

## Kelsen y la tortuga. La teoría pura del derecho como antifilosofía

Por XACOB E BASTIDA FREIXEDO

Universidad de Oviedo

**INTRODUCCIÓN:** El presente trabajo ofrece ciertas claves que permiten comprender la obra de Kelsen desde una perspectiva distinta. A través de la diferenciación entre la *doxa* y la *aletheia* –entre la filodoxía y la filosofía– intentamos encuadrar tanto a la teoría kelseniana como al positivismo en general en el ámbito propio de un modo de pensar claramente antagónico con el filosófico. 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. En suma, aquí se tratará de ver cómo la Teoría Pura del Derecho, mediante la filodoxía que destila, no miente: simplemente se inventa la verdad.

En este trabajo nos proponemos analizar la obra de H. Kelsen desde las claves que, en una perspectiva más amplia, hemos ofrecido para la sistematización de la filosofía del derecho en general y que incluyen como patrón diferenciador fundamental el deslinde entre dos conceptos que son, a su vez, dos maneras de afrontar la realidad (X. Bastida, 1999: 433-469). Nos referimos a la *doxa* y a la *aletheia* –a la filosofía en sentido estricto–. Permítasenos, en aras de la precisión y en defensa de la pereza, que reproduzca dos páginas ya publicadas en aquel trabajo más general y que servirán de marco en el cual encuadrar la teoría del derecho kelseniana.

La cultura occidental estableció sus fundamentos distinguiendo radicalmente entre el discurso de la verdad y el discurso de la apariencia, distinción que, como recuerda E. Lynch (1988: 41), operó como

fractura en el campo del saber. El pensamiento prefilosófico no afrontaba los problemas sino reiterando una fórmula preexistente, recibida, traditiva. La prefilosofía es una forma de expresión de la mentalidad tradicional. Pensar, querer y sentir son para el tradicionalismo repetir en sí mismo un repertorio inmarcesible de actitudes que por el hecho de ser recibidas merecen justificación. La sumisión y adaptación a lo recibido, a la tradición dentro de la cual vive el individuo inmerso, adquiere en este modelo de pensamiento el papel de criterio de verdad. A esta forma de pensamiento llamaron los griegos *doxa*. Posiblemente fuera Parménides el primero en oponer este concepto –recordemos el fragmento de su poema *Por el camino de la doxa*– al de *aletheia*, en este contexto sinónimo de filosofía por cuanto significa el intento de la razón de encontrar la verdad y representa la prescindencia de cualquier tipo de predeterminación traditiva. Es precisamente el enfrentamiento con la habitualidad como criterio de verdad que es propio de la filosofía lo que ha llevado a identificar el concepto de filosofía y el de *aletheia* –algo que en sí mismo es correcto–, así como a inventar un falso étimo de *aletheia* que ratificase su significado. Así, Heidegger –y en esto fue seguido por Ortega– pensaba que *aletheia* era un derivado de *letheia* –que significa poner un velo, ocultar– precedido de una alfa privativa que invertía su sentido; esto es, *a-letheia* venía a significar traer algo a la superficie, descubrir lo oculto o velado, mostrar la verdad. Aunque, como pone de manifiesto el riguroso trabajo de P. Friedländer (1989: 214 y ss.), el étimo es falso –la palabra procede de la conjunción de *alé*, que es una partícula ponderativa y *ethos* (costumbre), con lo que se invertiría el significado de la palabra– la significación que los griegos dieron al concepto era, invirtiendo así su génesis, el que Heidegger ideó *pro domo sua*. En otro orden de cosas, ya decíamos que la cuestión tenía raíces clásicas, también Platón utilizó la contraposición entre *doxa* y *episteme* (1993: 299, 511c) para significar el diferente conocimiento que se extrae de la utilización del pensar tradicional y el filosófico.

En cualquier caso, la filosofía, entendida como *aletheia* o como *episteme*, nace constitutivamente como enfrentamiento a la *doxa*, término habitualmente traducido por *opinión* o por *apariencia*. 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. Por eso la fórmula normal del enunciado filosófico implica siempre una negación. Su expresión no es «A es B», sino «A no es B, sino C» –con lo cual, casi sin querer, hemos definido filosóficamente la filosofía–.

Ahora bien, la filosofía no tiene por qué destruir la prefilosofía –la *filodoxía*– de la que parte y con la que se enfrenta, sino que, desde su nivel debe comprenderla, absorberla o rechazarla y sustituirla por una verdad justificada. La trituración de otras formas de filosofía de la que

habla Bueno (1995: 48, 70), y que, desde luego, es imprescindible, presupone la idea de una posibilidad de entender ya no tanto un sistema concreto cuanto cualquier sistema que pudiera asumir o haber asumido un papel rector en la sociedad. Y, en este sentido, la doxa debe ser asumida por la filosofía que no es sino la superación dialéctica y, por tanto, envolvente, de aquel pensar.

Según esto hay dos actitudes con las que podemos afrontar el estudio del derecho y, en general, de la realidad. La primera tiene como *ratio* la contemplación del derecho como conjunto articulado de normas que cumplen una función de orden social. Los caracteres que conforman la realidad no son cuestionados habida cuenta de que la función que realizan existe empíricamente. Esta perspectiva parte ya de una práctica que se considera justificada pragmáticamente. El mero hecho de su existencia es razón suficiente para estimarla justificada y acorde con un comportamiento racional. La actitud filodóxica concibe el derecho como conjunto de preceptos socialmente vinculantes cuya obligatoriedad no es puesta en duda. Por contra, la actitud filosófica concibe el derecho como producto cultural cuyo sentido está en función de los demás elementos de la sociedad en que emerge y vive. La filodoxía, por utilizar la distinción de la fenomenología de Husserl —deudora en esto de la epistemología kantiana— establece una visión analítica del derecho basada en relaciones de implicación. En este tipo de relaciones un pensamiento aparece como surgiendo de otro anterior porque no es sino la explicación de algo que ya estaba en éste implícito. En la implicación la serie de pensamientos brotan dentro de un primer pensamiento en virtud de un análisis progresivo. La filodoxía, al analizar el derecho como un conjunto formal con sustantividad propia ve al derecho como un conjunto de partes implicadas. La filosofía, muy al contrario, estudia el fenómeno jurídico desde el punto de vista sintético como el resultado de relaciones de complicación —tal vez por eso, si hemos de creer a buena parte del alumnado, la filosofía del derecho sea tan *complicada*—. La complicación —también llamada fundación o fundamentación— es aquella relación por la cual una parte está unida a otra pero sin estar contenida en ella. Desde esta perspectiva, el derecho no se agota en su especificidad formal ni en sus peculiares derivaciones de validez, sino que se integra en la «cultura jurídica» de una sociedad, entendiendo por tal «las ideas, valores, actitudes y opiniones que la gente mantiene en una sociedad con relación al derecho y al sistema jurídico» (L. Friedman, 1994: 118). La idea de norma complica necesariamente la idea del espacio en torno del cual se mueve. Tiene razón Hughes al afirmar en su crítica al formalismo kelseniano que un sistema jurídico no es simplemente una estructura de la razón que fluya de la suposición de un conjunto de premisas, como si se tratara de geometría Euclidiana (1974: 209). Esto vale para el filódoxo, no para el filósofo del derecho. La existencia de una comunidad jurídica debe ser analizada, como cualquier regulación de la vida humana que es realmente eficaz, en términos de actitudes y

disposiciones efectivas hacia los procedimientos de aceptación de la autoridad de las personas que constituyen la comunidad. Para la filosofía, la obligatoriedad y la función ordenadora del derecho no constituyen límite, sino reto. Si nos situamos en las coordenadas del materialismo antropológico de M. Harris podemos decir que la filodoxía es una disciplina eminentemente émica ya que se sirve de enunciados que sólo desde el punto de vista interno del participante tienen sentido, pues sólo desde esta situación el concepto de obligatoriedad y el orden correlativo que implica adquieren relevancia. La filosofía es, en cambio, una disciplina *ética* —¡*more* Harris!— que utiliza enunciados independientes del mantenimiento del orden autónomo creado por las normas. Llegado el caso, el filósofo puede entonar el *fiat veritas pereat ius*, algo que está radicalmente vedado para el filódoxo. Sirvámonos de un retruécano: para un filódoxo la ley hace fe mientras que para un filósofo es la fe la que hace la ley.

Conviene aclarar que lo que verdaderamente diferencia la filosofía de la filodoxía no son las diferentes preguntas a las que dan respuesta. Es la perspectiva desde la que se afronta un problema y no la naturaleza del problema mismo lo que diferencia filosofía y filodoxía. El objeto de conocimiento, en esto tenemos de nuestra parte a Kant, no es constitutivo de estos dos modos de conocimiento. Es la diferente actitud ante las mismas preguntas la clave que los separa. La filosofía intenta responder y la filodoxía solucionar. La teoría analítica de los enunciados descriptivos de los que habla Bulygin (1988) y que según él sólo cabe declarar verdaderos o falsos utilizando cualquier punto de vista, sea interno o externo, no tiene sentido. La solución verdadera no tiene por qué ser una respuesta verdadera y viceversa. La filosofía y la filodoxía expresan diferentes cosas. Parafraseando lo dicho por N. Bobbio respecto de la ciencia y la filosofía, la filodoxía es una toma de posesión de la realidad y la filosofía una toma de posición frente a la realidad (1980: 88). Responder y solucionar pueden parecer términos equivalentes y, sin embargo, no lo son. La filodoxía no da respuestas: únicamente proporciona expedientes que dan salida a una dificultad salvando así los inconvenientes que se derivan de un cuestionamiento último. La verdad, aquel bien que, siguiendo el mito platónico, sólo es accesible una vez fuera de la caverna, no es un fin en sí mismo. Es más, la propia condición funcional de la filodoxía exige que su método tenga como espacio la umbría cavernícola. Muy al contrario, a la filosofía no le basta con la solución —con todo lo que de provisional implica el término— de ciertos problemas que se le presentan. Su cometido es el de analizar las interpretaciones de la filodoxía, dar razón de ellas, ponerlas a prueba, rechazarlas si son falsas y elevarlas a condición de filosóficas si son verdaderas. Las soluciones de la filodoxía parten siempre de la elusión de las posibles respuestas que pueda dar la filosofía. La filosofía indaga que diferencia hay, si la hay, entre la soberanía que se predica del poder constituyente y la eficacia que se deduce de una actuación inconstitucional impuesta por

vía de hecho; la filodoxía se dedica a buscar la diferencia que sin duda existe —esto es, presupone la respuesta para buscar una solución— entre ambos supuestos.

El filósofo del derecho no puede aceptar como verdadero nada que no haya sometido a radical revisión, nada cuyos fundamentos de verdad no haya construido. Por ello ha de dejar en suspenso toda creencia. Y el derecho —no nos es dada una mayor precisión en este momento— es, ante todo, creencia. En este sentido —aquí la precisión de Ortega es más que certera (VII: 357)— por cuanto cuestiona nuestras creencias más habituales y plausibles, las que constituyen el suelo intelectual sobre que vivimos, la filosofía es anti-natural y *paradójica* en su raíz misma. La filodoxía se cimienta en la opinión espontánea y consuetudinaria. Por contra, la filosofía se ve obligada a desasirse de ella, en busca de otra opinión, de otra *doxa* más firme que la espontánea. La filosofía es, pues, *para-doxa*» (X. Bastida, 1999: 437-440).

Así las cosas, podemos adentrarnos ya en lo que es preocupación principal de este artículo, a saber, la postulación de la teoría de Kelsen —y del positivismo en general, del cual la teoría pura del derecho es tan sólo muestra protofenoménica— como teoría filodóxica del derecho y, en este sentido, antifilosófica.

Toda filosofía del derecho ha de vérselas con la concreción de un concepto de derecho. Pero sabemos que el concepto de derecho puede hallarse siguiendo dos líneas básicas de indagación que a su vez están guiadas por dos metas distintas: bien puede ser un estudio filosófico, en cuyo caso no existe ningún tipo de predeterminación en el análisis, ya que su fin es alcanzar un concepto *verdadero* de derecho; bien puede ser un estudio filodóxico, y en este caso existe una predeterminación funcional en el estudio del concepto. La filodoxía necesita manejar un concepto de derecho no necesariamente verdadero, sino *útil*, orientado *ex ante* a la consecución de un fin, cual es el proporcionar una base que permita la aplicación e interpretación de unas reglas productoras de orden social. La filosofía del derecho inquiere si existe alguna diferencia entre la fuerza bruta y el derecho y, en su caso, en qué radica dicha diferencia; por el contrario, la filodoxía busca la diferencia que *sin duda* existe entre la fuerza bruta y el derecho para que las reglas establecidas por el ordenamiento jurídico sean operativas. A esto nos referíamos cuando hablábamos de la falta de predeterminación que existía en el análisis filosófico y a la preconcepción funcional que caracterizaba a la filodoxía.

Pues bien, la teoría pura del derecho parte de un planteamiento claramente filodóxico. Entiéndase bien, no se quiere decir con esto que los trabajos de Kelsen no puedan dar lugar a una teoría ni a una filosofía del derecho, simplemente se apunta que su teoría conduce a soluciones que marginan la cuestión filosófica para preferir la funcional, la más útil tarea metodológica. Al establecer Kelsen sus derivaciones de índole metodológica, tanto en sus desarrollos como en sus rectificaciones, nos aclara mucho acerca de las cuestiones filosóficas

que su teoría plantea. Por ejemplo, al diferenciar a la teoría pura de las doctrinas de derecho natural despeja, sin querer, el origen *ex post* y, por tanto, legitimador, de su norma fundamental; con la sucesiva evolución en la inteligencia de la norma básica –hipótesis, ficción– nos pone en contacto con la idea de que el derecho no es más que una cuestión de fe, una creencia... Los avances de la técnica proporcionan campo abonado para la investigación científica. Del mismo modo, la introspección metodológica ayuda a la clarificación filosófica.

A la hora de intentar delimitar el concepto de derecho y diferenciarlo de la nuda fuerza impuesta de hecho –esta es la tarea básica del positivismo– la toma de postura que presupone la diferenciación entre el recaudador y el asaltante, tal hace Kelsen, es propia de la perspectiva metodológica de la filodoxía. L. Gianformaggio, asumiendo la teoría kelseniana, es realmente clara al respecto: «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 por sí misma 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?*» (1994: 49). A. Calsamiglia percibe perfectamente el sesgo filodóxico que Kelsen imprime a su teoría, aunque no acierte a expresarlo con corrección: «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» (1977: 183). Que a Kelsen le preocupa, y aún le reconcome, el deslinde entre la fuerza y el derecho es algo que no puede ser discutido. Es más, resulta difícil encontrar un texto de Kelsen en el que no aluda a la prioridad teórica que supone el diferenciar al *gangster* del policía. Sin embargo, y esta es la parte en la que Calsamiglia atina, la respuesta al problema de la relación entre fuerza y derecho consiste en que el problema, como tal, desaparezca. Obviar preguntas molestas presuponíéndoles respuesta –los alumnos que se examinan conocen perfectamente el método– constituye un modo ejemplar de zanjar problemas.

Cuando se pretende criticar el interesado recurso retórico que consiste en argumentar con ejemplos favorables a la par que se pretieren los que contradicen el nudo del discurso, nada hay más absurdo que descalificar al orador aduciendo su «memoria selectiva». Con esto se desconoce la función primordial de la memoria que consiste no en recordar, sino en olvidar. Si todo conocimiento es recuerdo, como decía Platón, todo conocimiento es también olvido –como apostillaba un Bacon apócrifo–. Con la memoria desterramos lo inconveniente, lo inútil, lo vano. Acumulamos en la alforja de nuestra vida sólo aquello que nos es cuestión y que nos interesa; y para ello nos servimos de la memoria, que es una gran máquina de desechar armatostes que no caben en nuestro zurrón vital. No es pues, la memoria, juzgable por lo

que contiene, sino por la retahíla de bultos que ha dejado por el camino. Su labor consiste, más que en responder a preguntas pertinentes, en evitar respuestas a las impertinentes.

De la misma manera, la obra de Kelsen que, al punto, es quintaesencia del planteamiento filodóxico, no sirve para responder a la pregunta por el derecho. Cuando Kelsen se plantea el problema elemental de la definición del derecho realiza una curiosa pirueta elusiva: «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 y observado o, lo que es lo mismo, si el derecho positivo sea válido. *La teoría del derecho positivo afirma este dato como presupuesto*» (1974a: 396). La única razón para admitir la supuesta validez de la misma norma fundamental es que su validez es un postulado necesario para la contemplación funcional –metodológica– del derecho. En este punto la teoría kelseniana no deja lugar a la duda. De forma paladina plantea el problema de la teoría pura como una cuestión de interpretación orientada funcionalmente. Y decimos interpretación tanto en un sentido hermenéutico como dramático. La teoría pura pretende interpretar, teatralizar la realidad, que no es sino fuerza ejercida por el poder. El derecho, decía Kelsen, puede ser considerado como la ideología específica de cierto poder históricamente dado. Pero si esta fuera la visión de la ciencia jurídica acerca del derecho, el fin del derecho no podría consumarse. De ahí que en último término haya que recurrir a la ficción para poder fundamentar un orden de otra manera indistinguible de la fuerza: «una ficción es un recurso del que se vale el pensamiento cuando no logra alcanzar su objetivo con el material dado» (Kelsen, 1987: 86). Bobbio ha sabido ver la concepción instrumental que subyace a la «pureza de la teoría pura» (1976: 12 ss.). 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 sólo 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: «de igual modo que Kant pregunta cómo es posible una interpretación, libre de toda metafísica, de los hechos dados a nuestros sentidos en las leyes naturales formuladas por la ciencia natural, la teoría pura del derecho pregunta: ¿cómo es posible la interpretación, que no eche mano de autoridades metajurídicas, como dios o la naturaleza, del sentido subjetivo de ciertos hechos, como un sistema de normas jurídicas válidas objetivamente, describibles en enunciados jurídicos? La respuesta gnoseológica de la teoría pura del derecho es: bajo la condi-

ción de que se presuponga la norma fundante básica “uno debe comportarse como la constitución lo prescribe”» (Kelsen, 1982: 209-210). Así como el actor no se confunde con su personaje pero intenta hacerlo por completo creíble, la teoría pura del derecho procura representar de la forma más fidedigna un papel –el del derecho– que no es idéntico a la persona que lo interpreta –el poder–.

La norma fundamental no se crea mediante un procedimiento jurídico ni a través de un organismo creador del derecho. No es, al contrario que las normas positivas, válida por ser creada de cierta forma por un acto jurídico, sino que es válida porque se supone que es válida. Y se supone que es válida porque sin tal suposición, en palabras del mismo Kelsen, «ningún acto humano podría considerarse jurídico ni, mucho menos, normativo» (1969b: 136). Detengámonos en esta cuestión. La norma fundamental es válida porque se supone su validez o, todavía con más crudeza, porque se supone una voluntad ficticia que da origen a la validez. Esto equivale a decir que no se puede dar ninguna razón para justificar la validez de la norma fundamental y que, en consecuencia, no se da razón alguna para la validez de las normas que en teoría extraen su validez de la norma fundamental. La naturaleza abiertamente hipotética del enfoque de Kelsen, como ha sabido ver Soper (1993: 56), deja sin tocar no solamente la cuestión de la justificación, sino cualquier otro problema concebible concerniente a la diferencia entre derecho y fuerza que pueda resultar de interés intelectual. A lo más cerca que llega Kelsen en la tarea de indicar qué es lo que da lugar a la actitud normativa crítica en el caso del derecho, es su lacónica discusión de la diferencia que existe entre la comunidad jurídica y una banda de asaltantes. En vez de intentar explicar la diferencia en la respuesta normativa mediante una referencia a diferencias objetivas entre la banda de delincuentes y el orden jurídico, Kelsen sólo nos dice que si se presupone la validez normativa del sistema jurídico subyacente, la consistencia extenderá esa respuesta normativa para cubrir las partes lógicamente vinculadas del sistema. Y si no es así, entonces no es así, parece decirnos un resignado Kelsen: «Un comunista puede, efectivamente, no admitir que exista diferencia esencial entre una organización de bandoleros y un orden jurídico capitalista que él considera como un medio para una explotación despiadada. Porque él no presupone, –a diferencia de quienes interpretan el orden jurídico en cuestión como normativo y objetivamente válido– la norma básica. Él no niega que el orden capitalista coercitivo es derecho del Estado. Lo que niega es que este orden coercitivo, el derecho del Estado, sea objetivamente válido» (Kelsen, 1969a: 70).

Entre los judíos, la *hagadah* estaba constituida por las historias y anécdotas de la literatura rabínica que sirven de ilustración y confirmación de la doctrina ortodoxa –que es la *halacha*–. Lo verdaderamente genial en Kelsen, algo que también ocurría con Kafka, según nos cuenta W. Benjamin (1980: 206), fue que probó algo nuevo por entero en la tradición jurídica: abandonó la verdad para atenerse a



la transmisibilidad, a su elemento hagádico. El uso consciente de la ficción como base fundamental de su teoría da buena muestra de ello. Tal vez su teoría no pruebe nada. En cualquier caso está hecha de tal modo que puede en todo momento insertarse en contextos demostrativos. Por eso Kelsen resulta tan caro a los juristas prácticos y a los tratadistas de disciplinas jurídicas particulares –derecho administrativo, constitucional, civil...–. Es difícil encontrar un manual de las llamadas «partes generales» de aquellas disciplinas que no contenga innúmeras alusiones a la perspicua visión de Kelsen sobre el entramado del derecho –casi tan difícil como hallar alguna alusión a cualquier otro filósofo del derecho–. Comoquiera que el civilista, por poner un ejemplo, se ocupa de las normas –de lo que dicen, del sentido de lo que preceptúan, de sus implicaciones con otras normas– sin reflexionar sobre qué es una norma, el planteamiento de Kelsen ha de resultarles forzosamente grato. Hay una presuposición última de validez que fundamenta la primera de las normas; a partir de ahí, comienza el derecho. O, lo que es lo mismo –interpretará con razón sobrada el civilista en cuestión– no nos planteemos con demasiado rigor el porqué de la obligatoriedad pura y comencemos a hablar de derecho. Mientras se conciba al derecho en el desempeño de su papel en las prácticas a que da lugar no necesitamos realmente que la palabra *derecho* figure en su definición, de manera que no hay circularidad real al definir el objeto por sus características y, al tiempo, explicar las características como propiedades del objeto. La circularidad sólo es criticable cuando es pretendida respuesta a una pregunta científica o filosófica, no cuando es solución a una cierta patología. Ahora bien, la misma satisfacción que sienten los que profesan disciplinas prácticas al poseer un cómodo concepto que les permita planear sin mayor problema por el articulado que enseñan en las lecciones de su programa se corresponde con la profunda decepción que experimentan los teóricos y filósofos «puros» cuando se enfrentan a la teoría kelseniana. Con asombrada pupila contemplan el perfeccionismo estetizante –o virtuosismo lógico, que diría H. Heller–, con que Kelsen pulimenta los encadenamientos de validez hasta que, mediante impúdico birlibirloque, se dice: y todo lo anterior, señores, se presupone o no hay nada que hacer. La pregunta que se hace A. Peczenick –«¿cómo puede una mera presuposición constituir un fundamento para la validez legal?» (1979: 282)– refleja perfectamente la perplejidad del no jurista a la que nos referimos. Pero esto significa pedirle a Kelsen lo que no puede dar, porque la teoría pura no es una filosofía del derecho. La teoría pura de Kelsen, al igual que la memoria, sirve para eludir problemas al jurista ocupado en el derecho. Problemas que pesan más que alivian su faena. Por eso Kelsen es más filódoxo que filósofo. Olvidar, según vimos, es oficio del aprendizaje. Del mismo modo, preterir es labor constructiva de cierto pensamiento. Nada hay de malo en no ser filósofo y ser filódoxo. Los filódoxos del derecho se ocupan del derecho positivo, tanto de su aplicación como de su interpretación. Muy al contrario, los filósofos del derecho,

por causa de su indagación conceptual, están ocupados ya antes de ocuparse del derecho positivo; esto es, el filósofo es esencialmente un hombre pre-ocupado. Por eso la anatomía del filósofo –frente a la del metodólogo, que es magnífica y funcional fisiología– resulta siempre un poco enfermiza. Si esto es así, la teoría de Kelsen no es más que una lucha contra el morbo filosófico. Qué razón la de Radbruch al señalar que la ciencia sana y el hombre sano no suelen preocuparse ni saber mucho sobre sí mismos (1930: 250).

A través de la presuposición de validez, que no es otra cosa que la asunción elíptica del poder, se salvan los defectos que devienen de la definición de Austin –realmente nuclear para el positivismo– por cuanto distingue ya las órdenes de hecho –la imposición pura de la fuerza– de las órdenes de derecho –la imposición de obligaciones–. Claro que este logro se consigue a muy alto precio: el de no decir realmente nada. Si la validez de la norma designa la existencia específica de ésta y a su vez la fundamentación de validez de una norma se remite a otra superior que constituye el sentido objetivo –la obligatoriedad– de la primera, el problema no se soluciona, simplemente se demora. Esta es precisamente la función de la presuposición de validez: demorar una respuesta por la sencilla razón de que no sólo no se precisa sino que su posible aclaración pudiera dar al traste con el objetivo propuesto, cual es la formación de un concepto operativo para la práctica.

Los griegos creían que en la base del mundo se hallaba un lugar infernal, llamado Tártaro. Comoquiera que, aunque mefistofélico e inhumano, el Tártaro se encontraba en la tierra, había que encontrarle un lugar de apoyo, un sustento físico en el cual pudiera asentarse. De esta forma el pensamiento mítico creó a un monstruoso animal con un gigantesco caparazón sobre el que el mundo entero, y directamente el Tártaro, reposaban su mole. Ese animal, que el lector avisado en étimos ya habrá localizado, pues la tortuga debe su nombre a la semejanza fisionómica con el imaginado engendro que sostenía al Tártaro, era la respuesta a la inquietud propia del que ignora si su mundo es o no estable. Claro está, los griegos ya no se preguntaban quién demonios –nunca mejor dicho, habida cuenta que del Averno tratamos– sostenía a la mítica tortuga. 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. En resumidas cuentas, no hay un sentido estrictamente filosófico de la normatividad, sino una manera específicamente jurídica en que la normatividad puede ser considerada. La pregunta de la teoría pura, según nos cuenta Kunz, no es *¿qué es el derecho?*, sino *¿cómo es posible el conocimiento del derecho?* (1974: 46).

La fijación del concepto de validez de una norma precisa en la teoría pura del recurso a otra norma, con lo cual nada se dice acerca de lo que en realidad confiere validez, pues, en el juicio de validez sobre el predicado, éste no es más que una parte del sujeto. A esto, ni más ni menos, llamaba Kant juicios analíticos, por oposición a los juicios sintéticos. En los juicios analíticos el predicado es un desdoblamiento del sujeto, dice cosas que ya están contenidas en él; por el contrario, en los juicios sintéticos el sujeto y el predicado no se solapan y están conectados por la percepción sensorial del sujeto que los enuncia. Como consecuencia de todo esto cabe deducir que los juicios analíticos son siempre verdaderos y tienen en su misma estructura la garantía de su veracidad –por tanto dan lugar a un conocimiento universal y necesario–, mientras que los juicios sintéticos no son en sí verdaderos, pues necesitan un fundamento en la sensación, en la percepción sensible –son por ello expresión de un conocimiento particular y contingente–.

Desde la perspectiva filodóxica, los juicios de validez que fundamentan las normas son juicios analíticos por cuanto en su predicado va incluido ya el sujeto del que algo se predica. Lleva razón L. Legaz y Lacambra cuando afirma que la «validez pertenece a la esencia del derecho; la expresión “derecho válido” es un juicio analítico y a priori» (1953: 246). Los juicios analíticos sobre la validez son necesariamente ciertos, y de ahí la seguridad con que la teoría kelseniana parece hacernos avanzar, y, sin embargo, como cualesquiera de los juicios analíticos, no añaden ni un ápice al conocimiento. Nada nuevo introduce aquello que repite lo requerido en el sujeto: tan sólo es un desenvolvimiento de lo que en el sujeto ya había.

Nos encontramos entonces con un problema crucial en la teoría kantiana del conocimiento, y esto implica que también lo es para la teoría pura de Kelsen, pues posiblemente sea en esta sede donde Kelsen –que en general construyó toda su obra sobre tierra neokantiana (R. Azpurúa, 1974: 48), a pesar de las gollerías con que se entretienen A. Wilson (1986: 37 y ss.) y H. Steiner (1986: 65)– muestre su mayor deuda con el de Königsberg. Y es que la Ciencia precisa siempre de juicios sintéticos y a la vez aspira a alcanzar verdades universales y necesarias. Percepción y apriorismo son los puntos, en principio completamente opuestos, que la teoría del conocimiento habrá de relacionar. Como es sabido, la respuesta de Kant a esta cuestión, –cómo conocer de forma universal lo que necesariamente depende de la percepción particular– estriba en el establecimiento de las *categorias*, conceptos puros del entendimiento, condiciones lógicas de la obje-

tividad que permiten conocer a priori y universalmente. Del mismo modo, Kelsen intenta cimentar los principios de la ciencia jurídica sobre categorías que aseguren la objetividad, certeza y universalidad del conocimiento jurídico. Todo conocimiento tiene que tomar de base la percepción. Para ser puro –a priori– debe, además, camuflarla. La norma fundamental es –intenta ser– la condición de posibilidad para conocer, la intuición pura, la percepción a priori. Pero no olvidemos que este instrumental kantiano está pensado para la razón pura, para el conocimiento que proporciona el intelecto, y no para la razón práctica, para la acción guiada por la voluntad. Es aquí, en este cruce de realidades, donde se produce la ilusión de la teoría pura. El método kelseniano parte necesariamente de la experiencia real, no de la experiencia posible, como era el caso del método trascendental kantiano. Ya en la *Teoría general del derecho y del Estado* afirma expresamente Kelsen que su estudio suministra los conceptos fundamentales con los cuales el derecho positivo de cualquier comunidad científica puede ser descrito y que, para ello, se parte del análisis comparado de los diferentes órdenes jurídicos positivos. Al ser la realidad observada una suma de fenómenos en los que interviene la razón práctica del hombre es imposible prescindir de la experiencia real y, por tanto, la norma fundamental destinada a ocupar el lugar de la intuición pura no puede sino servir de apoyo tautológico y circular de lo obtenido en la percepción particular. El recurso a la presuposición es, entonces, la obligada salida que tiene el intento de conocer universalmente lo que es realidad contingente.

El afán puramente filodóxico que domina la teoría kelseniana se descarna completamente en su concepción postrera de la norma fundamental como ficción. El pestilente aliento de la ficción que denunciara Bentham tanto en la actuación de la magistratura inglesa como en la obra de Blackstone, por cuanto representaba una pérdida de claridad y un empañamiento de los criterios de verdad, pierde su hedor en la consideración pragmática y resignada de Kelsen. Las ficciones son creaciones arbitrarias que contribuyen a la construcción de un espacio imaginario indispensable para la supervivencia de una construcción que se sabe necesaria y es, a la vez, endeble. Con la ficción jurídica de la norma fundamental, Kelsen postula la *realidad* de algo que sabe que no existe pero que ayuda a crear el sentido propio del mundo jurídico y a desplazarse por él. De hecho, el ser ilusión consciente es lo que diferencia a la ficción de la hipótesis con que caracterizaba a la norma fundamental en un primer momento: «una ficción se diferencia de una hipótesis por el hecho de que la acompaña, o debería acompañarla, la conciencia de que no responde a la realidad» (Kelsen, 1987: 86). La filosofía del derecho tiene una función esencialmente disolvente que no hace sino entorpecer la marcha del engranaje jurídico. La creencia en la obligatoriedad del derecho, pasada por el cedazo de la filosofía, se convierte en la traumática constatación de la irracionalidad que encubre el fenómeno de la obediencia. La ficción, sin embargo, arro-

lla al verdadero conocimiento sirviéndose del bálsamo de la imaginación arbitraria. En este sentido, la ficción jurídica que es base de toda filodoxía se asienta en la parte emotiva e irracional que todavía hoy sirve de fundamento a buena parte de la conducta humana. Irracional, conste, no quiere decir absurdo, ni desprovisto de sentido, sino que dice referencia de falta de proporción y sentido entre los datos que se ofrecen al conocimiento y la interpretación que se da a los mismos. Es más, la irracionalidad a la que nos referimos es una falta de adecuación consciente, una intelección que pretiere la verdad subordinándola a la funcionalidad. La irracionalidad –asentada en el cerebro reptiliano más que en el neocórtex, por utilizar la imagen neurológica– es creada no tanto al margen, sino a costa, del puro conocimiento. S. Maine, funcionario inglés en la India, vio crear la administración de canales de irrigación y poner el agua a disposición de las comunidades del pueblo para que estas las repartiesen. Una vez terminado el delicado trabajo de la división, y estando el régimen apenas todavía en vigor, los habitantes del pueblo –nos cuenta Maine– olvidaban voluntariamente que la representación emanaba de una autoridad humana; fingían creer y se persuadían de que los lotes de agua habían sido asignados por una costumbre muy antigua, más allá de la cual se encontraba un *diktat* primitivo. Esa irracionalidad básica que consiste en negar lo real para afirmar la visión estable, sólida, de la interpretación tradicional es perceptible también en la filodoxía de Kelsen. Si el orden que el derecho instituye tuviese como origen fundante la consistencia real del derecho –una fuerza que se impone amparándose en la sólita obediencia– la función asignada al ordenamiento jurídico se vería radicalmente truncada. Quien añade conocimiento, añade dolor. Tal vez esta máxima del Eclesiastés influyera en Kelsen, judío acostumbrado a los sinsabores del antiguo testamento.

En este sentido, la *Grundnorm* es algo más que un «*topos* lógico que configura el espacio de recurrente referencia de todas las normas», según nos sugiere E. E. Marí (1987 a: 51). La lógica del poder jurídico, como ha sabido ver P. Legendre (1983: 45), es la lógica de una transmisión de mensajes inscritos en las referencias de los montajes mistificadores de la ley, es decir, de los mensajes implicados en el funcionamiento de una ficción fundadora. La potencia de la ficción jurídica kelseniana, que le lleva a poder revocar el pasado, es equivalente al de las explicaciones milagrosas. Las lágrimas de sangre de San Genaro se resisten a la contemplación de una condensación acuosa a través de tintura de minio. La norma fundamental facilita, de igual forma, el acomodo de la acción humana y de sus consecuencias a una práctica de apariencia tradicional y estable. Por eso creemos que no acierta Bobbio al afirmar que la norma fundamental es un instrumento ingenioso aunque de manifiesta inutilidad (1983: 197), máxime cuando es el propio Bobbio quien reconoce que es la eficacia de un poder el verdadero cierre del sistema jurídico, y no una norma última que sirva de fundamento de validez. Si esto es así –y a nosotros

no nos cabe la menor duda—, si lo que permite identificar un ordenamiento es simplemente la localización del poder, entonces no podemos desechar la utilidad de una norma fundamental que contribuye a presentar el poder con la apariencia de una técnica social. El poder, dice atinadamente P. Legendre, tiene buenos modales y se declara con ceremonias. La norma fundamental forma parte de esos dispositivos de exhibición que precisa la liturgia jurídica por cuanto transforma las crudas prácticas materiales de implicación con el poder en procedimientos edulcorados de subsunción lógica.

En realidad, el valor de la teoría filodóxica de Kelsen no estriba en poder diferenciar el derecho de otras realidades normativas. Lo que Kelsen hace, y no es poco, es proporcionar medios explicativos al creyente. Kelsen da pautas de creencia; soluciona el problema de la fe para que el creyente pueda vacar a otros asuntos más productivos que el de la pura especulación. Cuando plantea la necesidad de acudir a la ficción que proporciona la norma básica nos dice Kelsen: «Es esta la única conclusión posible *si queremos* colocarnos en situación de interpretar las relaciones sociales en cuestión *como relaciones jurídicas*, esto es, constituidas por situaciones de derecho, obligación o responsabilidad jurídica, *antes que como relaciones de mera fuerza*. Es ésta la única conclusión posible si queremos poder distinguir entre lo que es legal y lo que es ilegal y en particular entre el uso ilegítimo y el uso legítimo de la fuerza» (1974a: 403). ¿Acaso no es esto decir que si quieres ser católico es preciso tener fe en lo que no se ve? —lo que no implica, para empezar, que se esté aconsejando ser católico, y, en segundo término, que sea una condición válida para ese católico en cuanto actúe como ingeniero de caminos—.

Parece entonces que la filosofía del derecho que subyace a la filodoxía de Kelsen conduce a la consideración del derecho como dogma, como postulado pragmático, como creencia. Cuánto más adecuado y presciente se muestra en este aspecto H. Kantorowicz. En opinión de este autor, ningún deber sería reconocido «si no existiesen deberes superiores que justifiquen los deberes inferiores, y que satisfacen la pregunta perentoria “¿por qué debemos conducirnos de este modo?” confiriendo, por ello, validez a la norma. Esto presupone una *norma básica y absoluta* de la que depende la validez de las demás normas y que, por ello, no puede ser puesta en cuestión, lo que motivaría el desmoronamiento de las demás normas» (1964: 61). Hasta aquí la coincidencia con la argumentación de Kelsen es absoluta. Sin embargo, Kantorowicz apunta una solución mucho más clara, mucho menos «ficticia», en suma, mucho menos ideológica: la norma base que fundamenta la obligatoriedad del sistema «debe ser necesariamente aceptada, con carácter dogmático, por un acto de fe. De ahí que los mandatos de la autoridad inferior deban admitirse en cuanto dependen, en última instancia, del mandato de una cierta autoridad suprema a la cual estamos absolutamente obligados a obedecer [...] Es

precisamente aquí donde comienzan a vislumbrarse las insoslayables implicaciones religiosas de todo sistema social» (1964: 62).

Ciertamente, también Kelsen deja entrever una implicación similar cuando compara al comienzo de su teoría pura la ciencia del derecho y la teología –dando a entender que la primera se cimenta en los mismos presupuestos irracionales y fideístas que la segunda, con lo que el apunte del supuesto «racionalismo al que siempre apela Kelsen» del que habla Cerroni (1978: 107) carece de fundamento—. No obstante, a pesar de que Kelsen explicita en diversas ocasiones que la norma fundamental sólo tiene sentido como presupuesto compartido, como esquema social de interpretación, a la par que «es expresión simbólica o figurada de una fe socialmente compartida en la juridicidad [...] del orden que se tilda de jurídico» (J. A. García Amado, 1996: 54), el carácter abiertamente fideísta e irracional que subyace en el acto de aceptar la norma básica está en la teoría pura enmascarado por su espuria asimilación con los presupuestos criticistas de la epistemología kantiana. Lo que se considera *categorico, trascendental, condición de posibilidad del conocimiento, presupuesto científico del conocimiento jurídico...*, no se condice con el trasfondo ideológico que la norma fundamental atesora. Acierta J. A. Ramos al denunciar la triquiñuela que se esconde tras el carácter normativo que Kelsen atribuye a una *Grundnorm* fundamentada en la presuposición o en la ficción: «la duda que se nos plantea es la de si era necesario configurar esa presuposición como norma. Podría alegarse que sólo así es posible apoyar la validez de la última norma jurídico-positiva en otra superior y no en una simple presuposición [...] El argumento no es del todo satisfactorio porque siempre será posible preguntarse por qué no se cuestiona el fundamento de validez de la propia norma básica, y la respuesta habrá de apelar de nuevo al hecho de la presuposición [...] Por causa de la norma fundamental se oculta el hecho de que la validez de las normas jurídicas simplemente se presupone, sustituido por la ilusión de que se fundamenta sobre una norma supuesta» (1989: 52). El reconocimiento de que tras el ordenamiento jurídico no existe más que una presuposición o un dogma de fe, como decía H. Kantorowicz, queda disfrazado con el carácter normativo, bien que presupuesto, con el que Kelsen dota a la norma fundamental.

Por esa razón la función de conocimiento que incorpora la ficción kelseniana, es al mismo tiempo, una función ideológica. La ficción, al constituir una recreación fundadora, añade al puro papel cognoscitivo un principio de justificación, una legitimación del orden. La ausente realidad histórica que instaura el poder se encarna en las sucesivas realizaciones del poder ficticiamente fundado. De este modo la ficción engendra las condiciones de su propia realidad, que no es otra que la adecuación de las relaciones de fuerza eficaces que dominan en la sociedad al discurso racional de la normatividad. Por decirlo con E. E. Marí, «el principio del *como si* instaura el contenido de la convención misma que hace operantes y válidas las leyes y disposiciones del poder» (1987b: 73). Acierta J. R. Capella al afirmar que «Kelsen

ha terminado presentándonos *no sólo* un sistema cerrado de proposiciones *sobre derecho*, una teoría formalmente cerrada, sino que ha convertido finalmente el *objeto* de esa teoría en un *sistema coherente de normas* de carácter sistemático que choca frontalmente con la intuición que nos hacemos del existir del derecho positivo. O, dicho de otro modo, no es sólo la ciencia la que conquista autonomía en Kelsen, sino también el derecho mismo, y ello a pesar de las reiteradas afirmaciones de Kelsen, apoyadas en su idea de norma fundamental hipotética, de no ignorar la dependencia del derecho de otros fenómenos sociales» (1976: 186).

No existe salida al hecho de que en una disciplina que concierne al derecho, la realidad repudiada –sean hechos, sean valores– penetre en los dominios de la filosofía del derecho subrepticamente. Y esto es lo que acontece cuando, a pesar de la obsesiva reiteración acerca de la pureza normativa de su método, Kelsen admite el obligatorio recurso a un mínimo de eficacia en el funcionamiento de su sistema, incluye ilícitamente hechos en la *Grundnorm* (J. Hall, 1959: 58) y concibe a la norma fundamental como hipótesis sobre un material normativo ya dado.

La alternativa filodóxica que propone Kelsen sustenta un concepto de validez puramente procedimental que sólo tiene sentido tras asumir pragmáticamente una reglamentación concreta y efectiva, teniéndola entonces por derecho. El filódoxo busca el concepto de validez en las entrañas del ordenamiento jurídico positivo y, cuando lo halla y pretende mostrarlo a la luz de la ciencia, se encuentra como el hurón trasconejado en la madriguera. El tamaño y la forma de su presa le impiden salir a la superficie. Mientras nos mantengamos en la creencia –como tal irracional– de que algo es derecho, mientras no intentemos responder a la pregunta que inquiere la naturaleza de lo jurídico, el concepto filodóxico de validez despliega toda su fuerza. El concepto de validez que proporciona la filodoxía kelseniana –la filodoxía en general– sólo vale para aquellos que, inconscientemente, ya manejan un concepto de derecho. Si, por el contrario, pretendemos utilizar el concepto así obtenido para fundamentar una teoría filosófica del derecho, nos encontraremos en la mano el mismo mechón de pelo con el que se quedó el barón de Munchausen cuando intentó sacarse del lodo asiéndose por los cabellos.

La teoría de Kelsen muestra que la validez jurídica –la validez propia de la teoría positivista– no puede mantenerse sin acudir a otras fuentes de validez. Sin embargo, no es este un rasgo exclusivo de la obra kelseniana. Toda teoría positivista se ve aquejada de este mal. Si se profesa una concepción puramente jurídica de la validez se precisa indefectiblemente acudir a un expediente ajeno al sistema jurídico para fundamentar esa validez. De ahí que la unidad del ordenamiento que el positivismo predica tenga siempre que recurrir a argumentos reflexivos. En el caso de Kelsen la norma fundamental sirve para identificar un ordenamiento jurídico que es previo a la norma funda-



mental –pues precisa ser eficaz– y a la vez es posterior, ya que antes de ser validado por la norma fundamental sólo es sentido subjetivo de un acto de voluntad. El círculo vicioso en el que incurre Kelsen, dirá Frosini (1981: 30), es evidente: la unidad del ordenamiento se funda sobre la norma fundamental, y la norma fundamental necesita de la previa unidad del ordenamiento. En el caso de Hart la reflexividad es, si cabe, aún más flagrante. Hart considera jurídica a la regla de reconocimiento porque sirve para identificar normas jurídicas y, al mismo tiempo, extrae la juridicidad de las normas del sistema acudiendo a su adecuación con los criterios establecidos por la regla de reconocimiento. Algo es jurídico porque contiene algún criterio de los establecidos por la regla de reconocimiento (que a su vez es jurídica por el hecho de reconocer normas jurídicas...). También la teoría de A. Ross –por agotar las variantes más emblemáticas del positivismo en el siglo xx– desemboca en un círculo vicioso. Ross identifica el derecho a partir de hechos que sean susceptibles de ser observados empíricamente; a la sazón, la práctica judicial. Como quiera que, a su vez, esos hechos sólo pueden ser identificados como hechos jurídicamente relevantes por referencia a normas, la definición inicial del derecho se torna inútil. En palabras de F. P. Videtta, «si el concepto de *juez* es instrumental respecto a la definición de *Derecho*, y si es el Derecho el que define al juez, ¿cómo podremos obtener definición de derecho alguna?» (1968: 221). En el mismo sentido señalan Atienza y Manero que «situar como base de un sistema jurídico una regla de reconocimiento aceptada por la judicatura parece conducirnos a un círculo vicioso: para determinar cuál es la regla de reconocimiento hemos de identificar la judicatura, y no podemos realizar esta identificación sin atender a las reglas que confieren poder jurisdiccional cuya validez jurídica depende, a su vez, en última instancia, de la regla de reconocimiento» (1996: 153). La teoría positivista, y esto es válido para los tres autores mencionados, más que identificar las normas jurídicas existentes a partir de ciertos hechos, parte de una concepción a priori de cuáles son las normas jurídicas válidas. Es esta razón la que explica que, en mayor o menor grado, la validez jurídica del positivismo acuda al expediente de la ficción: la fundamentación de la validez jurídica bien se finge de manera kelseniana –claramente, al igual que el supuesto placer de las prostitutas–, bien a la manera de Hart o Ross –subrepticamente, como el infundado placer de la esposa misericorde e insatisfecha–. 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. Esa relación exógena, al precisar lo ajeno, convierte a las teorías positivistas en *enajenadas*; al extrañar su propio fundamento, las transforma en teorías *extrañas*.

La autonomía de la validez jurídica sólo se mantiene desde la perspectiva metodológica o filodóxica. Aquí sí encuentra terreno abonado para desarrollar su labor esencialmente práctica. Mientras no se inda-

gue acerca de la naturaleza del derecho y se parta de un estado real de cosas valiéndose ya sea de una presuposición de una o ficción, en el caso de Kelsen, ya sea de una actitud de compromiso, en el caso de Hart, la *validez* jurídica es un concepto que despliega, paradójicamente, una indudable *eficacia*. A esto se refería Kelsen cuando hablaba de la necesidad de presuponer una norma fundamental sólo en el caso de que pretendiésemos establecer un análisis jurídico –valdría decir metodológico– del derecho. De no ser así la norma fundamental carecería de sentido. También Hart parece darnos la razón al diferenciar dos perspectivas de análisis, la interna y la externa, y postular la primera –aquella que implica aceptar el derecho, tenerlo por norma adecuada de convivencia– como la única capaz de darnos una visión operativa del sistema jurídico. Esta es la coincidencia de fondo que existe en las teorías de Kelsen y de Hart: ambos son metodólogos, filodoxos. Y es que, en efecto, si consideramos el derecho como reglamentación que opera de facto –este es el presupuesto gnoseológico de la filodoxía– el planteamiento filosófico se torna impertinente. La filodoxía, cuyo único objetivo es la búsqueda de soluciones ante problemas concretos, no puede detenerse en la indagación de las primeras causas. Consideremos al derecho a la manera de las reglas de un gran juego. Si realmente pretendemos aprender a jugar –y, mayormente, a ganar– las reglas que rigen el juego habrán de tomarse como el patrón último de adecuación de la conducta. El porqué de esas reglas no viene al caso. De ahí la ficción que propugna Kelsen. La comprensión de esas reglas obliga al participante como primer paso a internalizar el concepto de regla y distinguirlo de lo que es mera práctica –en el juego del ajedrez las torres se mueven *reglamentariamente* en horizontal y se colocan *habitualmente* en columnas abiertas, matiz que no puede distinguir el que se enfrente al ajedrez sin haber aprendido sus normas–. De ahí el punto de vista interno que postula Hart. La prioridad que Hart concede en su obra al punto de vista interno no es tanto una verdadera opción epistemológica como un pie forzado al que se ve obligado a acudir –por eso no tiene mayor inconveniente en admitir ciertas rectificaciones como la del punto de vista hermenéutico–. La verdadera opción de Hart es la que realiza cuando elige tratar el derecho desde un punto de vista metodológico. La diferenciación entre la fuerza de hecho y la fuerza jurídica, que es el origen de toda filosofía del derecho, no es la meta de la teoría de Hart: es su punto de partida. El axioma de que debe existir tal diferencia es el que guía todas sus derivaciones teóricas. Lo que importa es proporcionar soluciones que permitan servirnos del concepto de derecho –utilizar las reglas del juego–. Y, para trabajar con normas, ya sean jurídicas, ya sean lúdicas, esto nos parece indudable, es necesaria la perspectiva *emic*, de la misma manera que para sobrevivir en una cultura indígena las descripciones *emic* de las reglas son imprescindibles.

El hermanamiento filodóxico entre Hart y Kelsen es total. De hecho, la distinción de Hart entre el punto de vista externo y el punto

de vista interno tiene un equivalente perfecto en la distinción kelseniana entre el sentido subjetivo y el sentido objetivo de una norma: «En un acto como un acontecimiento fáctico externo, no cabe, sin más, captar visual o auditivamente su significación jurídica a la manera, por ejemplo, como se perciben las propiedades naturales de un objeto, como el color, la dureza, el peso» (Kelsen, 1982: 16). Reinterpretando esto en términos hartianos diríamos: el derecho no es comprensible desde el punto de vista externo, perspectiva que únicamente capta las apariencias, las regularidades del comportamiento. En suma, el derecho no puede ser aprehensible desde una perspectiva *etic*.

Muy al contrario, cuando a ese acontecimiento fáctico le imprimimos la significación objetiva que reside en la habilitación de una norma superior, el hecho natural transforma su semblante y se transforma en acto normativo. Sigamos con nuestra labor reinterpretativa: sólo adoptando el punto de vista interno, el de la persona que acepta el derecho como pauta obligatoria de conducta –lo que equivale a decir: el de quien acude a otra norma para justificar la inferior– es inteligible el derecho. Parece que el derecho, para ambos autores, se reduce a la perspectiva *emic*. Sólo el participante del rito puede entender la ceremonia.

La terminología y el sesgo de sus planteamientos difieren únicamente porque, como ha subrayado S. L. Paulson (1993: 241), diferentes son los pilares filosóficos sobre los que ambos asientan sus teorías. Sin embargo, el origen de sus categorías es el mismo. Es la coexistencia de un idéntico problema lo que explica esta coincidencia. Tanto Kelsen como Hart son, en lo esencial, positivistas. Por ello tienen que dar cuenta de la aporía de la que parte la concepción positivista del derecho: diferenciar la fuerza del derecho. El punto de vista externo e interno, con la asunción de que sólo este último representa la visión propia del derecho, y la distinción entre sentido subjetivo y sentido objetivo, estipulando igualmente que sólo el sentido objetivo es capaz de explicar cabalmente la existencia de la norma, intentan solucionar la incierta encrucijada ontológica ante la que se halla el positivismo.

La validez jurídica que propone la filodoxía sirve pues para explicar las aplicaciones e interpretaciones que surgen una vez que las reglas ya han sido establecidas y su existencia es, al menos, captada intuitivamente. Por el contrario, si lo que se pretende es explicar el fundamento de las reglas mismas que rigen el juego –lo que equivale a responder al problema propiamente dicho de la filosofía del derecho–, las teorías de Kelsen y Hart son por completo romas. Sólo la validez sociológica y la validez material pueden solventar este problema. Acierta Alexy (1994: 88) al subrayar que los conceptos sociológico y ético de validez son conceptos puros de validez, en el sentido de que no precisan contener necesariamente elementos de los otros conceptos de validez. Cosa muy otra ocurre en el caso de la validez jurídica que, necesariamente, ha de acudir a algún tipo de legitimación exógena del derecho positivo basada en criterios fácticos o valorativos

(U. Scarpelli, 1965: 77). Sin apoyo en la validez sociológica o en la validez material (ética), la validez jurídica se presenta como un concepto tautológico. Los planteamientos positivistas de Kelsen y Hart conducen, como hemos visto, a soluciones circulares. Para fundamentar el derecho recurren tautológicamente a la invocación del concepto de derecho. La petición de principio no puede ser evitada. Tal vez tenga razón Weber cuando, lejos de rehuir el reconocimiento de la circularidad que aqueja al positivismo, defiende que el círculo vicioso al que da lugar es un rasgo deliberado del sistema que permite preservar la legitimidad sin recurrir a los juicios de valor. En el mismo sentido, las teorías sistémicas consideran el sistema jurídico como unidad autocontenida y mantienen que el objetivo de la teoría jurídica no se frustra por el hecho de que sus proposiciones puedan resolverse en última instancia en forma de identidades o tautologías. Visto desde dentro, dice R. Guibourg, cualquier sistema es circular (1993: 431). Tal vez tenga razón Gödel al postular que no hay sistema organizado sin cierre y, al tiempo, que ningún sistema puede cerrarse sólo con la ayuda de los elementos interiores del sistema. El cierre de un campo no puede proceder contradictoriamente, sino por abertura a un elemento exterior al campo. Ningún conjunto de relaciones es relativo a sí mismo. Por ello, nada hay de erróneo en reconocer la necesaria circularidad de ciertos planteamientos siempre y cuando tengamos claro que con ello estamos definiendo la estrategia de una disciplina filodóxica y, como tal, antifilosófica. Sólo entonces la *Grundschildkröte*, el mito de la norma fundacional, adquiere cierta racionalidad –lo que no implica que sea una racionalidad cierta.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, R. (1994): *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona.
- ATIENZA, M., y MANERO, J. R. (1996): *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona.
- AZPURÚA, R. (1974): «Kelsen y su posición frente al Positivismo y la dirección neokantiana», en Hans Kelsen (1881-1973), *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 6, Universidad de Chile, Valparaíso.
- BASTIDA, X. (1999): «Los asuntos de la Filosofía del Derecho», en *Doxa*, núm. 22.
- BENJAMIN, W. (1980): «Imaginación y Sociedad», *Iluminaciones*, Taurus, Madrid.
- BOBBIO, N. (1976): «Hacia una teoría funcional del derecho», en *Derecho, Filosofía y Lenguaje*, Homenaje a Ambrosio L. Gioja, Editorial Astrea, Buenos Aires.
- (1980): *Contribución a la filosofía del derecho*, Fernando Torres, Valencia.
- (1983): «Kelsen e il problema del potere», en C. Roehressen (ed.), *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del novecento*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Florencia.
- BUENO, G. (1995): *¿Qué es la filosofía?*, Pentalfa, Oviedo.

- BULYGIN, E. (1988): «¿Hay vinculación necesaria entre derecho y moral?», en *Derecho y Moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, R. Vázquez (Ed.), Gedisa, Barcelona.
- CALSAMIGLIA, A. (1977): *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*, Editorial Ariel, Barcelona.
- CAPELLA, J. R. (1976): «Homenaje a Hans Kelsen», en J. R. Capella, *Materiales para la crítica de la filosofía del Estado*, 1976, Fontanella, Barcelona.
- CERRONI, U. (1978): *Introducción a la ciencia de la Sociedad*, Grijalbo, Barcelona.
- FRIEDLÄNDER, P. (1989): *Platón. Verdad del ser y realidad de vida*, Tecnos, Madrid.
- FRIEDMAN, L. M. (1994): «Is there a Modern Legal Culture?», en *Ratio Iuris*, vol. 7, núm. 2.
- FROSINI, V. (1981): *Il diritto nella società tecnologica*, Giuffrè, Milan.
- GARCÍA AMADO, J. A. (1996): *Hans Kelsen y la norma fundamental*, Marcial Pons, Madrid.
- GIANFORMAGGIO, L. (1994): *Estudios sobre Kelsen*, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, México.
- GUIBOURG, R. A. (1993): «Hart, Bulygin y Ruiz Manero. Tres enfoques para un modelo», *Doxa*, núm. 14.
- HALL, J. (1959): *Razón y realidad en el Derecho*, Roque Depalma Editor, Buenos Aires.
- HUGHES, G. (1974): «Validez y norma básica», en Hans Kelsen (1881-1973), *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 6, Universidad de Chile, Valparaíso.
- KANTOROWICZ, H. (1964): «La definición del derecho», *Revista de Occidente*, Madrid.
- KELSEN, H. (1946): *La Teoría Pura del Derecho. Introducción a la problemática científica del Derecho* (1.ª ed. de 1934), Losada, Buenos Aires.
- (1969a): «El profesor Stone y la Teoría Pura del Derecho», en H. Kelsen, *Contribuciones a la teoría pura del derecho*.
- (1969b): *Teoría general del derecho y del Estado*, UNAM, México.
- (1974a): «El fundamento de la validez del derecho», en Hans Kelsen (1881-1973), *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 6, Universidad de Chile, Valparaíso.
- (1974b): «La Autodeterminación del derecho», en Hans Kelsen (1881-1973), *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 6, Universidad de Chile, Valparaíso.
- (1974c): «Acerca de la Norma Fundamental», en Hans Kelsen (1881-1973), *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 6, Universidad de Chile, Valparaíso.
- (1982): *Teoría pura del derecho* (2.ª ed. de 1960), UNAM, México.
- (1987): «La función de la Constitución», en *Derecho y Psicoanálisis. Teoría de las ficciones y función dogmática*, Hachette, Buenos Aires.
- KUNZ, J. L. (1974): *La teoría pura del derecho*, Editora Nacional, México.
- LEGAZ y LACAMBRA, L. (1961): *Filosofía del Derecho*, Bosch, Barcelona.
- LEGENDRE, P. (1983): *L'empire de la vérité*, Fayard, París.
- LYNCH, E. (1988): «El conocimiento falso», en *Los cuadernos del norte*, núm. 48.
- MARÍ, E. E. (1987a): «La teoría de las ficciones en Jeremy Bentham», en *Derecho y Psicoanálisis. Teoría de las ficciones y función dogmática*, Hachette, Buenos Aires.

- (1987b): «Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden», en *Derecho y Psicoanálisis. Teoría de las ficciones y función dogmática*, Hachette, Buenos Aires.
- ORTEGA Y GASSET, J.: *Obras Completas* (tomo VII), Ediciones de la Revista de Occidente, Madrid.
- PAULSON, S. L. (1993): «*Continental Normativism and its British Counterpart: How Different Are They?*», en «*Ratio Juris*», vol. 6, núm. 3.
- PECZENICK, A. (1979): «*On the Nature and Function of the Grundnorm*», en «*Rechtstheorie*», Beiheft 2.
- PLATÓN (1993): *La República*, Espasa Calpe, Madrid.
- RADBRUCH, G. (1930): «Introducción a la Ciencia del Derecho», *Revista de Derecho Privado*, Madrid.
- RAMOS PASCUA, J. A. (1989): *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H. L. A. Hart. Un intento de configurar el derecho como sistema normativo autónomo*, Tecnos, Madrid.
- RAZ, J. (1985): *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, UNAM, México.
- SCARPELLI, U. (1965): *Cos è il positivismo giuridico*, Communità, Milano.
- SOPER, Ph. (1993): *Una Teoría del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- STEINER, H. (1986): «Kant's Kelsenianism», en *Essays on Kelsen*, R. Tur and W. Twining (eds.), Clarendon Press, Oxford.
- VIDETTA, F. P. (1968): «Il concetto di "norma valida" secondo Alf Ross in On law and Justice», en *RIFD*, vol. 45.
- WILSON, A. (1986): «Is Kelsen Really a Kantian?», en *Essays on Kelsen*. R. Tur and W. Twining (eds.), Clarendon Press, Oxford.