando éstas sostienen, al explicar el derecho positivo, que la cuestión preponderante es la de la "efectividad".

A través de distintos expedientes se concluye que la "positividad" del derecho es su realidad. Autores como Bierling, Jellinek y Stammler lo hacen siguiendo un enfoque psicológico. Ehrlich, Somlo y Weber logran el mismo cometido mediante un enfoque sociológico[22].

Para una doctrina normativa, empero, todos ellos dan una respuesta inadecuada a la pregunta por la "validez" del derecho. Pues resulta lógicamente insostenible y metodológicamente incongruente dar una respuesta fáctica a una pregunta que pertenece

[21] "Kelsen tiene buenas razones para sentirse insatisfecho. Cree que la ciencia jurídica positivista desarrollada en el siglo XIX no es una verdadera ciencia. Sostiene que carece de aquellos atributos necesarios para considerar un saber como científico: rigor y objetividad." (Calsamiglia, 1997: 7)

[22] Más allá de que no sea correcto calificar a los seis autores a que se hace referencia como "positivistas", William Ebenstein, en el libro varias veces citado en este trabajo, acierta al señalar que para todos ellos la positividad del derecho es su realidad. Ello significa que la validez del derecho se resuelve en la esfera lógica del *Sein* y no en la del *Sollen*. Bierling, Jellinek y Stammler llegan a la conclusión de que la solución al problema de la validez del derecho ha de encontrarse en una investigación sobre la conciencia individual. Ehrilch y Somlo, por su parte, vienen a acordar con el significado sociológico que tiene el derecho para Max Weber, esto es, el "complejo de condiciones fácticas que gobiernan la verdadera naturaleza humana" (Ebenstein, 1947: 133).

al reino de lo normativo como ¿por qué el derecho es válido? Lo que equivale a preguntar ¿por qué el derecho debe ser obedecido?[23]

Una "norma" pertenece a la esfera del "deber ser" y, como tal, sólo puede ser justificada a partir de otro "deber ser". Y de la misma manera ocurre con los fenómenos del mundo del "ser", pues sólo pueden encontrar su explicación en otro "ser"[24].

Al estar fuera del ámbito de la causalidad, que corresponde a ciencias de otra estirpe, el "deber ser" no puede ser causa del "ser" (como cuando se dice que una norma "causa" cierto comportamiento) ni puede ser causado por el "ser" (sea éste de carácter psicológico o sociológico). Se trata de un aporte nuevo de la Teoría Pura del derecho, y de una corrección al positivismo tosco que se mantiene, para Kelsen, ingenuamente realista y metodológicamente confundido.

Se podría objetar que el *Sollen* es una categoría del pensamiento incompleta, ya que los sistemas de valores no tendrían sentido si la "realidad" no ofreciera un correlato de acuerdo con su contenido. A esto cabe responder que si una norma puede compararse con la realidad en cuanto a contenido, su "validez" en modo alguno puede derivarse de la conducta humana causalmente determinada. En este texto se regresará una y otra vez a la cuestión del complejo modo de validez de la norma jurídica, por ser el objeto central de dilucidación.

---

[23] Stanley Paulson duda del apego de Kelsen a la tesis de la normatividad, puesto que "lo característico de la normatividad es el poder aducir razones a favor de una acción" (Paulson, 2003: 549). O, en términos de Pablo Navarro: "un enfoque tradicional de la validez de las normas jurídicas insiste en que los enunciados de validez no describen que una norma pertenece a un sistema normativo sino que ellos indican que la norma en cuestión debe ser obedecida y aplicada. Según este punto de vista, las normas válidas tienen fuerza vinculante. Éste es un concepto normativo de validez" (Navarro, 2001: 145). En este trabajo se asume la idea de que el planteo de Kelsen es, en definitiva, objetivista, y que la tesis de la normatividad que, según Paulson, "se refiere por antonomasia a las obligaciones de los sujetos, a llevar a cabo u omitir determinadas conductas, y a las razones para atribuir a alguien dichas obligaciones y reconocerles carácter vinculante" resulta más bien compatible con el enfoque habermasiano. Dado que la teoría kelseniana "parte de la concepción de las normas jurídicas *como contenidos objetivos de sentido*", Paulson cree que la Teoría Pura del Derecho representa una versión de la normatividad "en realidad mucho más débil que la expuesta anteriormente, porque lo único relevante en ella es que la norma jurídica puede resistirse a todo intento de reducirla a algo fáctico" (Paulson, 2003: 550).

[24] De acuerdo a lo expuesto hasta aquí, resulta patente la influencia de la Escuela de Marburgo sobre el pensamiento de Kelsen. Sin embargo, Paulson piensa que la influencia de los neokantianos de Baden es todavía mayor: "Entre las doctrinas de los neokantianos de Baden que Kelsen adoptó, se destaca sobre todo la propia doctrina de los dos mundos, o dicho con mayor precisión, la investigación de Wilhelm Windelband sobre los puntos de vista explicativo y normativo, y la investigación correlativa, desarrollada por Heinrich Rickert, sobre los 'reinos' o mundos. Es por esto que la diferencia entre el punto de vista explicativo y normativo, que Kelsen toma de los *Preludios* de Windelband, cimienta la tesis de los dos mundos que aparece en algunos pasajes de su obra. Esta doctrina del neokantismo de la escuela de Baden es sin duda fundamental para la filosofía del derecho de Kelsen. Esta doctrina subyace a la tesis débil de la normatividad, que sin ella es inimaginable." (Paulson, 2003: 560-561)

. Mientras tanto, se puede agregar que Kelsen excluye la sociología del derecho de la auténtica ciencia del derecho, y ello precisamente a raíz de los argumentos hasta aquí desarrollados. Es decir, concibe la "Sociología" de acuerdo con los cánones positivistas, es decir, como "Física social". Disciplina que, por lo tanto, pertenece a investigaciones propias de una esfera lógica ajena.

Digno es de destacar que la posición de Kelsen no fue siempre la misma. En sus primeros escritos reconoció la importancia de la Sociología Jurídica basándose en la posición, más intuitiva y menos rigurosa, de acuerdo con la cual *"…el punto de vista normativo… percibe solamente un aspecto del fenómeno del derecho."* (Kelsen, 1974: 218)

No obstante luego, al perfeccionar la postura neokantiana según la cual dos métodos diferentes no pueden producir el mismo objeto, abandona el dualismo, pues la sociología no tiene nada que hacer con la norma jurídica como contenido intelectual:

"El derecho, como contenido intelectual, es un objeto del conocimiento normativo… como acto psicofísico, motivador o motivado, esto es, como fuerza, es objeto de conocimiento de la Psicología Social o Psicología" (Kelsen, 1960: 127).

Sobre este punto, la posición no es unánime ni siquiera al interior mismo de la "Escuela de Viena". F. Kaufmann y F. Schreier han defendido la Sociología del derecho aludiendo a su importante función de escrutar las tendencias sociales a las cuales deben su aparición las normas, de un lado, y la reacción de la vida social a tales normas, del otro.

La disciplina normativa, sin embargo, conservaría su prioridad lógica, pues suministra el criterio específico de la "validez". También porque, si bien es cierto que el derecho tiene su génesis en la esfera de la existencia social, no menos cierto es que a fin de conocer si es derecho lo que así ha surgido, antes es necesario conocer el concepto del derecho.

Para conocer lo que es el derecho hay que conocer los conceptos a priori que lo hacen posible pues, como señala Legaz y Lacambra,

"… también hay en el derecho ciertos conceptos sine qua non, ciertas impalpables entidades jurídicas que ni son instituciones jurídicas más o menos justas, convenientes

o deseables por su propia finalidad empírica, ni tienen por misión hacer más justo el orden jurídico total, sino que simplemente lo hacen posible como tal orden jurídico" (Legaz, 1947: 93).

Ahora bien, el reconocimiento limitado a la importancia de la sociología del derecho que hacen Schreier y Kaufmann sólo puede hacerse a costa de sacrificar el rigor de la postura metodológica, esto es, dejando de respetar el "principio de la productividad del entendimiento". Si ha de haber una ciencia del derecho, piensa Kelsen, debe presentar los principios que le son propios y respetarlos a rajatabla.

Mas conviene llamar la atención sobre el intento de conectar la Teoría Pura con la "realidad social". Quizás los seguidores de Kelsen intuyeron que un enfoque tan estricto podría derivar en una concepción del derecho como un sistema, dicho esto de manera un tanto anacrónica, "autopoiéticamente cerrado", y quisieron evitar el aislamiento de un fenómeno que es eminentemente social.

II.3. Algunas dificultades epistemológicas

Según Ebenstein (1947: 63), Kelsen distingue entre la norma como "significación" y la norma como "acto". Semejante idea, analizada con cierto detenimiento, puede abrir una brecha en la coherencia del "principio de la productividad del intelecto" y, simultáneamente, repercutir sobre la exigencia de pureza.

La norma como "significación" pertenece a la esfera del *Sollen*, y la norma como "acto" a la esfera del *Sein*. Puesto que es normativa, la Teoría Pura trata de las normas no como hechos de conciencia, ni en cuanto a su génesis en la mente o en la voluntad, sino como fenómenos que deben ser profundizados y concebidos sistemáticamente.

¿Qué relación existe entre estas construcciones intelectuales y la "realidad"? Pues bien, según Kelsen la norma funciona como "esquema de interpretación":

"En tanto quepa considerar como objeto de la ciencia jurídica las relaciones interhumanas, también ellas son objeto de un conocimiento del derecho solo como relaciones jurídicas, es decir, como relaciones que están constituidas por normas jurídicas. La ciencia jurídica busca concebir su objeto 'jurídicamente', es decir, desde el punto de vista del derecho. Pero concebir algo jurídicamente no puede significar

sino concebir algo como derecho, es decir, como norma jurídica o como contenido de una norma jurídica, como determinado por una norma jurídica." (Kelsen, 2011: 121)

Coincidente con los enfoques positivistas, la Teoría Pura dice estudiar "hechos". Los "hechos jurídicos" (Aftalión, García Olano y Vilanova, 1960: 849) estarían compuestos por dos elementos:

a- un suceso espacio temporal y,
b- la significación inherente a ese suceso.

Tal significación viene aportada por la norma en cuanto que ella proporciona el criterio para la interpretación.

La interpretación realizada puede a su vez ser "subjetiva" u "objetiva" (Kelsen, 1960: 17). Mientras en el primer caso la interpretación es aportada por aquellos mismos que realizan el acto, la interpretación objetiva es la que se basa en la "norma válida", porque sólo ella determina la posición del acto en la totalidad del sistema jurídico.

Un juez, verbigracia, puede decir "yo sentencio…", pero esta expresión no pasa de ser una interpretación subjetiva del acto, cuyo significado objetivo solamente deriva de las normas que regulan convenientemente la jurisdicción. En contrapartida, un grupo subversivo puede someter a proceso a una persona secuestrada bajo la acusación de "traición a la patria", pero objetivamente tal acto carece de valor jurídico (incluso constituye un delito) mientras no exista una norma válida que otorgue a dicho grupo competencia para juzgar.

En los ejemplos se aprecia cómo ciertos actos humanos, que se desarrollan en el tiempo y en el espacio, adquieren significación jurídica (en la cual se concentra la ciencia del derecho) al pasar por el tamiz del criterio que proporciona la norma como "significación".

Aquí radica, probablemente, el meollo de una dificultad. Pues Kelsen sostiene que la Teoría Pura estudia la conducta humana pero solamente en la medida en que ella está determinada por las normas (como se sostiene en la cita y en otros lugares, por ejemplo, Kelsen, 1960: 83). Con lo cual pareciera que un sustrato común, la conducta humana, es susceptible de dos enfoques diferentes: puede ser interpretada de acuerdo con el criterio

de la causalidad (Sociología, Psicología) o de acuerdo con el criterio que proporciona una norma (Ética, Derecho).

Si esta interpretación no está descaminada, la propia Teoría Pura caería en el ingenuo realismo del que cree que un objeto permanece uno y el mismo cuando se lo estudia desde diferentes puntos de vista. Y así se estaría sosteniendo la existencia de un mismo objeto de estudio, la "conducta humana", a pesar de, y aprehensible por, lógicas diferentes.

Tal vez por ello Kelsen insistió tanto en que el objeto de estudio del derecho lo constituyen las normas y no la conducta. El problema, empero, radica en que el contenido de las normas no puede ser otra cosa más que conducta humana (Aftalión, García Olano y Vilanova, 1960: 876 y ss), es decir, la imputación de un acto humano, la sanción, a otro acto humano, el entuerto.

Si estos problemas no encuentran solución en el seno del sistema kelseniano, quedan entonces abiertas las puertas para algún tipo de pluralismo metodológico.

Pero si se desconocen estos razonamientos, y todavía se pretende abrevar en el monismo metodológico positivista en general, y en el kantismo marburguiano en particular, habría aun que responder a otra cuestión clave: ¿no resulta esta idea de lógicas diferentes que producen objetos diferentes una exageración de la idea kantiana según la cual el principio activo del conocimiento es el entendimiento?

Köhnke lanza una larga diatriba contra lo que él cree que es una tergiversación lisa y llana de Kant por parte de H. Cohen. La afirmación, perteneciente a la "Crítica de la Razón Pura", según la cual el espacio no es un concepto empírico, es decir, deducido de experiencias externas, es interpretada por Cohen en el sentido de que el espacio "construye" los objetos externos:

"... las conclusiones de Cohen exceden con mucho el sentido de lo que estaba y debía ser dicho en la proposición kantiana: concepto y forma de la intuición –origen empírico y origen a priori estaban contrapuestos-; pero para Cohen debía resultar ¡'el espacio construye los objetos exteriores'! Con esta formulación, que precisamente quiere ser interpretación, pero que en su núcleo ya anticipaba la cosmovisión que era la premisa de Cohen, comienza la historia del teorema de Marburgo de la 'producción del objeto'.

Pues en este escrito temprano[25] *ya se habla constantemente de tal 'construir', sin que efectivamente se dilucide o documente una sola vez en qué medida es kantiana esta idea."* (Köhnke, 2011: 286).

Ahora bien, lo que se obtiene siguiendo el camino de Cohen es, según Köhnke, la cancelación del concepto de objeto. Pues, por una parte, Kant sólo se refirió a la posibilidad de construcción de conocimiento racional en el caso de las matemáticas. Y, por otra, lo dado a priori en el caso del conocimiento empírico, es decir las formas trascendentales y las categorías, sólo se aplican sobre un material que proviene de la intuición:

"Las categorías 'desempeñan alguna función' en el conocimiento del mundo experimentable; pero los a priori que nosotros 'colocamos en las cosas' están por tanto muy lejos de construir y producir los 'objetos de la experiencia posible', como piensa Cohen, sino sirven únicamente para la 'aplicación a la intuición empírica'." (Köhnke, 2011: 291).

Si el material dado en la experiencia, es decir, a posteriori, es construido a partir de las funciones del intelecto, es decir, es dado a priori, el resultado al que puede llegarse es a ver en Kant un escéptico o, cuanto menos, un relativista. Y ello por el sencillo expediente de tomar nota sobre las múltiples posibilidades de obtener ángulos de visión diferentes, perspectivas o cosmovisiones. Llegados a este punto, la única posibilidad de conocer radica en desplegar redes, tender líneas, para llegar así a verdades relativas a esas líneas, de la misma manera que el tipo de mallas del que están compuestas las redes que utiliza un pescador determina los frutos que recogerá del mar.
Así, Kelsen llega a afirmar que la filosofía kantiana convierte *"el conocimiento en un proceso infinito, interminable; oculta la verdad en la eternidad haciéndola tan inalcanzable en esencia como el escepticismo."* (Kelsen, en Ebenstein, 1947: 57).

[25] Se refiere a la "Teoría kantiana de la experiencia", que Cohen publica en 1885.

Kant, sin embargo, sólo puede ser considerado escéptico con respecto al conocimiento metafísico. No abrigaba dudas sobre la consistencia de la ciencia moderna.

II. 4. El "escepticismo" kelseniano y la posible imbricación entre teoría y praxis

Se ha escrito bastante sobre el escepticismo kelseniano. Se ha dicho, por ejemplo, y él mismo lo ha refrendado, que Kelsen es un hijo de la Viena de su tiempo, una cultura madura o vieja, poco propensa a asumir con entusiasmo verdades o valores absolutos.
Mas conviene aclarar en qué sentido sería Kelsen un escéptico.
¿Lo era en un sentido ontológico?
Puede afirmarse, sin temores de caer en un error, que es el caso. Kelsen hereda de Kant la convicción de que no puede tenerse un conocimiento válido sobre la "cosa en sí". Tampoco puede decirse nada verdadero sobre Dios, el mundo o el alma, ni sobre cualesquiera cosas acerca de las cuales no pueda haber experiencia. No cree en la existencia de valores o ideas absolutas. Y sostiene que cada vez que alguien afirma haber llegado a un conocimiento cierto de la existencia de seres, valores o ideas supremos, su discurso no constituye más que una ideología.
¿Era Kelsen escéptico en un sentido metodológico o epistemológico?
En cierto sentido, puede afirmarse que no. En efecto, Kelsen no duda sobre la posibilidad de adquirir conocimientos que quepa considerar válidos o verdaderos. Al mismo tiempo, parece no tener ninguna duda sobre el hecho de que sólo son dos los enfoques válidos a la hora de estudiar la "realidad": el de las ciencias causales y el de las ciencias normativas. Se empeña, inclusive, en rebatir posibles alternativas al enfoque normativo a la hora de estudiar los fenómenos sociales. Y, sin embargo, habría que ver hasta qué punto el "principio de la productividad del intelecto" cierra la puerta a la posibilidad de que diferentes enfoques sean posibles, y no sólo los aludidos por Kelsen. Si esto es así, la única manera de escapar a un relativismo[26] de "producciones"

[26] Anna Pintore prefiere hablar de un "relativismo filosófico" kelseniano. A los fines de la presente investigación, la distinción terminológica no trae mayores consecuencias. Independientemente de ello, las distinciones de la autora italiana son instructivas: "En primer lugar, esta expresión ('relativismo filosófico') es empleada por él (Hans Kelsen) para indicar un complejo de asunciones gnoseológicas que hoy podrían designarse como *empirismo, no cognoscitivismo* y *constructivismo (moderado)*. Empirismo, o sea: el conocimiento es siempre solo conocimiento empírico; no cognoscitivismo, o sea: solo los hechos pueden ser objeto de conocimiento y no los valores, por lo que verdad y justicia son atributos radicalmente heterogéneos; constructivismo, o sea: el conocimiento es siempre relativo al sujeto que lo produce. En segundo lugar, 'relativismo filosófico' es una expresión empleada por Kelsen para indicar un

intelectuales radicaría en someter el proceso de las investigaciones, así como sus resultados, a la crítica de la comunidad epistémica pertinente. Con ello, la exigencia de "objetividad" se traduciría en la de "acuerdo intersubjetivo".

La posición de Kelsen con respecto a esta idea es ambigua. Por una parte parece aceptar que, al ser la ciencia un producto humano, conlleva una ineludible carga de falibilidad. Por otra, sin embargo, su idea de verdad suele coquetear con la *episteme* platónica.

Ahora bien: si Kelsen admite que existen argumentos racionales que permitan justificar la verdad de las proposiciones científicas (y ello con independencia que se trate de una verdad en sentido fuerte -si cabe la expresión- del objetivismo, o de la verdad en sentido débil de los planteos intersubjetivistas), no piensa lo mismo de la corrección de las normas que estatuyen valores, jurídicos o de otro tipo.

Por ello su planteamiento es colactáneo del de su contemporáneo Max Weber, para quien la función de las ciencias sociales es hacer comprensibles las actitudes pensables o posibles frente a los problemas prácticos, dejando la decisión real a los sujetos enfrentados con el conflicto de valores que las posturas encontradas suscitan. Ésta, que pretende ser la lección central de la célebre conferencia que Weber dictara en 1919, titulada "La ciencia como vocación", encuentra eco en la Teoría Pura del derecho cuando Kelsen, refiriéndose al problema de la indeterminación del derecho, recomienda que el científico se limite a indicar las interpretaciones posibles de las normas jurídicas:

"Pues la necesidad de una 'interpretación' resulta precisamente de que la norma que ha de ser aplicada, o el sistema de normas, deja abiertas varias posibilidades, es decir, no contiene aún una decisión respecto de cuál de los intereses en juego tiene mayor valor, sino que, por el contrario, deja esa decisión, esa determinación del rango de los intereses, a un acto de producción de normas que queda por establecer; por ejemplo, a la sentencia judicial." (Kelsen, 2011: 368-369)

---

complejo de tesis éticas. En sus escritos sobre la democracia, Kelsen no tematiza la distinción entre ética y metaética, y por tanto no aclara si, cuando habla de relativismo, hace referencia a una tesis ética sustantiva (los valores son relativos a quien los adopta) o bien a una tesis metaética (no existe un fundamento objetivo de los valores). Sostengo que los dos aspectos están presentes conjuntamente en el relativismo filosófico por él delineado. 'Relativismo filosófico' indica por tanto, por un lado, la tesis metaética según la cual los valores no son inmanentes a la realidad y no pueden ser extraídos de ella a través del conocimiento racional: no objetivismo ético; por otro lado, la tesis ética según la cual los valores son relativos a los individuos que los adoptan: relativismo normativo." (Pintore, 2000: 21)

Tanto la postura kelseniana como la weberiana orientan su artillería contra aquellos que pretenden fundamentar preferencias valorativas apelando al prestigio de la ciencia. Para ello abrevan en el clásico dualismo positivista entre "hechos" y "decisiones": las proposiciones sobre los hechos se pueden fundamentar racionalmente, son susceptibles de verdad o falsedad, mientras que las decisiones no.

Lo que semejante dualismo presupone, es que resulta posible realizar una descripción de los hechos sin ningún tipo de carga valorativa. Presupone una contemplación aséptica ni siquiera afectada por una toma de posición o por un ángulo de visión.

¿Hasta qué punto comparte Kelsen esta presunción positivista?

Las más de las veces, el acuerdo parece ser pleno. Kelsen sostiene reiteradamente que el objetivo de la ciencia es describir la "realidad" (en el caso de la Teoría Pura, la realidad a estudiar es el derecho) Su insistencia tiene sentido cuando, sobre todo, se opone a la doctrina del derecho natural, que en vez de describir su objeto lo evalúa a la luz de prescripciones de orden superior. Y en su lucha en pos de la pureza Kelsen parece acordar con la idea de que la realidad puede ser abordada sin ningún tipo de precomprensión o preferencia valorativa implícita.

Sin embargo, hay momentos en los que Kelsen parece creer que la teoría está transida por la praxis, que toda toma de postura teórica tiene orígenes e implicancias prácticas. Por eso resulta de vital importancia el consejo consistente en que el investigador se abstenga de juzgar, pero muestre las posiciones teóricas contrapuestas que están basadas en valores contrapuestos.

Quizá el ejemplo culminante se encuentra en el nivel más alto de la estructuración del orden jurídico, cuando Kelsen presenta las dos concepciones monistas del orden jurídico internacional.

El problema en discusión gira en torno a la validez de dos órdenes jurídicos diferentes. Si el llamado derecho internacional va a ser considerado como tal, ¿cómo se coordina con el orden jurídico nacional?

"... la unidad entre el derecho internacional y el derecho estatal puede ser construida, en el plano del conocimiento, de dos maneras distintas; y si se consideran ambos como órdenes de normas obligatorias simultáneamente válidos, ello no es posible sino concibiendo a ambos, de una u otra manera, dentro de un sistema susceptible de ser descrito a través de proposiciones jurídicas no contradictorias.

Dos sistemas normativos de tipo dinámico, como el orden jurídico internacional y el orden jurídico estatal, pueden conformar un sistema unitario de tal modo que uno de los órdenes resulte subordinado al otro porque éste contiene una norma que determina la producción de las normas de aquél, el cual, de este modo, encuentra su fundamento de validez en él…

Si el derecho internacional y el derecho de cada Estado conforman un sistema unitario, entonces su relación recíproca debe configurarse en una de las formas que acabamos de desarrollar. El derecho internacional debe ser concebido, o bien como un orden jurídico delegado por el orden jurídico estatal y, por lo tanto, como un orden jurídico incorporado a éste, o como un orden jurídico total que delega a los órdenes jurídicos estatales, superior a ellos, y que los abarca todos como órdenes jurídicos parciales. Ambas interpretaciones de la relación entre el derecho internacional y el derecho estatal representan una construcción monista. Una significa la primacía del orden jurídico de cada Estado; la otra, la primacía del orden jurídico internacional." (Kelsen, 2011: 351)

Lo interesante de este desarrollo teórico radica en que es uno de los pasajes en los que Kelsen, a contramano de las disquisiciones positivistas, reconoce abiertamente que la "realidad" admite descripciones alternativas, dependiendo del punto de vista. Y más aún, como se verá a continuación, tales descripciones alternativas están preñadas de implicaciones prácticas o políticas:

"De la superioridad del derecho internacional por sobre los Estados se cree poder inferir que la soberanía del Estado se encuentra esencialmente limitada, y que de este modo se hace posible una organización jurídica mundial eficaz. La primacía del derecho internacional desempeña un rol decisivo en la ideología política del pacifismo…

Más aún que la primacía del derecho internacional, se halla expuesta a un abuso semejante la primacía del orden jurídico estatal, basada en el supuesto de la soberanía del Estado. De que el derecho internacional vale solo en virtud de su reconocimiento por el Estado y, por ende, solo como componente del orden jurídico estatal o –lo que es lo mismo- de que el Estado es soberano, se infiere que el Estado no está ligado necesariamente por los tratados que ha celebrado, o que es inconciliable con su

naturaleza someterse –incluso en un tratado celebrado por él- a un tribunal internacional con jurisdicción obligatoria o quedar obligado por la resolución mayoritaria de un órgano colegiado, aun cuando ese órgano y su procedimiento hayan sido creados a través de un tratado celebrado por el Estado.
Así como la primacía del derecho internacional en la ideología pacifista, la primacía del derecho estatal, la soberanía del Estado, desempeña un papel decisivo en la ideología imperialista." (Kelsen, 2011: 360-361)

Y si bien Kelsen parece afirmar que no se da el caso de que cada punto de vista teórico implique una determinada carga ideológica, sino que lo que más bien ocurre es que las ideologías "pacifista" e "imperialista" hacen uso de dos descripciones de la "realidad" que parecen igual de atinadas, lo cierto es que acto seguido traza un paralelismo entre ambas teorías y dos concepciones del mundo opuestas entre las cuales, parafraseando a Max Weber, hay que en último término decidir: una es la concepción del mundo subjetivista, de acuerdo con la cual se parte del propio yo, considerado como soberano, y el mundo externo sólo puede ser interpretado como representación y voluntad del yo; y la otra es la concepción del mundo objetivista, de acuerdo con la cual el yo solo puede ser comprendido a partir del mundo real exterior, porque el yo no es el centro del mundo sino solamente una parte componente integrada al mundo (Kelsen, 2011: 361-362).
No resulta difícil explorar las concomitancias entre estas ideas y las contenidas en el apartado VII de "Esencia y valor de la democracia" (Kelsen, 1934). Allí se contraponen la "teoría democrática del Estado" a la "teoría autocrática", y Kelsen emparenta la teoría autocrática del Estado con la teoría de la supremacía del derecho nacional por sobre el internacional. Y aunque hace un esfuerzo por respetar el principio de la neutralidad valorativa, pues ello es una garantía de pureza y de mundicia ideológica, finalmente no puede hacerlo:

"En esta tendencia antiideológica, enderezada a lograr un conocimiento objetivo y libre de valores, en el que se ponga de relieve la relatividad de todas las antítesis aparentemente absolutas, la teoría jurídica, política y social del tipo democrático se revela en su verdadero carácter de teoría social científica por excelencia, mientras que el tipo autocrático trata el problema de la sociedad como objeto del conocimiento, con

arreglo a puntos de vista político-religiosos, esencialmente teológicos. Sólo el tipo democrático es capaz de juzgar objetivamente la forma estatal que le está ordenada y, lo que es más importante, sólo él tiene inclinación a hacerlo. Lo que constituye su fuerza científica, es su debilidad política. En tanto que la oposición de formas políticas puede reducirse a una antítesis de actitudes íntimas humanas, es lógico que la pugna entre una mentalidad puramente científica (esto es, orientada simplemente al valor del conocimiento) y una mentalidad política (es decir, enfocada hacia un valor distinto y, para ella, superior al del conocimiento, por ejemplo, el valor de la sociedad) vaya unida con el antagonismo de democracia y autocracia. Y así ya no resulta tan paradójico que en el hogar de la democracia pueda florecer una ciencia auténtica del Estado, con la garantía de la libertad intelectual, mejor que en la autocracia, en la que solo puede cultivarse una ideología del Estado; y tampoco es extraño que quien se sienta interiormente inclinado a la democracia se encuentre mejor dispuesto a elaborar una concepción puramente científica del derecho, del Estado y de la sociedad, que aquel a quien su carácter impulsa hacia la autocracia y, por tanto, hacia toda actitud típicamente ideológica." (Kelsen, 1934: 152-153)

La última cita contiene un reconocimiento importante, porque no resulta fácilmente conciliable con la pretensión de candidez ideológica de la Teoría Pura y, además, porque contradice aquella aguda separación defendida por los positivistas y por Kelsen mismo: conocimiento versus voluntad y teoría versus praxis. Todavía habrá más sobre este punto.

III. SENTIDO Y VALIDEZ DE LAS NORMAS SEGÚN LA TEORÍA PURA DEL DERECHO

En el capítulo tercero de la obra que le da nombre a su teoría sostiene Kelsen que el objetivo de la ciencia del derecho lo constituyen las normas jurídicas y la conducta humana. Pero aclara que la conducta humana solo es objeto de tal ciencia en la medida en que está determinada en las normas como condición o como efecto. Con ello mantiene el punto de vista de la pureza, pues la conducta interesa únicamente en su aspecto de *sollen*.

El derecho es una ordenación normativa del comportamiento humano (Kelsen, 2011: 83). Y cada norma componente de esa ordenación enlaza dos términos: una condición y una consecuencia. Tanto la condición como la consecuencia son actos humanos, ya que la primera es determinada conducta y la segunda es, como se explica a continuación, un acto coactivo.

El derecho es también, según Kelsen, un orden social[27]. Como tal, tiene la función de obtener un determinado comportamiento por parte de los hombres, provocando que se abstengan de ciertas conductas consideradas perjudiciales y, en cambio, realicen otras consideradas socialmente útiles.

Existen otros órdenes normativos, como la moral, con la misma función. Lo que distingue al derecho de esos otros órdenes es su manera específica de establecer una conducta como obligatoria: enlazando al comportamiento opuesto una sanción:

"El derecho, como orden coactivo, se distingue de otros órdenes sociales. El criterio decisivo es el elemento de la coacción, esto es, la circunstancia de que el acto estatuido por el orden como consecuencia de un estado de cosas considerado como socialmente perjudicial deba realizarse aun contra la voluntad del hombre afectado y, en caso de resistencia, con empleo de la fuerza física." (Kelsen, 2011: 87)

[27] En otras traducciones, como la de Moisés Nilve en la edición de 1960, se prefiere afirmar que el derecho es un "sistema social". Como "orden" y "sistema" no son expresiones equivalentes, la cuestión merece una mínima disquisición. Si se define "sistema" como un conjunto de partes interrelacionadas de tal manera que si alguno de sus elementos se modifica eso influye en los demás, y se acepta que la relación de sistematicidad entre las componentes del sistema es una relación lógica -ya que Kelsen afirma que la unidad de un orden jurídico "se expresa en que un orden jurídico puede ser descrito en proposiciones jurídicas que no se contradigan" (Kelsen, 2011: 241)- entonces el conjunto de las normas jurídicas no constituye un sistema, por lo menos en el sentido de que la falta de coherencia lógica entre las normas no constituye un impedimento a su validez en las últimas versiones de le teoría del maestro vienés. El predominio del elemento voluntario sobre el cognitivo en la creación del derecho hace concebible, de esta manera, la vigencia de un "orden no sistemático". Así y todo, muchas de las ideas de Kelsen sobre el orden jurídico son compatibles con la versión que del mismo da N. Luhmann, para quien el derecho es un sistema autopoiéticamente cerrado. La cuestión no está saldada, pero la idea de "orden" parece preferible a la de "sistema".

La "sanción" es una conducta que debe realizarse y cuyo contenido es un perjuicio o una desventaja. Es la pena que debe darse si se produce la conducta contraria a derecho. En cuanto el mal (o también "privación de un bien jurídico") que funciona como sanción se debe infligir contra la voluntad del hombre y recurriendo a la fuerza física en caso de oposición, tiene la sanción el carácter de acto coactivo. Por eso el derecho se define también como un "orden coactivo".

Como el derecho no solamente establece obligaciones, sino también permisiones y autorizaciones, "norma" es el sentido de un acto con el cual se ordena o se permite y, en especial, se autoriza un comportamiento. Al afirmar que la norma "en especial" autoriza un comportamiento, Kelsen no pierde de vista que en el término "deber" está comprendido el estar "permitido" y el estar "facultado". Así, cuando se dice que debe ser la sanción si se produce una determinada conducta como condición, esto no solamente significa la obligación de imponer una pena sino, *"en especial"*, la autorización para hacerlo.

III.1. "Norma" como sentido objetivo de un acto de voluntad

El concepto de "autorización" es la piedra de toque para diferenciar el derecho como orden coactivo de las reglas impuestas por una banda de forajidos. Desde que Cicerón reflexionara sobre ello, la hipótesis de una pandilla mafiosa que impone por la fuerza un conjunto de reglas ha venido causando serias dificultades a la posibilidad de justificación de los órdenes normativos.

Dado que para los enfoques positivistas no están disponibles las recetas tradicionales ¿cómo diferenciar, sin apelar a fórmulas jusnaturalistas, un ordenamiento del otro?

Kelsen apela a los conceptos de "sentido subjetivo" y "sentido objetivo" de un acto de voluntad. Sostiene que cuando se dice "alguien quiere que otro se deba comportar de determinada manera" es posible distinguir el hecho real del acto de voluntad, expresado en la primera parte del enunciado, y la norma como sentido del acto, expresado en la segunda parte del enunciado.

Esa segunda parte del enunciado expresa la expectativa o la exigencia de que una conducta se produzca o no. Es decir, expresa el sentido de un "deber".

Ahora bien: lo debido *"es el sentido subjetivo de todo acto de voluntad de un hombre orientado intencionalmente hacia el comportamiento de otro"* (Kelsen, 1960: 21). Pero lo debido solo se caracteriza como norma cuando cuenta "objetivamente" con el sentido de un deber. Ello significa que la conducta hacia la cual el acto se orienta intencionalmente es considerada un deber no solo desde el punto de vista del individuo que cumple el acto, sino también desde el punto de vista de un tercero no participante.

Por ello no concuerda Kelsen con aquella afirmación de Austin de acuerdo con la cual las normas jurídicas encuentran su validez en último término en la "voluntad del soberano" (Kelsen, 1974: 220 y ss.). Semejante idea confunde no solo la facticidad del acto de voluntad con el sentido del deber, sino también el sentido subjetivo con el sentido objetivo de lo debido.

Incluso cuando la voluntad fáctica, cuyo sentido subjetivo es el deber, haya cesado de existir fácticamente, con la voluntad no desaparece el sentido, esto es, lo debido. El deber "vale", aunque haya cesado el querer de la voluntad fáctica.

Entonces el deber, como deber objetivo, es una norma válida.

III.2. La Grundnorm [28]

[28] En el presente trabajo se ha optado por mantener este concepto kelseniano en su idioma original, a fin de evitar malentendidos. En su defecto, y frente a las múltiples formas que se han adoptado para traducir el concepto kelseniano (norma fundante, norma básica, norma fundante básica, norma fundamental, norma fundamental hipotética) se utilizará la primera de tales expresiones, que, según el consejo de Roberto Vernengo, evita las connotaciones que trae aparejada la idea de "norma fundamental" (Vernengo, en Kelsen, 1979: 358). Las otras expresiones solamente aparecerán en citas textuales. Mucho se ha escrito sobre la Norma Fundante aunque, a los fines de la presente investigación, baste con lo desarrollado en el texto principal. Sin embargo, resultan instructivas algunas referencias a las críticas que el concepto ha sufrido, así como a su evolución en el pensamiento del propio Kelsen. Con respecto a las críticas, Albert Calsamiglia las ha resumido muy bien: "1- La norma fundamental es condición de la experiencia jurídica, sin embargo, no está claro que eso sea así porque a la hora de colocarla debemos suponerla en un ordenamiento que empíricamente sea eficaz de un modo general. Nadie colocaría la norma fundamental del derecho positivo español de la época franquista en el gobierno en el exilio sino que se debe colocar en el poder efectivo. Eso quiere decir que no es una condición de la experiencia sino que debe colocarse en función de criterios empíricos. Algunos han considerado que si eso es así la norma fundamental es superflua y si se mantiene es solo por razones ideológicas de justificación de la obediencia al derecho. 2- La separación de es y debe no es tan absoluta como proclama la metodología porque esa fusión se produce en la norma fundamental que tiene la función de convertir el hecho del poder en un valor. Eso significa que Kelsen no ha sido siempre fiel al método propuesto. Si hubiera sido fiel, su descripción del derecho positivo podría ser muy deficiente. 3- ¿Quién supone la norma fundamental? Parece ser que la ciencia del derecho o como dice el propio Kelsen el pensamiento jurídico. Pero el pensamiento jurídico – es decir, la ciencia jurídica- no tiene la función de prescribir sino de describir. Las normas son dictadas por las autoridades y no por los científicos que pretenden describir las normas. De nuevo alguna inconsistencia aparece con el proyecto de pureza metodológica. 4- La norma fundamental tiene la función de justificar hipotéticamente qué se debe hacer jurídicamente y eso puede ser considerado como un instrumento teórico de legitimación de cualquier derecho positivo- aunque sea independiente de cualquier ideología" (Calsamiglia, 1997: 19-20). Sobre algunas de estas observaciones se trabajará en la presente

¿De dónde puede recibir el acto de voluntad, cuyo sentido subjetivo es una norma, su sentido objetivo? Pues a través de una norma: cuando ese acto haya sido autorizado por una norma que, por ello, vale como norma superior.

Kelsen pone el ejemplo de un intercambio epistolar que tiene el sentido subjetivo de un contrato. Pues bien, ese será también su sentido objetivo solamente si ese estado de cosas está contemplado en las disposiciones del código civil.

Otro ejemplo es el de una reunión de personas que constituya un parlamento, el cual pretenda producir normas jurídicas legítimas. Ese acontecer fáctico solo tendrá sentido jurídico si se ajusta a las normas constitucionales.

"El hecho en cuestión recibe su sentido específicamente jurídico, su peculiar significado en derecho, por una norma que mediante su contenido se refiere a él, confiriéndole su significado en derecho, de manera tal que el acto pueda ser interpretado según esta norma. La norma funciona como esquema de interpretación." (Kelsen, 2011: 59)

Así, que un acto legislativo, que subjetivamente tiene el sentido de lo debido, posea también objetivamente ese sentido, es decir, el sentido de una norma válida, proviene de que la Constitución otorga al acto de legislar ese sentido objetivo.

¿Y qué hace de la Constitución una norma válida?

---

tesis. Con respecto a la evolución del concepto, Dante Cracogna lo ha estudiado profundamente, y ofrece la siguiente explicación resumida: "En la primera etapa el sentido en claramente kantiano, conforme con el cual la norma fundamental aparece como una verdadera categoría que posibilita el conocimiento del derecho como un sistema o conjunto de normas con fundamentación unitaria. Cossio puso énfasis en este significado gnoseológico, destacando la importancia que para el conocimiento jurídico tenía esta noción original en Kelsen. Bobbio, por su parte, hizo hincapié en el aporte fundamental de Kelsen a la concepción del derecho como sistema, en la cual desempeña un papel central la norma fundamental…
En la última etapa kelseniana la norma fundamental (como toda otra norma jurídica) es el sentido de un acto de voluntad, por lo cual resulta necesario encontrar una voluntad detrás de ella. Como la norma fundamental no es norma positiva (puesta) su naturaleza es la de una ficción; por ende, detrás de ella debe existir una voluntad también ficticia" (Cracogna, 1998: 106- 107). Concluye el autor argentino: "La tónica final de Kelsen parece orientarse hacia un cierto irracionalismo de carácter voluntarista, como lo llama Losano, lo cual equivale a una variante del realismo toda vez que la voluntad es un dato fáctico, propio de la realidad. De tal suerte, el sentido esencial de la norma fundamental original desaparece, puesto que ya no se trata de un supuesto gnoseológico a la manera de las categorías kantianas" (Cracogna, 1998: 108). Y también: "Vale decir que, en última instancia, la fundamentación del orden jurídico descansa sobre una ficción. Esta conclusión lleva a cuestionar si en su última etapa Kelsen mantuvo fidelidad a sus postulados básicos o renegó de ellos. Siendo la *Grundnorm* el punto central de su teoría, la cuestión no carece de relevancia para evaluar cabalmente la contribución más significativa a la teoría general y la filosofía del derecho de nuestro siglo." (Cracogna, 2012: 258)

En vistas de que la pureza metodológica impide derivar un *sollen* de un *sein*, cada norma solo puede derivar su validez de otra norma. De esta manera, la búsqueda del fundamento de la validez remonta al investigador de norma en norma. Para eludir un regreso al infinito o un círculo vicioso, seguramente se llegará a la primera Constitución histórica. Y ante la pregunta por su validez, es decir, de por qué el sentido subjetivo de los actos de los primeros constituyentes coincide con su sentido objetivo, la única respuesta posible es que ella proviene de una "presuposición": la famosa *Grundnorm* o Norma Fundante.

Ahora es posible, cree Kelsen, distinguir una comunidad jurídica de una banda de ladrones.

III.3. Un presupuesto como fundamento

¿Por qué se interpreta, en un caso, el sentido subjetivo del acto de voluntad también como su sentido objetivo, mientras que en otros casos no? ¿Cuál es el fundamento de validez de la norma que es considerada sentido objetivo de ese acto?

La respuesta de Kelsen es: porque ella muestra el presupuesto bajo el cual esa interpretación es posible,

"Si presuponemos que, comportándose conforme al sentido subjetivo de esos actos, deben cumplirse actos de coacción bajo las condiciones y en las maneras que determinan las normas designadas como constitución; es decir, cuando presuponemos una norma cuya consecuencia es que el acto que deba ser entendido como acto constituyente sea considerado como un acto productor de normas objetivamente válidas, y los hombres que lo producen como la autoridad constituyente; entonces esa norma es la norma fundante de un orden jurídico estatal." (Kelsen, 1960: 59)

La *Grundnorm* no ha sido establecida mediante un acto jurídico positivo –pues si así lo fuera, cabría todavía preguntar por el fundamento de validez de tal norma positiva- sino presupuesta cuando se interpreta el acto cuestionado como un acto constituyente, y los actos ejecutados con fundamento en esa constitución, como actos jurídicos.

En semejante conjetura se encuentra, según Kelsen, el último fundamento de un orden jurídico. Un fundamento, como él mismo declara, solo condicional en su esencia y, en ese sentido, hipotético.

III.4. La validez de las normas

El concepto de "validez", en los términos de la Teoría Pura, designa la existencia específica de una norma.
¿Qué significa que la norma "exista" o "valga"?
Significa que obliga, que el sujeto jurídico debe comportarse de la manera determinada por la norma.
¿Y por qué debe comportarse así?
Como ya se ha establecido, esta pregunta no puede ser contestada aludiendo a un hecho empírico, como podría ser la presencia de cierta compulsión psicológica o el deseo de eludir la sanción, puesto de que algo "sea" no se sigue que algo "deba ser".
Para Kelsen el sujeto debe comportarse de conformidad con la norma porque ésta extrae en último término su validez de la *Grundnorm*. Es decir, de esa norma presupuesta según la cual debe comportarse conforme a las órdenes de la autoridad que las dicta, o según las normas producidas consuetudinariamente.

"Desde su punto de vista, la validez de una norma jurídica se establece en referencia a la apropiada norma de nivel superior, cuya propia validez se establece, sucesivamente, con referencia a la correspondiente norma de nivel superior a ella, y así sucesivamente, hasta que se alcanza la norma de nivel más alto en el sistema jurídico, el nivel de la constitución. Más allá del nivel constitucional, no puede haber más referencias. Una referencia a un nivel todavía más alto de normas de Derecho positivo se excluye ex hipótesis. *Y una referencia a algún tipo de hecho está cerrada por la fuerte y firme distinción entre 'es' y 'debe', como reflejo del dualismo metodológico. Una tercera vía de referencia, la de la moral, está cerrada por la tesis de la separación. ¿Cómo se establece, entonces, la validez de las normas en el nivel constitucional? A falta de ninguna otra referencia, se* asume *su validez. Y la asunción toma la forma de la norma fundamental."* (Paulson, 1991: 177)

La *Grundnorm* es la instauración del hecho fundante de la producción de derecho. Por ello puede ser designada como Constitución en sentido lógico-jurídico, para diferenciarla de la Constitución en sentido jurídico-positivo.

Para el caso de la República Argentina, la Constitución en sentido jurídico-positivo es la de 1853, con sus reformas. Y la Constitución en sentido lógico-jurídico (también "lógico-trascendental") sería la *Grundnorm* de acuerdo con la cual el sentido subjetivo de los actos de los constituyentes de 1853 coincide con su sentido objetivo. De allí que el contenido de la norma presupuesta es que se debe obedecer a las prescripciones de los primeros constituyentes:

"En la medida en que solo mediante el presupuesto de la norma fundamental es posible interpretar el sentido subjetivo del hecho constituyente, y de los hechos establecidos conforme a la Constitución, como su sentido objetivo, es decir, interpretarlos como normas jurídicas objetivamente válidas, puede designarse –si cabe recurrir per analogiam a un concepto de la teoría kantiana del conocimiento- la norma fundamental, presentada por la ciencia jurídica, como la condición lógico-trascendental de tal interpretación. Así como Kant pregunta cómo es posible una interpretación libre de toda metafísica de los hechos dados a nuestros sentidos, expresada en las leyes de la naturaleza formuladas por las ciencias naturales, así también la Teoría Pura del Derecho pregunta cómo es posible una interpretación libre de todo recurso a autoridades metajurídicas como Dios o la Naturaleza del sentido subjetivo de ciertos hechos como un sistema de normas jurídicas objetivamente válidas que pueden ser descritas en proposiciones jurídicas. La respuesta gnoseológica de la Teoría Pura del Derecho es: bajo la condición de presuponer la norma fundamental de que uno debe conducirse como lo prescribe la Constitución, es decir, conforme al sentido subjetivo del acto de voluntad constituyente, a las prescripciones de la autoridad constituyente. La función de esta norma fundamental es fundamentar la validez objetiva de un orden jurídico positivo, es decir, de las normas establecidas por actos de voluntad humanos, de un orden coactivo eficaz en términos generales; es decir, interpretar el sentido subjetivo de esos actos como su sentido objetivo." (Kelsen, 2011: 237)

Así, la *Grundnorm* es el punto de partida de un proceso: el proceso de producción del derecho positivo. Y es el punto final de la cadena de validación de las normas de un sistema jurídico, pues cada norma remite su validez a ella en última instancia. Ella misma no es una norma impuesta por la costumbre o por un acto de un órgano facultado para crear derecho, sino que es supuesta. Supuesta en tanto la instancia constituyente es vista como la autoridad suprema y, en consecuencia, en tanto no puede ser vista como facultada por una autoridad superior.

III.5. La dinámica jurídica y el contenido del derecho

Sostener que la "norma fundante" es el punto de partida del proceso de producción del derecho positivo, implica ubicarse en el ámbito de la "dinámica jurídica". Conviene recalcar que, desde el punto de vista dinámico, la *Grundnorm* puede prestar solamente el fundamento de la validez, pero no el contenido válido de las normas en ella fundadas.
El "tipo dinámico" se caracteriza, dice Kelsen, porque la norma fundante que presupone no contiene otra cosa que el establecimiento de un "hecho productor de normas" o el facultamiento de una autoridad normadora. Es decir, contiene una regla que determina cómo deben producirse las normas generales e individuales del orden sustentado en dicha norma fundante básica.
Por lo tanto, una norma jurídica no vale por tener un contenido determinado, sino por haber sido producida de una determinada manera (en última instancia, por haber sido producida de la manera determinada por una norma fundante básica presupuesta). De ahí uno de los caballitos de batalla del positivismo jurídico, consistente en afirmar que cualquier contenido puede ser derecho[29].
El principio dinámico y el principio estático del derecho se unifican en uno y el mismo sistema normativo, sostiene Kelsen, cuando la norma fundante faculta a una autoridad normadora y ésta no solamente implanta normas mediante las cuales delega a su vez esa facultad en otras autoridades normadoras, sino que, además, dicta normas concretas en las que se ordena determinado tipo de conductas por parte de los sujetos sometidos a la

[29] Es la forma en la que el positivismo hace suya la máxima hobbesiana "auctoritas non veritas facit legem", contenida en el capítulo XXVI del Leviatán. Kelsen va a sostener la misma idea pues, para él, la validez de una norma depende de un acto de voluntad y no de un acto de cognición.

norma, a partir de las cuales se pueden deducir más normas concretas mediante una operación lógica[30].

III.6. Normas y valores

Ahora bien, la norma objetivamente válida, que establece como debida determinada conducta, constituye un valor. Se trata de un valor jurídico. La conducta que se corresponde con la norma tiene un valor positivo, y la contraria a la norma, un valor negativo. Por eso la norma considerada objetivamente válida funciona como patrón valorativo para el comportamiento fáctico.

En la medida en que las normas, que constituyen el fundamento de los juicios de valor, son establecidas por actos de voluntad humana y no por una voluntad sobrehumana, los valores que se constituyen a través de ellos constituyen solo valores relativos. Esto significa que la validez de una norma que establece como debida determinada conducta, y el valor constituido a través de ella, no excluye la validez de una norma que instituya como debida la conducta opuesta, constituyendo un valor contrario. Ello puede ocurrir si se respeta, desde el punto de vista dinámico, la cadena de validación que tiene su origen en la misma norma fundante.

Central a la hora de comprender esta idea, es el hecho de que, para Kelsen, no es posible demostrar por vía racional que solo una norma, y el valor que de ella depende, debe ser tenida como válida y no la otra. Kelsen sostuvo, en cierta etapa de su pensamiento, que se pueden considerar tanto a una como a la otra, pero no a ambas simultáneamente, como válidas[31].

---

[30] Esta afirmación es verdadera solo para determinados momentos de la evolución intelectual de Kelsen, que, en los últimos años de su producción, da un viraje definitivo hacia lo que se podría llamar un "voluntarismo". De acuerdo con esta postura, las normas no se pueden deducir, puesto que para que existan es esencial el acto de voluntad. Es decir: "en la aplicación del derecho por un órgano jurídico, la interpretación cognoscitiva del derecho aplicable se enlaza con un acto de voluntad en el cual el órgano de aplicación del derecho efectúa una elección entre las posibilidades que la interpretación cognoscitiva muestra…" (Kelsen, 1960: 354).

[31] En la última etapa de su pensamiento, Kelsen llega a la conclusión de que esto no es cierto. Al ser el acto de voluntad y no una operación lógica lo determinante para la existencia de una norma, puede darse el caso de que normas que se contradicen puedan ser válidas al mismo tiempo. Esta cuestión será tratada más adelante, al dar cuenta de la "norma de habilitación". Por el momento, basta con el siguiente comentario de Calsamiglia: "Kelsen cree que existe una armonía preestablecida entre las proposiciones descriptivas de las normas y las normas jurídicas. Ese paralelismo supone que si se produce una contradicción entre las normas, también se producirá una contradicción entre las proposiciones que las describen y, por tanto, llega a la conclusión de que si queremos que la ciencia no tenga contradicciones, el derecho no puede tener contradicciones. Si la teoría del derecho debe ser sistemática, entonces el derecho

Kelsen llama la atención sobre la pretensión de anclar en una autoridad sobrehumana (Dios o la Naturaleza) la validez de la norma. En tal caso, suele reclamarse para el valor constituido por semejante norma el carácter de absoluto, con la pretensión de excluir la posibilidad de valores alternativos. El jurista austrohúngaro advierte el potencial autoritario de semejante forma de razonar. Pero además sostiene que él está interesado en el desarrollo de una teoría científica y no metafísica de los valores jurídicos, por lo cual solo corresponde tomar en consideración las normas establecidas por actos de voluntad humanos y los valores instituidos mediante ellos.

III.7. Derecho y moral

La pretensión de que existen normas constitutivas de valores absolutos, y que tales normas provienen de una autoridad sobrehumana, nace de la necesidad, cree Kelsen, de establecer un patrón axiológico con el cual medir la validez del derecho. De esta manera, una norma jurídica solo es válida si su contenido se acomoda a las exigencias de la moral.

La Teoría Pura del derecho rechaza la exigencia de que el derecho tiene que ser moral, así como la idea subsecuente de que un orden inmoral no constituye derecho. Porque tal exigencia presupone, a los ojos de Kelsen, una moral absoluta, es decir, válida para todo tiempo y lugar. Semejante creencia es incompatible con la Teoría Pura porque, en primer lugar, un valor absoluto solo puede admitirse a partir de una fe religiosa en la autoridad absoluta y trascendente de una divinidad, lo cual escapa a cualquier consideración científica. Y, en segundo lugar, porque el alegato a favor de la existencia de una moral absoluta contradice la información fáctica de acuerdo con la cual existen sistemas morales muy distintos entre sí y contradictorios en diferentes épocas, en pueblos diferentes, y hasta en un mismo pueblo dentro de diferentes estamentos, clases y profesiones.

---

también debe serlo. Esta teoría de la sistematicidad del derecho la mantuvo hasta los años sesenta." Si bien Calsamiglia yerra al presentar la cuestión en forma invertida (no puede haber contradicciones entre normas, por lo tanto el punto de partida es la contradicción entre las "reglas de derecho" que describen a las normas), acierta al sostener que "la sistematicidad del derecho no es una condición de la sistematicidad de la teoría. La función principal de una teoría –desde los presupuestos kelsenianos- no es modificar el derecho ni prescribir cómo debe ser sino describir el derecho tal y como es con todas sus imperfecciones, lagunas y contradicciones." (Calsamiglia, 1997: 16). Dicho sea de paso, para Kelsen (y esto es válido para los positivistas en general) el derecho carece de lagunas en virtud del *principio de*

Por lo tanto, aunque frecuentemente el orden jurídico refleje exigencias morales, hay que aceptar que la validez de semejante orden positivo es independiente de su correspondencia o falta de correspondencia con cierto sistema moral.

III.8. El relativismo moral y la posibilidad de criticar el derecho

Por esta vía desemboca Kelsen en un relativismo axiológico, que es el presupuesto de la Teoría Pura. Esta doctrina relativista no significa, empero, que no haya valores. Sólo significa que no hay valores que puedan reivindicar para sí el carácter de absolutos. Significa:

"... que no hay una justicia absoluta, sino relativa: que los valores que constituimos mediante nuestros actos productores de normas, y que son fundamento de nuestros juicios axiológicos, no pueden darse con la pretensión de eliminar la posibilidad de valores contrapuestos." (Kelsen, 1960: 80).

Una moral relativa no puede cumplir la función de proveer un patrón absoluto de un orden jurídico positivo, *"pero patrón semejante no cabe encontrarlo en el camino del conocimiento científico."* (Kelsen, 1960: 80)
Ello no significa, según el gran jurista, que no exista patrón alguno. Cada sistema moral puede servir como patrón semejante. Pero es necesario tener conciencia de que cuando se considera un orden jurídico como injusto, conforme al patrón de un determinado sistema moral, el mismo orden jurídico puede ser estimado como justo, ateniéndose al patrón de otro sistema moral.

III.9. La legitimidad del derecho

A fin de cuentas, para Kelsen no existe la posibilidad de encontrar la legitimidad del derecho en el mundo de los ideales morales. ¿Existirá esa posibilidad en el mundo de las necesidades prácticas?

---

clausura: "todo lo que no está prohibido está permitido". El concepto de "laguna" le parece uno de los tantos que permite a los juristas y a los estudiosos del derecho dar rienda suelta a ideologías particulares.

Tal pregunta nace de una concepción, bastante arraigada, de lo que significa el concepto de legitimidad: que un ordenamiento político es digno de ser reconocido, en el sentido de que hay buenos argumentos para que sea admitido como justo y equitativo. Ello abriría la puerta a una argumentación práctica de tipo general.

Al respecto conviene recordar que Kelsen reconoce que determinadas acciones u omisiones humanas son convertidas por el orden jurídico en condición de actos coactivos, porque ellas son tenidas por indeseables por la autoridad jurídica, por ser socialmente perjudiciales. Y, sin embargo, esta circunstancia le parece irrelevante, desde el punto de vista de una consideración orientada al sentido "inmanente" del orden jurídico, para el concepto de "ilícito":

"Si el orden jurídico ha hecho de determinada acción u omisión la condición de un acto coactivo, tiene que ser considerada una ilicitud inclusive por parte del jurista que la considera no perjudicial y, quizá, hasta útil." (Kelsen, 1960: 127)

Se decanta entonces que, para Kelsen, la legitimidad es algo totalmente diferente:

"…es el principio de que la norma de un orden jurídico vale durante todo el tiempo que transcurra hasta que su validez no sea terminada en la manera determinada por ese orden jurídico, o hasta que sea reemplazada por la validez de otra norma de ese orden jurídico." (Kelsen, 1960: 217-218)

Como, de acuerdo con lo que Kelsen denomina principio dinámico, todo orden jurídico regula su propia producción y aplicación, dicho orden determina el comienzo y el fin de la validez de las normas que a él pertenecen. Resulta interesante analizar, sin embargo, lo que ocurre con una norma legítima (es decir, producida de acuerdo con la norma fundante básica de un orden jurídico estatal) que no ha sido derogada, pero que no se ha aplicado o que ha dejado de aplicarse.

III.10. La eficacia del derecho

Aquí se revela que una norma no solo es objetivamente válida cuando extrae su validez de otra norma de orden superior, sino también a partir de una situación de hecho: que una norma sea generalmente aplicada y obedecida. Esto es la "eficacia".
De esta suerte una norma jurídica, al ser duraderamente inaplicada o no acatada, puede perder su validez mediante la denominada *desuetudo*, una especie de costumbre negativa cuya función es eliminar la validez de una norma existente.
El punto es que, aunque una norma pierde su validez si no es eficaz, ello no significa para Kelsen que validez y eficacia se identifiquen. La validez "deóntica" de una norma no es idéntica a su eficacia "fáctica". La eficacia de un orden jurídico en su totalidad, y la eficacia de una norma jurídica aislada, son condición de la validez. Y lo son en el sentido de que tanto el orden jurídico como un todo, cuanto la norma aislada, no son considerados ya válidos cuando han dejado de ser eficaces.
Pero

"no es la eficacia de un orden jurídico, al igual que el hecho de su instauración, fundamento de la validez. Fundamento de la validez es la respuesta a la pregunta de por qué las normas de ese orden jurídico deben ser acatadas y aplicadas; es la norma fundante básica presupuesta según la cual debe acatarse y aplicarse la constitución eficaz en términos generales y, en consecuencia, debe actuarse conforme las normas fácticamente promulgadas conforme a esa constitución, que sean, en términos generales, eficaces." (Kelsen, 1960: 223).

Las normas de un orden jurídico valen *porque* la norma fundante es presupuesta como válida. Pero aquellas normas solo tienen validez *cuando* o *mientras* ese orden jurídico sea eficaz.
Por su parte, el orden jurídico no pierde su validez porque una norma jurídica aislada pierda su validez, es decir, porque no sea aplicada en general o en casos particulares. Un orden jurídico es considerado válido cuando sus normas, en términos generales y a grandes rasgos, son fácticamente acatadas y aplicadas. Y tampoco pierde su validez una norma jurídica aislada cuando solo carece de eficacia en casos aislados.

Por lo tanto la eficacia es, para Kelsen, condición de la validez, pero no equivale a ella. Porque puede considerarse válido al orden jurídico o a la norma jurídica ineficaces hasta cierto punto, mientras que una pretendida norma eficaz puede no ser en absoluto considerada norma por falta de "legitimidad"[32].

Más adelante se volverá sobre estas ideas cuyo estudio constituye el eje del presente trabajo.

[32] Es decir, por no haber sido producida de acuerdo con las prescripciones del sistema, según la definición de Kelsen.

B.III bis. EL CONCEPTO DEL DERECHO SEGÚN HERBERT HART

Este capítulo está planteado como una continuación del anterior, porque su finalidad es explorar otras estrategias argumentativas existentes dentro de la misma corriente positivista. Y el objetivo consiste en tomar nota de la similitud de las fundamentaciones más allá de las divergencias teóricas y epistemológicas. De tal manera que, cuando esta estrategia de investigación sea cuestionada más adelante, las objeciones no alcanzarán solamente al planteo kelseniano sino, más bien, al universo de los planteos rígidamente positivistas.

Hart elabora su teoría sobre la base de un perfeccionamiento de la obra de John Austin, *The Province of Jurisprudende Determined*. El mismo Kelsen no elude la influencia que aquel jurista inglés ha ejercido sobre su propia obra, tal como lo reconoce en el ensayo titulado "La Teoría Pura del Derecho y la Jurisprudencia Analítica", contenido en su libro "La idea del derecho natural y otros ensayos".

No resulta difícil emparentar, por ejemplo, la idea del maestro vienés según la cual una norma jurídica prescribe un determinado comportamiento porque transforma la conducta contraria en condición de una sanción, con la idea de Austin, un tanto más tosca, consistente en afirmar que el derecho consiste en un conjunto de "órdenes respaldadas por amenazas".

Asimismo, el concepto austiniano de "hábito general de obediencia", construido para diferenciar la validez de un sistema jurídico de la mera ascendencia temporal de un asaltante, encuentra eco en la constatación kelseniana de la "eficacia continua" como condición de la validez de un orden jurídico.

Hart, por su parte, reacciona contra la concepción del derecho, sostenida tanto por Kelsen como por Austin, que ve en él solamente un conjunto de órdenes coercitivas, y según la cual

"Dondequiera que haya un sistema jurídico es menester que exista alguna persona o grupo de personas que emitan órdenes generales respaldadas por amenazas, y que esas órdenes sean generalmente obedecidas, y tiene que existir la creencia general de que estas amenazas serán probablemente hechas efectivas en el supuesto de desobediencia. Esa persona o cuerpo debe ser internamente supremo y externamente independiente." (Hart, 1977: 32)

La crítica a este punto de vista puede ser tomada como el punto de partida para el desarrollo de su teoría.

III bis.1. El intento de uniformar el derecho lo deforma

Para Hart, el concepto de "órdenes generales respaldadas por amenazas", dadas por alguien que generalmente es obedecido, solo se aproxima al esquema de las leyes penales.

Éstas establecen ciertas conductas como algo que debe ser realizado u omitido. Por ello la ejecución de la conducta contraria constituye la violación de un deber. La pena o sanción crea un motivo para que los hombres se abstengan de ciertas actividades.

Pero hay otro tipo de normas, que no imponen deberes u obligaciones sino que acuerdan facilidades, tanto privadas como públicas: las que definen la manera de realizar contratos, celebrar matrimonios u otorgar testamentos válidos, por ejemplo. Y si, en este caso, no se cumple con las facilidades acordadas, entonces se está en la presencia de un acto sin fuerza o efecto jurídico, pero no frente a la violación de una obligación ni frente a un delito. Para Hart esto constituye un gran aporte del derecho a la vida social, que queda oscurecido si se lo representa solo con órdenes respaldadas por amenazas.

Hart reconoce que las reglas que confieren potestades siempre están relacionadas con las que imponen deberes, ya que establecen las condiciones para imponer deberes a los particulares, pero defiende que son de un tipo diferente de las órdenes respaldadas por amenazas[33]. Porque son concebidas, aludidas y usadas en la vida social de manera diferente, y porque se las valora por razones diferentes.

[33] En el capítulo tercero del libro bajo análisis, Hart se detiene en el argumento kelseniano consistente en sostener que las reglas que acuerdan facilidades o confieren potestades solamente son fragmentos de normas jurídicas. Efectivamente, Kelsen cree que "un orden jurídico, aunque no todas sus normas estatuyan actos coactivos, puede no obstante ser caracterizado como orden coactivo, en la medida en que todas las normas que no estatuyen por sí mismas un acto coactivo y, por ende, no lo exigen, sino que facultan o permiten positivamente el establecimiento de normas, son normas no independientes, ya que solo son válidas cuando están vinculadas con una norma que estatuye un acto coactivo" (Kelsen, 2011: 108). Según este punto de vista, prosigue ahora Hart, el contenido del derecho, es decir, aquello destinado a guiar la conducta del ciudadano ordinario, "no es más que el antecedente o cláusula condicionante de una regla que no está dirigida a ellos sino a los funcionarios, a quienes les ordena aplicar ciertas sanciones si se han dado determinadas condiciones. Todas las reglas genuinas, según este modo de ver, son órdenes condicionales a los funcionarios para que apliquen sanciones. Todas tienen este forma: 'si se hace, omite u ocurre algo del género X, entonces aplique una sanción del género Y'" (Hart, 1977: 45). Para Hart, la teoría kelseniana quedaría refutada en este punto si pudiera demostrarse "que es perfectamente concebible el derecho sin sanciones." (Hart, 1977: 48) Pero más importante aún para él, es el hecho de que las teorías que buscan reducir las variedades de reglas que existen a una sola van por mal camino, pues "las

III bis.2. La continuidad del derecho y las "reglas" como fundamento de validez

Pero el banco de prueba para demostrar que el orden jurídico no se compone solamente de órdenes coercitivas sino también de lo que Hart denomina "reglas", es el problema de la continuidad del derecho, que no es otro que el de la continuidad de la potestad legislativa.

Aun cuando se conceda, dice Hart, que una persona cuyas órdenes son habitualmente obedecidas puede ser denominado "legislador", y sus órdenes ser denominadas "derecho", los hábitos de obediencia a cada uno de los miembros de una sucesión de tales legisladores no bastan para dar razón del derecho de un sucesor a suceder, ni de la consiguiente continuidad de la potestad legislativa.

Ello es así porque, en primer lugar, los hábitos no son normativos, es decir, no pueden conferir derechos o autoridad[34]. Y, en segundo lugar, porque los hábitos de obediencia a un individuo no pueden, "a diferencia de las reglas aceptadas", referirse por igual a una clase o línea de legisladores sucesivos.

"En primer lugar, los simples hábitos de obediencia frente a órdenes dadas por un legislador no pueden conferir al nuevo legislador ningún derecho a suceder y a dar órdenes en su reemplazo. En segundo lugar, la obediencia habitual al legislador anterior no puede por sí sola hacer probable que las órdenes del nuevo legislador serán obedecidas o fundar una presunción en tal sentido. Para que en el momento de la sucesión existan aquel derecho y esta presunción tiene que haberse dado de algún modo en la sociedad, durante el reinado del legislador anterior, una práctica general más compleja que cualquier práctica que pueda ser descripta en términos de hábito de

---

principales funciones del derecho como medio de control social no han de ser vistas en los litigios privados o en las causas penales, que representan provisiones vitales, pero no obstante accesorias, para las fallas del sistema. Han de ser vistas en las diversas formas en que el derecho es usado para controlar, guiar y planear la vida fuera de los tribunales". (Hart, 1977: 50-51) El derecho es un fenómeno rico y complejo, y aunque puede resultar tentador encontrar un criterio único que permita hacer una clasificación sencilla, el resultado puede ser contraproducente: "el modelo de las órdenes respaldadas por amenazas es más lo que oscurece que lo que aclara; el esfuerzo por reducir la variedad de normas jurídicas a esta única forma simple termina por imponer sobre ellas una uniformidad espuria." (Hart, 1977: 61)

[34] Coincide, por lo menos en este punto, con la advertencia kelseniana en cuanto a que *sein* no puede engendrar *sollen*.

obediencia. A saber, la aceptación de una regla según la cual el nuevo legislador tiene título a suceder" (Hart, 1977: 69)

Así, el enunciado consistente en afirmar que un legislador nuevo tiene el derecho de legislar de aquí en más, presupone la existencia, en el grupo social, de la regla según la cual tiene ese derecho como miembro de una clase o línea de personas. Y dicha regla era aceptada durante el ejercicio de su predecesor. Por lo tanto, si de lo que se trata es de determinar la validez de una norma jurídica, existe el criterio de una o varias reglas fundamentales acerca de qué es lo que ha de considerarse derecho.

Luego, para hacer justicia a la complejidad de un sistema jurídico, es necesario reconocer, según Hart, que está compuesto por dos tipos diferentes, aunque relacionados, de reglas[35]:

1- las "primarias" o de tipo básico, que imponen deberes; y
2- las de tipo "secundario", que permiten:

a) identificar de manera inequívoca si una regla pertenece al sistema ("reglas de reconocimiento")
b) introducir nuevas reglas de tipo primario o modificar o extinguir las anteriores ("reglas de cambio")
c) conferir facultades jurisdiccionales ("reglas de adjudicación").

III bis.3. Validez y eficacia

Una vez establecido que la mejor manera de estudiar el derecho es verlo como un sistema de reglas primarias y secundarias, Hart afirma que la validez implica reconocer que una norma satisface todos los requisitos establecidos en la regla de reconocimiento y es, por lo tanto, una regla del sistema jurídico.

La eficacia, en tanto, alude al hecho de que una regla de derecho que exige cierta conducta es más frecuentemente obedecida que desobedecida.

[35] Hart cree haber hecho así su mayor aporte: "defenderemos la tesis general de que en la combinación de estos dos tipos de reglas se encuentra los que Austin, erróneamente, creía haber hallado en la noción de órdenes coercitivas, a saber, 'la clave de la ciencia de la jurisprudencia.'" (Hart, 1977: 101-102)

A Hart, como a Kelsen, le interesa destacar que validez y eficacia no se identifican, en contra de lo afirmado por las corrientes realistas, según la cual afirmar la validez de una regla es predecir su aplicación por parte de los tribunales.
Mientras Kelsen fundamenta su diatriba adjudicándole al realismo una variante de falacia naturalista, Hart la fundamenta mediante su clásica distinción entre los enunciados "internos" y los enunciados "externos", que son dos puntos de vista acerca de las reglas.

"Cuando un grupo social tiene ciertas reglas de conducta, este hecho abre la posibilidad de tipos de aserción estrechamente relacionados entre sí, aunque diferentes; porque es posible ocuparse de las reglas como un mero observador que no las acepta, o como un miembro del grupo que las acepta y que las usa como guías de conducta." (Hart, 1977: 110-111)

Un enunciado interno es, así, usado con naturalidad por quien, aceptando la regla de reconocimiento y sin enunciar el hecho de que ella es aceptada, la aplica al reconocer como válida alguna regla particular del sistema.
Y un enunciado externo, en cambio, pertenece al lenguaje de un observador externo del sistema que, sin aceptar necesariamente su regla de reconocimiento, enuncia el hecho de que otros la aceptan.
Por lo tanto, el error de la teoría que identifica validez y eficacia radica, a los ojos de Hart, en que desatiende el carácter especial del enunciado interno y lo considera como si fuese un enunciado externo acerca de la acción oficial.
El enunciado de un juez en el cual éste sostiene que una norma particular es válida no constituye, como lo cree el realismo, una "profecía" de su propia decisión: constituye la "razón" de esa decisión.
Así las cosas, lo que no puede reproducir el punto de vista externo es la manera en que las reglas funcionan como tales en la vida de quienes normalmente constituyen la mayor parte de la sociedad:

"...funcionarios, abogados y particulares que las usan, en situación tras situación, como guías para conducir la vida social, como fundamento para reclamaciones, demandas, críticas, reconocimientos o castigos, esto es, en todas las transacciones de

la vida conforme a reglas. Para ellos la violación de una regla no es simplemente una base para la predicción de que sobrevendrá cierta reacción hostil, sino una razón para esa hostilidad.

Es probable que la vida de cualquier sociedad que se guía por reglas, jurídicas o no, consiste, en cualquier momento dado, en una tensión entre quienes, por una parte, aceptan las reglas y voluntariamente cooperan en su mantenimiento, y ven por ello su conducta, y la de otras personas, en términos de las reglas, y quienes, por otra parte, rechazan las reglas y las consideran únicamente desde el punto de vista externo, como signos de un posible castigo. Una de las dificultades que enfrenta cualquier teoría jurídica ansiosa de hacer justicia a la complejidad de los hechos, es tener en cuenta la presencia de ambos puntos de vista y no decretar, por vía de definición, que uno de ellos no existe." (Hart, 1977: 112-113)

III bis. 4. ¿Un hecho como criterio supremo de validez?

En un sistema jurídico moderno la regla de reconocimiento es compleja. Generalmente incluye una subordinación y primacía relativas de algunos criterios frente a otros: por ejemplo, de una constitución escrita sobre la sanción por una legislatura, y a su vez de ésta sobre los precedentes judiciales.

Un criterio de validez es "supremo"

"si las reglas identificadas por referencia a él son reconocidas como reglas del sistema, aun cuando contradigan reglas identificadas por referencia a otros criterios, mientras que las reglas identificadas por referencia a los últimos no son reconocidas si contradicen las reglas identificadas por referencia al criterio supremo". (Hart, 1977: 132)

Algunos autores, dice Hart, sostienen que mientras la validez jurídica de otras reglas del sistema puede ser demostrada por referencia al criterio supremo, su propia validez no puede ser demostrada. O "se da por admitida", o es "postulada", o es una "hipótesis". Para él, sin embargo, el concepto de validez solo es necesario para resolver las cuestiones que surgen dentro de un sistema de reglas, donde el status de una regla como

miembro del sistema depende de que satisfaga ciertos criterios suministrados por la regla de reconocimiento.

"No puede presentarse una cuestión de este tipo respecto de la validez de la propia regla de reconocimiento que proporciona los criterios; ella no puede ser válida o inválida, simplemente se la acepta como adecuada para ser usada de esta manera". (Hart, 1977: 135)

Así, la afirmación de que la regla de reconocimiento "existe" solo puede ser un enunciado de hecho, externo. Mientras que una regla subordinada puede ser válida y, en este sentido, existir, aún cuando sea generalmente desobedecida, la regla de reconocimiento solo existe como una "práctica compleja", pero normalmente concordante, de los tribunales, funcionarios y particulares, al identificar el derecho por referencia a ciertos criterios[36].

El problema que se presenta aquí es capital, y Hart lo reconoce: que la regla que, en última instancia, se usa para identificar el derecho, escapa a las categorías convencionales empleadas para describir un sistema jurídico, ya que su existencia, a diferencia de la de una ley, tiene que consistir en una práctica efectiva. De allí la afirmación de que en la base del sistema jurídico hay algo que es "prejurídico", "metajurídico" o un "hecho político". Semejante concepción implica aceptar que un hecho social puede convertirse en un valor.

"Esta solución es insatisfactoria para Kelsen porque supone reconstruir un puente entre los hechos y valores y supone incurrir en la falacia naturalista. No hay ningún puente que pueda unir el ***ser*** *con el* ***deber ser****. Kelsen rechaza posiciones como las de muchos positivistas que convertían hechos en valores. Sostiene que aceptar esa*

[36] Una de las objeciones habituales al concepto de *Grundnorm* kelseniano, es que al ser ella, en tanto que norma, el fundamento de validez de la pirámide jurídica "se oculta el carácter esencialmente fáctico de la segunda presuposición que está detrás de los enunciados de validez hechos por los juristas." (Hart, 1977: 136) Kelsen reconoció en algún momento que la otra cara de la moneda del derecho es el poder (afirmación que requiere cierto esfuerzo de adecuación con el principio de la productividad del intelecto). También hizo frente en la mismísima Teoría Pura a las objeciones de Edwin Patterson, quien pensaba que "la autoridad política del sistema jurídico depende también… de la actual situación política". Y, por si fuera poco, que "si se tuviera que dar una explicación simple de qué es lo que convierte un esquema de poder que existe solo en el papel en un esquema de poder efectivo, la referencia al 'hábito de obediencia' de Austin y Bentham parece más satisfactoria que la referencia a la norma fundamental." (Kelsen, 2011: 240) El jurista inglés toma el toro por las astas en este punto.

mediación significaría incurrir en un sincretismo metodológico y abandonar el ideal de pureza metodológica. En la teoría jurídica contemporánea Hart podría ser considerado como un claro ejemplo de que un hecho –el reconocimiento- se convierte –de manera oscura- en una norma[37]*."* (Calsamiglia, 1997: 18)

Hart desdramatiza esta situación. Afirma que la regla de reconocimiento última puede ser considerada como hecho y a su vez como derecho.
Como hecho porque, al sostener que ella "existe", se formula un enunciado externo sobre un hecho que refiere a la forma en que son identificadas las reglas de un sistema eficaz.
Como derecho, pues la regla que proporciona los criterios para la identificación de otras reglas del sistema puede muy bien ser considerada como una característica definitoria del sistema jurídico y, por eso mismo, digna de ser llamada "derecho".
En consecuencia,

"la regla de reconocimiento última puede ser considerada desde dos puntos de vista: uno de ellos se expresa en el enunciado externo de hecho que afirma la existencia de la regla en la práctica efectiva del sistema; el otro, se expresa en los enunciados externos de validez formulados por quienes la usan para identificar el derecho." (Hart, 1977: 139)

III bis.5. Derecho y valor moral. El *minimum* de derecho natural

Un problema distinto se presenta cuando se pasa de la afirmación de que una disposición es "válida" al enunciado según el cual la regla de reconocimiento es "excelente". En tal caso se está declarando que el sistema basado en la regla de reconocimiento es digno de aprobación, y se ha pasado de un enunciado sobre la validez del derecho a un enunciado de valor.
Según los análisis precedentes, para el positivismo los enunciados valorativos no son susceptibles de fundamentación racional ni de escudriñamiento riguroso. Y por eso Hart apura, al igual que Kelsen, su rechazo del ámbito de la ciencia del derecho.

[37] Una de las hipótesis del presente trabajo consiste en la idea de que la tensión entre la facticidad y la validez quizá permite arrojar luz sobre la oscuridad a la que se refiere Calsamiglia.

No deja de llamar la atención, sin embargo, que el autor inglés le conceda espacio al tratamiento de ciertas cuestiones extrajurídicas, de acuerdo con su propia concepción, pero jurídicamente relevantes. Por ejemplo, sostiene que existe una convicción, a la que él considera "moral", de que las personas sometidas al orden jurídico tienen derecho a que los demás se abstengan de ciertos tipos de conductas dañosas.

"Tal estructura de derechos y obligaciones recíprocos, que prescribe las formas más groseras de daño, constituye la base moral de todo grupo social." (Hart, 1977: 205)

Semejante "base moral" constituye una especie de núcleo trascendental de la vida en común. Ciertas reglas concretas ofrecen un mínimo de protección para que valga la pena vivir en sociedad.

A no ser que la sociedad constituya un "club de suicidas", dice Hart, vivir en sociedad no tendría sentido sin ciertas formas de prohibición del uso de la violencia sobre las personas y las cosas, y sin exigencias de veracidad, honestidad y respeto a las promesas. Conviene retener estas ideas, pues en el transcurso del presente trabajo se volverá sobre ellas.

Por ahora resulta suficiente corroborar que tales exigencias constituyen, para el autor inglés, un "núcleo indiscutible de verdad en las doctrinas del Iusnaturalismo". Con ello sale al cruce de Kelsen, para quien el derecho puede tener cualquier contenido. Lo hace con afirmaciones como la siguiente:

"La reflexión sobre algunas generalizaciones muy obvias referentes a la naturaleza humana y al mundo en que los hombres viven, muestra que en la medida en que ellas sigan siendo verdaderas, hay ciertas reglas de conducta que toda organización social tiene que contener para ser viable." (Hart, 1977:238)

Y también:

"debemos contestar a la tesis positivista que dice que 'el derecho puede tener cualquier contenido'. Porque es una verdad de alguna importancia que para la descripción adecuada no solo del derecho sino de muchas otras instituciones sociales, es menester reservar un lugar para una tercera categoría de enunciados (además de las

definiciones y de los enunciados ordinarios de hecho): aquéllos cuya verdad depende de que los seres humanos y el mundo en que viven conserven las características salientes que hoy tienen." (Hart, 1977: 246-247)

III bis.6. Una moral formal como patrón para el derecho

Luego de constatar tal conexión entre derecho, moral y ciertos intereses humanos fundamentales, Hart reconoce que dicha conexión abre la posibilidad de una crítica racional de las instituciones jurídicas. Con semejante reconocimiento ¿se ha salido el autor de *The concept of law* del plano estrictamente científico y ha pasado a expresar una mera creencia personal?

Es probable que Hart vacile en este punto. Esa vacilación tiene que ver con su intento de explicar su objeto de estudio de una manera compleja, dado que es un fenómeno complejo. Sea como fuere, intuye algo de insuficiencia en la definición estrictamente positivista del derecho y busca algo más. Y ello lo lleva a dos conceptos: el de derecho "en sentido amplio" y "en sentido restringido".

Antes de llegar a ellos, Hart introduce la discusión sobre la disputa entre positivismo y iusnaturalismo. Explora el sentido del iusnaturalismo tomista y del platónico, y llega a conclusiones similares a las de Kelsen: el iusnaturalismo tiene que ver con la necesidad de hallar un patrón que permita sopesar las virtudes y los defectos de la ley humana. Acto seguido, toma nota de la imposibilidad de apelar, en la edad contemporánea, a argumentos de tipo metafísico. Pero, a pesar de esta dificultad, cree que de todas maneras existe un patrón para evaluar al derecho. Y ese patrón es, a su criterio, moral. Porque los principios de justicia, a partir de los cuales se puede hacer una crítica de las estructuras jurídicas, forman parte de la moral.

Pero ¿cuál es el significado de la moral, a la luz de cuyos principios pueden medirse los méritos del derecho positivo?

Hart se pregunta si puede hallarse ese criterio en la moral "tradicional", que contiene imperativos materiales y concretos, o en otra, de tipo "moderno", que proporciona solamente criterios formales para la evaluación de las normas. Responde con una pregunta casi retórica:

"La moral con la que debe concordar el derecho para ser un buen derecho, ¿es la moral aceptada del grupo en cuestión, aunque se apoye en supersticiones o niegue sus beneficios y su tutela a los esclavos o a las clases sometidas? (Hart, 1977: 254)

Luego de despachar de esta manera a la moral tradicional, Hart se concentra en su versión moderna o "formal", que asimila a la idea de "equidad".
La equidad comprende:

- una nota constante, la de tratar los casos iguales de la misma manera; y
- una ponderación variable, para determinar cuándo, por referencia a un determinado propósito, los casos son similares o diferentes (Hart, 1977: 199).

A tales exigencias se puede adaptar cualquier moral particular, ya que la justicia consistiría solo en una garantía de imparcialidad. Es decir, que la misma regla se va a aplicar a distintos casos sin prejuicio, interés o capricho.
Sin embargo, y aunque representa un avance, este criterio formal puede resultar insuficiente. Porque ciertas diferencias de enfoque en el plano "moral"[38] y político pueden hacer variar los criterios de semejanzas y diferencias relevantes.
Por ejemplo, en la Grecia del siglo V antes de Cristo, un bárbaro está obligado a indemnizar a un griego, pero no al revés. Dentro de tal enfoque "moral" el derecho solamente es justo si refleja las diferencias y trata en forma diversa los casos diferentes.
Pero

"en la mayoría de los países civilizados hay concordancia amplia de que tanto el derecho criminal (concebido no solo como límite a la libertad sino también como protección frente a diversos tipos de lesiones), y el derecho civil (concebido como fuente de compensación por el daño sufrido), serían injustos si para distribuir esas

[38] Hart lo dice de esta manera. Habermas preferiría aquí la palabra "ético", porque el jurista inglés hace referencia aquí a contenidos específicos y mandatos y premisas de orden material. Para el autor alemán la diferencia entre una base moral y contenidos éticos cualesquiera es muy importante. De hecho, al sostener todavía la tesis de que es posible la unidad de la razón pese a la erosión sufrida por las creencias religiosas y metafísicas, reprocha a Weber no haber visto que la universalidad de la razón asume un nuevo carácter formal, por encima del *nuevo politeísmo*: "*Weber no distingue lo bastante entre los contenidos particulares de la tradición cultural y los criterios universales de valor bajo los que los componentes cognitivos, normativos y expresivos de la cultura se independizan en esferas de valor*

cargas y beneficios discriminaran entre las personas en base a características tales como el color o la creencia religiosa…
En realidad, tan profundamente arraigado está en el hombre moderno el principio de que prima facie los seres humanos tienen derecho a ser tratados con igualdad, que es casi universal que cuando las normas jurídicas discriminan en base a factores tales como el color y la raza, al menos se sigue rindiendo aún amplio tributo verbal a aquel principio." (Hart, 1977: 201-202)

Ello impulsa al autor a continuar la búsqueda.

III bis.7. La crítica al derecho desde una moral específica

Aparte del criterio de justicia como equidad, y de aquellas reglas de conducta (acciones y omisiones) que toda organización social tiene que prescribir para ser viable, existe para Hart otro lugar desde el cual criticar el derecho. Se trata de "principios e ideales ilustrados".
Una moral, dice,

"… puede presentarse, a la luz del conocimiento, como innecesariamente represiva, cruel, supersticiosa u obscurantista. Puede trabar la libertad del hombre, especialmente en la discusión y en la práctica de la religión o en el ensayo de formas diferentes de vida humana, en supuestos en que por esa vía sólo se obtienen para otras personas beneficios apenas perceptibles. Por sobre todo, la moral de una determinada sociedad puede proteger solo a sus propios miembros, o aun solo a ciertas clases y dejar a una clase esclava o ilota a merced de los caprichos de sus amos." (Hart, 1977: 226-227)

Una de las preguntas fundamentales del presente estudio es ¿debe la teoría jurídica tomar nota, en algún sentido, de estos defectos que pueden estar presentes en un sistema social a través de los contenidos éticos o de las normas jurídicas?

---

distintas y constituyen complejos de racionalidad atenidos cada uno a su propia lógica interna." (Habermas, 1987 I: 324)

La respuesta de Kelsen a esta pregunta es negativa. Pero Hart se halla a medio camino entre el relativismo del autor austrohúngaro y una perspectiva más crítica. La postura del jurista inglés parece desgarrarse entre la exigencia positivista de neutralidad y la demanda de alguna relación entre el derecho y la idea de justicia, como quiera que se la entienda.

De allí el reconocimiento de que existe una "moral ilustrada" desde la cual es posible evaluar las estructuras de la sociedad. Las normas de tal sociedad deberían, según Hart, satisfacer dos condiciones para ser reconocidas como justas: "racionalidad" y "generalidad".

Tales conceptos implican, en primer lugar,

"... que las estructuras sociales no deben descansar en creencias cuyo error pueda demostrarse y, en segundo lugar, que las protecciones frente al daño moral que la moral característicamente acuerda a través de las acciones y omisiones que requiere, debe extenderse por lo menos a todos los hombres que puedan y quieran aceptar tales restricciones." (Hart, 1977: 227)

Hart se da cuenta de que tales principios son abstractos y, por así decirlo, vacíos. Por eso no descarta que la crítica a las estructuras sociales pueda hacerse, y de hecho siempre se hace, desde unos determinados contenidos éticos (en la medida en que sean compatibles con los requisitos de la racionalidad y de la generalidad antes mencionados).

"Así, la crítica moral de la sociedad encerrada en lemas tales como libertad, igualdad, fraternidad, y la persecución de la felicidad, extrae su carácter moral del hecho de que invita a la reforma en nombre de algún valor o combinación de valores ya reconocidos (aunque quizás en una medida inadecuada) en todos los órdenes morales efectivos, o en nombre de una versión de éstos, refinada y extendida de modo de satisfacer la doble exigencia de racionalidad y generalidad." (Hart, 1977: 227)

Ahora bien, la crítica de las estructuras sociales en nombre de la libertad y de la igualdad, no excluye la posibilidad de un rechazo también moral a esa crítica en nombre

de otros ideales. Por eso Hart valora el sistema democrático con argumentos que en este punto se tocan con los del relativismo kelseniano:

"Una de las grandes justificaciones de la democracia es que permite la experimentación y una elección revisable entre tales alternativas." (Hart, 1977: 227)

III bis. 8. Derecho y legitimidad

El concepto de "legitimidad" no es uno de los tópicos centrales en esta obra de Hart. ¿Es dable suponer, haciendo un ejercicio de imaginación, que el jurista inglés consideraría más legítimo un orden jurídico en la medida en que éste se adecue, por lo menos en el trazo grueso, a la "moral ilustrada"?

La pregunta es de difícil respuesta. Sobre todo porque tomarla en serio remite, de manera más o menos lineal, a otra pregunta crucial: ¿es posible, desde la crítica ilustrada, retirarle a las normas jurídicas en particular o al orden jurídico como un todo su carácter de derecho válido?

Hart cree que no, porque:

"... penosos hechos de la historia humana bastan para mostrar que, si bien para que una sociedad sea viable tiene que ofrecer a algunos de sus miembros un sistema de abstenciones mutuas, no es menester, desgraciadamente, que se lo ofrezca a todos. Es verdad, y ya lo hemos destacado al examinar la necesidad y la posibilidad de sanciones, que para que un sistema de reglas sea impuesto por la fuerza sobre cualquiera, tiene que haber un número suficiente de individuos que lo acepte en forma voluntaria. Sin su cooperación voluntaria, que crea así autoridad, *el poder coercitivo del derecho y el gobierno no pueden establecerse."* (Hart, 1977: 248)

La cita pone de manifiesto el único tipo de legitimidad concebible.

El paso desde las formas más simples de sociedad, donde las reglas primarias de obligación son el único medio de control social, al mundo jurídico (con su legislatura centralmente organizada, sus tribunales, funcionarios y sanciones) trae consigo ventajas considerables. Entre ellas están la adaptabilidad frente a los cambios (reglas de cambio),

la certeza (reglas de reconocimiento) y la eficiencia (reglas de adjudicación). Pero a costa del riesgo, dice Hart, de que el poder centralmente organizado puede ser empleado para la opresión de muchos, cuyo apoyo no le resulta imprescindible.

III bis.9. Validez e iniquidad

¿Qué decir de normas particularmente inicuas, pero que han sido sancionadas en la forma establecida, que tienen un significado claro, y satisfacen todos los criterios de validez reconocidos del sistema?

Lo que hay que decir aquí es, según Hart: "*esto es derecho, pero es demasiado inicuo para ser aplicado u obedecido*"[39].

Semejante aseveración somete a una tensión máxima la idea positivista de legitimidad. Por una parte se mantiene el criterio formal para la determinación de lo que sea o no derecho. Lo cual implica desechar los elementos referentes al contenido de las normas jurídicas. Por otro, las cuestiones relativas a contenidos inicuos introducen dudas razonables sobre la legitimidad de las normas o de un sistema jurídico. El desarrollo del presente trabajo propondrá herramientas para resolver dicha tensión.

Sin esas herramientas, y enfrentado con el debate abierto por los juicios de Nüremberg, Hart se inclina por la primera parte de la afirmación ("esto es derecho") en detrimento de la segunda:

"Puede concederse que los delatores alemanes, que guiados por móviles egoístas procuraron el castigo de otros por la aplicación de leyes monstruosas, hicieron algo prohibido por la moral; sin embargo, la moral puede exigir también que el estado castigue únicamente a aquellos que, al hacer el mal, hicieron lo que estaba prohibido por el estado en ese momento. Este es el principio nulla poena sine lege. *Si hemos de introducir fisuras en este principio para impedir algo que se considera un mal mayor que su sacrificio, es vital que las cuestiones en juego sean identificadas claramente. Un*

[39] Robert Alexy diría, frente a la misma pregunta, "esto no es derecho". Según Rodolfo Vigo, semejante respuesta del jurista alemán se inspiraría en "que la pretensión de corrección cumple un papel crucial en la ética discursiva presente en el derecho alexyano" (Vigo, 2003: 209). Semejante clave de bóveda lo ubica en las antípodas teóricas de Kelsen: "Ningún positivista coherente puede admitir la tesis alexyana del límite de la injusticia extrema para las decisiones jurígenas autoritativas (incluso las constitucionales) de tal modo que si esas normas superan aquel umbral axiológico dejan de pertenecer al derecho. No duda Alexy en inscribir su teoría discursiva en la tradición del derecho natural." (Vigo, 2003: 210)

caso de castigo retroactivo no debe ser presentado como si se tratara de un caso ordinario de castigo por un acto que era ilegal en el momento de su realización. Por lo menos puede argüirse a favor de la simple doctrina positivista de que las reglas moralmente inicuas pueden ser derecho, que ella no oculta la elección entre males que, en circunstancias extremas, podemos vernos en la necesidad de efectuar."

III bis.10. Concepto amplio versus concepto restringido de derecho

Lo que realmente está en juego en esta discusión, sostiene Hart, es el mérito comparativo de dos conceptos de derecho. Ellos son:

- un concepto "amplio", según el cual son derecho todas las reglas válidas de acuerdo con los criterios formales de un sistema de reglas primarias y secundarias. Y ello aun en el caso en que algunas de ellas atenten contra la moral de una sociedad o contra lo que Hart llama una moral "esclarecida". Y
- un concepto "restringido", que excluye las reglas moralmente ofensivas del significado de la palabra "derecho".

Nada se gana, concluye Hart, adoptando el concepto restringido en el estudio del derecho. Ello llevaría a excluir ciertas reglas aun cuando exhibieran todas las otras complejas características del derecho.

"Si adoptamos el criterio amplio, en cambio, podremos ubicar dentro de él el estudio de cualquier característica especial que tengan las reglas moralmente inicuas, y de la reacción de la sociedad frente a ellas." (Hart, 1977: 259)

Un concepto de derecho que permite, de esta manera, distinguir entre la invalidez de las normas jurídicas y su inmoralidad, se encuentra en mejores condiciones para afrontar la complejidad y variedad de las distintas cuestiones implicadas.
Siguiendo un camino diferente, Hart se ha acercado, entonces, a la discriminación célebre de Norberto Bobbio entre "validez", "eficacia" y "justicia".

IV- PRIMERAS APROXIMACIONES CRÍTICAS

Luego de haber inspeccionado la Teoría Pura del Kelsen y el Concepto del Derecho de Hart, resulta posible avanzar sobre los problemas que constituyen puntos ciegos para los enfoques analíticos y positivistas.

El presente capítulo centrará su atención en el hecho de que, pese a sus disquisiciones y discriminaciones conceptuales, en dichas teorías la "legitimidad" acaba resolviéndose sin resto en la "legalidad". O, en otros términos, que la "validez" se resuelve en la "efectividad" o "eficacia"[40].

Llama la atención que una teoría "normativista" como la de Kelsen, que se empeña por mantener la entidad propia de un ámbito u objeto de estudio que se encuentra más allá de los hechos, culmine en una consagración de los hechos.

[40] Son muchos los autores que han señalado este detalle. Por ejemplo Delgado Pinto (2012: 48) afirma: "Un análisis detallado de su pensamiento muestra que el principio de efectividad predomina sobre el de legitimidad y lo determina". Kelsen mismo lo reconoce: "El principio de legitimidad está restringido por el principio de efectividad". Es sintomática la forma en que Kelsen se explaya sobre el punto: "En esta restricción se manifiesta el nexo entre la validez y la eficacia del derecho, nexo muy significativo para una teoría del derecho positivo y que ya hemos destacado en reiteradas oportunidades. La correcta determinación de esta relación es uno de los problemas importantes y a la vez más difíciles de la teoría jurídica positivista. No es más que un caso especial de la relación entre el deber de la norma jurídica y el ser de la realidad natural. Pues, en efecto, también el acto por el cual se establece una norma jurídica positiva –al igual que la eficacia de la norma jurídica- es un hecho de ser. Una teoría jurídica positivista se ve ante el problema de encontrar el camino medio correcto entre dos extremos, ambos insostenibles. Un extremo es la tesis según la cual no existe relación alguna entre la validez, como deber, y la eficacia, como ser; la validez del derecho sería totalmente independiente de su eficacia. El otro extremo es la tesis según la cual la validez del derecho es idéntica a su eficacia. Una teoría idealista se inclina por la primera solución del problema; una teoría realista, por la segunda. La primera es falsa porque es innegable que un orden jurídico en su totalidad, al igual que una norma jurídica aislada particular, pierde su validez cuando deja de ser eficaz; y que existe una relación entre el deber de la norma jurídica y el ser de la realidad natural también en la medida en que la norma, para ser válida, tiene que ser establecida mediante un acto de ser. La segunda solución es falsa porque –como hemos expuesto- es innegable que hay numerosos casos en los que las normas jurídicas son consideradas válidas a pesar de que no son, o aún no son, eficaces. La solución al problema propuesta por la Teoría Pura del derecho es la siguiente: así como la norma de deber, como sentido, no es idéntica a ese acto, así la validez de deber de una norma jurídica no es idéntica a su eficacia de ser; la eficacia del orden jurídico en su totalidad y la eficacia de la norma jurídica en particular son condición de su validez, así como lo es el acto de establecimiento de la norma; y la eficacia es condición en el sentido de que un orden jurídico en su totalidad y una norma jurídica particular, dejan de considerarse válidos cuando ha cesado su eficacia. Por otra parte, la eficacia de un orden jurídico no es el fundamento de su validez, como no lo es tampoco el hecho de su establecimiento. El fundamento de validez, es decir, lo que da respuesta al interrogante de por qué las normas de este orden jurídico deben ser acatadas y aplicadas, es la norma fundamental presupuesta, según la cual debe observarse la Constitución de hecho establecida y en términos generales eficaz, y por ende, las normas de hecho establecidas conforme a esa Constitución que sean en términos generales eficaces." (Kelsen, 2011: 246-249). La extensión de la cita se justifica, pese a que el asunto ya fue tratado en otro lugar del presente trabajo, porque pone en evidencia que Kelsen mismo detecta el foco problemático y, lejos de eludirlo, lo afronta con su habitual lógica impecable. Lo que resulta dudoso es, pese a lo acertado de su refutación al realismo tosco, que haya logrado salvar la "pureza" del *sollen*.

Ya Bobbio había sostenido que para Kelsen, la norma fundamental tiene la función de transformar el poder en derecho[41]:

"Quizá no haya tomado yo nunca una posición suficientemente neta sobre este punto que reconozco que es delicadísimo y de una ambigüedad, me temo, insuprimible: la relación entre derecho y poder. Por un lado es el derecho el que atribuye poder –lex facit regem-, *pero por otro lado es siempre el poder el que instituye al ordenamiento jurídico y garantiza su efectividad:* rex facit legem. *Y no se puede negar que esta ambigüedad está presente también en el Kelsen teórico del derecho y del Estado, o por lo menos no ha sido superada por él. También para Kelsen, a causa de la incierta dialéctica que establece entre validez y efectividad de las normas, se puede decir que en el vértice del sistema normativo* lex et potestas convertuntur*."* (Bobbio, 1999: 5)[42]

Si no se supone que el sistema jurídico esté cerrado por una norma antes que, como proponía Austin, por el poder soberano, la relación entre quien manda y el destinatario del mandato queda como un poder de hecho, una pura relación de fuerza. Pero ¿cómo inferir la validez del derecho a partir de un hecho tal?

La respuesta de Kelsen sería, indudablemente, que no se puede. El *sollen* nunca se infiere del *sein*, ya que marchan por carriles lógicos diferentes[43].

Una de las hipótesis del presente trabajo consiste en sostener que la demostración kelseniana es insuficiente porque su enfoque culmina con la entronización del *sein* y la consecuente sumisión del *sollen*.

[41] Von Wright se expresó de manera parecida. Pues para él la *Grundnorm* "es requerida para legitimar los actos de la suprema autoridad normativa ('soberano') del sistema" (Von Wright, 1976: 116). En el mismo sentido, Manuel Atienza (2001: 140).

[42] El número de página corresponde al documento bajado de Internet el día 2/3/2005.

[43] Al respecto señala Martín Laclau: "Para confirmar la separación absoluta entre ser y deber ser, Kelsen se apoya en un breve libro de Arnold Kitz, titulado *Seyn und Sollen. Abriss einer philosophischen Einleitung in das Sitten und Rechtsgesetz* y aparecido en el año 1869. En esta obra, su autor critica la filosofía de Kant argumentando que el conocimiento reconoce tres fuentes y no dos, como había sostenido el pensador de Königsberg. Así, a la sensibilidad (*Sinnlichkeit*) y al entendimiento (*Verstand*), ya considerados por Kant, les agrega una tercera fuente: el *sollen*. Claro está que su noción del *deber ser* se aparta de la kantiana, puesto que sostiene que hay que concebir dicho *deber ser* de la misma manera como lo sentimos en nuestra conciencia. El *sollen* existe en la conciencia de cada individuo separado del *sein*, y entre los dos no hay puntos inmediatos de contacto, salvo la circunstancia –señalada por Kitz- de que ambos se originan en Dios." (Laclau, 2012: 179)

De regreso al aserto de Bobbio, el autor italiano sostiene que la *Grundnorm* permite considerar todos los poderes que son ejercidos en los niveles internos del ordenamiento como poderes jurídicos. Ella

"...funge como criterio de legitimidad y cumple esta función en un contexto histórico en el cual el proceso de legitimación del poder estatal se ha venido identificando progresivamente con el proceso de legalización del ejercicio del poder estatal en todos sus niveles, hasta el último nivel, que es el del poder constituyente." (Bobbio, 1984: 35)

Aquí el autor italiano hace uso de la famosa tipología de Max Weber sobre las formas de poder legítimo. Entre ellas, Weber incluía una que corresponde a la formación del Estado moderno: el poder "racional, legal y burocrático". Su principio de legitimidad es el ejercicio del poder de conformidad con las leyes establecidas. Y se distingue por la impersonalidad de su ejercicio. Así,

"...el ciudadano obedece el ordenamiento impersonal establecido legalmente y los individuos propuestos por él en virtud de la legalidad formal de las prescripciones y en el ámbito de éstas. Como para Weber solo se puede hablar de poder legítimo cuando los gobernados por su mismo deseo asumen el contenido del mandato como máxima de su acción, se debe deducir que cuando se presente una situación en la que el ciudadano obedece el mandato de quien detenta el poder solo en virtud de la legitimidad formal de las prescripciones, la legitimidad de este poder se resuelve completamente en la legalidad de su ejercicio." (Bobbio, 1984: 34)

Lo que Bobbio afirma es compatible con las consecuencias que pueden ser extraídas a partir de los supuestos de la Teoría Pura. De hecho, para Kelsen una norma jurídica es válida si ha sido creada de acuerdo con reglas determinadas. Determinadas por el propio sistema. Ello lo conduce a identificar el "principio de legitimidad" con el de "legalidad", pues consiste en

"que una norma de un orden jurídico vale hasta tanto su validez sea cancelada de la manera determinada por ese orden jurídico, o sustituida por la validez de otra norma de ese orden jurídico" (Kelsen, 2011: 244)

El problema que así reaparece es el de la ya mencionada creación del derecho. Puesto que lo que habitualmente se tiene en mente cuando se pregunta por la legitimidad del orden jurídico como un todo, o de una norma jurídica en particular, es cuál es la fuente de la legitimidad de la autoridad normadora. Es decir, por qué, tal como lo establece la *Grundnorm*, existe un deber de obediencia hacia los primeros constituyentes y hacia quienes los han sucedido históricamente, los diversos órganos competentes.

Aquí sí Kelsen parece escamotear el problema. Puesto que, desde la perspectiva de la Teoría Pura, el problema de la creación del derecho solamente puede tener sentido si se lo asimila al "aspecto dinámico", es decir, al hecho de que el derecho regula su propia creación. La Teoría Pura no puede escudriñar la función constituyente sin perder su condición científica, es decir, sin trasformarse en "ideología". A juicio de Kelsen, ocurre lo mismo con las ciencias de la naturaleza: solo pueden tomar su objeto como un dato, sin preguntarse por el problema de la creación de la naturaleza misma. Eso si quieren permanecer en la senda de la ciencia. De lo contrario se transforman en metafísica:

"Así como Kant pregunta cómo es posible una interpretación libre de toda metafísica de los hechos dados a nuestros sentidos, expresada en las leyes de la naturaleza formuladas por las ciencias naturales, así también la Teoría Pura del Derecho pregunta cómo es posible una interpretación libre de todo recurso a autoridades metajurídicas como Dios o la Naturaleza del sentido subjetivo de ciertos hechos como un sistema de normas jurídicas objetivamente válidas que pueden ser descritas en proposiciones jurídicas." (Kelsen, 2011: 237)

Pero si la pregunta por el poder o por la fuerza, que son la contracara del derecho en tanto éste es un orden coactivo, no puede formularse, todo el planteo puede resultar, irónicamente en vistas de los esfuerzos kelsenianos, ideológico.

La piedra de toque al reflexionar sobre el punto pudiera ser el tradicional problema de la distinción entre el derecho legítimo y las órdenes dadas por una banda de rufianes. Hart y Kelsen enfrentan dicho problema.

En el caso del jurista austrohúngaro, la diferencia radica en que a las órdenes dadas por malhechores les falta como fundamento de validez la *Grundnorm*,

"porque… este ordenamiento (el de los rufianes) *no tiene ya la eficacia continua sin la cual no se presupone alguna norma fundamental que a ella se refiera o que funde en ella la validez objetiva"* (Bobbio, 1984: 25)

Ahora bien: si éste es el argumento, cabría preguntarse que ocurriría en el caso en que los rufianes o malhechores lograsen que sus órdenes fueran obedecidas durante un lapso más o menos largo de tiempo, es decir, si alcanzasen la mencionada "eficacia continua". Michelangelo Bovero se encamina en esa dirección cuando dice:

"Ya que la validez de la norma fundamental, que debe entenderse como la norma última que autoriza el poder último, no es evidentemente reconducible a su producción por parte de un poder autorizado (por definición no puede haber un poder autorizado superior a la norma fundamental), Kelsen sugiere que ella debe ser simplemente presupuesta en todas las ocasiones en que constatemos la eficacia de un ordenamiento positivo… cuando observamos que un ordenamiento es obedecido, debemos presuponer como válida una norma que autoriza el poder último del que ese ordenamiento desciende. Por ello, llegados a este punto, se puede preguntar si es verdaderamente fundamental la norma última o el poder último, en vista de que la norma última pierde validez, cesa de existir como norma y con ella el ordenamiento entero, cuando pierde fuerza la efectividad del poder último. Atribuida semejante posición de privilegio al principio de efectividad, ¿el poder último es todavía un poder de derecho o no se parece más bien a un poder de hecho?" (Bovero, 1984: 54)

En este punto parece que Hart, quizá por tener menos pruritos epistemológicos, ha calado más hondo que Kelsen. Pues reconoce que la regla de reconocimiento última, criterio supremo para distinguir el derecho válido del que no lo es, es un "hecho", una práctica social considerada "adecuada". El punto capital del problema está, sin embargo, más allá del alcance del planteo positivista. Y es, a no dudarlo, el de la forma de dicha adecuación o conveniencia[44].

[44] El más sincero reconocimiento kelseniano de que dicho problema es digno, aunque por decisión metodológica la Teoría Pura lo ignore, se encuentra en el libro *La idea del derecho natural y otros ensayos*, donde se puede leer: "Las normas del derecho positivo valen (o lo que es lo mismo, deben ser) no porque procedan como las del Derecho Natural de la Naturaleza, de Dios o de la Razón, es decir, de un

Dice Kelsen, al detenerse frente a esta puerta:

"Si inquirimos por qué la Constitución es válida, tal vez encontremos su fundamento de validez en otra Constitución más antigua. Llegaremos finalmente a una Constitución que históricamente es la primera y que fue establecida por algún usurpador o por alguna especie de asamblea." (Kelsen, 1983: 135)

Pero el poder del usurpador es un poder de hecho, al cual menos se está obligado a obedecer que constreñidos a doblegarse. ¿En qué queda, en tales condiciones, el esfuerzo de Kelsen y de Hart por distinguir el derecho legítimo de las órdenes dadas por una banda de rufianes, si ellas se pueden transformar en derecho en el caso de que, con el paso del tiempo, se instale la creencia en la validez de su legislación originaria, y junto con ella la costumbre de considerar legítimo todo poder reconducible a aquellas órdenes?
Se puede concluir entonces con Bovero:

"...si no es posible hacer derivar una norma revestida de poder legítimo de otro poder que no sea un poder de hecho[45]*, no veo otra manera de sostener la superioridad de la norma sobre el poder, y el poder legal como tipo de poder legítimo, si no es considerando la obligación de obediencia contenida en la norma como fruto de la misma voluntad de los coasociados."* (Bovero, 1984: 56)

Quizás Kelsen objetaría que, en semejante argumento como el expuesto por Bovero, se viola el divorcio de principio entre las esferas del *sein* y del *sollen*. Sería ilegítima la pretensión de legitimar el poder legal traducido en la norma jurídica (*sollen*) a través de

principio de absoluta bondad, acierto y razón, de un valor supremo absoluto, sino porque han sido producidas de una cierta manera, legisladas por un cierto hombre. Sobre el valor de ese método de producción, de ese hombre que actúa como autoridad del derecho positivo, no se ha dicho nada categórico con esto, pues se trata de un valor hipotéticamente supuesto." (Kelsen, 1974: 27) El presente trabajo intenta argumentar a favor de que la ciencia del derecho no debe interrumpirse en presencia de ese valor supuesto.

[45] Más adelante, y basándose en Arendt, Habermas usará la palabra "violencia" para referirse a este "poder de hecho", y la expresión "poder comunicativo" para el "poder legítimo" que es "fruto de la misma voluntad de los coasociados".

una retroalimentación con la voluntad de los coasociados (que, en tanto voluntades psíquicas, pertenecen al ámbito del *sein*)[46].

Sin embargo, la pureza del *sollen* tampoco se resguarda de manera adecuada en el planteo kelseniano, como demuestran Bovero y Bobbio al constatar la primacía de la que goza el "principio de efectividad".

Y en ese juego confuso y ambiguo entre las esferas lógicas, que se mantienen separadas pero parecen reclamarse la una a la otra, Kelsen no ve, no puede ver o no quiere ver, que ese punto neurálgico del "ser" del derecho que es la efectividad se encuentra bajo la espada de Damocles del "deber". Esto es: que es un dato del cual debe hacerse cargo la ciencia jurídica que la vigencia del derecho precisa algún tipo de justificación, la cual, en el argumento de Bovero, pasa por remitirla a la voluntad de los coasociados. Se trata de algo tan sencillo como que si por nadie es reconocido cesa de ser como derecho vigente. Como sostiene Legaz y Lacambra:

"…un derecho que pugne abiertamente con el ideal de justicia vigente en la comunidad a la cual se aplica, no será aceptado por ésta; por consiguiente, no alcanzará efectiva vigencia; y si la sociedad lo repugna, no alcanzará tampoco un grado suficiente de aplicación judicial." (Legaz y Lacambra, 1953: 188)

Estas consideraciones, es decir, las de Bovero y Legaz, sugieren una aproximación a la idea de autonomía. Aunque, según consta en todos los manuales, una de las notas distintivas del derecho frente a otros órdenes normativos, como por ejemplo la moral, es la heteronomía:

"Es verdad que el derecho es heterónomo o autárquico; la heteronomía constituye una dimensión formal de lo jurídico: pero que exista lo jurídico implica eso que Kelsen llamó el minimum de eficacia*, lo cual quiere decir que no hay derecho existente si no hay una conducta efectiva…*

[46] "En esta conexión es importante no contemplar el deber ser como un querer. El querer es un suceso psíquico-real y pertenece en consecuencia al mundo del ser. Es importante retener esta afirmación, pues ese es otro punto en que la teoría kelseniana se separa radicalmente de otras especies de positivismo." (Villar Borda, 2012: 229)

Y una de las condiciones fundamentales, por tanto no arbitrarias ni contingentes como puro facto *para esta existencia, es una cierta racionalidad de las normas que asegure su aceptación."* (Legaz y Lacambra, 1953: 189)

IV.1. Más problemas en torno a la separación *sein-sollen*

Pero ¿qué problema puede haber, a fin de cuentas, con que los fundamentos del derecho sean "crudos" hechos? Para Mario Bunge, citado por Garzón Valdez, ninguno:

"Hume tenía toda la razón al afirmar que lo que debe ser no es lo mismo que lo que es: las normas no son del mismo tipo que las proposiciones fácticas. Sin embargo, creo que se equivocaba al sostener que el abismo hecho-valor es insuperable. Se equivocaba porque diariamente nos movemos del uno al otro. Por ejemplo, si me digo que debo pagar mi deuda y la pago, cruzo el abismo entre deber ser y ser. De la misma manera, cuando tomo nota de una situación injusta y resuelvo remediarla, recorro la vía inversa. Lo que separa el ser del deber ser es un abismo conceptual o lógico, pero en la práctica no es un cisma insuperable: es una mera zanja y podemos saltar por encima de ella." (Bunge en Garzón Valdez, 1993: 418)

Da la impresión, sin embargo, de que Bunge argumenta contra la falacia naturalista siguiendo una estrategia parecida a la del realista ingenuo, que pretende comprobar la existencia del mundo exterior, problema arduo que aqueja a la filosofía desde que Descartes escribiera sus *Meditaciones*, simplemente pateando una piedra. Como dice Garzón Valdez, el ejemplo de Bunge es

"...un silogismo práctico en el que la conclusión es una acción que no aporta nada a la justificación de la misma, a menos que se supongan tácitamente premisas normativas tales como las que dicen: se deben pagar las deudas *o* se deben reparar las situaciones injustas*. Si se introduce la premisa normativa, no hay salto, porque no hay abismo ni zanja, es decir, no se plantea el problema de Hume."* (Garzón Valdez, 1993: 418)

G. Kalinowski aporta, respecto de tal problema, lo siguiente:

"…siendo la justificación racional de un juicio lo que decide su admisión en nuestro saber, que puede ser tanto práctico (sabemos lo que tenemos que hacer) como teórico (sabemos lo que existe) preguntamos… si la admisión de los juicios teóricos, a título de juicios verdaderos o al menos probables… condiciona la admisión de los juicios prácticos, a título de verdaderos, según algunos, a título de válidos, según otros." (Kalinowski, 1975: 147)

Acto seguido, Kalinowski responde a su propia pregunta basándose en la máxima escolástica *ens et bonum convertuntur*, según la cual todo ente es un bien y todo bien es un ente, por lo que valores y hechos se encuentran en un mismo escalón para ser confrontados sin dificultad. Ello es posible, de acuerdo con el punto de vista asumido por Kalinowski, porque el ente es lo que existe y el bien es el ente en tanto que objeto de una tendencia. Y esa tendencia es evidente a la mente humana. De manera que todo el argumento descansa en la captación de la identidad entre causa "formal" y causa "final". Sin prejuicio de su solidez, el argumento tiene una limitación importante: no a todo el mundo le resulta evidente la "esencia" ni la "naturaleza" de las cosas.

Semejante justificación, basada en lo que Tigar y Levy (1978) llaman "la voluntad de los dioses", tiene, en última instancia, el mismo efecto que el positivismo jurídico: eliminar todo tipo de distinción entre lo que ocurre y lo que debería ocurrir.

Porque el positivismo, aun el sui generis de Kelsen, llevado hasta sus últimas consecuencias o hasta sus primeros principios, encuentra un hecho como fundamento del derecho. Y su disciplina objetivista según la cual, para no extraviarse en la metafísica, únicamente hay que describir lo dado, lo cual excluye la posibilidad de criticarlo y cambiarlo, decanta en una poderosa función ideológica consistente en conservar lo que es como debe ser.

Parece ser una acusación demasiado fuerte. Sobre todo teniendo en cuenta el esfuerzo puesto por Kelsen, al cual se pasará revista en el capítulo siguiente del presente trabajo, para combatir la determinación ideológica del conocimiento. Por ejemplo: un marxista tal vez se sorprendería por la forma en que Kelsen, "en contra de los intereses de la clase social a la que pertenecía", desenmascaró la ideología de la subjetividad jurídica y la distinción, también ideológica, entre derechos reales y personales. Conceptualizaciones cuya función, dentro del derecho burgués, sería la de proteger el sistema de propiedad privada como forma de organización social.

A Kelsen le resulta relativamente sencillo deshacerse de tales ideologemas por estar mejor pertrechado desde el punto de vista epistemológico que cualquiera de los juristas contemporáneos a él. Así, inspirándose en Mach y en Einstein, desplaza el pensamiento jurídico de la sustancia o la esencia hacia la relación o la función:

"Las categorías fundamentales del pensamiento jurídico, como Estado y persona, voluntad y validez, que son en la jurisprudencia tradicional cosificadas y pensadas como fundamento del derecho, pierden según el proyecto kelseniano su inmutabilidad, substancialidad y predeterminación. Así como espacio y tiempo otorgan tan solo, según la nueva visión del mundo de Einstein, un tamaño del orden relativo, así como la dimensionalidad misma es relativa, así las categorías jurídicas muestran no más que relaciones entre conceptos. Debido a que Kelsen postula de hecho la pureza y la unidad del conocimiento jurídico, las nombradas categorías no podrán ser pensadas de ahora en adelante como substancias pertenecientes al mismo tiempo al mundo del ser (Seinswelt) y del deber ser (Sollenswelt). Los fenómenos jurídicos, prescindiendo del específico ser del deber ser (Sollensein), no tienen existencia alguna en el mundo del ser. Y en el mundo del deber ser las normas (jurídicas), como Kelsen mismo formula, agotan su existencia en la 'relación con la proposición jurídica'." (Jestaedt, 2012: 144)

Kelsen está seguro de que semejante des-substancialización de la ciencia jurídica permitirá barrer con las impurezas características de la ciencia jurídica tradicional. Cuando conceptos como Estado y persona dejen de ser considerados como cosas reales, será más difícil su uso en construcciones teóricas ideológicamente sesgadas. De hecho, Estado y persona son para Kelsen solamente puntos ideales de "imputación". Y el principio de imputación se torna en el concepto central y ordenador de la disciplina normativa:

"La atribución imputativa es, como la causalidad, un principio ordenador del pensamiento humano y, en consecuencia, tan poco ilusión, o tan ilusión o ideología como aquella que, para hablar con Hume o con Kant, solo es un hábito del pensamiento o una categoría del intelecto." (Kelsen, 1960: 119)

Ahora bien: un breve análisis del paralelismo, en este punto, entre los pensamientos de Kelsen y de Kant, puede poner en evidencia, otra vez, que pese a los esfuerzos kelsenianos su enfoque resulta de todas maneras ideológicamente sesgado o en todo caso sesgador. Y justamente en el punto denunciado por Bobbio y Bovero, y que Jestaedt denomina *Sollensein*: el punto en el que la norma jurídica "informa" los hechos.

En Kant, la razón pura proporciona una serie de principios informadores de la experiencia: las formas puras del espacio y del tiempo y las doce categorías, entre ellas la de causalidad. Kant no se pregunta como llegaron allí: simplemente está allí, son eternas e inmutables y constituyen los principios ordenadores de la experiencia para todo sujeto racional.

Kelsen tiene un presupuesto similar. La posición del principio de imputación es análoga a la de una categoría del entendimiento. Y la norma jurídica está ya simplemente allí, proporcionando las formas que tornan los hechos en algo significativo:

"Ahora bien, el hecho externo… es asimismo en todos los casos, dado que se trata de un acontecer que se percibe sensorialmente y que transcurre en el tiempo y en el espacio, una parte de la naturaleza, y como tal está determinado por leyes causales. Pero este acontecer como tal, como elemento del sistema de la naturaleza, no es objeto del conocimiento específicamente jurídico…

El hecho en cuestión recibe su sentido específicamente jurídico, su peculiar significado en derecho, por una norma que mediante su contenido se refiere a él, confiriéndole su significado en derecho, de tal manera que el acto pueda ser interpretado según esta norma. La norma funciona como esquema de interpretación." (Kelsen, 2011: 59)

Pero si, inspirándose en Nietzsche y en los autores del "giro lingüístico", es posible sospechar de la pureza de los contenidos de la Razón kantiana, y preguntarse por su origen social e histórico, lo mismo ha de ser posible en el caso de la propuesta kelseniana.

Tal vez haya que acordar con el viejo Aristóteles en la máxima de acuerdo con la cual "nada hay en el intelecto que antes no haya pasado por los sentidos". O quizá haya que prestar más atención al mismísimo inspirador de Kant, David Hume, cuando afirmaba

que el principio de causalidad es un hábito y, en cuanto tal, "resultado" de "experiencias" repetidas.
En congruencia con estas críticas Tigar y Levy sostienen que el positivismo jurídico tiene como efecto ineludible convertir el derecho y el poder público en cosas:

"Lo hace ostensiblemente para poder estudiarlos mejor, pero acaba describiendo el derecho en forma distorsionada porque el hecho mismo de considerarlo como una cosa termina por integrarse en la comprensión del derecho." (Tigar y Levy, 1978: 267)

Una teoría del derecho que lo encare como una cosa no podrá describir, creen los autores citados, el proceso de alzamiento que conquista el control social (punto en el que casualmente se detienen las teorías de Kelsen y de Hart) ni el impacto de este proceso sobre el contenido de la ideología jurídica dominante, entendiendo por ideología jurídica, en este caso, una propuesta de organización social volcada en un conjunto de normas.
Si bien la crítica de considerar al derecho como una "cosa" no alcanza a Kelsen, como se ha visto, conviene prestar atención al argumento siguiente, que probablemente dé en el blanco:

"Una clase social tan firmemente establecida, como la burguesía, encontrará especialmente valioso un sistema de pensamiento que niega su propio pasado revolucionario y se concentra en el carácter actual, presente de su poder. En otros tiempos existió la Historia, dicen los positivistas, pero ya no existe más." (Tigar y Levy, 1978: 268)

En consecuencia, si se pretende conocer profundamente lo que es ese fenómeno social llamado "derecho", no basta con elaborar una Teoría Pura. No habría que restringir el interés a las ideologías cristalizadas en un orden jurídico. Quizá sería oportuno ampliar el espectro al estudio de las ideologías jurídicas en general. Porque ellas son las distintas expresiones de la tirantez que, según lo expuesto, siempre existe entre *sollen* y *sein*.

IV.2. La Teoría Pura del derecho: ¿una antifilosofía?

El catedrático español Xacobe Bastida martilla sobre el problema del *Sollensein*. No se pregunta, como Bovero, si en el modelo piramidal del orden jurídico planteado por Kelsen[47] resulta fundamental la norma última o el poder último: para él la Teoría Pura pretende interpretar una realidad que no consiste en otra cosa que en "*fuerza ejercida por el poder*". (Bastida, 2012: 266)

Semejante supuesto hace regresar con más fuerza que nunca la cuestión de la obediencia al derecho y su comparación con las órdenes dadas por una banda de rufianes. Apoyándose en Gianformaggio, presenta el problema de la diferenciación entre el derecho y la "*nuda fuerza impuesta de hecho*" de manera levemente retocada: como un ejercicio de diferenciación entre el recaudador de impuestos y el asaltante:

"…es importante destacar cómo la diferencia entre la exigencia del recaudador de impuestos y la del asaltante (una diferencia consistente en el hecho de que la del recaudador implica un deber, y la del asaltante no) es en sí misma (en la teoría de Kelsen)[48] *un datum adquirido. El problema no es si hay o no una diferencia, y si la hay, cuál. El problema es: ¿en qué consiste esa diferencia, la cual existe?* (Gianformaggio, 1994: 49)

Para Bastida el primer problema es verdaderamente filosófico. El segundo es, en cambio, doxológico. Dicho con sus palabras, plantearse el primer problema es característico de la filosofía. No plantearse el primer problema, y plantearse solamente el segundo es característico de la "filodoxía":

"La doxa es lo que se dice, lo que parece, lo que la comunidad espera, el comportamiento habitual con el que se cuenta. Dicho brevemente, la doxa es la expresión de lo con-sabido. Por el contrario, la filosofía tiene un cariz polémico por cuanto cuestiona sistemáticamente la opinión recibida." (Bastida, 2012: 262)

[47] En el capítulo siguiente se prestará particular atención a esta *teoría de la gradación* cuya autoría pertenece en realidad a Adolf Merkl.
[48] Agregado del autor del presente trabajo.

Así, Hart haría filodoxía, sobre todo cuando acentúa el valor del "punto de vista interno" a la hora de comprender el fenómeno jurídico. Y Kelsen también, sobre todo cuando realiza afirmaciones como la siguiente:

"Nuestro problema… es el siguiente: ¿por qué razón los individuos destinatarios de las normas del ordenamiento deben realizar comportamientos conformes a las normas del mismo ordenamiento? No se trata de saber si el derecho deba ser aplicado u observado o, lo que es lo mismo, si el derecho positivo sea válido. La teoría del derecho positivo afirma este dato como presupuesto." (Kelsen, 1974: 396 en Bastida, 2012: 266)

De allí que el autor español piense que el movimiento de manos de Kelsen al afrontar el problema del *Sollensein* se asemeje al del prestidigitador: "*la respuesta al problema de la relación entre fuerza y derecho consiste en que el problema, como tal, desaparezca*." (Bastida, 2012: 265) Y aporta una cita de un autor que coincide con el diagnóstico:

"Kelsen no se preocupa excesivamente del problema de la relación entre la fuerza y el derecho. Para el jurista vienés lo importante es que por medio de la identificación del estado con el derecho, de la actividad estatal con la jurídica, desaparezca el problema." (Calsamiglia, 1977: 183)

El carácter filodóxico de la Teoría Pura se pondría de manifiesto en dos aspectos fundamentales. El primero tiene que ver con la forma en que la teoría resulta funcional al mantenimiento del status quo, o como mínimo, a la realización de los fines específicos del derecho:

"Al definir Kelsen el derecho como técnica de orden social u ordenamiento para la promoción de la paz admite, desde luego, que el derecho puede servir para alcanzar los fines más diversos, pero al mismo tiempo admite que el fin del orden no puede alcanzarse más que por medio del derecho. El derecho lleva necesariamente incorporado el fin del orden, de la paz social; y solo si la ciencia del derecho finge, a la manera de un actor que representa un papel, que el sentido subjetivo de una norma –en principio idéntica a la orden de un delincuente- es diferente por cuanto obliga

jurídicamente, será posible conseguir la finalidad pacífica del ordenamiento jurídico." (Bastida, 2012: 267)

Es probable que esta crítica tenga asidero en la medida en que se considere solo el tema en discusión y no la obra de Kelsen en forma integral. Casi con seguridad, construir ficciones para que el derecho pueda desarrollar su función específica no era el objetivo de Kelsen. Si lo hubiese sido, no habría avanzado en el proceso de desenmascaramiento que se explica en el capítulo que sigue del presente trabajo. Ni hubiera disuelto la ilusión de la "seguridad jurídica"[49], sin dudas un presupuesto importante para el acatamiento a las normas por parte de todos aquellos que participan "del punto de vista interno".

En segundo aspecto tiene que ver con la forma en que la Teoría Pura se rinde ante la fuerza normativa de lo fáctico:

"El positivismo no produce una filosofía del derecho, sino una filodoxía del derecho; esto es, un tipo de especulación que, lejos de inquirir respuestas, las da por supuestas. La filodoxía –y con ella el positivismo, con Kelsen a la cabeza- produce un análisis funcional que no pone en cuestión la realidad, sino que la justifica por el mero hecho de haber aprobado el examen de la praxis." (Bastida, 2102: 261)

Para mayor abundancia, el catedrático de Oviedo plantea una analogía entre lo que ocurre con la teoría kelseniana y lo que le pasaba a los griegos que creían en el mito de Tártaro. Tártaro era un lugar infernal que se encontraba en la base de la Tierra. Pero si la Tierra reposaba sobre él, ¿sobre quién o qué reposaba el Tártaro mismo? Entonces pensaron que reposaba sobre la caparazón de un gigantesco animal. Pero ya no se preguntaron cómo se sostenía éste:

"Si así fuese, si la razón prosiguiese su camino en busca de un básico apoyo, la respuesta que surgió como bálsamo en el que mitigar la ansiedad levitatoria carecería de sentido. Lo fundamental no era tanto encontrar una vía absolutamente racional para satisfacer la duda, como satisfacer la duda misma. De este camino intermedio entre la razón pura y la magia que es el pensamiento mítico participa la teoría de Kelsen. En

efecto, si queremos responder a la pregunta acerca de la obligatoriedad del orden jurídico, si lo que pretendemos es dotar de sentido a la actividad considerada jurídica, necesitamos imaginar una Grundschildkröte*, una inmensa tortuga fundamental que nos permita hablar del derecho sin recurrir a mayores e insolubles indagaciones. La norma fundamental, desde esta perspectiva, surge con la clara vocación de apartar problemas, no de resolverlos definitivamente."* (Bastida, 2012: 270)

El concepto de *Grundnorm*, por lo tanto, ya sea que se lo vea como una "hipótesis" o como una "ficción" (dependiendo del estadío de desarrollo de la propia teoría kelseniana) se encuentra inerme para afrontar el problema que presenta el *Sollensein*. Permite, por decirlo así, comprender la validez de las "reglas primarias", pero no de la "regla de reconocimiento" última. Y resulta característico que, pese a la pureza del método preconizado, la fuerza de los hechos aparece en un momento crucial como es la explicación del concepto de "validez":

"Sabedora de su insuficiencia, de un modo u otro la validez jurídica reconoce la necesidad de traspasar su limitación y se echa en brazos de fundamentaciones ajenas al propio ordenamiento. Esta relación exógena, al precisar lo ajeno, convierte a las teorías positivistas en enajenadas*; al extrañar su propio fundamento, las transforma en teorías* extrañas*."* (Bastida, 2012: 277)

La enseñanza que debe extraerse de tales dificultades, es que la validez jurídica no puede mantenerse sin acudir a otras fuentes de validez, que para Bastida serán de índole sociológica y/o ética (Bastida, 2012: 280)

[49] Como se deduce de su teoría sobre la *interpretación.* (Kelsen, 1960: 353 y ss. O Kelsen 2011: 365 y ss)

V- LA LUCHA DE KELSEN CONTRA LA DEFORMACIÓN IDEOLÓGICA DEL CONOCIMIENTO. LA TEORÍA DE LA GRADACIÓN COMO INSTRUMENTO.

En el capítulo III se analizó la forma en que la *Grundnorm* dota de unidad al sistema jurídico. En tal sentido, ella tiene una doble función: como principio de delegación es fundamento de la validez de todas las normas que se le subsumen, y del sistema en su totalidad; como principio de unidad es fundamento de la coherencia del derecho[50].

La exigencia de coherencia tiene que ver con la creencia kelseniana, no del todo coherente a su vez (como se analiza en el pie de página precedente), según la cual la existencia de contradicciones destruye la unidad del sistema normativo.

Pero ¿en qué sentido puede haber contradicciones entre normas?

[50] Al respecto dice José Delgado Pinto: "Las razones por las que Kelsen afirma que el orden jurídico constituye solo hasta un cierto límite un sistema dinámico, que es lo que debiera constituir según un positivismo puro, son estas dos: a. Que la norma fundamental misma no es positiva, puesta, sino supuesta; vale, no por la forma de su creación, sino por su contenido, lo que supone una semejanza con el derecho natural. b. Que la norma fundamental no solo instaura la autoridad o autoridades normativas, que es lo exigido por un sistema dinámico, sino que además, funciona como un presupuesto que hace posible el conocimiento del derecho como un todo coherente." (Delgado Pinto, 2012: 202) La posición de Kelsen, sin embargo, variará con el tiempo. El cambio se percibe con toda claridad cuando se comparan las afirmaciones contenidas en la primera edición de la Teoría Pura del Derecho con las de un artículo tardío, titulado *Derecho y Lógica*. En la primera se puede leer: "Dos normas jurídicas se contradicen y por ende, no pueden ser afirmadas como simultáneamente válidas, cuando los dos enunciados jurídicos que las describen se contradicen." (Kelsen, 1941: 88) La cita pone en evidencia que, cuando los enunciados que describen las normas jurídicas, las "reglas de derecho", entran en contradicción en cuanto al contenido, las conductas mandadas por las normas descriptas no pueden ser consideradas como obligatorias al mismo tiempo. Y, por lo mismo, no pueden ser válidas ambas normas a la vez. Muy diferentes son las afirmaciones del artículo mencionado en segundo lugar, en donde se puede leer: "Cada una de ambas normas en conflicto pueden ser tanto cumplidas como no cumplidas y, por esto, ambas pueden hasta cierto grado ser efectivas" (Kelsen, 1978: 17). Y luego: "Por esto en la cuestión de la aplicabilidad de principios lógicos a normas positivas de la moral o del derecho no se puede hacer a un lado *el acto de voluntad*, pues la validez de una norma está condicionada por tal acto de voluntad cuyo sentido ella es." (Kelsen, 1978: 36). Esto se conecta con su rechazo a toda posibilidad de existencia de la Razón Práctica, lo cual decanta en un voluntarismo incompatible con la posibilidad de mantener la idea de una *Grundnorm* a la que se le pueda adscribir algún contenido concreto: "En principio el modelo del sistema dinámico parece más adecuado al voluntarismo kelseniano, según el cual las normas son el producto de una voluntad no sometida necesariamente a exigencia racional alguna respecto del contenido de lo mandado, ni siquiera a la exigencia de que dicho contenido sea congruente con el de las normas preexistentes. La unidad que resulta en este caso es, simplemente, la unidad de un sistema de delegaciones de autoridad en que cada nueva autoridad delegada queda libre para decidir el contenido de las normas que impone" (Delgado Pinto, 2012: 214). La prevalencia del aspecto dinámico quedará patente en este mismo capítulo, cuando se analice la "teoría de la prescripción alternativa". Lo curioso es que, pese a que Kelsen abandona cualquier pretensión de mantenimiento de la coherencia en lo que se refiere a la concatenación del material jurídico, no abandona la pretensión de coherencia en sí. Como bien diagnostica Delgado Pinto: "La doctrina kelseniana se encuentra sometida en este punto a una tensión entre dos principios que, llevados a sus últimas consecuencias lógicas, conducen a resultados contradictorios. El primero es su voluntarismo radical… El segundo es el principio epistemológico de que todo objeto de conocimiento científico ha de ser concebido como constituyendo una unidad exenta de contradicciones. Unido al principio lógico de que una norma, un deber ser, solo puede derivarse de otra norma, de otro deber ser, se traduce en el plano jurídico en la exigencia de que el derecho sea representado como un sistema normativo en el que toda norma es creada conforme a otra norma anterior. Ateniéndonos rigurosamente a la lógica de este principio, no resultaría posible reconocer como parte del orden jurídico a todas aquellas 'normas positivas' que son creadas fuera del marco previsto en las normas ya existentes." (Delgado Pinto, 2012: 215)

Kelsen sostiene que, así como no puede haber contradicciones entre hechos[51], es decir, en el mundo del ser, tampoco las puede haber en el mundo del deber. La contradicción lógica solamente se puede dar entre enunciados, ya versen sobre hechos, ya lo hagan sobre las normas.

Kelsen llama "reglas de derecho" a los enunciados que utiliza la ciencia del derecho[52]. Las reglas de derecho, entonces, describen las normas, que son el objeto de tal ciencia.

Así, se rompe la unidad del sistema jurídico o, y esto quizá tiene el mismo peso o más que lo anterior, se da al traste con la exigencia de coherencia que pesa sobre la ciencia del derecho, cuando se detectan contradicciones entre las reglas de derecho.

Si se produce esta circunstancia, el maestro vienés cree necesario eliminar la contradicción o bien demostrar que la misma es aparente. Kelsen analiza el caso de la "sentencia contra ley" y el de la "ley inconstitucional". Y su respuesta dará origen a lo que otros autores han denominado "teoría de la prescripción alternativa" (Aftalión, García Olano y Vilanova, 1960) o de la "cláusula alternativa tácita" (Comanducci, 2012). Más adelante se atenderá esta importante cuestión.

Ahora mismo se hace necesario exponer de qué manera Kelsen se propone demostrar la unidad del fenómeno jurídico no solo en su aspecto negativo (la ausencia de contradicción) sino también de un modo positivo y original: mediante la "teoría de la gradación" propuesta por su discípulo Adolf Merkl[53].

El peso de la contribución realizada por Merkl, y del posterior uso y perfeccionamiento por parte de Kelsen, radica, desde el punto de vista de este trabajo, en que contribuye al ideal kelseniano de unidad de la ciencia y de abstersión ideológica.

---

[51] Si, como en la caso de la dialéctica hegeliana, hubiera una identidad entre *sein* y *denken*, la idea de que haya contradicciones lógicas inherentes a la realidad sería comprensible y aceptable. Pero para Kelsen la propuesta de Hegel está insalvablemente viciada por la metafísica, lo cual le quita todo valor heurístico. Para una postura auténticamente científica resulta absurdo interpretar el choque de fuerzas antagónicas o de intereses en conflicto en una sociedad como contradicciones lógicas. (Kelsen, 1958: 37)

[52] "A partir del año 1945, cuando Kelsen publica en Estados Unidos su libro *Teoría general del derecho y del Estado*, distinguió, correctamente y con toda claridad, a la 'norma' jurídica de la 'regla' de derecho o proposición jurídica. La primera es el producto de los órganos jurídicos, ya sean oficiales o particulares (contratantes, testadores, etc.), y la segunda es el producto de la contemplación teórica de las primeras hecha por la ciencia jurídica. De la norma jurídica puede predicarse su validez o invalidez, pero nunca su verdad o falsedad. Mientras que de la regla de derecho sí puede predicarse tal:" (Schmill, 2012: 167)

[53] Robert Walter señala la importancia de la doctrina de la "creación gradual" o "estructura jerárquica" y señala que la idea pertenece a Merkl. Delgado Pinto agrega: "Tal teoría dinámica del derecho falta en 1910, pues en ésta época no dispone todavía de algunas de las ideas que le sirven de base. El propio Kelsen, en 1923… nos refiere cómo tomó tales ideas de algunos trabajos de A. Merkl, A. Verdross y L. Pitamic, incorporándolas en una serie de escritos en los que va esbozando su teoría dinámica del derecho como un sistema de normas distribuidas en una serie de grados o niveles subordinados unos a otros. En

Para Kelsen, tanto la ciencia jurídica tradicional (en especial la francesa) como los realistas más acerados reducen el derecho a un fenómeno que es solo manifestación de aquél. La primera no percibe la cualidad jurídica en los grados inferiores al "reglamento" o "ley", y describe esos actos (por ejemplo, la sentencia de un tribunal ordinario) como mera aplicación o ejecución del derecho. Los segundos, en cambio, no perciben la cualidad jurídica en los fenómenos jurídicos sobre o bajo el nivel de la decisión judicial[54].

La teoría de la gradación, por su parte, suelda esta quebradura en el seno del sistema, pues considera que el derecho está compuesto por una serie de gradas. Cada una de esas gradas, y aquí viene el aporte fresco de la teoría, es tanto aplicación de una norma superior como creación de una nueva a partir de la precedente.

"Hemos ya aludido en varias oportunidades a la particularidad que tiene el derecho de regular su propia producción. Puede hacerlo mediante una norma que se limite a determinar el procedimiento por el cual se produce otra norma. Pero igualmente es posible que, hasta cierto punto, se determine también el contenido de la norma que ha

---

sus rasgos esenciales, encontramos ya formulada tal teoría en su *Allgemeine Staatlehre* de 1925". (Delgado Pinto, 2012: 190-193)

[54] En un pie de página sumamente instructivo, Kelsen explica: "Un ejemplo típico de teoría realista es el libro de Alf Ross *Towards a Realistic Jurisprudence* (*Hacia una jurisprudencia realista*). Ross intenta superar al dualismo entre validez y eficacia como dualismo entre "*reality*" y "*validity*". Este intento, sin embargo, lleva a una teoría contradictoria. Como él mismo señala, Ross parte de la suposición de que la ciencia jurídica apunta al conocimiento de la conducta humana fáctica y que, por ende, se trata de psicología y sociología… Así pues, Ross presupone ya lo que pretende demostrar con su teoría jurídica "realista": que en la descripción del derecho –o como él dice, del fenómeno jurídico- no puede haber un dualismo entre el ser y el deber, "realidad" y "validez", dado que el fenómeno jurídico reviste exclusivamente el carácter del ser, "realidad", que el derecho no es deber y, por ende, que no es una norma válida sino una conducta fáctica"… La ineludible consecuencia de esta concepción es que el concepto de "validez" (validity) no puede ser incorporado al concepto del derecho, que el derecho no puede ser descripto como un sistema de normas válidas sino como un agregado de actos fácticos de la conducta humana, como intentaron hacerlo otras teorías que se denominaron realistas mucho antes que la teoría "realista" de Ross. Pero Ross rechaza decididamente aquellas tentativas… llega al extremo de sostener que la supresión del concepto de validez del derecho es la eliminación del elemento específicamente jurídico, esto es, del elemento mismo que es el criterio decisivo de la conducta que constituye que constituye el objeto de la ciencia jurídica…Por ende, Ross se ve empujado a admitir que el objetivo de su teoría realista del derecho no es eliminar el concepto de validez sino reinterpretarlo… Ross no niega, por lo tanto, que con la palabra "validez" se denomina un elemento esencial del concepto de derecho, y recalca que la idea normativa no puede ser eliminada del concepto de derecho. Aquí, "idea normativa" no puede significar otra cosa que la idea de una norma del deber, en oposición a un hecho del ser. Pero Ross sostiene que la "validez", el elemento esencial del derecho, no es un "deber", no es algo normativo, sino un hecho de ser; a saber, el hecho psicológico de que los hombres que viven en un determinado orden jurídico consideran "autoridad" a la instancia que aplica el derecho, porque la consideran competente para establecer el derecho." A continuación, y como Kelsen cree tener tomado por el cuello al autor danés a partir del reconocimiento de la importancia del concepto de validez por parte de éste, lo refuta con su habitual lógica. (Kelsen, 2011: 246-249)

de ser producida. Dado que, atento al carácter dinámico del derecho, una norma vale porque, y en la medida en que, ha sido producida de una manera determinada, es decir, determinada por otra norma, ésta representa el fundamento de validez inmediato de aquella. La relación entre la norma que regula la producción de otra norma y la norma producida conforme a esa determinación puede representarse mediante la imagen espacial de la superioridad y la inferioridad. La norma que regula la producción es la superior, la producida conforme a esa determinación es la inferior. El orden jurídico no es un sistema de normas jurídicas de igual orden, yuxtapuestas unas a otras, sino una construcción escalonada de diferentes niveles de normas jurídicas. Su unidad está constituida por el nexo que resulta de que la validez de una norma producida conforme a otra norma reposa en esa otra norma, cuya producción es a su vez determinada por otras; un regreso que finalmente desemboca en la norma fundamental, presupuesta. La norma fundamental –en este sentido hipotética- es entonces el fundamento de validez supremo que hace la unidad de dicho nexo de producción." (Kelsen, 2011: 257-258)

Por lo tanto, la Constitución positiva, el derecho consuetudinario y los tratados de Estado, o la decisión judicial, son tanto aplicación como creación del derecho. Solamente dos momentos son "puros": la Constitución en sentido lógico[55], o sea la *Grundnorm*, y la ejecución, que no establece ninguna obligación sino que se limita a realizar una preexistente.

Aunque esta teoría le proporciona a Kelsen una solución intrasistemática frente al problema de la creación del derecho, es de destacar que no existió unanimidad sobre dicha cuestión entre los principales representantes de la Escuela de Viena.

Franz Weyr, por ejemplo, sostiene que del mismo modo en que las ciencias físicas tienen una irresistible tendencia a tratar los problemas metafísicos, así también las ciencias normativas la tienen de tratar los problemas metanormativos. De lo que se deduce que para este autor, a diferencia de lo que ocurre con Kelsen, el problema de la

[55] Aftalión, García Olano y Vilanova discrepan con Kelsen al rechazar la idea de que la Constitución en sentido lógico sea el momento de pura "creación". Para ellos ese lugar lo ocupa la Constitución en sentido material: "…como la norma fundamental no es otra cosa que un supuesto gnoseológico, aunque se denomine *aplicación de la norma fundamental* a la utilización de ese supuesto gnoseológico con relación a un material jurídico-positivo determinado, es evidente que dicha *aplicación* no tiene el mismo carácter que la aplicación de una norma jurídica positiva que se verifica al dictarse una nueva norma de acuerdo con lo establecido en aquélla. La similitud de palabra no debe engañarnos y, en verdad, el acto de pura institución de Derecho que inaugura la pirámide jurídica reside en la primera Constitución y no en la

creación del derecho es metanormativo y sin embargo se puede, y más quizás aún, se debe hacer ciencia del derecho con él. (Ebenstein, 1947: 175-179)

En la misma línea se encuentra la creencia de Alfred Verdross, que ve el derecho positivo entre los polos de la axiología y la sociología. Por ello, la Constitución tiene para él una doble validez: puede ser una validez delegada de un orden superior, suprapositivo (problema de axiología) o puede ser su eficacia (problema de sociología). (Ebenstein, 1947: 70)

Pero tales consideraciones, en opinión de Kelsen, padecen de una severa inconsistencia metodológica. Por ello deben permanecer fuera o más allá de los confines de la ciencia del derecho.

El único problema "metanormativo", si se quiere utilizar esta expresión, sería el de la "creación" de la *Grundnorm*. Pero como tal Norma Fundante es solamente una "hipótesis" o una "ficción" que permite constatar la validez de un orden jurídico vigente, la palabra "creación" sólo puede ser comprendida en el sentido de que ella es generada por el investigador o por una cierta matriz disciplinar, a la manera del "tipo ideal" weberiano. Desde semejante enfoque, que en este caso coincide con el estudio del derecho en su aspecto "dinámico", la génesis del derecho se identifica con o se diluye en la cuestión de la "autorregulación". Y a resultas de tal operación intelectual, la Teoría Pura del derecho ya no se enfrenta con un problema metanormativo. Se hace muy difícil dejar de lado, empero, que cuando se alude al problema de la creación del derecho se lo hace, generalmente, en otro sentido. Esto es: no solamente en el sentido kelseniano de creación de una norma a partir de otra en un sistema jurídico que está vigente. Pero el sustento epistemológico del maestro vienés impide que entre en consideración ese plus que, como ya se ha remarcado, tiene que ver tanto con un concepto clave de la disciplina como el de "validez". De esa manera, en significado específicamente jurídico de la validez se aleja del que se le asigna socialmente.

Como asevera Csaba Varga, en consonancia con ideas las sostenidas por Legaz y Lacambra:

"No obstante la autonomía que puedan llegar a tener los significados jurídicos, ella precisa ser alimentada mediante el lenguaje vivo de la sociedad; el derecho solo se

---

norma fundamental, que es solo un supuesto mental sobre el que descansa aquél." (Aftalión, García Olano y Vilanova, 1960: 202)

puede reproducir a sí mismo si está en constante relación con el lenguaje de la cotidianeidad. Por tanto, dicha autonomía o autosuficiencia es solo relativa o incluso secundaria. Según esto, los elementos normativos de la acción jurídica se encuentran bajo el control constante del 'hombre cualquiera'…

El lenguaje del derecho no es una entidad autosuficiente, pero tampoco una unidad dependiente del lenguaje natural. Existe una cierta lógica en su autosuficiencia, en la cual una cierta continuidad y consistencia se manifiesta. Y lo que es más importante: esa lógica, sus distorsiones y debilidades no permanecen en el círculo cerrado del derecho y de la profesión jurídica. Todo esto debe ser observado y controlado sobre la base del lenguaje natural. Al menos en sus líneas o tendencias más importantes, puesto que –en el largo plazo- detrás de la continuidad o de la ruptura del derecho se manifiestan las intenciones políticas del Estado. La política, a la cual nos referimos, puede guiar el derecho hacia la inconsistencia, puede forzarlo a realizar deducciones y justificaciones artificiales; sin embargo, ya sea que esté guiado por una cierta intención o por una quiebra inevitable, no puede despilfarrar deliberadamente el mínimo de soporte social que requiere. No puede afectar los mínimos del lenguaje natural necesarios para la comunicación. Tan pronto como los umbrales mínimos han sido cruzados, la posición normativa expresada y llevada a cabo por el derecho se marchita." (Varga, 2012: 420-421)

Ajena a estas consideraciones, la teoría de la creación graduada del derecho insiste en que

"Cada norma es creada de acuerdo con las prescripciones de otra norma y, en última instancia, de acuerdo con lo que establece la norma fundamental que constituye la unidad del sistema" (Kelsen, 1960: 137)

De acuerdo con el contenido de las dos últimas citas kelsenianas, se puede colegir que el sistema jurídico puede ser representado con la imagen de una pirámide escalonada. En cada una de las gradas de la pirámide el acto de creación normativa resulta simultáneamente aplicación de la o las normas contenidas en la grada superior. Estas ideas dan al traste con la vieja distinción entre las funciones del juez y del legislador:

para la teoría "tradicional" los conceptos de creación y aplicación traducen diferencias inconmensurables.

La destrucción de esta distinción artificial trae consecuencias. Por ejemplo, para la teoría de las formas de Estado. Y ello en el siguiente sentido: si se sostiene que solamente la ley o reglamento es derecho, la forma de Estado se presenta principalmente como una cuestión de organización y procedimiento de la legislatura. Pero una vez que se comprende que la legislación es solo una grada en el proceso de formación del derecho, se percibe que la forma del Estado puede determinarse únicamente mediante un análisis de los distintos escalones de la pirámide jurídica. Así, verdaderamente democrática sería una organización estatal en la que tanto la legislatura como las judicaturas y el ejecutivo se conformaren democráticamente. Este interesante señalamiento kelseniano constituye una veta todavía no lo suficientemente explotada.

Al lado de esta insostenible distinción entre génesis y aplicación del derecho, la doctrina tradicional sostiene otras, inútiles todas, y de marcado contenido ideológico la mayoría, según Kelsen. Como sostiene Carlos Cossio:

"Con rigor implacable y limpieza de cirujano, Kelsen muestra cómo todas aquellas falsas oposiciones y distinciones son productos ideológicos, no visión neutral del fenómeno jurídico, porque se generan en las valoraciones presupuestas con que ha ido el jurista a aprehender el contenido estimativo de las normas positivas, desfigurando los datos con su propio instrumento conceptual en la forma arriba expuesta." (Cossio, 1954: 143)

Ahí está, por ejemplo, el dualismo entre el derecho y su "negación". La doctrina tradicional sostuvo por largo tiempo que el delito es la negación del derecho[56]. Pero la Teoría Pura, en honor a la pureza, debe resolver el problema del delito intrasistemáticamente. Por esta vía se concluye en que solamente a través del delito encuentra el derecho su propia validez y existencia, el deber ser del acto coactivo, que es el efecto de la conducta contraria a derecho:

[56] Uno de los tantos autores que ha sostenido esta distinción es Hegel. Para él, traducido en términos simples, la norma jurídica es vista como un primer momento del proceso dialéctico, la "tesis". El acto antijurídico o delito sería la negación de la norma, la "antítesis". Y la sanción el momento de "síntesis" superadora que restituye la validez del derecho. Cfr. Soler (1973 -I- : 323-324)

"En la medida en que el acto coactivo estatuido por el orden jurídico se presenta como reacción ante una conducta humana determinada por el orden jurídico, ese acto coactivo tiene el carácter de una sanción, y la conducta humana contra la cual está dirigido tiene el carácter de una conducta prohibida, contraria al derecho, de un acto ilícito o delito; es lo opuesto de la conducta que ha de considerarse como exigida o conforme al derecho, una conducta por la cual se evita la aplicación de la sanción." (Kelsen, 2011: 87)

Y también

"…la circunstancia de que una determinada conducta humana haya sido puesta como condición de una sanción, entendida en ese sentido, equivale a decir que esa conducta está prohibida jurídicamente, es decir, que es un acto ilícito, un delito. Este concepto de la sanción y el concepto de acto ilícito están en correlación. La sanción es la consecuencia del acto ilícito; el acto ilícito (o delito) es una condición de la sanción." (Kelsen, 2011: 91)

Por lo tanto, el acto antijurídico no es por ello extrajurídico. Se trata de una condición de la sanción establecida por la misma norma jurídica. Con ello se pone en evidencia que

"La actitud de la Teoría Pura del Derecho… es plenamente objetivista y universalista. Apunta fundamentalmente a la totalidad del derecho en su validez objetiva, y busca comprender cada fenómeno particular únicamente en su relación sistemática con todos los demás, aprehender la función del todo jurídico en cada parte del mismo. En este sentido es una concepción verdaderamente orgánica del derecho[57]*."* (Kelsen, 2011: 228)

[57] Convendría analizar la cercanía de esta idea kelseniana con la idea de Niklas Luhmann según la cual el sistema jurídico es visto como un subsistema autopoiéticamente cerrado. Además de la posibilidad de hacer una traducción de lo "orgánico" a lo "sistémico", existe la posibilidad de asimilar la "pureza" a la "clausura operacional": "la diferencia del Derecho en la sociedad moderna puede ser interpretada como control del código-diferencia 'lícito/ilícito' por un sistema funcional especializado en esto. De acuerdo con el modelo luhmanniano, esa nueva posición del Derecho presupone la superación de la sociedad pre-moderna, diferenciada verticalmente, o sea conforme al principio de diferenciación. En la medida en que el principio de estratificación se basaba en una distinción entre 'arriba' y 'abajo', el sistema supremo, el orden político de la capa social más alta, apenas se constituía autorreferencialmente. El derecho

Otro dualismo sostenido por las teoría combatidas por Kelsen es el constituido por los términos "derecho objetivo" y "derecho subjetivo".

Habitualmente se hace referencia al derecho objetivo como el conjunto o sistema total de las normas. Por el otro lado, algunos autores definen el derecho subjetivo como un "interés jurídicamente protegido" o una "intención garantizada jurídicamente". (Kelsen, 1983: 92-93)

Para Kelsen semejantes nociones son inadmisibles, pues introducen en la definición los elementos no jurídicos de interés o intención. Luego de señalado este error, el maestro vienés se detiene en el análisis del concepto de derecho subjetivo según su raigambre lockeana. Pero antes señala la complejidad del concepto:

"La comprensión de la esencia del derecho subjetivo, en el sentido del tener derecho, se torna dificultosa debido a la cantidad de estados de cosas diversos que se designan con la misma expresión. A uno de ellos se hace referencia cuando se enuncia que un individuo tiene derecho a conducirse de determinada manera. Esto puede referirse al mero hecho negativo de que al individuo no se le prohíbe jurídicamente la conducta en cuestión; de que, en este sentido negativo, le está permitida; de que es libre para realizar u omitir una determinada acción. Sin embargo, el enunciado puede referirse también a que un determinado individuo está, o incluso a que todos los individuos están, jurídicamente obligados a conducirse de determinada manera inmediatamente frente a otro individuo determinado, frente al individuo que tiene derecho." (Kelsen, 2011: 172)

---

permanecía 'sobredeterminado' por la política y por las representaciones morales estáticas, político-legitimatorias, no disponiendo en exclusiva de un código-referencia específico entre un **si** y un **no**. La positivación del Derecho en la sociedad moderna implica el control del código-diferencia 'lícito/ilícito' **exclusivamente** por el sistema jurídico, que adquiere de esa manera su clausura operativa" (Neves, 1996: 408). Más claramente todavía: "Un sistema **autopoiético** puede ser definido como una máquina organizada como una red de procesos para producir componentes, los cuales por sus continuas interacciones y transformaciones, incesantemente regenera la red de procesos destinados a producir componentes y de esta manera da a la máquina una unidad espacial definida. A diferencia de una máquina **alopoiética**, como por ejemplo un automóvil, en el cual el producto es diferente de sí mismo, el producto de una máquina autopoiética no es otra cosa que ella misma" (Grün, 2006: 19). Esta explicación es correlativa con el diagnóstico kelseniano acerca de la creación graduada del derecho. Grün cree, empero, que el paradigma autopoiético no es adecuado, al contrario de lo que piensa Luhmann, para dar cuenta por sí mismo del fenómeno jurídico. Neves comparte esta opinión y por ello propone un acercamiento de la teoría del derecho al modelo alopoiético.

De acuerdo con los representantes de la teoría tradicional, que se inspiran en los señalamientos del "Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil", los derechos subjetivos vendrían primero, y solo después aparecería el derecho objetivo para reconocer y proteger tales derechos. El conjunto de los derechos subjetivos traza, así, una línea más allá de la cual no ha de pasar el orden positivo.

La función ideológica de tal enfoque resulta, para Kelsen, patente: justo cuando la positividad y la mutabilidad de las instituciones jurídicas llegan a ser evidentes, en particular cuando el derecho se hace de modo democrático, resalta la necesidad de establecer aparte ciertas instituciones jurídicas, principalmente la propiedad privada, como inmutables y distintas del derecho objetivo, mientras se afirma su validez jurídica.

Pero, razona Kelsen, ¿qué sería de un derecho subjetivo si una norma objetiva no lo reconociera como tal? La verdad es que los derechos siempre son la contrapartida de obligaciones impuestas a otros[58]. Para más abundancia, Kelsen cree que resulta concebible un orden jurídico que no contenga en modo alguno derechos subjetivos (como en el caso de un Estado que se encargue, y por lo tanto quite a los particulares, la facultad de iniciar la acción civil), pero no se puede concebir un orden en el que existan solamente derechos.

El hecho de que las obligaciones y no los derechos sean el elemento constitutivo del derecho hace de la coacción una nota esencial del fenómeno estudiado. Precisamente, las normas jurídicas establecen las obligaciones por una vía indirecta: imputa a una acción, como condición, un acto coactivo, como efecto (Kelsen, 2011: 86). Una obligación resulta ser, así, la conducta opuesta a la que es condición de la sanción, es decir, la que evita el acto coactivo.

Poner el acento en el carácter primario de la obligación con respecto al derecho subjetivo implica el derrumbamiento de otro dualismo de la teoría tradicional, también

[58] Hay un caso, empero, en que el concepto de derecho subjetivo no coincide con el de deber jurídico y es el del "derecho subjetivo en sentido técnico", que tiene que ver con la facultad que el derecho otorga a los individuos de realizar actos cuyo valor es reconocido como jurídico en sus efectos, con lo cual dichos individuos quedan equiparados a la categoría de órganos del sistema: "El poder que, de acuerdo con esta opinión, constituye la esencia del derecho subjetivo de un individuo, reside en el hecho de que el orden jurídico enlaza a la expresión de voluntad individual el resultado o efecto a que ésta se dirige. El orden jurídico concede realmente a los hombres semejante 'poder'; por ejemplo, el de regular sus relaciones económicas por medio de transacciones jurídicas, especialmente contratos" (Kelsen, 1983: 95). Y más adelante: "Solamente cuando lo definimos de esta manera no coincide el concepto de 'derecho subjetivo' con el de deber jurídico… Un derecho subjetivo es, por tanto, la norma jurídica en relación con aquel individuo que debe expresar su voluntad para el efecto de que la sanción sea ejecutada." (Kelsen, 1983: 96-97)

de fuerte impregnación ideológica. Se trata de la clásica distinción entre derechos *in personam* y derechos *in rem*. Los primeros abarcarían las relaciones entre personas, y los segundos entre personas y cosas. Pero, aclara Kelsen, solo hay relaciones jurídicas entre personas:

"La definición de propiedad como la relación entre persona y cosa oculta su decisiva función económica, la de explotación. Ésta consiste en la relación del detentador de la propiedad con los demás súbditos, los cuales tienen la obligación, en derecho objetivo, de no estorbarle en sus fines, y de respetar su poder para disponer de sus bienes." (Kelsen, 1960: 143-144)

En su largo itinerario de desenmascaramientos, la Teoría Pura importa también un a crítica a la doctrina de la "división de poderes". Para Kelsen, semejante doctrina cumple con la función ideológica de servir de fundamento a la monarquía constitucional.

Desde el punto de vista de la Teoría de la Gradación, empero, resulta inadmisible una función de administración (el ejecutivo) independiente de la función legislativa. Semejante separación intentaba construir, de acuerdo con la interpretación de Kelsen, un espacio para la discrecionalidad del monarca que pueda entrar en conflicto con las normas establecidas por la legislación sin que por ello pierda su validez.

Pero, a fin de cuentas, no puede existir ninguna distinción de principio entre legislación y administración. Lo que ocurre, simplemente, es que el órgano legislativo aplica directamente la Constitución, y los administrativos y judiciales la Ley o Reglamento.

Implicada en el razonamiento, está la idea consistente en afirmar que no existe diferencia esencial entre "administración" y "judicatura", por lo menos en cuanto a su función.

El hecho de ver la administración como un escalón en la gradual formación y concretización del derecho, rompe radicalmente con la teoría del continente europeo. Según ésta, dice Kelsen, la administración tiene apenas una relación distante con el derecho: sus intereses primarios son sus fines, el bienestar social y los poderes políticos. Se trata de la conocida doctrina de la "razón de Estado".

Para la Teoría Pura, sin embargo, resulta evidente el fondo ideológico de esta definición de la administración según sus fines. Porque constituye un intento de alejar la administración tanto como sea posible de la esfera de la obligación jurídica. Pero no hay

manera de alejar del derecho aquello que por fuerza lo integra. Por eso la Teoría Pura afirma que el viejo principio de la "legalidad de la administración", ponderado por tantos autores como uno de los requisitos fundamentales para la existencia del Estado de Derecho, no es un postulado político, sino una cognición teórica.

Otra dicotomía problemática la constituye la que opone "derecho privado" y "derecho público". La doctrina combatida por Kelsen ha apelado a diferentes estrategias para sostenerla.

Se ha afirmado, por ejemplo, que el derecho público se refiere al interés colectivo, y el derecho privado al interés individual. Kelsen objeta, por una parte, que el criterio teleológico resulta inútil, como ya se ha establecido, para la ciencia del derecho. Por otra parte, resulta evidente que cada norma sirve tanto al interés individual como al colectivo: mediante la simple regulación de las relaciones privadas el derecho demuestra que hay un interés colectivo en esas relaciones (Kelsen, 1983: 245-246).

También se ha sostenido que el derecho público es un conjunto de relaciones de superior a inferior (relaciones de poder o "soberanía"), mientras que el derecho privado comprende las relaciones entre sujetos iguales (aquí las obligaciones aparecen a través del contrato y no de un mandato unilateral).

Pero la Teoría de la Gradación muestra que la autoridad del Estado puede realizar una regla sin hacer una nueva, y que los súbditos pueden hacer reglas lo mismo que aplicarlas. Es decir, el Estado puede ocupar una grada inferior y los particulares pueden ubicarse en una grada superior de la pirámide jurídica, por lo menos en algunos casos. O como lo dice Ebenstein:

"Así, el órgano del Estado, cuando se somete a una norma, se halla en la posición de súbdito, y cuando el súbdito participa en la producción del derecho, se encuentra en la posición de un órgano del estado." (Ebenstein, 1947: 220)

La función ideológica de esta distinción es dar la impresión de que las relaciones de fuerza pertenecen solamente al derecho público, y que el derecho privado está libre de conflictos de poder y es apolítico.

Pero, sostiene Kelsen, el derecho privado no es otra cosa que la forma jurídica particular que corresponde al orden económico capitalista, la forma de producción económica y de distribución de las cosas, y ésta es una función eminentemente política.

"... entonces no se verá como algo tan paradójico el que la Teoría Pura del Derecho, desde su perspectiva universalista, orientada siempre hacia la totalidad del orden jurídico, la llamada voluntad del Estado, vea también en el acto jurídico, al igual que en la orden de una autoridad, un acto del Estado, es decir, un hecho de producción de derecho atribuible a la unidad del orden jurídico. De este modo, la Teoría Pura del Derecho relativiza la oposición entre derecho privado y derecho público, erigida como absoluta por la ciencia jurídica tradicional, y transforma esa diferencia, que era concebida como extrasistemática, es decir, como una diferencia entre derecho y no-derecho, entre derecho y Estado, en una diferencia intrasistemática; y al disolver la ideología que viene aparejada a la absolutización de la referida oposición, corrobora su carácter de ciencia." (Kelsen, 2011: 309)

La Teoría de la Gradación también permite a Kelsen elaborar su propio punto de vista con respecto al "problema de la interpretación".

La doctrina tradicional supo mantener sobre la interpretación una opinión, al decir de Kelsen, "estática y unidimensional": sería el proceso de derivar de la norma general o reglamento una norma individual para el caso concreto.

A ello la Teoría Pura le opone una postura "dinámica y pluralista": la interpretación es un proceso general y continuo que acompaña al derecho en todas sus gradas desde la norma general, superior, hasta la norma individual y el acto coactivo. Ello significa que la interpretación se extiende más allá del grado reglamentario por todo el campo del derecho como fenómeno de concretización progresiva.

La relación de la norma superior con la inferior es de condición o determinación. La norma superior regula invariablemente, según Kelsen, la aparición de la inferior, aunque también puede determinar su contenido. El problema de la interpretación consiste entonces en establecer qué norma o qué acto coactivo se sigue de una norma correspondiente a una grada superior de la pirámide jurídica.

La teoría tradicional concibe la interpretación sobre todo a partir del problema de la ambigüedad del lenguaje. Pero semejante concepción solamente sirve para enfrentar la "indeterminación no intencional" de la norma. La norma subordinada puede dejarse también "intencionalmente indeterminada", como cuando un juez debe elegir una pena entre un cierto mínimo y un cierto máximo (Kelsen, 2011: 366).

Sea la indeterminación intencional o no, en cualquier caso habrá varias maneras de realizar una norma. Ninguna norma está totalmente determinada por la superior que la rige, puesto que entre las dos debe haber cierto grado de libre discreción, que corresponde a un espacio abierto entre la norma superior y relativamente general y la norma inferior y relativamente individual:

"Es posible configurar el acto jurídico de cumplimiento de modo tal que corresponda a uno u otro de los diferentes significados lingüísticos de la norma jurídica, a la voluntad de quien establece la norma, como quiera que se la compruebe, o también a la expresión dirigida por él, a una u otra de las normas recíprocamente contradictorias, o bien resolver como si éstas se anulasen la una a la otra. En todos los casos, el derecho que ha de ser aplicado configura solo un marco dentro del cual se dan varias posibilidades de aplicación, siendo conforme a derecho cualquier acto que se mantenga dentro de este marco, que lo llene en algún sentido posible." (Kelsen, 2011: 367)

Dicho marco es el factor objetivo en toda norma de la jerarquía, y ha de ser completado con la contribución del agente del derecho, es decir, del órgano del Estado correspondiente. Por ello, según Ebenstein, Adolf Merkl habla de una doble determinación en toda hechura del derecho: determinación por el derecho ya formado y determinación por el formador del derecho.

Lo que la Teoría Pura achaca a la doctrina tradicional es que ésta considera autoevidente el supuesto según el cual siempre hay "una" solución correcta, y su consecuencia, esto es, que la misión de la teoría es encontrar el método adecuado para dilucidar tal solución correcta. El problema de la determinación del derecho sería, así, el problema de pensar correctamente.

Pero Kelsen, haciéndose eco de la máxima hobbesiana *Auctoritas non veritas facit legem*, cree que la interpretación es más un acto de voluntad que de cognición: es decir, no es mejor conocimiento sino más autoridad lo que permite a un órgano decir lo que es derecho.

"La tarea de obtener a partir de la ley la única sentencia correcta o el único acto administrativo correcto es, esencialmente, la misma que la de crear en el marco de la Constitución las únicas leyes correctas. Así como no es posible obtener a partir de la

Constitución, por vía de la interpretación, las únicas leyes correctas, tampoco es posible alcanzar a partir de la ley, por vía de la interpretación, las únicas sentencias correctas. Existe, por cierto, una diferencia entre ambos casos, pero no es cualitativa, sino cuantitativa, y es que el legislador, en cuanto al aspecto material, está mucho menos ligado que el juez, en que aquél, comparativamente, es mucho más libre que éste en su creación de derecho. Pero éste también es creador de derecho y también es relativamente libre en esa función. Precisamente por ello, la obtención de la norma individual en el proceso de aplicación de la ley, en tanto en cuanto por medio de éste se llena el marco de la norma general, es una función volitiva." (Kelsen, 2011: 369)

Por ello la cuestión acerca de cuál de los posibles contenidos del marco jurídico es el correcto no pertenece a la teoría, sino a la política del derecho. La ciencia del derecho no puede dar, para Kelsen, ninguna guía para el ejercicio de su discreción.

La idea de que la interpretación es un acto cognoscitivo por medio del cual las nuevas normas provienen de las ya válidas mediante una mera operación mental es, según Ebenstein, la racionalización de dos intereses sociales. Por un lado se proyecta producir en la búsqueda del derecho público el sentimiento de que el derecho es seguro, la idea de que la función del juez es tan solo descubrir las normas ya existentes y aplicarlas a los casos particulares. Por otro lado, se proyecta crear en el órgano judicial el sentimiento de que está fuertemente restringido en su actividad, oponiéndose a que este órgano se extravíe en terrenos que se consideran propios del legislativo. La doctrina que persigue tales finalidades puede ser socialmente útil, pero es científicamente insostenible[59].

Para los partidarios de la Teoría Pura, en cambio, el juez no realiza una simple y pasiva interpretación de lo ya dado sino un verdadero acto de creación normativa. El juez nunca encuentra sencillamente el derecho, sino que, dentro del marco de su discreción, que a su vez está limitado por su propio ejercicio hermenéutico, entran en juego sus convicciones políticas y éticas. Tales convicciones no pueden ser expulsadas del derecho, pues, como sostiene Merkl:

[59] Kelsen sostiene (2011: 282 y ss.), palabras más o menos, que la "seguridad jurídica" es una ilusión destruida por su teoría.

"En la aplicación del derecho, por razón de la ausencia de restricción de la voluntad judicial, la ética y la política llegan a ser fuentes del derecho delegadas y admitidas." (Citado por Ebenstein, 1947: 228)

Si bien la Teoría Pura reconoce, como se ve, que la ética y la política forman parte del derecho al colarse, en este caso, a través de la personalidad del juez, la ciencia del derecho se ve imposibilitada de tomarlas en cuenta. La Teoría Pura deja hacer al juez, por decirlo así, la elección final. Y como dicha elección es resultado de un acto de voluntad más que de cognición, queda fuera del campo de la teoría del derecho.
Este hecho constituye uno de los puntos en los que se detiene la presente investigación: ¿no resulta inconveniente detenerse sin más ante los condicionamientos ideológicos y políticos, que tanta trascendencia parecen tener, como la misma Teoría Pura lo reconoce, para la producción del derecho?
Quizá no carezca de razón Michel Villey, cuando sostiene:

"Se notaría entonces que la doctrina reposa sobre bases frágiles. Es sobre todo muy incompleta: en mi opinión la primera tarea de un tratado… sería enseñar al legislador cómo llegar a la ley; al magistrado, cómo construir una jurisprudencia… Nada sobre esos puntos. La doctrina se detiene a medio camino. No logra volar por encima de los textos positivos, resultados del arte jurídico; nosotros, en cambio, desearíamos conocer cómo llegar a esos resultados." (Villey, 1966: 25)

V.1. Otras dificultades

Una vez expuesta, a grandes rasgos, la Teoría de la Gradación y corroboradas las expectativas de Kelsen con respecto a ella, es necesario realizar todavía dos heterogéneas observaciones más a la Teoría Pura, las cuales vienen a completar el enfoque crítico sugerido en el capítulo anterior.

a. Acerca de la "norma de habilitación"

El problema de la "norma de habilitación" o también de la "prescripción alternativa" había sido mencionado ya en este trabajo, en particular al hacer referencia a la posibilidad o no de que exista contradicción entre las normas jurídicas.

Consta que, para Kelsen, no es mejor conocimiento sino más autoridad lo que permite determinar qué es derecho. Dicho de otra manera: en el proceso de interpretación, lo único que puede conseguirse por vía puramente intelectual es representarse los límites del marco de posibilidades que ofrece la ley.

De acuerdo con la Teoría de la Gradación, la norma superior determina un marco de posibilidades para cada nuevo acto de creación normativa. Y aquí es, precisamente, donde adquiere peso la voluntad del órgano jurídico, el cual debe elegir una entre las varias posibilidades. Por ello suele decirse que la Teoría Pura del Derecho implica un "voluntarismo estructurado": si bien la voluntad del órgano es decisiva, la creación normativa no es libre sino que ha de encuadrarse dentro de las posibilidades que le permite la misma estructura normativa.

Pero justo aquí aparecen dos casos que vienen a complicar las cosas: el de la llamada "sentencia contra ley" (Kelsen, 2011: 296) y el de la llamada "ley inconstitucional" (Kelsen, 2011: 299). ¿Qué ocurre cuando un juez dicta una sentencia que parece contraria al derecho vigente? ¿Qué sucede cuando los legisladores sancionan una norma que parece chocar con los preceptos constitucionales?

Para la teoría que Kelsen llama "tradicional" tales actos son nulos. Ello significa que la pretendida norma de rango inferior carece de validez, es decir, no es una norma en lo absoluto. Al respecto sostiene Vilanova:

"…si se analiza el orden jurídico positivo, se observa que para estos casos (la sentencia contra ley y la ley inconstitucional) *el mismo prevé un procedimiento determinado, ya sea de anulación del acto afectado de dicho vicio, ya sea de sanción contra el órgano trasgresor. Pero si el procedimiento de anulación no es intentado, o si, siendo intentado, la norma cuestionada es confirmada por el órgano autorizado para ello, la norma no se encuentra, en verdad, en contradicción con la norma superior ya que ésta prevé –expresa o implícitamente- esa posibilidad de confirmación."* (Aftalión, García Olano y Vilanova, 1960: 866)

El autor argentino reproduce, así, el argumento que lleva a Kelsen a afirmar que la norma superior establece siempre una alternativa. Y ésta consiste en prescribir que la norma inferior debe ser creada de acuerdo al procedimiento y contenido determinados por la norma superior o con cualquier otro contenido y mediante cualquier otro procedimiento, siempre que los mismos sean convalidados por el órgano habilitado a tal efecto[60].

Se denomina "norma de habilitación" a esa segunda parte de la alternativa que necesariamente se encuentra en la norma superior. También se dice que toda norma que sirva, en la pirámide jurídica, de fundamento para otras, establece una "prescripción alternativa". La voluntad del órgano vuelve a ser decisiva frente al proceso interpretativo.

Llegados a este punto resulta imperioso preguntar qué sentido tiene todavía la afirmación de que una norma jurídica vale por haber sido producida de determinada manera, a saber, siguiendo el contenido y el procedimiento prescriptos por una norma de orden superior:

"Pese al extraordinario análisis lógico que representa la teoría de la norma de habilitación, no podemos ocultar nuestra opinión de que ella pone en quiebra muchas ideas kelsenianas…

Porque sostener que la norma superior establece la alternativa de que la inferior sea creada por el procedimiento previsto por ella o por cualquier otro procedimiento… es,

[60] Paolo Comanducci habla de "dos caminos" a la hora de generar derecho válido: el primero es el determinado por la Constitución, y el segundo es el elegido por el propio órgano autorizado (la norma de habilitación o, en términos de Comanducci, la "cláusula alternativa tácita"). En defensa del maestro vienés, el autor italiano sostiene: "Kelsen no dice que el conocimiento jurídico prefiere el primer camino: solo dice que la Constitución (el órgano constituyente) lo prefiere, ya que lo ha formulado explícitamente, y ha determinado mecanismos de rechazo y sancionatorios para las leyes 'inconstitucionales'. Lo que podemos añadir, desde el punto de vista de un conocimiento realista, es que, aun cuando el legislador sigue la segunda vía, y hasta cuando el órgano de control rechaza una ley que –según alguien- se conforma a la Constitución, siempre el órgano afirma que está siguiendo la primera vía: es decir, siempre reconoce y verbalmente acepta la jerarquía estructural entre Constitución y ley." (Comanducci, 2012: 457). Desde este punto de vista, la norma de habilitación tendría una función análoga a la de la *Grundnorm*, o sea "es, neokantianamente, una condición de pensabilidad de un orden jurídico desprovisto de contradicciones" (Comanducci, 2012: 452). En la defensa de Comanducci resulta clara la separación entre la perspectiva del observador y la perspectiva del participante: "Si los jueces –en la opinión de alguien- no respetan las normas, el papel del científico kelseniano es registrar el hecho y reconstruirlo con la ayuda de la cláusula alternativa tácita: después, como ciudadano o como jurista, podrá tirarse de los pelos." (Comanducci, 2012: 456). La cuestión que se presenta es si semejante enfoque "realista" da acabada cuenta de un fenómeno complejo como el de la validez jurídica.

en última instancia, abandonar la idea de que la norma positiva se define por su creación de acuerdo con el procedimiento establecido en una norma superior." (Aftalión, García Olano y Vilanova, 1960: 869)

Precisamente éste es el momento que da pábulo a la tesis sostenida por varios críticos, en el sentido de que la Teoría Pura del Derecho no sería, pese a sus propias intenciones, una teoría de la validez jurídica sino una teoría de la "vigencia". Porque el planteo termina siendo, a contrario de las intenciones de su autor, "objetivista" en vez de "normativista".

Conviene recordar que ése es un error que Kelsen no se cansa de reprochar a las teorías adversarias. En el *Prólogo* de su *Teoría Comunista del Derecho y del Estado* (1958), por citar solamente un ejemplo, Kelsen sostiene que la Teoría Pura ataca de manera directa la actitud intelectual de quienes plantean disolver la especificidad de la ciencia jurídica. En particular, le irrita la tendencia "antinormativa" que consiste en la falta de deseos o de capacidad para reconocer el significado específico de una norma o de un sistema normativo.

La ciencia jurídica es una ciencia del ámbito del *sollen*, y Kelsen trata de mantenerla incólume frente a quienes (como los teóricos "comunistas", los realistas norteamericanos, etc.) tratan de transformarla en una ciencia del *sein*, diluyendo así su especificidad. Estos últimos quieren

"... reducir las relaciones humanas que la ética y la jurisprudencia presentan como deberes, responsabilidades o derechos establecidos por normas legales o morales, a relaciones fácticas de poder político o económico."

Y también

"caracterizar los juicios de valor sobre lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto, como proposiciones relativas a hechos observables mediante la psicología individual o social, en lugar de interpretarlos como juicios de conformidad o disconformidad con una norma que se presupone válida." (Kelsen, 1958: I)

El estudio de la teoría de la norma de habilitación o de la prescripción alternativa pone de relieve, sin embargo, que en un punto crucial el enfoque normativista queda trunco. Y en vistas de la forma en que convergen las conclusiones de esta teoría con las de la doctrina kelseniana sobre la interpretación, es posible afirmar que el voluntarismo estructurado de Kelsen se deshilacha hasta transformarse en un mero voluntarismo a secas[61].

Si la norma de habilitación permite que el derecho sea elaborado siguiendo cualquier procedimiento y con cualquier contenido, se hace evidente, como sostiene Niklas Luhmann, que el derecho no solamente se establece mediante decisión, sino también que solo es válido en virtud de decisión (Habermas, 2000: 136).

Si esto es así, ocurre con la cultura de la argumentación que constituye la atmósfera del fenómeno jurídico lo mismo que según Hart ocurre con la regla de reconocimiento: que ella es una cosa desde la perspectiva interna, la de los implicados, y otra muy distinta desde la perspectiva externa, la del observador sociológico. El observador no participante desestima, o como mínimo subestima, el valor de los argumentos que están puestos allí precisamente porque se quiere demostrar que no da lo mismo una decisión que otra.

El planteo de Kelsen, llevado a sus últimas consecuencias, implica que las pretensiones de validez y las razones expresadas en los discursos jurídicos pierden su valor intrínseco:

"Desde el punto de vista del observador sociológico, lo que para los implicados cuenta como fundamentación se contrae al formato de ficciones necesarias. Pero si las razones ya no disponen de la fuerza intrínseca de motivar racionalmente, esa cultura de la argumentación, desarrollada con tanto trabajo en el sistema jurídico, se convierte en un enigma. ¿Por qué se necesitan razones que no son en absoluto razones?" (Habermas, 2000: 114)

[61] "En principio el modelo del sistema dinámico parece más adecuado al volutarismo kelseniano, según el cual las normas son el producto de una voluntad no sometida necesariamente a exigencia racional alguna respecto del contenido de lo mandado, ni siquiera a la exigencia de que dicho contenido sea congruente con el de las normas preexistentes. La unidad que resulta en este caso es, simplemente, la unidad de un sistema de delegaciones de autoridad en que cada nueva autoridad delegada queda libre para decidir el contenido de las normas que impone." (Delgado Pinto, 2012: 214)

La Teoría Pura del Derecho sería, entonces, "normativista" solo porque mantiene el acento en el estudio de la norma jurídica. Pero sería en el fondo "objetivista", porque se contenta con la memoria de la facticidad de la imposición del derecho, y así hace tábula rasa con los elementos verdaderamente normativos[62].

Para Habermas, en cambio, la positividad del derecho no puede sustentarse solamente en la contingencia de decisiones arbitrarias y discrecionales sin que ello redunde en una merma de su capacidad de integración social. Para el mismo Kelsen la validez desaparece con la pérdida de la efectividad. Y la pérdida de la efectividad pasa, como sostiene Legaz y Lacambra, por la pérdida de aceptabilidad de las razones que sustentan el derecho. Una teoría no puede ser verdaderamente normativista sin tomar nota de estas cuestiones.

Cabe concluir este apartado con la misma afirmación que, en diferentes palabras, ya está contenida en el capítulo precedente: sin respaldo religioso o metafísico el derecho solamente puede conservar su fuerza de integración social haciendo que los destinatarios de las normas puedan a su vez considerarse como autores racionales de las mismas, argumento habermasiano en la línea de lo sostenido por Bovero.

Ello implica una redefinición del concepto de "legitimidad", que el la Teoría Pura termina identificado con el de "legalidad". Un enfoque auténticamente normativista no puede no medir la legitimidad en términos de la desempeñabilidad discursiva de la pretensión de validez de las normas. Y esto quiere decir: que la norma sea defendible racionalmente y que sea el resultado de un procedimiento legislativo que quepa considerar racional.

Para una consideración de tipo objetivista la validez del derecho queda definida por una tautología: vale como derecho lo que el órgano autorizado por el derecho determina que es derecho, o vale como derecho lo que conforme a procedimientos jurídicamente válidos queda establecido como derecho. Pero el sentido profundo de la validez jurídica solo se explica, como enseña Habermas, por la referencia simultánea a ambos polos: vigencia o validez fáctica, de un lado, y legitimidad o validez normativa, por otro[63].

---

[62] "Kelsen, en cuanto teórico rigurosamente positivista, reconoce y acepta este hecho. Esto es lo que significa su admisión, confesada o no, de que todo poder normativo efectivo deviene poder jurídico." (Delgado Pinto, 2012: 215)

[63] Juan Ruiz Manero aporta una razón subsidiaria para el mantenimiento de esta distinción: "Por lo demás, resulta claro que las teorías del derecho por construir en el presente tienen que distanciarse fuertemente de Kelsen. Las razones de ello son múltiples pero se pueden reducir, en lo esencial, a lo siguiente: una teoría que considera que el concepto de razón práctica es autocontradictorio no puede ser la

Habrá que volver repetidas veces sobre este punto en el transcurso de la presente investigación.

b. Acerca del carácter metajurídico de sus definiciones fundamentales

Este apartado se inspira en una serie de interesantes observaciones que Herbert Hart hace a la teoría kelseniana en un artículo titulado *Una visita a Kelsen* (1977). Tales observaciones pueden abrir caminos en la dirección de una forma alternativa de concebir la investigación sobre el Derecho.

Hart señala las "*condiciones severamente restrictivas*" que Kelsen impone a la hora de elaborar definiciones en la ciencia jurídica. De acuerdo con tales condiciones, la tarea clasificatoria ha de ser ejecutada con elementos tomados del derecho mismo, evitando (tal como exige el ideal de pureza) el uso de elementos morales, políticos, psicológicos, etc.

"O sea, los elementos permitidos que pueden ser usados en definiciones jurídicas son aquellos contenidos en la forma canónica que Kelsen establece para la representación del derecho: enunciados que dicen que si se cumplen tales y tales condiciones, entonces tal y tal sanción se producirá." (Hart, 1977: 23)

Al desmenuzar la definición de "delito" o de "acto antijurídico" dada por Kelsen, Hart encuentra que la forma canónica de definición no solo "*no sirve a ningún propósito útil, ni teórico ni práctico*", sino que hasta "*podría generar confusión*".

En su *Teoría General del Derecho y del Estado* Kelsen afirma:

"La sanción es convertida en una consecuencia de la conducta que se considera perjudicial a la sociedad y que, de acuerdo con las intenciones del orden jurídico, tiene que ser evitada. Esta conducta recibe el nombre de acto antijurídico, empleando el

---

teoría adecuada para el derecho del Estado constitucional, pues tal teoría no puede reconocer las pretensiones de fundamentación racional de las decisiones que son características de un sistema jurídico de este tipo." (Ruiz Manero, 2012: 388). Resulta importante aclarar, sin embargo, que la crítica a la Teoría Pura del derecho desarrollada en el presente trabajo se centra en el hecho de que tal teoría no da cuenta de manera cabal del fenómeno que describe. Esto significa que el fundamento de la crítica no reside en la necesidad práctica señalada por Ruiz Manero, aunque comparta el mismo interés o la misma preocupación.

término en su sentido más amplio. Si hemos de definir el concepto de acto antijurídico de conformidad con los principios de una teoría pura del derecho, entonces las intenciones del orden jurídico *o el* propósito del legislador *únicamente podrán entrar en la definición en la medida en que se hallen expresados en el material producido a través del procedimiento creador del derecho, es decir, en la medida en que se hallen manifestados en los contenidos del orden jurídico. De lo contrario, el concepto de acto antijurídico no pertenecería a la ciencia del derecho."* (Kelsen, 1983: 59-60)

Y entonces Hart se pregunta: ¿qué quiere decir Kelsen al insistir, por un lado, en que un delito es una conducta tal que si una persona incurre en ella se hace pasible de una sanción, y esto es todo lo que una definición científica de delito puede y debe decir; y, por otro lado, que tal definición presupone el carácter perjudicial del delito, aunque sin referirse a él? A través de un ejemplo:

"las sanciones pueden tomar la forma de pagos coactivos de dinero, por ejemplo, multas; pero los impuestos toman también esta forma. En ambos casos, cierta conducta de un sujeto es una condición bajo la cual un órgano del sistema debe demandar un pago de dinero por parte del sujeto. Así, ateniéndonos a la forma canónica Si A entonces debe ser B*, es imposible distinguir una ley penal que castiga una conducta de una ley de impuesto sobre la renta que grava ciertas actividades.*
Ambos son casos de delitos, a menos que distingamos entre ellos refiriéndonos a algo que escapa a la red de la forma canónica, es decir, a que la multa es un castigo a una actividad oficialmente condenada y que el impuesto no lo es.
Podría objetarse que un impuesto no es una sanción*, y que la definición jurídica de delito de Kelsen se refiere a* sanción*. Empero, habría que salir fuera de los límites de una definición jurídica con objeto de determinar cuándo un pago coactivo de dinero es una sanción y cuándo no. Posiblemente sea una sanción cuando se asuma como un castigo para desalentar una* conducta socialmente indeseada*, pero éste es precisamente el elemento que Kelsen excluye de la definición jurídica.*
Kelsen está consciente de estas dificultades, pues concede que la definición jurídica solo es correcta bajo el presupuesto de que la conducta que es condición de la sanción sea considerada perjudicial para la sociedad. ¿No muestra esta concesión que la

severamente restringida definición jurídica es tanto inútil como equívoca?" (Hart, 1977: 25)

Si llegar a la dureza de los términos del jurista inglés, quizá tal concesión sirva para demostrar que las razones y los argumentos que danzan ubicuamente en el universo jurídico, no son "ficciones", sino componentes indispensables que no pueden ser dejados de lado por la ciencia del derecho. Porque, como dice Luis Legaz,

"Todo lo que el hombre es o hace lleva consigo este acento de valor como ingrediente ontológico suyo. Por consiguiente el derecho, que es una forma de actividad humana, una forma de la existencia social del hombre, arranca de una estimación inicial o serie de estimaciones y todo él, en conjunto, representa una valoración de aquella realidad que es su substrato, es decir, a cuya existencia liga el deber ser de determinadas consecuencias." (Legaz y Lacambra, 1953: 67)

Al tener vedado el acceso a dichas estimaciones, por decisión metodológica, la *Grundnorm* kelseniana proporciona solo en sentido figurado el fundamento a la potestad legislativa de quienes son efectivamente órganos del sistema. Y ello porque notoriamente faltan allí las razones y los argumentos:

"Esta norma básica es una norma que establece que se debe obedecer al parlamento, al monarca, etc. Queda saber por qué debe ser así. Esta pregunta decisiva permanece incontestada." (Friedrich, 1964: 250)[64]

Cuando el hecho instaurador del derecho permanece mudo de esta manera, la Norma Fundante Básica se transforma en un "absoluto axiomático", al decir de Friedrich. Para este autor, el problema radica en la intención de Kelsen de ser a la vez un positivista y un normativista radical, lo cual lo lleva a un drástico empobrecimiento del ángulo de visión[65]. En palabras de Rojas Roldán:

[64] En el mismo sentido se expresa Peczenick, escéptico frente al pretendido principio de validez que representa la *Grundnorm*: "¿Cómo puede una mera presuposición constituir un fundamento para la validez legal?" (1979: 282)

[65] Friedrich ha sido de los primeros autores en señalar que uno de los problemas de la teoría kelseniana radica en la tirantez a que la someten imperativos gnoseológicos o teóricos no siempre compatibles entre

"a mí me parece que Hans Kelsen asumió en su teoría, aunque conscientemente, una postura limitada, si se tiene en cuenta que lo jurídico tiene muchísimas implicaciones y que su conocimiento cabal abarca un gran campo." (Rojas Roldán, 1996: 95)

Es probable que Kelsen haya asumido esa postura para evitar toda posibilidad de que el conocimiento del derecho se contamine ideológicamente. Admitir cualquier tipo de razones o argumentos legitimantes podría derivar en una indisculpable intromisión jusnaturalista. Pero también es probable que la postura kelseniana sobre esta cuestión sea un tanto neurasténica: tanto teme que la pureza de la ciencia se vea perturbada, que no avizora la posibilidad de que la admisión de la argumentación no necesariamente implica someter el derecho positivo a la vara evaluadora de un sistema de reglas absoluto, ahistórico, inmutable y, de paso, incontrastable. Completa Legaz:

---

sí. Interesante en los términos del contenido del presente capítulo resulta el diagnóstico de José Delgado Pinto: "La doctrina kelseniana se encuentra sometida en este punto a una tensión entre dos principios que, llevados a sus últimas consecuencias lógicas, conducen a resultados contradictorios.
El primero es su voluntarismo radical. El peculiar positivismo que de él resulta exige reconocer como norma jurídica válida a todo mandato coactivo con tal de que sea positivo, es decir, establecido por un poder humano y efectivo en general. Si nos atenemos a la lógica de este principio, el orden jurídico vendría constituido por un conjunto de normas positivas en el que no cabe excluir las contradicciones. Kelsen repite constantemente que la ciencia jurídica, como toda ciencia, ha de ser estrictamente descriptiva de su objeto. Pues bien, una ciencia jurídica que describiera estrictamente el derecho positivo así concebido no podría representarlo como un sistema normativo sin contradicciones.
El segundo es el principio epistemológico de que todo objeto de conocimiento científico ha de ser concebido como constituyendo una unidad exenta de contradicciones. Unido al principio lógico de que una norma, un deber ser, solo puede derivarse de otra norma, de otro deber ser, se traduce en el plano jurídico en la exigencia de que el derecho sea representado como un sistema normativo en el que toda norma es creada conforme a otra norma anterior. Ateniéndonos rigurosamente a la lógica de este principio, no resultaría posible reconocer como parte del orden jurídico a todas aquellas 'normas positivas' que son creadas fuera del marco previsto por las normas ya existentes." (Delgado Pinto, 2012: 215). He aquí el germen del problema que representa la norma de habilitación. La tesis de la presente investigación es, en todo caso, que la disciplina jurídica debe abandonar por lo menos el primer principio. Ello permitiría un mejor acceso a los fundamentos de la validez, y proporcionaría mejores herramientas para responder a las inquietudes de Friedrich o de Peczenick. Retornando a Kelsen, Delgado Pinto concluye: "La concepción kelseniana del orden jurídico como un sistema es el resultado de un compromiso o equilibrio entre estos principios contrapuestos. Solo que tal equilibrio me parece artificioso, porque en el pensamiento de Kelsen la exigencia de que el derecho sea representado como una unidad, como un conjunto no contradictorio, no arraiga en ninguna propiedad de aquél, sino que es la traducción de un postulado epistemológico extrínseco a la materia jurídica." (2012: 216)

"Tenemos, pues, este hecho decisivo de que el derecho, en una de sus esenciales dimensiones constitutivas, es valoración: punto de vista sobre la justicia. Esta dimensión ontológica es, por así decirlo, formal, en el sentido de que no implica ningún contenido determinado: el derecho es cualquier *punto de vista sobre la justicia, cualquier valoración vital que reúna las condiciones de lo jurídico, pero no es* tal *punto de vista determinado, no exige precisamente una tal valoración con exclusión de tal otra. Este carácter formal ha de ser aceptado como un dato evidente por la filosofía del derecho, aunque ésta no puede quedarse en tal resignada constatación."* (Legaz y Lacambra, 1953: 67)

A primera vista el autor español sostiene lo mismo que Kelsen: que cualquier contenido puede ser derecho. Pero reparando en la frase final, se sugiere que la valoración de la valoración que hace la filosofía del derecho tiene carácter formal, esto es, abierto, y que por lo tanto los temores de Kelsen acerca de la posibilidad de que contenidos axiológicos cualesquiera corrompan la pureza de la disciplina jurídica, son infundados.
Sintetizando, Legaz pretende enseñar que se puede ser objetivo sin excluir el elemento valorativo (por otra parte, consustancial al fenómeno jurídico). Y esa posibilidad cabe, yendo más allá de las premisas mencionadas hasta ahora, porque la objetividad no pasa por un esfuerzo individual de antisepsia por parte del sujeto cognoscente, sino por un esfuerzo intersubjetivo, como se verá en los capítulos que siguen.
En todo caso, un nuevo elemento de juicio proporcionado por Legaz, coincidente con el punto de vista de Xacobe Bastida que consta en el capítulo anterior, es que la validez de las normas jurídicas es una cuestión que incumbe *también* a la Filosofía.
Pero la Filosofía, para encarar el problema que la validez representa, debe trabajar con datos que solo otras disciplinas pueden acercarle. Por eso escribe Friedrich:

"El rechazo a tomar en consideración las realidades históricas, sociológicas y políticas cuando la validez de las normas esté sometida a discusión, equivale a la negación del problema filosófico cuando este rechazo se combina con la negativa a reconocer una base racional o de revelación como punto de partida." (Friedrich, 1964: 253)

Semejante negación implica, a todas luces, un gran obstáculo a la hora de comprender el sentido de la obligación legal. Por ello Rojas Roldán sostiene la necesidad de una

perspectiva más amplia para el estudio del Derecho, a la que denomina "Teoría Universal del Derecho". Se trata de

"una teoría del derecho positivo, pero entiende por derecho positivo algo más amplio y más complejo de como lo vislumbró Kelsen, porque comprende todo el universo jurídico. Quiere encontrar, conocer y conectar todos los elementos que participan en el proceso *que constituye todo derecho. Busca armonizar todos los niveles… esto es, una vez que localiza todos los elementos que participan en la constitución del fenómeno jurídico, se desentiende de si alguno de esos elementos pertenece al ámbito de lo político, de lo axiológico, de lo teológico, de lo psicológico, por mencionar los principales aspectos, pero, claro está, siempre que se compruebe su participación directa o indirecta en la integración del derecho. Si éste resulta ser un objeto* mixto, *entonces su análisis deberá ser interdisciplinario."* (Rojas Roldán, 1996: 94)

En clara oposición con la Teoría Pura de Kelsen, la propuesta del profesor de la UNAM es dual, porque se ocupa del derecho como es, pero no se desentiende de la reflexión acerca de cómo debe ser. Porque una disciplina jurídica que no ampute su propio objeto de estudio

"conserva del jusnaturalismo la actitud filosófica; se da cuenta de que el enfoque plenario sobre el derecho debe ir a buscar a la Filosofía fundamento y metodología, tal y como lo han hecho y hacen todos sus autores, aun aquellos que, como Kelsen, pretenden haber arribado a sus conclusiones mediante una estricta observación de los sistemas jurídicos vigentes. Hereda también del jusnaturalismo la preocupación por el problema estimativo, ya que ve en el derecho un vehículo para la realización de determinados valores, aunque no pretende que éste sea el único tema de su investigación. Pero, al mismo tiempo, señala como objeto de su estudio al derecho positivo y no al derecho natural…" (Gutiérrez, 1973: 26)

Quizá se halla llegado demasiado lejos a expensas de Hart. Los siguientes capítulos intentarán arrojar luz sobre los cimientos de muchas de las afirmaciones arriesgadas aquí.

VI- LAS METAS DEL PENSAMIENTO

En las primeras décadas del siglo pasado Max Weber ya estaba obsesionado con lo que él denominaba, metafóricamente, la "jaula de hierro", en la que quedaba entrampada la libertad humana como consecuencia de la consolidación de un tipo de dominación política de carácter racional-legal-burocrático.

El aparato administrativo, apuntalado por una ciencia regida exclusivamente por la racionalidad instrumental, se asemejaría a un supercomputador que todo lo registra y a un pulpo gigantesco cuyos tentáculos no dejan rincón sin palpar.

En la misma línea de preocupaciones, Max Horkheimer escribía, en abril de 1968, que *"la época tiende a la liquidación de todo aquello que se ligaba con la autonomía, aunque sea relativa, del individuo."* Y aún enzarzado en la discusión marxista relativa a la conveniencia de preservar o eliminar la democracia occidental, se atreve a afirmar que lo más urgente es *"preservar, conservar, extender por donde sea posible la limitada, efímera libertad del individuo, con la conciencia de que se halla cada vez más amenazada."* (Horkheimer, 1974: 7).

Pero ¿por qué se halla la libertad individual, tanto para Weber como para Horkheimer, tan amenazada? Pues porque en el automatizado mundo moderno ya nadie es dueño de su propio destino.

Los frankfurtianos comparten, más o menos, la idea de que el hombre, a lo largo de un proceso histórico de progreso y de aumento de las fuerzas productivas, ha desencadenado poderes que ahora no es capaz de dominar.

El sistema de relaciones sociales que los hombres crearon opera ahora con una lógica propia que ningún hombre en particular puede torcer, y en la que la racionalidad medios-fines ha desbancado por completo otras formas de racionalidad y hasta de razonabilidad.

Este régimen de reproducción de la vida social, que Hegel llamó "sistema de las necesidades", ha desarrollado su propio sistema de saber. El tipo de saber que le es funcional y necesario como engranaje. Es el saber, dicen los teóricos críticos, de la "ineluctabilidad". El de la constatación de los hechos positivos que son como son y que se repiten eternamente.

Una vez que semejante forma de saber ha atrapado el acontecer en leyes necesarias y universales, lo pone a disposición del sistema para una mejor manipulación de la naturaleza.

Mas ¿cuál es en este caso el papel del hombre que *sabe*? Pues el de un simple espectador, participante pasivo *"de un acontecer violento que quizá se pueda prever, pero el que, en todo caso, es imposible dominar."* (Horkheimer, 1974: 261)

Los investigadores del *Instituto de Investigación Social* piensan que cultivar un tipo de conocimiento centrado en la necesidad absoluta del acontecer significa, en última instancia, una actitud resignada desde el punto de vista de la praxis.

A pesar de creer que la libertad en la sociedad resulta inseparable de los postulados de la filosofía del Iluminismo, Adorno y Horkheimer rezongan sobre el hecho de que *"el principio de inmanencia, la explicación de todo acontecer como repetición, que el iluminismo sostiene contra la fantasía mítica, es el principio mismo del mito."* (Adorno y Horkheimer, 1998: 25)

El mito es una explicación omniabarcativa que permite a los hombres fijar en una posición de sus vidas aquellos fenómenos difíciles de comprender e imposibles de controlar. El mito mismo es, por esto, un saber de la resignación.

El Iluminismo nació con la esperanza de la libertad y la intención, necesaria en vistas de aquel fin, de desmitificación. Había que traer a conciencia aquellas fuerzas que interfieren en el camino de los hombres. Se tenía confianza en que el conocimiento de las diferentes variables de la mano de la pulverización del "animismo" implicaría una explosión de "autonomía" para los seres humanos.

Sin embargo, el Iluminismo se dejó llevar por sus negocios. Y así fue como de sus dos programas fundamentales, según Adorno y Horkheimer, "pensar el pensamiento" y "guiar la praxis", se dedicó a lo segundo de manera casi exclusiva. Ello propició el hundimiento del Iluminismo en el mito y en la irracionalidad.

¿Habría podido ser de otra manera? ¿Era necesario que el pensamiento quedase reducido a la simple función fáctica de constatar, paso primero para la pragmática captación de regularidades? ¿No existirá alguna manera de reintroducir en el pensamiento la reflexión, para superar aquella escisión cartesiana entre ser y pensar, de modo que si el ser resulta irracional y funesto se pueda pensar en cómo cambiarlo? ¿No habrá otra manera de pensar, una tal que tienda a aumentar la autonomía de los seres humanos?

La respuesta de Horkheimer a todas estas preguntas está lejos del pesimismo. Introduce la idea de "comportamiento crítico". En principio, puede llamar la atención que una forma de conocer pueda constituir un comportamiento. Sobre todo para aquellos

enrolados en la vieja tradición, que se remonta a los griegos, según la cual para conocer es necesaria la absoluta pasividad, la "contemplación". A su vez, los modernos partidarios de la pureza objetarían que un comportamiento puede estar ligado a muy diversos fines, mientras que conocer sólo responde a un interés: el "interés por la verdad". Por ello las ciencias deben reflejar las cosas como son y no como deberían ser.

Sin embargo, ya Karl Mannheim advirtió que ninguna forma de pensamiento puede ser comprendida mientras sus orígenes sociales permanezcan oscuros. Y décadas más tarde Eliseo Verón enfatizó el carácter "ideológico" de todo pensamiento, esto es, que las formas de pensamiento no se descuelgan del cielo como por arte de magia, sino que dependen de las condiciones sociales en las que se generan.

Siguiendo esta línea de pensamiento, cabe sospechar que tras la afirmación de que la ciencia debe reflejar las cosas como son, se esconde el subrepticio convencimiento de que *tal como, son deben ser*. Semejante identificación entre *Sein* y *Sollen*, sobre todo cuando tiene lugar cuando el objeto de estudio son los hechos sociales, ¿no transforma a estos últimos en pilares inconmovibles que están (y *deben estar*) más allá de la voluntad humana, a pesar de ser productos humanos?

La discusión epistemológica acerca de la aceptación o rechazo, con matices, del principio de neutralidad valorativa puede o no parecer fructífera. Pero hay algo que apunta que está superada. Hay algo que apunta que es imposible conocer sin estar plantados en un determinado horizonte de expectativas. Hay algo, en fin, que revela la íntima imbricación entre *conocimiento* e *interés*.

Un pequeño ejercicio de la imaginación puede contribuir a poner de relieve algunas de las aristas de la cuestión. ¿Cómo reflejaría el mundo un positivista de los más rocosos?

Es probable que a semejante investigador no escape, entre otros elementos, el hecho de que al menos dos tercios de la humanidad viven en la más absoluta miseria: sin comida, medicamentos o abrigo, mientras muchos gobiernos destinan enormes montos presupuestarios para producir armamento. También es probable que el intelectual de marras constate el hecho de que las industrias y otros emprendimientos han producido un deterioro del medio ambiente a escala planetaria, el cual es posiblemente irreversible, para producir bienes que solo un porcentaje pequeño de la población puede disfrutar, con al agregado de que la tecnología prometió abundancia para todos.

Las preguntas deberían surgir inmediatamente: ¿se agota la experiencia de la conciencia con semejante descripción? ¿Lo único que ha ocurrido aquí ha sido una reflexión con pureza?

Indudablemente no. O por lo menos eso es lo que piensan los teóricos críticos. En presencia de tales verdades el espíritu se ofusca. Como se ofusca ante toda huella de sufrimiento absurdo en el mundo. La conciencia se *desgracia*. Y esa "conciencia desgraciada" tiene como función recordarle al hombre que el dolor no debe ser.

Por ello el comportamiento crítico no puede colocar el acento únicamente en los hechos para construir su saber. Por ello no le sirve el farol de la teoría usual. Porque tiene que aprender a contemplar sonidos, como los gatos. Y tiene que escuchar lo que no tiene voz, reflejar lo invisible, expresar lo impotente y descubrir los secretos.

La Teoría Crítica, sostienen Adorno y Horkheimer, quiere contribuir a instalar una situación fundada en la razón. Y más precisamente en la autonomía de la razón, para que el destino del hombre vuelva a estar en sus manos y no en las manos de un conjunto automatizado de relaciones sociales que opera siempre a sus espaldas.

Mientras que la sociología del conocimiento de Mannheim hace comprensibles las formas de pensar ligándolas a determinadas condiciones sociales efectivamente realizadas, la Teoría Crítica se sostiene también a partir de un conjunto de relaciones sociales: solo que esas condiciones no se han realizado nunca, porque son una "promesa".

Dice Adorno que

"el telos de esta nueva organización (social) *sería la negación del sufrimiento físico hasta en el último de sus miembros, así como de sus formas interiores de reflexión."* (Adorno, 1975: 204)

Un conocimiento cabal constituirá un tipo de comportamiento crítico en la medida en que se realice a la luz de estas pretensiones ideales.

VI.1. La ilusión de neutralidad de la ciencia tradicional

El positivismo tuvo su componente revolucionario cuando se enfrentó a la Metafísica y sus mitos. Acertó en el carácter prioritario que el objeto tiene frente al sujeto para el conocimiento. Pero derivó luego en el mito de la "entronización del dato".

Porque el progreso del conocimiento lo exigía (también los imperativos funcionales del sistema económico en ciernes) hizo un culto de la contrastación empírica de las regularidades fenoménicas. Así, ateniéndose a los hechos, combatió los desvaríos de una Razón demasiado segura de sí misma, que en su autosuficiencia despegó los pies de la tierra. De allí provino la desconfianza positivista frente a la teoría, cuyas hipótesis fundamentales no serían de ahí en más sino meras elucubraciones.

Los efectos de la desconfianza fueron pendulares: se pasó de los excesos de una razón sin vigilancia ("de un sujeto que no se atiene a las particularidades de su objeto") a una exigencia insistente por enunciados básicos que deben obtener la aprobación del único tribunal con autoridad epistémico: la experiencia ("a una eliminación del papel del sujeto en el conocimiento").

La reducción a cero del papel de la imaginación teórica se expresa así: la teoría ha de ser "isomorfa" a su ámbito de aplicación. ¿Significa esto, acaso, un retorno del realismo ingenuo? ¿No se considera problemática hasta la falta de plausibilidad la teoría del conocimiento como copia de una realidad que viene perdiendo entidad desde el sueño de Descartes en su *Segunda Meditación*?

Como sostiene Habermas, nada se sabe acerca de una presunta correspondencia ontológica entre categorías científicas y estructuras de la realidad (Habermas, 1982: 22). O, mejor todavía, se sabe que el conocimiento no puede ser copia pura porque la ciencia no flota inmaculada sobre una nube y porque los datos son fenómenos, esto es, no "realidad en sí" sino "realidad para nosotros".

A pesar de todo esto, las estrategias positivistas siguen tozudamente su premisa de atenerse a los hechos, excluyendo la valoración (por lo menos en el discurso), intentando eliminar al sujeto y con él, presuntamente, a la ideología. Lo cual da lugar a sus típicos dualismos[66].

[66] Al respecto sostiene Habermas (1982: 32 y ss.): "El postulado de la neutralidad valorativa se basa en una tesis que siguiendo a Popper puede formularse como dualismo de hechos y decisiones… Por un lado tenemos regularidades empíricas en la esfera de los fenómenos naturales y sociales, es decir, leyes de la naturaleza; por otro reglas de comportamiento humano, es decir, normas sociales: Mientras que las

Hay dos constataciones que echan por tierra la ilusión de neutralidad e independencia de la ciencia tradicional: la primera, de carácter más sociológica, indica que la ciencia es una rama, producto de la división del trabajo en el mundo capitalista, de la reproducción de la vida de la sociedad. Es un aspecto particular *"del modo como la sociedad se enfrenta con la naturaleza y se mantiene en su forma dada."* (Horkheimer, 1974: 231)

La segunda es de índole más gnoseológica, y tiene que ver con que los hechos que entregan los sentidos están socialmente preformados de dos modos: por una parte, por la condición histórica del objeto percibido, o lo que los frankfurtianos llaman la "mediación en el objeto". Por otra parte, por el carácter histórico del sujeto percipiente, o la "mediación en el sujeto".

Con respecto a la mediación en el objeto, Horkheimer advierte ya en 1937 que toda "realidad" es producto del trabajo, y lo que tiene significado lo tiene por haber sido objeto de una valoración por parte de los seres humanos a lo largo del tiempo. Con ello no se afirma que árboles y estrellas sean resultado del trabajo humano, aunque el hecho

---

constancias de los fenómenos, fijadas en términos de leyes de la naturaleza, no sufren en principio excepción y se mantienen con la influencia de los sujetos agentes, las normas sociales son algo establecido y que se impone con la amenaza de sanciones… los positivistas suponen que los ámbitos de estos dos tipos de acciones son autónomos; correspondientemente, los juicios con que conocemos o reconocemos leyes de uno u otro tipo, exigen bases entre sí independientes. Las hipótesis que se refieren a leyes de la naturaleza son posiciones que resultan o no resultan empíricamente atinadas. Por el contrario los enunciados con que aceptamos o rechazamos, aprobamos o recusamos normas sociales son posiciones que no pueden ser empíricamente ni verdaderas ni falsas. Aquellos juicios tienen por base el *conocimiento*, éstos la *decisión*… Al dualismo de hechos y decisiones responde en términos de lógica de la ciencia la separación de conocimiento y valoración, y en términos metodológicos la exigencia de reducir el ámbito de los análisis científicos a regularidades empíricas constatables en los procesos naturales y sociales". Pero esa línea demarcatoria tan firmemente trazada por el positivismo se difumina, y con ella se vienen abajo estas dos exigencias que son sus conclusiones, cuando se pondera minuciosamente el denominado "problema de la base", esto es, el análisis de la forma en que se realiza la contrastación empírica de las teorías: "…los enunciados teoréticos no pueden comprobarse directamente mediante una experiencia, por objetiva que ella sea, sino solo por medio de otros enunciados. Las vivencias o percepciones no son enunciados, sino que a lo sumo pueden expresarse en enunciados de observación". Pero, según Habermas, aun estas proposiciones básicas rebasan la experiencia posible, porque sus expresiones tácitamente implican hipótesis legaliformes: "…en la medida en que lo percibido tiene en general un sentido claro, ese significado solo puede concebirse como suma de los hábitos que en él se acreditan… la universalidad del contenido descriptivo de los juicios de observación apunta hipotéticamente mucho más allá de la particularidad de lo percibido en cada caso..." Por lo tanto, "contra una solución positivista del problema de la base Popper insiste en la idea de que los enunciados de observación que se prestan a la falsación de hipótesis legaliformes, no pueden justificarse de forma empíricamente concluyente; en vez de eso hay que resolver en cada caso si la aceptación de un enunciado básico viene suficientemente motivada por la experiencia. En el proceso de observación todos los observadores implicados en las tentativas de falsar determinadas teorías tienen que llegar a un consenso provisional y en todo caso revocable acerca de los enunciados de observación relevantes. Este acuerdo descansa en último término en una decisión, no puede imponerse ni lógica ni empíricamente". La conclusión a que todo esto lleva es que "el proceso de investigación es una institución de hombres que actúan conjuntamente y que se comunican entre sí; como tal determina a través de la comunicación de los investigadores qué puede pretender ser teóricamente válido".

de transformarse en objetos de estudio demuestra que se los considera valiosos de alguna manera. Pero sí se pretende poner de relieve una circunstancia fundamental, por lo menos para las ciencias humanas, a saber: que siempre está latente lo que Habermas llama "venganza del objeto", esto es, cuando el sujeto implicado en el conocimiento queda apresado por las coacciones de la esfera que trata de analizar. Dichas coacciones son el resultado de la densidad de la historia del objeto. Y esa densidad hace que el hombre considere natural y hasta necesario lo que en realidad depende del hombre mismo.

En cuanto a la mediación en el sujeto, si bien Durkheim falló al ver en ello un resultado de la solidaridad social, acertó al diagnosticar el carácter social de las formas de pensamiento. Y si bien Hegel falló al terminar sustantivizando e hipostasiando el espíritu, proporcionó una magnífica explicación de la génesis de la conciencia del sí mismo en la dialéctica del amo y el esclavo.

Puede que el espíritu positivista arguya aquí que la cuestión del origen del pensamiento o de la conciencia no reviste la menor importancia. Que de lo que se trata es de que una o el otro acudan a la "realidad" en calidad de "tabula rasa" con la finalidad de adecuarse a dicha realidad avalorativamente.

Es hora de la desmentida: no es verdad que la pasividad del sujeto sea condición necesaria para el conocimiento riguroso. Por el contrario, conocer es una actividad del sujeto. Como dice Adorno, la verdad no es la desaparición del sujeto, y la actividad del espíritu es otra cosa que el automatismo de un método que por mor de la rigurosidad impide trascender lo que está, y en su consagración a los hechos consagra la injusticia social. En tales condiciones, la solución al problema de la objetividad científica depende de la emancipación del sujeto.

Ya Nietzsche advirtió sobre el carácter de estrategia para la supervivencia que reviste el conocimiento. El saber siempre es interesado, nunca neutral. Siempre aborda sus objetos a partir de esquemas conceptuales y preconceptos que implican valoraciones. Esto hace posible explicar aquella misteriosa correspondencia ontológica entre las categorías científicas y la "realidad": lo que siempre ocurrió fue que el sujeto descubría en el objeto lo que antes había depositado en él[67].

[67] Cfr. el célebre texto de Nietzsche *Sobre verdad y mentira en sentido extramoral* (1990). Habermas, por su parte, aprendió muy bien esta lección de sus maestros. Señala que un primer intento de romper con la comprensión objetivista de las ciencias fue la fenomenología husserliana (que, en opinión de Ebenstein, influye en las concepciones básicas de la Teoría Pura del derecho): "A éstas (las ciencias) se les aparece

Frente al saber positivista que refleja del objeto lo que éste tiene de valioso para el status quo, los frankfurtianos proponen otra forma de conocer que valora en el objeto la luz que proporciona su historia, de la que nace la esperanza. Existe una ciencia de la "neutralidad" y una ciencia del compromiso. Al respecto afirman Adorno y Horkheimer:

"En la imparcialidad del lenguaje científico la impotencia ha perdido por completo su fuerza de expresión, y solo lo existente halla allí su signo neutral. Esa neutralidad es más metafísica que la metafísica." (1998: 37)

Inspirados en esta convicción, ellos oponen la ciencia de la "degradación teórica" a la ciencia de la "imaginación teórica". La primera representa la estrategia positivista de investigación, en la cual la teoría es soldado raso de un batallón capitaneado por la corroboración empírica. La segunda tiene que ver con el modelo propuesto por la Teoría Crítica, e implica la valoración de la espontaneidad teórica, en el convencimiento de que "solo el concepto permite medir la distancia que eterniza la injusticia".

---

objetivamente el mundo como un universo de hechos cuya conexión legal puede ser captada por descripción. Pero la verdad es que el saber del mundo, aparentemente objetivo, de los hechos, está trascendentalmente basado en el mundo precientífico. Los posibles objetivos del análisis científico se constituyen de antemano en las autocomprensiones de nuestro mundo vital primario" (Habermas, 1965: 3). A pesar de ver esto, Husserl sigue comprometido con una "purificación", en la creencia de que una contemplación desinteresada implica emancipación. Pero "que el interés sea reprimido, es algo que sigue formando parte de este mismo interés… cuando así sucede, los dos momentos más efectivos de la tradición griega, la actitud teórica y la suposición ontológica fundamental de un mundo estructurado en sí, son admitidos en una conexión que ambos, empero, prohíben: en una conexión del conocimiento con el interés. Con esto retornamos a la crítica de Husserl al objetivismo de las ciencias. Solo que el motivo se vuelve ahora contra Husserl. Si presumimos una conexión inconfesada de conocimiento e interés, no es porque las ciencias se desprendieran del concepto clásico de teoría, sino porque no se han librado plenamente de él" (Habermas, 1965: 4). Por otra parte, y en contra de una interpretación "naturalista" del texto nietzscheano, Habermas cree que "el interés por la autoconservación no puede tener como meta, así sin más, la reproducción de la vida de la especie, ya que esa especie, bajo las condiciones culturales de existencia, tiene que empezar interpretando qué es lo que entiende por vida. Estas interpretaciones se orientan, a su vez, según las ideas de la 'vida buena'. 'Lo bueno' no es no convención ni esencia, es algo fantaseado con la suficiente exactitud como para satisfacer y dar articulación a un interés fundamental: el interés por la medida de la emancipación que, históricamente, tanto en las condiciones dadas como en las que pueden ser objeto de manipulación, es objetivamente posible." (Heras Hergueta, 2000: 7)

VI.2. El comportamiento crítico

Existe un tipo de comportamiento, con mucho el más frecuente, que contribuye con la continuidad de la sociedad en su forma dada. No es el caso del "comportamiento crítico".

Al principio del capítulo se mencionaron algunos hechos, entre tantos, que hacen de la sociedad actual una forma de organización irracional e inhumana, con irritador detalle agravante de que la perversa "mano invisible" obliga a los individuos a contribuir en la loca carrera de autodestrucción si no quieren perecer antes que el resto. Horkheimer dice:

"Si el actuar conforme a la razón es propio del hombre, la praxis social dada, que forma la existencia hasta en sus mínimos detalles, es inhumana, y este carácter de inhumanidad repercute en todo lo que se realiza en la sociedad. La actividad intelectual y material del hombre siempre seguirá teniendo algo exterior: esto es, la naturaleza como suma de los factores no dominados aún en cada época, y con los cuales la sociedad está en relación. Pero si a ello se suman, como una parte más de la naturaleza, las circunstancias que dependen únicamente del hombre mismo, su relación en lo que respecta al trabajo, la marcha de su propia historia, entonces esta exterioridad no solo no es una categoría suprahistórica… sino el signo de una lamentable impotencia cuya aceptación es antihumana y antirracional." (Horkheimer, 1974: 242-243)

La Teoría Crítica persigue el establecimiento de una situación fundada en la razón. Para ello debe garantizar, en primer lugar, que el comportamiento del hombre pueda escurrírsele a la no tan astuta (por antihumana y autodestructiva) razón del sistema de las necesidades. En segundo lugar, como su norte es la emancipación, no persigue que algo funcione mejor en la actual estructura social. El comportamiento crítico de ninguna manera acepta las orientaciones de la vida social consideradas "naturales". Tiene que problematizarlas, ya que está interesado en la transformación de la totalidad.

Una forma de escapar de la astucia de la torpe razón es a través de la imaginación teórica. El comportamiento crítico es teoría crítica porque se sirve del trabajo teórico tal como se desarrolla en la realidad establecida. Pero con una notable salvedad: en la

sociedad el trabajo teórico debe su existencia a una demanda, es decir, a la posibilidad de su aplicación concreta, ya que de lo contrario sería desechado por la economía. El pensamiento crítico carece, en cambio, *"del carácter pragmático que es propio del pensamiento tradicional en cuanto trabajo profesional socialmente útil."* (Horkheimer, 1974: 241)

Ya con esto hay suficiente como para que entre la "teoría tradicional" y la "teoría crítica" existan diferencias de estructura lógica. Ambas comienzan con conceptos universales bajo los que deben ser comprendidos los hechos. Pero mientras para la teoría tradicional los hechos quedan encerrados en el círculo vicioso de la repetición eterna, porque no hay nada nuevo bajo el sol, porque hay que terminar la obra pitagórica de reducir el universo a cifra o, más kantianamente si se quiere, a gigantesco juicio analítico, para la teoría crítica los hechos introducen elementos nuevos, determinaciones que producen una realidad diferenciada, y por ello cada uno de sus pasos implica un momento en la constitución de un vastísimo juicio de existencia.

La teoría tradicional opera con la lógica de la identidad, mientras que la teoría crítica trabaja con la lógica de la diferencia. Para la primera los hechos, si bien son fundamentales para la corroboración, tienen el disminuido papel de integrarse a una explicación solo en la medida en que son subsumidos, en calidad de ejemplares de lo genérico, pudiendo ser obtenidos por deducción a partir de los primeros nexos conceptuales. Para la segunda, en cambio, son los hechos los que van constituyendo y reconstituyendo los conceptos más abstractos. Esta diferencia se aprecia claramente, para los teóricos críticos, si se compara la necesidad lógica con que trabaja el pensamiento tradicional con la necesidad concreta, propia del acontecer fáctico, en que se recuestan los segundos.

La necesidad concreta constatable en la sociedad actual tiene que ver con la lógica de una economía basada en el intercambio. La Teoría Crítica está en condiciones de mostrar cómo la economía mercantil conduce a través de un proceso necesario a la agudización de los conflictos sociales. Dice Horkheimer:

"...esta sociedad capitalista real que, originada en Europa, se extiende por toda la tierra, sociedad para la que la teoría afirma ser válida, es deducida a partir de la relación básica del cambio en general. Mientras que los juicios categóricos de las ciencias especializadas poseen, en el fondo, carácter hipotético, y los juicios de

existencia, cuando los hay, solo tienen cabida en capítulos especiales, en partes descriptivas o prácticas, la teoría crítica de la sociedad es en su totalidad un único juicio de existencia desarrollado. Dicho juicio afirma, en términos generales, que la forma básica de la economía de mercancías históricamente dada, sobre la cual reposa la historia moderna, encierra en sí misma los antagonismos internos y externos de la época, los renueva constantemente de una manera agudizada, y que, tras un periodo de ascenso, de desarrollo de fuerzas humanas, de emancipación del individuo, tras una fabulosa expansión del poder del hombre sobre la naturaleza, termina impidiendo la continuación de ese desarrollo y lleva la humanidad hacia una nueva barbarie. Dentro de esta teoría, cada uno de los pasos especulativos posee, por lo menos según su intención, el mismo rigor que las deducciones dentro de una teoría científica especializada, pero, por otra parte, cada uno de sus pasos es un momento de aquel vasto juicio de existencia." (Horkheimer, 1974: 257-258)

Se puede creer que esta visión corresponde solamente a una de las clases antagónicas de la sociedad según los marxistas: la clase revolucionaria, la que al ser pura negatividad del status quo posibilitará la afirmación de una nueva realidad, el proletariado consciente de sí. Pero los teóricos críticos, sorpresivamente, rechazan de plano esta posibilidad. Y hay dos argumentos primarios para fundamentar este rechazo. Primero:

"si la teoría crítica consistiera en esencia en formular los sentimientos e ideas de una clase en determinados momentos, nos ofrecería ninguna diferencia estructural respecto a la ciencia especializada: en este caso se trataría de la descripción de contenidos psíquicos que son típicos de determinados grupos de la sociedad, es decir, de una psicología social." (Horkheimer, 1974: 246)

Segundo y más sustancioso: hay interés en que lo que la teoría crítica exprese sea una "Verdad", así, con mayúsculas. Porque Horkheimer y Adorno están al tanto de la acusación de ideología que pesa sobre todo tipo de planteamientos, sean cuales fueren sus fundamentos epistemológicos. Conocen, por ejemplo, el argumento que Mannheim desarrolla en *Ideología y Utopía* (1987): dicho autor relata cómo la capacidad de referir credos, teorías y afirmaciones a sus orígenes sociales y a los intereses de quienes los sostenían era una formidable arma en manos de quienes sabían utilizarla. Éstos

quedaban como los impolutos defensores de la verdad, y aquellos quedaban desenmascarados y aturdidos. Pero la ingenuidad duró poco tiempo. Pronto los segundos recuperaron su poder de reacción y pusieron en claro que no hay nadie impoluto y que todo pensamiento puede ser objeto de semejante remisión. Ello abre las puertas a una inevitable nivelación y a cierto relativismo. Cosa incompatible con el interés de los teóricos críticos, que desean poner su teoría a salvaguarda de ataques parecidos.

En consecuencia, resulta natural que denosten la "Sociología del conocimiento" y la "Crítica de la ideología". Ambas disciplinas crecieron bajo un ala de la teoría crítica, pero se limitaron a descubrir relaciones entre posiciones espirituales y situaciones sociales. Así se sustituye el análisis del contenido de verdad de las afirmaciones por el de su función social y los condicionamientos de sus intereses. Y se pierde de vista que *"el concepto de ideología solo tiene sentido en relación con la verdad o mentira de aquello a que se refiere."* (Adorno, 1975: 198)

La sociología del conocimiento y la crítica ideológica, planteadas de acuerdo a los cánones positivistas, se integran a la estrategia relativista de reducir a cero el peso específico de la crítica: *"el todo de un concepto de ideología global e indiferenciado acaba en la nada."* (Adorno, 1975: 198)

Por esto Adorno y Horkheimer acusan a la vieja verdad de Perogrullo según la cual "todo ente toma el color del que lo mira", de reintroducir la "metafísica por una ranura". Porque una cosa es reconocer el componente de mediación subjetiva que hay en lo objetivo, pero otra muy distinta es negar el conocimiento objetivo por estar subjetivamente mediado.

VI.3. Más sobre la explicación teórica

Desde Kant se impuso la idea de que el sujeto aporta al conocimiento una cierta estructura conceptual. Pero su crítica de la Razón no tenía herramientas para avanzar más lejos. Es cierto que representó un gran avance de cara al realismo ingenuo de los empiristas, para quienes el sujeto no es más que una hoja en blanco en la que se anotan las experiencias. Asimismo resultó loable el equilibrio que supo mantener frente a los excesos del idealismo, para el cual el sujeto o la Razón todo lo pone y todo lo toma en su tramposo juego. Pero culminó hipostasiando en su sujeto trascendental la forma de

conocer, con lo cual sometió el saber de todo tiempo y lugar a las heterónomas leyes de Europa 1789.

Tan pronto como se comprobó la impureza de tal sujeto, se puso en evidencia que las estructuras conceptuales van mudando con el transcurso del tiempo. Según Adorno el primero en llamar la atención sobre el hecho de que en la actividad universal y necesaria del espíritu se oculta el trabajo social fue Alfred Sohn-Rethel. Aceptada esa premisa se asume también que las categorías se mueven al compás del modo de producción. Pero como también el ámbito objetual de las investigaciones es producto del trabajo social, los objetos mismos van mostrando nuevas facetas con el paso de la historia y generan, en consecuencia, la necesidad de nuevas categorías para aprehenderlas.

La explicación teórica es, para los frankfurtianos, la forma de relacionar las categorías aportadas por el sujeto con las facetas nuevas mostradas por el objeto:

"Siempre se encuentran, por un lado, el saber formulado conceptualmente, y, por el otro, una situación objetiva que debe ser incluida en aquél, y este acto de subsumir, de establecer la relación entre la simple percepción del hecho y la estructura conceptual de nuestro saber, es su explicación teórica." (Horkheimer, 1974: 227)

De acuerdo con estas ideas, los meros hechos no alcanzan a determinar una estructura conceptual. Y las puras consideraciones lógicas no pueden fundamentar una reestructuración de las teorías vigentes. Horkheimer advierte que, en la medida en que el concepto de teoría es independizado, como si se lo pudiera fundamentar a partir de la esencia del conocimiento, o de la esencia íntima de las cosas, se transforma en una categoría ahistórica, cosificada e ideológica. Como una teoría vigente, por el hecho de estar vigente, ya da cuenta de cierta manera de algunas de las caras mostradas por el objeto, siempre es posible imaginar hipótesis auxiliares que permitan evitar una modificación de la teoría en su totalidad. Esto permite inferir que las teorías no están inmanentemente determinadas. Pues si de todos modos se imponen nuevas teorías ello es fruto de relaciones históricas concretas.

"No niegan esto los epistemólogos modernos, si bien ellos, ante factores extracientíficos decisivos, apelan más al genio o a la casualidad que a las relaciones sociales." (Horkheimer, 1974: 219)

El positivista quizá objetará que la teoría se adapta a los hechos, que si la teoría cambia es porque se aprehendió mejor lo que el objeto siempre fue. A esto cabe responder que, con el avance del proceso histórico y la modificación de las circunstancias sociales, tanto la manera de teorizar como el objeto sufren un desplazamiento. Una nueva teoría es una recomposición de las relaciones entre sujeto y objeto.

Los tiempos actuales imprimen una velocidad a los cambios tal que ya no hay lugar para los dogmatismos si se quiere dar cuenta de la totalidad social. Incluso un aggiornado positivismo, resultante del criticismo popperiano, ha reconocido que la verdad definitiva no está al alcance en ningún campo objetual. Y como ningún concepto es capaz, por sí solo, de apropiarse todo lo que un objeto significa los teóricos críticos proponen una metodología de "constelaciones conceptuales".

Max Weber tuvo la agudeza y la profundidad, según Adorno, para superar la conciencia de sí de la práctica científica en la época de la neutralidad valorativa. En *Economía y Sociedad*, como resulta sencillo constatar, es posible encontrar una profusión de definiciones, las más de las veces sobre el mismo objeto, al cual se retorna una y otra vez. Ellas no son inmóviles cristalizaciones conceptuales, sino *"intentos de expresar a qué se refiere el concepto central buscado, acumulando conceptos alrededor de él en vez de planearlo para fines operativos."* (Adorno, 1975: 168)

Weber exige que los conceptos sociológicos se vayan componiendo a partir de los elementos singulares perceptibles en la realidad histórica. Estas sucesivas aproximaciones representan el único saber capaz de liberar la historia encerrada en el objeto. Es el único saber competente para acertar el puesto histórico del objeto en su relación con otros:

"Conocer el objeto con su constelación es saber el proceso que ha acumulado. El pensamiento teórico rodea en forma de constelación el concepto que quiere abrir, esperando que salte de golpe un poco como la cerradura de una refinada caja fuerte: no con una sola llave o un solo número sino gracias a una combinación de números." (Adorno, 1975: 166)

De esta manera se puede combatir la insuficiencia del concepto. Insuficiencia que, de acuerdo con Adorno, está expresada en el uso hegeliano del término "concreto", según el cual las cosas son en sí mismas su contexto, no su pura identidad.

VI.4. La dialéctica

Hay dos problemas fundamentales, según los frankfurtianos, que no pueden ser resueltos con los medios de la lógica tradicional. Se trata del problema de la relación entre sujeto y objeto del conocimiento y del problema de la relación entre concepto y cosa.

Con respecto al primer problema, hay que partir de la base de que la subjetividad presupone lo fáctico y la objetividad al sujeto. Esto ya había sido visualizado por Kant. Pero el agregado frankfurtiano tiene que ver con que tanto el sujeto como el objeto están "mediados".

Según Adorno y Horkheimer la mediación en el objeto implica que no puede ser hipostasiado estática, dogmáticamente, sino que solo puede ser conocido en su compenetración con la subjetividad. Y mediación del sujeto significa que sin el ingrediente objetivo no habría literalmente nada.

Ambas ideas apuntan sus cañones contra aquellas concepciones que pretenden fundamentar el objeto a partir del sujeto o viceversa. Ambas estrategias cometen el error de sustancializar la relación entre fundamento y consecuencia. Según Adorno:

"Mientras que la subjetividad, el mismo pensamiento, no es explicable por sí mismo sino a partir de lo fáctico e incluso de la sociedad, la objetividad del conocimiento requiere a su vez pensamiento, subjetividad. Tal paradoja es resultado de la norma cartesiana, según la cual la explicación tiene que fundamentar lo posterior, o al menos lo lógicamente posterior, a partir de algo anterior. De medir por ella el contenido dialéctico, éste se reduciría a mera contradicción lógica." (Adorno, 1975: 177)

Por el camino cartesiano se llega necesariamente a resolver la relación sujeto-objeto en la primacía del sujeto, pues para el pensamiento tradicional es intolerable que haya más de un principio. Tampoco es admisible, para semejante pensamiento identificante, que el objeto se quede con un resto no expresable por el concepto, pues esto significaría una

negación por parte de la cosa de la categoría que el pensamiento le atribuye. La retroalimentación entre sujeto y objeto se le presenta al pensamiento tradicional como una paradoja, por la posibilidad permanente de que el objeto contradiga al sujeto. Para los frankfurtianos la dialéctica vendría a resolver esa paradoja.

En lo que se refiere al segundo problema, la relación entre concepto y cosa, vale decir que quizá constituye una variante del primer problema. El pensamiento tradicional tiene una forma particular de dar cuenta de sus objetos, a través del principio de identidad. *"La cópula dice: esto es así y no de otro modo."* (Adorno, 1975: 151) Pero el pensamiento identificante no puede proceder sino mediante una abstracción que desnaturaliza el objeto, pues *"el carácter fundamental de cualquier concepto abstracto se desploma ante el ente concreto."* (Adorno, 1975: 140)

Adorno sostiene que *"lo que es, es más de lo que es"* (1975: 140). Y semejante aserto puede entenderse en varios sentidos. Puede significar que el objeto no es fijo, sino que va cambiando, evolucionando al cargarse históricamente de significados diversos. Puede también significar que en el objeto está inscripto cierto *telos*, de acuerdo con lo cual siempre está en proceso de realización de la esencia captada en su concepto. Implica también que el objeto siempre posibilita lecturas múltiples, diferentes perspectivas: tanto desde un punto de vista estático, en el sentido de que el sujeto al trasladarse puede apreciar nuevas facetas del objeto, cuanto desde el punto de vista dinámico o histórico, situación en la cual es el mismo movimiento del objeto lo que pone en evidencia aristas nuevas.

Todo ello sugiere que la identidad realizada a través del concepto se queda corta, porque las cosas siempre exceden el alcance del concepto. A esta diferencia entre concepto y objeto apunta, según los franfurtianos, la dialéctica, ya que ella es la toma de conciencia de la diferencia a través de la identidad:

"El conocimiento de lo diferente es dialéctico, además, porque precisamente él identifica más y de otro modo que el pensamiento de la identidad. Mientras que a él le interesa qué es esto, el pensamiento de la identidad dice bajo qué está subsumido, de qué es un caso o qué representa, o sea, lo que no es en sí mismo." (Adorno, 1975: 164)

Así las cosas, la fórmula de la pura identidad termina abandonando el objeto para convertirse en tautología. El plus que el objeto es en relación con el concepto, es

eliminado del conocimiento. Adorno cree que la dialéctica, por el contrario, reivindica el sentido de la diferencia, porque *"lo diferente sería la propia identidad de la cosa contra sus identificaciones."* (Adorno, 1975: 152)

Ahora bien, la contradicción que se pone de relieve entre el concepto y su objeto debería haberle demostrado al pensamiento identificante que lo individual no se puede deducir a partir del pensamiento. Pero el pensamiento tradicional no tiene nada que hacer con la contradicción. No puede asimilarla. Su único expediente es negarla.

El mismo Hegel, para quien la dialéctica era no solo método de la Razón sino también principio inmanente a la Naturaleza, terminó acusando el peso del principio cartesiano de fundamentación. Hegel termina en lo que para los teóricos críticos es una escatológica reconciliación *"mediante la inclusión de todo lo diferente y objetivo en una subjetividad ampliada y elevada a Espíritu Absoluto."* (Adorno, 1975: 164) Con ello triunfa el principio de la lógica tradicional en el seno mismo de la dialéctica. Y la clave de semejante triunfo está en el tercer momento de la misma, la equiparación de la "negación de la negación" con la positividad. El problema radica en que esta positividad brota teóricamente de la dialéctica como método, y no, como según Adorno debería ser, y como hubiese sido si Hegel no se apartaba de su propio camino, de la cosa. De este modo, la eliminación de la contradicción es confirmada, pero solo por parte de la arbitrariedad subjetiva.

"Recurrir a la identidad para conciliar de nuevo la contradicción dialéctica, expresión de lo irreductiblemente diferente, equivale a ignorar lo que ésta significa, retrocediendo al puro pensamiento deductivo. La única forma de defender que la negación de la negación es positividad consiste en presuponer a ésta de entrada como forma universal del concepto." (Adorno, 1975: 145)

Pero ampliar la dialéctica a totalidad, atribuirla puramente al sujeto, no elimina la contradicción como por arte de magia: *"el contenido experimental de la dialéctica no reside en el principio, sino en la resistencia de lo otro contra la identidad, de ahí la fuerza de la dialéctica."* (Adorno, 1975: 163)

En consecuencia, la negación de la negación no rescinde a ésta, a través de una operación mental del tipo menos por menos igual a más, sino que, en todo caso, demuestra que la negación no era lo suficientemente negativa.

Ahora bien, que la negación no haya sido suficientemente negativa no se debe únicamente a que hay una parte del ente que queda fuera del juicio y por ello lo contradice. Sino también a que la contradicción se encuentra en lo mismo que es juzgado.

Como ejemplo está el concepto de "cambio". La Economía Política considera que el intercambio de mercancías potencia un aumento de las fuerzas productivas en la sociedad. Pero el marxismo ha denunciado que la economía del cambio lleva a la sociedad hacia su destrucción. Una conciencia subjetiva a la que le resulte intolerable la contradicción, dice Adorno, o bien negará la contradicción y marchará junto al grueso hacia el desastre, o bien rechazará el canje y se estrellará contra el mundo.

Debería quedar en claro que la dialéctica es contradicción *en* la realidad y contradicción *a* la realidad, aunque la explicación se embrolle un tanto en este punto:

"La dialéctica no es de hecho ni solo método ni tampoco algo real entendido ingenuamente. No es un método: ya que la cosa no reconciliada, y que carece precisamente de esa identidad que el pensamiento imita, está llena de contradicciones y se cierra a cualquier tentativa de una interpretación unánime. Pero es la cosa la que da motivo a la dialéctica, y no el impulso organizador del pensamiento. Tampoco es algo simplemente real: puesto que la contradictoriedad es una categoría reflexiva, la confrontación pensante de cosa y concepto. La dialéctica como procedimiento significa pensar en contradicciones a causa de la contradicción experimentada en la cosa y en contra de ella." (Adorno, 1975: 156)

¿Por qué la dialéctica es, a la par de contradicción en la realidad, contradicción a la realidad? ¿Existe todavía alguna disparidad entre pensamiento y cosa que se haya pasado por alto?

Efectivamente: hasta ahora se había acentuado la forma en que el objeto concreto contradice al concepto. Pero el hecho es que también el concepto contradice al objeto.

Ello ocurre porque el concepto no es solamente menos que el objeto, también es más que él. Un regreso al ejemplo del canje o cambio le sirve a Adorno para explicar el punto. En cuanto concepto el canje significa un intercambio de valores iguales. Pero en la práctica el canje fue desde tiempos inmemoriales un nombre para intercambiar lo distinto apropiándose de la plusvalía del trabajo. Si bien la formulación conceptual del

canje, en cuanto deformación de lo que ocurre en la realidad, es ideológica, contiene también una promesa:

"De anular simplistamente la categoría métrica de convertibilidad, harían su aparición entre nosotros la apropiación inmediata, la violencia, es decir, el puro privilegio de monopolios y camarillas. La crítica del principio de convertibilidad como instancia identificadora del pensamiento busca la realización de ese cambio libre y justo, que hasta ahora no fue más que un pretexto." (Adorno, 1975: 148)

Las instituciones sociales nacen signadas por finalidades, necesidades e ideales, y es inevitable que todos estos factores entren como ingredientes en su concepto. Esos mismos factores impulsores se transforman luego en hipoteca para el concepto, en la medida en que comienzan las discrepancias con la realidad. Eliminar la discrepancia es el nuevo ideal del concepto desgarrado por la fuerza de lo fáctico:

"Lo individual es a la vez menos y más que su determinación universal. Pero la única forma de que lo particular y determinado se encuentre a sí mismo es la superación de esa contradicción, o sea la identidad lograda entre lo particular y su concepto." (Adorno, 1975: 153)

Hay, entonces, una presión de lo ideal (la crítica) para que la facticidad se acomode al concepto. Las ideas viven entre lo que las cosas pretenden ser y lo que son (Adorno, 1975: 154). Las ideas penden, evaluadoras, como la espada de Damocles sobre el cuello de los hechos. Porque hay una esencia, la expresada en el concepto, que espera ser realizada. No una esencia en sentido husserliano, como hace notar Adorno, sino una esencia en sentido dialéctico: como "producto".

He aquí una nueva razón para que la teoría se vea impedida de ser un mero reflejo de lo fáctico. Al trabajar con conceptos, también sobre la teoría pesan exigencias ideales. La teoría tradicional, al intentar autoanularse (vaciándose de idealidad y llenándose de facticidad) elide interesadamente una de las dimensiones en las que trabaja todo concepto. Pero *"acusar a la teoría de anacronismo es una forma de obedecer al lugar común que elimina como anticuado lo que sigue doliendo como fracaso."* (Adorno, 1975: 147)

La teoría tradicional, ciega frente a esta forma de contradicción, se ve impedida de trabajar para la superación de la discrepancia entre objeto y concepto. Por ello representa una mera sanción de lo existente y la renuncia a la esperanza. Ella es el fracaso del pensamiento.

VI.5. Prioridad del objeto

La crítica al pensamiento identificante que realizan los frankfurtianos conlleva el reconocimiento de la preponderancia del objeto en el proceso del conocimiento. Esta preponderancia se sintetiza filosóficamente de la siguiente manera: el sujeto está en el objeto de una manera diferente a como éste se halla en aquél. Si bien el objeto solo puede ser pensado por medio del sujeto, el primero se mantiene frente a segundo como algo *otro*. Posiblemente sea esta percepción la que llevó a Kant a sostener la radical alteridad de la cosa en sí, pese a caer, de acuerdo con su análisis, fuera del ámbito de lo racionalmente aprehensible. El sujeto, por su misma naturaleza, dice Adorno, es antes que todo también objeto: *"El sujeto es impensable, ni siquiera como idea, sin objeto; en cambio, éste lo es sin aquél. Subjetividad significa también objeto, pero no viceversa."* (Adorno, 1975: 185)

La expresión heideggeriana *Dasein* quizá comparte esta intuición, y es posible con ella trazar la siguiente analogía: el hombre o el sujeto son "el ahí" del ser o del objeto[68].

Afirmar que sin sujeto cognoscente no habría conocimiento del objeto no le parece a Adorno un golpe suficientemente fuerte como para derribar la prioridad del objeto.

Por una parte porque, frente al indecidible filosófico que representa la pregunta implícita, se inclina por la idea de que el sujeto no es la radical alteridad del objeto, como sí puede serlo éste de aquél.

Por otra parte, porque la conciencia es función de un determinado tipo de objeto: el sujeto vivo. Semejante sujeto es conciencia y también cuerpo. Y así, íntegro, realiza el proceso de conocimiento.

[68] Para los representantes de la Teoría Crítica el objeto es el ser y el ser es el objeto. Por eso el objeto es capaz de mostrar multiplicidad de rostros: porque el *sein* es la pura vacuidad que se va determinando, el todo indeterminado del cual los objetos concretos son sus diversas manifestaciones. Tales objetos concretos conservan, además, la misma dinámica o forma de ser, pues si bien no son absolutamente indeterminados, siempre pueden ser objeto de nuevas determinaciones. Este paralelismo cuasi-identificatorio entre ser y objeto es radicalmente diferente de la concepción de Kant, para quien lo objetivo representa la parte del ser al alcance de la compenetración subjetiva.

La actividad cognitiva del sujeto es somática por definición. Ese componente somático representa lo no puramente cognitivo del conocimiento. Sin sensación no puede haber conocimiento del objeto, y la sensación es en sí misma impresión corporal. El pensamiento identificante, que todo lo reduce a sujeto, había ajustado las sensaciones como datos fundamentales de la conciencia. Pero esa fuente de conocimiento lo es gracias al cuerpo, no a la conciencia.

Si el sujeto es físico, y *"el sufrimiento es físico"* (Adorno, 1975: 203), resulta natural que el sujeto quiera superar el estado de sufrimiento: *"la componente somática recuerda al conocimiento que el dolor no debe ser, que debe cambiar."* (Adorno, 1975: 204)

A través del análisis de la prioridad del objeto la dialéctica, en consecuencia, se transforma en materialista. Así se cierra el círculo abierto al emparentar a los teóricos críticos con las ideas marxianas y con su último ideal:

"El materialismo histórico se dirige, si a algún punto, a su propia superación, a la liberación del espíritu con respecto al primado de las necesidades materiales, en el estado de su satisfacción. El espíritu se encuentra sujeto a las condiciones materiales, a la vez que se niega a satisfacerlas. Solo cuando el impulso corporal se satisfaga, podrá reconciliarse[69]*. Hasta entonces, no será lo que promete con su negación."* (Adorno, 1975: 208)

VI.6. Conclusiones provisionales

De acuerdo con los apartados precedentes, las reflexiones de dos de los más eminentes miembros de la Escuela de Frankfurt culminan en el materialismo dialéctico. Adorno mismo admite con sorna, en el prólogo a su *Dialéctica Negativa*, que ello permitirá ufanarse a sus detractores de que "ya lo decían ellos".

Y es que "ellos" se escandalizan ante la posibilidad de que la ciencia se comprometa con la sociedad de una manera distinta que a través de la técnica, esto es, con la reflexión.

[69] Una idea similar apunta Hannah Arendt cuando diferencia "libertad" de "liberación". Dado que el sujeto se encuentra apremiado por las necesidades, no puede ser libre (es decir, aparecer con su acción y discurso en el espacio público) hasta tanto no se haya liberado, es decir, hasta tanto haya logrado satisfacer dichas necesidades. La liberación es, así, condición necesaria para la libertad.

“Ellos”, con la excusa de reflejar lo que es más propio del objeto, lo enfocan unidimensionalmente, silenciando así la mayor parte de las cosas que el objeto tiene para decir.

“Ellos” combaten encarnizadamente la posibilidad de una ciencia socialmente comprometida. Pero, cabría preguntarse, ir en búsqueda de la verdad ¿no implica de consuno asumir un compromiso social?

Tal encarnizamiento es sospechoso: ¿no será la cortina de humo con la que se pretende distraer la atención del hecho de que la ciencia tradicional determina unilateralmente lo que el objeto puede revelar y lo que no? ¿A qué clase de verdad apunta la ciencia tradicional cercenando el objeto de esa manera?

El dogma consistente en sostener que los intereses no son racionalmente procesables conmina a la ciencia tradicional a enfocar la pura verdad, aunque esté así de mutilada. Pero esa verdad parcial es más sospechosa de ideología que la verdad amplificada de una ciencia comprometida. ¿Qué duda cabe de la mayor lealtad de una ciencia que exhibe sus intereses, con lo cual los somete al tribunal de la comunidad epistémica, por sobre otra ciencia que, inconscientemente o no, esconde sus intereses tras la coraza de la pureza, con lo que esos intereses se imponen tácticamente sin haber superado el filtro de la crítica?

Al respecto opina Habermas:

“si los intereses rectores del conocimiento pueden a lo sumo formalizarse pero no suspenderse, entonces éstos han de ser puestos bajo control, y ha de criticárselos o legitimárselos como intereses objetivos dimanantes del plexo social… pero la reflexión acerca de tales intereses obliga a pensar dialécticamente…” (Habermas, 1982: 44)

La referencia de Habermas a la importancia de la dialéctica necesita de mayor aclaración. Ya se ha visto como, para Adorno y Horkheimer, dos maneras diferentes de practicar la ciencia necesariamente implican lógicas distintas. Los defensores del modelo tradicional, en tanto, no ha ahorrado críticas frente a la lógica dialéctica.

Kelsen mismo ha intentado desconectar la dialéctica de la realidad y transformarla en simple superchería mediante el expediente de derribar su herramienta fundamental, la contradicción. Según Kelsen ningún fenómeno de la realidad contradice a otro. Pueden sin dudas encontrarse dos fenómenos bajo la forma de un choque de fuerzas, como por

ejemplo se encuentran el proletariado y la burguesía en la sociedad capitalista. Pero una fuerza, A, que se mueve en una dirección, y otra fuerza, B, que se mueve en dirección opuesta, no tienen por qué ser descriptas como A y –A. Todos los fenómenos de la realidad, aunque se muevan en sentidos encontrados, pueden y deben, cree Kelsen, describirse conforme a los cánones de la antigua lógica.

Esta crítica es contundente, pero su valor es relativo, porque yerra la doble contradicción entre concepto y objeto y entre objeto y concepto. Sin embargo, la insistencia del argumento, junto con las resonancias teológicas y metafísicas del concepto de dialéctica, han llevado a nombrarla cada vez menos cuando no a cotar su significado. Así, Habermas completa la última cita:

"pero la reflexión acerca de tales intereses obliga a pensar dialécticamente, si dialéctica no significa aquí otra cosa que la tentativa de entender en cada instante el análisis como parte del proceso social analizado y como su posible autoconciencia crítica…" (1982: 44)

El autor alemán parece solicitar a los detractores que permitan a la dialéctica ser por lo menos lo explicitado en la cita. Pero ¿no puede alcanzarse el mismo objetivo con herramientas diferentes de la dialéctica? O, formulando la pregunta con más precisión: ¿no se podrá definir con un nombre diferente al procedimiento que el que se critican o se legitiman los intereses rectores del conocimiento?

Habermas intenta algo así y, con la finalidad de sustraer el blanco a las críticas y evitar reacciones alérgicas, deja paulatinamente de hablar de dialéctica y en su lugar coloca la "hermenéutica". Y explica de la siguiente manera el proceso de autoesclarecimiento de la ciencia:

"… la teoría dialéctica obtiene sus categorías partiendo de la conciencia que de la situación tienen los propios individuos agentes; en el espíritu objetivo de un mundo social de la vida se articula el sentido del que parte la interpretación sociológica, y, por cierto, en términos identificantes a la vez que críticos. El pensamiento dialéctico… supera el sentido que subjetivamente le atribuyen los actores… pues la dependencia de esas ideas e interpretaciones respecto de los intereses de un plexo objetivo de reproducción social prohíbe quedarse en la hermenéutica subjetiva que los actores

ejercitan; una teoría que proceda en términos de comprensión del sentido pero empujando la inicial comprensión subjetiva en dirección a la objetividad tiene también que dar cuenta del momento de cosificación que es el que exclusivamente tienen a la vista los procedimientos objetivantes.

Así como la dialéctica escapa al objetivismo bajo el que las relaciones sociales de individuos que actúan históricamente son analizadas como las relaciones regulares entre cosas, así también escapa al peligro de ideologización que subsiste mientras la hermenéutica mida ingenuamente esas relaciones por aquello por lo que ellas subjetivamente se tienen. La teoría ha de captar ese sentido subjetivo pero solo para pasar por detrás de los sujetos e instituciones y medirlos por aquello que realmente son. Y así consigue acceso a la totalidad histórica de un plexo social…" (Habermas, 1982: 28)

La referencia arroja luz sobre la forma en que trabaja una ciencia social crítica y comprometida, pero deja en la penumbra el papel de la dialéctica en el aumento de la autocomprensión y el acceso a la totalidad histórica. Quizá se pueda decir que el trabajo realizado es hermenéutico, y que a su vez la hermenéutica procede dialécticamente. Pero no resulta sencillo aclarar el punto, teniendo en cuenta el acompasado abandono del concepto por parte de Habermas.

Esto puede mostrar lo verdadero de aquella afirmación de Horkheimer según la cual las teorías son siempre infradeterminadas: probablemente sean sociales, políticos o estratégicos los motivos que llevaron al autor alemán a abandonar la dialéctica. No hay que descartar, a este respecto, su biografía intelectual. Pues dicho abandono sobrevino en un periodo en el que Habermas, y con él la Teoría Crítica, empapado y enzarzado con y contra Hegel, retrocede sobre sus pasos para reconciliarse con Kant.

VII- FUNDAMENTOS ALETHEICOS EN DIRECCIÓN DE UNA TEORÍA CRÍTICA DEL DERECHO

El presente capítulo es un complemento del anterior, "Las metas del pensamiento". Aquí interesa, sobre todo, explicar el sentido en el que Habermas, y con él la Teoría Crítica, se hacen kantianos.

Sobre la base que proporcione tal dilucidación, será posible presentar una explicación contrapuesta a la idea que tiene Kelsen acerca de que las normas jurídicas solo representan intereses subjetivos y que no pueden ser racionalmente fundamentadas.

La hipótesis del presente capítulo consistirá, entonces, en afirmar que las expresiones normativas pueden ser fundamentadas en lo esencial de manera idéntica a las proposiciones empíricas.

Si semejante idea puede ser bien apuntalada, entrañará importantes consecuencias a la hora de pensar la validez de la norma jurídica y del procedimiento completo de producción de normas, e incluso podrá conducir a pensar de manera diferente la relación entre teoría del derecho y democracia.

VII.1. Una crítica a las teorías correspondentistas de la verdad

La complejidad de la nota al pie número 66, contenida en el capítulo, anterior permite estar advertido sobre las dificultades que supone, a la hora de pensar el concepto de verdad científica, que el dualismo entre hechos y decisiones, postulado por el positivismo, no repose sobre bases tan firmes como se creía.

Albrecht Wellmer se retrotrae, al analizar el concepto de verdad, hasta Aristóteles, autor de una definición clásica:

"Porque decir que no es el caso lo que es el caso, o que es el caso lo que no es el caso, es falso; pero decir que es el caso lo que es el caso y que no es el caso lo que no es el caso, es verdadero." (Wellmer, 2013: 101)[70]

[70] Aristóteles, *Metafísica*, IV, 7, 1011b.

Semejante definición ha sido la fuente del axioma medieval (*adequaetio rei et intellectus*) así como de la famosa fórmula de Tarskij ("p" es verdadera si y solo si p, esto es: "la nieve es blanca" es verdadera si y solo si la nieve es blanca).
Hasta Kant, más allá de su giro copernicano, parece sostener la misma idea:

"La antigua y famosa pregunta con la que se pensaba arrinconar a los expertos de lógica… es la siguiente: ¿qué es la verdad? La explicación nominal de la verdad, de que es la concordancia del conocimiento con su objeto, nos la ahorramos aquí, presuponiéndola." (Wellmer, 2013: 102)[71]

Este aparente acuerdo, empero, resulta ser solo superficial. Puesto que la definición de Aristóteles es lo suficientemente vaga como para hacer a partir de ella un rico análisis hermenéutico.
Por lo pronto, ni bien comenzado un análisis es posible comprobar que la manera típicamente positivista de leer la definición, la del Wittgenstein del *Tractatus*, por poner un caso, es superficial e imprecisa. Por no mencionar que está cargada de una dosis fuerte de Metafísica, que es precisamente lo que un positivista intenta evitar.
Sostener que una proposición, "p", es verdadera si y solo si existe por fuera de esa proposición un "hecho", o un "estado de cosas", que permite verificar la proposición, puede funcionar para casos simples, como por ejemplo la corroboración de la blancura de una pared. Pero

"las cosas se ponen mucho más complicadas cuando se trata, por ejemplo, de juicios (enunciados o convicciones) lógicamente complejos, morales, estéticos, matemáticos, históricos o filosóficos. Porque en estos casos generalmente no podremos convencernos mediante una mera 'inspección' si es el caso lo que se afirma: pues por regla general ya no tiene sentido en absoluto la idea de una comparación *directa entre un enunciado y la realidad; por el contrario, para detectar si es el caso de lo que se afirmó dependemos de procedimientos 'indirectos', a saber, de* fundamentaciones *de que algo sea el caso o no…"* (Wellmer, 2013: 103-104)

[71] Kant, *Crítica de la Razón Pura*, B83/A58.

La carga metafísica de una teoría correspondentista tiene que ver con la idea de que, de alguna manera, los enunciados se corresponden con la realidad en virtud de algún tipo de armonía preestablecida entre el mundo, concebido como la totalidad de estados de cosas, y el aparato cognitivo humano. Correspondencia comprobable, por otro lado, solamente *"desde algún punto de vista que no puede ser el nuestro sino tal vez el de Dios."* (Wellmer, 2013: 104)

Pero, en una edad posmetafísica, no resulta posible ninguna concordancia o correspondencia que vaya más allá "de nuestra praxis de justificación". Eso significa que solo se puede resolver si es el caso lo que una persona afirma recurriendo a razones, esto es, a la práctica de la argumentación.

Sin dejar de ser correcto, al argumento de Wellmer parece faltarle un engranaje que contribuiría a reforzar su propia conclusión: una problematización del concepto de hecho o estado de cosas.

Ya no es posible sostener la posición del realismo ingenuo, en el sentido de creer que los hechos son efectivamente los estados o situaciones de un mundo subsistente de por sí, cuya existencia es objetiva independientemente de que no existan sujetos capaces de conocerla.

Después del *linguistic turn* solo es posible pensar que los hechos no son aquello a lo que se refieren los enunciados, "sino lo que los enunciados, cuando son verdaderos, enuncian". Como afirma T. Pätzig: *"sin enunciados no puede haber hechos porque los hechos son esencialmente dependientes del lenguaje"* (Alexy, 1989: 112).

La teoría de la verdad debe, en consecuencia, adaptarse a esta duplicidad interior del concepto de "hecho", que consiste en que los hechos son la piedra de toque para la determinación de la verdad de las expresiones lingüísticas, pero son al mismo tiempo dependientes del lenguaje.

Solo una teoría discursiva o consensual puede cumplir con esta exigencia.

Habida cuenta de que un enunciado no puede ser verdadero a la luz de una simple y llana confrontación con el mundo, su capacidad de ser verdadero se mide por su "desempeñabilidad discursiva". Esto quiere decir que, en el nivel del discurso y de la argumentación, es posible llegar a acuerdos sobre la verdad de las proposiciones fundados en los mejores argumentos disponibles.

El criterio, por lo tanto, de una teoría consensual de la verdad, es que solo se puede atribuir un predicado a un objeto si cualquier otro con el que se pudiera entablar un

diálogo atribuyera al mismo objeto el mismo predicado. En resumen, la condición para la verdad de las proposiciones es el acuerdo potencial de todos los demás.
Desde este punto de vista, pareciera que la justificación de una aserción ya no debe depender de la verdad de la misma, sino que la verdad de la aserción depende de la justificación de la misma. Y agrega Alexy:

"Si esta solución es posible, entonces se logran dos objetivos: por un lado, se puede mostrar que la verdad no consiste en una problemática relación enunciado-mundo. Por otro lado, se da un paso importante en la equiparación de proposiciones normativas y no-normativas, en cuanto a su capacidad de verdad." (Alexy, 1989: 112)

VII.2. Diferenciación entre "acción" y "discurso"

La teoría consensual o, como Habermas prefirió llamarla luego, discursiva de la verdad[72], entronca con su más amplia *Teoría de la Acción Comunicativa*. De acuerdo con esta teoría, el lenguaje funciona como una fuente primaria de integración social, por ello los órdenes sociales sólo cobran consistencia y perduran a través del reconocimiento de pretensiones de validez normativas, lo mismo que pasa con el lenguaje.
La interacción humana presupone un fondo de convicciones comunes aproblemáticas (sustrato del "mundo de la vida" en el que los integrantes del grupo crecieron y de acuerdo con cuyos patrones, lealtades y habilidades han sido socializados), un saber de fondo respecto del cual se vive y se habla sin toma de distancia por la certeza inmediata que provoca.

[72] El concepto de "consenso" ha sido arduamente debatido, y como la tensión entre facticidad y validez que lo constituye no ha quedado clara para muchos, el concepto despierta antipatías y ha sido fuertemente resistido. Alexy hace un esfuerzo por aclarar el carácter procedimental de la corrección y las interpretaciones erróneas sobre el consenso: "Tal consenso no se sigue lógicamente de la determinación las condiciones del discurso ideal. Un consenso en una determinada cuestión normativa es algo sustantivo. Las condiciones del discurso ideal tienen, en relación con ello, solo carácter formal. Una garantía de consenso en cada cuestión solo podría por ello aceptarse si fuera cierta la premisa empírica de que no hay desigualdades antropológicas de los hombres que se opongan a discurso, y que puedan excluir, también bajo las condiciones del discurso ideal, un consenso en cuestiones prácticas (por tanto, en cuestiones de valoraciones). Esta cuestión no se puede resolver" (Alexy, 1989: 301). Frente a las dificultades y a las resistencias, Habermas prefirió un cambio terminológico: "Quizá, para prevenir malentendidos, debería hablarse de una teoría discursiva de la verdad en vez de una teoría consensual de la verdad." (Habermas, 1994: 139)

Sin embargo, ese consenso o saber de fondo siempre permanece amenzado por la contingencia y la crítica, de allí que los actores, en el papel de hablantes y oyentes, traten siempre de negociar interpretaciones comunes de las situaciones y de "sintonizar sus respectivos planes de acción a procesos de entendimiento".

"Quien se sirve de un lenguaje natural para entenderse con un destinatario acerca de algo en el mundo se ve obligado a adoptar una actitud realizativa y a comprometerse con determinadas suposiciones. Entre otras cosas, tiene que partir de que los participantes persiguen sin reservas sus fines ilocucionarios, ligan su acuerdo al reconocimiento intersubjetivo de pretensiones de validez susceptibles de crítica y se muestran dispuestos a asumir las obligaciones relevantes para la secuencia de interacción que se siguen de un consenso." (Habermas, 2000: 65-66)

En tales condiciones, la "razón comunicativa" sustituye a la razón práctica, con la ventaja notoria de hacer prescindible un actor particular o un macrosujeto social en el que ella haya de tener lugar[73].

La razón comunicativa viene posibilitada por el medio que es el lenguaje, gracias al cual se concatenan las interacciones y se estructuran las formas de vida. No es fuente de normas de acción, pero tiene contenido normativo en la medida en que aquellos que actúan comunicativamente no tienen más remedio que asumir presupuestos contrafácticos, de carácter pragmático, los cuales se extienden a todo el espectro de pretensiones de validez. Lo cual incluye, además de la verdad proposicional, la veracidad subjetiva y la rectitud normativa.

La razón comunicativa

"tiene que emprender idealizaciones, por ejemplo, atribuir a las expresiones significados idénticos, asociar a sus manifestaciones o elocuciones una pretensión de validez que trasciende el contexto, suponer a sus destinatarios capacidad de responder de sus actos, esto es, autonomía y veracidad, tanto frente a sí mismos como frente a los demás. En tal situación, quien actúa comunicativamente se halla bajo ese 'tener que'

[73] "La razón comunicativa se distingue de la razón práctica porque ya no queda atribuida a un sujeto, a un actor principal ni a un estado o macrosujeto. La razón comunicativa queda, entonces, enmarcada en el lenguaje, que obliga al sujeto, incluso en la más mínima conversación, a tomar una actitud realizativa y a comprometerse con determinadas suposiciones." (Botero Bernal, 2003: 6)

que caracteriza a lo que podemos denominar coerción trascendental de tipo débil, pero no por ello se halla ya ante el 'tienes que' prescriptivo de una regla de acción, se reduzca ese 'tienes que' a la validez deontológico de un precepto moral, a la validez axiológica de una constelación de valores objeto de preferencias, o a la eficacia empírica de una regla técnica. Una corona de presuposiciones inevitables constituye el supuesto contrafáctico del habla fáctica y del entendimiento intersubjetivo fáctico, una corona de idealizaciones, pues, que se enderezan críticamente contra los propios resultados del entendimiento, el cual puede, por tanto, trascenderse *a sí mismo."* (Habermas, 2000: 66)

Todo ello significa que las interacciones lingüísticas se estructuran sobre la base de un conjunto de saberes que constituyen un consenso de fondo, pero dicho consenso, en tanto que es de tipo fáctico, siempre puede ser sometido a crítica y, por lo tanto, superarse a sí mismo.

Cada consenso entra en contacto con pretensiones de validez solo en el momento en que queda dicho y expresado. Y por ello nunca la totalidad del consenso de fondo es puesto en cuestión, porque solo por partes puede ser tematizado.

Lo dicho da como resultado en modelo en dos niveles, que constituyen dos formas distintas y fundamentales de comunicación: "acción" y "discurso".

En la primera, las pretensiones de validez planteadas en la comunicación se aceptan tácitamente. Es posible, sin embargo, que ese acuerdo tácito sobre informaciones y razones se rompa. Cuando surge el desacuerdo, es necesario pasar al segundo nivel de la comunicación, el discurso, que es donde las pretensiones de validez se transforman en el tema y se investiga su justificación.

"La racionalidad inmanente a la práctica comunicativa cotidiana remite, pues, a la práctica de la argumentación como instancia de apelación que hace posible continuar la acción comunicativa con otros medios cuando un desacuerdo ya no puede ser absorbido por las rutinas cotidianas y, sin embargo, no se lo quiere decidir recurriendo al uso directo o estratégico de la fuerza." (Habermas, 1987: I- 37-38)

En su *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Robert Alexy repasa estos argumentos y otros parecidos. Y vuelve sobre la objeción simplista que representa el mero

señalamiento de enunciados observacionales que harían inútil la comprobación discursiva de los enunciados sobre objetos.

¿Es necesario el discurso para examinar la pretensión de validez de la proposición: "este balón es rojo"? ¿No basta con, simplemente, observar el balón y utilizar la experiencia correspondiente?

La respuesta de Alexy a estas preguntas lo lleva a las críticas popperianas de las que ya se ha dado cuenta, lo cual le permite concluir con Habermas en la idea de que la aceptación de los enunciados observacionales también se basa en un acuerdo y que, por lo tanto, la verdad de las proposiciones no se puede constatar a través de su confrontación directa con el mundo.

"Como resultado de la diferenciación entre acción y discurso surge, por tanto, la siguiente definición de hecho: un hecho es lo que expresa una proposición que puede ser fundamentada discursivamente." (Alexy, 1989: 116)

VII.3. De la justificación de las proposiciones normativas a la "comunidad ideal de comunicación"

La corona de idealizaciones de la que habla Habermas, tiene que ver con el punto preciso en que tanto los enfoques objetivistas como los enfoques normativistas yerran al dar cuenta de los diversos aspectos concernientes a las formas de vida lingüísticamente estructuradas, entre ellas la acción, el discurso, y en general la sociedad, la política y el derecho.

Los enfoques objetivistas tienden a ver en su objeto de estudio, cualquiera que éste sea, solo sus características, por decirlo así, presentes. Sólo la positividad existe y por lo tanto solo ella encuentra su signo.

Los enfoques normativistas levantan la vista, pero lo hacen en la dirección de la lontananza. Pierden su mirada en el horizonte, en lo ideal. Y es la propia positividad, la empiria, lo que malogra desde ese punto de vista su densidad.

Habermas pretende que su enfoque teórico, sea lo que sea lo que se esté enfocando, tiene la virtud de mantener en tensión esto y aquello, la positividad y el horizonte, la empiria y la lontananza.

Así, haciendo referencia a las condiciones de validez que se entablan con un acto de habla, Habermas sostiene que dichas condiciones apuntan siempre por encima de todo contexto, de lo contrario cualquier acuerdo comunicativo fáctico tendría que ser considerado el último y definitivo. Pero, a la vez, las pretensiones de validez han de entablarse y también aceptarse aquí y ahora, so pena de que la falta de acuerdo penalice la coordinación de la acción.

Concretamente, las exigencias ideales que toda comunicación no puede menos que poner en juego son:

- inteligibilidad de la expresión,
- veracidad del sujeto hablante,
- verdad del contenido proposicional y
- rectitud o corrección de normas y valores.

De estas exigencias, las más interesantes son la tercera y la cuarta, porque se resuelven en la instancia discursiva.

La pretensión de inteligibilidad es, en realidad, condición y no objeto de la comunicación. Tampoco la pretensión de veracidad se resuelve discursivamente, pues si un hablante es o no sincero solo puede ser reconocido *ex post*, es decir, a través de sus acciones.

En cambio, tanto la pretensión de verdad como la de corrección solo pueden ser resueltas mediante su desempeñabilidad discursiva. Lo cual significa, de acuerdo con Alexy y en contra de la opinión de Kelsen, que los juicios de *sein* y los de *sollen* se equiparan en lo fundamental en cuanto a su capacidad de verdad: tanto para el reconocimiento de la verdad de una proposición, como para el establecimiento de la corrección de una norma, el criterio fundamental es el acuerdo potencial de todos.

Semejante criterio presenta, en principio, dos dificultades: por un lado, que el acuerdo de todos es fácticamente imposible de conseguir; por otro que, aunque todos se pudiesen pronunciar, cualquier acuerdo fáctico podría estar basado en un error o en una coacción.

Estas dificultades hacen necesario el planteamiento de un recurso teórico: la "situación ideal de habla" o, en otras ocasiones, la "comunidad ideal de comunicación". Se trata de

un anticipo contrafáctico, pero a la vez operante, que rige los intercambios comunicativos fácticos desde un cierto *sollen*:

"Aquello que nos saca de la naturaleza es cabalmente la única realidad que podemos conocer según su naturaleza: el lenguaje. Con la estructura del lenguaje es puesta para nosotros la emancipación. Con la primera proposición es expresada inequívocamente la intención de un consenso común y sin restricciones. Autonomía es la única idea de que somos dueños en el sentido filosófico tradicional." (Habermas, 1965: 8)

La situación ideal de diálogo es un concepto que establece las condiciones para que un acuerdo alcanzado en relación con la verdad o la rectitud sea considerado racional y, en consecuencia, legítimo. Se trata de una situación hipotética, es decir, de una idea, pero no de una idea alejada de lo fáctico, sino de una idea que opera sobre los discursos reales y sirve como vara de medición de cara a los consensos fácticos.

Según dicha vara, la comunicación no puede ser impedida o interrumpida ni por causas exteriores ni por coacciones que surjan de la misma estructura de la comunicación: debe existir una distribución simétrica de las posibilidades de participar en el discurso, y las razones y argumentos deben flotar libremente.

Es cierto que, probablemente, tales condiciones no se hayan cumplido nunca. Es cierto también que quizá no se cumplan jamás. Pero no es menos cierto que todo hablante, si pretende entablar una auténtica comunicación, tiene en mente la posibilidad de sostener las pretensiones de sus enunciados en las condiciones establecidas por semejante situación ideal, al mismo tiempo que reconoce a los demás la misma posibilidad. Esto es: cada vez que una persona se comunica con otra para establecer ya sea la verdad como la corrección de algo, confía en la posibilidad de esclarecimiento y anticipa contrafácticamente esa situación ideal.

Habermas toma nota de la objeción que supone una estructura de comunicación orientada de tal manera que el acuerdo alcanzable pueda mercar solo en beneficio particular. Enfrentado con la objeción del mentiroso y del ventajero, cree que un uso estratégico de la comunicación, en vistas de la satisfacción de los intereses de los sujetos atomísticamente considerados, es algo que no reposa sobre sus propios fundamentos.

El más insigne ejemplo de la postura que Habermas considera insostenible lo constituye Hobbes, quien trata de mostrar

"que la sociedad constituida en términos absolutistas, considerada en conjunto, se justifica como un orden instrumental a partir de las consideraciones y ponderaciones racionales con arreglo a fines de todos los implicados. Con ello resultaría a la vez ociosa la tarea de una fundamentación normativa del ejercicio de la dominación política, efectuado en forma de derecho" (Habermas, 2000: 156)

Pero para probar lo que se propone, según Habermas, no alcanza con que Hobbes demuestre cómo el orden satisface los intereses de todos los pactantes. También debe mostrar por qué, en el estado de naturaleza, tal sistema podría ser preferido por ellos, de tal manera que consideren racional la cesión de derechos naturales al soberano.
Ahora bien,

"un tránsito racionalmente motivado desde el conflicto permanente que representa el estado de naturaleza a una cooperación respaldada por la coerción, y ello bajo una recíproca renuncia parcial a la libertad, sólo cabría esperarla de los sujetos bajo dos condiciones…"

dice Habermas, y que se pueden resumir así:

a) para manejar el instrumento que representa un contrato los individuos deberían poder ver su libertad no como una libertad natural que choca con resistencias fácticas, sino como una libertad constituida mediante reconocimiento recíproco. Pero solamente pueden disponer de tal conceptuación una vez que han pasado a la sociedad civil.
b) Las partes que cierran el contrato tendrían que poder adoptar esa perspectiva social que el autor Hobbes y sus lectores tácitamente han adoptado desde un principio, pero que queda vedada a los individuos en el estado de naturaleza.

Conclusión:

"Bajo premisas hobbesianas no les es posible adoptar precisamente ese punto de vista que permitiría a cada uno enjuiciar si la reciprocidad de la coerción que restringe el arbitrio de cada uno conforme a leyes generales es en interés de todos por igual y, por tanto, puede ser preferida por todos los implicados…
Tal impregnación moral del estado de naturaleza está en contradicción con lo que Hobbes pretende demostrar, a saber, que puede fundamentarse la instauración de un sistema de egoísmo bien ordenado, partiendo solo del autointerés ilustrado de todos los individuos." (Habermas, 2000: 157)

El argumento de Habermas, que ya fuera anticipado por Hegel, resulta instructivo, ya que permite entender que la acción comunicativa es lógicamente anterior a la acción estratégica. Porque ésta no puede entenderse sin aquella, sea que se esté hablando de la constitución misma de la sociedad o de simples y aisladas interacciones a nivel del mundo de la vida.
En la cota más baja del análisis, el mentiroso y el ventajero son posibles solo porque la mayoría de las personas la mayor parte del tiempo apunta sus acciones en la dirección del acuerdo intersubjetivo y de la búsqueda cooperativa de la verdad. Desde este punto de vista la situación ideal de diálogo, si bien no existe, es efectivamente operante.
De acuerdo con los cánones establecidos por tal contrafáctico, tanto la pretensión de verdad como la de rectitud o corrección se caracterizan por ser:

- entabladas automáticamente por el hablante al afirmar un enunciado,
- susceptibles de crítica, y
- defendible con razones,

y al cabo habrá de poder contarse con un acuerdo racionalmente motivado por parte de la comunidad de sujetos hablantes.
Ahora bien, un consenso fácticamente existente no garantiza, cuestión que ya había señalado Kelsen[74], la verdad o la corrección de sus conclusiones, pues allí pudo haber operado el error o el engaño.

[74] "La circunstancia de que muchos individuos concuerden en sus juicios estimativos no prueba que tales juicios sean correctos" (Kelsen, 1983: 9)

Por otra parte, es muy difícil imaginar que la verdad de las proposiciones y la corrección de determinadas normas pierdan el carácter histórico que ya han asumido y pretendan valer para todo tiempo y lugar.

Por ello, todo consenso se considera falible y revisable. A resultas de lo cual tanto la verdad como la rectitud apuntan a una comunidad ideal de comunicación, esto es, una especie de extensión de la situación ideal de diálogo, concebida sin limitaciones espaciales ni temporales.

Albrecht Wellmer cree que Habermas introduce el concepto de comunidad ideal de comunicación con la finalidad de evitar consecuencias relativistas (2013: 109). Si la verdad de las proposiciones o la corrección de las normas dependen de su desempeñabilidad discursiva, ello podría significar que la verdad y la corrección dependen exclusivamente de la posibilidad de justificar argumentativamente tales aserciones. Abortando completamente la tensión entre facticidad y validez que recorre la obra habermasiana, Wellmer considera adecuado concluir que, en tales condiciones,

"verdad equivaldría a aquello que una persona o grupo, según los estándares vigentes en ese momento, tiene derecho de considerar verdadero. Sin embargo, tal disolución relativista del concepto de verdad parece incoherente" (Wellmer, 2013: 109)

Putnam, Apel y Habermas se dan cuenta, según Wellmer, de que la verdad se conecta internamente con la justificación, pero no pueden identificarse. Eso plantea la necesidad de indicar condiciones adicionales al mero consenso fáctico, porque la justificación siempre es contextual mientras que la verdad, dice acertadamente Wellmer, apunta más allá de todo contexto.

"Putnam demostró que los términos 'verdadero' y 'justificado' (con relación a aserciones o convicciones) no pueden equipararse, al señalar la gramática de estos términos: alguien tiene derecho –bajo ciertas condiciones- (tiene buenas razones) a creer o afirmar que p; y estas razones pueden resultar más tarde como insuficientes. 'Justification can be lost*'; la justificación es relativa al tiempo o a las circunstancias y a personas, mientras que la verdad* 'cannot be lost*': es decir, una convicción o una aserción no puede ser verdadera hoy para mí y mañana no para ti. La verdad es transubjetiva y atemporal. Esto indica una diferencia gramatical entre los predicados*

'es verdadero' y 'está justificado' que, sin embargo, tendría que aclarase todavía." Wellmer, 2013: 106-108)

El problema sería cómo hacer compatible la conexión conceptual entre verdad y justificación con el carácter absoluto, por decir así, de la verdad.

"La respuesta de los tres autores es que 'verdadera' podría ser llamada la opinión que fuera aceptada bajo condiciones ideales –a especificar- como justificada. Para las tres versiones es característico lo siguiente: las idealizaciones de las que parece depender la clarificación del concepto de verdad tienen que suponerse como pragmáticamente eficaces ya en el nivel de la comunicación cotidiana o bien del discurso argumentativo, ya sea como 'presuposiciones necesarias' o como 'ideas regulativas'. (Wellmer, 2013: 110)

Wellmer reacciona con rudeza contra esta estrategia basada en ideas regulativas. Poniendo el ejemplo de Karl Otto Apel, piensa que la idea de una comunidad de comunicación representa un estado de transparencia total, de conocimientos absolutos y de perfección moral. Por lo tanto, semejante idea de comunidad ideal de comunicación implicaría reintroducir por la ventana una concepción metafísica de la verdad a la que se había pretendido cerrar la puerta.

Impulsado por la muy plausible concepción de la verdad como disputa, arremete contra la posibilidad de un consenso último y definitivo que, por otra parte, en la obra habermasiana no se aprecia por ningún lado:

"Pero si es cierto que un espacio de verdad transubjetivo puede constituirse solo mediante una diferencia irreductible entre las perspectivas de diferentes hablantes, esto significa al mismo tiempo que el consenso y el disenso son cooriginarios: así como toda disputa por la verdad tiene su telos *en un consenso no forzoso, todo consenso lleva en sí el germen de una disputa por la verdad. Esto significa que la verdad, en tanto que* trasciende *perspectivas, es al mismo tiempo esencialmente* controvertida*...*

Solo sobre el trasfondo de una disputa cooperativa en torno de la verdad es posible que haya convicciones reconocidas en común como fundamentadas. En este contexto la idea de un consenso último y definitivo no tiene sentido: pues sería detener la disputa

en la cual la verdad tiene su ser; sería la idea de un fin de la verdad." (Wellmer, 2013: 119)

Análogamente, Wellmer piensa el *telos* de la comunidad ideal de comunicación como algo susceptible de realización, es más, como algo que debiera ser realizado, pero que de ser realizado, paradójicamente, significaría el fin de la historia humana (2013: 112).
El detalle es que ni para pensar la verdad proposicional ni para pensar la rectitud normativa resultan necesarias las ideas de un consenso último y definitivo ni de una comunidad ideal de comunicación fácticamente realizada.
La crítica de Wellmer adolece aquí de cierta *precipitación*. No en el sentido de apurarse con sus conclusiones, o de no haberlas meditado lo suficiente, sino en el sentido de que todo el tiempo hacer caer la facticidad en la validez, como si le resultase imposible mantenerlas en tensión.
Toda comunicación está sometida la presión que significa haber de responder a determinadas condiciones ideales de validez. Si los consensos se rompen, en el nivel discursivo se entabla un intercambio argumentativo, cuyo resultado goza de la presunción de legitimidad en la medida en que los participantes coincidan en que se han cumplido, medianamente, las condiciones de un intercambio que quepa considerar *fair*.
Pero ningún acuerdo fáctico disuelve la tensión. Tanto las conclusiones a las que se haya arribado como las condiciones de argumentación que permitieron llegar a ellas pueden ser denunciadas por cualquiera.
La facticidad y la validez, de esta manera, constituyen dos polos en ineliminable tensión y, al menos en le teoría habermasiana, la sutura entre ellos es imposible.
Por lo tanto, la idea de una verdad definitiva es una quimera: la verdad nunca dejará de ser disputada, y puede serlo, precisamente, en virtud de que las exigentes condiciones ideales de validez permiten todo el tiempo reabrir el debate sobre su fundamento.
La misma función cumple la comunidad ideal de comunicación: hacer pensable la posibilidad de una disputa sobre la verdad extendida a lo largo del tiempo y del espacio. No se trata, de ninguna manera, de un ideal que se pretenda realizar.
Quizá confunda una de las formas en que Habermas construye el concepto: ayudándose con la idea de *final opinion* de Peirce.
Al autor norteamericano le preocupaba lo que ya se ha señalado de la mano de Wellmer: que la identificación entre verdad y justificación no fuese demasiado lejos,

particularmente en la práctica científica. ¿Cómo poder afirmar que existen o han existido buenas razones para creer que sea el caso, y sin embargo no es el caso?
Peirce echa mano al concepto problemático de "realidad". Pero no de la realidad en tanto que sustrato metafísico, sino en el sentido de algo dependiente del lenguaje mismo, pero al mismo tiempo *"independiente de nosotros en el sentido de trascendente"* (Habermas, 2000: 76):

"Lo real, pues, es aquello en lo que más pronto o más tarde vendrían finalmente a parar la información y el razonamiento, y que es por tanto independiente de mis ocurrencias o de las tuyas. Así, pues, el origen mismo de la concepción de la realidad muestra que esta concepción implica esencialmente la noción de una comunidad, sin límites definidos, y capaz de un aumento definido de conocimiento." (Peirce, 1996: 311)[75]

Al ser la comunidad de científicos planteada por Peirce "sin límites definidos", se aventa la posibilidad de que la verdad cristalizase en un conjunto de enunciados que darían cuenta de la realidad de una vez por todas. Hay un momento de eternidad, por así decirlo, que implica un proceso de interpretación siempre abierto. La verdad, de esta manera, mantiene su aspecto de trascendencia, pero no con respecto al lenguaje o a la comunicación, sino con respecto a lo que se puede argumentar aquí y ahora, esto es, con respecto a cualquier consenso alcanzado en condiciones sociales e históricas concretas.

"Con esta proyección la tensión entre facticidad y validez se desplaza a los presupuestos de la comunicación, que, aun cuando tengan un contenido ideal, que, por tanto, solo se puede realizar aproximativamente, han de hacerlos de hecho todos los implicados cada vez que afirman o discuten la verdad de un enunciado y, a fin de justificar esa pretensión de validez, buscan entrar en una argumentación." (Habermas, 2000: 77)

[75] Citado por Habermas, 2000: 76.

Habermas cree que los supuestos peirceanos sobre la comunicación en el marco de la comunidad científica son extensibles a las comunicaciones cotidianas:

"Pues la teoría de los actos de habla muestra que la práctica comunicativa cotidiana tiene estructuras y presupuestos completamente similares. También aquí los participantes se entienden entre sí sobre algo en el mundo pretendiendo validez para lo que dicen. Pero a diferencia de los procesos de investigación regidos por argumentos, en la práctica comunicativa cotidiana no se empieza haciendo uso del lenguaje de forma exclusiva o principal en su función expositiva; en la práctica comunicativa cotidiana entran en juego todas las funciones que el lenguaje tiene y todas las relaciones que el lenguaje guarda con el mundo, de suerte que el espectro de pretensiones de validez se amplía allende las pretensiones de verdad proposicional." (Habermas, 2000: 78)

En este trabajo interesan, particularmente, las pretensiones de validez que se entablan al proponer una norma o algo como valioso.

VII.4. El examen de la rectitud o corrección

Hubo un tiempo, la etapa convencional de justificación según Kohlberg, en que los argumentos de peso para la resolución de las cuestiones relacionadas con normas y valores pasaban por una referencia a lo sobrenatural: Dios o la Naturaleza eran la autoridad inapelable.

Kelsen critica con acierto esa etapa de fundamentación metafísica de las pretensiones de validez. Y lo hace basándose en una contraposición: la que existe entre el saber científico, esencialmente crítico, y las creencias metafísicas y religiosas, que se definen por su dogmatismo.

Como no existe experiencia posible de los fundamentos metafísicos, se puede en su nombre decir cualquier cosa y, en consecuencia, vehiculizar ideológicamente el pretendido conocimiento contenido en las enunciados puestos en cuestión.

La forma en que Kelsen combate el dogmatismo lo lleva a atribuir racionalidad exclusivamente al discurso sobre los hechos, dejando el discurso sobre las normas *"en la penumbra de la irracionalidad"* (Cortina, 1985: 31).

En el presente estudio, sin embargo, se ha intentado demostrar que la validez intersubjetiva de argumentos llega tan lejos como la objetividad en las ciencias formales y en las empírico-analíticas. Aquella validez intersubjetiva resulta, inclusive, la fuente de la que brota esta objetividad.

Nada impide, en consecuencia, trazar un paralelismo entre la teoría consensual de la verdad y una teoría consensual de la corrección o rectitud. Así llega Habermas al Principio de Universalizabilidad, o Principio de Discurso, que es piedra de toque de la teoría, y que reza:

"Válidas son aquellas normas (y solo aquellas normas) a las que todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales." (Habermas, 2000: 172)

Ello significa que en un discurso sobre el cual pesan las exigencias ideales características de la situación ideal de diálogo, es decir, donde no existen restricciones comunicativas, solo será posible el consenso sobre aquellos valores y normas que todos puedan querer.

Siendo que las normas regulan la posibilidad de satisfacción de necesidades o de consecución de intereses (Alexy, 1989: 172), una norma "que todos puedan querer" será aquella cuyas consecuencias directas e indirectas para la satisfacción de las necesidades de cualquier individuo puedan ser aceptadas por todos.

Llegados a este punto, se puede corroborar la honda raigambre kantiana del criterio esbozado. Ello hace comprensible la anterior afirmación sobre el retorno a Kant por parte de Habermas y de la Teoría Crítica.

Es fácil percibir que el Principio de Discurso es una forma de *imperativo categórico*. La formulación de Karl Otto Apel lo hace bien palpable:

"Obra solo según una máxima de la que puedas suponer en un experimento mental que las consecuencias y subconsecuencias que resultaran previsiblemente de su seguimiento universal para la satisfacción de los intereses de cada uno de los afectados puedan ser aceptadas sin coacción por todos los afectados en un discurso real." (Cortina, 1985: 251)

Tanto en una formulación como en la otra, parece advertirse un giro consistente en dos movimientos. Por una parte, aquél que argumenta se somete a las condiciones de la argumentación y a la crítica de los demás participantes en la misma. Se trata del momento de intersubjetividad en la determinación de la validez de una afirmación concerniente a normas o a valores.

Pero antes de eso, parece apuntalarse un momento de subjetividad, un momento que aparentemente tiene que ver con la actitud mental de aquél que va a plantear un enunciado con pretensiones de ser legítimo. Este primer momento es enunciado claramente por Apel, cuando habla de "experimento mental".

En Habermas la formulación no parece tan clara, pero es deducible: lo más probable es que, en los discursos reales, no todos puedan hacer oír su voz. De allí que los participantes reales en una argumentación real deban realizar tal experimento mental. Lo dicho se refuerza todavía más cuando se piensa en las democracias representativas: en los Parlamentos seguramente no estarán presentes las voces de todos los posibles afectados por las decisiones.

La actitud mental que Apel y Habermas parecen reclamar encuentra su asidero en algunas máximas postuladas por Kant en la *Crítica del Juicio*, en opinión de Hannah Arendt la obra más propiamente política del königsberguense[76].

[76] Arendt (1982) extrae una serie de lecciones magistrales de la *Crítica del Juicio*, particularmente del parágrafo 40, B 158. Oscar Sarlo, por su parte, concede el mérito de inaugurar la vía de investigación del derecho a partir de la Crítica del Juicio, al profesor uruguayo Hugo Malherbe: "En efecto, ya en 'Hermenéutica y racionalidad' Malherbe señala que es el la tercera crítica donde se muestra la funcionalidad de la razón que permite explicar los modelos de razonamiento jurídico. Malherbe no niega la pertinencia del razonamiento deductivo, tal cual privilegiaba la concepción iluminista, pero señala que tanto o más importante es el razonamiento reflexionante… Malherbe descubre que en el campo del derecho se da típicamente la situación que Kant describe para demostrar la pertinencia del juicio reflexionante: no tenemos el principio, pero tenemos el dato. Y en el derecho sucede muchas veces eso mismo: tenemos un caso que reclama solución, pero no tenemos una norma dada que lo resuelva, o las que existen lo resuelven de manera muy insatisfactoria (en lo práctico, en lo ético). Entonces el juez se ve necesitado de recurrir al juicio reflexionante, que es aquél que genera conjeturalmente un principio (el de finalidad) con el propósito de armonizar nuestra experiencia. En Kant ese juicio permitía armonizar –en una síntesis final- nuestras experiencias cognoscitivas de la naturaleza y de la libertad. En el campo del derecho permitiría –interpretando la idea de Malherbe- armonizar la comprensión del derecho como algo dado y la necesidad práctica de adaptarlo a las exigencias prácticas, sin resentir su comprensión total como algo sistemático, coherente. Malherbe estaba obsesionado por demostrar la falsedad del modelo iluminista que reducía el razonamiento jurídico al modo deductivo, postulando implícitamente la completitud y coherencia de un sistema dado de normas. Para él, la ruptura venía por el lado de la revalorización del razonamiento dialéctico descrito por Aristóteles, que en el siglo XX actualizaron la tópica de Viehweg y la Nueva Retórica de Perelman" (Sarlo, 2004: 28). La observación que cabría hacer a Sarlo, y, quizás, por su intermedio, al mismo Malherbe, es que la riqueza de la Crítica del Juicio no radicaría únicamente en su capacidad de "armonizar" la experiencia con exigencias prácticas y éticas solo en aquellos casos en los que falta la norma con la que sintetizar el dato. Mucho más allá de eso, la riqueza

Enfrentado con el potencial relativista de los "juicios reflexionantes", Kant hace un esfuerzo por establecer criterios que permitan distinguir entre juicios mejores y peores, y ello a pesar de que los juicios reflexionantes carecen del concepto que les permita realizar una síntesis con la experiencia (lo cual asegura la verdad de los "juicios determinantes").
Concluye en una serie de máximas, que garantizan la máxima calidad posible a los juicios del gusto:

a) "autonomía", esto es, el juicio es elaborado por alguien que piensa por sí mismo.
b) "Consistencia", es decir, quien elabora el juicio evita caer en contradicciones. Y, finalmente,
c) "mentalidad ampliada", que tiene que hace referencia a un intento por "extender" el pensamiento.

Semejante extensión del pensamiento tiene que ver con el momento discursivo relacionado con la subjetividad, pues implica una abstracción de las limitaciones contingentes de la enunciación del juicio y, por ello, una suspensión de los intereses que el sujeto antepone desde su propia perspectiva parcial. La mentalidad ampliada significa la capacidad de cotejar el pensamiento propio con los pensamientos virtuales de los demás, y la facultad que hace posible semejante cosa en la "imaginación".
Dice Arendt que, según Kant, la calidad de un juicio o de una opinión depende de su grado de imparcialidad, es decir, de la capacidad de tomar en cuenta la opinión de otros:

"Cuantos más puntos de vista tenga yo presentes cuando estoy valorando determinado asunto, y cuanto mejor pueda imaginarme como sentiría y pensaría si estuviera en lugar de otros, tanto más fuerte será mi capacidad de pensamiento representativo y más valiosas mis conclusiones, mi opinión." (Arendt, 1996: 254)

Ahora bien, esta forma ampliada de pensar no se cierra sobre sí misma, sino que se hace pública y se somete con ello a crítica. He allí el segundo momento señalado por el Principio de Discurso, presente en el mismísimo Kant, si se interpreta en ese sentido la

---

de la lectura arendtiana de la tercera crítica proporciona herramientas para pensar la legitimidad de las normas mismas.

siguiente cita: *"pensamos, por así decirlo, en comunidad con otros a los que comunicamos nuestro pensamiento así como ellos nos comunican los suyos"* (Arendt, 1996: 247).

La exposición pública de las razones a las que cada uno haya arribado se combina, entonces, con el ejercicio de la autonomía intelectual que supone la primera máxima. Y todo ello puede permitir una concertación de voluntades para actuar de común acuerdo o, aquende lo dicho, para el establecimiento de procedimientos que sirvan a la formulación de derecho legítimo en una edad posmetafísica.

El potencial comunicativo desencadenado de esta manera actúa, según Habermas, *"como una fuerza autorizadora que se manifiesta en la creación de derecho legítimo y en la fundación de instituciones."* (Habermas, 2000: 215).

Por lo tanto la Teoría Crítica, de la mano de Habermas:

a) redescubre el concepto de autonomía,
b) practica una ética cognitiva y universalista, y
c) ejercita un formalismo deontológico, pues no construye un decálogo sino que intenta generar un marco apropiado para la discusión de las normas a las que los sujetos van a someterse.

Este reencauzamiento kantiano debería implicar, para la teoría jurídica, un cambio de vocabulario: lo que antes era la promesa del concepto, será ahora una tensión permanente entre la facticidad y la validez. Y ése es un aspecto que un estudio a conciencia del fenómeno jurídico no puede descuidar, porque una teoría crítica *"no puede limitarse a una descripción de la relación entre norma y realidad desde la perspectiva del observador."* (Habermas, 2000: 147)

VIII- HACIA UNA CONCEPCIÓN CRÍTICA DE LA VALIDEZ JURÍDICA. LA RELACIÓN ENTRE DERECHOS SUBJETIVOS, DEMOCRACIA Y JUSTICIA.

En su libro *Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Jürgen Habermas considera el derecho como una categoría de "mediación". La resonancia hegeliana de tal expresión permite poner en perspectiva la verdadera entidad de su "regreso a Kant".

Habermas sigue el consejo de aquellos que llegaron a hablar de Hegel como si de un "perro muerto" se tratara, pero retrocede hacia las fuentes kantianas informado por aquél. Ello se verá, por ejemplo, al estudiar el concepto de "reconocimiento".

¿Qué significa que el derecho sea una categoría de mediación?

Básicamente, que se encuentra atrapado entre dos dimensiones. O de otra forma: hay una tensión esencial que recorre omnímodamente los sistemas jurídicos, la tensión entre "idea" y "realidad".

Esto ya lo había advertido Kant, cuando afirmó que el derecho es *"la conexión de la coerción general mutua con el arbitrio de cada uno"* (Kant, 1974: 39). Traducida en términos habermasianos, tal fórmula implica que no puede haber "derecho justo" sino cuando el concepto de validez jurídica entraña una referencia simultánea a la vigencia y a la legitimidad. Lo cual a su vez quiere decir que la facticidad de la imposición del derecho debe hallarse entrelazada con una fuerza fundadora de legitimidad.

¿De dónde puede surgir esa energía legitimadora?

Para responder esta pregunta quizás sea útil retomar los diagnósticos de los padres fundadores de la Sociología.

Max Weber advierte que el advenimiento de la modernidad es el fin de un proceso de desencantamiento del mundo. Que los contenidos materiales de la razón se han disuelto, dando lugar a racionalidades formales, cada una con su propio ámbito de aplicación, de lo cual resulta un politeísmo sui generis.

Emile Durkheim sostiene que como derivación de la creciente división del trabajo (un proceso que, en sí, no debe ser valorado negativamente) se produce un debilitamiento de la "conciencia colectiva" que puede llegar al resultado final y extremo de la "anomia". Dicho de otra manera: el grado creciente de complejización y diferenciación social hace que se reduzcan las zonas de solapamiento, parafraseando a Rawls, de las convicciones comunes. Ello espolea a los sujetos a conducir su acción orientándose solamente por el interés individual, lo cual puede representar un peligro en términos de integración social.

En tales condiciones, el derecho coercitivo pierde el sustento moral de origen religioso o metafísico, amenazando cortar el elástico que mantiene jugando de manera flexible la vigencia con la legitimidad. Con la consecuencia probable de que el derecho deje de ser la otra cara de la moneda del "poder" y pase a ser la contracara de la "violencia".

Habermas no encuentra una idea mejor para regenerar la aceptabilidad racional de las normas jurídicas como no sea la de autolegislación. Ello significa que en una etapa histórica, que Habermas denomina "edad posconvencional de justificación", el derecho perdería su capacidad de integración social si no se pudiese considerar a los destinatarios de las normas jurídicas como autores racionales de las mismas.

Se trata de un ideal que se expresó con el advenimiento de la Escuela del Derecho Natural Racional: la autoorganización de la comunidad jurídica.

El *Leviatán* fue la primera respuesta sistemática a la pregunta: ¿cómo puede el poder político legitimarse, cuando la antes vinculante imagen religiosa del mundo se descompone en un crisol de convicciones últimas de tipo subjetivo y el derecho pierde su dignidad metafísica?

Hobbes lo avizoró, pero solo empieza a quedar claro desde Locke, que la llave maestra para intentar la solución del problema la constituye el concepto de "derecho subjetivo".

Semejante respuesta llevaba consigo, sin embargo, un pesado lastre, un defecto de fábrica, por así decirlo. Porque el concepto de derecho subjetivo nace infectado por el mismo virus que estaba haciendo perecer las justificaciones ancestrales del orden social. La naciente respuesta era tan o más metafísica que las tradicionales.

El detalle se puso en evidencia por el carácter *negativo* de los derechos subjetivos. A lo largo de la tradición liberal la libertad del sujeto fue vista como una dimensión prepolítica, inalcanzable, en cuanto tal, por las resoluciones del legislador. Los *individuos* son considerados soberanos de un espacio demarcado por el conjunto de los derechos que no han sido cedidos a la comunidad.

De allí solo resta un corto paso para exigir un "Estado mínimo" que no interfiera o que estorbe lo menos posible el ejercicio de la libertad por parte de los individuos en el seno de la sociedad civil.

La preeminencia de los derechos subjetivos viene fundada por la autonomía moral de los sujetos, cuya dignidad es superior a la del colectivo del que forman parte, en una anástrofe radical de la relación entre el todo y la parte aceptada por Aristóteles y los griegos en general.

Ahora bien, la quiebra de la Metafísica arrastró consigo la piedra de toque de la autonomía moral y, con ello, el concepto de derecho subjetivo quedó en órbita.

Hans Kelsen lo vio perfectamente: ¿qué queda de los derechos subjetivos una vez que la investigación jurídica se aviene a los cánones de la cientificidad, y en la medida en que tales derechos no son recogidos y reconocidos por el derecho objetivo?

De originarios y fundantes los derechos subjetivos pasan a ser meros reflejos del orden jurídico. El derecho a la libre expresión del pensamiento, el derecho a la propiedad, incluso el derecho a la vida, no tienen otra entidad como no sea la afirmación de su validez mediante un acto de voluntad por parte de la autoridad jurídica legítima. ¿Qué es "mi" derecho a la propiedad sino la obligación que los demás tienen de respetar esto que ha sido reconocido como "mío", obligación que el derecho objetivo instituye?

Es bien conocida (y en este trabajo se ha dado cuenta de ella) la posición del jurista austriaco sobre el carácter ideológico de la doctrina de los derechos subjetivos: ella pretende colocar por fuera o por encima de las facultades del legislador ciertas instituciones consideradas clave para el mantenimiento del status quo. Justo cuando se vislumbra la radical positividad del derecho, en el sentido de que se lo concibe como un orden capaz de evolucionar y transformarse permanentemente, y ello en virtud de ser el resultado de una creación arbitraria del hombre, dice Kelsen (1983: 92 y ss.), y justo cuando se empieza a universalizar la práctica democrática de creación del orden jurídico, se siente la necesidad imperiosa de oponerle al legislador límites infranqueables. La jugada consiste en rehusar el atributo de la justicia, e incluso la condición de jurídicas/os, a las normas y los sistemas que no reconozcan y garanticen determinados derechos subjetivos.

Mediante estos razonamientos, Kelsen se opone a la idea de que los derechos subjetivos sean lógica y/o cronológicamente anteriores al derecho objetivo. Tal idea responde al interés de quienes, para proteger determinados espacios de poder, pretenden erigirse en árbitros de lo justo y de lo injusto por encima o por fuera de la voluntad del legislador, tachando de nula o de inexistente cualquier norma que contraríe ciertos lugares sagrados.

Por este motivo, rescata solo los "derechos subjetivos en sentido técnico" (que consisten básicamente en la facultad de los sujetos para poner en marcha un proceso de creación normativa) y subordina los demás al derecho objetivo, con el argumento de que los

derechos no pueden ser sino la contrapartida de obligaciones estipuladas por el derecho objetivo.

Pero aquí sobreviene una pregunta crucial, que a juicio de muchos estudiosos Kelsen no contesta satisfactoriamente: ¿de dónde recibe su legitimidad el derecho objetivo?

Habermas propone aquí su propia respuesta: se trata de una combinación de la idea de autolegislación y su teoría del discurso.

De acuerdo con la teoría del discurso la tensión entre idea y realidad se halla grabada en las formas de vida estructuradas por medio del lenguaje (Cortina, 1985: 111 y ss.). Por ello los órdenes sociales solo cobran existencia y perduran a través del reconocimiento de pretensiones de validez normativas. Habermas sostiene que, en ese medio universal que es el lenguaje, las pretensiones de corrección de las normas tienen un desempeño similar a la pretensión de verdad de las proposiciones. Es decir, también la pretensión de corrección es entablada por quien la enuncia, es criticable y es defendible con razones. Se plantea entonces, como se ha visto ya, una discusión al cabo de la cual habrá de poder contarse con el acuerdo de la comunidad de interpretación. Pero como la "realidad" es inabarcable en su totalidad por los sujetos, debe admitirse desde el comienzo mismo la radical falibilidad de cualquier consenso que se logre en una comunidad fáctica de comunicación. Por ello Habermas plantea la comunidad ideal de comunicación, un colectivo cuya peculiaridad es la de carecer de límites, ya sea espacial como temporalmente, y también para los argumentos, motivos y razones que se puedan traer a cuento.

De tan apretada síntesis puede extraerse la lección de que la fuerza legitimadora debe radicar en la formación discursiva de la opinión y de la voluntad políticas. En la medida en que las fuentes sacras que aseguraban la justicia del derecho se han secado, su lugar debe ser ocupado por la *razón*.

El subjetivismo ético que, entretanto, sirvió de abrevadero a la doctrina tradicional de los derechos subjetivos, partió de la concepción judeo-cristiana de la igualdad de cada individuo ante Dios. Pero sustituyó, según Habermas, el fundamento trascendente de la obligatoriedad de las normas por un sentido inmanente de la validez.

En consecuencia, las normas valen solo por estar ancladas en la voluntad de los sujetos mismos. Tal es la comprensión voluntarista de la validez que subyace a Kelsen y a los positivistas en general, y también a las teorías que asumen la perspectiva sistémica.

Pero la idea de que vale como derecho solo lo que un legislador político establece como derecho conforme a criterios establecidos, o, en otros términos, vale como derecho solo lo que de acuerdo con el derecho vigente vale como derecho, o, más todavía, el derecho es válido solo en virtud de decisión: ésta es una convicción "que no viene justificada racionalmente en ningún sentido". Hasta podría tratarse de una convicción anti-iluminista responsable de mantener en la "minoría de edad" a quienes están sujetos por el derecho pero no participan en la formación del mismo. Se trata de un enfoque objetivista que desprecia la perspectiva del participante y que no es epistemológica ni políticamente inocente.

No solamente en teología la opción por la primacía de la voluntad sobre la razón, o viceversa, viene preñada de importantes consecuencias. Ocurre lo mismo con la indagación sobre el derecho. La opción de Habermas en este punto es clara: la legitimidad del derecho se basa en última instancia en un mecanismo comunicativo, porque el uso público de las libertades comunicativas aparece como generador de potenciales de poder. En este asunto Habermas comparte la visión de Arendt, pues diferencia el poder de la violencia: la segunda como la capacidad de instrumentar voluntades ajenas para fines propios, y el primero como *"la fuerza generadora de consenso de una comunicación enderezada al entendimiento"* (Habermas, 2000: 215).

Por eso Habermas no se ve a sí mismo como un contractualista. Para él las doctrinas del contrato social nunca trataron de otra cosa que de una justificación de la violencia ejercida por la colectividad, a partir de la renuncia de los individuos al ejercicio de la misma. De allí que el autor alemán casi nunca hablará del "poder" a secas, sino que se referirá al poder comunicativo. Solo el poder comunicativo genera derecho legítimo. Lo cual equivale, como se verá, a: sólo la democracia puede generar derecho justo.

El poder comunicativo transmuta a la vez en forma y materia.

En forma porque es el responsable del montaje de una estructura, por así decir, dentro de la cual él mismo fluirá luego. Esto significa que el poder comunicativo cristaliza en un modelo procesal. Los procedimientos de elaboración de normas deben poder ser considerados racionales y, en tal sentido, correctos. Y el libre juego de razones y argumentos en el seno de esos procesos es la energía que permite regenerar poder comunicativo para arribar a decisiones correctas o, lo que equivale a ello, a derecho legítimo.

Por todo ello, las normas pueden ser legítimas para Habermas tanto en un sentido "inmediato" como "mediato". En un sentido mediato porque resultan de la aplicación concreta del llamado principio de discurso. Y en un sentido mediato porque las normas son el resultado de un procedimiento que cabe considerar racional, y, en tal sentido, tienen a su favor la presunción de legitimidad.

Pero ¿qué es el principio de discurso?

Es la forma que asume el ideal moral de la imparcialidad en la edad posconvencional de justificación. Es una derivación del imperativo categórico kantiano luego del giro lingüístico.

Ello presupone el carácter trascendental (en sentido kantiano) de la existencia de derechos de participación política. Y así es como el ideal de autolegislación se traduce en el principio de "soberanía popular".

Una política "del más acá", que corte los lazos con lo extramundano, solo puede verse a sí misma como la expresión y revalidación de la libertad que brota no únicamente de la libertad del individuo sino también de la soberanía del pueblo.

Por eso dice Habermas:

"En el principio de soberanía popular… el derecho subjetivo a participar con igualdad de oportunidades en la formación democrática de la voluntad común se da la mano con la posibilitación que el derecho objetivo efectúa de una praxis institucionalizada de la autodeterminación ciudadana." (Habermas, 2000: 238)

De lo dicho se deduce que el ejercicio de la autonomía política está en íntima relación con un proceso de formación discursiva de la voluntad común (a). Que todo ser humano, en calidad de ciudadano, debe tener derecho a participar con igualdad de oportunidades en dicho proceso (b). Y que el imperativo moral de la imparcialidad exige que el proceso arribe solo a resultados que podrían ser racionalmente aceptados por cualquiera (c). Estos ejes temáticos serán trabajados por separado, prestando especial atención a que el reconocimiento de la preeminencia de ciertos derechos subjetivos es algo que no se lleva del todo bien con la afirmación del principio de soberanía popular.

VIII.1. Las relaciones entre derecho y moral (c)

Tanto la moral posconvencional como el derecho sirven a la solución equitativa de los conflictos intersubjetivos. La diferencia es que el derecho no se agota en esa sola función.

Sin embargo, la idea según la cual los procedimientos jurídicos deben estar iluminados por la estrella moral de la imparcialidad, esto es, deben institucionalizar la formación pública de la opinión y de la voluntad bajo la forma propiciada por el principio de discurso, esa idea, precisamente, ha llevado a confusión. Y ha inducido a ligar de manera demasiado fuerte a Habermas con la Escuela Clásica del Derecho Natural, o a criticar la presunta subordinación del derecho a la moral que estaría implícita en el pensamiento habermasiano.

En varias ocasiones ha manifestado el autor alemán que el derecho no puede ser *in toto* subordinado abstractamente a la moral. Y lo ha hecho con argumentos similares a los utilizados contra Robert Alexy y su tesis de que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general.

El derecho no es un caso particular de la moral. El derecho no es un planeta dentro del sistema moral, ni es el segmento de una recta. La regulación jurídica es de aplicación más vasta y a la vez más circunscripta que la regulación moral. Más circunscripta porque afecta solo las manifestaciones externas de los comportamientos, sobre las que puede ejercer su poder de coacción. Y más vasta porque las materias necesitadas de regulación jurídica exceden con mucho el tema de la justicia.

De esta suerte, Habermas afirma que hay cuestiones que son susceptibles de resolverse mediante la aplicación del principio de discurso o de universalización, y otras que no lo son. Para las que lo son, la validez jurídica hace referencia a:

- razones morales (aspecto kantiano) para la determinación de lo "justo",
- razones éticas (aspecto hegeliano) en la determinación de lo "bueno para nosotros", y
- razones pragmáticas para la decisión sobre lo "adecuado", en la esfera de la acción racional con arreglo a fines (aspecto weberiano). (Habermas, 2000: 173)

Ahora bien, para el caso de intereses no susceptibles de universalización, el derecho plantea la posibilidad de llegar a "compromisos equitativos". Y aquí se pone en evidencia una cierta primacía del principio de discurso institucionalizado, ya que solo en el ámbito de los discursos morales se pueden justificar las condiciones procedimentales bajo las que los compromisos puedan tener a su favor la presunción de ser equitativos.

Por eso dice Habermas que la voluntad política de una comunidad jurídica es una decisión sobre lo justo aceptable universalmente, pero también es expresión de una forma de vida intersubjetivamente compartida, expresión de constelaciones dadas de intereses, y expresión también de los fines elegidos pragmáticamente.

Todas estas cuestiones son las que deben resolverse democráticamente si se ha de conceder igual consideración a la autonomía privada y a la autonomía pública en la conformación discursiva de la voluntad común.

VIII.2. El principio democrático y la importancia del espacio público (a)

En virtud del canon de la autonomía, para que las leyes sean más que órdenes o prohibiciones deben estar fundadas en el asentimiento justificado de todos. El legislador democrático, sin embargo, decide por mayoría. Y eso invita a enredarse con las aporías que plantea el concepto rousseauniano de "voluntad general".

Como es sabido, los esfuerzos de Rousseau giran en torno a la siguiente pregunta, contenida en el Capítulo 6 del Libro I de *El Contrato Social*:

"¿Cómo podría encontrarse una forma de sociedad que defienda y proteja a cada uno de sus miembros, y en la cual cada uno, aun uniéndose a los demás, solo se obedezca a sí mismo y mantenga, por consiguiente, su libertad anterior?" (Rousseau, 1998: 34)

Resulta interesante contraponer las especulaciones de Habermas y de Kelsen cuando se enfrentan con las dificultades que implica responder semejante pregunta, porque revelan parte de las consecuencias que se siguen de la opción, antes aludida, entre la facultad de la razón y la de la voluntad.

En *Esencia y valor de la democracia* el autor de la Teoría Pura sostiene que el nódulo de toda reflexión política es la idea de libertad (1934: 15 y ss). La vida en sociedad

impone, sin embargo, una serie de transformaciones sobre dicha idea, de tal manera que deja de ser la "libertad de la anarquía", consistente en la exclusión de la autoridad, en la (dicho hobbesianamente) ausencia de impedimentos, y pasa a ser la "libertad de la democracia", que consiste en la autodeterminación política del ciudadano y, dice Kelsen, su "colaboración" con el resultado de la voluntad política imperante en el Estado (Kelsen, 1934: 18 y ss).

Ahora bien: teniendo en cuenta el carácter de masividad de las sociedades modernas, la participación directa del grueso de la ciudadanía en la toma de decisiones se hace imposible. Y en las democracias que algunos llaman indirectas el individuo solo es libre en un momento, el de la votación, y ello suponiendo, como advierte el mismo Kelsen, "que no haya votado con la minoría derrotada".

En consecuencia, la libertad imaginada por la "ideología democrática" resulta casi irreconocible cuando se realiza efectivamente. Incluso resulta extraño que todavía se llame "autodeterminación" al hecho de la "sumisión a la voluntad de la mayoría" (Kelsen, 1934: 21).

El proceso que Kelsen describe es aquel mediante el cual la libertad de los individuos, "que es fundamentalmente imposible", pierde poco a poco su importancia frente a la libertad de la colectividad. Por ello, desde la ideología democrática el principio de la mayoría se justifica en la posibilidad de que sea libre el mayor número posible de hombres, ya que no lo pueden ser todos, o dicho de manera más técnica: que el menor número posible de hombres tenga una voluntad opuesta a la voluntad general expresada en el orden jurídico.

Ahora bien, enfocadas las cosas desde la "realidad social"[77] la vigencia del principio de la mayoría no tiene relación alguna con el concepto de autodeterminación, sino que es una "técnica específica de domesticación de la violencia" (Kelsen, 1934: 84 y ss). Impone orden y reglas a las partes que luchan por hacerse con el poder del Estado.

El principio de mayoría es una fuerza de integración social, que reduce los innumerables antagonismos que existen en el interior de una sociedad a una sola y radical contraposición. De esta manera se hace posible la negociación entre dos grupos de intereses opuestos fundamentales.

[77] Se trata de una expresión del mismo Kelsen. Para él la ideología se opone a la realidad social. Conviene recordar que el concepto de ideología que maneja el autor austriaco es idéntico al de Marx: falsa conciencia.

No es de temer, piensa Kelsen, una dictadura de la mayoría, porque una minoría permanentemente insatisfecha o sometida podría quitar su colaboración haciendo perder a la mayoría su condición de tal, y, por tanto, su legitimidad.

Y la esencia misma del Parlamento, que es para Kelsen tan fundamental a la democracia como el principio mayoritario, consiste en ser el escenario de las controversias, discursos y refutaciones que culminen en una "transacción" entre mayoría y minoría.

La conclusión a que todo esto permite arribar, es que "democracia" es transacción, y "justicia" es transacción.

Kelsen lo repite en innumerables oportunidades: al interior de la sociedad solo existen intereses y conflictos de intereses. No se trata de valores verdaderos ni de justicia ideal y absoluta. La defensa de la democracia, como única forma de organización social que hace justicia a su diagnóstico relativista sobre las modernas relaciones sociales, lo lleva a optar por la segunda de las dos alternativas siguientes: o se privilegia un interés en detrimento de otro, o se llega a una componenda como resultado de la negociación y de la transacción.

Si se comparan estas ideas con el esquema habermasiano comentado en (c), se podrá ver que el proceso de formación de la voluntad política aparece aquí reducido a la dimensión de logro de compromisos equitativos. ¿Por qué?

En primer lugar, porque Kelsen está enrolado en el no cognoscitivismo moral: no existe para él solución racional a los problemas éticos y morales. En segundo lugar, y derivado de lo anterior pero aún más importante: porque para la determinación de la validez de una norma jurídica lo esencial es el acto de voluntad del órgano competente. La razón muestra su insuficiencia en el momento interpretativo (Kelsen, 1960: 359 y ss). O sea, solo puede mostrar el marco de posibilidades que una norma de orden superior abre para la generación de otra inferior. Pero la elección de una de entre las varias posibilidades solo puede realizarse mediante un acto de voluntad, ya que no viene determinada racionalmente.

Precisamente en este punto Habermas introduce una diferencia que puede parecer de grado, pero que en realidad es radical. Es cierto que el acto de voluntad es esencial para el concepto de validez jurídica, pero se trata de un acto de voluntad formado en el seno de un proceso discursivo que mantenga en tensión dialéctica la autonomía colectiva con la autonomía individual de los sujetos a las leyes.

Para el autor alemán la "regla de la mayoría" debe mantener una relación interna con la búsqueda de la verdad. Es la única receta viable para que la voluntad colectiva no represente llanamente la autonomía de algunos y la heteronomía de otros. Pero ¿cómo lograrlo?
Por una parte, la decisión mayoritaria solo debe tomarse de forma que su contenido pueda ser considerado

"el resultado racionalmente motivado, pero falible, de una discusión acerca de lo que es correcto, provisionalmente cerrada por imponerlo así la necesidad perentoria de decidir." (Habermas, 2000: 160)

Por otra parte, la discusión pública debe mediar entre razón y voluntad, tanto en el espacio institucionalizado de discusión que representa el Parlamento, como en la esfera informal de la opinión pública. Ello significa que el marco en el que se desenvuelven los organismos estatales debe permanecer permeable a "valores, temas y argumentos, libremente flotantes, de una comunicación política de tipo envolvente y ambiental".
De aquí surge el llamado por Habermas "principio democrático", una especificación del principio de discurso, que fija un proceso de producción legítima de normas jurídicas, y cuyo contenido es que

"solo pueden pretender validez las normas que en un proceso discursivo de producción de normas jurídicas, articulado a su vez jurídicamente, puedan encontrar el asentimiento de todos los miembros de la comunidad jurídica." (Habermas, 2000: 173; 176; 187; 193)

VIII.3. El "sistema de los derechos" (b)

Locke y Rousseau son los faros de una tensión entre dos tradiciones diversas.
Una que considera que a los individuos, por el mero hecho de ser hombres, les asisten derechos fundamentales e inalienables que ningún legislador puede suprimir si pretende

sancionar derecho legítimo. Es probable que la mayoría de los planteos teóricos que pretenden fundamentar los derechos humanos partan de esta premisa[78].

La otra considera que el ideal de "autorrealización colectiva"[79] se halla por encima de todo lo demás, de tal manera que los derechos del hombre o los derechos del ciudadano no pueden encontrarse moralmente fundados de antemano (en cuyo caso la única función del legislador sería positivarlos), sino que su reconocimiento debe ser resultado de un acto de autoasunción consciente.

---

[78] "La intención de construir en términos de derecho natural racional las instituciones básicas del orden social viene a parar en todas las teorías contractualistas en que la sociedad queda entendida en conjunto como un producto intencional resultante de la asociación voluntaria de miembros que originalmente son autónomos y libres. Esta sorprendente idea solo puede cobrar una cierta plausibilidad sobre el trasfondo de que la sociedad civil empieza apareciendo como una base natural, como un 'estado de naturaleza', en que las partes se topan unas con otras como siendo de por sí iguales y libres: 'de por sí' porque los poseedores de mercancías, imaginados como administradores de sus respectivas haciendas, bajo las condiciones igualitarias de una economía centrada en el intercambio de mercancías al por menor, ocupan ya *virtualmente*, antes de toda 'sociación' o socialización política intencionalmente producida, como dirá Marx, el papel de sujetos autónomos de derecho privado." (Habermas, 2000: 107-108). Frente a esta pretensión de fundamentación, que no es tal, de los derechos subjetivos, elevará Kelsen su queja en el sentido de que los derechos de los "poseedores de mercancías" y de los "administradores de sus respectivas haciendas" vienen garantizados por el derecho objetivo, y por ninguna otra cosa. Ello presupone que la visión de la sociedad civil como una resultante del modelo del contrato privado es tan ineficaz como errónea. "Kant se percató de que los derechos subjetivos no pueden fundamentarse a su vez conforme a un modelo tomado del derecho privado. Contra Hobbes hace la convincente objeción de que éste no tuvo en cuenta la diferencia estructural entre la figura legitimatoria que representa el contrato social y un contrato privado. Pues de las partes que cierran un contrato en el estado de naturaleza hay que esperar, en efecto, una actitud distinta que la meramente egocéntrica" (Habermas, 2000: 158). La tesis de Habermas sobre el punto indica que para pasar del "estado de naturaleza" a la sociedad civil" no basta con el impulso que significa la persecución esclarecida del autointerés, es decir, la perspectiva de una primera persona del singular que procede de acuerdo con una racionalidad medios-fines, sino que es necesaria la perspectiva de una primera persona del plural que procede en términos de acción comunicativa, lo cual supone, a su vez, una estructuración cooriginaria de derechos o un reconocimiento recíproco de los mismos.

[79] Esto es lo que quiere decir Habermas cuando sostiene que "Rousseau da a la idea de autolegislación una interpretación más *ética* que *moral* (en el sentido en que venimos empleando estos términos) y entiende la autonomía como la realización de la forma de vida de un pueblo concreto, conscientemente asumida" (Habermas, 2000: 167). Ello tiene que ver con que "Rousseau parte de la constitución de la autonomía ciudadana y establece a fortiori entre la soberanía popular y los derechos del hombre una conexión interna. Como la voluntad soberana del pueblo solo puede manifestarse y expresarse en el lenguaje que representan las leyes generales y abstractas, por su propia naturaleza lleva *inscrito* en sí ese derecho a iguales libertades subjetivas que Kant hace *preceder* a la formación de la voluntad política como un derecho del hombre, moralmente fundado. De ahí que en Rousseau el ejercicio de la autonomía política ya no quede bajo la reserva de derechos innatos; el contenido normativo de los derechos del hombre penetra más bien en (y forma parte de) el modo de ejercitación de la soberanía popular" (Habermas, 2000: 166). El inconveniente de semejante punto de vista, adoptado por el ginebrino, radica en que falta una mediación entre la orientación de los ciudadanos al bien común y las fácticas constelaciones de intereses de las personas privadas. Habermas coincide con Kelsen en la idea de que no es posible hipostasiar un presunto sujeto colectivo, el "pueblo", pues lo único que existe en la sociedad son intereses diversos y los conflictos entre los mismos. Pero este segundo aspecto es el que se halla oscurecido en el pensamiento rousseauniano, porque "Rousseau no puede explicar… cómo sin represión cabría establecer una mediación entre la voluntad general construida normativamente y el arbitrio de los individuos. Para ello sería menester un punto de vista genuinamente moral desde el que pudiese

Dicha tensión se ha trasladado, según Habermas, al interior de la dogmática jurídica en la distinción para él[80] no del todo esclarecida entre derecho objetivo y derecho subjetivo.

En este apartado se sostiene la hipótesis de que entre ambos términos se da una relación dialéctica que puede ser iluminada con aportes kantianos y hegelianos.

El aporte kantiano viene representado por el principio democrático, que no es más que la institucionalización jurídica del principio del discurso, el cual a su vez hunde sus raíces en el principio de universalización representado por el imperativo categórico.

El aporte hegeliano tiene que ver con el esclarecimiento de las implicaciones del principio de discurso, puesto que, en tanto que expresa el sentido de la imparcialidad de los juicios prácticos, se funda a su vez en relaciones simétricas de reconocimiento insertas, según Habermas, en las formas de vida comunicativamente estructuradas.

Es posible ensayar un breve análisis de la célebre "dialéctica del amo y del esclavo" de la *Fenomenología* de Hegel, y encontrar allí la fundamentación de la "estructura intersubjetiva de los derechos".

Habermas no hace demasiado uso de Hegel en *Facticidad y validez*, pero intenta llegar a las mismas conclusiones partiendo de una polémica desatada por L. Raiser en la década de 1970:

"En todo caso, Raiser sí vuelve a llamar la atención sobre el sentido intersubjetivo de los derechos subjetivos, que las lecturas individualistas habían convertido en irreconocible. Pues estos derechos subjetivos descansan en el reconocimiento recíproco de sujetos jurídicos cooperantes. Los derechos subjetivos no implican forzosamente de por sí ese aislamiento de los sujetos jurídicos entre sí, que Raiser trata de corregir. Los sujetos de derecho, que se reconocen recíprocamente los mismos derechos, están unidos, por así decir, por unión personal con, pero no son idénticos a, las personas privadas que, al hacer uso estratégico de sus derechos, se topan unos con otros como oponentes" (Habermas, 2000: 153-154)

Y también:

---

examinarse y decidirse qué es lo que, allende lo que es bueno *para nosotros*, es en interés de cada uno por igual" (Habermas, 2000: 167).

[80] Kelsen, como se ha visto, subsume la categoría de derecho subjetivo en la de derecho objetivo.

"Los derechos subjetivos no están referidos ya por su propio concepto a individuos atomísticos y extrañados, que autoposesivamente se empecinen unos contra otros. Como elementos del orden jurídico presuponen más bien la colaboración de sujetos que se reconocen como sujetos de derechos, libres e iguales en sus derechos y deberes, los cuales están recíprocamente referidos unos a otros. Este reconocimiento recíproco es elemento integrante de un orden jurídico del que derivan derechos subjetivos cuyo cumplimiento es judicialmente exigible" (Habermas, 2000: 154)

Lo que tiene de interesante extraer moralejas de la dialéctica del amo y del esclavo hegeliana, es que ella permite un acceso a la tan mentada perspectiva de la primera persona del plural, reclamada por Habermas como necesaria y tácitamente supuesta en ciertas versiones del contractualismo, aunque no por ello menos soterrada, o tal vez a la perspectiva de la segunda persona, reclamada por algunos autores (Scotto, 2003; Gomila, 2008) como la única que permite comprender de manera cabal la relación entre subjetividad e intersubjetividad[81].

[81] A los fines del presente trabajo, la conclusión interesante a la que arriban los trabajos mencionados es que la intersubjetividad es lógica y cronológicamente anterior a la subjetividad. Resulta curioso, pero este planteo ya se halla presente en la *Ethik des reinen Willens* de H. Cohen: "Para Cohen, la ética tiene que colocar al otro en una posición mucho más fundamental y tan originaria como la del yo. El yo y el otro tienen que encontrarse para esto en una relación de correlación e incluso de continuidad. Pero no se trata de que el yo abarque al otro o viceversa, de que formen una entidad de mayor extensión, etc. Ambos deben permanecer aislados, pero presuponerse recíprocamente. El otro como presupuesto del yo y viceversa, es la tesis fundamental que Cohen intentará demostrar" (Ferraro, 1998: 136). Un enfoque como éste puede dar lugar a la sustitución de la reflexión monológica por la ya mencionada perspectiva de la segunda persona, más apta para encarar la solución que los problemas relacionados con la moral y el derecho implican, o quizá por la perspectiva de la primera persona del plural reclamada por Habermas como tácitamente adoptada en la acción comunicativa. Según Ferraro, esta intuición de Cohen es una condición de posibilidad para la concepción de una realidad jurídica: "Es decir, el concepto del yo como correlativo al otro ha de poder mostrarse como condición de posibilidad del factum del derecho, con lo cual el concepto de la ética es deducido trascendentalmente" (Ferraro, 1998: 136). Es probable que el no-cognoscitivismo ético de Kelsen le haya impedido avanzar en esta dirección a la hora de construir una ciencia del derecho. Así y todo, estas reflexiones de Cohen impactan en la construcción kelseniana en un aspecto sobre el que también se repara en el presente trabajo: la relación entre el "derecho internacional" y los órdenes jurídicos estatales. A la hora de encarar dicho problema, Kelsen defiende su postura "objetivista-universalista" frente al "subjetivismo" del dogma de la soberanía, al que considera, empero, sustentable: "Voy a citar in extenso el correspondiente párrafo de Kelsen: 'El subjetivismo, que para comprender el mundo parte del propio yo, y para esto extiende ese yo al universo, sin poder alcanzar un mundo objetivo por encima del propio yo soberano, ese subjetivismo es incapaz de captar al otro sujeto, al no-yo que se presenta con la misma pretensión de soberanía, al tú que también quiere ser un yo, como una entidad de la misma clase que el propio yo'. Con esto puede notarse que el 'objetivismo' de la Teoría Pura del Derecho se corresponde con una concepción a priori de la intersubjetvidad. La decisión por un punto de vista objetivista es, en otras palabras, independiente de la experiencia pero constitutiva de la misma. Por esto es que el subjetivismo del dogma de la soberanía representa también un punto de vista posible, desde el momento en que permanece coherente consigo mismo… El punto de vista del

La lucha entre las conciencias, en el relato hegeliano, es una lucha por el "reconocimiento" más allá de que parece meramente un choque por la posesión de las cosas.

Cuando una de las conciencias se enfrenta a esa "disolución interior" que es el miedo a la muerte, y se somete al otro, reconoce al otro, queda en situación de absoluta dependencia en relación con él, ya que reconoce sin ser reconocido.

El amo obtiene así del esclavo lo que buscaba: el saberse a sí mismo por medio del otro. Pero, de una parte, el reconocimiento de alguien que no es reconocido es por principio de poco valor, por lo cual constituye una frustración. Y, de otra, la relación de dependencia se va invirtiendo en la medida en que el amo solo se dedica a consumir lo que el esclavo produce, mientras que el esclavo se va haciendo dueño de la naturaleza mediante el trabajo (Mercado Vera, 1965: 28-30).

Tal es el momento de la "inversión dialéctica", basada en la ganancia de una libertad derivada del descentramiento del yo y del servicio al otro.

En tales condiciones, aunque el esclavo haya adquirido la fuerza para esclavizar a su vez al amo, no lo hace, porque ya tiene en claro que la dominación en sí misma es una experiencia frustrante. De allí que exija el reconocimiento que le corresponde, pero sin dejar de reconocer al otro.

La moraleja de esta pequeña historia es que *el reconocimiento es recíproco o no es*. O traducido en los términos de la presente indagación: los derechos subjetivos son intersubjetivos o no son. Ello contribuye a esclarecer por qué entre derecho objetivo y derechos subjetivos existe, como Kelsen no fue capaz de ver, una relación más horizontal que vertical. Y por qué la realización de la autonomía colectiva está imbricada con la práctica de la autonomía individual.

De estas y parecidas reflexiones surge el concepto habermasiano de "sistema de los derechos", un sistema que debe contener los derechos que los ciudadanos tienen que

---

universalismo de Cohen es, como se vio antes, el reconocimiento de una intersubjetividad a priori, que se desarrolla a partir de la correlación entre el yo y el tú, y que encuentra en la unidad de la persona jurídica el factum que demuestra su posibilidad. Por cierto, Kelsen no postula una relación de continuidad entre el 'yo' y el 'tú' como lo hace Cohen; pero la idea de una intersubjetividad a priori, partiendo de la relación entre ambos, así como la identificación de dicha intersubjetividad con un punto de vista universalista, reproducen claramente el esquema y los contenidos de la argumentación de Cohen sobre el asunto. Con ello resulta por lo menos dudoso si es que Kelsen desarrolló la concepción de la norma fundamental de acuerdo con la forma de neutralidad valorativa que suele atribuírsele" (Ferraro, 1998: 141-142). Por otra vía, el investigador argentino llega a conclusiones similares a las de este trabajo en el apartado "El escepticismo kelseniano y la posible imbricación entre teoría y praxis", correspondiente el Capítulo II.

reconocerse mutuamente si quieren regular legítimamente su convivencia con los medios proporcionados por el derecho positivo.

Si la única forma de legitimidad y justicia, en una edad posmetafísica, está relacionada con el principio democrático, y si éste no representa otra cosa que la institucionalización jurídica del principio de discurso, hay cinco grupos de derechos fundamentales que no pueden dejar de estar reconocidos por un sistema jurídico.

Esos cinco grupos de derechos fundamentales son, entonces, condiciones trascendentales de la democracia y de la justicia en la edad posconvencional de justificación. Se podría ir más lejos y afirmar también que constituyen presupuestos la de razón política, por decirlo de alguna manera.

Lo dicho obliga a concluir que un sistema jurídico es de dudosa legitimidad si no instrumenta de alguna manera el respeto a estos cinco grupos de derechos fundamentales:

a- el derecho al mayor grado posible de iguales libertades subjetivas de acción.

"Las normas de acción que aparecen en forma de derecho autorizan a los actores a tornar efectivas sus libertades subjetivas de acción. La cuestión de cuáles de estas leyes son legítimas, no puede responderse atendiendo solo a la forma de derechos subjetivos. Solo con ayuda del principio de discurso muéstrase que cualquiera tiene derecho a la mayor medida posible de iguales libertades subjetivas de acción. Solo son legítimas aquellas regulaciones que satisfagan a esta condición de la compatibilidad de los derechos de cada uno con iguales derechos de todos. El principio del derecho de Kant coincide con este derecho general a iguales libertades; pues lo único que viene a decir es que debe establecerse un código jurídico en forma de derechos subjetivos legítimamente distribuidos que garanticen la protección de la autonomía privada de los sujetos jurídicos." (Habermas, 2000: 189-190)

b- derecho de pertenencia a la comunidad jurídica.

"El establecimiento de un código jurídico exige… derechos que regulen la pertenencia a una determinada asociación de sujetos jurídicos y, por tanto, la diferencia entre miembros y no miembros de esa comunidad jurídica, entre ciudadanos y extraños…

De la aplicación del principio de discurso se sigue que todos han de estar protegidos del desposeimiento unilateral de los derechos de pertenencia, pero que han de tener el derecho de renunciar a status de miembros. El derecho a la emigración implica que la pertenencia a una comunidad jurídica ha de reposar en un acto (por lo menos supuesto) de consentimiento por parte del miembro de que se trate. Simultáneamente, la inmigración, es decir, la ampliación de la comunidad jurídica con extraños que quieren adquirir los derechos de pertenencia, exige una regulación que tenga presentes por igual los intereses de miembros y solicitantes." (Habermas, 2000: 190-191)

c- derecho de reclamar judicialmente la protección de los derechos individuales.

"La institucionalización del código que es el derecho, exige finalmente que se garanticen los procedimientos jurídicos por los que cada persona que se sienta menoscabada en sus derechos pueda hacer valer sus pretensiones…
A la luz del 'principio de discurso' pueden fundamentarse entonces derechos básicos concernientes a la administración de justicia que aseguren a todas las personas la misma protección de sus derechos, iguales derechos de audiencia, igualdad en la aplicación del derecho, es decir, igualdad de trato ante la ley, etc." (Habermas, 2000: 191)

Para Habermas estos tres grupos de derechos fundamentales no deben ser entendidos en el sentido de los derechos de defensa liberales, es decir, como derechos de defensa de la libertad individual contra la intromisión del Estado, porque se refieren solamente a una regulación de las relaciones entre ciudadanos libremente asociados. Es cierto, sin embargo, que protegen solo la autonomía privada de los sujetos jurídicos, y ello puede resultar en la protección de la dignidad del hombre, de los derechos a la libertad, a la vida y a la integridad corporal de la persona, a la libertad de movimiento, a la propiedad, a la inviolabilidad de domicilio; puede resultar en la prohibición de la extradición, en el derecho de asilo, así como también en garantías procesales, en la prohibición de ser castigado más de una vez por la misma acción, en la prohibición de la retroactividad, en la prohibición de tribunales especiales, etc.

Los ciudadanos no son enfocados todavía, a partir de estos tres grupos de derechos fundamentales, como autores del orden jurídico al que van a someterse. Por eso es necesario dar un paso más:

d- derechos de participación política en términos de igualdad de oportunidades.

"Ahora hemos de efectuar un cambio de perspectiva, el cual es necesario si son los mismos ciudadanos quienes han de poder aplicar por su propia cuenta el 'principio de discurso'. Pues como sujetos jurídicos solo pueden alcanzar autonomía entendiéndose y actuando a la vez como autores de los derechos a los que quieren someterse como destinatarios. Pero como sujetos jurídicos, ya no está en sus manos el elegir el medio en que quieren realizar su autonomía. Ya no pueden disponer acerca de qué lenguaje quieren servirse. Antes el código que representa el derecho viene ya dado a los sujetos como único lenguaje en el que pueden expresar su autonomía. La idea de autolegislación ha de hacerse valer en el medio del derecho mismo. De ahí que las condiciones bajo las que los ciudadanos pueden juzgar a la luz del principio de discurso si el derecho que establecen es derecho legítimo, hayan de venir a su vez garantizadas jurídicamente. A esto sirven los derechos políticos fundamentales concernientes a la participación en los procesos de formación de la opinión y la voluntad del legislador." (Habermas, 2000: 192-193)

Ahora bien: la existencia de derechos políticos pretende garantizar la participación de todos los sujetos capaces de lenguaje y acción en los procesos de deliberación y de toma de decisiones tanto en el nivel institucional como en el espacio no institucionalizado de la opinión pública. Pero para que esta libertad de participar el los procesos de deliberación y de decisión pueda realmente existir, es necesario, para decirlo con Arendt, una "liberación" de las coacciones que someten a los sujetos a una mera lucha por la supervivencia, y, en tal sentido, los mantiene en el umbral del mundo de las necesidades:

"La necesidad que me impide hacer lo que sé y quiero puede provenir del mundo, de mi propio cuerpo, de una insuficiencia de talentos, dones y cualidades que el hombre recibe al nacer, y sobre los que cada uno tiene el mismo poder que sobre las demás

circunstancias; todos esos factores, sin excluir los psicológicos, condicionan a la persona desde fuera en la medida en que el quiero y el sé, es decir, el yo mismo, están implicados; el poder que se enfrenta a estas circunstancias, que libera, por así decirlo, el querer y el saber de su servidumbre ante la necesidad es el puedo. Solo cuando el quiero y el puedo coinciden se concreta la libertad." (Arendt, 1996: 172)

Y también:

"…la libertad se entendió como la condición del hombre libre, que le permitía marcharse de su casa, salir al mundo y conocer otras personas de palabra y obra. Esta libertad estaba claramente precedida por la liberación: para ser libre el hombre tiene que haberse liberado de las necesidades de la vida." (Arendt, 1996: 160)

Para que el puedo coincida con el quiero, y para que el ejercicio de la libertad ciudadana sea posible, son necesarios entonces

e- derechos que garanticen condiciones de vida seguras desde un punto de vista social, técnico y ecológico, para permitir un disfrute es términos de igualdad de oportunidades del conjunto de derechos enumerados.

Habermas sostiene que estas cinco categorías de derechos son "lugartenientes no saturados". Ello significa actúan como principios jurídicos por los que ha de orientarse el legislador, sin que ello signifique un menoscabo de su soberanía. Ello es así porque son condiciones posibilitantes para el ejercicio de la autonomía política por parte de los sujetos de derecho, y las condiciones posibilitantes no pueden restringir aquello que constituyen.

Con la introducción del sistema de los derechos, Habermas cree haber solucionado el problema que el positivismo plantea al hacer surgir la legitimidad de la legalidad, sin caer en las recetas iusnaturalistas que postulan principios o ideales metafísicos para resolver la paradoja que presenta el derecho como un sistema circular que retorna recursivamente sobre sí mismo y se legitima a sí mismo.

Al mismo tiempo, también encuentra solución el conflicto entre derechos del hombre y soberanía popular, pues autonomía privada y pública se han mostrado como cooriginarias.

La conexión interna entre derecho objetivo y derecho subjetivo, y entre autonomía privada y autonomía pública, solo pudo hacerse evidente tomando en serio y haciendo explícita la estructura intersubjetiva de los derechos y la estructura comunicativa de la legislación.

VIII bis- ASPECTOS EXTRAINSTITUCIONALES DE LA VALIDEZ JURÍDICA: DEL PODER COMUNICATIVO A LA DESOBEDIENCIA CIVIL.

El capítulo anterior pretendió fundamentar una estrategia diferente de la positivista para la comprensión del concepto de validez jurídica. Se podría decir que tal estrategia apunta a los requisitos formales e institucionales que permiten concebir un orden jurídico que, en la medida de lo posible, apunte a la compatibilización entre la autonomía privada y la autonomía pública en la construcción de la voluntad común.

El presente capítulo toma en serio la idea, un tanto radiada pero ya expresada en el capítulo VIII, de que los órganos del sistema deben estar insertos en y permanecer permeables frente a "una comunicación política de tipo envolvente y ambiental".

Ello hace necesario apartar la mirada de la forma en que el principio de discurso ha sido institucionalizado, para dirigirla hacia los procesos que tienen lugar allende las instituciones políticas: el espacio del "mundo de la vida" y de los subsistemas funcionalmente diferenciados.

Habermas considera que las instituciones destinadas a la producción legislativa así como las que integran la Administración, no pueden sino catalizar las energías y las presiones provenientes, de un lado, del mundo de la vida estructurado comunicativamente, y, del otro, de los poderes sociales representados por los subsistemas.

No se debe pasar por alto que esto implica una conceptualización del poder que lleva a tres aspectos diferenciados.

En primer lugar se encuentra el poder administrativo que es, y en ello Habermas se hace eco de Niklas Luhmann, el medio de comunicación del subsistema político, y que implica una relación de verticalidad porque adopta la forma de leyes, estatutos, reglamentos, decretos, etc. promulgados en ciertas instancias institucionales y que tienen carácter imperativo para los sujetos alcanzados por la regulación.

En segundo lugar están los poderes sociales, relacionados con los imperativos de reproducción de los subsistemas funcionales, particularmente de la economía, cuyo medio de comunicación es el dinero.

Y en tercer lugar está el poder comunicativo, que se construye y reconstruye permanentemente en las interacciones cotidianas, que orienta la acción hacia el entendimiento intersubjetivo y la cooperación, y por ello mismo implica una relación de horizontalidad como no existe en las otras acepciones del concepto de poder.

Según se ha visto, la institucionalización jurídica del principio democrático conlleva la convicción de que la única fuente de legitimación para el derecho en una edad posmetafísica es el poder comunicativo.

Las unidades políticas que no están organizadas de acuerdo con los cánones del Estado de Derecho desprecian y obliteran el poder comunicativo como fuente de legitimación.

Sin embargo, Habermas piensa que la institucionalización fáctica y el reconocimiento jurídico de los principios del Estado de Derecho no son condiciones suficientes para dar por hecho que el poder administrativo se hará eco de las exigencias del poder comunicativo y respetará, por lo tanto, el principio de soberanía popular más allá de la letra. Y en la medida en que el poder comunicativo vea menguada su colaboración en la constitución de la voluntad colectiva, en esa misma medida cabrá dudar de la validez de las normas jurídicas que emanen de los órganos competentes según los procedimientos estipulados.

Lo que Habermas tiene en mente es la posibilidad, mucho muy frecuente, tanto de que los poderes sociales ganen la pulseada al poder comunicativo y se transformen en los inputs excluyentes del proceso de producción jurídica, como la de que los sistemas funcionales sociales y las grandes organizaciones hagan valer su poder en el proceso de implementación. Si esto último ocurre, el poder circulará en una dirección contraria a la que fundamenta en idea al Estado de Derecho:

"Así, el poder administrativo, que tendencialmente tiende a autonomizarse, forma bloque con un poder social, eficaz tanto por el lado de input como por el lado de output de la circulación democrática del poder, dando lugar a una contracirculación que se cruza, estorbándola, con la circulación de los procesos democráticos de decisión regulados y controlados por el poder comunicativo." (Habermas, 2000: 408)

Frente a este problema el autor alemán deposita sus esperanzas en el "espacio público-político". Habida cuenta de que los derechos son la contracara de necesidades sociales, será en el espacio del mundo de la vida, de las interacciones cotidianas, donde los sufrimientos generados por la falta de libertad y de otros bienes jurídicos pueden ser procesados en términos que permitan pasar de la elaboración privada de problemas que tienen resonancia en la vida individual a una tematización pública.

En vistas ello, para Habermas el espacio público-político reúne las siguientes características:

1- es concebido como un sistema de avisos con sensores no especializados, pero que despliegan su capacidad perceptiva a lo largo y a lo ancho de toda la sociedad,
2- funge como una caja de resonancia para problemas que han de ser elaborados por el sistema político porque no pueden ser resueltos en otra parte, y
3- debe reforzar la presión ejercida por los problemas a los que intenta tematizar de forma conveniente e influyente y dramatizar de tal suerte que puedan ser asumidos y elaborados por el complejo parlamentario. (Habermas, 2000: 439-440)

Sin embargo, el autor alemán tiene presente que las asimetrías de poder implican posibilidades diferenciales de ejercer influencia por parte de los distintos sujetos sociales, así como el hecho de que los poderes mediáticos nunca cejarán en sus intentos por colonizar el espacio público-político.

A pesar de ello, parece confiar, por una parte, en que el hecho de que el espacio público no sea asimilable ni a institución ni a organización, supone limitaciones de principio a la posibilidad de que el conjunto de los sujetos que aparecen en él puedan ser cooptados, porque la deslimitación del espacio público remite potencialmente a la totalidad de la ciudadanía como sujetos capaces de lenguaje y de acción.

Por otra parte, cree que aunque los códigos de ética periodística puedan ser violados una y otra vez, constituyen una "promesa" que de tanto en tanto hace de la profesión periodística un aliado de cara a las tematizaciones y dramatizaciones empujadas por la ciudadanía y disfuncionales para los intereses de los poderes sociales.

Por ello confía en que

"la sociedad civil puede en determinadas circunstancias cobrar influencia en el espacio de la opinión pública, operar a través de opiniones propias sobre el complejo parlamentario y los tribunales y obligar al sistema político a retornar sobre la circulación oficial del poder." (Habermas, 2000: 461)

Por lo tanto, no dejan de ser fundamentales a la hora de aprehender el concepto de validez jurídica los momentos de movilización, aquellos en los cuales los actores protestan contra decisiones vinculantes que, pese a ser legales, son consideradas ilegítimas a la luz de los principios constitucionales en los que cuajó el sistema de los derechos.

VIII bis.1. El derecho a la protesta y la desobediencia civil

Para algunos autores la desobediencia civil tiene que ver con una crisis del paradigma de la representación política, y supone que la escisión entre lo político y lo social es puesta en tela de juicio por la "irrupción de la multitud" (Axat, 2003: 353)[82]. La "acción colectiva desobediente" sería, en tales circunstancias, una política de negación popular frente a mecanismos legales opresivos.

No resulta difícil justificar este punto de vista. En la medida en que los Estados Nacionales se comportan como guardianes de sistemas económicos que empujan a cada vez más personas hacia los márgenes de la mera supervivencia, intentan desactivar la protesta social apelando a diversos expedientes, como la represión y la persecución penal de los militantes (Cardelli, 2003: 119). Lo curioso es que las unidades políticas están en condiciones de hacer ambas cosas "con la ley en la mano", por decirlo de alguna manera.

Pero entonces se asiste a un choque entre pretensiones de legitimidad. Porque, en la medida en que se trate, al menos formalmente, de Estados de Derecho democráticos, se supone que las leyes tienen a su favor la presunción de ser legítimas. Y esa legitimidad deriva, en última instancia, de un respeto, aunque sea por vía representativa, del principio de soberanía popular[83].

---

[82] En el mismo libro, Esteban Rodríguez (2003: 104) sostiene, en un artículo titulado "La administración de la muerte", que la crisis de representación es la irrupción de la "vida", en la medida en que las personas comienzan a deliberar y a gobernarse directamente. Con ello intentan una "apropiación de lo político".

[83] Es probable que uno de los problemas radique, precisamente, en la relación entre representación y soberanía popular. Los autores que se entusiasman con el concepto de "irrupción", y con la posibilidad de la participación directa de las multitudes, no han acertado todavía en la generación de un modelo potable para el problema de la relación entre democracia y masividad. Más allá de este problema no resuelto, es posible acordar con Gargarella en que la mayoría de los diseños institucionales occidentales se inspiran en un principio de desconfianza en la participación. Con el artículo 22 de la Constitución Nacional Argentina, por ejemplo, "la opción que se tomó… fue… quitarle o no reconocerle poder a la ciudadanía porque no se le creía, porque se le temía, porque se pensaba que iba a ser incapaz de convertir sus

Pero, por otro lado, ¿quién puede dudar de la legitimidad de la protesta de quienes pierden su trabajo, no pueden dar de comer a sus hijos, mueren de enfermedades curables, sufren una ancianidad miserable, etcétera?

Cuando los mismos que se encargan de aplicar la ley y de mantener el orden tienen que reconocer la legitimidad de la protesta de aquellos a quienes se está reprimiendo, resulta evidente que la situación es compatible con un cuadro de alienación legal.

En tales condiciones, el derecho se aliena de sí mismo, pues persigue y castiga a quienes reclaman por derechos que el mismo sistema jurídico formalmente reconoce. Y el derecho también se aliena respecto de la población, pues se transforma en un conjunto de normas que perjudica los intereses básicos de un número más o menos numeroso de personas, pero frente a las cuales dicha población tiene igualmente que permanecer sometida.

¿Qué queda, si es el caso, de los Estados de Derecho y de las democracias?

Se trata de un debate no menor, a veces oscurecido por el dolor y el sufrimiento implicados en la pérdida y recuperación del sistema democrático en muchos países, como por ejemplo los del cono sur.

Más allá de las confusiones conceptuales que hunden sus raíces en las peculiaridades de los procesos históricos, desde hace tiempo se ha tomado nota de que

"la ausencia de políticas públicas destinadas a poner en práctica los derechos sociales dificulta el involucramiento político de las personas con más desventajas y, por tanto, socava el valor total del proceso democrático." (Alegre y Gargarella, 2007: 135)

O también de que

"Si alguien está muriendo de hambre, o se encuentra gravemente enfermo y privado de atención médica, o carece de la posibilidad de expresar sus ideas en los medios de comunicación, el sistema democrático resulta tan afectado como si tal persona no tuviera derecho al voto." (Nino, 1996: 199)

---

pasiones en razones." Se quiso, en consecuencia, y se logró, según Gargarella, aislar a los representantes para tornarlos inalcanzables para una ciudadanía irascible y apasionada. (Gargarella, 2005: 147)

Esta toma de conciencia acerca de que el Estado, con sus prácticas disruptivas, no hace más que castigar a los castigados, y de que el derecho penaliza a las víctimas del derecho mismo, ha llevado a un grupo de autores a considerar que los resortes de los Estados de Derecho se disponen, de por sí, para la persecución y para la exclusión de la política.

Cualquier intento de protesta será visto, así, como una agresión a la institucionalidad. Los manifestantes pueden entrar entonces en la categoría de "revoltosos", o de "subversivos" o de "terroristas". Y cuando el peso de la ley recae sobre ellos, se manifiesta en toda su crudeza el grado y el sentido en que el sistema jurídico está alienado y es alienante.

Como sostiene Rodríguez:

"¿Cómo funciona el proceso penal? Descontextualizando los eventos de su entorno social, separándolos de su dimensión histórica. Lo único que le interesa a la justicia son las acciones que alguien pudo haber cometido, puesto que son las acciones los que permiten encuadrar los tipos penales…

Se sabe: dado A debe ser B. Robó, marche preso. No interesa por qué hizo lo que hizo…

En este sentido la justicia tendrá dicho que de hacerlo, de llegar a incorporar su contexto, estaría incurriendo en cuestiones políticas que constitucionalmente hablando no le incumben…"

Y también:

"La ley y sus intérpretes se caracterizan antes que por visualizar un problema social, por encubrirlo…

El problema no será ya el sistema sino el hecho de que alguien está violando la ley. La cuestión es que alguien se apartó de las reglas de juego; y no el juego que se nos hace jugar." (Rodríguez, 2003: 29 y ss.)

Esta caracterización de la forma en que trabaja el sistema penal tiene alude directamente a Kelsen. Rodríguez plantea la idea de imputación normativa y la combina con una teoría explícitamente abandonada por el jurista austrohúngaro: la del juez "mecánico"

que “encuentra” el derecho, no lo “crea”. Así el juez viene caracterizado como una especie de autómata que aplica las tipificaciones penales.

La pregunta crucial aquí es: ¿puede un juez proceder de otra manera, o sea, “contextualizando” el caso sometido a su consideración en vez de proceder a un sistemático “encubrimiento”?

El hecho es que sí, como poder, puede. Pues, de acuerdo con la teoría de la “creación graduada del derecho”, no alcanza para determinar lo que es derecho el acto de conocimiento. Es decir, no alcanza con saber lo que prescribe la norma de orden superior, sino que hay que añadir a ese acto de conocimiento, otro de voluntad, esto es, una decisión.

¿Cómo justificar si no el hecho de que, hace ya mucho tiempo, un integrante de la Corte Suprema de los EEUU, William Brennan, haya argumentado en un fallo a favor de un grupo de manifestantes que habían bloqueado el tránsito vehicular en la ciudad?[84]

Quizá el argumento de Brennan, o Brennan mismo, hayan sido excepcionales. Pero tal vez se pueda aplicar aquí con éxito el principio cognoscitivo schmittiano: lo normal nada prueba, lo excepcional lo prueba todo (Schmitt, 1985: 35).

Podría sostenerse, en consecuencia, que la relación que Rodríguez plantea como necesaria entre proceso penal y descontextualización de los eventos, y entre Estado de Derecho y persecución y exclusión de la política, sea solo una relación contingente.

Esto no implica negar que, como sostiene Gargarella para el caso argentino, *“el derecho a criticar a las autoridades no parece ocupar un lugar privilegiado en la escala de valores de funcionarios públicos, jueces y fiscales”* (Gargarella, 2005: 29).

Ni que la Corte Suprema haya sido en este país casi siempre cómplice de los poderes establecidos a la hora de restringir los derechos de quienes protestan. Y que tal complicidad se ha basado en una notable pobreza argumentativa y en altos niveles de discrecionalidad (Gargarella, 2005: 20).

Ni que

“…luego de doscientos años de vida independiente, la Argentina, como tantos otros países, sigue careciendo de una red de instrumentos que torne posible, para todos sus ciudadanos, expresar sus demandas y pedir cuentas por la insatisfacción de ellas.” (Gargarella, 2005: 125)

Pero sí implica reconocer que es posible (y necesario, si se quiere) realizar, en el seno del Estado de Derecho, reformas que:

a) permitan al sistema basarse en un diálogo genuino y equitativo entre las diferentes ramas del poder, así como entre ellas y la población, (Alegre y Gargarella, 2007: 143)
b) reduzcan o hagan desaparecer el coste de discrepar, (Gargarella, 2005: 260) y
c) contribuyan a generar una ciudadanía activa, a mantener a la Administración bajo crítica y a asegurar la responsabilidad de los funcionarios frente a la ciudadanía. (Gargarella, 2005: 228)

Semejante reconocimiento deja la puerta entreabierta para considerar la protesta en particular y la desobediencia civil en general no solamente como prácticas políticas de irrupción, sino también como acciones colectivas ética y constitucionalmente justificables (Axat, 2003: 361).

Una vez dado este paso, la protesta y la desobediencia se muestran compatibles con el Estado de Derecho, al menos en idea.

Si bien no es el objetivo del presente capítulo entrar en polémicas acerca de la problemática relación entre liberalismo y democracia, quizá no pueda pasarse por alto que, para Gargarella, la "democracia liberal" es el sistema que con más éxito ha intentado conciliar las libertades privadas con la pública, o ha acertado en la idea de que *"el compromiso con la autonomía individual reconoce una continuidad en el principio del autogobierno colectivo:"* (Gargarella, 2005: 40)

La posición de Gargarella es plenamente compatible con la de Habermas, puesto que considera que la democracia es una forma de gobierno en la que la toma de decisiones se hace, o debe hacerse, a partir de un *"debate público robusto"*. Ello supone

"...defender un arreglo institucional en donde, por ejemplo, no solo se deje de lado la censura previa, sino que además se procure asegurar que las distintas voces

[84] En "Adderley v. Florida, 385 US 39 (1966), voto disidente.

(demandas, quejas) presentes en la sociedad puedan ser escuchadas." (Gargarella, 2005: 41)

Esto se conecta con una idea de validez jurídica expresada por el principio democrático habermasiano, así como por la idea de Bovero según la cual la obligación de obediencia contenida en las normas debe ser fruto de la misma voluntad de la ciudadanía.

Pero si se toma en serio la idea de que el derecho, reprimiendo a los excluidos, sanciona a los ya castigados, resulta evidente que el sistema jurídico considera superfluas las voluntades de al menos algunos de los "afectados por las decisiones", según Habermas, o de algunos de los "coasociados", según Bovero.

¿Qué papel juega, entonces, la voluntad reprimida en la construcción política de la autonomía colectiva? ¿Qué ocurre con el deber de obediencia de aquellos que ven cómo sus derechos son expoliados por el mismo sistema jurídico que debería garantizarlos?

Habermas sostiene que el Estado de Derecho democrático no fundamenta su legitimidad sobre la pura legalidad. Que la legalidad, ante la pérdida de peso de las fundamentaciones metafísicas, debe responder ante el tribunal de la moral discursiva.

En consecuencia, el consenso cristalizado en una normativa legal es susceptible de revisión, pues todo consenso fáctico pudo haber sido fruto de un engaño o de la coerción. Así las cosas, el Estado de Derecho no puede exigir a sus ciudadanos una obediencia jurídica incondicional, sino cualificada.

Esta vía abierta le permite a Habermas, finalmente, llegar a considerar la desobediencia civil como una *"piedra de toque para una comprensión adecuada de los fundamentos morales de una democracia."* (Habermas, 1988: 57)

La idea sería que, como los que sufren más injusticias no tienen generalmente abundancia de facultades o de oportunidades para hacer sentir su influencia, la desobediencia civil suele ser la última oportunidad para corregir los errores en el proceso que Kelsen llamaba de "creación graduada del derecho"[85].

[85] Si los argumentos desarrollados aquí no van muy descaminados, habría que analizar la posibilidad de que los manifestantes en actos de protesta puedan ser considerados paradójicamente, en algún sentido, como órganos del orden jurídico, en tanto poseen la facultad de realizar actos que ponen en movimiento la maquinaria jurídica en el sentido tanto de generación de nuevas normas como de anulación de las existentes. Es decir, tal vez los manifestantes posean los derechos subjetivos en sentido técnico a los que se refiere Kelsen.

Por otra parte Habermas argumenta, siguiendo a Ronald Dworkin, que como el derecho y la política se encuentran siempre en relación de adaptación y revisión mutua, lo que aparece *prima facie* como una desobediencia puede ser el preanuncio de correcciones e innovaciones de gran importancia. No hay que olvidar que la historia del reconocimiento de los derechos fundamentales se muestra como un proceso de aprendizaje colectivo y, en cuanto tal, se trata de una empresa accidentada e inacabada. (Habermas, 1988: 60-61)

Hannah Arendt ya había señalado lo mismo en un ensayo sobre la desobediencia civil, escrito a comienzos de la década de 1970: la ley estabiliza cambios que son resultado de acciones extrajurídicas y, en consecuencia, la Constitución misma ofrece la posibilidad cuasi-legal de la contravención. (Arendt, 2002: 134)

Habermas razona de manera parecida. Al sostener que es posible y necesaria una fundamentación moral del Estado de Derecho, está diciendo que dicho Estado *"trasciende sus propios ordenamientos positivos mediante una desconfianza institucionalizada hacia sí mismo*" (Habermas, 1988: 59). Ese es el motivo por el cual todo Estado de Derecho democrático, que se precie realmente de tal, *"seguro de sí mismo, considera la desobediencia civil como componente normal de su cultura política."* (Habermas, 1988: 54)

Gargarella sostiene, en consonancia, que deben ser bienvenidas las acciones de los más críticos, pues obligan a repensar el sentido y el valor del derecho vigente y del proceso todo de construcción de la voluntad colectiva. Y señala que inclusive Thomas Jefferson advertía la necesidad de las protestas y de los levantamientos, aun de los no legítimos, para mantener a los gobiernos dentro de ciertos límites y a la ciudadanía implicada. (Gargarella, 2005: 232 y 226)

Los mismos argumentos por los cuales Habermas considera que la desobediencia civil debe formar parte de la cultura democrática, son los que impulsan a Gargarella a levantar la consigna de que el derecho de protestar debe ser visto como un "superderecho" o como el "primer derecho". Su no-reconocimiento o penalización puede generar un *"paulatino encapsulamiento de la sociedad en sus asuntos privados, al advertirse la decisión del gobierno de no aceptar cuestionamientos radicales."* (Gargarella, 2005: 227)

Es evidente, sin embargo, que la mayoría de las expresiones públicas de la ciudadanía acarrean costos y molestias para terceros. Y si bien en todas las definiciones de

"desobediencia civil" se hace referencia a su cualidad de "no violenta", parece que la idea de no-violencia tiene que ver menos con la pretensión de G. Frankemberg que *"garantiza la identidad física y moral del enemigo de la protesta o de terceros inocentes"*, que con la observación más realista de Ralf Dreier:

"...la no violencia no excluye siempre elementos de coacción y es compatible con la presión psíquica y la restricción de las libertades de movimientos de terceros" (citado por Habermas, 1988: 56)

Esto deposita el debate en el terreno sinuoso de la lucha o el choque entre derechos. Según Julián Axat (2003: 370) los derechos enfrentados, por lo menos en el caso de las protestas en Argentina, son: de un lado, el derecho a la libertad de expresión, a la libertad de conciencia, el derecho de reunión y el derecho de peticionar a las autoridades, y del otro, el derecho a transitar por la vía pública.

Para Gargarella, por su parte, los derechos involucrados son los de expresarse y reunirse y peticionar a las autoridades; versus los de preservar el tránsito o el libre comercio interprovincial, preservar la propiedad privada y contar con una sociedad tranquila y ordenada. (Gargarella, 2005: 41 y 45)

En términos de Axat, las agencias judiciales tienen ante sí la opción de basar sus sentencias en el respeto a la Constitución Nacional o en el respeto al artículo 194, por citar uno, del Código Penal argentino.

Y como se comprueba que, en la mayor parte de los casos, los jueces argentinos privilegian fundamentar sus decisiones en la norma derivada y no en la fundamental, Axat concluye en que la máquina penal es una armadura o escudo de la "forma representacional" de hacer política.

Gargarella coincide con el diagnóstico fáctico de Axat: es verdad que los jueces, en su mayoría, piensan la Constitución desde el derecho penal. Es decir, no desde "los derechos que nos asisten como ciudadanos", sino desde *"los reproches que merecemos por nuestros excesos".* (Gargarella, 2005: 74)

Pero esto implica que en el delicado equilibrio entre democracia y liberalismo, línea sobre la cual transita el Estado de Derecho, la primera ha cedido en la pulseada frente al segundo: la protesta se ve menos como la única chance de cambiar el rumbo o como la angustiosa reacción de grupos sistemáticamente silenciados, y pasa a ser vista más

como una afrenta de un grupo de aprovechadores que atentan contra la libertad individual y la libertad de comercio.

Pero semejante respuesta represiva *"compromete al Estado con el tipo de injusticia que el mismo Estado debiera erradicar"*. (Gargarella, 2005: 45)

De allí que Habermas sostenga que cuando los fiscales y jueces persiguen a los que quebrantan normas ejerciendo su derecho a protestar, y los persiguen como si de criminales se tratase, incurren en un "legalismo autoritario" (Habermas, 1988: 64).

Semejante respeto por la ley no es más que una excusa para remover del escenario de la aparición pública, manifestaciones que puedan empujar a la sociedad en su conjunto a una reflexión acerca de la forma en que los derechos fundamentales de muchos ciudadanos son pisoteados o, más abstractamente, del rumbo que la sociedad ha tomado.

Pero además, dicho respeto por la ley es más que ambiguo. Porque como señaló Arendt (2002: 127-128), la ley no queda menos vulnerada por la desobediencia civil que por un crimen común. Y, sin embargo, contrasta el grado de permisividad legal frente al crimen con la poca tolerancia hacia las manifestaciones de protesta. Con el agravante de que solo intenciones espurias impiden reconocer la diferencia entre una infracción que persigue furtivamente un interés privado, y la contravención al descubierto que supone la desobediencia civil.

La cuestión es que, a contrapelo del desempeño fáctico de los mismos, Gargarella cree que la obligación de los magistrados es proteger prioritariamente los derechos más cercanos al "nervio democrático". (Gargarella, 2005: 50)

Y si bien es cierto que la protesta puede dar lugar a que se cometan ciertos abusos, la necesidad de ponerles coto no debería usarse como excusa para limitar el derecho de los ciudadanos a hacer audibles sus quejas. (Gargarella, 2005: 45)

Dichas quejas habitualmente no atentan contra el sistema jurídico-político, sino que reivindican los mismos principios en que éste se funda, y que son, por lo general, una determinada concretización del sistema de los derechos.

Por ello, la desobediencia civil debe adquiere el carácter de una mirada hacia adentro, como un rulo sobre sí del propio sistema, porque siempre implica una reivindicación de derechos ya consagrados aunque fácticamente no estén reconocidos.

En ese sentido, Habermas ve en el acto de protestar un argumento más del discurso político, una antítesis más en la construcción dialéctica de una voluntad colectiva que jamás arribará a la síntesis final.

Por eso el autor alemán aprecia de la desobediencia civil, sobre todo, su carácter simbólico. Las normas que mediante la protesta se dejan de respetar, no se rompen por el gusto de romperlas, sino que se rompen calculadamente para llamar la atención y así apelar a la capacidad de razonar y al sentido de justicia del público en el espacio público-político. La desobediencia *"pretende incitar un nuevo debate."* (Habermas, 1988: 55)

Se trata, como señala Arendt, de *"minorías organizadas que se enfrentan y apelan a mayorías calladas pero no mudas."* (Arendt, 2002: 148)

El hecho de que se apele a las mayorías evidencia que la desobediencia civil pone en juego los mecanismos de legitimación que son propios del Estado de Derecho. Sin embargo conviene tomar nota, como señala Axat, de que *"la acción colectiva desobediente puede funcionar como, pero también exceder, un reclamo de justicia social constitucional."* (Axat, 2003: 354)

Ello conduce a una serie de diferenciaciones.

VIII bis.2. La desobediencia civil frente a otras formas de protesta

El apartado anterior permitió corroborar que, pese a todas las experiencias que conminan a pensar que el Estado de Derecho es intrínsecamente hostil ante la posibilidad de la desobediencia, el reconocimiento de la misma, muy por el contrario, forma parte necesaria de la construcción de un Estado de Derecho democrático vigoroso.

Sin embargo, la desobediencia es solo una de las formas posibles de protesta. Lo cual significa que hay muchas maneras de desobedecer la ley, y no todas pueden legitimarse desde la perspectiva de las implicancias morales del Estado de Derecho.

Un buen comienzo para la presente disquisición lo puede constituir la definición de desobediencia civil que proporciona Rawls:

"... un acto público, no violento, consciente y político, contrario a la ley, cometido con el propósito de ocasionar un cambio en la ley o en los programas de gobierno." (Rawls, 1978: 405)

El autor norteamericano agrega que semejante acto debe dirigirse:

a) contra casos de injusticia manifiesta,
b) después de haber agotado las posibilidades de acción legal,
c) y sin poner en peligro el funcionamiento del orden constitucional.

El primero y el segundo requisitos ameritan un mínimo de detenimiento.

La "injusticia manifiesta" solo puede ser meridianamente comprendida en la medida en que se la interprete desde el modelo habermasiano, esto es, a partir del principio de discurso: la Administración ha cedido frente a los poderes sociales y ha generalizado intereses no susceptibles de generalización, a la vez que ha postergado intereses generalizables. Caso contrario, se corre el riesgo de caer en el relativismo de las concepciones de justicia materiales.

Y en cuanto a agotar las posibilidades de acción legal, la situación de alienación propia del legalismo autoritario hace innecesario que cada grupo que protesta circule una y otra vez por los pasillos de congresos o tribunales sordos frente a sus reclamaciones.

Por otro lado, se pueden agregar a esta definición elementos que se deducen de la exposición: el acto es generalmente grupal y su objetivo es interpelar al resto de la población con la finalidad de generar un debate público.

Lo expresado sienta las bases para diferenciar la desobediencia civil de otros fenómenos que se le parecen.

No es lo mismo, por ejemplo, que la "objeción de conciencia". En este caso, el protagonista es un solo individuo (pueden ser muchos, pero cada uno realiza su objeción por separado, a solas con su conciencia, por así decir). Puede cuestionarse, además, que la objeción de conciencia sea predominantemente política. Por cuanto aunque puede generar un debate público, esa no es su finalidad. Como sostiene Arendt, Thoreau no apeló en su fundamentación a la "relación moral" del ciudadano con la ley, sino a la conciencia. Y *"la conciencia es apolítica"*, ya que *"el poder de una opinión no depende de la conciencia sino del número de los que la comparten"* (Arendt, 2002: 119 y 125)

Cuando lo que entra en acción es un grupo, allí existe la posibilidad de la protesta. La intensidad y las finalidades de la protesta permiten considerarla como un *continuum* que va de un cierto mínimo a un cierto máximo: en un extremo existe la protesta legal, que no puede ser considerada un acto desobediente (el caso de las protestas

"autorizadas"), y en el otro las manifestaciones que incluyen la contravención de normas pero que, además, van más allá de la desobediencia civil.

En ese sentido, resulta interesante la contraposición elaborada por Axat entre "desobediencia civil" y "desobediencia radical". (Axat, 2003: 363-365)

Mientras la primera solo quiere recuperar derechos constitucionales denegados, la segunda quiere derogar el orden político-constitucional en su conjunto (en cuyo caso la protesta se transformaría en un movimiento con potencia derogatoria y constituyente). Ello significa que la desobediencia civil es intrasistemática y constitucional, mientras que la desobediencia radical es contrasistemática, inconstitucional y subversiva.

Gargarella hace una caracterización parecida. Distingue entre desobediencia civil y "resistencia". La diferencia radicaría en que ésta admitiría mayores dosis de violencia, por oposición a la primera que no sería violenta[86].

A su vez, dentro de la "resistencia" cabría diferenciar entre:

a) resistencia constitucional: *"violaciones (a veces violentas) del derecho positivo, destinadas a frustrar leyes, políticas o decisiones del gobierno de turno"* (Gargarella, 2005: 207)
b) resistencia a la autoridad: *"acciones violentas, contrarias a derecho, llevadas a cabo por sujetos que sienten que el orden legal trabaja en su contra"* (Gargarella, 2005: 211).

Ahora bien, frente a estas distintas formas de quebrantamiento de la normativa vigente, ¿cómo deben reaccionar los órganos competentes de la estructura de poder desafiada?

Es muy difícil, aun para el Estado de Derecho, ser tolerante frente a acciones abiertamente destituyentes. Sin embargo, como bien señala Axat, que un movimiento social no funde su accionar en el orden constitucional no quiere decir que carezca absolutamente de legitimidad. (Axat, 2003: 365)

Desde el punto de vista adoptado en el presente trabajo, la legitimidad solo puede pasar por el nivel de universalizabilidad de los intereses y los valores reivindicados por los desobedientes, sin importar si son civiles o radicales.

[86] Oposición relativizada, por otra parte, en este mismo capítulo. La diferencia entre desobediencia civil y resistencia sería de grado, lo cual las hace poco menos que indistinguibles. Ello daría al traste con la potencia explicativa de la diferenciación presentada aquí por el autor argentino.

Un punto, sin embargo, merece ser destacado: el quebrantamiento del derecho no puede justificarse legalmente. (Arendt, 2002: 149)

Por eso una de las notas del comportamiento desobediente es la de admitir las consecuencias penales que pudieran sobrevenir.

La desobediencia civil es, entonces, una cuasi-institución excepcional en el sentido gnoseológico schmittiano: está fuera y a la vez dentro del ordenamiento jurídico de los Estados de Derecho democráticos. Ella

"tiene que moverse en el umbral incierto entre legalidad y legitimidad. Solamente en este caso se hace manifiesto que el Estado democrático de Derecho, con sus principios de legitimación constitucional, trasciende a todas las configuraciones de su manifestación jurídico-positiva. Como quiera que, en última instancia, este Estado renuncia a exigir obediencia de sus ciudadanos por razones que no sean la de la convicción en la legitimidad del ordenamiento jurídico, la desobediencia civil pertenece al patrimonio irrenunciable de toda cultura política madura." (Habermas, 1988: 63)

Ese debe ser el motivo por el cual tanto Rawls como Dworkin proponen una penalización modificada para los actos desobedientes, pues no constituyen un delito como los demás quebrantamientos de las normas.

Más allá va Axat, quien sugiere que los órganos judiciales deberían obviar la punición *"en función de la adecuación social del acto desobediente."* (Axat, 2003: 376)

Incluso menciona la posibilidad de una "ponderación mitigante", de acuerdo con la cual aunque los magistrados se encuentren frente a un acto indudablemente delictivo, porque

"el acto desobediente es Típico, Antijurídico y Culpable; sin embargo pueden existir razones de política criminal que alcancen a ponderar la situación al punto de suspender parcialmente o en su totalidad la reacción punitiva del Estado." (Axat, 2003: 390-391)

Y quizá más lejos todavía va la propuesta realizada por Arendt, quien reflexionando sobre la situación de los Estados Unidos hace más de cuarenta años, proponía la institucionalización política de la desobediencia civil:

"El primer paso sería garantizar a las minorías que practican la desobediencia civil el mismo reconocimiento que a los numerosos grupos de interés (que por definición también son minoritarios) del país, y actuar con los grupos de desobediencia civil de la misma manera que con los grupos de presión, a los que se les permite, por medio de sus representantes –esto es, los registrados como representantes de lobbies- ***tener influencia sobre dictámenes y apoyar a sus adeptos*** *del Congreso aplicando métodos persuasivos."* (Arendt, 2002: 152 –negritas en el original)

Más allá de estas propuestas, justificables y hasta exigibles desde lo teórico, lo cierto es que no cuesta imaginar una cerrazón institucional frente a ellas por parte de un Estado de Derecho jurídicamente alienado.

Gargarella considera el caso argentino: los jueces, según él, carecen de incentivos institucionales para fallar en defensa de los derechos vitales para una vigencia real del orden democrático. Por si eso fuera poco, la estructura institucional en su conjunto no brinda herramientas para reaccionar frente a las decisiones de la Administración o de la Judicatura que resultan *"insultantes de la dignidad democrática"*. (Gargarella, 2005: 148 y 151)

En tales condiciones, solo la movilización por parte de aquellos cuyos intereses han sido postergados puede hacer vibrar las estructuras en las que se apoya la autoridad de las mayorías que hasta el momento permanecían calladas, pero cuya eventual toma de posición puede hacer variar las relaciones de fuerza entre el mundo de la vida y el sistema político.

En ese posible cambio en las relaciones de fuerza se funda la posibilidad de que el proyecto político implicado en una Constitución histórica permanezca siempre inacabado y no termine por esclerosarse. Allí radica la capacidad instituyente del poder comunicativo, que se endereza a la realización siempre contingente e incompleta del sistema de los derechos. Y por ello Habermas dice que la justificación de la desobediencia civil se apoya también en una comprensión dinámica de la Constitución:

"Desde esta perspectiva a largo plazo el Estado democrático de Derecho no se presenta como una configuración acabada, sino como una empresa siempre sujeta a riesgos, irritable e incitable, y sobre todo falible y necesitada de revisión, empresa que se endereza a realizar siempre de nuevo y en circunstancias cambiantes el sistema de

los derechos, es decir, a interpretarlo mejor, a institucionalizarlo en términos más adecuados, y a hacer uso de su contenido de forma más radical. Esta es la perspectiva de los ciudadanos que se implican activamente en la realización del sistema de los derechos y que, invocando (y teniendo bien presente) el cambio de las condiciones de contexto, tratan de superar prácticamente la tensión entre facticidad social y validez." (Habermas, 2000: 466)

IX- EXCURSO: HABERMAS FRENTE A CIERTA HERENCIA DEL PASADO Y FRENTE A CIERTAS CRÍTICAS DEL PRESENTE

Frecuentemente los autores son objeto de fuertes diatribas sobre la base de una comprensión poco cabal de su pensamiento. Ello suele conducir a que su obra sea etiquetada o rotulada con expresiones a veces sesgadas, a veces poco felices, y muchas veces despectivas: "ortodoxo", "comunista", "liberal", etc. Resulta innecesario mencionar las consecuencias nefastas que tales estratagemas suscitan a la hora de la recepción de dichas obras.

El mismo Hans Kelsen ha sido tergiversado y hasta algunas veces vilipendiado siguiendo semejante expediente. Se ha denostado su teoría, verbigracia, por "normativista", desfigurando el sentido de semejante normativismo y, de paso, soslayando el peso que la Teoría Pura del derecho le da a la decisión en el proceso de generación normativa. También se ha identificado su teoría con una defensa ideológica del punto de vista liberal-capitalista, obviando completamente la crítica a los intentos de la ciencia jurídica tradicional por mantener a cubierto el derecho de la propiedad privada como si de un componente inescindible se tratara, y obviando asimismo la abundancia de elementos francamente rousseaunianos en su pensamiento.

Cuando proliferan las acusaciones livianas y los etiquetamientos apresurados, suelen aparecer los estudiosos de los autores bajo ataque, sacando a la luz las complejidades con las que los rotuladores hacen tábula rasa: aparecen así otros autores diversos de los que habían sido catalogados con toda sencillez: otro Marx, otro Hegel, otro Locke, y también, como en la obra de Oscar Correas, otro Kelsen.

Este apartado se propone remitir la teoría de Habermas hacia una de sus tantas fuentes. Marcar las continuidades que, en términos de tradición del discurso, sedimentan en la obra del pensador alemán. Pero se intentará marcar las continuidades (y también las rupturas) en relación con un autor, que será asumido precisamente como "otro" del que habitualmente se reseña cuando sus reflexiones son presentadas de manera excesivamente perspectivista o carente de mentalidad ampliada, parafraseando a Kant.

Ese autor hacia el cual se intentará la remisión será John Locke. Porque, además de haber forjado una línea de preocupaciones y de conceptualizaciones que abraza también a Habermas, ha sido objeto de una mutilación que deja fuera de la escena algún "otro" Locke que seguramente será tan o más hermenéuticamente sustentable que el "de manual".

La elección no es caprichosa, entonces, porque existen fuentes lazos entre el otro Locke y "otro Habermas", un Habermas más complejo que se escapa de la mira de por lo menos algunos de sus críticos etiquetadores.

IX.1. Locke y Habermas como "liberales"

¿Cuál es el Locke frente al que, en aras de recuperar su riqueza, es necesario construir otro?

Se trata del Locke "padre del liberalismo". Esto es, del que a través de una lectura e interpretación selectivas termina siendo el forjador de los *"principios básicos que constituyen el sentido común liberal de la vida política que vivimos"*. (Rinesi, 2009: 10)

¿Es Locke liberal? Rinesi se apresura a señalar que, teniendo en cuenta la época en que el autor inglés escribe, eso es cronológicamente imposible.

Y, sin embargo, existe en él un liberalismo *"como efecto de lectura"*. Eso significa que una determinada tradición de pensamiento, la liberal, no inventó

"nada que no estuviera presente en los propios textos de Locke, pero sí que leyó esos textos desde determinada perspectiva, que ordenó y orientó su lectura de cierto modo, que seleccionó de esos textos algunos elementos en detrimento de otros, etc." (Rinesi, 2009: 12)

¿Hay algo de malo en todo ello? No, salvo *"impedirnos ver algunos de los aspectos de esa obra que hoy puede resultarnos interesante destacar."* (Rinesi, 2009: 15)

¿Es Habermas liberal?

Rinesi señala algunas máximas de la ideología liberal que están contenidas en el pensamiento lockeano: los hombres no deliberan no gobiernan sino a través de sus representantes, los representantes no pueden excederse en sus funciones más allá de aquello para lo que han sido elegidos, existe un conjunto fundamental de derechos que son anteriores a la aparición de los gobiernos, y que los gobiernos deben proteger y preservar, las creencias religiosas de las personas no deben ser perseguidas ni limitadas, etc. El autor alemán estaría más o menos de acuerdo con estas máximas, salvo, probablemente, con la tercera.

Elías Díaz, en su clásico "Estado de Derecho y sociedad democrática", sostiene que el Estado de Derecho de corte liberal demanda las siguientes características:

a) Gobierno de la ley: el ejercicio del gobierno es *per lege*, es decir, a través de la ley, pero también *sub lege*, lo cual significa que no existe nadie por fuera de la ley. Por otra parte, esa ley es fruto directo o indirecto de la voluntad de los mismos que están subordinados a ella.
b) División de poderes: existe un poder ejecutivo, uno legislativo y uno judicial. Con preeminencia del legislativo, pues allí se reúnen los representantes del pueblo.
c) Legalidad de la administración: tal como se deduce de la idea de gobierno *sub lege*. Esto se opone a la doctrina de la "razón de Estado".
d) Derechos y libertades fundamentales: su falta de reconocimiento implica la no existencia del Estado de Derecho. (Díaz, 1972: 31)

De acuerdo con estos lineamientos, Habermas sería, *grosso modo*, un liberal. Y en estos puntos y en algunos más se basan esas lecturas que construyen un Habermas liberal, solamente liberal, con la finalidad de criticarlo con más facilidad. Así, por ejemplo, Chantal Mouffe: *"el objetivo de Habermas no es otro que el de establecer la naturaleza racional privilegiada de la democracia liberal y en consecuencia su validez universal."* (Mouffe, 207: 91)

Pero puede resultar enriquecedor e interesante rescatar, como tal vez se intentó en este trabajo, lo que dichas lecturas han obviado, ampliando consiguientemente los horizontes en cuanto a las posibilidades de lectura del autor.

Y así como Rinesi señalará que Locke es mucho menos y a la vez mucho más que un liberal, es posible sostener algo parecido al dar cuenta del filósofo alemán.

En la medida en que el presente capítulo profundice en el conocimiento de ambos autores "liberales", seguramente descubrirá una serie de paralelismos entre ellos, tanto en lo que tienen como en lo que no tienen de liberales.

IX.2. La crítica

Mouffe ha sido, probablemente, quien con más claridad y contundencia ha criticado el modelo consensual o discursivo habermasiano. Ella asocia el modelo de democracia deliberativa con una ofensiva neoliberal que se consolidó en la década de 1990 bajo la forma de la "tercera vía". Gobiernos como los de T. Blair y G. Schroeder se empeñaron en la defensa del globalismo e intentaron repensar la democracia de la mano de conceptos como "modernización", "flexibilidad" o "responsabilidad". De acuerdo con esta perspectiva, los ideales revolucionarios quedaron sepultados bajo los escombros del muro de Berlín, y las reivindicaciones populares dejan de ser tenidas en cuenta con la excusa de que son residuos de un viejo proyecto de izquierda. Es lo que Ranciere denomina "posdemocracia":

"La posdemocracia es la práctica gubernamental y la legitimación conceptual de una democracia posterior al demos, de una democracia que liquidó la apariencia, la cuenta errónea y el litigio del pueblo, reductible por lo tanto al mero juego de los dispositivos estatales y las armonizaciones de energías e intereses sociales" (Ranciere, 2006: 129)

El autor francés tiene sus propios motivos filosóficos para considerarse a sí mismo en la vereda de enfrente del modelo deliberativo de Habermas, pero coincide con Mouffe en una cosa, dicho esto en trazos grandes: no es el consenso sino el conflicto lo que fortalece la democracia. En toda "partición de lo sensible" existe siempre una distorsión. El "régimen policial" da, de acuerdo con una vieja definición de "justicia", a cada uno lo que le corresponde. Pero nunca tiene presente, pues es la imposibilidad misma de su estabilidad perfecta, "la parte de los que no tienen parte". Eso es el origen del "litigio", del litigio del pueblo, cuya posibilidad de aparición es condición misma de la existencia de la democracia y de la política.

Con otro fundamento teórico, Mouffe coincide en la defensa de un "modelo adversarial" o "agonista" de democracia, convencida, como lo está, de que el otro modelo es lisa y llanamente antipolítico. La hegemonía neoliberal de la que son fruto los gobiernos de la tercera vía

"... caracterizada por el ensalzamiento de los valores de una política de consenso centrista, es lo que vertebra mi indagación teórica. Esta es la razón de que ponga un énfasis especial en las consecuencias negativas de considerar el ideal de la democracia como la realización de un consenso racional, así como en la correspondiente ilusión de que la derecha y la izquierda han dejado de constituir categorías pertinentes para la política democrática." (Mouffe, 2003: 24)

Mouffe critica la idea habermasiana de acuerdo con la cual

"... a través de los adecuados procedimientos deliberativos debería ser posible superar el conflicto entre los derechos individuales y las libertades, por un lado, y las demandas de igualdad y participación popular, por el otro." (Mouffe, 2003: 25)

Y si bien en algunos momentos reconoce que Habermas termina privilegiando la dimensión democrática sobre la liberal, en otros momentos parece sostener justamente lo contrario. En el Capítulo IV de su "En torno a lo político" toma una cita de "La constelación posnacional", en la que Habermas sostiene que el proceso democrático no extrae su legitimidad "ni siquiera predominantemente" de la participación política y la expresión de la voluntad popular, sino más bien *"de la accesibilidad general a un proceso deliberativo cuya estructura fundamenta una expectativa de resultados racionalmente aceptables"* (Mouffe, 2007: 94). Acto seguido, se pregunta: ¿qué son esos resultados racionalmente aceptables? ¿Quién decide sobre los límites que deben imponerse a la expresión de la voluntad política? ¿Cuáles serían los fundamentos para la exclusión?

Obviando otros desarrollos teóricos del frankfurtiano, Mouffe contesta con una frase schmittiana: "César es también señor de la gramática". Esto es: de la misma manera que el Leviatán hobbesiano es el árbitro de lo justo y de lo injusto, de lo tuyo y de lo mío, de lo verdadero y de lo falso, será el régimen policial, para usar la expresión de Ranciere, quien juzgará cuáles son las respuestas pertinentes a esas preguntas.

Y Mouffe sostiene que Habermas acepta, o no se da cuenta de que acepta, esta conclusión. Con lo que su enfoque sería netamente antipolítico. Dicho más elaboradamente:

"Lo que niega el modelo de la democracia deliberativa es la dimensión del carácter indecidible y no erradicable del antagonismo, dimensión que es constitutiva de lo político. Al postular la existencia de una esfera pública no excluyente de deliberación en la que obtener un consenso racional, la democracia deliberativa niega la naturaleza inherentemente conflictiva del pluralismo moderno. Este modelo es incapaz de reconocer que poner fin a una deliberación es algo que siempre es el resultado de una decisión que excluye otras posibilidades, y que nunca deberíamos negarnos a asumir la responsabilidad de dicha decisión invocando el imperativo de las reglas o los principios generales." (Mouffe, 2003: 117)

Así pues, el modelo habermasiano es antipolítico no solo por concederle todo el poder al César bajo la máscara de la imparcialidad de las decisiones, sino que también es antipolítico por ser un modelo "racionalista" enemigo del "pluralismo".

"Hoy en día es de buen tono, entre los supuestos defensores del humanismo, rechazar las contribuciones de autores como Foucault, Derrida o Lacan… se los acusa de que, con su crítica al universalismo y el racionalismo, minan las bases del proyecto democrático. En realidad es exactamente lo contrario. Pues los que ponen en peligro la democracia son precisamente los racionalistas. Éstos son en principio incapaces de comprender el desafío permanente al que debe enfrentarse siempre un régimen, de donde su ceguera y su impotencia ante las manifestaciones del antagonismo político. Pero, además, todos los modelos que proponen –si algún día se pudieran realizar- serían absolutamente incompatibles con la existencia de una democracia pluralista." (Mouffe, 1999: 19)

A pesar de que Habermas insiste repetidamente en la idea de que todo consenso racional es revisable, de tal manera que es imposible realizar, en la defensa de un orden concreto, aquella operación que Badiou (2002: 205 y ss.) denomina "sutura", a pesar de eso Mouffe le endilga la idea de que la razón busca una armonía y una reconciliación definitivas. O, también, que en nombre de esa armonía presuntamente lograda se pretende negar la capacidad de aparición de aquellos sujetos sociales cuyos intereses no están siendo tenidos en cuenta en la construcción de la voluntad política.

Erróneamente, Mouffe sostiene que la razón tiende a disolver el factor "poder", con lo cual, al no aceptarse la pugna entre diferentes agentes sociales que deberían admitir el carácter particular y limitado de sus reivindicaciones, se socava el pluralismo. Así dice:

"Según el enfoque deliberativo, cuando más democrática sea una sociedad, menor será el poder que forma parte de las relaciones sociales. Pero si aceptamos que las relaciones de poder son constitutivas de lo social, entonces la pregunta principal que ha de atender la política democrática no es la de cómo eliminar el poder sino la de cómo construir formas de poder más compatibles con los valores democráticos" (Mouffe, 2003: 113)

Y también:

"Tendremos que aceptar que todo consenso existe como resultado temporal de una hegemonía provisional, como una estabilización de poder, y que siempre implica alguna forma de exclusión. Las ideas de que el poder podría ser disuelto mediante un debate racional y de que la legitimidad podría basarse en la pura racionalidad son ilusiones que pueden poner en peligro las instituciones democráticas." (Mouffe, 2003: 117)

Uno de los problemas fundamentales de los enfoques consensualistas radicaría en que no reconocen que la democracia liberal es el resultado de la articulación de dos lógicas incompatibles (Mouffe, 2003: 22). La lógica de la igualdad y la lógica de la libertad se encuentran en tensión permanente, y el conflicto entre ellas solo puede estabilizarse temporalmente a través de formas hegemónicas contingentes. La filósofa belga insiste en la idea de acuerdo con la cual la confianza en que ambas lógicas pueden ser compatibilizadas a través del uso de la razón amenaza la posibilidad de que existan formas legítimas de expresión *"de las resistencias que se alzan contra las relaciones de poder dominantes."*(Mouffe, 2003: 23)

De esta manera, el pensador alemán sería también un conservador, pues cuando el consenso proporciona legitimidad al *status quo* no habría espacio para alternativas a la configuración de poder existente. Mouffe viene a decirnos, así, que Habermas no es un teórico crítico.

IX.3. Una visita a Locke

Si hay un punto en común entre Habermas y Mouffe, es el objeto acerca del cual están reflexionando. En la monumental obra habermasiana se puede seguir un hilo que recorre todos los trabajos, ya sean de índole epistemológica, sociológica o filosófica. Todo parece converger en la problemática política y jurídica de la legitimidad. Mouffe, por su parte, se enfrenta contra el modelo de legitimidad democrática vigente en Europa desde hace más de veinticinco años e intenta construir un tipo de razonamiento filosófico-político *que busca, contra el orden que cosas de las viejas teorías… tendían a naturalizar, sentar los principios de una legitimidad diferente."* (Rinesi, 2009: 65)
En esa misma tarea se encontraba John Locke en el siglo XVII. Locke reacciona contra la teoría patriarcal de Robert Filmer, de acuerdo con la cual el poder de un monarca es el mismo que Dios cedió a Adán sobre sus descendientes. Rinesi resume los argumentos contra Filmer:

1) Dios no cedió la propiedad de las cosas del mundo a Adán con exclusión de los demás hombres, sino a la humanidad por intermedio de Adán.
2) El poder paterno no puede ser transferido ni heredado.
3) El poder paterno no puede convertirse en el fundamento del poder político de los monarcas, ya que son de diferente naturaleza.

Una vez cuestionadas las bases de la vieja legitimidad, Locke se propone trazar los cimientos de la nueva. El resultado deberá ser una teoría que pueda responder a la pregunta de

"sobre qué bases pueden pretender esos monarcas… tener un poder legítimo sobre sus súbditos, o, si se prefiere plantear la pregunta desde el punto de vista de los súbditos, a quién y por qué están esos súbditos obligados a obedecer, y cuándo y bajo qué condiciones pueden e incluso deben no obedecer." (Rinesi, 2009: 27)

La última parte de la pregunta remite al famoso capítulo XIX del "Segundo Tratado sobre el gobierno civil". Sin embargo, con la finalidad acentuar paralelismos,

diferencias y similitudes interesantes, se prestará atención, aunque sea de manera somera, al resto de esta importante obra de Locke.

Según Rinesi, las dos temáticas fundamentales del libro son: la propiedad y el poder. Desde la perspectiva del presente trabajo, centrado en la cuestión de la validez jurídica, resulta imposible sostener que se trata de una cuestión económica, por un lado, y de otra política, por el otro. Se trata, indefectiblemente, de dos cuestiones políticas, la primera de las cuales sienta las bases y marca los límites para la segunda.

Con respecto a la "propiedad" una salvedad inicial: si bien la forma contemporánea de concebirla tiene que ver con la idea lockeana, es mucho más restrictiva. Los contemporáneos entienden que la propiedad son los bienes, mientras que para el autor inglés la primera propiedad es el cuerpo, y se extiende a lo que los sujetos hagan con él. En síntesis, la propiedad abarca la vida, la libertad y el patrimonio. (Verecker, 1961: 147)

Ahora bien: ser dueño de todo eso no significa que el hombre pueda disponer de su dotación como mejor le plazca. Existen según Locke "leyes naturales" que indican lo que es correcto hacer. Se trata de uno de los puntos que permite a Rinesi afirmar que Locke es "mucho menos" que un liberal: *right* tiene todavía mucho más que ver con "obligaciones" que con "derechos". (Rinesi, 2009: 56)

¿Quién fija esas obligaciones? Pues Dios.

¿Y cuáles son esas obligaciones, asequibles para los hombres a través del uso de su razón? Básicamente dos: preservarse a sí mismo y, en la medida de lo posible, al resto de la humanidad. Es posible que ésta sea una reminiscencia de la virtud cristiana de la "caridad" (Locke, 1990: #5). Conviene recordarlo, pues tendrá implicancias políticas de peso. Otra forma de enunciar el contenido de la ley natural sería: no dañar la propiedad de los demás y conservar la propia. (Locke, 1990: #6)

El tema de la conservación de la propiedad lleva a la cuestión del surgimiento de la sociedad política. Ya que ésta es la respuesta a la siguiente pregunta: ¿cuál es la mejor manera de salvaguardar la propiedad privada, propia y de los demás?

Locke, al igual que antes Hobbes, plantea la hipótesis de un "estado de naturaleza" prepolítico. Pero hay una diferencia importante entre ambos contractualistas ingleses: para el autor de "Leviatán" la situación natural de los hombres, amenazados por la escasez, es de guerra permanente entre ellos, en vistas de las pasiones que los impulsan a todos. En tales condiciones, la vida de los hombres es breve y miserable. Para Locke,

en cambio, ello no necesariamente es así. La vida en el estado de naturaleza no es necesariamente tosca, es abundante, existe el lenguaje y hasta existe el dinero y, en consecuencia, el comercio. Todos son perfectamente libres e iguales (Locke, 1990: #4). Y lo que es más importante aún, "estado de guerra" y "estado de naturaleza" no son sinónimos. (Locke, 1990: #19)

Automáticamente se impone la pregunta: ¿por qué introducir un cambio en esa situación cuasi-idílica? La respuesta sería: porque siempre pueden existir personas que no respeten la ley natural y agredan la propiedad ajena. En tal caso, el derecho a reparar el daño compete a la misma persona perjudicada en virtud del derecho a la propia conservación (Locke, 1990: #11). Pero como los hombres, además de ser racionales son también pasionales, existe la posibilidad de que se cometan excesos a la hora de castigar las agresiones que sufra la propiedad.

Así, el poder civil surge como remedio frente a la arbitrariedad resultante de que cada cual posea el poder ejecutivo de la ley natural (Locke, 1990: #13). He aquí la aparición de la teoría del Estado como *pouvoir neutre*, criticada por Kelsen, que atribuye a dicho Estado la función de resolver imparcialmente los pleitos que tienen lugar entre los particulares.

La sociedad política surge, indirectamente, para proteger la propiedad. Pues erigirá el juez imparcial que resolverá las disputas entre los individuos cada vez que uno considere que su propiedad fue agredida.

Citando a Hooker, Locke sostiene que los hombres tienden por naturaleza a buscar la camaradería y la comunión con los otros. Y justamente ése es el motivo por el cual se unen formando sociedades. Mas hace una aclaración importante: el "consentimiento" de cada hombre es fundamental para formar parte de dicha sociedad. Si un hombre no lo brinda, y puede no hacerlo, permanece en estado natural (Locke, 1990: #15 y #95).

De todos modos, sería irracional que un hombre se decidiera a quedar en estado de naturaleza, y no solo eso, sería una contravención a la ley divina que manda a hacer lo necesario para preservar la propiedad. Pues la mejor forma de hacerlo es despojándose del poder natural y poniéndolo en manos de la comunidad, de tal manera que todos puedan apelar a la protección de las leyes que dicha comunidad establece. (Locke, 1990: #87)

Los poderes de la sociedad política así constituida son básicamente dos: el de hacer las leyes y el de disponer la guerra o la paz. Ambos tienen la misma finalidad de protección

de la propiedad (Locke, 1990: #88). Pero también es necesario un poder que ejecute las sentencias (Locke, 1990: #126), que es justamente ese poder al que los hombres renunciaron para abandonar el estado de naturaleza. Así es como, para Locke, hay tres poderes: Legislativo, Federativo y Ejecutivo.

Toda obediencia, empero, es en último término al Poder Legislativos (Locke, 1990: #134), por ello es el poder soberano. Por ello y, también, porque se constituye con la voluntad del pueblo (Locke, 1990: #157). Los poderes Ejecutivo y Federativo son delegados del Legislativo.

El Ejecutivo pareciera gozar de cierta preeminencia, pues es el encargado de convocar al pueblo para elegir los representantes en el Legislativo (Locke, 1990: #154) y de convocar al Parlamento, así como de determinar los periodos de reunión (Locke, 1990: #156). Además, le asiste la "prerrogativa" de legislar supletoriamente (Locke, 1990: #159), pero no por ello es superior al Legislativo.

El pueblo ha delegado el poder de hacer leyes en el Legislativo (Locke, 1990: #141). Precisamente esa delegación es la puerta a través de la cual vuelve a primer plano el tema de la legitimidad. ¿Cuándo un poder es legítimo y puede, en consecuencia, reclamar con buenos argumentos la obediencia de sus súbditos?

Básicamente, cuando el pueblo brinda su "consentimiento". Esta cuestión ocupa a Locke a todo lo largo del capítulo VIII, y en su desarrollo el autor inglés parece haberse adelantado a algunos planteos rousseaunianos, y parece tener resueltas las paradojas que al ginebrino se le plantean.

Sostiene que la fuerza que impulsa a la sociedad civil es el "consentimiento de la mayoría" (Locke, 1990: #96). Solo si la mayoría se impone a los demás miembros es posible que la sociedad funcione como un solo cuerpo (Locke, 1990: #98). Por otra parte, el consentimiento no solo se brinda de forma expresa, porque también puede ser "tácito" (Locke, 1990: #119).

Así se está en presencia de un poder del Estado que legisla y sus mandatos son legítimos en la medida en que encuentran el consentimiento habitualmente tácito, a veces expreso, de los súbditos. Pero los súbditos solo brindarán su consentimiento, se supone, cuanto tanto la legislación como la aplicación de la ley se dispongan conforme al bien común (Locke, 1990: #131). Y eso no puede significar otra cosa que lo siguiente: cuando el objetivo prioritario del gobierno no sea otro que la protección de las propiedades de los súbditos.

Llegados a este punto, se abren dos interrogantes fundamentales:

1) ¿quién es el sujeto que decide si se está tergiversando la finalidad de salvaguardar el bien común por parte del gobierno?
2) ¿qué acciones son competencia de ese sujeto una vez corroborada la tergiversación o "traición a la confianza"?

Con respecto a la primera pregunta, Locke sostiene en un punto que el juez de las cuestiones sociales debe ser el "pueblo" y Dios (Locke, 1990: #242). En otro dice que debe ser el "conjunto del pueblo" o el "pueblo reunido" (Locke, 1990: #230). También dice "el pueblo" a secas (Locke, 1990: #240).

Hacer referencia a Dios tiene su sentido, pues cuando un gobierno desatiende su obligación de resguardar la propiedad, indirectamente está atentando contra el mandato divino de autoconservación. Además, existe una relación entre la ley natural dictada por Dios y el juicio del "conjunto" del pueblo: porque la divinidad manda conservar no solo la propia propiedad sino, en la medida de lo posible, la de los otros hombres. La consecuencia que se sigue de ello es que el juicio que se elabora sobre el accionar del gobierno no tiene que ver solamente con la suerte de "mi" propiedad, sino con la de todos[87].

Para que el juicio sea válido, deberá ser el conjunto del pueblo el que dictamine cuándo un gobierno ha declarado la guerra a sus súbditos, con prescindencia de que haya atacado, directa o indirectamente, la propiedad de unos pocos o de muchos. El conjunto del pueblo, se deduce, será siempre la mayoría del mismo. Esta exigencia pretende alejar, por otra parte, la posibilidad de que cualquiera, individualmente, se crea con derecho de oponerse al gobierno y desobedecerlo.

Parece estar todo dicho, pero hay algo más: se podría tomar la afirmación de que el único juez, el que dictamina si el príncipe o el legislativo han traicionado la confianza en ellos depositada, es el pueblo a secas, como el momento culminante de la teoría política lockeana. Se trata de un momento, aunque se trate solo de un momento, en el que Dios es prescindible. O, para decirlo apelando a un lugar común, "la voz del pueblo

[87] Así, el pueblo tiene el deber de levantarse toda vez que el soberano atente contra la propiedad de los súbditos, por minoritario que sea el grupo al que no se le está respetando su derecho natural. He aquí la virtud cristiana de la caridad fungiendo como catalizador político.

es la voz de Dios". Así se queda en presencia de un juez absoluto que es un juez mundano, y cuyo título para abrir juicio es netamente moderno: la igualdad.

Los momentos en los que el pueblo juzga y, en consecuencia, reasume en cierto modo la soberanía, son los momentos en los que se actualiza el fundamento de la unidad política, que es la igualdad de cualquiera con cualquiera. Todo orden implica una jerarquía. Pero esa jerarquía es artificial, como se pone de manifiesto el título que tiene el pueblo para juzgar.

Ahora bien: ¿a qué acciones tiene derecho ese sujeto, el pueblo en su conjunto, una vez que ha corroborado una traición a la confianza y un quebrando a las leyes naturales por parte del gobierno?

Las opciones son:

1) desobedecer,
2) rebelarse,
3) reasumir la soberanía.

La primera se puede constituir en una desobediencia pasiva, por decirlo así, cuando no va acompañada de un intento de destitución de las autoridades. La segunda significa el establecimiento de un "estado de guerra". La tercera implica abrogar la representación concedida para, acto seguido, designar otros representantes (ya que el pueblo no delibera ni legisla por sí mismo) en los cuales depositar nuevamente la confianza.

El concepto clave aquí es el de "estado de guerra". Si se presta atención a la etimología, "rebelión" significa el regreso o la vuelta de la guerra. En el capítulo III Locke dice que quien coloca a otro bajo su poder absoluto se coloca respecto de éste en estado de guerra, y que el castigo contra quien actúa así es su destrucción o su muerte (Locke, 1990: #17).

A partir de esta definición se puede colegir que, en realidad, el pueblo nunca se rebela. Se puede refrendar esto con un giro maquiaveliano: el pueblo no quiere oprimir, solo quiere no ser oprimido. Los que se rebelan son siempre los gobernantes, ya que no respetar la propiedad de los súbditos implica no respetar sus bienes, sus libertades y sus vidas. Y eso es lo mismo que pretender someterlos a un poder absoluto.

Al actuar así, los gobernantes exponen toda su irracionalidad, pues hacen caso omiso de las leyes naturales. En tales condiciones, Locke dice que deben ser tratados como "bestias salvajes".

La traición a la confianza depositada es una de las causales de disolución del gobierno. Y en esa situación el poder revierte nuevamente a la sociedad. Pero, además, el pueblo debe evitar esa disolución, con lo cual, como sostiene Rinesi, siempre le asiste al pueblo la razón en estas cuestiones:

"cuando se disuelve el gobierno el pueblo está en libertad de cuidarse de sí mismo, constituyendo un nuevo legislativo que difiera del otro en las personas, en la forma o en ambas cosas, según ellos consideren más conveniente para su bien y seguridad. Pues la sociedad no puede, en ningún caso, y por culpa de otro, perder su derecho innato y originario a su propia conservación, la cual es únicamente posible si cuenta con un legislativo constituido y una ejecución justa e imparcial de las leyes que aquél dicte. Ahora bien, la condición humana no puede ser tan miserable como para que no nos sea posible tener los remedios hasta que ya sea demasiado tarde para ello…

Los hombres no podrían estar a salvo de las tiranías si la única forma de escapar de ellas surgiera una vez que ya estuviera perfectamente sometido a su poder arbitrario. De ahí que el pueblo tiene perfecto derecho a librarse de la tiranía y también, cómo no, a prevenir su aparición." (Locke, 1990: # 220)

Recapitulando: el poder legislativo es soberano, pero mientras el pueblo juzgue que su confianza no es traicionada. El pueblo puede, cuando considere que no se protege el bien común, retirar el consentimiento, con lo que se revela como el verdadero sujeto de la soberanía. Aunque, como el pueblo no legisla, ceda inmediatamente esa soberanía con la constitución de un nuevo Legislativo.

El pueblo tiene derecho, pero también la obligación ante Dios, de rebelarse en determinadas situaciones. Y sin embargo, nunca se rebela, pues esa rebelión constituye siempre una respuesta a quienes usan de la fuerza en contra de las leyes naturales.

Una última observación: el levantamiento del pueblo puede, más allá de las salvedades expuestas, ser considerado "rebelión", pero nunca "revolución". Y éste es el punto en el que quizás tengan razón aquéllos que hacen de Locke un padre del liberalismo

(económico) o un defensor de los intereses de la clase burguesa en ascenso. Dice Rinesi, apoyándose en Edgard Andrew:

"Locke parece poner a las instituciones políticas sobre el terreno frágil de la historia y, por lo tanto, de la contingencia y de la posibilidad de impugnación, pero saca sugestivamente de ese campo a la estructura de su sociedad (a la que no hace falta ser un marxista de comunión –basta con ser un buen lockeano- para identificar con el conjunto de instituciones asociadas a la propiedad, a las formas de organización del trabajo, a la industria y al comercio), a la que, en cambio, una vez establecida, parece considerar perdurable, necesaria y ahistórica. Ya indicamos, más arriba, hasta qué punto es verdadera la tesis que hace de Locke un ideólogo de la sociedad capitalista y de las relaciones de propiedad y producción que la sostienen. No hacemos ahora más que confirmarlo." (Rinesi, 2009: 41)

IX.4. Contrastes con Habermas

Según Locke las leyes que emanan del Parlamento merecen obediencia porque son elaboradas por los representantes del pueblo, porque los miembros del pueblo brindan su consentimiento tácito o expreso, y más allá todavía porque existe un canon, el Derecho Natural, para evaluar el derecho positivo.

Locke sería, de esta manera, un semi-moderno, pues abandona la idea griega y medieval de un mundo natural y humano que armonizan sobre la base de jerarquías predeterminadas, en pos de la idea de acuerdo con la cual los hombres son libres e iguales entre sí. Pero no abandona la idea de un criterio de verdad y de corrección objetivos, criterio que al venir impuesto por un ser superior trasciende toda artificialidad.

Habermas es moderno en ambos sentidos, y ello implica abandonar la confianza en que se pueda llegar a las proposiciones verdaderas o a las normas correctas sobre la base de criterios a la vez objetivos, universales y necesarios. Vivir en una edad posmetafísica agudiza el problema de la legitimidad de las normas jurídicas.

El iusnaturalismo clásico resolvía la cuestión de la validez mediante el expediente tomista de la "concatenación de las leyes". De acuerdo con semejante idea, existen tanto un derecho positivo como un derecho natural. Y el segundo tiene una primacía tal sobre

el primero que, si del poder soberano emana una pretendida norma que contradice al derecho natural, resulta claro que dicha norma es ilegítima.

La bancarrota de la Metafísica arrastró consigo esas fuentes sacras de legitimación, con lo cual aumenta el riesgo de que las normas jurídicas queden desnudas en su carácter de imposición de un poder arbitrario.

Hans Kelsen se enfrenta al problema con los siguientes argumentos:

1) el derecho natural es una construcción ideológica, por cuanto tiene por finalidad legitimar el derecho positivo (o deslegitimarlo, llegado el caso) y, además, poner límites a las facultades del legislador. De acuerdo con los defensores del iusnaturalismo los derechos subjetivos vendrían primero y sólo luego aparecería el derecho objetivo para reconocer y proteger esos derechos (tal y como se aprecia con toda claridad en Locke). La función ideológica de tal enfoque es establecer ciertas instituciones como inmutables (como sostiene Andrew) y distintas del derecho objetivo, mientras se afirma a la vez su validez jurídica. (Kelsen, 1960: 143-144)
2) Como la quiebra de la Metafísica provocó la ruina del iusnaturalismo clásico, es necesario reconocer, como nunca se lo había hecho, que derecho y poder son dos caras de la misma moneda, ya que el derecho no es sino *"un orden u organización específicos del poder."* (Kelsen, 1983: 142)

Esta conclusión se halla demasiado cerca de un realismo y de un hobbesianismo que resultan, en última instancia, desdeñosos de la convicción moderna de acuerdo con la cual los hombres nacen libres e iguales (y así deberían permanecer).

Desde una perspectiva "realista" el poder se concibe como la capacidad de imponer la propia voluntad por sobre la de los demás.

Desde una perspectiva "hobbesiana", ese poder tiene un único sujeto, y de ese sujeto emana un derecho que viene previamente autorizado (y, en consecuencia, legitimado) ya siempre, en virtud de los términos del pacto que saca a los hombres del estado de naturaleza.

Kelsen mismo remoza la máxima de Hobbes *auctoritas non veritas facit legem* sosteniendo que no es mejor conocimiento sino más autoridad lo que le permite a un órgano jurídico decir qué sea el derecho (Kelsen, 1960: 353).

A su vez, el autor austriaco tiene su propia solución para el problema que salta a la vista: ¿cuándo una norma es válida? De acuerdo con la teoría de la gradación cada norma es válida por haber sido creada siguiendo las prescripciones de otra de orden superior. Ello lleva al investigador, como se ha visto, hasta la primera Constitución histórica, cuya validez ya no puede deducirse, sino que ha de presuponerse.

Como ya se señalara de la mano de Friedrich, la *Grundonorm* solo en un sentido figurado proporciona el fundamento de validez a la potestad legislativa, porque queda sin responder la cuestión que pregunta por el origen de la autoridad de los primeros constituyentes.

En esta situación, Bovero ha cuestionado que la Norma Fundante no es más que la mascarada de un poder de hecho, y en la misma línea de la preocupación de Mouffe ("construir formas de poder más compatibles con los ideales democráticos") arguye que resulta imposible atribuirle superioridad alguna al poder legar sobre el poder de hecho si no es considerando la obligación de obediencia "como fruto de la misma voluntad de los coasociados".

He ahí el punto de partida habermasiano en su intento por reflotar el proyecto político moderno. La consecuencia de que la voluntad de los "coasociados" sea la única y auténtica fuente de legitimidad lleva a Habermas a afirmar que los Estados de Derecho democráticos no pueden exigir de sus ciudadanos una obediencia incondicionada sino solo "cualificada".

Tomado a la ligera, el aserto tiene un típico tufillo iusnaturalista: se obedece a condición de que las normas que emanen de la autoridad política sean justas. Pero mientras el iusnaturalista confía en una objetividad fuerte de la idea de justicia, Habermas se toma en serio la crisis de la Metafísica y sabe que la justicia no puede pretender sino una objetividad de tipo débil. Se trata de una diferencia relevante, porque mientras aquél confía en que la verdad y la justicia son entidades objetivas, Habermas está pensando en la objetividad débil que surge de la "intersubjetividad".

El hecho es que la única herramienta mediante la cual es posible construir un conocimiento intersubjetivamente fundado es a través del lenguaje. Así, un enunciado será objetivamente verdadero (en un sentido débil) y una norma será objetivamente justa (en sentido débil) cuando, en un intercambio lingüístico, se puedan aportar buenas razones para que la comunidad de los hablantes los considere como tales. A esto Habermas lo llama "desempeñabilidad discursiva".

Esta noción es clave a la hora de evaluar si el intento del filósofo alemán supera con éxito los problemas del concepto rousseauniano de "voluntad general".

¿Hasta qué punto, o en qué medida, es posible que las normas extraigan realmente su legitimidad de la misma voluntad de los coasociados? ¿Hasta qué punto es posible forjar una comunidad política en la que los sujetos cedan todos sus derechos frente al soberano y sin embargo permanezcan tan libres como antes?

La respuesta de Habermas intenta, como se ha analizado ya, combinar la idea de autolegislación con la teoría del discurso.

De acuerdo con la teoría del discurso la tensión entre idea y realidad se halla grabada en las formas de vida estructuradas por medio del lenguaje (Habermas, 2000: 76 y ss.). Por ello los órdenes sociales sólo "cobran consistencia y perduran" a través del reconocimiento de pretensiones de validez normativas. Ello implica que el contrafáctico de la "situación ideal de habla", que en tanto ideal está destinada a no realizarse nunca, es un factor que no pueden dejar de tener presente los actores sociales en sus interacciones comunicativas.

Para Habermas existen dos formas distintas y fundamentales de comunicación: la "acción" y el "discurso". En la primera, las pretensiones de validez, que no pueden menos de quedar planteadas por cualquier comunicación, se aceptan tácitamente. Si surge un desacuerdo, es necesario pasar a la instancia discursiva, que es donde las pretensiones de validez se transforman en el tema y se investiga su justificación.

Existe, en consecuencia, una racionalidad inmanente a la práctica comunicativa cotidiana, y dicha racionalidad remite a la práctica de la argumentación.

La fuerza legitimatoria buscada radica, así, en la formación discursiva de la opinión y de la voluntad políticas. Siendo que las normas regulan la posibilidad de satisfacción de necesidades o de consecución de intereses (Alexy, 1989: 172), y si se reconoce que todos los hombres nacen libres e iguales y así deberían permanecer, la validez de las normas jurídicas o de las decisiones políticas no ha de fundarse meramente en un poder de imposición:

"únicamente pueden justificarse aquellas normas que expresan un interés susceptible de ser generalizado y que, en consecuencia, contaría con la aprobación voluntaria de todos los afectados." (Habermas, 1988: 58)

Ello significa que cualquier medida que se adopte para satisfacer necesidades o atender intereses debe evaluarse de acuerdo con la vara de la generalizabilidad o universalizabilidad de tales intereses y necesidades, a la manera en que lo enuncia el ya estudiado "principio de discurso"

La institucionalización de semejante principio es lo que da lugar al Estado de Derecho democrático, cuya principal función es instrumentalizar el principio de "soberanía popular". Esto es, la idea de Estado de Derecho es la respuesta consecuente con la cuestión de cómo pueden ser institucionalizadas las exigentes formas de comunicación de una formación democrática de la opinión y de la voluntad políticas.

Y a pesar de la fuerza que se pretende tenga siempre la argumentación en esta idea de "política deliberativa", no es cierto que la importancia de los procesos argumentativos termine por difuminar la existencia del poder, o pretenda disimularla, como sostiene Mouffe.

El planteo habermasiano no pretende que la razón pueda disolver las relaciones de poder. Sí pretende, en cambio, que la razón es una fuerza capaz de autorizar el ejercicio del poder. Por eso Habermas adopta el concepto de poder de Arendt es desmedro de la clásica definición de Weber. No es la "violencia" el único sustrato del poder político, ni puede serlo si tal poder pretende ser legítimo, sino el poder entendido como fuerza autorizadora que extrae autoridad de su desempeñabilidad discursiva en un proceso comunicativo por principio abierto a la participación de la ciudadanía:

"En la tradición del derecho natural racional el tránsito del estado de naturaleza al estado de sociedad se caracteriza porque las partes que concluyen el contrato renuncian a las libertades que se basan en la fuerza física de cada uno…

Aquí el derecho que surge de la renuncia al ejercicio de la violencia sirve a la canalización de una violencia que queda así conceptualmente equiparada a poder político. La diferencia de Hannah Arendt entre poder y violencia suprime esta contraposición. El derecho se vincula de por sí con un poder comunicativo que genera derecho legítimo. Con ello cae la tarea clásica de encontrar un sustituto del que el poder-violencia puramente fáctico obtuviese la autoridad de una violencia dotada de poder legítimo, capaz así de ejercer la dominación. H. Arendt ha de explicar, en vez de eso, cómo los ciudadanos unidos, al formar poder comunicativo, ponen o establecen

derecho legítimo, y cómo, a su vez, aseguran jurídicamente esa praxis, es decir, la praxis del ejercicio de la autonomía política." (Habermas, 2000: 216)

Ahora bien, el ejercicio de dicha autonomía política no se agota, como sostienen algunas críticas habituales, en la mera institucionalización del principio de discurso, que podría, sin más, reducirse a política legislativa. Varios autores, entre ellos Mouffe, sugieren que el intento de fundar la superioridad racional de la democracia deliberativa es una forma de agotar el sentido de la política en el funcionamiento de las redes institucionales, con el consecuente menoscabo de los intereses de quienes carecen de representación o, más agudamente dicho aún, "de la parte de los que no tienen parte".
Y sin embargo, si se lee la obra habermasiana con un poco más de atención, no será difícil caer en la cuenta de que el autor alemán concibe la política tanto desde el punto de vista de los "efectos" como de la "acción":

"contra quienes reducen la política… al mero funcionamiento de la máquina institucional, pero también contra quienes buscan la política solamente en las prácticas de oposición a dichos dispositivos, sostendré acá que el conflicto y la tensión entre la idea de la política entendida como la práctica institucional de administración de las sociedades y la idea de la política entendida como antagonismo y lucha es constitutiva de la política misma." (Rinesi, 2005: 22)

Las expresiones de Rinesi tienen su correlato en la idea habermasiana de que al analizar tanto la "idea" como la "realidad" del Estado de Derecho, se constata no solamente una "relación interna" entre facticidad y validez, sino también una "relación externa".
La relación interna tiene que ver fundamentalmente con las instancias institucionales de producción de derecho válido. El Parlamento es el lugar en el que por excelencia tiene lugar el discurso bajo la forma de argumentaciones y de negociaciones. Mediante la argumentación (y los supuestos contrafácticos que ella implica) se intentan resolver, según Habermas, tres tipos diferentes de cuestiones: morales, éticas y pragmáticas.
Las cuestiones morales tienen que ver con la satisfacción equitativa de necesidades e intereses, la cual solo puede lograrse si la propuesta supera la prueba que representa el principio de discurso, y que tiene que ver con la capacidad de universalización y con la imparcialidad:

"Lo que debe hacerse tiene aquí el sentido de que la correspondiente práctica es justa. Tales deberes se fundamentan en discursos morales. En éstos resultan decisorios los argumentos que prueban que los intereses encarnados en las normas de que se trate son susceptibles de universalización. En el discurso moral la perspectiva etnocéntrica de un determinado colectivo se amplía y se convierte en la perspectiva más amplia de una 'comunidad de comunicación' deslimitada, cuyos miembros son capaces de ponerse todos en la situación y en la comprensión de sí y del mundo que tienen todos y cada uno, y de practicar en común una asunción ideal de rol (en el sentido de G. H. Mead)." (Habermas, 2000: 229-230)

Las cuestiones éticas ya no tienen como sujetos a los miembros de una comunidad de comunicación ilimitada, sino a los miembros de una determinada comunidad históricamente existente y situada. Allí las cuestiones no tienen que ver solamente con la imparcialidad sino con la forma en que un determinado colectivo se asume a sí mismo, y con la decisión acerca de qué tradiciones desean continuar los integrantes de ese colectivo y cuáles tradiciones desean interrumpir:

"En los discursos ético-políticos nos cercioramos de la configuración de valores, bajo el presupuesto de que aún no sabemos qué es lo que en realidad queremos propiamente. En los discursos de esta clase podrán justificarse programas en la medida en que éstos resulten conducentes a las metas de que se trate y, consideradas las cosas en conjunto, sean buenas para nosotros." (Habermas, 2000: 229)

Una vez que un colectivo tiene claros los valores a los que desea atenerse y los objetivos que persigue, es necesario ponerse de acuerdo acerca de las formas en las que se plantea alcanzar esos objetivos:

"Las cuestiones pragmáticas se plantean desde la perspectiva de un agente que, dadas unas determinadas metas y preferencias, busca los fines adecuados para la realización de sus metas." (Habermas, 2000: 227)

El próximo paso de la reflexión habermasiana es precisamente la que da por tierra con las interpretaciones demasiado sencillas o intencionalmente simplificadoras que se hacen de ella. Pues mientras la mayor parte de los críticos insisten en sostener que para el autor alemán el consenso es siempre posible, y que, por si fuera poco, dicha posibilidad de alcanzar el consenso barre con las relaciones de poder, es muy otra la cosa que Habermas pretende sostener cuando habla de las "negociaciones".
Desde el comienzo se asume que las sociedades contemporáneas son sumamente complejas, y que en ellas resulta imposible fundamentar un incuestionable interés generalizable o el predominio unívoco de un valor:

"En estos casos queda la alternativa que representan las negociaciones, alternativa que, ciertamente, exige la disponibilidad a la cooperación por parte de agentes que actúan orientados a su propio éxito." (Habermas, 2000: 233)

Haciéndose eco de un manuscrito de Jon Eláter, Habermas asume que

"Negociar es embarcarse en una comunicación con el propósito de forzar o inducir al oponente a aceptar la pretensión de uno. Para alcanzar este fin, los negociadores se basan en amenazas y promesas que habrán de ejecutarse fuera de la reunión o asamblea misma. El poder de negociación no se deriva del 'poder del mejor argumento' sino de recursos materiales, potencia física, etc." (Habermas, 2000: 234)

Solo después de haber tomado nota de cuál es la esencia de una negociación, pasa Habermas a afirmar que los presupuestos normativos del Estado de Derecho quedarían "rotos" si la cadena discursiva de la formación de la voluntad colectiva se cortara por el "frágil eslabón" que presupone la capacidad de imponer condiciones en una negociación.
Por ello cree que es no solamente posible, sino además necesario, que aun en las negociaciones se haga valer aunque sea de forma indirecta el principio de discurso.
Esto significa que aunque no sea probable llegar a un acuerdo sobre la materia de los conflictos, siempre es posible llegar a un acuerdo acerca de los procedimientos que pueden seguirse para resolver dichos conflictos.

En el caso de las negociaciones, es evidente que muchos actores quitarían su colaboración si el proceso de negociación no tiene al menos visos de ser equitativo o *fair*. Y Habermas intenta justificar que los presupuestos de la razón comunicativa permiten concebir condiciones de negociación que cumplan con ese requisito[88]. De allí que no sea necesario interpretar la negociación como un límite de la construcción discursiva o deliberativa de la voluntad colectiva, pues en realidad toda negociación presupone semejante construcción:

"Una formación de compromisos que resulte fair no reposa sobre sus propios pies. Pues las condiciones procedimentales bajo las que los compromisos a que tácticamente se llegue pueden tener también a su favor la presunción de ser fair, tienen que ser justificadas en discursos morales. Además las negociaciones solo pueden ser admisibles o necesarias cuando están en juego intereses particulares, es decir, intereses que por principio no sean susceptibles de universalización, lo que a su vez ha de comprobarse en discursos morales. Las negociaciones fair no destruyen, pues, el principio de discurso, sino que lo presuponen." (Habermas, 2000: 235)

Una vez aclarados estos puntos, es necesario pasar a la "relación externa" entre facticidad y validez, que tiene que ver con las condiciones no institucionales para la existencia de una democracia deliberativa (sobre las que, por otra parte, ya se dijera bastante en el capítulo anterior).

En este punto Habermas lidia con los problemas que en su momento enfrentara Rousseau, y construye un modelo de democracia compatible con la institución del "representante".

[88] Las condiciones de la negociación serían aceptables para los implicados si cumplen tres condiciones, las cuales a su vez pueden desempeñarse discursivamente: a) la solución tiene que ser más ventajosa para todos que la ausencia de solución; b) la solución debe excluir *free riders*; c) la solución debe excluir *explotados*, es decir, existen razones para suponer que el resultado de una negociación es inequitativo (*unfair*) cuando existen quienes ponen en la negociación más de lo que sacan de ella. (Habermas, 2000: 233-234)

Es dable suponer que comparte la idea lockeana de que, para que el cuerpo social tenga rumbo, es necesario que ese rumbo sea infundido por la voluntad mayoritaria. Pero mientras para Locke el derecho natural (o, más precisamente, su guardián, que es el pueblo reunido) garantiza que la autonomía privada no sea ofendida por la autonomía del colectivo, Habermas tiene que apelar a otros argumentos.

Precisamente allí hace su aparición la exigencia de que exista un "espacio público autónomo", exigencia que es justificable discursivamente.

El espacio público debe poder conservarse libre de las coacciones de diverso tipo que ejercen los imperativos sistémicos. Ello no significa que, de hecho, el dinero o el poder administrativo no se presenten allí con intención de manipular a la "opinión pública". Sí significa, en cambio, que cada vez que esos intentos de manipulación se presenten en la realidad, serán susceptibles de crítica.

Por otra parte, al tratarse de un espacio no institucionalizado, las corrientes de comunicación que allí se generan nunca pueden ser manipuladas o maniatadas del todo.

La importancia que revisten los espacios públicos autónomos para Habermas tiene que ver con que se trata de lugares de tematización de los intereses y las necesidades que en todo momento se hallan en tensión en un colectivo cualquiera. En consecuencia, se trata de un engranaje fundamental de la política deliberativa, pues se trata del lugar en el que con más propiedad se pone en juego la tensión entre la autonomía del colectivo, esto es, la formación de la colectiva de la voluntad, y las autonomías privadas que deben sujetarse a ella:

"Porque el espacio público general es 'irrestricto' en el sentido de que sus corrientes de comunicación no vienen reguladas por procedimientos, resulta especialmente apropiado para la 'lucha por la interpretación de las necesidades.'" (Habermas, 2000: 392)

La idea sería que la política deliberativa no se agota en el juego de las argumentaciones y negociaciones que se dan en el plano institucional. Las instituciones políticas, muy por el contrario, deben permanecer abiertas y permeables a los argumentos y las razones que flotan libremente en el espacio de la opinión pública, y que tienen su razón de ser en las consecuencias que traen las medidas adoptadas y las normas puestas en vigencia para las vidas concretas de las personas. Por eso dice Habermas que los espacios

públicos son como una vasta red de sensores que indican el mayor o menor grado de coincidencia que existe, y que siempre implicará un desfasaje, entre la autonomía pública y las autonomías privadas.

Un ejemplo en términos lockeanos puede ilustrar el punto: ¿qué pasaría si un individuo o un conjunto de individuos considera que su propiedad ha sido injustamente agredida por una decisión adoptada en el plano institucional?

Pues bien, seguramente el sujeto en cuestión intentará asociarse con otros sujetos que se encuentren en la misma condición y, generalmente ayudados por el servicio amplificador de los medios de comunicación, se harán presentes en el espacio de la opinión pública con sus argumentos y razones.

Interpelarán a las mayorías, y si tienen éxito, si la "aparición" (en términos de Arendt), o la "teatralización" (en términos de Ranciere) tiene un mínimo de éxito, habrá una movilización de energías comunicativas que pueden reabrir la discusión sobre un debate ya cerrado o aportar nuevos argumentos cuando las decisiones no se han tomado todavía:

"por lo general se da un largo camino hasta que tales asuntos, a los que se empieza considerando como asuntos 'privados', logran obtener en el espacio de la opinión pública, mediante escenificaciones tenazmente sostenidas, el status de temas políticos reconocidos…

Solo tras una 'lucha por el reconocimiento' sostenida públicamente pueden las debatidas constelaciones de intereses ser abordadas por las instancias políticas correspondientes, ser introducidas en los órdenes del día de los órganos parlamentarios, ser discutidas y, llegado el caso, ser convertidas en una moción y tomarse sobre ello una resolución vinculante." (Habermas, 2000: 392-393)

Pero ¿qué ocurre si el sistema político-institucional se cierra, pese a todo, a los datos provenientes de las redes de comunicación de los espacios públicos, e insiste en basar la legitimidad de las normas solo en la formación de mayorías parlamentarias?

En tal caso el Estado de Derecho corre el riesgo de caer en el "legalismo autoritario" y en la "alienación legal" ya reseñadas. Frente a ello, Habermas respalda, como se ha visto, la "desobediencia civil":

"la presión plebiscitaria de la desobediencia civil suele ser a menudo la última oportunidad para corregir los errores en el proceso de aplicación del derecho o para implantar innovaciones…
Cuando la Constitución representativa fracasa ante retos que afectan los intereses de todos los ciudadanos, el pueblo puede resucitar los derechos originarios del soberano bajo la forma de los ciudadanos, incluso de los ciudadanos singulares. En última instancia, el Estado democrático de Derecho depende de este defensor de la legitimidad." (Habermas, 1988: 60-61)

Semejantes palabras resultan difícilmente compatibles con las afirmaciones de Mouffe y de otros, de acuerdo con las cuales la idea de Estado de Derecho de Habermas tiende a construir una armonía artificial sobre la base del silenciamiento o del no-litigio. Al mismo tiempo, refutan las acusaciones de "impotencia frente al antagonismo", o de "negación de la naturaleza conflictiva del pluralismo", que recaen sobre el modelo de democracia deliberativa.
Frente a ellas, la siguiente cita resulta concluyente:

"Y el Estado de Derecho que persigue la desobediencia civil como si fuera un delito común incurre en la resbaladiza pendiente del legalismo autoritario…
El legalismo autoritario niega la sustancia humana de lo multívoco precisamente cuando el Estado de Derecho se alimenta de dicha sustancia." (Habermas, 1988: 70)

IX.5. Ajustando cuentas

Después de todo lo escrito, existen buenos argumentos para desestimar la acusación de "antipoliticidad" que algunos críticos contemporáneos quieren hacer recaer sobre la propuesta habermasiana. También se han reunido suficientes elementos de juicio como para sostener que el modelo discursivo es uno de los mejores intentos, sino el mejor y más consecuente, de construir teóricamente formas de poder compatibles con los valores democráticos.
La visita realizada a Locke fue, en ese sentido, fructífera. Pues mostró que un clásico siempre dice mucho más y, a veces, mucho menos de lo que afirma la consigna escrita en el rótulo que se le ha asignado.

En el presente trabajo se puso en evidencia un cierto paralelismo entre el autor inglés y Habermas, que tiene que ver con sacar a la luz los elementos republicanos, por decirlo de alguna manera, que algunas lecturas han intentado y han logrado opacar bajo la presión de los elementos liberales en sus pensamientos.

Hay, claro está, también diferencias muy marcadas. Entre ellas se destaca que el modelo comunicativo habermasiano deja obsoleto el recurso a la idea de "contrato" como momento primero de construcción de la unidad política.

También se puede señalar el hecho de que la figura de Dios parece ser una piedra basal en el "Segundo Tratado", mientras que esa figura resulta ilegible en una época de politeísmo de valores y creencias.

Esta diferencia, a su vez, afecta el fundamento suprapositivo que brinda legitimidad a todo ordenamiento legal, que en el caso de Locke pasa por un conjunto de derechos naturales de raigambre metafísica, y en Habermas por un conjunto de derechos que son condición de posibilidad de una convivencia ordenada entre sujetos que desean regular sus relaciones por medio del derecho positivo.

Más interesante aún resulta señalar ciertas cercanías entre ambos filósofos: por ejemplo la que hace referencia a la relación entre el fenómeno de la legitimidad y la voluntad de las mayorías, lo cual remite al necesario consentimiento que debe brindar a las normas todo aquél que vaya a someterse a ellas. Para ambos la legitimidad tiene como epicentro institucional al Poder Legislativo, pero también para ambos existe, en última instancia, un juez extrainstitucional, el pueblo o la ciudadanía, encargado de juzgar incluso sobre las decisiones que adopte el legislador.

Tanto Locke como Habermas aportan una respuesta clara frente a las preguntas ya reseñadas de Mouffe: "¿qué son esos resultados racionalmente aceptables? ¿Quién decide sobre los límites que deben imponerse a la expresión de la voluntad política? ¿Cuáles serían los fundamentos para la exclusión?"

La respuesta es una sola: el pueblo o los ciudadanos y los fundamentos que ellos consideren aceptables. He ahí el sujeto que decide (debe decidir) cuándo se ha traicionado el bien común: en conjunto todos y cada uno de los sujetos autónomos que a su vez forman parte de la unidad política autónoma. Tanto en un autor como en el otro existe un juez terrenal cuyo título para juzgar sobre las normas y las decisiones soberanas es la igualdad.

Esto significa que, contrariamente a lo que opina Mouffe, no es cierto que el planteo habermasiano implique la ecuación "más democracia, menos poder". La raigambre republicana que se acaba de revelar sugiere, más bien, la idea contraria: más democracia, más poder". O, más precisamente, "más poder comunicativo, más democracia".

Llegados a este destino, es válido preguntarse si Mouffe advierte el peligro de proponer un modelo de democracia en el que, sencillamente, "la decisión pone fin a la deliberación".

Si ello significa, como en el modelo deliberativo, que el Poder Legislativo debe en algún momento decidir, pero que esa decisión se basa en los mejores argumentos, y a condición de que el debate pueda ser reabierto en cualquier momento a posteriori, habida cuenta de que todo consenso es revisable, entonces, en tal caso, no hay peligro alguno de mengua en el Estado de Derecho.

Pero si la decisión se basa solo en una determinada constelación de fuerzas que asume explícitamente que determinados intereses y necesidades quedarán excluidos, ello no puede sino redundar en una pérdida de autonomía de aquellos sujetos por el derecho que no han logrado construir "hegemonía". Ello haría de la democracia algo mucho más "radical" que "plural".

Para Habermas el carácter racional de todo sujeto, cuya forma de vida viene estructurada lingüísticamente, es el fértil suelo en el que los ciudadanos pueden encontrarse para argumentar sobre necesidades e intereses y sobre los procedimientos que habrían de seguirse en una negociación, cada vez que no se pueda llegar a un acuerdo de fondo sobre tales necesidades e intereses.

En las teorías de algunos críticos, como se pone en evidencia en el caso de la autora belga, ese suelo común ha desaparecido y, en consecuencia, se corre el riesgo de que el poder de derecho se deduzca a poder de hecho, como lo diría Bovero.

Y también se corre el riesgo de que la política quede reducida a un mero juego estratégico donde lo único que interesa es el poder, concebido weberianamente, que se ha acumulado para lograr que la voluntad del todo coincida con la voluntad de determinados grupos excluyendo a los demás.

Semejante planteamiento disuelve la tensión que siempre existe entre facticidad y validez. Y por lo tanto nunca puede dar cuenta de lo que cualquier democracia, independientemente de sus limitaciones fácticas, siempre es.

PARTE C: CONCLUSIONES

C.1. Otra visita a Kelsen

El presente apartado se inspira en un artículo de Herbert Hart, ya mencionado, y en el que el jurista inglés visitara la obra de Kelsen con intenciones críticas. Aquí se intentará poner de manifiesto las conclusiones a las que se ha arribado sobre la teoría kelseniana, con el apoyo de citas extraídas de la célebre *Teoría General del Derecho y del Estado*.
Se intentará argumentar, en general, que Kelsen se ha quedado un tanto corto a pesar de sus intenciones de fundar una ciencia jurídica crítica. Se intentará señalar los umbrales frente a los que se detiene, los motivos y las razones de esa detención, y la dirección en que una disciplina jurídica crítica debería avanzar, superando los obstáculos filosóficos y epistemológicos a los que el padre de la Teoría Pura hubo de enfrentarse.

Cita n°1

"a) La conducta humana como objeto de regulación normativa

El derecho es un orden de la conducta humana…
Es un conjunto de normas que tienen en tipo de unidad a que nos referimos cuando hablamos de sistema…
Cada norma jurídica obliga a determinados seres humanos a observar, en ciertas circunstancias, una conducta determinada. Tales circunstancias no se refieren necesariamente a la conducta humana, sino que pueden consistir, por ejemplo, en lo que llamamos acontecimientos naturales… hechos que no representan un comportamiento humano pueden entrar en el contenido de una norma de derecho… en cuanto se refieren a la conducta humana, ya sea como condición, ya como efecto de la misma.
Una definición de derecho debe especificar en qué aspectos difiere el derecho de otros ordenamientos de la conducta humana.

b) Definición científica y definición política del derecho

…¿presentan los fenómenos sociales generalmente denominados 'derecho' una característica común que los distinga de otros fenómenos sociales de naturaleza semejante?...

Ello no significa que sea ilegítimo acuñar un concepto más estricto del derecho…

El único problema es saber si podrá servir para el fin teórico que le hemos asignado. Un concepto del derecho cuya extensión coincide de manera aproximada con el uso común es obviamente preferible a otro solo aplicable a una clase de fenómenos mucho más pequeña… nada podría impedirnos incluir en nuestra definición del orden jurídico cierto minimum de libertad personal, así como la posibilidad de la propiedad privada. La consecuencia de adoptar semejante definición sería que los ordenamientos sociales que existen en Rusia, Italia y Alemania no podrían ser ya considerados como jurídicos…

(Esto) *revela hasta qué punto una tendencia política puede influir sobre la definición del derecho. El concepto del derecho se hace entonces coincidir con un ideal específico de justicia…*

Desde el punto de vista de la ciencia, libre de toda clase de juicios de valor morales o políticos, la democracia y el liberalismo son únicamente dos principios posibles de organización social, lo mismo que la autocracia y el socialismo. No hay ninguna razón científica por la que el concepto del derecho tuviera que definirse de tal modo que excluyese la dos últimas clases de organización de la sociedad…

(Derecho) *no tiene connotación moral ninguna. Designa una técnica de organización social…*

En cuanto lo distinguimos de la justicia, el orden jurídico aparece como derecho positivo. Este libro se limita a estudiar el derecho positivo y, por tanto, debe distinguir claramente la ciencia del derecho positivo y la filosofía de la justicia." (Kelsen , 1983. 3-6)

Comentario

En la afirmación de que la ciencia está libre de toda clase de juicios de valor, morales o políticos, se nota la filiación de Kelsen a los cánones epistemológicos positivistas.

Kelsen es, sin embargo, un positivista *sui generis*, ya que no es partidario del monismo metodológico sino de un dualismo. Tal dualismo se basa en principios o categorías trascendentales diferentes: la causalidad como ordenadora del mundo natural y la imputación como ordenadora del mundo específicamente jurídico.

La ortodoxia epistemológica kelseniana se advierte, en todo caso, en su constricción a los hechos y en la exigencia de objetividad. Es precisamente el punto en el que resulta interesante y, a la vez, necesario detenerse.

Dicha objetividad, único expediente para que la ciencia llegue a resultados confiables, se manifiesta en el imperativo weberiano de neutralidad valorativa. En ese sentido implica, de acuerdo con los frankfurtianos, la anulación o el desconocimiento del papel del sujeto en el proceso de conocimiento.

La presente investigación asume como punto de partida la siguiente conclusión: la asepsia cognoscitiva es imposible. Ni siquiera los intelectuales mentados por Karl Mannheim desde su *u-topos* de *inteligentzia* la pueden conquistar, porque todo conocimiento se origina en posiciones sociales cruzadas por multiplicidad de condicionamientos, intereses y fuerzas.

La objetividad, al menos como la entienden Weber y Kelsen, no resulta alcanzable ni con el más sublime de los esfuerzos subjetivos, porque cuando la conciencia cierra sus puertas a las valoraciones, éstas se cuelan por la ventana de la inconciencia.

Por lo tanto, quizá la ciencia pueda liberarse de los juicios de valor, tal como quiere Kelsen, pero nunca podrá liberarse de los *pre-juicios*. En consecuencia, la objetividad nunca podrá ser el resultado del trabajo subjetivo sino del *inter-subjetivo*: solamente un *alter* puede señalarle a *ego* lo que escapa a la conciencia de éste. Con las teorías científicas ocurre algo parecido a lo que ocurre con las obras de arte: así como su reconocimiento y consagración no dependen del artista mismo, así también la vigilancia epistemológica solo puede ser ejercida por la comunidad epistémica pertinente.

Por otra parte, hay una diferencia notable entre consagrarse a los hechos en las ciencias de la naturaleza y hacerlo en las disciplinas sociales, culturales o históricas, porque éstas toman como objeto de estudio instituciones que son el resultado del trabajo humano.

Siendo que ningún acto humano está libre de finalidades, toda institución envuelve objetivos, juicios, prejuicios y valoraciones. En tales condiciones, contentarse con la neutra constatación de que una institución existe, o con la autocomprensión que la institución tiene de sí misma o para sus miembros, sin sospechar ni plantearse alternativas (en términos hegelianos, sin cotejarla con su concepto; en términos kantianos, sin cotejarla con las pretensiones ideales) transforma al investigador en cómplice silencioso de la prolongación del status quo. Y ésta es una función política.

De lo expuesto se deduce que no es cierto que el derecho no tiene ninguna connotación moral[89]. Al contrario, tiene todo el peso moral de la historia que arrastra. Y resulta ser Kelsen el que adopta una definición restringida del fenómeno al dejar fuera de él el firmamento moral.

Cita n°2

"c) El concepto del derecho y la idea de la justicia

Liberar el concepto del derecho de la idea de la justicia es difícil, porque ambos se confunden constantemente en el pensamiento no científico, así como en el lenguaje cotidiano, y porque esta confusión corresponde a la tendencia ideológica que trata de hacer aparecer el derecho positivo como justo. Si el derecho y la justicia son identificados y solo un orden justo es llamado derecho, un orden social presentado como jurídico aparece –al mismo tiempo- como justo…

Una teoría pura del derecho de ningún modo se opone a la exigencia de un derecho justo… (pero considera imposible) *responder científicamente cuál sea el elemento esencial a la justicia…*

[89] Es necesario destacar, una vez más y para evitar confusiones, en qué sentido el derecho es moral: en el sentido de que tanto el derecho como la moral tienen una dimensión formal procedimentalizada para la solución de conflictos de intereses de forma equitativa. Como consta en uno de las referencias a pie de página del Capítulo III bis del presente estudio, esto no debe confundirse con la imbibición por parte del derecho de contenidos éticos cualesquiera. Por otra parte, y si no quedaba en claro todavía, tampoco implica una reducción del derecho a moralidad, "pues las materias necesitadas de regulación jurídica de ningún modo plantean solamente cuestiones morales, sino que tocan también aspectos empíricos, pragmáticos y éticos, así como aspectos atinentes a una ponderación equitativa de intereses susceptibles de compromisos. De ahí también que la formación de la opinión y la voluntad del legislador democrático se vea remitida a, y dependa de, una ramificada red de discursos y negociaciones, y no solamente a discursos morales." (Habermas, 2000: 650)

Justo significa que ese orden regula la conducta de los hombres de una forma satisfactoria para todos, es decir, de tal modo que todos encuentren en él su felicidad. La aspiración a la justicia es el eterno anhelo humano de felicidad. El individuo aislado no puede, en cuanto tal, encontrar la felicidad, y por ello la busca en la sociedad. Justicia es felicidad social." (Kelsen, 1983: 6-7)

Comentario

Una Teoría Crítica del derecho seguramente compartirá la opinión de que es difícil desligar el derecho de la idea de justicia. Pero no hay confusión entre ellos en el pensamiento, si bien es cierto que en el lenguaje cotidiano a veces se habla indistintamente de los procedimientos seguidos por el derecho y la actuación de la justicia.

El pensamiento, ya sea cotidiano, político o científico (según un enfoque crítico: científico *y* político), discierne perfectamente entre el derecho y la justicia: uno como conjunto de normas que regulan la conducta humana, y la otra como el ideal o los ideales a los que aspira dicho conjunto normativo. Y la dificultad en desligarlos, que Kelsen comprueba, no se debe únicamente a cínicos e interesados planteos que pretenden obtener rédito político de esta ligazón, sino, más bien, a una particularidad del objeto de estudio, en este caso el derecho, como categoría fronteriza entre la facticidad y la validez. De ahí que una Teoría Crítica del derecho vea un cercenamiento en la estrategia cognoscitiva de la Teoría Pura, al eliminar la pretensión normativa que como tensión está inscrita en el objeto, y al reducir el concepto del derecho a una constatación de su vigencia.

Parece ser una cuestión de principio, epistemológica, la ubicación que Kelsen le proporciona al concepto del derecho enteramente en el ámbito de lo fáctico, con lo cual lo extirpa de dominio ideal de la validez. Pero también puede deberse a que el maestro vienés considera imposible responder científicamente a la pregunta sobre el elemento esencial a la justicia.

¿Qué pasaría si se pudiesen aportar buenos argumentos para sostener que, contrariamente a lo que piensa Kelsen, existen criterios racionales para determinar de una manera histórica y contingente, pero no relativista, aquello a lo que la idea de justicia se refiere?

Lo que, para comenzar, requiere crítica, es la identificación entre "justicia" y "felicidad". Si no se abandona dicha identificación, es imposible avanzar en la respuesta a la pregunta formulada. Pero hay que abandonarla, ya que resulta imposible sostenerla
Es verdad de Perogrullo que, en determinadas circunstancias, los sujetos aceptan que los asuntos con los demás se resuelvan sin ventaja para ellos. Es decir, pueden considerar justa una resolución a pesar de que no los haya hecho felices. Esta simple experiencia, permite comprobar las limitaciones de un enfoque exclusivamente eudemonístico sobre la justicia.
Kelsen podría argumentar que una solución que no favorece a un sujeto A, es justa porque de todas maneras trae felicidad a otro sujeto, B. También podría argumentar que la solución es justa porque posibilita una convivencia social más feliz.
Pero, además de que se trataría de desviaciones del argumento original, aún se echa de menos un enfoque de tipo deontológico, ya que más bien pareciera que la felicidad social se sigue de un ordenamiento justo y no que sean lo mismo.

Cita n°3

"1- La justicia como juicio subjetivo de valor

Es obvio que no puede existir un orden… capaz de procurar la felicidad de cada uno, si el concepto de felicidad se define en su sentido originario y estricto de felicidad individual… (porque) *entonces resulta inevitable que en cierto momento la felicidad de una voluntad individual entre en conflicto con la de otra voluntad…*
La felicidad que un orden social es capaz de asegurar puede ser únicamente felicidad en sentido colectivo, esto es, la satisfacción de ciertas necesidades, reconocidas por la autoridad social, el legislador, como dignas de ser satisfechas…
Pero ¿qué necesidades humanas son dignas de ser satisfechas y, sobre todo, cuál es el orden jerárquico que les corresponde? Estos problemas no pueden ser resueltos por medio de un conocimiento racional. La solución de los mismos implica un juicio determinado por factores emocionales y tiene, por ende, carácter subjetivo, válido únicamente para el sujeto que juzga y, por tanto, relativo solo a él…
La cuestión que consiste en saber si los bienes espirituales o materiales, si la libertad o la igualdad representan el valor supremo, no puede ser resuelta racionalmente. Sin

embargo, el juicio de valor subjetivo y, por tanto, relativo, mediante el cual la cuestión es decidida, suele ser presentado como un aserto que tiene valor objetivo y absoluto, es decir, como norma dotada de validez general…

Esto es posible en la medida en que los anhelos y los deseos se refieren a medios por los cuales alguna finalidad puede alcanzarse; pues la relación entre medios y fines es una relación de causa a efecto, y puede determinarse sobre la base de la experiencia, esto es, racionalmente.

De acuerdo con el estado actual de la ciencia social muchas veces ello no es posible, ya que en gran número de casos no tenemos una experiencia adecuada que nos capacite para determinar en qué forma ciertas finalidades sociales pueden ser realizadas con mayor eficacia. En consecuencia, este problema de los medios adecuados es a menudo resuelto de acuerdo con juicios subjetivos de valor…

El juicio por el cual se declara que algo es un medio eficaz para un fin postulado de antemano, no es un verdadero juicio de valor, es relativo a la conexión entre causa y efecto y, como tal, un juicio sobre la realidad. Juicio de valor es un aserto por el cual se declara que algo es un fin, un último fin que no puede servir como medio para el logro de otro fin ulterior. Semejante juicio se halla siempre determinado por factores emocionales…

Si la afirmación de los últimos fines aparece en la forma de postulados o normas de justicia, éstos descansan siempre en juicios de valor puramente subjetivos… no significa, por supuesto, que cada individuo tenga un sistema propio de valores. De hecho, gran número de individuos coincide en sus juicios de valor. Un sistema positivo de valores no es creación arbitraria de un individuo aislado, sino siempre resultado de la influencia recíproca que los individuos ejercen unos sobre otros…

Los sistemas de valores, especialmente la moral y su idea central de la justicia, son fenómenos colectivos, productos sociales y, por consiguiente, difieren en cada caso de acuerdo con la naturaleza de la sociedad en cuyo seno surgen. El hecho de que en una sociedad haya ciertos valores generalmente aceptados, en modo alguno contradice el carácter subjetivo y relativo de esos juicios de valor. La circunstancia de que muchos individuos coincidan en sus juicios estimativos no prueba que tales juicios sean correctos." (Kelsen, 1983: 7-9)

Comentario

En tanto que Kelsen es heredero de Kant, una de las cuestiones centrales viene a ser la elucidación de un concepto central en la filosofía práctica kantiana, como el de autonomía.

Kelsen es ambiguo cuando se enfrenta con dicho concepto. Lo usa cuando teoriza las formas de Estado, al deslindar las formas democráticas de las autocráticas. Es de hacer notar que el concepto conserva aquí el significado etimológico y, si se quiere, iluminista que hace referencia a individuos que se dan a sí mismos la ley:

"Políticamente libre es el individuo que se encuentra sujeto a un ordenamiento jurídico en cuya creación participa…

La democracia significa que la voluntad representada por el orden legal del Estado es idéntica a las voluntades de los súbditos. La oposición a la democracia está constituida por la servidumbre implícita en la autocracia. En esta forma de gobierno los súbditos se encuentran excluidos de la creación del ordenamiento jurídico, por lo que en ninguna forma se garantiza la armonía entre dicho ordenamiento y la voluntad de los particulares." (Kelsen, 1983: 337)

Ahora bien, cuando Kelsen se concentra en el fenómeno jurídico, el concepto de autonomía vira drásticamente en su significado. Pues de la manera en que ha acotado su objeto, autonomía solo puede significar que el sistema jurídico regula su propia creación, de una manera que recuerda a los sistemas autopoiéticamente cerrados luhmannianos. De acuerdo con esta idea, el sistema jurídico se da a sí mismo sus normas de acuerdo con los procedimientos que él mismo establece.

Según con esta forma de concebirla, en consecuencia, la autonomía implica una concepción formal del derecho, donde lo importante son dichos procedimientos independientemente de los contenidos. Tales contenidos pueden ser tomados de, por ejemplo, una ética particular. Entonces el derecho se hace heterónomo, pues su contenido le viene dado por algún otro orden de la conducta humana. Es lo que sucede con el derecho en las concepciones jusnaturalistas.

La razón fundamental por la cual el orden social no puede hacer felices a los individuos considerados de manera atomística, sino que solo es capaz de perseguir la "felicidad

social", radica en que la autonomía de las personas no tiene ninguna misión o papel en la elaboración y establecimiento de un sistema de normas autopoiéticamente cerrado[90].

Kelsen considera solamente la autonomía del sistema (como rasgo dinámico del derecho) que es, en definitiva, "autonomía colectiva" o "pública", y por ello sostiene que la felicidad que un orden social es capaz de asegurar consiste en la satisfacción de las necesidades "reconocidas por la autoridad social", el legislador. Al hacerlo borra de un plumazo, elude o se encuentra incapacitado para ver el auténtico cogollo del problema de la validez de las normas jurídicas: la tensión entre la autonomía pública y la autonomía privada en la conformación de la voluntad política.

Es un hecho innegable, que podría documentarse con abundantes ejemplos históricos, que la autonomía privada tiene que ver en la elaboración y el mantenimiento de la voluntad colectiva representada en las normas. La idea de legitimidad que intuye Weber tiene su correlato en el lugar común, pero no por ello menos certero, consistente en la afirmación de que ningún gobierno se sostiene con base solo en la mera fuerza, y en el hecho de que todo gobernante aspira a legitimar el poder del que dispone. ¿Cómo puede legitimarlo? Pues haciendo que la voluntad colectiva haga centro en las necesidades e intereses que motivan a las voluntades particulares.

Como la teoría kelseniana estudia el derecho sin valerse de ningún elemento extrajurídico, no puede reflejar este sentido de la legitimidad necesariamente implicado en la validez normativa. Y reduce el sentido del concepto a principio por el cual se

[90] Discutiendo la relación que la Teoría Pura del derecho establece entre los conceptos de autonomía y sistema jurídico, se arribó a la conclusión de que la única autonomía concebible es la del mismo sistema, que regula su propia creación. A ello le aplica Habermas el término "autopoiesis".

La ciencia jurídica kelseniana, con su promoción de la pureza, contribuye a la cerrazón del conocimiento jurídico, pero también del sistema jurídico, frente a todo lo extraño. Y es entonces cuando el derecho "se establece como un sistema funcionalmente especificado, que opera en términos autorreferenciales, que elabora informaciones externas ateniéndose solamente a su propio código y que se reproduce a sí mismo *junto a* otros sistemas sociales" (Habermas, 2000: 565). Esto genera el inconveniente teórico de que el surgimiento de la legitimidad a partir de la legalidad solo se puede explicar como un autoengaño estabilizador del sistema, pues resulta evidente que "un sistema jurídico diferenciado no puede romper esa circularidad con que se presenta el código jurídico al volverse autónomo, a saber, la circularidad que consiste en que solo puede ser considerado derecho aquello que ha sido establecido como derecho mediante los procedimientos jurídicamente estatuidos, recurriendo para romperla a razones legitimantes de tipo extrajurídico" (Habermas, 2000: 565).

Los problemas normativos que el derecho presenta son así salteados por una decisión metodológica, de acuerdo con la cual lo que para los participantes es normativamente vinculante queda como pura ficción. Niklas Luhmann, contra quien Habermas apunta sus argumentos en esta cuestión, no atribuye a las razones una fuerza racionalmente motivadora: "todo argumento disminuye el valor de sorpresa de los argumentos que le siguen y, en último término, el valor de sorpresa de las decisiones" (Luhmann citado por Habermas, 200: 566). La pregunta cae de madura: ¿para qué disminuir el valor de sorpresa de las decisiones si el derecho vale solo en virtud de decisión?

constata si una norma ha sido producida de acuerdo con los procedimientos estipulados (y es eficaz en términos generales).

¿En qué medida da cuenta este sentido mentado por el concepto kelseniano de lo que habitualmente se entiende por validez? En este trabajo se sostiene la hipótesis de que la Teoría Pura mutila el concepto de validez. Para justificar semejante mutilación se adujo más de una vez que, así como todo lo que el rey Midas tocaba se convertía en oro, así también todo lo que la Teoría Pura toca se convierte en derecho. Pero no se trata sino de una salida elegante que deja irresoluta la desnaturalización de un fenómeno crucial, como el de la legitimidad, del cual depende la estabilidad del mismo orden jurídico.

La insuficiencia del concepto jurídico de legitimidad queda reflejada en la concesión que el concepto de validez hace en la teoría de Kelsen a la facticidad. Kelsen reconoce que la efectividad, esto es, que una norma sea respetada de hecho porque los sujetos adecuan a ella su conducta, es condición de la validez. Pero no es una condición *per quam* sino, dice Kelsen, *sine qua non*. Esto significa: la efectividad por sí misma no explica por qué el derecho es válido, ya que la validez depende de la adhesión a los mecanismos estipulados en el propio derecho para la generación de normas.

Teniendo en cuenta que el sistema jurídico pierde su validez, de todas maneras, si como totalidad no es efectivo, ¿qué puede explicar la pérdida de vigencia de un sistema jurídico válido en sentido kelseniano, sino un proceso de deslegitimación en sentido no kelseniano y más habitual del término?

Otro problema que cierra el camino a una estima sin mutilaciones del concepto de validez es una cierta cerrazón en cuanto a la forma de concebir la racionalidad. Esta cerrazón se aprecia claramente en afirmaciones tales como la siguiente: “no se puede resolver racionalmente el problema de establecer una jerarquía de necesidades dignas de ser satisfechas”. Y ello porque es imposible encontrar criterios claros, distintos y definitivos que permitan lidiar con dicho problema. Siempre habrá sujetos a los que las soluciones encontradas y las jerarquías establecidas les parezcan cuestionables.

Como se ha expuesto ya, Adorno y Horkheimer entienden que la postura relativista según la cual “todo es del color del cristal con que se mira” implica reintroducir la metafísica por una ranura, porque en ella late todavía el anhelo de que conocer algo sea conocerlo para siempre, como si fuera posible un acceso a la esencia íntima, y a la vez eterna e inmutable, del objeto.

Resulta paradójico que un pensador que combatió con tanto ahínco a la metafísica, como Kelsen, termine reintroduciendo la metafísica "por una ranura". El emparentamiento de Kelsen con Platón sobre el punto también es llamativo: para ambos todo proceso de conocimiento que llegue a resultados provisorios es sospechoso y, en último término, no resulta ser un verdadero exponente de racionalidad. No es, de todas maneras, una debilidad del pensamiento de Kelsen: los frankfurtianos denuncian que eso mismo pasa con los positivismos en general.

Kelsen se diferencia de Platón radicalmente, sin embargo, al creer que lo racional es lo determinable sobre la base de la experiencia. Semejante postura, de acuerdo con la cual solamente la experiencia genera resultados inconmovibles, es hija de una actitud inductivista metodológicamente obsoleta, que asimila la empresa científica a una exploración geográfica. Los hechos o estados de cosas serían la tierra firme. Y son conquistados, paso a paso, lo cual lleva lenta pero inexorablemente a la confección del mapa total del universo.

Más o menos rápidamente, sin embargo, la epistemología llegó a la conclusión de que los hechos son algo más complejo de lo que parece, que la ciencia no es cartografía, y, en consecuencia, que las teorías no son mapas sino redes arrojadas al mar de la facticidad.

Dadas así las cosas el carácter impoluto de la empiria se degrada. Al examinar el problema de la base, desde una perspectiva popperiana, fue posible concluir en que:

a) hasta de los enunciados básicos u observacionales de la ciencia es imposible establecer su verdad definitiva, y
b) la admisión de un hecho como corroborador o refutador de una teoría o hipótesis es algo que la comunidad epistémica resuelve discursivamente.

En suma: los resultados eternos e inmutables están más allá de cualquier rama del conocimiento científico.

Entonces ¿por qué habría de exigírsele a una investigación racional sobre necesidades, intereses y valores resultados que ni en las disciplinas más duras se consideran alcanzables? ¿No será mucho más delgada de lo que se piensa la línea que separa las estrategias cognoscitivas aplicables a campos tan opuestos como los hechos de la

naturaleza y las necesidades e intereses humanos (considerados éstos desde una perspectiva normativa)?
Graficado con un ejemplo: si una teoría sobre la vida de un dinosaurio se puede considerar correcta a la luz del acuerdo de la comunidad de paleontólogos, y esto no se considera irracional, lo mismo podría suceder con la determinación de la necesidad de, verbigracia, escuela pública por parte de los sujetos sociales.
Es posible observar, en consecuencia, a Kelsen:

1) que la determinación por parte de factores emocionales de los juicios sobre necesidades y valores, es algo sobre lo que no se ha alcanzado consenso. La postura de Kelsen sobre el punto se adscribe a una de las escuelas del ámbito de la ética, el "emotivismo", con muchos adeptos pero probablemente minoritaria en el seno de la comunidad científica y filosófica.
2) Que los juicios de valor se presenten como aseveraciones con valor objetivo y absoluto no necesariamente es resultado de aquella peculiaridad del ser humano que consiste en la necesidad de justificar su conducta. También puede ser visto como algo inherente a la capacidad de juzgar, la necesidad de satisfacer ciertas exigencias ideales.
3) De la misma manera que la circunstancia de que muchos individuos coincidan en sus juicios estimativos no prueba que tales juicios sean correctos, tampoco el sostenimiento de una teoría científica por parte de la comunidad epistémica pertinente prueba la verdad de tal teoría. En ambos casos se trata de consensos revisables.

Cita n°4

"2- Derecho natural

Todo individuo se siente inclinado a postular su propia idea de la justicia como la única correcta o absolutamente válida. La necesidad de una justificación racional de nuestros juicios emocionales es tan grande que tratamos de satisfacerla aun a riesgo de engañarnos a nosotros mismos. Y la justificación racional de un postulado que se basa

en un juicio subjetivo de valor, esto es, en un deseo… es un autoengaño o –lo que equivale a lo mismo- una ideología.

(La doctrina del derecho natural sostiene) *que hay una ordenación de las relaciones humanas diferente del derecho positivo, superior a éste y absolutamente válida y justa, en cuanto oriunda de la naturaleza de la razón humana o de la voluntad de Dios…*

(Ese orden) *no es creado por el acto de voluntad humana…*

Puede ser y ha sido deducido de la naturaleza por una operación mental…

Los derechos y deberes del hombre, establecidos por esta ley natural, son considerados como innatos en el individuo, en cuanto implantados en él por la naturaleza y no impuestos o concedidos a éste por un legislador humano; y en cuanto la naturaleza manifiesta la voluntad de Dios, tales derechos y deberes son sagrados.

Sin embargo, ninguna de las numerosas teorías sobre el derecho natural ha logrado definir con éxito el contenido de ese orden justo en una forma que siquiera se aproxime a la exactitud y objetividad con la cual la ciencia natural puede determinar el contenido de sus leyes, o la jurídica el contenido de un ordenamiento positivo…

La fórmula 'a cada quien lo suyo', no contesta qué es lo suyo de cada quien, y el imperativo categórico no dice cuáles son los principios que uno debiera querer se transformasen en obligatorios para todos. Algunos escritores definen la justicia por medio de la fórmula 'debes hacer el bien y evitar el mal'. Pero ¿qué es el bien y qué el mal?...

Casi todas las famosas definiciones de la justicia suponen de antemano que la respuesta esperada es evidente por sí misma. Pero tal respuesta en modo alguno tiene ese carácter. De hecho, la respuesta… se supone debe ser dada por el derecho positivo. Consecuentemente, todas esas fórmulas de justicia tienen como resultado justificar cualquier orden jurídico positivo." (Kelsen, 1983: 9-12)

Comentario

El derecho es un conjunto de normas que pretende regular la conducta humana. Para hacerlo, estima algunas conductas como valiosas (las obligatorias y las permitidas) y otras como disvaliosas (las prohibidas). Una de las hipótesis del presente estudio consiste en sostener que, para que un orden normativo pueda ser considerado válido, la

discrepancia entre lo que las autonomías privadas y la autonomía pública consideran valioso y disvalioso no debe exceder de cierto límite.

Sin embargo, la Teoría Pura es ciega frente a este fenómeno, cercenada en sus posibilidades por sus propios presupuestos. Para ella, valiosa es la conducta que se aviene a lo estipulado en las normas, y disvaliosa la opuesta, aquella conducta a la cual el ordenamiento enlaza una sanción[91]. Tal es el sentido específicamente jurídico del valor. Pero este sentido jurídico, es decir, el valor jurídico ¿es autónomo e independiente? ¿Representa el capricho del legislador?

Frente a la segunda pregunta, la creencia de Kelsen y del positivismo jurídico en general, en el sentido de que el derecho puede tener cualquier con tenido, puede empujar el razonamiento en la dirección de una respuesta positiva.

Sin embargo, la afirmación de que el derecho pretende impulsar a los sujetos hacia las conductas socialmente valiosas, cuestión en la que se detuviera H. L. A. Hart, parece implicar una respuesta negativa.

La pregunta clave para desanudar el enredo puede ser la siguiente: ¿existe alguna relación entre lo jurídicamente valioso y lo socialmente valioso?

Desde un punto de vista fáctico, sí. El derecho, si pretende ser eficacia, la cual es una condición de la validez, no puede nadar a contracorriente de lo socialmente valioso, como ya lo señalaran Varga y Legaz.

Desde un punto de vista lógico-jurídico, "casi" no. El valor jurídico, como dice Kelsen, no depende de que la conducta permitida u obligatoria sea considerada socialmente valiosa. Esta coincidencia puede a lo sumo facilitar la vigencia o la eficacia del derecho. El valor jurídico solo lo es en virtud de haber sido así consagrado por las autoridades facultadas por el propio sistema jurídico para hacerlo.

Ahora bien, como este trabajo va a contrapelo de algunos aspectos de la teoría kelseniana, se sostiene que "casi" no hay relación entre lo jurídicamente valioso y lo socialmente valioso, y no que no la hay en absoluto. Porque si la voluntad autorizada por el sistema para crear normas válidas insiste en considerar jurídicamente valioso lo socialmente disvalioso y viceversa, las normas creadas por él terminarán perdiendo validez a través de la pérdida de eficacia. Es decir, las normas perderán su legitimidad

[91] Y, para decirlo con más precisión, la conducta es disvaliosa *porque* el orden jurídico enlaza a ella una sanción.

en sentido kelseniano por falta de legitimidad en el sentido habitual y no kelseniano del término.

Un motivo importante para comprender por qué Kelsen no reniega de que, aunque no se condiga con los deseos y las necesidades de la población, lo legítimo sea lo establecido por la autoridad facultada, es el hecho de que la irracionalidad campea tanto en los anhelos de las mayorías como en los de la autoridad. Kelsen sostiene que el intento de justificar racionalmente un juicio de valor es un autoengaño, o, lo que es lo mismo, una ideología. Pero, al respecto, conviene hacer dos aclaraciones:

- no es lo mismo justificar racionalmente un juicio de valor que un deseo individual. Puede que ciertos caprichos personales no sean susceptibles de racionalización. Pero los valores sí pueden ser objeto de un tratamiento racional. Y éste puede consistir en un test de universalización, a la Kant. Aplicado al mundo jurídico, semejante test consistirá en responder la siguiente pregunta a la hora de poner en vigencia una norma jurídica: ¿podemos creer que todos los posibles afectados, en una comunidad ilimitada de irrestricta comunicación, estarían de acuerdo con ella? Cuando superan este test, los deseos e intereses dejan de ser solamente subjetivos y pasan a ser objetivos, por mor de su desempeñabilidad racional. Que los resultados del desempeño racional de los valores no sea eterno e inmutable no afecta su objetividad: si en diversas disciplinas resulta posible conjugar objetividad y falibilismo, lo mismo debe ser posible en axiología y derecho. Y
- autoengaño e ideología no son lo mismo. El desempeño discursivo de la validez siempre está condicionado por las circunstancias sociales en que se realiza. Pero esto no significa que los individuos siempre se engañen a sí mismos cuando determinan discursivamente una jerarquía de valores o de necesidades a ser satisfechas. Es decir, el discurso siempre está transido de ideología, pero el ámbito del discurso es el único en el que se puede determinar intersubjetivamente en qué medida los consensos fácticos se basaron solamente en la fuerza de los mejores argumentos o si, por el contrario, fuerzas extrañas y coacciones de diverso tipo instalaron allí un consenso pseudocomunicativo, o sea, con apariencia de racionalidad pero resultado solo de las fácticas relaciones de fuerza.

También critica Kelsen, en esta cita, las concepciones de la justicia que se adscriben a los lineamientos de las doctrinas del derecho natural ("dar a cada uno lo suyo", "hacer el bien y evitar el mal", "poder querer que la máxima de la acción se convierta en ley universal", etc.) por ser fórmulas vacías. Es curioso que el carácter formal, que resulta una de las virtudes de la Teoría Pura, le parezca a Kelsen tan reprochable en el espacio de las teorías morales.

En efecto, el formalismo de tales expresiones puede ser una muestra cabal de que ellas contienen un plus de sabiduría en relación con la época en la que fueron formuladas. Porque captan que el contenido concreto de la justicia solo puede ser dado por el conjunto de individuos que planea sujetarse o cuya conducta está regulada ya por un sistema de normas.

Por lo tanto, lo irracional no es que el derecho natural no pueda determinar el contenido del orden jurídico "en una forma en que siquiera se aproxime a la exactitud y objetividad" de la ciencia natural. Lo irracional sería que el conjunto de valores sobre el que existió un consenso no forzado por parte de una cierta comunidad en cierto momento de la historia, pretenda una validez tal que a él deban atenerse otras generaciones, otras comunidades y otras épocas históricas (error que, como no se cansa de señalar Kelsen, efectivamente cometieron y cometen los defensores de las doctrinas del derecho natural, pero que el maestro austrohúngaro también comete al pretender una objetividad tan fuerte para cualquier sistema de valores que no quiera ser reducido a mera manifestación emocional).

Próvida frente a la labilidad de los consensos, y frente al hecho de que un consenso, por el solo hecho de estar instalado, no es por sí mismo garantía de objetividad, a una Teoría Crítica le interesa sobremanera la investigación de los posibles factores distorsionantes de la comunicación.

En este sentido la tarea de la teoría es siempre política. Porque no hay teoría sin relación con la praxis. Y porque el más puro interés por la verdad neta y sin aditamentos, ideal también de Kelsen aunque equivoque el camino, es un paso en dirección de la emancipación.

Cita n°5

"3- El dualismo de derecho positivo y derecho natural

La doctrina del derecho natural se caracteriza por el establecimiento de un dualismo fundamental entre derecho positivo y derecho natural. Por encima del imperfecto derecho positivo existe un derecho natural perfecto, absolutamente justo; y aquél se justifica únicamente en la medida en que corresponde al natural…

El dualismo entre realidad e idea, entre el mundo imperfecto de nuestros sentidos y otro mundo perfecto, inaccesible a la experiencia… lo empírico y lo trascendente, el más acá y el más allá, esta reduplicación del universo, no es solo un elemento de la filosofía platónica, sino ingrediente típico de toda interpretación metafísica o, lo que es lo mismo, religiosa de lo existente…

El propósito de semejante metafísica no es, como el de la ciencia, explicar racionalmente la realidad, sino más bien aceptarla o rechazarla en actitud emocional. Y el sujeto es libre para elegir la primera o la segunda de estas interpretaciones de la relación entre la realidad y las ideas, porque el conocimiento objetivo de estas últimas no es posible, a causa del carácter trascendente implicado en su misma definición. Si el hombre tuviese un conocimiento cabal del reino de las ideas, estaría en condiciones de adaptar su mundo, especialmente su mundo social, su conducta, a ese arquetipo…

Tanto él como su mundo empírico devendrían enteramente buenos…

El dualismo entre este mundo y otro, resultado de la imperfección del hombre, desaparecería. Lo ideal sería lo real. Si pudiera conocer el orden absolutamente justo cuya existencia es afirmada por la doctrina del derecho natural, el derecho positivo resultaría superfluo, es más, no tendría ningún sentido…

Si existiera una justicia objetivamente cognoscible, no habría derecho positivo y, por tanto, no existiría el Estado; pues ninguna necesidad existiría de constreñir a la gente a ser feliz. La usual afirmación de que existe realmente un orden natural absolutamente bueno, pero trascendente y por tanto no inteligible, o la de que hay un objeto que se llama justicia, pero que no puede ser claramente definido, encierra una contradicción flagrante. De hecho no es sino una frase eufemística para expresar la lamentable circunstancia de que la justicia es un ideal inaccesible al conocimiento humano." (Kelsen, 1983: 12-15)

Comentario

Es cierto que el dualismo entre realidad e idea es resultado de la imperfección del hombre. Pero no es cierto que al mundo imperfecto de los sentidos solo se le pueda oponer otro mundo perfecto y acabado.

Porque es cierto que no se puede aprehender de una vez y para siempre el orden absolutamente justo. Pero no es cierto que semejante conocimiento sea indispensable para la crítica de la realidad.

Aceptando que una justicia trascendente no es cognoscible se acepta la imprescindibilidad del derecho. Pero no que la justicia sea un ideal inaccesible al conocimiento humano.

Siempre la justicia será susceptible de un esclarecimiento discursivo. Y si bien dicho esclarecimiento es siempre situado, esto es, incardinado en condiciones sociales, políticas y económicas específicas, no por ello es caprichoso. Las normas que se dicten en aras de alcanzar el ideal de justicia son, como señala Kelsen, función de la voluntad, pero no librada a su propia potencia, sino informada por la razón.

Como la pretensión de Razón absoluta o de absoluta razón de la ciencia se desvaneció con el paso del tiempo, la relatividad de la misma ya no hace mella en su pretensión de objetividad.

Karl Mannheim acuñó el vocablo "relacionismo" (1958: 11) para diferenciar el relativismo con criterios de aquél para el cual todo da lo mismo ya que nada tiene valor cognoscitivo. De acuerdo con esto, hay que rechazar la conclusión de acuerdo con la cual por el hecho de que la razón sea siempre relativa nunca nada podrá ser correcto.

La corrección de una norma jurídica es algo que se puede desempeñar racionalmente. Y este desempeño es ingrediente de la validez de la norma con tanta o más fuerza que el respeto a los procedimientos vigentes para su dictado.

El enfoque lógico-jurídico debe ser entonces complementado, para evitar que la músculo del fenómeno estudiado se pierda y quede solamente el esqueleto positivista.

Cita n°6

"4- Justicia y Paz

La justicia es un ideal irracional…
Considerada la cuestión desde el punto de vista del conocimiento racional, solo existen intereses y conflicto de intereses. La solución de tales conflictos solo puede lograrse por un orden que o bien satisface uno de los intereses en perjuicio del otro, o bien trata de establecer una transacción entre los opuestos…
El conocimiento solo puede revelar la existencia de un orden positivo, evidenciada por una serie de actos objetivamente determinables. Tal orden es el derecho positivo. Solo éste puede ser objeto de la ciencia; y solo él constituye el objeto de una teoría pura del derecho que no sea metafísica, sino ciencia jurídica…
Investiga el derecho real y posible, no el derecho perfecto. En este sentido es una teoría radicalmente realista y empírica. Se rehúsa a hacer una valoración del derecho positivo.
Hay, sin embargo, una afirmación que en el orden de la existencia puede ser hecha por la teoría, a saber: únicamente un orden jurídico que no satisface los intereses de uno en perjuicio de los del otro, sino que establece entre los intereses contrapuestos un compromiso, a fin de reducir al mínimo las fricciones posibles, puede aspirar a una existencia relativamente larga. Solo un orden de este tipo se hallaría en condiciones de asegurar a los sometidos a él una paz social sobre bases relativamente permanentes. Existe una clara tendencia a identificar el ideal de justicia con este ideal de paz o, cuando menos, a sustituir el de paz por el de justicia." (Kelsen, 1983: 15-16)

Comentario

Este extracto es muy interesante, pues justo es decir que contiene alguna concesión de Kelsen. En primer lugar, afirma que una ciencia de los hechos solo puede constatar la existencia de intereses contrapuestos. Niega que con esos intereses se pueda componer un orden justo, porque entiende la justicia como un ideal absoluto y eterno. Si se abandona, empero, esa idea platónica de justicia, que Kelsen combate pero en definitiva comparte, es posible advertir que aplicando la razón sobre los intereses en pugna, es

decir, sometiéndolos a un test de universalización, es factible componer una jerarquía de valores objetiva. Mas no objetiva en el sentido de absoluta e invariable, sino en el de intersubjetivamente aceptada y aceptable.

Cuando Kelsen reconoce que solo un derecho resultante del compromiso entre intereses puede aspirar a una existencia relativamente larga, por reducir al mínimo las fricciones que pueden darse en una sociedad, está reconociendo que el derecho es un medio de integración social, que es lo que piensa Habermas. Y si el derecho es *eso*, entonces pesan sobre él exigencias ideales, es decir, el concepto pesa sobre el fenómeno real como exigencia permanente de que éste se acomode cada vez más a aquél.

Si un orden jurídico se puede derrumbar como consecuencia de satisfacer los intereses de unos a expensas de los de otros, y esto es un hecho positivo, ¿como puede la teoría del derecho cerrar los ojos frente al fenómeno de la legitimidad, en sentido no kelseniano del término?

Cita n°7

"NOMODINÁMICA
X- EL ORDEN JURÍDICO
B) EL DERECHO COMO SISTEMA DINÁMICO DE NORMAS
a) La positividad del derecho

El sistema de normas que llamamos orden jurídico, es un sistema de naturaleza dinámica. Las normas jurídicas no son válidas porque ellas o la norma básica tengan un contenido cuya fuerza obligatoria sea evidente por sí misma…

Las normas jurídicas pueden tener un contenido de cualquier clase. No hay ninguna especie de conducta humana que, por su misma naturaleza, no pueda ser convertida en un deber jurídico correlativo de un derecho subjetivo. La validez de una norma jurídica no puede ser discutida sobre la base de que su contenido es incompatible con algún valor moral o político. Una norma jurídica es válida en cuanto ha sido creada de acuerdo con determinada regla, y solo por ello. La norma fundamental de un orden jurídico es la regla suprema de acuerdo con la cual los preceptos de tal orden son establecidos y anulados, es decir, adquieren y pierden su validez…

El derecho es siempre positivo, y su positividad consiste en el hecho de que es creado y modificado por actos de seres humanos, por lo cual es independiente de la moral y de otros sistemas normativos semejantes. Esto constituye la diferencia entre el derecho positivo y el natural, ya que el último, a semejanza de la moral, es derivado de una supuesta norma básica que se considera de validez evidente…

La norma fundamental de un orden jurídico positivo no es sino la regla básica de acuerdo con la cual las diversas normas del propio orden tienen que ser creadas…

Representa el punto de partida de un proceso normativo creador y, por consiguiente, tiene un carácter enteramente dinámico. Las normas especiales del orden jurídico… tienen que ser creadas por un acto volitivo concreto, no inferidas de una premisa en virtud de una operación intelectual." (Kelsen, 1983: 133-134)

Comentario

Cabe preguntarse si en verdad cualquier conducta humana puede ser convertida en deber jurídico. ¿Es posible imaginar una comunidad jurídica en la que exista el deber de asesinar a los miembros de la comunidad jurídica? Hart cree que no, porque la sociedad no es un "club de suicidas". Es evidente que una comunidad con semejante regla se autodestruiría.

Kelsen podría argumentar, quizá, que la norma que manda a los miembros de la comunidad jurídica a matar a todos los demás sería válida en tanto que generada de acuerdo con la *Grundnorm* y en cuanto no pierda su eficacia por la muerte de todos los sujetos a tal derecho.

Es poco probable, sin embargo, que a poco de iniciarse la matanza una mayoría de esos sujetos no la detuviera con el argumento de que "eso no puede ser derecho legítimo".

La investigación analítica solo podría dar cuenta de esta expresión estigmatizándola como un contrasentido. Pero un enfoque diferente se siente en la necesidad de comprenderla, sobre todo porque no puede ser indiferente a la teoría jurídica el hecho de que la frase es empleada con la finalidad de poner fin a la validez de cierto orden normativo.

El segundo enfoque debe abrirse a la comunicación entre el derecho y su contexto. La otra investigación, en cambio, cierra el derecho autopoiéticamente y lo desconecta del todo social, del cual, en realidad, se nutre.

Cita n°8

"C) LA NORMA BÁSICA DE UN ORDEN JURÍDICO

c) El principio de legitimidad

La validez de las normas jurídicas puede ser limitada en el tiempo, y… el principio, los mismos que el fin de tal validez, encuéntrense determinados únicamente por el orden al cual las normas pertenecen. Permanecen válidas mientras no son derogadas en la forma que el mismo orden jurídico determine. Éste es el principio de legitimidad.

(Esto) *deja de valer en caso de una revolución…*

(La revolución) *ocurre siempre que el orden jurídico de una comunidad es nulificado y sustituido en forma ilegítima por un nuevo orden, es decir, cuando la sustitución no se hace en la forma prescrita por el orden anterior…*

(Cuando) *el orden en vigor es derrocado y reemplazado por un orden nuevo, en una forma no prevista por el anterior… parte del viejo orden jurídico 'permanece válida'…*

Pero la frase 'permanece válida', no ofrece una descripción adecuada del fenómeno. Únicamente los contenidos de tales normas son los que no cambian, no su razón de validez…

Si ciertas leyes promulgadas bajo el imperio de la vieja Constitución 'continúan siendo válidas' ello solo es posible porque la nueva Constitución les confiere validez, ya expresa, ya tácitamente…

La 'recepción' es un procedimiento abreviado de creación jurídica…

(Estas) *leyes nuevas cuyo sentido coincide con el de las anteriores no son idénticas a las anteriores porque la razón de su validez es diferente. La razón de su validez no debe buscarse en la constitución vieja, sino en la nueva, y entre ambas no existe continuidad. Así pues, nunca es la Constitución simplemente, sino todo el orden jurídico, lo que cambia a consecuencia de una revolución.*

Ello revela cómo todas las normas del viejo orden son privadas de su validez por el movimiento revolucionario, en forma que no concuerda con el principio de legitimidad. Y tales normas no pierden su validez únicamente de facto *sino también* de jure. *Ningún jurista sostendría que incluso después de una revolución victoriosa, la vieja Constitución y las leyes fundadas en ésta permanecen en vigor, por el hecho de no*

haber sido abrogadas en la forma establecida por el orden precedente." (Kelsen, 1983: 137-139)

Comentario

La privación de la validez a la totalidad del orden jurídico por parte de un movimiento revolucionario es un momento clave para comprender cuánto se yerra al pretender que el derecho es un sistema autopoiéticamente cerrado.

La revolución y la instauración primigenia son hechos sociales plenos de significado, y tal significado no puede, de ninguna manera, ser aprehendido por la ciencia del derecho que Kelsen propone. La Teoría Pura del derecho solamente puede ver allí hitos: hasta cierto momento no había un orden jurídico o había uno, y a partir de otro momento empieza a haber un ordenamiento o se sustituye el que había por uno nuevo.

Pero ¿cómo se puede sostener que las normas del sistema derogado pierden su validez no solo *de facto* sino también *de jure*?

Aunque parezca un tanto forzado, puede ayudar traer a cuento el sentido que el *jus* tenía para los romanos, y sobre la posible derivación etimológica del vocablo *lex* a partir del griego *logos*. Si la asociación no está descaminada, en la palabra *ley* se aúnan siempre los significados de *norma* y *razón*.

Kelsen probablemente objetaría que tal nudo significativo, en caso de ser plausible, se cortó con el derrumbe de las teorías sobre ese derecho natural, invariable y eterno, según sus partidarios inscripto en la naturaleza.

Lo que nunca se derrumbó, empero, es el criterio de la legitimidad, criterio que se forja a partir de los argumentos que se consideran de peso en las distintas épocas y sociedades. Tal es, efectivamente, el criterio que juega en la pérdida de validez *de jure*.

Luego, la teoría kelseniana solo puede afirmar la pérdida de validez *de facto* de un sistema jurídico, pues se trata de un hecho comprobable a la luz de la eficacia o no de las normas que lo integran.

De acuerdo con el enfoque de la presente investigación, en cambio, un sistema pierde antes su validez *de jure* que *de facto*, en el sentido de que sus normas pueden seguir todavía en vigencia pero pierden su razón para los sujetos de derecho. Tal pérdida de razón es la forma no desnaturalizada de explicar el poder de una revolución para quitar vigencia a un sistema jurídico y adjudicárselo a otro.

Cita n°9

"h) Derecho y poder

Si sustituimos la eficacia por el poder, entonces el problema de validez y eficacia se transforma en la cuestión más común del 'derecho' y el 'poder'. En tal supuesto, la solución aquí ofrecida resulta simplemente la afirmación de que si bien el derecho no puede existir sin el poder, derecho y poder no son lo mismo. De acuerdo con la teoría presentada en estas páginas, el derecho es un orden u organización específicos del poder." (Kelsen, 1983: 142)

Comentario

Si bien derecho y poder no son lo mismo, Kelsen presenta el derecho como una especie del género poder.

Reconocido es que lo que vale para lo genérico vale para lo específico englobado en aquél. Así, si de un poder decimos, con Weber y otros, que es legítimo cuando es digno de ser reconocido y obedecido, lo mismo cabría decir sobre el ordenamiento jurídico.

En términos de Habermas, tanto el poder como el derecho son legítimos cuando sus máximas son intersubjetivamente compartidas o aceptadas y, en la edad posconvencional de justificación, cuando tanto la aceptación como la aceptancia[92] se procuran a la luz de la desempeñabilidad discursiva de los argumentos que las sostienen.

Por lo tanto, la conclusión es clara: no hay forma de eludir que el análisis de la legitimidad sea tomado en consideración por una disciplina jurídica que no mutile su objeto.

[92] Habermas utiliza este término para dar a entender que una cosa es la aceptación fáctica de una norma y otra muy distinta su aceptabilidad racional, que es a lo que dicho término hace referencia. Y esto porque, como se ha visto ya, "la aceptación social de facto (legitimidad empírica) de las normas jurídicas no nos permite sacar conclusiones definitivas acerca de su validez, esto es, acerca de su legitimidad normativa." (Tuori, 1988: 49)

C.2. **Sobre Kelsen y Habermas en su carácter de teóricos críticos**

A lo largo del presente trabajo ha podido constatarse una cierta ambigüedad en lo que se refiere al sentido en el que puede decirse de los autores estudiados, Kelsen y Habermas, que son teóricos críticos.

Por una parte, y en atención a la enumeración no taxativa de los rasgos de familia de las teorías críticas realizada en la presentación de este trabajo, puede sostenerse que el jurista austriaco adopta o acepta, con matices, al menos tres de ítem enumerados a la manera de rasgos.

En aras de respetar un orden lógico en la referencia a la obra del padre de la Teoría Pura, es probable que convenga comenzar por el ítem 8, el cual hace referencia a la revisión de las bases epistemológicas de la ciencia del derecho tradicional y a la correlativa misión de legitimación que pretende desvirtuar los conflictos sociales.

Kelsen es muy crítico frente a la indolencia gnoseológica de las teorías sobre el derecho que le preceden. En algunos casos, desaprueba por inconsecuentes las estrategias cognoscitivas en relación con los puntos de partida, en otros casos reprocha el sincretismo metodológico de los autores, y en todos los casos critica la falta de un método claro y distinto que permita encarar sistemática y coherentemente el estudio del objeto.

También resalta Kelsen que los desatinos metodológicos van de la mano con un enfoque jurídico transido de ideología, es decir, de un enfoque que tiene poco de conocimiento del objeto de estudio y mucho de deformación del mismo. Aquí viene a cuento recordar el desenmascaramiento por parte de Kelsen de una serie de dualismos cuya función, dentro de la teoría jurídica por él llamada "tradicional", es más de legitimación del orden jurídico que de conocimiento del mismo.

El dualismo entre "derechos in rem" y "derechos in personam" es un típico ejemplo. Si se sostiene esta distinción, se acepta la idea de que existe una esfera de relaciones jurídicas entre las personas y las cosas que es estrictamente separable de las relaciones jurídicas entre las personas. La función ideológica de esta distinción radica en que el derecho de propiedad, considerado como "in rem" se aleja de la zona de conflictividad en que los derechos de unas personas puedan chocar con los derechos de otras. Para Kelsen, sin embargo, el derecho de propiedad de un sujeto no puede ser considerado sino como el reverso de la obligación impuesta a otros de respetar la propiedad del

primero. Desde un punto de vista "científico", dirá Kelsen, solo existen los derechos "in personam".

Esta distinción artificiosa se relaciona con otra, que la teoría "tradicional" establece entre "derecho objetivo" y "derecho subjetivo". Si bien el autor vienés no disuelve por entero esta dicotomía, porque mantiene el concepto de "derechos subjetivos en sentido técnico", sí reacciona contra la pretensión de que los derechos subjetivos gocen de una primacía temporal o lógica o valorativa frente al derecho objetivo. Otra vez, el enemigo resulta ser una teoría según la cual los individuos preexisten a la comunidad, individuos considerados de manera atomística y cuyos derechos, en consecuencia, son prepolíticos. El corolario de esta concepción resulta ser que la comunidad política solo existe para salvaguardar los derechos individuales, que quedan fuera del alcance del legislador político. He ahí la función ideológica que Kelsen denuncia. La dicotomía resulta inaceptable porque culmina en una postura antidemocrática. Y, lo que es más importante, resulta insostenible desde el punto de vista de una auténtica ciencia jurídica, porque los derechos subjetivos solo existen en la medida en que son reconocidos como tales por el derecho objetivo.

La Teoría Pura del derecho tampoco acepta la distinción entre "administración" y "judicatura". De acuerdo con la teoría de la creación graduada del derecho, no existe manera de justificar una diferencia de función entre ambas instancias. Pero la teoría tradicional hace el esfuerzo por apartar tanto como se pueda a la administración de la esfera de la obligación jurídica, y ello en consonancia con la doctrina de la "razón de estado". Kelsen denuncia esta oposición como ideológica y recalca que los diversos órganos de la pirámide jurídica tienen tanto una función de creación como de aplicación del derecho. Por ello sostiene que el intento de alejar del derecho aquello que por fuerza lo integra está condenado al fracaso.

Finalmente, para el jurista austriaco también carece de sentido la oposición entre "derecho público" y "derecho privado". De las diversas estrategias a las que la teoría tradicional recurrió para justificarla, destaca aquella que considera que las relaciones jurídicas de superior a inferior, esto es, las que implican relaciones de poder o soberanía, caracterizan al derecho público. El derecho privado, por el contrario, implicaría el establecimiento de relaciones entre sujetos privados, y ello por medio de un contrato (lo cual implica la libre concurrencia de dos o más voluntades) y no de un mandato unilateral. Kelsen critica la función ideológica de esta dicotomía, cuya

intención es generar la impresión de que las relaciones de fuerza pertenecen solo al derecho público, mientras que el derecho privado está libre de conflictos de poder y es apolítico. Por lo tanto, la distinción es tramposa, innecesaria, y además insostenible, porque el "derecho privado" corresponde a una forma jurídica particular que adquiere y rige el orden económico capitalista, y esa es una función eminentemente política.

De acuerdo con estos argumentos, es dable concluir en la obra kelseniana cumple con el requisito número 8 entre las 11 notas o características que comparten las teorías críticas, según lo expuesto en la Presentación de este trabajo.

Pero si cumple con el octavo punto, entonces la Teoría Pura también cumple con el noveno, porque resulta evidente que Kelsen quiere imponer una estrategia nueva de investigación jurídica "a partir de una crítica epistemológica de las teorías dominantes, de sus contradicciones internas y de sus efectos ideológicos", en palabras de Wolkmer.

Más problemático resulta dilucidar si la Teoría Pura comparte con las teorías críticas la "ponderación" a que hace referencia el ítem 3 y la "denuncia" a que hace referencia el ítem 7.

Tal denuncia se refiere a la cuestión de la separación entre el derecho y la política y a la "idea utópica de la primacía de la ley como garantía de los derechos individuales".

En cuanto a la segunda idea, resulta evidente que Kelsen comparte la denuncia en tanto que rechaza la primacía de los derechos individuales frente al derecho objetivo.

La primera idea, que mienta el tema de la separación entre el derecho y la política, remite al ítem 3. En él se sostiene que las teorías críticas sopesan la dimensión política del derecho y del discurso jurídico, "rechazando su supuesta neutralidad valorativa".

Una primera dificultad radica en la ambivalencia del concepto de "discurso jurídico", puesto que puede hacer referencia tanto al discurso de los agentes jurídicos, es decir, de todos aquellos que tienen algún grado de participación en la hechura del derecho, como al discurso de la disciplina encargada de estudiar el fenómeno jurídico.

Si lo que se tiene en mente es el discurso de la ciencia jurídica, resulta evidente que para Kelsen semejante discurso debe hallarse totalmente purificado del elemento político. La Teoría Pura achaca todos los errores de las teorías tradicionales a la desidia con la que permitieron que las convicciones políticas y las posturas ideológicas camparan a sus anchas en la disciplina jurídica, entorpeciendo el conocimiento del objeto.

Desde este punto de vista, el postulado de la neutralidad valorativa resulta fundamental, porque Kelsen comparte con Weber el rechazo hacia quienes utilizan el prestigio de la ciencia para fundamentar sus propias posiciones ideológicas.

Adoptar y sustentar un conjunto de valores en el ámbito de la lucha política es una función de la voluntad, no del conocimiento. Pero construir una ciencia que de cuenta adecuadamente de su objeto, en este caso el fenómeno jurídico, es una función enteramente del conocimiento. En este punto, Kelsen adopta una tesitura que en la tradición del discurso positivista será conocida como "dualismo entre hechos y decisiones".

De acuerdo con dicha tesitura, las proposiciones sobre hechos se pueden fundamentar racionalmente: se puede decir de ellas que son verdaderas o que son falsas sobre la base de la contrastación empírica. Las proposiciones sobre normas y valores, que implican una decisión, no pueden, en cambio ser fundamentadas racionalmente, porque nunca existirán criterios rigurosos o científicos que permitan dilucidar, de una vez y para siempre, si la decisión por un valor es tan acertada como para pretender excluir la posibilidad de que el valor opuesto tenga la misma solicitación. La disciplina jurídica no puede darse el lujo de introducir en su concepción sistemática elementos que no puedan ser racionalmente fundados, so pena de perder su carácter de discurso científico.

En consecuencia, si "discurso jurídico" hace referencia al discurso de la ciencia del derecho, resulta claro no solamente que dicho discurso no debe contener ninguna dimensión política sino, además, que el respeto a la exigencia de neutralidad valorativa es fundamental en la construcción de un enfoque verdaderamente científico sobre el derecho.

Las cosas se ponen menos claras si con "discurso jurídico" se hace referencia al discurso y a las acciones de los agentes del derecho.

Existe un Kelsen "de manual", de acuerdo con el cual no solo la ciencia del derecho, sino el derecho mismo no tendría nada que ver con la política ni con la ideología. Sin embargo, a lo largo de este trabajo se han podido apreciar complejidades que en los manuales no saltan a la vista.

Una de esas complejidades tiene que ver con la evolución intelectual de Kelsen entre la década de 1910, en que publica su primera gran obra (*Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*), y la década de 1960, en que madura los lineamientos generales de lo que será su obra póstuma (*Teoría general de las normas*).

Quizá simplificando un tanto, se podría rotular dicha evolución como el paso desde un cierto racionalismo logicista hacia un determinado irracionalismo voluntarista.

En las primeras etapas de su pensamiento, Kelsen llegó a creer en la posibilidad de que existan contradicciones entre las normas del sistema jurídico. Rápidamente corrigió esta postura original, pero mantuvo la idea de que dos normas cuyos contenidos se contradecían no podían ser válidas al mismo tiempo. Se valió para ello del concepto de "regla de derecho". Las reglas de derecho son las proposiciones descriptivas elaboradas por la ciencia jurídica que dan cuenta del contenido de las normas. Si bien no puede haber contradicciones entre las normas, por la sencilla razón de que de ellas no puede predicarse que sean verdaderas o falsas sino solamente que son válidas o inválidas, puede haber contradicciones entre las reglas de derecho. Y ello en virtud de que, dado el carácter descriptivo de las reglas de derecho, de ellas sí puede predicarse su verdad o falsedad. La conclusión de Kelsen fue, en su momento, que dos normas descriptas por sendas reglas de derecho que, a su vez, entran en contradicción entre sí, no pueden ser ambas válidas.

En este trabajo se recoge el argumento que permite entender por qué Kelsen llegó a semejante conclusión: dado que la sistematicidad y la coherencia constituyen características salientes de una ciencia rigurosa, y en la medida en que las proposiciones que integran el corpus de conocimiento describen el orden jurídico, Kelsen terminó trasvasando esos atributos del conocimiento del derecho al derecho mismo. De propiedades del conocimiento la sistematicidad y la coherencia pasaron a ser propiedades del orden jurídico mismo.

Aunque nunca abandonará la pretensión de sistematicidad del conocimiento jurídico, la posición de Kelsen dará un giro en lo que hace a la consideración de la validez de las normas presuntamente contradictorias. La idea de que una norma válida es el sentido objetivo de un acto de voluntad, creencia que Kelsen sostenía desde mucho antes, será el punto de anclaje para una nueva comprensión de la validez jurídica que se consolida en la versión de 1960 de la Teoría Pura y en artículos como "Derecho y lógica".

De acuerdo con esta idea, lo decisivo para el establecimiento de la validez de una norma es el acto de voluntad, ejecutado, obviamente, por un órgano del orden jurídico. De allí que, para Kelsen, no es mejor conocimiento sino más autoridad lo que permite saber qué es derecho.

Si lo decisivo es el acto de voluntad, ello significa que dos normas cuyos contenidos descriptos por las reglas de derecho resultan en contradicción pueden, sin embargo, ser ambas válidas, si la voluntad de los órganos autorizados así lo deciden. La necesidad de mantener la coherencia y la sistematicidad de la ciencia del derecho lo llevan, una vez en este punto, a proponer la teoría de la "prescripción alternativa" o de la "cláusula alternativa tácita", lo cual permite a la lógica seguir siendo un elemento constitutivo del conocimiento del objeto jurídico sin ser un atributo del objeto mismo.

Con esta evolución Kelsen queda bien lejos de la acusación de "racionalismo" en la que todavía insisten algunos tratados, y le permite también dejar sin efecto las críticas de formidables adversarios del pasado como Hermann Heller y Carl Schmitt, quienes acusaban a la Teoría Pura de ser una teoría "vacía" y "alejada de la vida".

Muy al contrario de lo que frecuentemente se piensa, el nuevo enfoque colma de vida a la teoría kelseniana porque la llena de politicidad.

De acuerdo con la vieja crítica de Schmitt en la *Teología Política*, Kelsen tenía una concepción radicalmente equivocada de la relación entre "norma" y "decisión". Para el autor "judío", que además de esta nota conjugaba también las otras desagradables de "racionalista" y "liberal", una decisión política solo puede ser considerada legítima en la medida en que viene autorizada por una norma. Según el jurista alemán, empero, esta descripción es válida únicamente para las situaciones de normalidad. Pero como "lo normal nada prueba, la excepción, todo", será la situación de excepcionalidad o el estado de excepción los que pondrán de manifiesto la verdadera relación entre norma y decisión. Y como la excepción es, por definición, la situación no normada, resulta evidente que la norma solo es válida en virtud de decisión, y no al revés. (Schmitt, 1985: 67 y ss.)

Ahora bien, resulta ser que la evolución intelectual de Kelsen viene a concluir precisamente en lo mismo. Y como la decisión es el elemento político por excelencia, tanto para Schmitt como para Weber[93] (por citar dos de los autores contemporáneos a Kelsen más influyentes), la conclusión debería ser que Kelsen aprecia como casi ningún otro la dimensión política del derecho, que es lo que sostiene el ítem 3.

[93] Según Weber (1996: 116) la gran diferencia entre el "político vocacional" y el "funcionario burocrático" radica en la "responsabilidad" del primero, en tanto que debe asumir las consecuencias de las decisiones que toma.

La coincidencia, sin embargo, entre lo que Kelsen viene a decir cuando acepta que el poder es la otra cara de la moneda del derecho, y lo que sostienen las teorías críticas sobre el punto, es más aparente que real.

Porque a pesar de este abierto reconocimiento, la exigencia metodológica de pureza le impone a la Teoría Pura una restricción en lo que se refiere a incluir elementos extraños a la hora de dar cuenta estrictamente del objeto de estudio.

Ello, combinado con la exigencia positivista de detenerse frente al problema de la creación (aquí Kelsen traza la analogía entre la creación del mundo y la creación derecho para justificar los límites frente a los que se detiene una ciencia positiva y antimetafísica) culmina con la exclusión de lo político del universo jurídico. Bien entendida, esta afirmación significa que Kelsen acepta que resulta ilusoria una separación entre derecho y política, pero, aun así, lo político no puede ser tematizado por una ciencia del derecho rigurosa.

Como conclusión debe decirse que, entonces, son pocos los rasgos de familia que las teorías críticas comparten con la Teoría Pura del derecho: apenas el ítem 8 y el 9. Aunque pueden incluirse el 3 y el 7, no es menos cierto que solo parte de lo que se dice en el 7 sería plenamente refrendado por Kelsen, y el resto de lo que existe como coincidencia tiene más que ver con la letra que con una hermenéutica escrupulosa.

A pesar de esta conclusión, todavía se puede decir en otro sentido que Kelsen es un teórico crítico, de allí la ambigüedad que se remarcaba al comienzo del presente apartado. En tanto que inspirada en la gnoseología de Kant y del neokantismo, la teoría kelseniana pertenece al ámbito del criticismo en la medida en que pretende analizar las condiciones de posibilidad del conocimiento sobre lo jurídico.

No caben dudas de que cuando se hace referencia a Habermas como teórico crítico el sentido de la afirmación es muy otro. La preocupación del autor alemán no tiene que ver con fundar las condiciones de posibilidad de una ciencia en particular, ya que Habermas se interesa por todas las disciplinas científicas y en particular por una consideración exenta de sesgos y de mutilaciones en las ciencias sociales. Podría decirse que mientras Kelsen pretende excluir del ámbito disciplinar los elementos que a su juicio pueden perjudicar el valor epistémico de la investigación, a Habermas le interesa incluir los elementos habitualmente silenciados por la estrategia positivista de investigación, convencido como está de que la ciencia es un producto social y de que, en consecuencia, está atravesada por intereses sociales y por un inevitable perspectivismo

ideológico. Con ello ya se puede el requisito establecido en el ítem 4, por cuanto la teoría de este autor enfatiza "el carácter ideológico del derecho" y, como se verá, también presta atención "a las consecuencias de las decisiones jurídicas sobre la vida colectiva".

Por otra parte, resulta fácil ver que existe plena coincidencia entre lo que afirma el primero de los rasgos en común de las teorías críticas, descrito por el ítem 1 en la Presentación, y el pensamiento habermasiano sobre la cuestión.

En primer lugar, la teoría discursiva de Habermas pretende constituirse en una alternativa frente al viejo debate entre positivistas y iusnaturalistas. Existen buenos argumentos para sostener que el autor alemán se siente más cerca del la segunda corriente que de la primera, pero de todas maneras se trata de cuestiones sobre las que importa avanzar cuidadosamente. El hecho de ser un heredero de la tradición intelectual representada por Theodor Adorno y Max Horkheimer, redunda en el hecho de que el positivismo, en cualquiera de sus formas, no puede sino permanecer en el centro de la mira. Ello se combina con una defensa del Estado de Derecho al estilo occidental el cual, como única forma conocida de institucionalización del principio de discurso y de respeto a los presupuestos pragmáticos de la comunicación, hunde sus raíces en los postulados, teorías y preceptos del derecho natural racional moderno.

Habermas, sin embargo, acepta del positivismo que la ciencia social no puede existir sin referencia a la experiencia (aunque una ciencia social crítica no puede quedar atrapada en la mera contrastación empírica) y rechaza del iusnaturalismo la pretensión de fundar una preceptiva transhistórica sobre la base de la potencia metafísica de entidades como Dios, la Razón o la Naturaleza.

Algunos aprendizajes fundamentales han tenido lugar gracias a la escuela del derecho natural clásico. Pero el valor de esas enseñanzas debe ser separado de su antigua fundamentación metafísica, porque en la edad posconvencional de justificación los criterios de aceptabilidad racional han cambiado y las fuentes sagradas de legitimidad se han secado.

Ahora bien: el valor de aquellas enseñanzas no se deduce únicamente del hecho de que sus contenidos han sido positivados de manera tal que ahora integran el cuerpo del derecho positivo vigente por vía de las Constituciones y de los tratados internacionales. Si fuera el caso, Habermas no se encontraría tan lejos del positivismo como cabe suponer. Por el contrario, si Habermas sigue siendo un adversario del positivismo

jurídico es precisamente porque el valor de una cierta preceptiva formal no se deduce de su validez fáctica sino de su aceptabilidad racional. Por ello Habermas procede al revés: funda primero las condiciones de posibilidad o de aceptabilidad racional de los juicios prácticos, liga la autonomía individual con el ejercicio de la racionalidad comunicativa, encuentra la forma para que la autonomía individual pueda converger con la autonomía colectiva, y solo desde allí fundamenta el hecho valioso de que aquellos aprendizajes hayan logrado presencia en términos de derecho positivo.

En segundo lugar, las enseñanzas de los frankfurtianos de la primera generación hacen que Habermas vea el derecho como un fenómeno social e histórico. Nada en el mundo humano puede dejar de implicar connaturalmente la dimensión histórica y social. El ítem 1 hace referencia a que las teorías críticas ya no sienten la necesidad de que el carácter histórico y social del derecho sea estudiado exclusivamente "a partir de las lecturas materialistas tradicionales". En dicho sentido, Habermas se distancia de los viejos frankfurtianos quienes, a pesar de cierta heterodoxia, se reivindicaban aún como marxistas. Habermas ajusta cuentas con el marxismo en su libro "La reconstrucción del materialismo histórico" y, a partir de ese momento, los conceptos marxistas tradicionales empiezan a perder el lugar de categorías analíticas centrales en su pensamiento, empezando por el concepto de dialéctica. El marxismo seguirá siendo un punto de referencia ineludible, pero sus categorías perderán la condición de ser centrales a la hora de dar cuenta sociológicamente de un mundo supercomplejo. El ítem 1 es entonces absolutamente congruente con el punto de vista y la estrategia del autor de la "Teoría de la Acción Comunicativa", porque el énfasis en la dimensión histórica y social del derecho puede estudiarse y sustentarse desde la hermenéutica, desde el fundamental aporte de las filosofías de Hegel y de Kant, y con la ayuda de un conjunto de disciplinas relacionadas.

Justamente esto permite conectar con el ítem 2. Fundamentar la idea de que Habermas es partidario de la interdisciplinariedad es una tarea sencilla. Una de las diferencias con el pensamiento de su compañero Kart Otto Apel, por ejemplo, radica precisamente en que, más allá de conclusiones *grosso modo* similares, Apel pretende una fundamentación filosófica para la pragmática del lenguaje. Habermas, por su parte, piensa que esa tarea no se puede realizar sin la ayuda de las que él denomina "ciencias reconstructivas". De esta manera se aprecia cómo la interdisciplinariedad se hace presente en el fundamento mismo del sistema filosófico habermasiano.

De allí y en adelante, todos los caminos que se recorren serán de la mano de diferentes disciplinas que, en opinión del autor alemán, contribuyen a forjar los objetos de estudio, a explicarlos y a comprenderlos mejor, y a medir la distancia que media entre el objeto y la idea o concepto que lo mienta. Todo ello reforzado por el afán polémico de Habermas, que discute los planteos de todos los autores que tienen algo para decir sobre las cuestiones que le interesan, para extraer de ellos enseñanzas y luego introducir en dichas enseñanzas los retoques necesarios que las hagan compatibles con el sistema propio.

Por eso no sorprende que en todos sus estudios, incluyendo los que realiza sobre el derecho, existan aportes provenientes de la Filosofía, la Historia (ya sea por el conocimiento del contexto histórico de formación de las instituciones; o por el contexto histórico de aparición de determinadas ideas; así como por la discusión de ciertas formas de ver el desarrollo de la historia misma, cuestión que Habermas discute con adversarios como Hegel o Arthur Danto), la Psicología (teniendo presentes aportes como los del Psicoanálisis o la Teoría de la asunción ideal de rol, por citar solo unos casos), la Sociología (con un acabado aprovechamiento de clásicos como Weber y Marx, pero recogiendo también aportes tan disímiles como los de Alfred Schutz o los provenientes de las teorías de sistemas de Talcott Parsons o de Niklas Luhmann) o la Lingüística (adoptando aportes de autores clásicos como Ferdinand de Saussure o Charles Saunders Pierce, al lado de otros más contemporáneos como los de Alfred Ayer, John Austin o Ludwig Wittgenstein) por mencionar algunas de las disciplinas a las que la obra habermasiana echa mano.

La utilización de semejante arsenal no implica, sin embargo, que Habermas encare un estudio del derecho de carácter objetivante, que Hart asimilara a la perspectiva del observador: el autor alemán tiene muy presente la actitud realizativa del sujeto regido por el orden jurídico, porque sin un análisis desde la perspectiva del participante se interrumpen las vías de acceso hacia un concepto medular como el de la validez jurídica, que debe ser aprehendido sin que sea recortado ni mutilado en ningún aspecto.

Por lo tanto, la teoría habermasiana también comulga con el ítem 2 de los rasgos que caracterizan a las teorías críticas.

La congruencia entre el pensamiento de Habermas y lo establecido en el ítem 3 tampoco puede dejar margen para las dudas. El autor alemán ha aprendido de Adorno y de Horkheimer que la ciencia tiene una función política. De dicha función no existe manera

de desembarazarse, por ello conviene hacer el esfuerzo por llevar a conciencia en todo momento el papel de los intereses rectores del conocimiento.

Entre una estrategia que pretende invisibilizar dichos intereses y otra que hace centro en ellos para mantenerlos bajo control, Habermas toma partido decididamente por la segunda.

La primera estrategia pretende que la ciencia puede trabajar exenta de precomprensiones de ningún tipo, y guiada, como cree Kelsen, solo por el interés de alcanzar la verdad. Pero, siguiendo este camino, no se logra como por arte de magia que el conocimiento deje de estar ideológicamente mediado y atravesado por la praxis. Solamente se logra que aquellos intereses, cuya vía hacia la superficie ha sido obturada por decisión metodológica, afloren por detrás del ángulo de visión de los investigadores y terminen impregnando subrepticiamente los contenidos y los objetivos del trabajo científico.

Habermas, en cambio, cree que los intereses son inescindibles del proceso de conocimiento. Y también cree que el estudio de cada ámbito objetual se encuentra regido por un tipo de interés específico, que en el caso de las ciencias empírico-analíticas será un interés de tipo técnico y en el caso de las disciplinas histórico-hermenéuticas será un interés de tipo práctico. Y, un poco más allá, se encuentran también las disciplinas cuyo interés es la emancipación: esto es, disciplinas que intentan liberar a los sujetos de las coacciones a las que los somete no solo la naturaleza sino también la convivencia social.

Semejante finalidad se encuentra íntimamente ligada al postulado frankfurtiano de acuerdo con el cual la misión de la Teoría Crítica es tener presente, retener y reconocer que "el dolor no debe ser". Esta máxima rige globalmente el pensamiento habermasiano y por ello se puede afirmar sin riesgo que el interés emancipatorio rige toda su obra, ya sea que circunstancialmente esté discutiendo sobre epistemología, sobre sociología, sobre derecho o sobre metaética. De allí que el sentido de cada una de las páginas escritas por el autor alemán tenga siempre profundas implicancias y resonancias políticas, aunque no versen ellas mismas sobre política.

La neutralidad valorativa pretende enmudecer tales implicancias y resonancias, con la excusa de que otro tipo de estrategia tergiversaría el carácter veritativo de las proposiciones cognitivas. Pero, parafraseando al Kelsen, no es posible extirpar del ámbito de la política aquello que por fuerza lo integra. Y así como Kelsen puede ser

comparado con el rey Midas, porque todo lo que toca su Teoría Pura lo convierte en derecho, así también todo objeto de estudio analizado por Habermas revela, más temprano que tarde, sus decisivas aristas políticas. Ello resulta mucho más obvio y sencillo cuando el objeto investigado es el derecho que, según el mismo Kelsen, es la otra cara de la moneda del poder. Si este reconocimiento es sincero, resulta claro que la estrategia equivocada sería aquella que recorta y enmudece aspectos decisivos del objeto, y no la que los suma en una visión integral del mismo.

Todo esto reconduce a la consideración del ítem 8, que estima central la revisión de "las bases epistemológicas que comandan la producción tradicional de la ciencia del derecho". Este ítem cuadraba con la Teoría Pura, y las doctrinas a las que hace referencia la expresión "producción tradicional de la ciencia del derecho" eran, en su momento, los enfoques iusnaturalistas y los enfoques positivistas demasiado toscos. Ahora, desde la perspectiva crítica habermasiana, la expresión mienta también la obra kelseniana, habida cuenta de que las creencias de Kelsen sobre la verdad y la objetividad "cumplen la misión de legitimación epistémica", como se ha visto ya.

Cumplir con el ítem 8 implica, también en el caso de Habermas, que se den las condiciones para dar por cumplidas las exigencias del ítem 9. Claramente existe en la Escuela de Frankfurt una vocación de revisión epistemológica de las teorías tradicionales en tanto que en éstas "la impotencia pierde por completo su capacidad de expresión". En el caso particular de Habermas al analizar el derecho, el efecto ideológico denunciado es el de legitimación indirecta del status quo. Si la investigación positivista llega a la conclusión de que el concepto de validez jurídica se resume en fórmulas que no pueden ser interpeladas racionalmente en ningún sentido, la consecuencia directa de ello es que la vida de los sujetos al derecho queda a merced de imperativos sistémicos y de fines que los dominan heterónomamente. Una ciencia del derecho que acepte fórmulas como: "vale como derecho lo que de acuerdo con los procedimientos establecidos por el mismo sistema jurídico vale como derecho", o "vale como derecho lo que los órganos autorizados por el orden jurídico establecen como derecho" o "el derecho es válido solo en virtud de decisión", amputa la disciplina de manera tal que no existe forma de hacerla compatible con el ideal de la autonomía y, consecuentemente, con el interés por la emancipación.

Ahora bien: si el concepto de validez jurídica no puede ser asimilado sin más a las decisiones tomadas por los órganos considerados competentes por el propio orden

jurídico, la labor de los "juristas" ya no debería ser solamente la de "agentes del estado" sino también, de acuerdo con el ítem 10, la de "involucrarse de manera competente en los múltiples procesos decisorios, como factores de intermediación de las demandas de la sociedad".

Con respecto a esto Habermas tiene aportes relevantes para realizar. Si los derechos son la contracara de necesidades sociales, y si las normas solo alcanzan validez en la medida en que pueden ser aceptadas por todos los posibles afectados en tanto que participantes en discursos racionales, el sistema político institucionalizado no debiera cerrarse sobre sí mismo de manera tal que los "juristas" funjan solo como "agentes del estado".

Si bien las normas jurídicas gozan de la presunción de legitimidad en la medida en que son el resultado de un mecanismo institucional en el que cuajó la institucionalización del principio de discurso, ello no quita que todo consenso fáctico, en este caso el ocurrido a nivel institucional, es susceptible de crítica y revisión. Y la piedra de toque en vistas de tal crítica o revisión viene proporcionada por el espacio público, tempranamente tematizado por Habermas en "Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública", de 1962.

El espacio público es el terreno en el que puede tener lugar, parafraseando a Ranciere, una lógica de la demostración y una estética de la manifestación (Ranciere, 1996: 77) por medio de las cuales aquellos que consideran lesionados sus intereses cuestionen la validez de la normativa vigente. En tal sentido, semejante espacio constituye para Habermas un verdadero motor de la política democrática, porque es un lugar regido por la interacción comunicativa que busca el consenso en la construcción de la voluntad común y que concibe la resolución cooperativa de los conflictos sociales, y ello independientemente de que los sujetos que aparecen lo hagan solo en virtud de la promoción o defensa de intereses particulares.

En muchas ocasiones, los sujetos que irrumpen en ese espacio no institucionalizado habrán de contravenir algunas leyes del sistema para hacer oír sus demandas. Para Habermas ello no equivale a un mero quiebre de las reglas con la finalidad de obtener un beneficio a expensas de los demás sujetos de derecho, lo que configuraría un delito común, sino un intento por reabrir un debate sobre la validez de determinadas normas, debate que al momento de ocurrir los actos que cabe denominar desobediencia civil se encontraba cerrado.

Frente a este tipo de participación, en defensa de su autonomía, protagonizada por los sujetos del derecho, el orden jurídico puede reaccionar de dos maneras opuestas.

La primera es considerar que, en la medida en que las normas son válidas por ser el resultado de procedimientos legítimos ejecutados en los espacios institucionales pertinentes, tales actos de desobediencia civil no constituyen más que conductas tipificadas por el código penal. La consecuencia de ello sería la aplicación de las sanciones estipuladas a los protagonistas de semejantes actos. Esto sería: "juristas" actuando como "agentes del estado".

La segunda es considerar que los procedimientos democráticos no se agotan en los espacios institucionalizados, y que la validez de las normas se juega también en el espacio público no institucionalizado. Desde este punto de vista, resulta imprescindible que los "juristas" se involucren "como factores de intermediación de las demandas de la sociedad". Habermas lo dice de manera más amplia y precisa: los espacios institucionalizados tienen que permanecer porosos y abiertos a las influencias provenientes de razones, argumentos y debates libremente flotantes en el espacio de la opinión pública. Un estado de derecho auténticamente democrático permanece vigilante y crítico de sí mismo, y asume la interrelación y complementariedad entre los espacios institucional y no institucionalizado, lo cual permite una consideración más amplia de los factores y elementos que intervienen en la validez de las normas jurídicas y en la legitimidad de las decisiones políticas. Un Estado de Derecho que cierra sus esclusas institucionales y permanece sordo frente a las manifestaciones provenientes del exterior, incurre en una forma de "legalismo autoritario".

A su vez, una ciencia del derecho que permanezca ciega frente a este entrecruzamiento de cuestiones no solamente tendrá una visión parcial y limitada de su objeto de estudio, como se afirmara a lo largo de este trabajo en más de una ocasión. También puede que forme parte de "los mecanismos discursivos a partir de los cuales la cultura jurídica se convierte en un conjunto fetichizado de discursos", tal como reza el ítem 6.

La Teoría Pura del derecho en particular y los positivismos en general cometen el error de absolutizar el discurso sobre el derecho, de tal manera que el derecho se convierte en una especie de ente autárquico cuyo estudio se puede hacer con total prescindencia de las condiciones sociales e históricas que lo vieron surgir y de los plexos de sentido y de intereses con los que está íntimamente relacionado.

Las teorías críticas en general hacen un esfuerzo por devolver el derecho a su contexto. Habermas en particular acompaña ese esfuerzo y lo vigoriza manteniendo una vigilancia frente a los intentos que el propio Estado de Derecho a veces realiza en aras de absolutizar su propio discurso. Sucede que la tradición democrática ha venido a sacralizar determinadas concepciones e instituciones, de tal manera que las normas jurídicas forjadas en Estados que dicen respetar esa tradición se consideran válidas sin mayor examen y se pretenden hacer valer aun si no superan la prueba que representan los espacios públicos no institucionalizados. Una conceptualización del Estado de Derecho en general, y de la validez jurídica en particular, que mantenga en tensión permanente los aportes provenientes de la política institucionalizada y de la política no institucionalizada, constituye un remedio preventivo efectivo frente a toda posibilidad de fetichización. Por todo lo cual se puede decir de la teoría habermasiana cumple con creces con el criterio expresado en el ítem 6.

Ahora bien: si no solamente el discurso positivista puede conducir a un fetichismo dogmatizante, porque el discurso sobre el Estado de Derecho democrático, el cual viene de la mano con la resignificación del concepto de validez jurídica, también puede hacerlo, ello pone de relieve la importancia del ítem 5 en tanto que preocupación compartida por las teorías críticas.

Mucho se ha reflexionado acerca de si el derecho es única o predominantemente un "factor de consolidación del status quo" y si deja márgenes como para ser "apreciado como instrumento potencial de transformación".

Las teorías críticas han convivido durante largo tiempo con los planteos materialistas tradicionales, que observan el derecho exclusivamente con el prisma implicado en la primera perspectiva, porque consideran que el derecho es una institución clasista.

Otros enfoques han colocado en el fiel de la balanza también el potencial trasformador del derecho. Pero generalmente lo han hecho de la mano de una casuística que permite apreciar empíricamente las circunstancias y las condiciones en las que el derecho puede coadyuvar con cierto impulso emancipatorio. Les falta a estos enfoques un sustento teórico que permita englobar, comprender y hasta establecer distinciones y jerarquizaciones al interior de dicha casuística.

No se puede señalar ese déficit a los viejos teóricos frankfurtianos en general ni a Habermas en particular. Allí aparece una densidad teórico-filosófica que permite apreciar de forma compleja e integral el carácter "ambivalente" del fenómeno jurídico.

Adorno y Horkheimer hablaban de la "promesa" del concepto. Conceptualizar un fenómeno significa no solamente una operación de abstracción, que parte de enunciados observacionales y se eleva, por medio de la inferencia inductiva, a ley general. Conceptualizar significa también hipotecar: porque la Teoría Crítica asume como función específica el señalamiento de la distancia que media entre el concepto y su objeto. Si el derecho tiene que ver con la posibilidad de coordinar el arbitrio general mutuo de acuerdo con una ley universal de libertad, por decirlo kantianamente, ello no solamente implica una descripción de lo que el derecho es, sino también de lo que el derecho debe ser. La Teoría Crítica arponeará, impulsada por el imperativo de la eliminación del sufrimiento, la grieta insuturable entre la promesa y la facticidad. Y hará eso o será cómplice.

En Habermas opera la misma lógica, aunque el aparato conceptual se halle levemente modificado. Para el nacido en Dusseldorf el derecho es una categoría atrapada entre la facticidad y la validez. Ello significa que en el modo de validez del derecho se entrelazan la facticidad de la imposición del derecho con la fuerza fundadora de legitimidad que caracteriza al procedimiento democrático de producción normativa. De allí la diferencia señalada por Tuori entre la legitimidad empírica y la legitimidad normativa: mientras la primera se determina por la comprobación empírica del nivel de aceptación por parte de los miembros de la comunidad jurídica, independientemente de los motivos de tal aceptación, la segunda se mide por la desempeñabilidad discursiva de su pretensión de validez normativa.

Existe toda una batería de conceptos cuya misión es captar la tensión que siempre existe entre ambos polos y en la cual se juega una conceptualización no mutilada de la validez de las normas jurídicas, así como el potencial transformador del derecho por su capacidad de promoción de la autonomía individual y colectiva. La idea de que una cosa es la legitimidad y otra la vigencia, o de que una cosa es la aceptabilidad y otra la aceptancia, se hace eco de la distinción entre los planteos idealistas, que corren el riesgo de perder contacto con la realidad social, y los planteos objetivistas, que terminan eliminando espúriamente todos los aspectos normativos: el iusnaturalismo clásico es susceptible de ser diagnosticado con el primero de estos males, y la Teoría Pura del derecho, con el segundo.

Una estrategia conceptual adecuada, que evite este tipo de cercenamientos, tendrá, en virtud de su carácter crítico, algo que decir tanto frente derecho promulgado por

unidades políticas cuyos entramados institucionales no se condigan con un intento de institucionalización del principio de discurso, como también frente a los Estados de derecho que reivindican en el discurso y en sus constituciones ideales democráticos, pero que en los hechos proceden cediendo frente a la presión de los imperativos sistémicos, permitiendo una colonización del mundo de la vida e impidiendo que la vida de los sujetos al derecho adquiera mínimos ribetes de autonomía. O sea, tendrá algo que decir cada vez que el derecho priorice la conservación del status quo y proteja con la fuerza de lo público intereses no susceptibles de universalización. O, también, para decirlo con Hart, cuando el contenido de las normas se presente como innecesariamente represivo, cruel, supersticioso u obscurantista.

En tal sentido, la idea o el concepto de democracia no solo que constituye una "promesa", sino que se trata de "la" promesa, en tanto que la distancia entre lo que ella significa y lo que las democracias empíricas efectivamente son funciona como criterio definitivo a la hora comprender el verdadero sentido de la validez jurídica.

Por ello, y en la medida en que la imaginación humana no logre exceder y superar el emblema democrático, para usar una expresión de Badiou (2010: 15 y ss.), y sustituir la promesa de la democracia por alguna otra más prometedora, Habermas seguirá siendo no solo el teórico crítico por excelencia (pues, como se ha visto, tematiza al menos diez de los once puntos expuestos en la presentación) sino también el pensador irrebasable de nuestro tiempo.

BIBLIOGRAFÍA

Adorno, Theodor (1975), *Dialéctica Negativa*. Taurus, Madrid.

Adorno, Theodor y Horkheimer, Max (1998), *Dialéctica de la Ilustración*. Trotta, Madrid.

Aftalión, Enrique; García Olano, Fernando y Vilanova, José (1960), *Introducción al derecho*. El Ateneo, Buenos Aires.

Áladar Métall, Rudolf (1976), *Hans Kelsen. Vida y obra.* UNAM, México.

Alegre, Marcelo y Gargarella, Roberto (2007), *El derecho a la igualdad*. LexisNexis, Buenos Aires.

Alexy, Robert (1989), *Teoría de la argumentación jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Arendt, Hannah - (1996), *Entre el pasado y el futuro*. Península. Barcelona.
- (2002), *Tiempos presentes*. Gedisa, Barcelona.

Asti Vera, Armando (1993), *Metodología de la investigación*. Kapelusz, Buenos Aires.

Atienza, Manuel (2001), *El sentido del derecho*. Ariel, Barcelona.

Axat, Julián (2003), "La desobediencia civil ante la criminalización", en VVAA *La criminalización de la protesta social*. La Grieta, La Plata.

Badiou, Alain -(2002), *Condiciones*. Siglo XXI, México.
-(2010), "El emblema democrático" en VVAA, *Democracia ¿en qué Estado?* Prometeo, Buenos aires.

Bastida Freixedo, Xacobe (2012), "Kelsen y la tortuga. La teoría pura del derecho como antifilosofía", en Ramírez Cleves, Gonzalo (editor), *Ecos de Kelsen: vida, obra, controversias*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

Bobbio, Norberto - (1984), "El poder y el derecho", en Bobbio, Norberto y Bovero, Michelangelo, *Origen y fundamentos del poder* político. Grijalbo, México.

- (1991), *El problema del positivismo jurídico*. Fontamara, México.

- (1999), "Hans Kelsen, la teoría del derecho y el derecho internacional" (entrevista a cargo de Danilo Zolo) en *htpp://dex1.tsd.unifi.it/juragentium/es/surveys/algo/bobbio.htm*

Bodenheimer, Edgar (1964), *Teoría del derecho*. Fondo de Cultura Económica, México.

Bonetto de Scandogliero, M. Susana y Piñero de Ruiz, María T. (1994), "Teoría Crítica del derecho" en https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5209610.pdf

Botero Bernal, Andrés, (2003), "Aproximación al pensar iusfilosófico de Habermas" en www.astrea.com.ar/files/prologs/doctrina0120.pdf

Bovero, Michelangelo (1984), "Lugares clásicos y perspectivas contemporáneas sobre política y poder", en Bobbio, Norberto y Bovero, Michelángelo, *Origen y fundamentos del poder político*. Grijalbo. México.

Calsamiglia, Albert - (1997), "En defensa de Kelsen". Working Paper n°129, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, en https://www.yumpu.com/es/document/view/42894139/en-defensa-de-kelsen-albert-calsamiglia-icps

- (1977), *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*. Ariel, Barcelona.

Campbell, Tom (2002), "El sentido del positivismo jurídico", en *Doxa* n°25.

Cárcova, Carlos María - (2009), "Notas acerca de la Teoría Crítica del Derecho" en Courtis, Christian (comp), *Desde otra mirada: textos del teoría crítica del derecho*. EUDEBA, Buenos Aires.

- (1993), *Teorías Jurídicas alternativas. Escritos sobre derecho y política*. CEAL, Buenos Aires.

Cesarini Sforza, Widar (1961), *Filosofía del derecho*. Europa-América, Buenos Aires.

Comanducci, Paolo (2012), "Tomando a Kelsen en serio: réplica a Bulygin sobre la cláusula alternativa tácita", en Ramírez Cleves, Gonzalo (editor), *Ecos de Kelsen: vida, obra, controversias*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

Cortina, Adela (1985), *Razón comunicativa y responsabilidad solidaria*. Sígueme, Salamanca.

Cossio, Carlos - (1954), "Hans Kelsen, el jurista de la época contemporánea", en *La valoración jurídica y la ciencia del derecho*. Acayú, Buenos Aires.

- (1964), *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*. Abeledo Perrot, Buenos Aires.

Cracogna, Dante - (1998), "La norma fundamental entre la autocontradicción y la futilidad", en *Doxa* n°22. www.spencer.adv.br/universidades/Cracogna-La%20norma%20fundamental.pdf#search='kelsen

- (2012), "La teoría de la norma fundamental" en Ramírez Cleves, Gonzalo (editor), *Ecos de Kelsen: vida, obra, controversias*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

Delgado Pinto, José (2012), "El voluntarismo de Hans Kelsen y su concepción del orden jurídico como un sistema normativo dinámico" en Ramírez Cleves, Gonzalo (editor), *Ecos de Kelsen: vida, obra, controversias*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

Díaz, Elías (1972), *Estado de derecho y sociedad democrática*. Cuadernos para el diálogo, Madrid.

Ebenstein, William (1947), *La teoría pura del derecho*. Fondo de Cultura Económica, México.

Fernández, Sergio Pablo (1997), "Habermas y la Teoría Crítica de la Sociedad", en *Cinta de Moebio*, n°1, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Chile http://rehue.csociales.uchile.cl/publicaciones/moebio/01/frames30.htm

Ferraro, Agustín E. (1998), "Kelsen y la ética universalista" en *Doxa* n°21 II www.rua.ua.es/dspace/handle/10045/10342

Friedrich, Carl Joachim (1964), *La filosofía del derecho*. Fondo de Cultura Económica, México-Buenos Aires.

García Amado, Juan Antonio - (2001), "Habermas y el derecho" en *El Derecho en la Teoría Social. Diálogo con catorce propuestas actuales*. Dykinson, Madrid.

- (1996), *Hans Kelsen y la norma fundamental*. Marcial Pons, Madrid.

García Hernández, Gloria y Manzano Caudillo Jesús (2010), "Procedimientos metodológicos básicos y habilidades del investigador en el contexto de la teoría fundamentada" en *Iztapalama Revista de Ciencias Sociales y Humanidades*, N°69, Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México.

García Maynez, Eduardo (1970), *Introducción al estudio del derecho*. Porrúa, México.

Gargarella, Roberto (2005), *El derecho a la protesta*. Ad Hoc, Buenos Aires.

Garzón Valdez, Ernesto - (1993), *Derecho, Ética y Política*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

- (1985), *Derecho y Filosofía*. Alfa, Barcelona-Caracas.

Gianformaggio, L. (1994), *Estudios sobre Kelsen*. Biblioteca de Etica, Filosofía del Derecho y Política, México.

Gomila, Antoni (2008), "La relevancia moral de la perspectiva de la segunda persona", en D. Pérez y L. Fernández, L. (editores), *Cuestiones filosóficas: ensayos en honor de Eduardo Rabossi*. Catálogos, Buenos Aires.

González Moras, Juan (2003), "Poder de policía global", en VVAA *La criminalización de la protesta social*. La Grieta, La Plata.

Grün, Ernesto (2006), *Una visión sistémica y cibernética del derecho*. UNAM, México. *www.filosofiayderecho.com/rtdf/numero3/grun.htm*

Habermas, Jürgen - (1965) "Conocimiento e interés", lección inaugural de cátedra en Frankfurt. | *htpp://usuarios.lycos.es/Cantemar/Conocimiento.html*
- (1988), *Ensayos políticos*. Península, Barcelona.
- (2000), *Facticidad y validez*. Trotta, Madrid.
- (1982), "La crítica nihilista del conocimiento en Nietzsche", en García Trevijano, Carmen y Cerca, Silverio, *Sobre Nietzsche y otros ensayos*. Tecnos, Madrid.
-(1986), *La reconstrucción del materialismo histórico*. Taurus, Madrid.
- (1987), *La teoría de la acción comunicativa*, I y II. Taurus, Madrid.
- (1971), *Lógica de las ciencias sociales*. Tecnos, Madrid.
- (1994), *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*. Cátedra, Madrid.

Hart, H. L. A. - (1977a), *El concepto del derecho*. Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- (1977b), "Obligación jurídica y obligación moral", en *Colección Cuadernos de Crítica n°3*, UNAM, México.

- (1977 c), "Una visita a Kelsen", en *Colección Cuadernos de Crítica n°4*, UNAM, México.

Heras Hergueta, Carlos (2000), "Las pasiones del conocimiento. Una reflexión sobre la epistemología de Habermas" en *A parte rei* n° 11.
http://serbalpntic.mec.es/cmunoz/heras.pdf

Hierro, Liborio (2002), "¿Por qué ser positivista?", en *Doxa* n°25.

Hobbes, Thomas (1984), *Leviatán*. FCE, México.

Horkheimer, Max (1974), *Teoría Crítica*. Amorrortu, Buenos Aires.

Ihering, Rudolf von (1946), *La lucha por el derecho*. Araujo, Buenos Aires.

Jestaedt, Matthias (2012), "Revolución con problemas de marketing ('Los problemas capitales de la teoría jurídica del Estado' de Hans Kelsen)" en Ramírez Cleves, Gonzalo (editor), *Ecos de Kelsen: vida, obra, controversias*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

Kalinowski, Georges (1975), *Lógica del discurso normativo*. Tecnos, Madrid.

Kelsen, Hans - (1978), "Derecho y lógica" en *Cuadernos de Crítica n°2*. UNAM, México.
- (1934), *Esencia y valor de la democracia*. Labor, Barcelona.
- (1974), *La idea del derecho natural y otros ensayos*. Editora Nacional, México.
- (1962), *¿Qué es la Justicia?* UNC, Córdoba.
- (1958), *Teoría comunista del Derecho y del Estado*. Emece, Buenos Aires.
- (1986), *Teoría general de las normas*. Fabris, Porto Alegre.
- (1983), *Teoría general del Derecho y del Estado*. UNAM, México.

- (1959), *Teoría general del Estado*. Editora Nacional, México.
- (2011), *Teoría Pura del derecho*. Colihue, Buenos Aires (traducción de Fernanda Aren, Natalia Dassieu y Silvina Rotemberg).
- (1960), *Teoría Pura del derecho*. EUDEBA, Buenos Aires (traducción de Moisés Nilve).
- (1941), *Teoría Pura del derecho*. Losada, Buenos Aires (traducción de Jorge Tijerina).
- (1979), *Teoría Pura del derecho*. UNAM, México (traducción de Roberto Vernengo).

Köhnke, Klaus Christian (2011), *Surgimiento y auge del neokantismo*. Fondo de Cultura Económica, México.

Laclau, Martín (2012), "El influjo neokantiano en el pensamiento de Kelsen", en Ramírez Cleves, Gonzalo (editor), *Ecos de Kelsen: vida, obra, controversias*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

Legaz y Lacambra, Luis - (1953), *Filosofía del derecho*. Bosch, Barcelona.
- (1947), *Horizontes del pensamiento jurídico*. Bosch, Barcelona.

Locke, John (1990), *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*. Alianza, México.

Manheim, Karl (1958), *Ideología y Utopía*. *Introducción a la Sociología del conocimiento*. Aguilar, Madrid.

Marradi, Alberto; Archenti, Nélida y Piovani, Juan Ignacio (2007), *Metodología de las Ciencias Sociales*. Emecé, Buenos Aires.

Mello do Amaral, Jose Levi (1999), "Do positivismo juridico a democracia em Kelsen" en *Revista virtual n°5,* Subcheffia para Assuntos Juridicos, Presidencia da Republica *https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1077*

Mouffe, Chantal - (1999), *El retorno de lo político*. Paidós, Barcelona.

- (2007), *En torno a lo político*. FCE, Buenos Aires.

- (2003), *La paradoja democrática*. Gedisa, Barcelona.

Navarro, Pablo E. (2001), "Tensiones Conceptuales en el positivismo jurídico" en *Doxa* n°24 *www.rua.ua.es/dspace/handle/1045/10185*

Neves, Marcelo (1996), "De la autopoiesis a la alopoiesis del derecho", en *Doxa* n°19 *www.rua.ua.es/dspace/handle/10045/10460*

Nietzsche, Friedrich (1990), *Sobre verdad y mentira en sentido extramoral*. Tecnos, Madrid.

Nino, Carlos (1996), *The Constitution of Deliberative Democracy*. Yale University Press, New Haven.

Paulson, Stanley L. - (2003), *La distinción entre hecho y valor: la doctrina de los dos mundos y el sentido inmanente. Hans Kelsen como neokantiano*. Universidad de Alicante *http://publicaciones.ua.es/LibrosPDF/0214-8676-26/24%20Doxa26.pdf*

- (1991), "La alternativa kantiana de Kelsen: una crítica", en *Doxa* n°9 *https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=128522*

Peczenick, A. (1979). "On the Nature and Function of the Grundnorm", en *Rechstheorie*, Bieheft 2.

Perelman, Chaïm (1968), "La teoría pura del derecho y la argumentación", en *Droit, morale et philosophie*. Librarie Générale de Droit et jurisprudente, París. Trducción de Ricardo L. Almeida.

Pérez Lledó, Juan A. (2000), "Teorías Críticas del derecho" en Garzón Valdés, Ernesto y Laporta, Francisco, *El derecho y la justicia*. Trotta, Madrid.

Picatto Rodríguez, Antonio (2005), *Ideología y Constitución. Una aproximación a la teoría constitucional kelseniana*. Porrúa, México.

Pintore, Anna (2000) "Democracia sin derechos. En torno al Kelsen democrático", en *Doxa* n°23 *www.rua.ua.es/dspace/handle/10045/10240*

Radbruch, Gustav (1965), *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Fondo de Cultura Económica, México.

Ranciere, Jacques - (1996), *El desacuerdo*. Nueva Visión, Buenos Aires.
- (2006), *El odio a la democracia*. Amorrortu, Buenos Aires.

Rawls, John (1978), *Teoría de la Justicia*. FCE, México.

Rinesi, Eduardo - (2009), *En el nombre de Dios. Razón natural y revolución burguesa en la obra de John Locke*. Gorla, Buenos Aires.
- (2005), *Política y tragedia. Hamlet entre Hobbes y Maquiavelo*. Colihue, Buenos Aires.

Rodríguez, Esteban (2003), "Un puño sin brazo", en VVAA *La criminalización de la protesta social*. La Grieta, La Plata.

Rousseau, J. J. (1998), *El Contrato Social*. Fontana, Barcelona.

Ruiz Manero, Juan (2012), "Cincuenta años después de la segunda edición de la *Reine Rechtlehre*. Sobre el trasfondo de la teoría pura del derecho y sobre lo que queda de ella", en Ramírez Cleves, Gonzalo (editor), *Ecos de Kelsen: vida, obra, controversias*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

Sarlo, Oscar (2004), "La racionalidad del derecho y su ubicua fundamentación kantiana", en *Actio* n° 5
htpp://www.fhuce.edu.uy/public/actio/num5/OscarSarlo.pdf

Schmill, Ulises (2012), "La concepción fundamental de los *Hauptprobleme* de 1911", en Ramírez Cleves, Gonzalo (editor), *Ecos de Kelsen: vida, obra, controversias*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

Schmitt, Carl (1985), *Teología Política*. Struhart y Cía. Buenos Aires.

Schuster, Federico (2000), "La singularidad de la ciencia política", en *El Politólogo*, N° 2, Buenos Aires.

Scotto, Carolina (2003), "Interacción y atribución mental: la perspectiva de segunda persona", en *Análisis Filosófico*, 22/2, SADAF.

Soler, Sebastián (1973), *Derecho Penal Argentino* (I). Tipográfica, Buenos Aires.

Solórzano Alfaro, José (2000), "¿Por qué Kelsen no pudo ver lo que no vio? Los marcos categoriales del pensamiento jurídico moderno: avances para la discusión sobre la inversión de los derechos humanos", en *http://derechopublico.udenar.edu.co/PensarJurídico_Solorzano.htm*

Strauss, Anselm y Corbin, Juliet (2002), *Bases de la investigación cualitativa. Técnicas y procedimientos para desarrollar la teoría fundamentada*. Universidad de Antioquia, Medellín.

Tuori, Kaarlo (1988), "Etica discursiva y legitimidad del derecho" en *Doxa* n°5 *www.rua.ua.es/dspace/handle/10045/10862*

Tygar, Michael y Levi, Madeleine (1978), *El derecho y el ascenso del capitalismo*. Siglo XXI, México-Buenos Aires.

Varga, Csaba (2012), "La teoría de la aplicación del derecho en Kelsen (Evolución, ambigüedades, preguntas abiertas)", en Ramírez Cleves, Gonzalo (editor), *Ecos de Kelsen: vida, obra, controversias*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

Verecker, Charles (1961), *El desarrollo de la teoría política*. EUDEBA, Buenos Aires.

Vernengo, Roberto J. (1986), "Ciencia jurídica o técnica política: ¿es posible una ciencia del derecho?", en *Doxa* n°3 *www.rua.ua.es/dspace/handle/10045/10965*

Verón, Eliseo (1980), "La semiosis social", en Monforte Toledo (coordinador) *El discurso político*. UNAM y Nueva Imagen, México.

Vigo, Rodolfo (2003), "Balance de la teoría jurídica discursiva de Robert Alexy", en *Doxa* n°26 *www.publicaciones.ua.es/LibrosPDF/0124-8676-26/12%20Doxa26.pdf*

Villar Borda, Luis (2012), "Ser y deber ser en la concepción del derecho" en Ramírez Cleves, Gonzalo (editor), *Ecos de Kelsen: vida, obra, controversias*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

Villey, Michel (1966), *Consideraciones en pro del derecho natural clásico*. UNC, Córdoba.

Weber, Max (1996), *El político y el científico*. Alianza, Madrid.

Wellmer, Albrecht (2013), *Líneas de fuga de la modernidad*. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires.

Wolkmer, Antonio (2003), "Introducción al pensamiento jurídico crítico", en *Colección en clave de Sur. ILSA. Bogotá.*