

B. CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen. Una introduzione critica*, il Mulino, Bologna 1999, 400 pp.

1. El volumen que aquí se presenta constituye, declaradamente, un trabajo de corte introductivo, y al mismo tiempo crítico-reconstruktivo de la teoría del derecho de Hans Kelsen. Esto, sin embargo, no se reduce a un ejercicio de exégesis o de filología kelseniana. Propósito del autor, de hecho, es utilizar la teoría del derecho de Kelsen como un punto de vista desde el cual introducir algunas de las principales problemáticas de la teoría del derecho contemporánea, como, por ejemplo, el concepto de norma jurídica, de ordenamiento jurídico, de derecho subjetivo, la lógica deóntica, la dicotomía derecho natural-derecho positivo, etc. Por eso, la teoría de Kelsen es examinada adoptando una aproximación¹: el autor lleva a la luz el entramado conceptual de la teoría, su articulación argumentativa, dejando al margen ya sea los problemas de reconstrucción histórica del desarrollo de la teoría kelseniana, ya sea los problemas sobre los cuales no dejan de discutir los filólogos kelsenianos². Además, están conscientemente excluidos del tratamiento los contributos de Kelsen no directamente relacionados con la teoría del derecho, como aquellos en materia de teoría política, de derecho público, de derecho internacional, y de ciencias sociales. Finalmente, último límite del campo de investigación elegido por Celano, la exposición de la teoría del derecho de Kelsen está conducida sobre la base de las obras pertenecientes a la “fase clásica” de la producción del gran pensador de Praga, es decir, la que convencionalmente se hace comen-

1. B. CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen*, cit., pág. 9.

2. Véanse, por ejemplo, en las págs. 242-243, si ya en la *General Theory of Law and State* (Harvard U.P., Cambridge, Mass., 1945) se habla de la norma jurídica como contenido de sentido de un acto de voluntad, definición que emerge explícitamente después, a partir de la segunda edición de la *Reine Rechtslehre* (Deuticke, Wien 1960); o el problema espinoso, del que se trata en las págs. 358-359, de la relación entre validez y eficacia de las normas jurídicas, problema destinado a complicarse también en la segunda edición de la *Reine Rechtslehre*.

zar en 1934 (primera edición de la *Reine Rechtslehre*), y llegar al 1960 (segunda edición de la misma obra), pasando por el 1945 (año de publicación de la *General Theory of Law and State*); el autor sugiere de hecho, pero sin entrar en la diatriba de la periodificación de la producción kelseniana, que en este periodo de tiempo la teoría del derecho de Kelsen haya asumido entornos suficientemente estables y precisos, dando forma completa a la que el mismo Kelsen ha llamado “teoría (o doctrina) pura del derecho”.

El resultado del trabajo de Celano es admirable, ya sea por el esfuerzo de síntesis al que se reconduce el complejo y sofisticado planteamiento conceptual de la doctrina pura (y al cual quizá estábamos habituados a acceder la mayor parte de las veces a través del filtro de nociones establecidas y estereotipadas), ya sea por los perfiles de originalidad con los que son tratados algunos puntos del planteamiento conceptual mismo. Dando por descontado en el lector un conocimiento aproximado de las líneas fundamentales de la teoría del derecho de Kelsen, centraremos el presente comentario sobre los perfiles que nos han parecido de mayor originalidad en la exposición de Celano, tomando en consideración en particular: la caracterización de la norma jurídica como contenido de sentido; el análisis de la noción kelseniana de validez como de-citación; la caracterización del autorización como aspecto imprescindible de la noción de “deber ser”; el análisis de la estructura de las normas de competencia. Haremos una pequeña referencia, en fin, a la muy severa crítica que, en el último capítulo del libro, Celano dedica a la teoría del derecho de Kelsen.

2. El derecho, según Kelsen, es norma. A los oídos del jurista positivo esto podrá sonar como una obviedad; pero conviene tener presente que parte del trabajo sobre el cual se hace una investigación teórica está legítimamente constituida por el hecho de asumir el problema y esforzarse en reflexionar sobre la banalidad que todos aceptamos y consideramos como obvia³. Y, por tanto, según Kelsen, la norma es un contenido de sentido, en particular el contenido de sentido de un acto de voluntad que está dirigido al comportamiento de los demás. La norma, sin embargo, no es un orden: viene a existir mediante un acto de voluntad, pero su existencia se convierte en autónoma, independiente, del acto mismo; es, en otras palabras, un orden de psicologizado. Kelsen subraya que es necesario tener diferenciada la norma, en cuanto contenido de un acto intencional, del acto de posición de la norma misma o sea del complejo de actos humanos gracias a los cuales la norma ve la luz. Pero ¿qué quiere decir que la norma se convierte en independiente de los actos relativos de posición? Para explicar este asunto, Celano usa la noción metafórica de “artefacto inten-

3. B. CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen*, cit., págs. 142-143.

cional”⁴. Desde este punto de vista, la norma jurídica (y en general el derecho positivo), del mismo modo que una novela, una sinfonía, de una teoría científica, es un artefacto que responde a las siguientes características: es un contenido de sentido que constituye el producto de actos humanos intencionales (en el caso de la norma jurídica: actos de producción normativa); se realiza en un soporte material (el texto de una ley o, en general, una fuente de conocimiento) con el cual, sin embargo, no se identifica, pero del cual constituye el contenido de sentido; adquiere una existencia independiente, autónoma, respecto a los actos de los cuales ha tenido origen; es, en fin, susceptible de aplicación (puede ser o no eficaz).

Resumiendo: la existencia de la norma jurídica está denominada por Kelsen “validez”; una norma válida deriva (entre otras cosas) de un acto intencional del cual constituye el contenido de sentido, pero no se identifica con tal acto, en cuanto la norma continua existiendo, aunque si tal voluntad originaria se extinga, y aunque los ciudadanos no se comporten de hecho en el modo previsto por la norma (entendida como norma secundaria), o los órganos de la aplicación no hagan efectiva la sanción prevista por la norma misma (entendida como norma primaria)⁵. En conclusión, es gracias a la caracterización de la norma jurídica como contenido de sentido de un acto de voluntad, que Kelsen puede afirmar que validez y eficacia de la norma son dos fenómenos distintos.

En la tesis que la norma jurídica sea el contenido de sentido de un acto de voluntad se escucha el eco de un capítulo de la historia de las ideas que ha influido profundamente en la formación cultural de Kelsen; nos referimos a la polémica contra el psicologismo, que atraviesa la cultura centroeuropea entre el final del siglo XIX y la primera mitad del XX, y que se puede encontrar, por ejemplo, en el pensamiento de Gottlieb Frege, en la fenomenología husserliana, en amplios sectores del neokantismo (por ejemplo la escuela de Baden), en los comienzos del positivismo lógico. Si se mira más en profundidad en este aspecto de la teoría del derecho de Kelsen, es posible individuar una aplicación de instancias antipsicológicas en el campo de la teoría del derecho. Reconducida a lo esencial, la posición antipsicológica se refiere al estatuto de las leyes de la lógica, en particular a la tesis de que tales leyes no pueden ser identificadas con las leyes que de hecho regulan nuestros procesos mentales; la posición antipsicologista no se limita al solo campo de la lógica (y de los fundamentos de la matemática): se extiende a la teoría del conocimiento en general, desarrollándose en torno a dos tesis fundamentales.

4. B. CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen*, cit., págs. 249-256.

5. Sobre la distinción entre normas primarias y secundarias en Kelsen véase B. CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen*, cit., págs. 206-208.

En primer lugar, la tesis que es necesario distinguir entre una explicación causal de los procesos mentales en virtud de los cuales el conocimiento o los juicios se producen de hecho en nuestra conciencia, y la justificación de la validez de tales juicios; la epistemología (o sea, la clarificación de por qué algo tiene el estatuto de conocimiento) es una indagación normativa, y no naturalística (como es sabido esta tesis se desarrollará mucho, sobre todo en filosofía de la ciencia y epistemología, pero también en teoría del derecho, en la forma de la denominada distinción entre contexto de justificación y contexto de descubrimiento)⁶. La segunda tesis fundamental del antipsicologismo es que algunos actos, estados, eventos mentales tienen carácter intencional, tienen, es decir, la propiedad de “referirse a” objetos o estados de cosas; el contenido de los actos intencionales debe ser considerado distinto de los mismos actos: estos últimos son fenómenos psicológicos, mientras los primeros tienen una existencia del todo diferente; existen en cuanto contenido de sentido.

Por tanto, la perspectiva anti-psicologista, y en particular la tesis de que la norma jurídica debe ser considerada como un contenido de sentido de un acto intencional, interpreta un papel crucial en la arquitectura de la doctrina pura, en cuanto es asociada a la idea de que el derecho constituya un *quid impersonal*, anónimo, despsicologizado, y que en esto resida su autoridad: una autoridad no de hombres sino de normas (“non sub homine, sed sub lege”; non “rex facit legem” sino “lex facit regem”)⁷. En términos más generales, se puede sostener que Kelsen utiliza su posición antipsicologista con el objetivo de elaborar una versión no ideológica (o sea, según Kelsen, no iusnaturalista) sino científica del ideal del Estado de derecho. Falta, sin embargo, preguntarse si esta será una vía efectivamente practicable con éxito. Una pregunta ante todo: ¿es seguro que la normatividad en lógica (y, en general, la normatividad epistémica) sea así fácilmente asimilable a la normatividad jurídica?

3. La validez es, por lo tanto, en la doctrina pura, la “existencia específica” de la norma jurídica. Pero en qué consiste la especificidad de la existencia de una norma? La respuesta de Kelsen a esta pregunta es clara: afirmar que una norma es válida equivale a afirmar que la norma está dotada de fuerza vinculante⁸. Es necesario por lo tanto entender qué significa “fuerza vincu-

6. Discute la distinción entre contexto de justificación y contexto de descubrimiento en filosofía de la ciencia y en la teoría del derecho, véase T. MAZZARESE, *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*, Giappichelli, Torino 1996, cap. 3.

7. Sobre este punto, véase B. CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen*, cit., págs. 267-273.

8. Cfr. H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, cit., págs.30, 115-116; *Reine Rechtslehre*, cit., págs. 7-8, 196; B. CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen*, cit., págs. 257-258.

lante” en este contexto. Para explicar este punto, Celano recurre a una analogía entre la teoría Kelseniana de la validez y la teoría tarskiana de la verdad como correspondencia⁹. En una teoría de la verdad como correspondencia, atribuir veracidad a un enunciado equivale a realizar una de-citación (*disquotation*): afirmar, por ejemplo, que el enunciado “la nieve es blanca” es verdadero, quiere decir afirmar que la nieve es blanca. De un modo análogo, dada cualquier aserción normativa, “*Op*” (“es obligatorio pagar los impuestos”), la noción kelseniana de validez significa afirmar que la norma “*Op*” es válida equivale a afirmar que *Op* (o sea, que es obligatorio pagar los impuestos). En pocas palabras, la validez es de-citación¹⁰.

Celano argumenta a favor de esta tesis en el siguiente modo: según Kelsen, la validez es fuerza vinculante, y eso quiere decir que si una norma es válida, debe ser observada; afirmar que una norma debe ser observada, equivale a afirmar que hay que portarse así como la norma prescriba; quien afirme que una norma “*Op*” es válida, al mismo tiempo afirma que *Op* y viceversa: se adopta la noción kelseniana de validez (de normas), afirmar que una norma es válida equivale a afirmar –es decir, iterar, aceptar– la misma norma¹¹. Entonces, el predicado “válido” (referido a normas) es *lógicamente* superfluo, así como el predicado “verdadero” (referido a aserciones de hecho). Dos aclaraciones: primero, decir que el predicado “válido” es *lógicamente* superfluo no equivale a decir que sea superfluo en todos los sentidos (podría por ejemplo ser útil para fines pragmáticos, para establecer en concreto cuál comportamiento sea obligatorio); segundo, alguien podría preguntarse si verdad y validez sean dos conceptos simplemente análogos, o bien, si de hecho no se trate del *mismo* concepto. La respuesta a tal interrogativo en realidad es obvia¹²: afirmar que una aserción de hecho es verdadera, significa afirmar que las cosas están así como tal aserción dice que estén; una aserción normativa, sin embargo, no dice que las cosas están en un cierto modo, más bien dice en que manera las cosas *deben* estar (en otras palabras, en las dos hipótesis, la “dirección de adap-

9. B. CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen*, cit., págs. 258-266, 273-278; la analogía en cuestión está desarrollada ulteriormente en B. CELANO, *Validity as Disquotation*, en P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto 1999*, Giappichelli, Torino 2000, págs. 35-77. Para una discusión de algunos perfiles problemáticos del uso de la noción tarskiana de verdad como correspondencia en la teoría del derecho, me permito remitir a G. PINO, *Coerenza e verità nell'argomentazione giuridica. Alcune riflessioni*, en , 1998, págs. 84-126.

10. B. CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen*, cit., pág. 264.

11. B. CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen*, cit., pág. 265; véase más adelante.

12. B. CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen*, cit., pág. 283.

tación” palabra-mundo es opuesta¹³); si las cosas están así como la norma prescribe, entonces la norma es eficaz, pero eso no nos dice todavía nada sobre la validez de la norma misma. En otras palabras, el fundamento de una aserción de hecho consiste en su *verificación*, mientras el fundamento de una norma consiste en su *justificación* (ò convalida).

Para concluir sobre este punto, según Kelsen, el fundamento de la validez de una norma no consiste ni en un acto de voluntad (como vimos, la norma es válida aunque la voluntad que la puso desaparece), ni en la circunstancia factual de que la norma sea cumplida: para Kelsen, el fundamento de la validez de una norma puede tan solo ser otra norma (válida).

4. La estructura lógica de la norma jurídica, su “forma canónica”, según Kelsen, es: “Si *I* entonces debe ser *S*”; en otras palabras, la norma jurídica es una aserción que establece que, si se verifica un cierto comportamiento (calificado como ilícito), entonces *debe ser actuada* la sanción¹⁴.

La forma canónica de la norma jurídica exprime al mismo tiempo ya sea un deber ser, ya sea una obligación jurídica, pero nótese que estos dos perfiles de la norma *no coinciden*; el deber ser concierne la aplicación de la sanción, mientras la obligación jurídica tiene como objeto un comportamiento opuesto a lo que la norma califica como ilícito. Obviamente, la aplicación de la sanción puede ser también objeto de obligación jurídica, pero sólo donde haya una norma ulterior que considere como ilícita la no aplicación de esa misma sanción, etc. Nótese incidentalmente que la disociación entre deber ser y obligación jurídica, operada por Kelsen en la forma lógica de la norma, permite evitar que se incurra en un regreso al infinito, que por contra se verificaría si se afirmara que es la sanción que constituye el contenido de la obligación jurídica; en este caso, efectivamente, para cada norma haría falta encontrar una ulterior norma que sancione la no ejecución de la sanción, y así al infinito¹⁵. Al contrario, la disociación entre deber ser y obligación jurídica comporta que, al vértice del sistema, se encontrará necesariamente una norma, la cual conferirá a un determinado órgano de aplicación del derecho el poder de disponer una sanción, pero sin imponer alguna obligación jurídica (para no presuponer una ulterior norma sancionadora).

Entonces, cualquier norma, en su forma canónica, expresa una prescripción dirigida a los órganos de la aplicación, y una obligación jurídica dirigida a los

13. B. CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen*, cit., págs. 281-284. Sobre la noción de “dirección de adaptación”, J. SEARLE, *A Taxonomy of Illocutionary Acts*, en K. Gunderson (ed. by), *Language, Mind and Knowledge*, University of Minneapolis Press, Minneapolis 1975.

14. B. CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen*, cit., págs. 166-181.

15. B. CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen*, cit., págs. 211-213.

consociados de abstenerse del comportamiento que ella califica como ilícito. Debería preguntarse ahora qué significa que la aplicación de la sanción es el contenido de un deber ser, pero no necesariamente de una obligación jurídica. La respuesta de Celano¹⁶ es que la norma jurídica, mientras prescribe una sanción, *autoriza* un determinado individuo, o grupo de individuos, a aplicar esa sanción; entonces el concepto del deber ser y el de “obligación jurídica” no pueden ser identificados, más bien el segundo proviene del primero y no viceversa (donde hay una obligación jurídica hay un “deber ser”, pero no necesariamente viceversa); y el concepto de “deber ser” incluye, como elemento ineliminable, el concepto de autorización. En fin: el “deber ser”, en ámbito jurídico, puede o no acompañarse a una obligación jurídica, mientras exprime en todo caso la atribución de un poder (o sea una autorización).

La reconstrucción de Celano es muy plausible. Por otra parte, si efectivamente la posición de Kelsen es susceptible de ser reformulada en estos términos, entonces no se puede evitar concluir sobre la falta de fundamento de una crítica frecuentemente dirigida a la doctrina pura, que se basa efectivamente sobre la imposibilidad de reconducir todas las normas jurídicas a la forma de normas coercitivas (normas que prescriben la aplicación de una sanción)¹⁷. Se podría admitir, efectivamente, que es verdad que según Kelsen no existen específicas normas jurídicas autorizadoras, pero eso porque todas las normas (si formuladas en forma completa) implican una autorización.

5. Lo que acabamos de decir constituye entonces una primera posible defensa de la teoría kelseniana de la crítica de reducir todas las posibles funciones del derecho a la prescriptiva, y por lo tanto de ignorar la existencia de normas diferentes (normas autorizadoras, normas de competencia, etc). A esa línea de defensa de la doctrina pura se puede de todas formas añadir otra, que consiste en el considerar las normas autorizadoras como fragmentos de ordinarias normas coercitivas, o bien como normas coercitivas indirectamente formuladas¹⁸.

Efectivamente: la forma canónica de la norma jurídica es: “Si *I*, entonces debe ser *S*”; tal forma canónica es evidentemente una modalidad ejemplificada, y en cierto sentido definitiva, con la que el jurista puede y debe expresar la totalidad de los materiales jurídicos relevantes. Pero tal fórmula podría ser complicada reconectando el “deber ser” *S* a una condición compleja, que

16. B. CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen*, cit., págs. 195-218.

17. Según Hart, por ejemplo, Kelsen consigue representar la forma unitaria (constante) de la norma jurídica sólo al precio de una radical distorsión; véase H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford 1961, pág. 38.

18. B. CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen*, cit., págs. 359-367.

incluya no solo la comisión de lo ilícito, sino que también la circunstancia que el órgano competente *X* haya emanado una determinada norma válida; de tal manera, la forma canónica de la norma jurídica devendría: “si ((se *X* emana la norma *N*, entonces *N* es una norma válida) & (*X* emana la norma “si *I* entonces debe ser *S*”) & *I*), entonces debe ser *S*”. Como se nota, al interno de esta norma, que en términos kelsenianos es una ordinaria norma coercitiva, está presente por lo menos una norma autorizadora, en particular la que confiere a *X* el poder de emanar normas válidas. Desde luego, ese esquema podría ser complicado a placer, por ejemplo articulando esa norma autorizadora como contenedora de uno o más grados de delegación de poder de producción normativa.

Generalizando el análisis recién explicado, Kelsen muestra que los ordenamientos jurídicos modernos son caracterizados por una multiplicidad de disposiciones que conciernen la producción de normas: disposiciones relativas a la composición de los órganos, que tienen el poder de producir normas válidas, o de modificarlas, o de abrogarlas, además que disposiciones relativas a los procedimientos que se deben observar en el ejercicio de tales poderes normativos; en la teoría del derecho de Kelsen, disposiciones de este tipo, si se mira bien, están entre las condiciones a las que la norma jurídica en forma canónica (y formulada en forma completa) reconecta el “deber ser” de una sanción. «Una norma jurídica (kelseniana) completa contiene, como partes propias, amplios sectores del derecho constitucional (disposiciones constitucionales relativas a la formación y a la actividad de órganos de producción jurídica), de lo que es normalmente denominado “derecho procesal”, etc.»¹⁹. Según Kelsen, entonces, todo el derecho positivo, todos los materiales jurídicos, aún aparentemente heterogéneos, y pertenecientes a grados diferentes de la estructura a grados (*Stufenbau*) del ordenamiento jurídico (incluida la norma fundamental, evidentemente), pueden ser reconducidos a normas jurídicas en forma canónica.

Hay que concluir que la formulación explícita de una norma jurídica kelseniana en forma completa es por lo tanto extremadamente compleja. Tal vez represente solo un ideal regulativo de la ciencia jurídica.

6. A conclusión de este comentario, no se puede evitar indicar brevemente la crítica que, en el último capítulo del volumen²⁰, Celano mueve a la doctrina pura del derecho de Kelsen. Trátase de una objeción a la que la teoría del derecho de Kelsen parece no estar en grado de contestar, y por lo tanto en las

19. B. CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen*; cit., pág. 367.

20. B. CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen*, cit., págs. 369-386.

intenciones de Celano, ²¹. El autor admite de todos modos que no se trata de una crítica completamente inédita a la doctrina pura²², aunque sí sea original la formulación desarrollada en este trabajo.

Kelsen opina que una definición satisfactoria del derecho tenga que evitar dos opuestas reducciones: la reducción del derecho a mera fuerza, y la reducción del derecho a la justicia. La teoría de Kelsen parece a primera vista conseguir este doble objetivo, efectivamente: según Kelsen, el derecho no es mera fuerza sino organización de la fuerza, el ejercicio de la fuerza física es legítimo sólo si regulado, autorizado por la norma jurídica; por otra parte, la justicia es, según Kelsen, un ideal irracional, y el derecho científicamente conocible no es el derecho como debe ser, sino como es. Pero Celano lleva a la luz algunas implicaciones de la doctrina pura del derecho que están en conflicto con ambas tesis (y, de hecho, las invalidan).

Una primera dificultad se conecta al papel puramente descriptivo que Kelsen atribuye a la ciencia jurídica: el jurista no prescribe nada (mejor dicho: no debe prescribir nada, si quiere llevar bien su trabajo), simplemente describe el derecho válido. Pero describir el derecho válido significa formular juicios de validez, o sea formas de iteración o aceptación de normas; las normas son prescripciones; entonces: el cienciado del derecho itera, o acepta, prescripciones. En pocas palabras, el cienciado del derecho prescribe obedecer a las normas jurídicas existentes. Dicho de otra manera, es como si el jurista admitiera que el derecho existente es así como debe ser, y esto infringe claramente la segunda tesis antirreduccionista. Como es sabido, Kelsen, para evitar la dificultad elabora la categoría de los *Rechtssätze*, o “reglas jurídicas en sentido prescriptivo” (enunciados sobre normas válidas formulados por la ciencia jurídica). Esas reglas jurídicas son, según Celano, un ²³; la noción de validez utilizada por Kelsen (validez como fuerza vinculante) implica *by definition* que los juicios de validez tengan carácter prescriptivo y no descriptivo. Por lo tanto, en el marco de la doctrina pura, la ciencia del derecho no es una ciencia que usa aserciones descriptivas de deber ser: es ideología política y el jurista prescribe obedecer a las normas que existen. El concepto de derecho colapsa sobre el concepto de justicia²⁴, en oposición a la segunda tesis antirreduccionista.

En defensa de la teoría del derecho de Kelsen se podría replicar que el fundamento último de los juicios de validez reside en la norma fundamental

21. B. CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen*, cit., pág. 370.

22. B. CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen*, cit., pág. 370, nt. 1, donde se indican los autores que proponen con distintas formulaciones, o solamente parciales, la misma crítica.

23. B. CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen*, cit., págs. 372-373.

24. B. CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen*, cit., pág. 373.

(*Grundnorm*), cuya validez no es afirmada directamente por el jurista, sino solo presupuesta. Eso, en realidad, no soluciona el problema, sino, por así decirlo, simplemente lo empuja hacia atrás. Hace falta efectivamente aclarar qué significa que la norma fundamental es “presupuesta”; se podría entender 1) que esa está hipotizada como válida, o bien 2) que esa es asumida como válida. En el primer caso, el problema de la posibilidad de una norma fundamental está (no solucionado, sino) evitado, y además pagando el precio de atribuir a los juicios de validez de la ciencia jurídica un carácter sólo hipotético y jamás categórico. En el segundo caso, no se soluciona en absoluto el problema de la posibilidad de una norma fundamental: ¿cómo es posible afirmar que esa es válida, cuando se haya excluido que su validez derive de otra norma válida (y se haya excluido –como Kelsen– que existan normas autofundantes)? Ahora, desde un punto de vista exegético (eso es, considerando determinados pasos de las obras kelsenianas), la posición de Kelsen parece bastante oscilante entre estas dos distintas hipótesis de interpretación del concepto de “norma presupuesta”; desde un punto de vista sistemático, al contrario (eso es, considerando la doctrina de la teoría pura en su complejo), se obtiene la impresión que el jurista tenga precisamente que *afirmar* la validez de la norma fundamental, y no simplemente *hipotizarla*, ya que los juicios de las normas son juicios categóricos, y no hipotéticos; y además en la doctrina pura, el derecho es norma válida (y no: “puede ser” norma válida). Por lo tanto, el contenido del derecho presupone la norma fundamental, en el sentido que considera por supuesta su validez: la ciencia del derecho implica la justificación del derecho²⁵.

En segundo lugar, afirma Celano, también la caracterización kelseniana de la relación entre derecho y fuerza (o derecho y poder) es, en definitiva, contradictoria. Efectivamente: la norma fundamental es el criterio de legitimación de la amenaza y del ejercicio de la fuerza física; pero en la doctrina pura el criterio de identificación de la norma fundamental es la eficacia de las normas de esa derivadas²⁶; entonces, es legítima (es jurídicamente autorizada) la fuerza física ejercitada según cuanto previsto de la norma fundamental, y la norma fundamental, por su parte, legítima (autoriza jurídicamente) el poder de hecho eficaz. En definitiva, es jurídicamente autorizado el poder coactivo de hecho eficaz: en la doctrina pura el derecho parecería determinar el poder, pero de

25. B. CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen*, cit., pág. 379; a propósito la tesis de Scarpelli de que la elección política pertenece a la práctica y a la ciencia del derecho de corte iuspositivista: U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, Comunità, Milano 1965.

26. B. CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen*, cit., págs. 352-358.

hecho es el poder que determina el derecho. El concepto de derecho colapsa sobre el concepto de poder coactivo²⁷.

La doctrina pura parece pues naufragar contemporáneamente en ambas las piedras que quería evitar: el conocimiento científico del derecho prescribe obediencia al derecho existente, e identifica el derecho existente en base a la efectividad del poder coercitivo²⁸. Kelsen ha fallado en el doble tentativo de individuar una específica normatividad del derecho, que sea distante de las dos opuestas polaridades de la moral (moralidad política, idea de justicia, etc.) y del poder bruto (poder coactivo, fuerza física).

El análisis de Celano termina pues con una sospecha: que, a lo mejor, el espacio entre aquellas opuestas polaridades sea simplemente vacío.

Giorgio Pino

J. FINNIS, *Ley Natural y Derechos naturales*, Abeledo Perrot, Buenos Aires 2000 (trad. y estudio preliminar de Cristóbal Orrego de la sexta edición de *Natural Law and Natural Right*, Oxford University Press (Clarendon Law Series), Oxford, 9ª ed. Rev. 1996; la primera es de 1980).

Veinte años después de que se publicara por vez primera la obra de John Mitchel Finnis: *Natural Law and Natural Right*, editado en la famosa colección "Clarendon Law Series", de Oxford University Press, 1980, dirigida durante años por Herbert Lionel Adolphus Hart, acaba de ver la luz la primera traducción castellana, realizada por el argentino Cristóbal Orrego, en la editorial Abeledo-Perrot, en Buenos Aires, dirigida por el profesor Carlos Ignacio Massini Correas.

La primera cuestión que uno se podría plantear al hacer un recensión de la traducción es: "¿por qué se traduce tan tarde una obra de filosofía del derecho tan conocida en todo el mundo anglosajón?". A mi juicio existen, al menos, tres razones. En primer lugar, la creciente popularidad de John Finnis desde que publicara el libro hasta nuestros días, y el debate doctrinal que sigue

27. B. CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen*, cit., pág. 383; una crítica análoga en la iluminante contribución de N. BOBBIO, *Kelsen e il problema del potere*, en , 1981, pág. 58 y ss.

28. B. CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen*, cit., pag. 384.