

CONSIDERACIONES SOBRE “DERECHO Y LÓGICA” DE HANS KELSEN

ULISES SCHMILL ORDÓÑEZ
Universidad Nacional
Autónoma de México

Introducción

In analogous ways we can distinguish what is uttered from the uttering of it and what is an assumption from the making of it. Furthermore, all these distinctions are like that between what is sung, i.e. the song, and the singing of it, and not like that between what is hit, e.g., the gatepost, and the hitting of it.

ALAN R. WHITE, *Truth*. (Anchor Books, New York, 1970).

El ensayo de Hans Kelsen que lleva como título “Derecho y Lógica”, constituye una de sus últimas aportaciones a la jurisprudencia, pues fue publicado en la revista “Forum” el año de 1965 en Viena. En él se presenta una serie de consideraciones sobre la aplicabilidad de los principios lógicos al derecho, en especial, sobre el problema de si “las normas del derecho en sus relaciones recíprocas concuerdan con los principios de la lógica”, particularmente el principio de no-contradicción y la regla de inferencia.

En este trabajo se intenta señalar el hecho de que muchas de las observaciones de Kelsen son certeras y muchas otras están basadas en una concepción muy estrecha de lo que es la lógica. Esto demostrará que los juristas, en general, ignoran las aportaciones y los métodos de la lógica; lo que parece indicar la necesidad de una relación interdisciplinaria.

1. *Planteamiento del problema*

Kelsen inicia su ensayo señalando que entre los juristas es común encontrar la opinión de que entre la lógica y el derecho existe una “relación especialmente estrecha”, lo que supone, dice, que los principios de no-contradicción y la regla de inferencia “son aplicables a las normas en general, y en especial a las normas jurídicas”.

A través de todo su ensayo Kelsen discute la posibilidad de aplicar ambos principios a un “conflicto de normas”, es decir, una “situación en la que dos normas son válidas, de las cuales una prescribe una conducta determinada y la otra una conducta en desacuerdo con aquélla”. Conforme al principio de no contradicción, tendría que concluirse que, así como de los enunciados contradictorios podemos decir que si uno es verdadero, el otro tiene que ser falso, en el caso de las normas en contradicción tendría que decirse que si una es válida la otra tendría que ser inválida.

Por lo que se refiere a la regla de inferencia, Kelsen dice que parece ser siempre aplicable cuando un caso concreto se decide en una sentencia con base en una ley, en una norma general válida.

Así se plantea el problema materia del ensayo. Sin embargo, como se verá más adelante, Kelsen discute la aplicabilidad del principio de no-contradicción no sólo cuando existe un conflicto de normas de igual jerarquía, sino también de distinta jerarquía, es decir, un conflicto entre normas de grado superior y normas de grado inferior, como el que se daría entre una ley y una sentencia. Opina que “la aplicación de principios lógicos, en especial del principio de no-contradicción y de la regla de inferencia, a normas en general y en especial a normas jurídicas, no es de ninguna manera tan evidente como aceptan los juristas”. La razón de ello consiste en que dichos principios son “según su esencia —o por lo menos directamente— sólo aplicables a enunciados en tanto que sean el sentido de actos de pensamiento y puedan ser verdaderos o falsos”. En cambio, las normas son

el sentido de actos de voluntad y, por tanto, no pueden ser verdaderas ni falsas, por lo que no les son aplicables los principios lógicos mencionados. Las normas son válidas o no válidas.

Estamos frente a una afirmación correcta, fundada en una tesis falsa. Veamos por qué.

¿Qué debemos entender por un acto de pensamiento y qué debemos entender por un acto de voluntad? Es imprescindible contestar estas preguntas porque lo afirmado por Kelsen supone las siguientes tesis paralelas:

- a) Un enunciado es el sentido de un acto de pensamiento y es, por tanto, verdadero o falso.
- b) Una norma es el sentido de un acto de voluntad y no es, por tanto, ni verdadera ni falsa.

En ninguna parte de su ensayo Kelsen nos explica qué entiende por un acto de pensamiento. En cambio, sí hace afirmaciones que caracterizan lo que entiende por un acto de voluntad. No obstante, dicha caracterización es ambigua, pues se mueve en dos planos distintos, que podríamos llamar semántico y psicológico.

Después de plantear las dos tesis señaladas más arriba como a) y b), analiza la sostenida por el filósofo danés Jørgen Jørgensen, quien afirma que un enunciado imperativo (*imperative sentence*) puede ser analizado en dos factores:

1. un factor imperativo
2. un factor indicativo

Según Jørgensen el factor imperativo es “the expression of the speaker’s state of mind, his willing, wishing, commanding, etc.”, lo cual no tiene ninguna significación lógica, mientras que el factor indicativo sí la tiene pues puede ser formulado en una “indicative sentence describing the contents of the imperative sentence and therefore being capable of having a meaning and of being governed by the ordinary rules of logic”.

Esta tesis de los dos factores no es nueva y quizá sea cierta. No la discutiremos en este estudio. Hare la sostiene en su obra *The Language of Morals*, con su distinción entre el “phrastic” y el “neustic”, así como también David Lewis en *General Semantics* y el propio Kelsen con su tesis del “substrato modalmente indiferente” que aparece en la discusión publicada en la *Revista austriaca de derecho público* (Springer Verlag, Viena, 1963; p. 125).

En contra de esta tesis, Kelsen dice que “el imperativo, o sea, la norma, no puede contener un factor imperativo, es decir, prescriptivo, y un factor indicativo, es decir, descriptivo, pues la prescripción es el sentido de un acto de voluntad y la descripción el de un acto de pensamiento. El querer y el pensar son dos funciones esencialmente diferentes, por esto, el pensar no puede ser inmanente al querer. Es cierto que el que quiere tiene que saber lo que quiere. . .” En estas afirmaciones está supuesta una caracterización psicológica del acto de pensamiento y del acto de voluntad, del pensar y del querer. Si esto es así, la tesis de Kelsen es radicalmente falsa, y entra en contradicción con sus propias doctrinas, pues su famosísima distinción entre el ser y el deber ser está fundada, entonces, en una distinción psicológica. Independientemente de que esta distinción psicológica pueda, o no, hacerse con suficiente claridad, colocarla como el fundamento de la distinción entre el ser y el deber ser, contradice el principio de la pureza metódica que informa todo el trabajo teórico de Kelsen.

La distinción entre el “ser” y el “deber ser” es, en Kelsen, una distinción categórica en sentido kantiano, no una distinción psicológica. En la *Teoría pura del derecho*, Kelsen dice que el deber ser es una categoría trascendental en el sentido de la filosofía de Kant, no una categoría metafísica trascendente. Podríamos, entonces, considerar las anteriores afirmaciones de Kelsen simplemente como un desliz terminológico. Sin embargo, Kelsen continúa discutiendo la tesis de Jörgensen:

Es cierto que el que quiere tiene que saber lo que quiere, pero el acto de pensamiento que constituye el saber precede al acto de voluntad cuyo sentido es la norma y no es inmanente a éste. El acto de pensamiento que precede al acto de voluntad no hace que el sentido del acto de voluntad, la norma, sea verdadera o falsa. No se puede decir de una norma, a pesar del acto de pensamiento que precede al acto de voluntad, que sea verdadera o falsa. Por esto, los principios lógicos de no contradicción y de inferencia no pueden ser aplicados, o, por lo menos, no directamente, a las normas y si lo fuesen, sólo podrían aplicarse *per analogiam*.

Después volveremos sobre la refutación de Kelsen a esta aplicación por analogía. Bástenos por ahora destacar que las afirmaciones transcritas insisten y exacerban la tesis que se ha criticado. Kelsen no solamente sigue suponiendo que la distinción entre el ser y el deber ser se funda en una distinción psicológica de dos actos, sino que éstos se encuentran separados temporalmente entre sí. El acto de pensamiento *precede* al acto de voluntad. Esta precedencia solo puede ser temporal. El acto de pensamiento, como acaecer, como ocurrencia real, es previo temporalmente al acto de voluntad. Todo esto sólo es posible si se entiende, en algún sentido, al acto de pensamiento y al acto de voluntad como acontecimientos psicológicos.

Debo confesar que en sí misma esta tesis me parece ininteligible por contradictoria. Un acto de pensamiento tiene lugar. Dura un cierto tiempo y deja de ocurrir: termina. Ya no existe más. Entonces, posteriormente, ocurre o acaece un acto de voluntad. Ya se pensó y se dejó de pensar. Ahora se quiere, pero ya sin pensamiento, pues el acto de pensar terminó. Se trata de un puro querer, sin pensamiento. Esto contradice la afirmación de que “es cierto que el que quiere tiene que saber lo que quiere”, pues este saber ya no existe: precedió al querer y, cuando éste ocurre, aquél

ya dejó de existir. Si la tesis transcrita se sostiene, tendría que afirmarse que el pensar se continúa de alguna manera y es simultáneo o inmanente al querer, pero esto se niega explícitamente: “el pensar no puede ser inmanente al querer”; pues “son dos funciones esencialmente diferentes”. Toda la tesis es contradictoria, desde cualquier punto de vista que se tome. La refutación de Kelsen a Jørgensen, interpretada psicológicamente, es totalmente frustránea.

Lo que acontece, en realidad, es que Kelsen ha seguido el camino, tradicional en filosofía, de traducir problemas semánticos a un lenguaje psicológico, duplicando el objeto de estudio. Al problema semántico del análisis de diversos tipos de sentencias, fórmulas lingüísticas o proposiciones, se le adiciona una terminología psicológica, con lo que de un problema se hacen dos y surge entonces el “toro con cuernos” al establecer la relación entre la cuestión semántica y la psicológica, de esta manera: las características semánticas de un enunciado se identifican recurriendo a una característica psicológica. Pero ésta no puede consistir en nada distinto de aquello y se incurre en un círculo vicioso. Aplíquese entonces la navaja de Occam y dígase, análogamente al dictum de Spinoza *Deus sive natura*, acto de voluntad *sive* norma. La ninfa detrás de la fuente se ha presentado como acto de voluntad, con lo que Kelsen ha operado con el sofisma que él ha desenmascarado y nos ha enseñado a evitar.

Esto nos conduce, entonces, a considerar la interpretación semántica que indicábamos más arriba. La caracterización del acto de pensamiento y del acto de voluntad no puede ser hecha psicológicamente; debe tratarse, entonces, de una distinción semántica entre enunciados, pues todo lo que se dijo de tales actos es tan sólo una trasposición a lenguaje psicológico de lo que puede decirse de la caracterización semántica y sintáctica de los enunciados en cuestión. Esto nos conduce a las afirmaciones incorrectas de que la norma es el sentido de un “acto de voluntad”.

Para explicitar qué quiere decir Kelsen con esta expresión, recurramos a otras:

La norma es el sentido de un acto de voluntad dirigido a la conducta de otros; su sentido es un deber ser; y este debe ser es, como se ha observado, correlato de un querer. Ningún deber ser que constituya una norma sin un querer cuyo sentido sea. Ninguna norma sin una autoridad establecedora, es decir, ninguna norma sin ninguna autoridad creadora de normas. Una norma vale sólo cuando se establece a través de un acto de voluntad, cuando es el sentido de un acto de voluntad. En esto consiste su positividad. Y solamente normas establecidas por actos de voluntad humana, por la legislación, la costumbre o el tratamiento pueden considerarse objeto de estudio de una ética como ciencia y de una ciencia del derecho.

De todo este párrafo tan sólo obtenemos una identidad provechosa para nuestros fines, que no repite la duplicación analizada. Esta identidad es: acto de voluntad que establece la norma = legislación, costumbre o tratado, o sea, acto de autoridad.

El querer, cuyo sentido es la norma, es una "autoridad creadora de normas". La "voluntad establecedora", sin la cual no hay ningún deber ser, ninguna norma, es tan sólo la autoridad creadora o establecedora de la norma. Pero la norma es creada o establecida por la "legislación", la "costumbre" o "el tratado". Por tanto, toda esta palabrería del querer, del deber como correlato del querer, de actos de voluntad cuyo sentido son normas, se reduce a la clara tesis de que hay autoridades que establecen normas, las cuales, por ello, se denominan positivas. "No hay imperativo sin *imperator*." Con esto el querer, la voluntad, como palabras originariamente destinadas a referirse a fenómenos psicológicos, se desnaturalizan y adquieren un sentido literal. El

querer, el acto de voluntad, es el acto creador o productor de una norma. Carece entonces de sentido, por la misma razón, toda la tesis de la "precedencia", pues si el acto de pensamiento es el acto de enunciar una proposición, su precedencia es inútil. Por lo demás, creo que en principio —con una modificación que se indicará más adelante— la tesis de Jørgensen es correcta en lo referente a los dos factores que menciona: el imperativo y el indicativo, aunque no considero válida la tesis de que *por ello* los principios lógicos son aplicables a las normas. Por ahora, baste observar que el orden jurídico, tal como se individualiza en los órganos creadores o ejecutores del derecho, no consiste en deducciones de carácter lógico, ni en aplicaciones del principio de no-contradicción en los casos donde exista un "conflicto normativo", como acertadamente afirma Kelsen.

A partir de 1950, con el desarrollo de la lógica deóntica, se tienen instrumentos para abordar estos problemas con mayor exactitud de la que Kelsen pudo alcanzar.

Con base en una sugerencia de Gödel se han creado diversas lógicas modales como extensiones del cálculo proposicional y del cálculo de predicados. Son extensiones del cálculo proposicional, porque incluyen al mismo y son además axiomas y reglas de inferencia respecto a otros operadores, por ejemplo L (necesidad) y M (posibilidad). En otros términos, las lógicas modales comprenden a la lógica o cálculo proposicional como un subsistema. De igual manera, se acostumbra crear lógicas deónticas como extensiones de la lógica proposicional. No es imposible, asimismo, crear lógicas deónticas como extensiones de lógicas modales, o, como A.R. Anderson, crear lógicas deónticas reductibles a lógicas modales. Creo que este último intento es especialmente útil.

Consideremos un enunciado cualquiera p , simplemente como enunciado, como algo dicho o escrito por alguien. Por lo pronto, no sabemos si es verdadero o falso. Simplemente describe un estado de cosas posible. Por ejemplo, el famoso "Pedro cierra la puerta". Entendemos su significado, su sen-

tido o, como ahora se dice, su intensión, y evidentemente podemos proceder a determinar su verdad o falsedad. Pero pongámonos en la posición previa a la decisión de si es verdadero o falso. Simplemente es un sentido que describe un posible estado de cosas, del cual no podemos decir que es real, o que es debido. En este estado de indefinición, demos a p un nombre en el lenguaje natural: llamémosle “radical modalmente indiferente”, o simplemente “radical”.

Generalmente, por el contexto, la enunciación de la oración “Pedro cierra la puerta” no la coloca como “radical” sino como un auténtico enunciado, verdadero o falso, o como una orden obligatoria.

Independientemente de lo anterior, recurramos a un expediente muy cómodo e ilustrativo. Supongamos que tenemos el radical p y hemos decidido por cualquier motivo que se trata de un enunciado verdadero. Como ya no consideramos lo que describe como un simple estado de cosas posible, sino como algo real, tomamos una hoja y lo escribimos en ella. A esta hoja denominémosla “hoja de verdad”, porque en ella escribimos todos los enunciados que consideramos verdaderos. Para nosotros, que un enunciado sea verdadero significa que lo podremos encontrar inscrito en nuestra hoja de verdad. Aquel enunciado que no esté inscrito en esa hoja, lo consideramos falso. Podría seguirse alternativamente el expediente de crear una “hoja de falsedad” e inscribir en ella aquellos radicales que consideramos falsos, pero evitaremos complicaciones limitándonos a anotar los verdaderos.

Lo anterior puede expresarse un poco más formalmente. Tenemos una oración p , que es una fórmula bien formada (wff). En adición a esto, se establece un conjunto $(I,0)$ que contiene dos elementos distintos, I y 0 , los que se denominan valores veritativos. ‘1’ representa verdadero y ‘0’ falso. Una valuación de p es una función V de p al conjunto $(I,0)$, a la que se asigna uno de los dos elementos. El valor $V(p)$ de p bajo V es llamado “valor veritativo de p bajo V ”. Si

$V(p) = 1$ se dice que p es verdadero bajo V , y p es falso bajo V si $V(p) = 0$.

Podemos cambiar la escritura y escribir $V(p) = 1$ como $p \in \sigma_0$, en donde σ_0 es el conjunto de todas aquellas fórmulas que son verdaderas bajo V . Evidentemente, nuestra hoja de verdad la hemos bautizado σ_0 y, por tanto, si p es verdadera es que es miembro del conjunto de fórmulas que son elementos de σ_0 , o sea $p \in \sigma_0$.

Volvamos a nuestro asunto. Tenemos el radical p — “Pedro cierra la puerta”. Si lo consideramos verdadero, escribiremos $p \in \sigma_0$. Entonces, se trata de un enunciado indicativo o declarativo. Kelsen diría que es un “ser”, que pertenece al mundo del ser. Pero p puede ser una orden, una norma que ordena a Pedro que cierre la puerta. Evidentemente, no lo podemos inscribir en σ_0 . Entonces, tenemos un expediente: crear otra hoja (llamémosla κ_0) en donde inscribiremos todas las normas que disponen algo que hemos de hacer, algo que se nos exige o autoriza.

El asunto se complica un poco más. Por lo pronto, es una hoja diferente a σ_0 . ¿Qué razones tenemos para considerarla diferente? Se contestará: porque se trata de algo distinto. Sí, ¿pero en qué sentido es distinto? Diremos: en que utiliza un lenguaje diferente. Es claro que esto es así: “¡Pedro, cierra la puerta!”, es una orden y la reconocemos cuando se expresa, porque el que la da señala con gesto imperativo a Pedro y a la puerta, o por el tono de su voz, o por el contexto en que es emitida. El significado de todo ello es que Pedro debe cerrar la puerta. Esta distinción requiere que introduzcamos un signo para ello. Hagamos que este signo sea O . Entonces, la orden deberá escribirse Op y esto se traducirá diciendo “es obligatorio que p ”, o sea: “Es obligatorio que Pedro cierre la puerta” o “Pedro debe cerrar la puerta”. Este enunciado es tan sólo un radical con terminología deóntica. Esto nos permite crear la “hoja normativa”, como denominaremos a κ_0 . Si Op es una norma, entonces escribiremos $Op \in \kappa_0$.

Esto puede también expresarse del siguiente modo. Tenemos una oración p que es una fórmula bien formada (*wff*). En adición a esto, establecemos un conjunto (n, \bar{n}) que contiene dos elementos distintos n y \bar{n} , a los que denominaremos valores normativos. n representa “es una norma” y \bar{n} “no es una norma”. Una valuación de p es una función V de p al conjunto (n, \bar{n}) , al que se asigna uno de los dos elementos. Al valor $V(p)$ de p bajo V se le llama “valor deóntico de p bajo V ”. Si $V(p) = n$ se dice que p es una norma bajo V y p no es una norma bajo V si $V(p) = \bar{n}$.

Kelsen dice al respecto:

He visto venir esta objeción de que el imperativo contiene un enunciado. Permítanme en esta ocasión analizar la cuestión de la siguiente manera. El imperativo por el que un padre ordena a su hijo: “Pablo, cierra la ventana” tiene junto a sí el enunciado: Pablo cierra la ventana. Este imperativo y este enunciado sin duda tienen algo en común: Pablo, cerrar ventana. En el imperativo se presenta este substrato modalmente indiferente en el modo del deber. En el enunciado se presenta este substrato modalmente indiferente “Pablo cerrar ventana” en el modo del ser. Lo que ellos tienen en común no es un enunciado sino un substrato modalmente indiferente, que no es ni verdadero ni falso. No puede, sin embargo, ser verdadero ni falso, cuando toma el *modus* del deber. El concepto de un substrato modalmente indiferente aún no ha sido formulado por la lógica, pero yo creo que es imprescindible para establecer la relación entre ambos, el imperativo y el enunciado. (Kelsen, “Fundamento del derecho natural” en la *Revista austriaca de derecho público*, Springer Verlag, Viena, 1963; p. 125.)

Entonces, diremos para concluir que Jørgensen se equivoca cuando dice que el imperativo tiene dos factores: uno indicativo y uno imperativo. Lo correcto es afirmar que el radical puede estar en σ_0 o en κ_0 . Si es elemento de σ_0 , es una sentencia indicativa. Si está en κ_0 , es una sentencia imperativa.

Esto puede presentarse formalmente haciendo uso de los conjuntos modelos de Hintikka y del concepto de un "segmento articulado del lenguaje" de Snyder, lo que se hará en otra ocasión. (Con esto se corrigen algunas afirmaciones de Kelsen, contenidas en el ensayo que se comenta.)

2. *Verdad y validez*

Kelsen analiza si es posible sostener una analogía entre la verdad de un enunciado y la validez de una norma, que pudiera justificar la aplicación de los principios de la lógica al derecho y llega a una conclusión negativa basada en las siguientes afirmaciones:

a) Si una norma vale significa que existe; si una norma no vale significa que no existe.

a') Un enunciado falso también es un enunciado; existe como tal.

b) La validez de una norma es temporal: empieza a valer, deja de valer en ciertos y determinados momentos.

b') La verdad de un enunciado es intemporal: si es verdadero, ha sido verdadero y lo será siempre.

El análisis hecho por Kelsen no es correcto. Si un enunciado es verdadero, está incluido en σ_0 , o sea, hay bases suficientes para considerar que se da la relación expresada por $V(p) = 1$. La función V ha sido señalada en general. Es a las ciencias particulares a las que corresponde establecer las condiciones que debe llenar esa función de valuación, para considerar que el valor de la función es 1 y no 0 . Pero antes de ello, p no es un enunciado, sino tan sólo un radical.

Kelsen pasa por alto este hecho. No hay duda que el radical p ha sido formulado. Existe como radical y cuando la valuación $V(p)$ se da, entonces es un enunciado verdadero o falso, no antes.

Ahora por lo que respecta a las normas, supóngase que $p=Oq$. Oq es un radical al que hay que aplicar la valuación $V(Oq)$ para saber si es una norma o no; es decir, si es válido, si existe como norma, o si no es válido, si no existe como norma. Esta valuación V es muy importante y corresponde a la jurisprudencia determinar los criterios conforme a los cuales los radicales de la forma Oq son o no son normas. Supóngase que un individuo particular ordena que a partir de cierto día, todo individuo debe pagarle un dólar mensualmente por concepto de impuesto. Aquí existe un radical de la forma $Oq=$ es obligatorio que todos paguen por impuesto un dólar mensualmente. Pero la jurisprudencia no puede afirmar que Oq sea una norma válida. Ese radical utiliza un lenguaje normativo, pero no constituye una norma. Para ello es necesario que se reúnan las condiciones que determinan que un radical sea parte integrante de un orden jurídico, o sea, para que $Oq \in \kappa_0$. Si se cumplen los criterios para considerar que un radical forma parte de un orden jurídico, entonces puede predicarse su normatividad, su validez. Kelsen trata este problema en el apartado que lleva el título de "Ladrón y juez":

El sentido subjetivo de todo acto imperativo es un "deber"; incluso del acto por el cual un asaltante de caminos ordena a alguien que le entregue su dinero. Pero el sentido subjetivo de un acto imperativo es también su sentido objetivo, o sea, una norma obligatoria, si el acto está facultado por una norma presupuesta como válida. Quien no cumple la orden del asaltante de caminos, no viola ninguna norma, no está obligado a obedecer, como quien no cumple la orden legal de un órgano ejecutivo o de un órgano judicial. Esta es la

diferencia entre la orden de un asaltante y la orden de un órgano jurídico. Que la validez de una norma individual establecida por el tribunal puede ser justificada con la validez de la norma general establecida por el legislador significa que el sentido subjetivo del acto del tribunal también es su objetivo, es decir, una norma válida, porque el acto del tribunal está facultado por una norma su- puesta como válida.

En este párrafo, Kelsen está utilizando los conceptos, de origen weberiano, de "sentido subjetivo" y "sentido objetivo" de un acto. Debemos equiparar la terminología y decir que "sentido subjetivo" es equivalente a "radical deóntico" y "sentido objetivo" es equivalente a "norma". Nuestra función V se equipara al ejercicio de la facultad. El sentido subjetivo del acto del juez es una norma sólo porque "el acto del tribunal está facultado por una norma supuesta como válida". La función V determina que el radical deóntico tenga el valor n , que sea una norma, sólo porque establece que dicho acto es el ejercicio de una facultad establecida en otra norma.

Por tanto, a partir del radical se hace una valuación y se determina si lo enunciado es verdadero o si es una norma. Pero esto no significa que sea posible equiparar ambas valuaciones y establecer una analogía entre ellas, pues mientras la valuación $V(p)=1$ determina la verdad de un radical que ha sido emitido o enunciado por alguien, la valuación $V(Op)=n$ determina si ha existido un acto de autoridad para considerar al radical de la forma Op como una norma. Las dos valuaciones son en realidad funciones cuyo dominio son radicales y cuyo contra-dominio son los elementos de dos conjuntos distintos: uno $(1,0)$ y otro (n,\bar{n}) . Además, el sentido de la valuación, en qué consiste, es radicalmente distinto: en un caso se observa la satisfacción de la fórmula, en el otro se observa si ha existido un acto de autoridad. Ha-

bría analogía si la valuación para radicales fuera de éstos al acto de enunciación, de emisión del radical. Esto se verá más adelante con toda claridad.

La validez de una norma es temporal. Ciertamente. Pero también la verdad de un enunciado. Kelsen, el relativista, absolutiza en cuanto a la verdad de un enunciado, pues la considera intemporal.

Muchos enunciados son verdaderos en un momento y dejan de ser verdaderos en otro. Ejemplo; alguien dice: "Hoy estoy enfermo" y "hoy" se refiere al 22 de abril de 1977. El 23 de abril, si el sujeto mencionado no está enfermo, el enunciado de referencia es falso. Fue verdadero un día y es falso en cualquier otro día. Se trata de los llamados enunciados indexicales, de los que ya hablaba Pierce.

Lo absurdo de la tesis ahistórica e intemporal de Kelsen, se pone de manifiesto en el hecho de que considera verdaderos aquellos enunciados que ni siquiera han sido formulados, como cuando expresa: "Los enunciados de Newton sobre la gravedad sí fueron verdaderos, lo fueron antes de que Newton los enunciara y serán verdaderos después de haberse enunciado."

Hasta aquí, en mi opinión, Kelsen ha fallado en su intento. Sin embargo, el ensayo que se comenta contiene una serie de afirmaciones correctas en relación con el funcionamiento de las normas integrantes de un orden jurídico, y ésta es la parte valiosa de este trabajo del autor de la *Teoría pura del derecho*.

3. *La individualización del derecho y la regla de inferencia*

El acápite que lleva por título: "El derecho es un acto de voluntad", contiene una serie de argumentaciones que describen correctamente el funcionamiento del orden jurídico; se observa que dicho funcionamiento no es el de la inferencia. En realidad, lo que debe hacerse es crear una lógica o una estructura lógica que refleje ese funcionamiento

efectivo de las normas jurídicas. Lo que no puede aceptarse, y en esto tiene razón Kelsen, es afirmar que tal funcionamiento sea precisamente el que se contiene en la regla de inferencia o en el del silogismo.

Kelsen sostiene: "Ningún imperativo sin un *imperator*." No hay norma jurídica si no ha sido establecida, creada o producida por una autoridad. "No hay norma sin autoridad que la establezca", y continúa, empleando su equívoca terminología: "es decir, no hay norma sin un acto de voluntad cuyo sentido es esta norma." Como corolario de esta afirmación Kelsen ha sostenido, y afirma en este ensayo, la falsedad de la doctrina del derecho natural, pues la esencia de esta doctrina consiste en que sostiene "la validez de normas que no son el resultado de actos de voluntad humana", de normas inmanentes a la naturaleza en general o a la naturaleza del hombre, es decir, a su razón, pues se acepta que el hombre es un animal racional. Suponer la existencia de normas en la naturaleza entraña la existencia de una voluntad creadora de esa naturaleza, lo cual es, precisamente, suponer la existencia de Dios. En caso de que sea la razón la legisladora, esto puede entrañar la tesis de que la razón humana participa en la razón divina legisladora, etcétera.

Bajo la tesis mencionada de que no hay norma jurídica si no ha sido establecida por una autoridad, Kelsen analiza el siguiente caso:

Es indudablemente posible que pueda valer la norma general "todos los ladrones deben ser castigados, es decir, encarcelados", porque ha sido legislada, y que sea verdadero el enunciado "Pérez es un ladrón", y que incluso éste haya sido emitido por el tribunal competente y que, sin embargo, no valga la norma individual "Pérez debe ser encarcelado" porque el tribunal competente, por alguna razón cualquiera, no haya establecido esta norma individual.

(Para no repetir, denominaremos a este ejemplo "ejemplo A)", y a las 3 expresiones entre comillas "expresión 1)", "expresión 2)" y "expresión 3)" respectivamente.)

Kelsen sostiene que la expresión 3) "tan sólo puede ser el sentido de un acto de voluntad y tal acto de voluntad no puede ser obtenido por medio de una inferencia lógica". Esto es del todo correcto y es válida la contraposición que hace con la regla de inferencia:

Lo que la lógica dice sobre el silogismo teórico es lo siguiente: que si son verdaderas una proposición como premisa mayor y una proposición como premisa menor, entonces una proposición implicada por ambas premisas es verdadera como conclusión... La norma individual "el ladrón Pérez debe ser encarcelado" podría estar implicada en la norma general "todos los ladrones deben ser encarcelados" sólo si el acto de voluntad cuyo sentido es la norma individual estuviera implicado en el acto de voluntad cuyo sentido es la norma general. Pero el legislador que quiere que se encarcele a todos los ladrones, no puede de antemano querer que Pérez, que ha robado un caballo a un granjero, deba ser encarcelado, puesto que no puede saber que existirá un señor Pérez que le robará un caballo a un granjero.

La observación anterior resulta de particular importancia: describe el funcionamiento efectivo del orden jurídico. Creo que a este respecto puede decirse lo siguiente:

Una norma jurídica es válida sólo si ha sido establecida por un acto de autoridad. Kelsen denomina a la norma el sentido de un acto tal. Aquí se supone que dicho acto de autoridad es un acto realizado en ejercicio de una facultad contenida en otra norma, que por ello se denomina "norma superior". El sentido de dicho acto de autoridad, que es la norma, es tan sólo el ámbito material de validez de la norma

que establece la facultad. Se acostumbra referirse a este ámbito material de validez de tal norma diciendo que es la determinación del contenido que ha de tener la norma inferior. Kelsen ha definido a la norma superior como aquella que determina el proceso de creación de otra norma, la inferior, y su contenido. Es claro que esta definición podría abreviarse afirmando que la norma superior es la que establece la facultad de crear o establecer otra norma. Esta facultad tiene los cuatro ámbitos de validez de toda norma:

- a) el material: determinación del contenido de la norma inferior;
- b) el personal: el órgano jurídico, *i.e.*, el sujeto que ha de crear la norma inferior;
- c) el espacial: dónde ha de crearse tal norma inferior;
- d) el temporal: cuándo ha de crearse tal norma.

En el ejemplo A), la expresión 1) es el ámbito material de validez de la norma que establece la facultad de dictar sentencias por parte de un tribunal. Que las expresiones 1) y 2) implican 3), consideradas tan sólo como proposiciones, es cierto. Y con esto pudiera decirse que se siguen las reglas de la lógica, de igual manera como se siguen en el análisis del clásico ejemplo del silogismo B):

- | | |
|-------------------------------------|------------------|
| 1) ' Todos los hombres son mortales | $\forall xCHxMx$ |
| 2) ' Sócrates es hombre | Hs |
| 3) ' Sócrates es mortal | Ms |

Sin embargo, la equiparación que Kelsen realiza al comparar el silogismo B) con el ejemplo A), no es correcta, porque en A) hace intervenir al acto de autoridad, mientras que en B) excluye precisamente el acto de enunciación. Dice Kelsen:

La verdad del enunciado que es la conclusión de una inferencia: "Sócrates es mortal" está implicada

en la verdad de los dos enunciados que son las premisas: "todos los hombres son mortales" y "Sócrates es un hombre". Sin embargo, la validez de la norma individual "Pérez debe ser encarcelado" no está implicada en la validez de la norma general "todos los ladrones deben ser encarcelados" ni en la validez del enunciado "Pérez es un ladrón", porque la norma individual sólo vale si ha sido establecida por el acto de voluntad del tribunal competente. Su validez está condicionada por el acto de su establecimiento, mientras que la verdad del enunciado "Sócrates es mortal" es independiente de que haya sido hecho, es decir, que haya sido pensado o emitido. Si es verdad que todos los hombres son mortales, entonces es verdad que Sócrates es mortal, aunque nadie lo haya pensado o enunciado. Algo debe ser pensado, enunciado, no para ser verdadero, sino para poder ser juzgado como verdadero o falso. La lógica no se refiere a actos mentales, sino a su sentido.

Podría decirse: no hay enunciado sin enunciante. Kelsen dice que la validez de una norma es su existencia. Por tanto, la proposición es el significado de un acto enunciativo. Usando la terminología de Kelsen: "la proposición es válida" significa que existe, que ha sido enunciada. Desde este punto de vista, entonces, es claro que la regla de inferencia no es aplicable. Parafraseando al propio Kelsen, tendríamos que decir:

El enunciado individual "Sócrates es mortal" pudiera estar implicado en la proposición general "todos los hombres son mortales" sólo si el acto de enunciación cuyo sentido es la proposición individual estuviera implicado en el acto de enunciación cuyo sentido es la proposición general.

Por tanto, la asimetría que establece Kelsen no es correcta. Si contemplara correctamente la situación, sí encontraría tal

simetría. Por tanto, podemos establecer lo siguiente: deben equipararse:

- C) acto de autoridad con acto de enunciar;
- D) validez de una norma con existencia del enunciado;

pero nunca:

- E) validez de una norma con verdad de un enunciado.

Kelsen encuentra una simetría en E). Pero la simetría no se encuentra ahí, sino en D), porque la validez de una norma hace referencia al acto de su establecimiento, mientras que la verdad de un enunciado no tiene tal referencia. La referencia al acto de enunciación, la realiza la expresión "existencia del enunciado" contenido en D).

La conclusión de todo ello tiene que ser la siguiente:

Las argumentaciones de Kelsen respecto a la no aplicabilidad de los dos principios lógicos que considera en su ensayo —el de no contradicción y la regla de inferencia— son falsas. Lo cual no debe inducirnos a concluir que los principios lógicos de no contradicción y de inferencia, no jurídicas. Esto requeriría una demostración. Pero ya hemos aprendido, por medio del análisis anterior, que no debemos seguir el camino de Kelsen en esta materia.

De todo lo anterior puede considerarse cierto que los principios lógicos de no contradicción y de inferencia, no son aplicables a las normas. Pero esta afirmación requiere matizarse. No son aplicables en el sentido de que el establecimiento o creación de una norma no consiste en una inferencia lógica, siguiendo las clásicas leyes del silogismo. Igualmente, la existencia o validez de una norma no puede afirmarse con base tan sólo en principios lógicos. La comprobación de la existencia de una norma, no consiste en hacer una deducción, en proceder con arreglo a principios lógicos, sino que es una tarea empírica, consistente en encontrar el acto que la establece, es decir, en la comprobación

de que en un tiempo y lugar determinados se ha dado un acto de autoridad. En esto consiste la positividad del derecho y, por ello, la jurisprudencia es una ciencia empírica.

Pero si prescindimos —como la lógica, en su campo, de los actos enunciativos— de los actos de autoridad, nos encontramos en el puro establecimiento de las relaciones existentes entre las normas en cuanto tales y puede afirmarse que sí se dan esas relaciones lógicas y que, en cuanto a su contenido, dos normas pueden estar en contradicción, o una ser deducible de la otra. Kelsen lo reconoce expresamente:

Pero también existe una relación lógica entre una norma general y la concordante norma individual establecida por el órgano ejecutor, en tanto que el hecho establecido *in concreto* por el tribunal puede ser subsumido bajo el hecho definido *in abstracto* en la norma general.

Que la norma individual pueda estar subsumida en la norma general significa que aquélla puede deducirse de ésta, con una premisa y una regla de inferencia, denominada “instanciación existencial”. Pero Kelsen, un poco antes, en el mismo párrafo transcrito, afirmó contundentemente que “de todo lo anterior se desprende que los dos principios lógicos más importantes, el de no contradicción y la regla de inferencia, no son aplicables ni directa ni indirectamente a las relaciones entre las normas de un derecho positivo —como yo lo había supuesto, sin embargo, en mi *Teoría pura del derecho* (segunda edición, 1960)”. Esta aparente contradicción, flagrante en un jurista tan connotado, se debe a que no distinguió con la suficiente claridad entre las relaciones lógicas existentes entre las normas y el proceso de individualización de una norma, el cual no consiste en una inferencia lógica. Lo que acontece es que se trata de dos problemas totalmente diferentes, los que indica en un párrafo posterior al transcrito:

El juez subsume el hecho que él ha establecido en un caso concreto: González ha matado intencionalmente a Pérez con un disparo bajo el concepto de homicidio contenido en la norma general. Si la norma general considera que la muerte por horca es el castigo del homicidio y si el juez condena a González a morir en la horca, la norma individual concuerda con la norma general. La relación de concordancia es una relación de subsunción y en tanto que la subsunción aquí dada es una relación lógica, existe una relación lógica entre la norma general y la norma individual, en la que aquélla ha sido aplicada a un caso concreto. Pero esto no significa que la validez de la norma individual se desprenda lógicamente de la validez de la norma general. Y ésta es la cuestión decisiva cuando se trata de aplicar la regla de inferencia al proceso jurídico. La determinación judicial de que se ha dado *in concreto* un hecho que está definido *in abstracto* (como concepto de un hecho) en la norma general que aplicará el juez, no es sólo una subsunción desde el punto de vista lógico, sino que tiene un carácter jurídico constitutivo.

En este párrafo se puede observar claramente lo dicho con anterioridad. En realidad, lo que Kelsen ha estado argumentando es que el proceso de creación jurídica que va de la constitución a la norma individual no es un proceso de inferencia lógico y que la existencia de las normas inferiores a la constitución —por ejemplo, una ley o un reglamento— no se obtiene por una mera deducción, lo cual es evidentemente cierto.

4. *Aplicabilidad del principio de no contradicción*

Hemos mostrado más arriba que pueden equipararse o ponerse en paralelo:

- C) acto de autoridad con acto de enunciar, y
- D) validez de una norma con existencia de un enunciado;

pero nunca:

- E) validez de una norma, con verdad de un enunciado.

Kelsen, en su artículo, opera con E), lo cual lo lleva a afirmar que

... de dos enunciados que se encuentran mutuamente en contradicción lógica, sólo uno puede ser verdadero, o como en este caso se dice: si sólo puede valer uno, otro tiene que ser falso, es decir, no puede valer. Un conflicto de normas puede resolverse de tal manera que una de ambas normas pierda su validez o que ambas la pierdan. Esta pérdida de validez puede acontecer de dos maneras solamente: ya sea perdiendo una de las normas en conflicto su validez porque ha perdido su eficacia, puesto que un mínimo de eficacia es condición de su validez, o por derogación.

Kelsen continúa dando argumentos en el sentido de que hay una diferencia radical entre la verdad de un enunciado y la validez de una norma. Las afirmaciones que emite son correctas; lo que es falso, como se ha dicho, es la equiparación. Si el paralelismo E) fuera cierto, las afirmaciones de Kelsen también lo serían. Pero siendo falsa la equiparación E) —aunque Kelsen supone su verdad— todas sus afirmaciones, de que el principio de no-contradicción no es aplicable a normas, resultan desencaminadas, aunque ciertas. Véase el siguiente párrafo en donde esto es especialmente claro:

Cuando uno de ambos enunciados es verdadero el otro es falso, ha sido falso y será siempre falso. Si una de ambas normas en conflicto ha perdido

su validez por la pérdida de su eficacia o por derogación, sólo una continúa siendo válida; es decir: sólo una existe. Sin embargo, los dos enunciados en contradicción siguen existiendo como enunciados; sólo que uno es verdadero y el otro falso. Es imposible que de dos enunciados en contradicción recíproca, ambos sean verdaderos; es posible que de dos normas en conflicto mutuo ambas sean válidas.

Se puede afirmar que si dos normas están en contradicción —lo cual supone necesariamente que son válidas— es claro que no por eso una de ellas no existe. La contradicción lógica no es un método jurídico de derogación normativa y la jurisprudencia no puede efectuar dicha derogación. “La ciencia del Derecho —dice Kelsen correctamente— sólo puede constatar o comprobar la existencia de este conflicto y tiene que dejar su solución al acto de voluntad de la autoridad jurídica o al incumplimiento consuetudinario.”

Lo que debemos indicar aquí es que de dos enunciados contradictorios sólo uno puede ser verdadero y evidentemente, en el caso de un conflicto de normas, no puede afirmarse que una de ellas sea válida y la otra nula, *i.e.*, no sea norma, porque la verdad de un enunciado no puede equipararse a la validez de una norma. Además, es claro que de dos enunciados en contradicción no puede decirse que, porque uno sea verdadero, el otro no ha sido formulado o enunciado. Fue enunciado, pero es falso.

Lo cual demuestra que entre las normas sí se dan relaciones lógicas y que los principios de la lógica sí pueden aplicarse a las normas, pero no en el sentido de que por mera operancia de ellos puedan derogarse o crearse tales normas. Acontece lo mismo con los enunciados. Si dos enunciados se contradicen, el principio de contradicción nos indica que, si uno es verdadero, el otro es falso, pero no que no hayan sido enunciados por alguien.

SUMMARY

The purpose of this paper is the analysis of the essay "Law and Logic" by Hans Kelsen, especially his attitude about the logical principles of non-contradiction and what he calls the "inference rule" as not applicable to the law, even in the case of the conflict of norms. With this in mind the thesis that the norm is the sense of an act of will and is, therefore, neither true nor false, is analysed. Kelsen also maintains that only statements which have the sense of an act of thought are either true or false. It is held that these theses make no sense because no rational meaning can be given to the expressions 'act of thought' and 'act of will'.

Using Hintikka's methods of model sets, an interpretation is built, such that a modally indifferent radical, as it is defined in this work, is changed into a norm. This is done in the following way.

There is a sentence p which is a well-constructed formula and a set (n, \bar{n}) which contains two elements n and \bar{n} , called normative values; n stands for "it is a norm" and \bar{n} stands for "it is not a norm". Next p is given a value based on a function V from p to the set (n, \bar{n}) assigning one of these two elements to p . The value $V(p)$ of p under V is called "deontic value of p under V ". If $V(p) = n$ it is said that p is a norm under V and p is not a norm under V if $V(p) = \bar{n}$.

Based on this interpretation Kelsen's position, which compares the truth of a statement with the validity of a norm, is criticized, the conclusion being that this parallelism cannot exist. Such a parallelism can exist only between the act of stating and the act of creating a norm. In addition several theses related to the issue are analysed with the result that the descriptions of how a legal order works empirically are shown to be correct.

(Summary by Ulises Schmill Ordóñez)