

RUA (/dspace/) / Revistas y Congresos (/dspace/handle/10045/11723)
/ Revistas (/dspace/handle/10045/166)
/ Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho (/dspace/handle/10045/9949)
/ Revistas - DOXA - 1999, N. 22 (/dspace/handle/10045/10290)



Por favor, use este identificador para citar o enlazar este ítem: <http://hdl.handle.net/10045/10295>



([http://www.refworks.com/express/ExpressImport.asp?](http://www.refworks.com/express/ExpressImport.asp?filter=Refworks%20Tagged%20Format&vendor=RUA&url=http://rua.ua.es/dspace/refworks?handle=10045/10295)

[filter=Refworks%20Tagged%20Format&vendor=RUA&url=http://rua.ua.es/dspace/refworks?handle=10045/10295](http://www.refworks.com/express/ExpressImport.asp?filter=Refworks%20Tagged%20Format&vendor=RUA&url=http://rua.ua.es/dspace/refworks?handle=10045/10295))

 (<https://www.mendeley.com/import/?url=http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/10295>)  (/dspace/item-

export/10045/10295/endnote)  (/dspace/item-export/10045/10295/bibtex)  (/dspace/item-export/10045/10295/text)

 (/dspace/es?action=show_item&range=all&archiveid=10295)

Título:	Más allá de Kelsen: monismo y pluralismo en el derecho internacional
Autor/es:	Luzzati, Claudio (/dspace/browse?type=author&value=Luzzati%2C+Claudio)
Palabras clave:	Kelsen, Hans Derecho internacional Teoría del Derecho Monismo Pluralismo
Área/s de conocimiento:	Filosofía del Derecho
Fecha de publicación:	1999
Editor:	Universidad de Alicante. Área de Filosofía del Derecho
Cita bibliográfica:	LUZZATI, Claudio. "Más allá de Kelsen: monismo y pluralismo en el derecho interna
URI:	http://hdl.handle.net/10045/10295 (http://hdl.handle.net/10045/10295) http://dx.doi.org/10.14198/DOXA1999.22.05
ISSN:	0214-8876
DOI:	10.14198/DOXA1999.22.05
Idioma:	spa
Tipo:	info:eu-repo/semantics/article
Revisión científica:	si
Aparece en las colecciones:	Revistas - DOXA - 1999, N. 22 (/dspace/handle/10045/10290)

Claudio Luzzati

**«MÁS ALLÁ DE KELSEN.
MONISMO Y PLURALISMO
EN EL DERECHO
INTERNACIONAL»**

DOXA 22 (1999)

MÁS ALLÁ DE KELSEN MONISMO Y PLURALISMO EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Claudio Luzzati
Universidad de Milán

So wie, solange es eine Religion gibt, es eine dogmatische Theologie geben muß, die durch keine Religions-Psychologie oder -Soziologie zu ersetzen ist, so wird es –solange es ein Recht gibt– eine normative Rechtslehre geben.

Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1934), Aalen, Scientia Verlag, 1985, p. 37.

1. Introducción

Las consideraciones de Kelsen en torno al derecho internacional no pueden aislarse del cuerpo total de la teoría pura¹. La no neutralidad científica de Kelsen como internacionalista –puesta de relieve por muchos autores²– es simplemente el reflejo de la no neutralidad científica de Kelsen como teórico general del derecho. No cabe, pues, pensar en un descenso momentáneo y sectorialmente circunscrito de la pureza de la doctrina kelseniana en el campo internacionalista.

Por otra parte, tratar de demostrar que Kelsen no es avalorativo, como él mismo pretende, y que la teoría pura no es en realidad pura, constituye ya uno de los ejercicios intelectuales más estériles y devaluados que cabe imaginar.

Entre los aspectos en discusión de la teoría internacionalista de Kelsen se cuentan, en la medida en que se trata de aspectos valorativa y políticamente comprometidos, los dos puntos siguientes:

a) la reducción del derecho a un conjunto de técnicas coercitivas y

b) la visión monista del derecho, de acuerdo con la cual el ordenamiento estatal sería un ordenamiento parcial sometido al ordenamiento internacional.

En esta sede me ocuparé del primer punto sólo fugazmente, limitándome a hacer una alusión breve e ineludible a los problemas que comporta

¹ Cfr. R. MONACO, «Kelsen e la teoria del diritto internazionale», en C. ROEHRSEN (ed.), *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del novecento*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1983, 39-51, p. 42.

² Cfr. p. ej. M. GIULIANO, *La comunità internazionale e il diritto*, CEDAM, Padua, 1950, cap. III, en particular pp. 120 ss., 127-129, y R. AGO, *Scienza giuridica e diritto internazionale*, Giuffrè, Milán, 1950, 7-8, pp. 31-42.

(vid. infra § 2), y, a cambio, me concentraré en el segundo aspecto (vid. infra § 3 ss.). Este es, a mi juicio, el más interesante y actual, puesto que su examen nos lleva a analizar las razones por las cuales la epistemología jurídica neokantiana de Kelsen resulta del todo inadecuada (vid. infra §§ 5-6); además, tal examen nos obliga a explorar las posibles alternativas a las posiciones del jurista de Praga en materia de teoría general del derecho y de metodología (vid. infra § 7ss.). A mi juicio, la contraposición entre pluralismo y monismo en el derecho internacional funciona como un papel de tornasol que contrasta algunas cuestiones teóricas de fondo; y como quiera que sea discutible que un Kelsen sin Kant³ pueda resistir un análisis crítico riguroso, de su contraposición surge con fuerza la necesidad de ir más allá de Kelsen sin dispersar el patrimonio de reflexiones acumulado por este autor. Una invitación como ésta a la superación de Kelsen puede sonar algo trasnochada –especialmente en el panorama filosófico europeo donde tal superación se consumó hace ya tiempo–, pero se justifica en la medida en que todavía queda abierto un importante problema: el de decidir qué tesis constituyen una auténtica superación de Kelsen y cuáles, por el contrario, representan simplemente una vuelta a viejas posiciones prekelsenianas.

2. Derecho y fuerza

Como es sabido, Kelsen considera, dando continuidad a la tradición del iuspositivismo decimonónico⁴, que:

«En cuanto orden coactivo (*als Zwangsordnung*), se diferencia el derecho de otros sistemas sociales. El momento de coacción (*das Zwangsmoment*) –es decir, la circunstancia de que el acto estatuido por el orden como consecuencia de un hecho considerado como socialmente dañino, deba llevarse a cabo inclusive contra la voluntad del hombre a que toca y, en caso de oposición, recurriendo a la fuerza física– es el criterio decisivo»⁵.

³ Cfr. S. L. PAULSON, «Kelsen without Kant», texto leído y discutido en la Universidad de Génova el 6 de diciembre de 1991 y en la Universidad de Salerno el 10 de diciembre de 1991, trad. it. «Kelsen senza Kant» de M. Ricciardi, en *RIFD*, 69 (1992), 404-417.

⁴ Cfr. H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, I edic., Deuticke, Leipzig y Viena, 1934, reimpr. a cargo de S. L. Paulson, Scientia, Aalen, 1985, § 12, p. 25, trad. it. *Lineamenti di dottrina pura del diritto* di R. Treves, Einaudi, Turín, 1970, p. 66, trad. cast. de Moisés Nilve, *Teoría pura del derecho*, EUDEBA, Buenos Aires, 1977, pp. 82 ss. [en lo sucesivo, se consignará la traducción al castellano de las obras y se citará por ella cuando haya estado disponible; en los demás casos, normalmente se traducirá al castellano salvo que el autor haya citado en la lengua original N.T.]

⁵ H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, II edic., Deuticke, Viena, 1960, § 6, b, p. 36, trad. it. *La dottrina pura del diritto* di M. G. Losano, Einaudi, Turín, 1966, p. 46; trad. cast. de Roberto J. Vernengo, *Teoría pura del derecho*, Porrúa, México, reimpr. 1991, p. 48. Cfr. también ID., *Principles of International Law*, Rinehart, Nueva York, 1952, pp. 4-5, y «Théorie du droit international public», en *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, 1953, III, vol. 84, 1-203, pp. 13-14. V., y, en fin, H. KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwic-*

De otro lado, Kelsen observa que

«Es por eso, dudoso que, en general (*überhaupt*), sea posible establecer una distinción entre sistemas sociales con sanciones y sin sanciones. La distinción únicamente relevante entre los sistemas sociales no radica en que unos estatuyan sanciones y los otros no, sino en los diversos tipos de sanciones (*sondern in den verschiedenen Arten von Sanktionen*)»⁶.

En concreto,

«Las sanciones estatuidas por un orden jurídico son, a diferencia de las trascendentes, socialmente inmanentes y, a diferencia de las que consisten en la mera aprobación o desaprobación, son sanciones socialmente organizadas (*gesellschaftlich organisierte Sanktionen*)»⁷.

En síntesis, las sanciones jurídicas —a diferencia de las reacciones espontáneas de los ciudadanos— están institucionalizadas y consisten en privaciones coactivas de la vida, de la libertad, de bienes económicos o de otro género, como consecuencia de las condiciones determinadas por el derecho. Para Kelsen, la coercitividad sirve entonces como elemento diferenciador de los ordenamientos jurídicos respecto de otros órdenes sociales⁸. Esto no significa, naturalmente, que se deba hacer uso de la coacción física cada vez que se sigan las normas jurídicas; tal eventualidad sólo se verifica en los casos en que se oponga resistencia a la ejecución, lo cual no sucede normalmente⁹.

Por eso, en la teoría pura se establece un nexo inescindible entre la juridicidad y la posibilidad del uso de la fuerza. Las normas jurídicas, en cuan-

kelt aus der Lehre vom Rechtssatze (1911, 19232), trad. it. parcial. de A. Carrino *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica*, I, ESI, Nápoles, 1991, Prefacio a la II edición, p. 17; trad. cast. de Wenceslao Roces, *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado (Desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica)*, Porrúa, México, 1987, p. XLIV: «Parece que sin recurrir al factor de la coacción, no es posible llegar a formular un concepto de la norma jurídica en que se acuse la diferencia específica entre ésta y la norma moral». Para una crítica de las posiciones de Kelsen, v. N. BOBBIO, voz «Sanzione», en *Novissimo Digesto Italiano*, XVI, UTET, Turín, 1969, pp. 530-540, especialmente pp. 537 ss.

⁶ H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, II edic., cit., § 5, b, p. 29, trad. it. cit., p. 39, trad. cast. cit., p. 42. Cfr. también ID., *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1945, remipr. 1949, p. 16, trad. it. *Teoria generale del diritto e dello stato* di S. Cotta e G. Treves, Etas, Milano 1978 (I edic. it., Comunità, Milano 1952), p. 16, trad. cast. de Eduardo García Máynez, *Teoría general del Derecho y del Estado*, UNAM, México, 1979, p. 18.

⁷ H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, II edic., cit., § 6, b, p. 35, trad. it. cit., p. 45, trad. cast. cit. p. 47.

⁸ Cfr. H. KELSEN, «Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis», en *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, 1932, IV, vol. 42, 117-351 p. 124: «Le droit est un ordre de contrainte: les normes constitutives d'un ordre juridique prescrivent la contrainte. Elles déterminent les conditions auxquelles seules la contrainte physique peut, doit être employée par un homme envers un autre. Si la société ne connaissait plus la contrainte, le règlement des actions humaines cesserait d'être du droit».

⁹ Cfr. H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, II edic., cit., loc. ult. cit.

to tales, son reducidas al rígido esquema de las normas sancionadoras; y cuando una norma no se ajusta a tal esquema, ya no es considerada una norma autónoma, sino un simple fragmento de norma¹⁰. Advuértase que no cabe objetar que Kelsen previera otro criterio de juridicidad sin referencia directa a la coacción: el dinámico de la validez entendida como pertenencia (*membership*) a un cierto ordenamiento jurídico¹¹. En efecto, la validez dinámica, a pesar de estar determinada necesariamente sobre la base de los parámetros meramente «formales» de la competencia y del procedimiento –a los que podrán añadirse parámetros materiales– reposa siempre en última instancia sobre la norma fundamental, la cual es reformulable así: «*la coacción (Zwang) debe ser puesta en las condiciones del modo que haya sido determinado por el primer constituyente o por los órganos delegados por él*»¹². «Junto con la norma fundante», aclara Kelsen, «*se da por supuesta también la definición en ella contenida, del derecho como norma coactiva*»¹³.

Este complejo entramado de derecho y poder (*Macht*) surge también por lo demás de otra tesis kelseniana, que hace concesiones relevantes a los realistas: la tesis según la cual la eficacia es a grandes rasgos condición de la validez de un ordenamiento coactivo que se considere derecho y –en la *Reine Rechtslehre* de 1960– incluso de la validez de las normas jurídicas individuales. La solución expuesta por la teoría pura entonces

«...no es más que la formulación científica exacta de la vieja verdad: el derecho, por cierto, no puede darse sin poder, pero, con todo, no es idéntico al poder. Es, en el sentido de la teoría aquí desarrollada, un determinado orden (u organización) del poder»¹⁴.

¹⁰ Cfr. H. KELSEN, op. ult. cit., § 6, y (*Unselbständige Rechtsnormen*), pp. 55 ss., trad. it. cit., pp. 68 ss., trad. cast. cit., pp. 67 ss.

¹¹ Cfr. H. KELSEN, op. ult. cit., § 6, a, p. 32, trad. it. cit., pp. 42-43, trad. cast. cit., pp. 44-45. Vid. también ID., «Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public», en *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, 1926, IV, vol. 14, 217-331, p. 266: «Si, par exemple, le droit et la morale constituent deux systèmes normatifs différents, ce n'est point parce que ni dans la mesure où celui-là règle la conduite extérieure des hommes et celle-ci leur conduite intérieure, mais seulement parce que et dans la mesure où ils procèdent de deux sources différentes, indépendantes l'une de l'autre. Deux ordres différents par leur source peuvent tout aussi bien différer également par leur contenu qu'avoir au contraire, en tout ou en partie, le même objet».

¹² H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, I edic., cit., § 28, pp. 65-66, trad. it. cit., p. 98, trad. cast. cit., p. 75, cursivas mías. Vid. también ID., *Reine Rechtslehre*, II edic., cit., § 6, d, p. 51, y § 34, c, pp. 203-204, trad. it. cit., pp. 63-64 y 226, trad. cast. cit., p. 63 y p. 208.

¹³ H. KELSEN, op. ult. cit., p. 51, trad. it. cit., pp. 63-64, trad. cast. cit., p. 63, cursivas mías. Kelsen añade en nota 40: «Pero la norma fundante no es idéntica con la definición que contiene. En cuanto norma, no constituye un concepto», reenviando a la importante nota de p. 17. Vid. también pp. 54-55, trad. it. cit. p.67, trad. cast. cit., p. 66.

¹⁴ H. KELSEN, op. ult. cit., § 34, g, p. 221, trad. it. cit., p. 243, trad. cast. cit., p. 225. Vid. también, ID., «The Law as a Specific Social Technique», en *University of Chicago Law Review*, 9 (1941), 75-97, trad. it. «Il diritto come specifica tecnica sociale» de R. Guastini, in H. KEL-

Kelsen subraya que «el derecho no se caracteriza como un fin, sino como un medio específico»¹⁵. Pero precisamente esta concepción del derecho como «una técnica social» que se sirve de la coacción y que requiere una organización más o menos centralizada deteriora la coherencia del planteamiento antiteleológico de Kelsen: el derecho, en efecto, asume la función general de limitar el uso indiscriminado de la fuerza, promoviendo la paz, según un primer planteamiento abandonado más tarde¹⁶, o, –como Kelsen dijo posteriormente con una «no leve modificación» de sus posiciones precedentes– garantizado la «seguridad colectiva»¹⁷. El derecho, por tanto, tiene un fin, si bien se trata de un «fin que tiene valor instrumental», en cuanto sirve de «condición preliminar para alcanzar otros fines»¹⁸.

El derecho internacional es configurado por Kelsen, al igual que cualquier otro derecho, como un ordenamiento coactivo que prevé sanciones es-

SEN, *La teoría política del bolscevismo e altri saggi*, Il Saggiatore, Milano 1981, 94-120, trad. cast. de A. Calsamiglia, «El Derecho como técnica social específica», en H. KELSEN, *¿Qué es justicia?*, Ariel, Barcelona, 1991, pp. 152-182.

¹⁵ H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, I edic., cit., § 14, c, p. 32, trad. it. cit., p. 71, trad. cast. cit., p. 74.

¹⁶ Cfr. H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, cit., pp. 21-23, trad. it. cit., pp. 21 ss., trad. cast. cit., 21 ss. Vid. también ID., *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und Rechtspositivismus* (1928), reimpr. en H. KLECATSKY-R. MARCIC-H. SCHAMBECK (eds.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, Europa Verlag, Viena-Salzburgo-Munich, 1968, I, 281-350, trad. it. *La dottrina del diritto naturale ed il positivismo giuridico* de S. Cotta y G. Treves en apéndice a H. KELSEN., *Teoria generale del diritto e dello stato*, cit., 395-454, p. 449; ID., *Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis*, cit., p. 125; ID., «The Metamorphoses of the Idea of Justice», en AA.VV., *Interpretations of Modern Legal Philosophies. Essays in Honour of Roscoe Pound*, O.U.P., Nueva York 1947, trad. it. «Le metamorfosi dell'idea di giustizia» de A. Carrino, en ID., *L'anima e il diritto*, Edizioni Lavoro, Roma, 1989, 93-135, p. 104.

¹⁷ Cfr. H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, II edic., cit., § 6, b, en particular p. 40, trad. it. cit., p. 51, trad. cast. cit., p. 52, donde, entre otras cosas, se observa: «mientras en las relaciones entre los Estados, la guerra no se encuentre prohibida por el derecho internacional, no podrá sostenerse bienamente que el vivir bajo el derecho sea una situación pacífica, que el asegurar la paz (*ein Friedenszustand*) sea una función esencial (*eine wesentliche Funktion*) del derecho». Cfr. asimismo op. cit., § 11, pp. 66-67, trad. it. cit., p. 80, trad. cast. cit., 77-78, § 34, h, p. 223, trad. it. cit., p. 246, trad. cast. 225 ss., al que se añade H. KELSEN, *The Law of United Nations. A Critical Analysis of its Fundamental Problems*, Stevens & Sons, Londres 1950, cap. II. Sobre estos problemas vid. también N. BOBBIO, «Hans Kelsen», in *RIFD*, 50 (1973), 426-449, reimpr. en ID., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, 187-215, Comunità, Milán, 1977, pp. 211 ss., trad. cast. de Alfonso Ruíz Miguel, «Estructura y función en la teoría del Derecho de Kelsen», en *Contribución a la teoría del Derecho*, Debate, Madrid, 1990, 235-254, pp. 251 ss.; S. COTTA, *Dalla guerra alla pace*, Rusconi, Milán 1989; L. CIAURRO, «Un diritto internazionale per la pace», nota introductoria a la trad. de H. KELSEN, *Peace through Law* (1944), *La pace attraverso il diritto* di L. Ciaurro, Giappichelli, Turín 1990, trad. cast., *La paz por medio del derecho*, Losada, Buenos Aires, 1946; A. CARRINO, *L'ordine delle norme. Politica e diritto in Hans Kelsen*, II edic., ESI, Nápoles 1990 (I edic. 1984), cap. IV; P. BORSELLINO, *Norberto Bobbio metateorico del diritto*, Giuffrè, Milán 1991, cap. IV.

¹⁸ N. BOBBIO, op. ult. cit., loc. cit.

pecíficas –la guerra y la represalia– como consecuencias de unos actos ilícitos¹⁹.

No es éste el lugar para dar cuenta de las innumerables discusiones a las que ha dado lugar la tesis kelseniana de que la guerra entablada por un Estado contra otro es o bien una sanción descentralizada –autorizada por el derecho internacional concebido como derecho primitivo– o bien un delito²⁰. De hecho, mi objetivo no es tanto establecer si el reduccionismo kelseniano del derecho a ordenamiento coactivo y de la norma jurídica a norma sancionadora sea aceptable, cuanto mostrar cómo un reduccionismo tal pueda ser aceptado –o rechazado– invocando sólo criterios valorativos. Me basta con cuestionar que esta interpretación del derecho internacional como conjunto de normas disciplinantes del uso de la fuerza en las relaciones internacionales sea simplemente el replanteamiento de las tesis de fondo de Kelsen; por otra parte, tales tesis hacen imposible una aproximación metodológicamente neutral: una vez determinado convencionalmente el contenido, o sea el objeto, del derecho por medio de una opción redefinitoria de tipo lamentablemente político, el formalismo jurídico en su totalidad se convierte para el teórico del derecho y para el jurista positivo en una alternativa que ya no se puede proponer²¹.

Kelsen, por otra parte, demuestra en ciertos períodos una notable consciencia del valor político de su propia posición acerca de las relaciones entre derecho y fuerza, posición de la que derivan lógicamente sus conclusiones sobre las sanciones del ordenamiento internacional. Intentaré ilustrar sumariamente esta afirmación con tres citas.

1) Al inicio de los *Principles of International Law* se nos pregunta: «but is so called international law law in the same sense as national or municipal

¹⁹ Cfr. p. ej. H. KELSEN, «The Essence of International Law», en K. W. DEUTSCH y S. HOFFMANN (eds.) *The Relevance of International Law. Essays in Honour of Leo Gross*, Shenkman Publishing Company, Cambridge 1968, pp. 85 ss. Aprovecho la oportunidad para señalar la tesis de licenciatura de ANNALISA MERCAI, *Sanzione e diritto internazionale nella concezione di Hans Kelsen*, relator U. Scarpelli, Università degli Studi di Milano, Facoltà di Giurisprudenza, año académico 1985-1986.

²⁰ Cfr. H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, cit., p. 340, trad. it. cit., p. 345, trad. cast. cit., p. 394; ID., *Principles of International Law*, cit., pp. 25 ss.; ID., *Reine Rechtslehre*, II edic., cit., § 42, a, pp. 322-323, trad. it. cit., p. 354, trad. cast. cit., p. 324. Por otra parte, la ejecución es autorizada por el ordenamiento, pero no es necesariamente prescrita, cfr. op. ult. cit., § 6, d, p. 52, trad. it. cit., p. 64, trad. cast. cit., 64.

²¹ Cfr. N. BOBBIO, *Il positivismo scientifico, Lezioni di Filosofia del diritto raccolte dal dott. N. Morra (anno accademico 1960-1961)*, reimpr. Giappichelli, Turín 1979, pp. 168-169, trad. cast. de Rafael de Asís y Andrea Greppi, *El positivismo jurídico*, Debate, Madrid, 1993, pp. 223-225, e ID., *Diritto e forza* (1966), reimpr. en ID., *Studi per una teoria generale del diritto*, Giappichelli, Turín 1970, 119-138, pp. 137-138, trad. cast. de Alfonso Ruiz Miguel, «Derecho y fuerza», en *Contribución a la teoría del Derecho*, cit., 325-338, pp. 337-338.

law?» y se da la siguiente indicación: «the answer to this question depends on the definition of the concept of law». Pero, evidentemente, si una definición del concepto de derecho no tiene la pretensión de presentarse como una definición real, entonces comporta una opción valorativa²².

2) En la *General Theory of Law and State* hallamos este pasaje, a menudo recordado por cuantos desean poner de manifiesto la no neutralidad de Kelsen:

«The technical inadequacies of general international law do indeed to a certain extent justify the interpretation of the opponents of the *bellum justum* theory. But whoever attempts this interpretation must be consistent; he must not regard international law as true law. The opposite interpretation, however –that based on the *bellum justum* theory– is also possible, as has been shown. The situation is characterized by the possibility of a double interpretation. It is one of the peculiarities of the material which forms the object of the social sciences to be sometimes liable to a double interpretation. Hence, objective science is not able to decide for or against one or the other. It is not a scientific but a political decision which gives preference to the *bellum justum* theory. This preference is justified by the fact that only this interpretation conceives of the international order as law, although admittedly primitive law»²³.

3) Para concluir, desearía recordar un fragmento extraído del curso intitolado *Théorie du droit international public* impartido por Kelsen en 1953, donde el «primitivismo» del derecho internacional no es una pura categoría descriptiva, sino que asume una connotación negativa, que deriva de la «insuficiencia manifiesta» de las sanciones de tal derecho:

«L'insuffisance manifeste des représailles et de la guerre en tant que sanctions du droit international est la conséquence de la complète décentralisation de la communauté constituée par ce droit. C'est précisément l'absence de centralisation et plus spécialement l'absence d'un pouvoir exécutif centralisé qui donne au droit international son caractère de droit primitif»²⁴.

3. El derecho internacional como «civitas maxima»

El estudio del derecho internacional está presidido por la contraposición entre las teorías monistas y las teorías pluralistas del ordenamiento.

Partiendo del punto de vista de una construcción monista, se abren dos posibilidades: de un lado, se puede considerar que sólo el derecho estatal es

²² H. KELSEN, *Principles of International Law*, cit., p. 3. Cfr. asimismo ID., *General Theory of Law and State*, cit., p. 340, trad. it. cit., p. 345, trad. cast. cit., p. 390.

²³ H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, cit., p. 341, trad. it. cit., p. 346, trad. cast. cit., pp. 405-406.

²⁴ H. KELSEN, «Théorie du droit international public», cit., p. 44. Vid. también ID., «Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public», cit., p. 318, donde se afirma que, a causa de su primitivismo, el derecho internacional «souffre incontestablement d'une imperfection technique».

derecho válido y que el orden internacional contiene meras normas de moralidad positiva²⁵ o a lo sumo –haciendo uso de la fórmula hegeliana criticada con acritud por Kelsen– que contiene las normas del «derecho político externo»²⁶; por otra parte, se puede considerar que los derechos de los Estados individuales y el derecho internacional constituyen un ordenamiento unitario donde la comunidad internacional prevalece sobre la «voluntad» estatal.

Los defensores del pluralismo, por el contrario, están llamados a explicar de qué manera ordenamientos jurídicos diversos y recíprocamente independientes sean capaces de coexistir.

Con carácter previo, conviene preguntarse si la elección entre monismo y pluralismo se funda sobre argumentos de derecho positivo o bien sobre argumentos teóricos y filosóficos. La respuesta no es sencilla. Por lo que a mí se refiere, creo, siguiendo a Raz, que elaborar criterios adecuados para establecer la existencia y la identidad de un sistema jurídico –más allá del estudio de la estructura– es una tarea propia de la teoría general del derecho²⁷. Piénsese por lo demás en la evidente naturaleza iusfilosófica de la tesis de Kelsen, según la cual dos sistemas normativos son diferentes si se apoyan en

²⁵ Cfr. J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, edic. de H. L. A. Hart, Weidenfeld & Nicolson, Londres, 1954, pp. 12, 127, 142, 201.

²⁶ Cfr. G. W. F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (1820), trad. it. *Lineamenti di filosofia del diritto* de F. Messineo Laterza, Roma-Bari, 1974, §§ 330 ss., pp. 322 ss., trad. cast. de Juan Luis Vermal, *Principios de la filosofía del derecho*, Edhasa, Barcelona, 1999 (2ª ed.), pp. 483 ss.; H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre* (19201, 19282), reimpr. Scientia, Aalen, 1960, § 64, p. 318, trad. it. *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto* di A. Carrino, Giuffrè, Milán, 1989, p. 466; ID., «Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public», cit., p. 324, e ID., *Reine Rechtslehre*, II edic., cit., § 43, d, a, p. 335, trad. it. cit., p. 368, trad. cast. cit. p. 337. La tesis hegeliana es criticada también por S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico* (1918), II edic. Sansoni, Florencia, 1946, pp. 110 y 114, trad. cast. de Sebastián Martín-Retortillo y Lorenzo Martín-Retortillo, *El ordenamiento jurídico*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963, pp. 210 y 214. Cfr., en fin, A. CARRINO, *L'ordine delle norme*, cit., pp. 122 ss. y 130-131, que dirige a Kelsen la acusación algo paradójica de «hegelianismo implícito».

²⁷ J. RAZ, *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System*, II edic., Clarendon, Oxford 1980 (I edic. 1970), trad. it. *Il concetto di sistema giuridico. Un'introduzione alla teoria del sistema giuridico* di P. Comanducci, Il Mulino Bologna, 1977, trad. cast. de Rolando Tamayo y Salmorán, *El concepto de sistema jurídico: una introducción a la teoría del sistema jurídico*, UNAM, México, 1986. Vid. también P. COMANDUCCI, «Joseph Raz e la teoria del sistema giuridico», en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 8 (1978), 359-422. Por lo demás, una opinión análoga a la de Raz es expresada por el mismo H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität*, cit., § 25, p. 103, trad. it. cit., p. 152, el cual afirma a propósito del problema de la soberanía que «se trata de una cuestión que en último análisis no puede ser resuelta con una normación jurídica positiva (*positivrechtliche Satzung*)»; la solución, en cambio, correspondería a la ciencia del derecho, que no puede sino proceder desarrollando sistemáticamente una hipótesis presupuesta por las reglas del derecho positivo.

normas fundamentales diferentes, independientes e irreductibles entre sí²⁸. Por otra parte, corresponderá a los juristas positivos verificar, a la vista de los criterios y los modelos prescritos por los teóricos, si en un caso específico dado, determinadas reglas y prácticas son calificables en su conjunto como un «ordenamiento jurídico independiente». En consecuencia, la cuestión sobre si se debe hablar de una pluralidad de ordenamientos jurídicos o bien de un solo ordenamiento omnicompreensivo es una típica cuestión de delimitación cuya solución requiere la contribución conjunta de la teoría general y de la doctrina (vid. infra § 5).

Kelsen, como es sabido, se inclina decididamente por el monismo: el ordenamiento jurídico internacional, determinando la esfera y el fundamento de validez de los órdenes jurídicos estatales, forma con estos últimos un único ordenamiento jurídico universal, la *civitas maxima* de wolffiana memoria²⁹. Según la reconstrucción de Hart³⁰, las tesis centrales de la teoría pura sobre este tema son dos, una positiva y otra negativa: la tesis positiva es que todas las normas válidas constituyen (¿necesariamente?) un sistema unitario³¹; la negativa es que dos normas válidas no pueden entrar en conflicto entre sí³². A veces se tiene la impresión de que en la concepción kelseniana el monismo preceda hasta en orden de importancia al requisito de la coactividad³³.

²⁸ Cfr. p. ej. H. KELSEN, «Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public», cit., p. 264.

²⁹ Cfr. H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, cit., p. 370, trad. it. cit., p. 376, trad. cast. cit. p. 443 e ID., *Das Problem der Souveränität*, cit., cap. IX.

³⁰ Cfr. H. L. A. HART, «Kelsen's Doctrine of the Unity of Law» (1968), reimpr. en ID., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon, Oxford, 1983, 309-342, p. 309, trad. cast. de Rolando Tamayo y Salmorán, «La teoría de Kelsen sobre la unidad del derecho», en P. CASANOVAS y J.J. MORESO (eds.), *El ámbito de lo jurídico*, Crítica, Barcelona, 1994, pp. 383-421.

³¹ Cfr. H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, cit., p. 363, trad. it. cit., p. 369, trad. cast. p. 444: «It is logically not possible to assume that simultaneously valid norms belong to different, mutually independent systems». Vid. también ID., *Reine Rechtslehre*, II edic., cit., § 43, pp. 328 ss., trad. it. cit., pp. 360 ss., trad. cast. pp. 332 ss., e ID., «Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public», cit., p. 268.

³² Cfr. H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, cit., p. 375, donde se afirma que «two contradictory norms cannot both be valid», trad. it. cit., p. 381, trad. cast. cit., p. 447. Vid. también ID., *Reine Rechtslehre*, II edic., cit., § 16, p. 77, trad. it. cit., p. 91, trad. cast. p. 88 e ID., «Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public», cit., p. 267. Es sabido que Kelsen en seguida cambió dramáticamente su opinión en este punto, cfr. la postura ID., *Allgemeine Theorie der Normen*, a cargo de K. Ringhofer e R. Walter, Manz, Viena 1979, trad. it. *Teoria generale delle norme* di M. Torre, a cargo de M. G. Losano, Einaudi, Turín 1985, trad. cast. de Hugo Carlos Delory Jacobs, Trillas, México, 1994.

³³ Cfr. H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität*, cit., § 30, p. 122, trad. it. cit., p. 180: «las dudas sobre la naturaleza jurídica del derecho internacional no derivan en realidad de la existencia o no en estas normas del momento coercitivo, sino en sustancia de la duda sobre si

Los argumentos adoptados por Kelsen, como ha sido demostrado por Hart de modo casi incontestable, no son lo bastante fuertes para sostener la solución monista y universalista³⁴. Pero el problema en esta sede –análogamente a cuanto se ha examinado en el párrafo precedente a propósito de las sanciones del derecho internacional– no es examinar si Kelsen tiene razón o se equivoca, sino localizar los compromisos valorativos de fondo en este autor.

De inmediato salta a la vista que Kelsen en sus escritos da escasísimo peso a la doctrina pluralista (o dualista, como él la llama a veces). Kelsen no cesa de criticar esta doctrina en un plano estrictamente jurídico, sosteniendo que desde una perspectiva pluralista se haría imposible una coordinación y una delimitación recíproca de los ámbitos de validez de los singulares ordenamientos estatales³⁵; sin embargo, a su juicio la objeción determinante al pluralismo es de carácter lógico: de hecho, según el jurista de Praga, «la unidad del punto de vista del conocimiento exige imperiosamente una concepción monista»³⁶. Es lógicamente imposible que se dé la validez simultánea y a partir del mismo unitario punto de vista (*von demselben einheitlichen Standpunkt*) de dos sistemas normativos diferentes (vid. infra § 6).

«Así como por su propia condición el jurista y el moralista necesariamente deben, presupuesta la total independencia mutua entre derecho y moral, *prescindir* el uno de la moral y el otro del derecho, así –presupuestos el derecho estatal y el derecho internacional como dos ámbitos normativos diversos– quien se basa en el ordenamiento jurídico de un Estado concreto y se declara en este sentido «jurista», no puede incluir en el ámbito de sus consideraciones la validez de normas jurídicas internacionales. Para el «jurista» un derecho internacional que se remonte a un origen completamente diverso de la fuente del derecho estatal no existe en mayor medida que la moral y viceversa»³⁷.

derecho internacional y derecho estatal puedan ser comprendidos a partir de un mismo punto de vista jurídico». Cfr. ID., «Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public», cit., pp. 276-277: «Dans ces conditions, la construction dualiste implique la négation de la nature juridique du «droit international». Résoudre ce grave problème ne consiste pas à décider si, pour être véritablement du droit, le «droit international» doit avoir une sanction, si notamment il doit disposer d'un appareil de contrainte propre pour l'application des sanctions particulières; *ce n'est là qu'une question technique d'ordre secondaire*» (cursivas mías). Vid. también, «Staat und Völkerrecht», in *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 4 (1925), p. 216.

³⁴ Cfr. H. L. A. HART, «Kelsen's Doctrine of the Unity of Law», cit.

³⁵ Cfr. p. ej. H. KELSEN, «Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public», cit., pp. 279-280; ID., *General Theory of Law and State*, cit., p. 363, trad. it. cit., p. 369, trad. cast. cit., p. 436, e ID., *Principles of International Law*, cit., pp. 403 ss., especialmente. p. 404: «This dualism or –taking into account the existence of numerous national legal orders– this pluralism contradicts, as we have seen, the contents of international law, since international law itself establishes a relation between its norms and the norms of of the different national legal orders. The pluralistic theory is a contradiction to positive law, provided international law is considered to be a valid legal order».

³⁶ H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität*, cit., § 30, p. 123, trad. it. cit., p. 180.

³⁷ H. KELSEN, op. ult. cit., p. 121, trad. it. cit., p. 178. Vid. también ID., «Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public», cit., p. 276; ID., *Reine Rechts-*

Por otra parte, si se admitiese la posibilidad de un conflicto entre el ordenamiento estatal y el internacional, se debería admitir igualmente la posibilidad de la existencia de un «ilícito del Estado», o sea de un «derecho antijurídico», lo cual para el Kelsen de *Das Problem der Souveränität* y de la *Reine Rechtslehre* equivaldría a una evidente contradicción en los términos. No se puede imputar el no-derecho a la personificación del derecho, del mismo modo que la teología cristiana debe necesariamente contraponer a la persona de Dios la del diablo³⁸.

En definitiva, de acuerdo con la teoría pura, el pluralismo tiende siempre a revelarse como un pseudopluralismo en cuyo interior anidan los omnipresentes fantasmas del solipsismo estatal y del dogma de la soberanía³⁹. Solamente desde un punto de vista como éste cobra sentido la afirmación kelseniana, aparentemente absurda, de que la doctrina pluralista conduciría a considerar el derecho internacional como una suerte de moral o de derecho natural⁴⁰.

lehre, I edic., cit., § 50, c, pp. 138-139, trad. it. cit., pp. 156-157; trad. cast. cit., p. 207, ID., *General Theory of Law and State*, cit., pp. 373-374, trad. it. cit., pp. 377-378, trad. cast. cit., pp. 443-444; ID., *Principles of International Law*, cit., p. 404; ID., *Reine Rechtslehre*, II edic., cit., § 43, a, pp. 329-330, trad. it. cit., pp. 361-362, trad. cast. cit., pp. 330-332.

³⁸ Cfr. H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität*, cit., § 30, p. 121, nota 2, trad. it. cit., p. 179, y § 35, pp. 147-148, trad. it. cit., p. 215-217, en la que el autor reenvía a su ensayo «Über Staatsunrecht» (1913), reimpr. en H. KLECATSKY-R. MARCIC-H. SCHAMBECK (eds.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, cit., I, 957-1057, trad. it. «L'illecito dello Stato» di A. Abignente ESI, Nápoles 1988, pero aseverando: «En este ensayo no veía todavía con claridad suficiente la unidad de derecho estatal y derecho internacional».

³⁹ Cfr. H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität*, cit., § 35, pp. 150-151, trad. it. cit., p. 220, donde se afirma claramente que «una construcción dualista es ciertamente sólo una construcción pseudodualista», e ID., «Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public», cit., p. 278, donde se dice: «Le pluralisme juridique se transforme en un égotisme (Solipsismus) étatique». Vid. también ID., *Reine Rechtslehre*, I edic., cit., § 50, d, p. 141, trad. it. cit., p. 159, trad. cast. p. 208 donde se afirma que «la teoría dualista se ve obligada a abandonar su posición inicial y a orientarse hacia una construcción monista. Para explicar la naturaleza jurídica de los sistemas normativos existentes fuera de un derecho nacional dado, esa teoría enseña que un Estado sólo está obligado por el derecho internacional si lo ha reconocido y que los otros Estados sólo existen jurídicamente o, en otros términos, sólo son órdenes jurídicos, si los ha reconocido como tales.», e ID., *General Theory of Law and State*, cit., p. 383, trad. it. cit., p. 389, trad. cast. cit., p. 456.

⁴⁰ Cfr. H. KELSEN, «Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public», cit., p. 276: «Et en effet, la construction dualiste, poussée jusqu'à ses dernières conséquences, aboutit à faire de ce qu'on appelle le droit international tout simplement une sorte de morale ou de droit naturel, et non pas un droit véritable, au sens plein du mot, au sens où l'on qualifie le droit interne de «droit positif». Vid. también ID., *Reine Rechtslehre*, II edic., cit., § 43, a, p. 330, trad. it. cit., p. 362, trad. cast. cit., pp. 330-332. En contra, S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., pp. 52-53, trad. cast. cit., pp. 142-143: «Piedra de toque para toda definición del derecho ha sido especialmente el llamado problema del Derecho internacional: no será inútil, por consiguiente, contrastar también este problema con nuestra propia definición. Creemos que hay que considerar como un verdadero postulado el carácter erróneo e in-

Por lo demás, para Kelsen, la soberanía

«...no es una propiedad perceptible, o reconocible objetivamente de otra manera, de un objeto real, sino un presupuesto: el presupuesto de un orden normativo como orden supremo no derivable, en su validez, de ningún orden superior. La pregunta de si el Estado es soberano no puede contestarse mediante una investigación de la realidad natural. la soberanía no es un máximo de poder real (*Souveränität ist nicht ein Maximum an realer Macht*)».⁴¹

Sin duda, en la teoría pura el concepto de soberanía –entendida como una característica material y concreta de los Estados– debe ser íntegramente desterrada (*Die Souveränitätsvorstellung freilich muss radikal verdrängt werden*)⁴². El Estado se convierte entonces en un ordenamiento parcial, o sea un conjunto de normas⁴³, y la soberanía se transforma en un concepto metodológico: ésta se identifica con la positividad y termina coincidiendo con aquel fundamento hipotético de la unidad del derecho y del conocimiento jurídico que está representado por la norma originaria (*Ursprungsnorm*) o fundamental (*Grundnorm*)⁴⁴.

4. Kelsen y Santi Romano

En presencia de estos argumentos, la comparación de Kelsen y Santi Romano surge con naturalidad⁴⁵. Ambos autores se oponen con incansable te-

completo de aquellas definiciones del derecho a partir de las cuales se niega el Derecho internacional, ya en su propia existencia, ya en su autonomía –lo que en definitiva no difiere mucho de la anterior–, considerándolo tan sólo como una simple exteriorización o proyección hacia afuera del derecho interno de los distintos Estados».

⁴¹ H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, II edic., cit., § 43, d, p. 334, trad. it. cit., p. 367, trad. cast. cit., p. 336. Cfr. también ID., «Die Rechtswissenschaft als Norm-oder als Kulturwissenschaft. Eine methodenkritische Untersuchung», en *Schollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche*, 40 (1916), 1181-1239, trad. it. «La giurisprudenza come scienza normativa o culturale. Studio di critica metodologica» de A. Carrino, en H. KELSEN, *Dio e Stato*, cit., 73-136, p. 121.

⁴² H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität*, cit., § 65, p. 320, trad. it. cit., p. 469. A los realistas ésta les puede parecer un verdadera represión en sentido psicoanalítico (*Verdrängung*) [en psicología, esta palabra alemana se traduce como represión, N. T.]

⁴³ Cfr. H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, I edic., cit., cap. VIII, e ID., *Reine Rechtslehre*, II edic., cit., cap. VI.

⁴⁴ Cfr. H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität*, cit., cap. IV. Cfr. sin embargo, la revisión sobre el tema de la hipoteticidad en ID., «Die Funktion der Verfassung», en *Forum*, 11 (1964), 583-586, trad. ingl. «The Function of a Constitution» de I. Stewart, en R. TUR e W. TWINING (eds.), *Essays on Kelsen*, Clarendon, Oxford, 1986, 109-119. Cfr. también A. CARRINO, «Kelsen e il tramonto della sovranità», en *Democrazia e diritto*, n. 4-5, 1989, 351-382, que ha sido reproducido en la presentación de la edición italiana de H. KELSEN, *Il problema della sovranità*, cit., y A. CARRINO (ed.), *Kelsen e il problema della sovranità*, ESI, Nápoles 1990..

⁴⁵ Téngase en cuenta, por otra parte, que como advierte N. BOBBIO, «Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano», en ID., *Dalla struttura alla funzione*, cit., pp. 166-167, trad. cast. de Alfonso Ruiz Miguel, «Teoría e ideología en la doctrina de Santi Romano», en *Con-*

nacidad a la tesis de la estatalidad del derecho. La crítica de esta tesis, sin embargo, se desarrolla a través de dos puntos de vista diametralmente opuestos.

En primer lugar, Kelsen vacía de todo contenido empírico la noción de soberanía, contempla toda concepción antropomorfa, hipostática, o en cualquier caso materialista, de la persona jurídica estatal y del ordenamiento como una reafirmación de la teoría según la cual el Estado, como entidad distinta del sistema jurídico, sería señor y árbitro de todo el derecho. Santi Romano, en cambio, aun rechazando –no sé hasta qué punto coherentemente– toda colaboración entre la investigación jurídica y la sociológica, considera el ordamento jurídico como una institución, o sea como «una efectiva unidad social»⁴⁶.

En segundo lugar, Kelsen expresa su propio antiestatalismo considerando al Estado como un mero ordenamiento parcial: persigue el fantasma universalista de la *civitas maxima* y propugna el ideal político de un ordenamiento mundial centralizado. Santi Romano, por el contrario, como agudo estudioso que es de la crisis del Estado moderno y considerando ilusoria cualquier unificación del ordenamiento jurídico, sale en busca no sólo de la macrocomunidad representada por el ordenamiento internacional, sino también de las microcomunidades independientes –y quizá antagónicas– que se esconden entre los pliegues del Estado⁴⁷. De hecho, rechaza la doctrina tradicional que se describe como sigue:

«Tal principio, que podríamos denominar como el de la pluralidad de los ordenamientos jurídicos, no ha sido siempre unánimemente reconocido: si bien se ha admitido plenamente por lo que respecta a los distintos Estados y también, al menos según la doctrina más reciente, para las relaciones entre el derecho estatal y el derecho internacional, muchos, en cambio, niegan su validez por lo que respecta a todos los demás ordenamientos. Es bastante común la opinión que sostiene que todos los ordenamientos, sin excepción alguna, deben reducirse al derecho estatal; sería el Estado, según esta tesis, quien les imprimiría carácter jurídico, bien de manera directa al constituirlos, o simplemente al reconocerlos; y cuando tal reconocimiento no se diera –caso de las instituciones hostiles al Es-

tribución a la teoría del Derecho, cit., 153-168, p. 154, presumiblemente, «el único gran jurista no italiano que entonces se apercibió de Romano fue Carl Schmitt». Cfr. C. SCHMITT, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* (1934), trad. it. parcial «I tre tipi di pensiero giuridico» di P. Schiera, en ID., *Le categorie del politico*, con presentación de G. Miglio, Il Mulino, Bologna 1972, 245-275, p. 260, trad. cast. de Montserrat Herrero, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, Tecnos, Madrid, 1996, pp. 25-26.

⁴⁶ Cfr. S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., pp. 12, 26 y 36, trad. cast. cit., pp. 96, 112 y 124. Para el rechazo de la confusión entre jurisprudencia y sociología op. cit., pp. 41 y 96-97, trad. cast. cit., pp. 129 y 191.

⁴⁷ Cfr. S. ROMANO, op. ult. cit., p. 109, trad. cast. cit., p. 208, e ID., *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Giuffrè, Milán 1969, pp. 5-26.

tado o simplemente contrarias a los principios básicos de su derecho—, habría que considerar antijurídicas tales instituciones, no sólo en relación con tal Estado, lo cual es natural, sino antijurídicas en sí y de por sí; no habría más ordenamientos jurídicos auténticos que el ordenamiento estatal y el interestatal»⁴⁸.

También la tesis de Romano que niega las lagunas, reputando jurídicamente irrelevantes las relaciones no reguladas explícitamente, se interpreta no como una tesis veteropositivista, sino como un ataque al dogma de la estatalidad del derecho⁴⁹.

Desde esta perspectiva, es bastante singular —y quizá revelador— el hecho de que Santi Romano tergiversarse abiertamente la teoría pura, clasificando a Kelsen entre los asertores de la divinización del Estado, entendido hegelianamente como «totalidad ética» o «Dios real» y, en todo caso, como «voluntad única en un sistema armónico». Romano, en efecto, toma por prescriptiva la afirmación antropológica de Kelsen de que existiría una correspondencia en el plano cultural entre el monoteísmo y la unidad del Estado-persona, entre la omnipotencia de Dios en el campo de la naturaleza y la omnipotencia del Estado en el campo del derecho, entre el dogma teológico y el dogma jurídico⁵⁰.

En tercer y último lugar, mientras Kelsen niega que las normas en conflicto de dos ordenamientos originarios diversos —como, en la hipótesis pluralista, el orden estatal y el internacional— puedan ser simultáneamente válidas, Santi Romano admite la posibilidad de semejantes conflictos en los órdenes considerados «sin que ello represente nada a favor o en contra de

⁴⁸ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., pp. 106-107, trad. cast. cit, pp. 205-206.

⁴⁹ Cfr. p. ej. S. ROMANO, op. ult. cit., pp. 142 y 205.

⁵⁰ S. ROMANO, op. ult. cit., pp. 107-111, trad. cast. cit., pp. 207-211. Romano se refiere, entre otros, a H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität*, cit., p. 21, nota, trad. it. cit., p. 34, e ID., «Über Staatsunrecht», cit., p. 964, trad. it. cit., pp. 15-16. En el segundo pasaje Kelsen afirma: «Si es lícita una analogía entre el microcosmos del ordenamiento jurídico y el macrocosmos del orden del universo —y esta no es absolutamente nueva, sino ya conocida por el pensamiento primitivo—, entonces en la grandiosa personificación de todas las normas que dominan el Universo, en cuanto sean concebidas como un sistema con sentido y coherente (*als ein sinnvolles und widerspruchloses System*), esta idea de un Dios-persona unitario responde a la misma o a una análoga economía de pensamiento que la construcción jurídica de un depositario personal unitario del ordenamiento jurídico estatal, del Estado-persona, del Estado-persona unitario». Perfectamente paralelo es el fragmento de S. ROMANO, op. cit., pp. 110-111, trad. cast. cit., pp. 210-211, donde se critica «la doctrina que refiere el ordenamiento jurídico a una sola voluntad, la del Estado, afirmando que tal doctrina deriva de una necesidad mental similar a la que conduce la idea de Dios: la analogía entre el microcosmos jurídico y el macrocosmos del ordenamiento del Universo, impondría —afirma— esta personificación que hace posible la concepción de una voluntad única en un sistema armónico». No hay que olvidar además que Romano vislumbra una sutil consonancia —cuya culminación estaría representada por la teoría del Estado ético de Hegel— entre el monismo estatalista y el iusnaturalismo; por otra parte, Kelsen dirige un reproche simétrico a los pluralistas, a los que acusa de reducir el derecho internacional a mero derecho natural.

su carácter jurídico». «Cada uno de ellos es independiente y está dotado de autonomía propia, desarrollando libremente su vida y su fuerza en el ámbito específico que a cada uno de ellos le corresponde»⁵¹.

Para Romano, en fin, la comunidad internacional es una institución compleja, «una institución de instituciones», que no incorpora –si bien presupone– los singulares ordenamientos estatales: los segundos por lo demás están, «aunque sea limitadamente, subordinados» a la primera, porque «el Derecho internacional solamente aparece como auténtico derecho en cuanto vincula y domina a la voluntad estatal»⁵².

Kelsen, en cambio, como se ha visto en § 3, da por descontado que el pluralismo es incoherente. En ningún momento cuestiona francamente el monismo. De hecho, el problema más debatido por Kelsen en sus obras no es si se debe adoptar el monismo o el pluralismo, sino qué tipo de monismo es preferible: el estatalista o el universalista. Este último problema impondría una disyuntiva de naturaleza política y no científica⁵³. Según Kelsen, el dogma de la soberanía estatal es en efecto el «principal instrumento de la ideología imperialista dirigida contra el derecho internacional»⁵⁴. Por el contrario, la tesis universalista por cuya virtud la soberanía –concebida como cualidad exclusiva de un solo ordenamiento⁵⁵– correspondería no a los Estados concretos, sino a la comunidad internacional, es íntimamente afín a la ideología del pacifismo. En la edición de 1934 de la *Reine Rechtslehre*, Kelsen afirma categóricamente que la teoría de la primacía del derecho internacional se orienta a remover los obstáculos al perfeccionamiento técni-

⁵¹ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 115, trad. cast. pp. 215-216. Vid. también op. cit. pp. 145-146, trad. cast. cit. pp. 245-246 e ID., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milán, 1953 (I edic. 1947), pp. 19 (bajo la voz «Autonomía») y p. 113 (bajo la voz «Realtà giuridica»).

⁵² S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., pp. 38, 106 y 115, trad. cast. cit., pp. 126, 205 y 215.

⁵³ Cfr. H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität*, cit., § 46, pp. 204 ss., trad. it. cit., pp. 299 ss., y cap. XI; ID., «Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public», cit., pp. 313-314 y 321 ss.; ID., *Reine Rechtslehre*, I edic., cit., § 50, i, pp. 153-154, trad. it. cit., pp. 223-224, trad. cast. cit., pp. 168-169; ID., *General Theory of Law and State*, cit., pp. 386-388, trad. it. cit., pp. 392-394, trad. cast. cit., p. 462; ID., *Principles of International Law*, cit., pp. 444 ss.; *Reine Rechtslehre*, II edic., cit., § 44, pp. 343 ss., trad. it. cit. 377 ss, trad. cast. cit., pp. 345 ss. Vid. asimismo A. MERKL, «Hans Kelsens System einer reinen Rechtstheorie», en *Archiv des öffentlichen Rechts*, 41 (1921), 171-201, trad. it. «Il sistema kelseniano di teoria pura del diritto» de C. Geraci, en ID., *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*, Giuffrè, Milán, 1987, pp. 67-97.

⁵⁴ H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, I edic., cit., § 50, i, p. 168, trad. cast. cit., p. 223.

⁵⁵ Cfr. H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität*, cit., § 43, pp. 187 ss., trad. it. cit., pp. 274 ss.; ID., «Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public», cit., pp. 259 ss.; ID., *General Theory of Law and State*, cit., pp. 385-386, trad. it. cit., pp. 391-392, trad. cast. cit., pp. 460-461; ID., *Principles of International Law*, cit., p. 442 ss.

co de tal derecho, desenmascarando las tendencias que se oponen a los intentos de su progresiva centralización⁵⁶. En la *General Theory of Law and State* y especialmente en la edición de 1960 de la *Reine Rechtslehre*, Kelsen se muestra, sin embargo, más cauto y quizá algo desilusionado. En este último trabajo, tras haber sostenido que la diferencia entre las dos construcciones monistas no tiene influencia alguna sobre el contenido del derecho internacional –luego tampoco sobre el grado de centralización o de descentralización del mismo– añade:

«Hasta dónde el gobierno de un Estado deba o pueda limitar la libertad de acción de su Estado mediante tratados internacionales, es asunto político. La respuesta no puede deducirse ni de la primacía del derecho internacional, ni de la primacía del derecho estatal.»⁵⁷

En este punto, mi investigación sobre los compromisos político-valorativos de Kelsen parece encallarse en el fondo cenagoso de la unidad de la esfera jurídica, una unidad que, sea cual fuere el modo en que se entienda, Kelsen reputa imprescindible no tanto por razones ideológicas cuanto por razones exquisitamente «lógicas»: sin unidad, el conocimiento mismo del derecho, desde una perspectiva neokantiana, se haría imposible. En los próximos párrafos, sin embargo, se verá que incluso dentro de esta posición, promocionada por Kelsen como «pura» o «científica», se ocultan importantes opciones valorativas que chocan radicalmente con los presupuestos de la metaética kelseniana.

5. La unidad del ordenamiento jurídico como «postulado epistemológico»

Como se ha señalado, la construcción pluralista es considerada, en sí y de por sí, insostenible por Kelsen, no tanto –o no sólo– por razones políticas, sino ante todo desde un punto de vista lógico, ya que no sería «lógicamente posible asumir que normas válidas pertenezcan simultáneamente a sistemas diversos y recíprocamente independientes»⁵⁸. Es cierto que según Kelsen la evolución del derecho, a través de una creciente centralización, contempla –y debe contemplar– como fin último la organización de una única comunidad jurídica, o sea la formación del Estado mundial. Sin embargo, sería equivocado confundir tal unificación, aún irrealizada, con la ya

⁵⁶ Cfr. H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, I edic., cit., § 50, i, p. 153, trad. it. cit., p. 169, trad. cast. pp 223-224.

⁵⁷ H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, II edic., cit., § 43, p. 343, trad. it. cit., p. 377, trad. cast. p. 345.

⁵⁸ H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, cit., p. 363, trad. it. cit., p. 369, trad. cast. cit., p. 437. Vid. también ID., *Reine Rechtslehre*, II edic., cit., § 43, a, p. 329, trad. it. cit., p. 360, trad. cast. cit., p. 331.

existente unidad teórica de todo derecho: «Nur eine erkenntnismässige Einheit alles Rechts is gegeben», afirma Kelsen⁵⁹. Esta última unidad, la cognoscitiva, se califica como «necesaria» (*notwendige, nécessaire*)⁶⁰ o «inevitable»⁶¹. Ella constituye un «postulado epistemológico» de la ciencia del derecho⁶². La unidad sistemática, por lo demás, es un principio regulativo imprescindible de cualquier investigación científica, también de la que concierne al derecho⁶³. De acuerdo con Kelsen

All quest for scientific knowledge is motivated by an endeavor to find unity in the apparent multiplicity of phenomena. Thus, it becomes the task of science to describe its object in a system of consistent statements, that is, statements not contradicting each other. That is true also for the sciences of law and morality, sciences whose objects are norms. Contradictions are also banned within the sphere of these sciences. (...) It is one of the main tasks of the jurist to give a consistent presentation of the material with which he deals. Since the material is

⁵⁹ H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, II edic., cit., p. 328, trad. it. cit., p. 360, trad. cast. cit., p. 331. Cfr. también ID., *Reine Rechtslehre*, I edic., cit., § 50, a, p. 135, trad. it. cit., p. 154, trad. cast. cit., p. 204.

⁶⁰ Cfr. H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität*, cit., p. V y § 30, p. 123, trad. it. cit., p. I del Prefacio de 1920 y p. 181, e ID., «Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public», cit., p. 267. Vid. también ID., «Über die Entstehung der Reinen Rechtslehre. Die erste autobiographische Skizze» (1927), en ID. y R. TREVES, *Formalismo giuridico e realtà sociale*, a cargo de S. L. Paulson, ESI, Nápoles 1992, 33-37, p. 35, donde Kelsen destaca de su ensayo «Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung», en *Archiv des öffentlichen Rechts*, 32 (1914), 202-245, 390-438, la consciencia «von der notwendigen systematischen Einheit aller als positives Recht als gültig vorausgesetzten Normen».

⁶¹ Cfr. H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, II edic., cit., § 43, d, pp. 333 ss., trad. it. cit., pp. 365 ss., trad. cast. cit., pp. 335 ss. en el que se habla de la «inevitabilidad» (*Unvermeidlichkeit*) de la construcción monista».

⁶² Cfr. H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität*, cit., p. VI y § 30, p. 123, donde el postulado de la unidad es considerado el «Grundvoraussetzung aller normativen Erkenntnis», trad. it. cit., pp. IIa y 182; ID., «Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public», cit., p. 268; ID., *Reine Rechtslehre*, I edic., cit., § 50, a, pp. 134 ss., trad. it. cit., pp. 153 ss., trad. cast. cit. pp. 204 ss.; ID., *General Theory of Law and State*, cit., p. 373, trad. it. cit., p. 378, trad. cast. cit. pp. 443-444 e ID., *Reine Rechtslehre*, II edic., cit., § 43, a, p. 329, en el que se habla de un «erkenntnistheoretische Forderung» que consistiría en esto: «alles Recht in einem System, das heißt von einem und demselben Standpunkt aus als ein in sich geschlossenes Ganzes zu begreifen», trad. it. cit., pp. 360-361, trad. cast. cit. p. 331.

⁶³ Cfr. H. KELSEN, «Der Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik», en *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1 (1921), 453-510, trad. it. «Il rapporto tra Stato e diritto dal punto di vista epistemologico» de A. Carrino, en H. KELSEN, *L'anima e il diritto*, cit., 3-58. Vid. en particular la nota 35 que reenvía al parágrafo de la dialéctica trascendental en I. KANT, *Critica della ragion pura* (trad. it. di G. Gentile e G. Lombardo-Radice, II, Laterza, Bari 1945, pp. 510 ss., trad. cast. de Pedro Ribas, *Critica de la razón pura*, Alfaguara, Madrid, 1998, pp. 546 ss.) intitulado «El objetivo final de la dialéctica natural de la razón humana», donde Kant considera las tres ideas trascendentales de alma, mundo y Dios que informan respectivamente la psicología, la cosmología y la teología, no como principios constitutivos que se refieran directamente a algún objeto, ampliando nuestro conocimiento, sino «como principios reguladores de la unidad sistemática en la diversidad del conocimiento empírico en general».

presented in linguistic expressions, it is *a priori* possible that it may contain contradictions. The specific function of juristic interpretation is to eliminate these contradictions by showing that they are merely sham contradictions. It is by juristic interpretation that the legal material is transformed into a legal system⁶⁴.

De los materiales positivos confusos, múltiples y –aparentemente– contradictorios, la ciencia jurídica extrae un objeto unitario. Como ha subrayado ampliamente la crítica más reciente, aquí Kelsen asume una actitud filosófica neokantiana: sostiene, en efecto, que el conocimiento jurídico desarrolla su tarea de ciencia produciendo su objeto, o sea, «produciendo un sistema unitario de normas jurídicas (*in der Erzeugung eines einheitlichen Systems von Rechtssätzen*)»⁶⁵. Bajo esta perspectiva, la unidad es creada, no dada; ésta asume un significado lógico-trascendental que corresponde a la total desustancialización del Estado y de la soberanía⁶⁶. Por otro lado, «dos modos de consideración dirigidos en dos direcciones metodológicamente diferentes no pueden tener el mismo objeto», en cuanto «con objeto» y «método» no se designan dos conceptos diferentes sino sólo dos lados de la misma función cognoscitiva»⁶⁷. Para el kantismo, de hecho, «lo que es real se convierte en objeto a través del pensamiento y por tanto lleva consigo las huellas del pensamiento»⁶⁸.

Habiendo llegado a este punto, conviene decir abiertamente que un jurista de escuela analítica, como yo mismo me considero, no puede compartir estas posiciones de Kelsen, ni siquiera intentando su traducción a los esquemas conceptuales propios. Ciertamente, se puede –y se debe– estar de acuerdo con el ideal que aspira siempre a teorías científicas más rigurosas y coherentes. Pero es necesario asimismo poner de relieve que Kelsen con-

⁶⁴ H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, cit., pp. 374-375, trad. it. cit., pp. 380-381; trad. cast. cit. p. 446. Vid. también ID., *Principles of International Law*, cit., pp. 426-7, e ID., *Reine Rechtslehre*, II edic., cit., § 43, a, p. 329, trad. it. cit., p. 361, trad. cast. cit. p. 331, donde se afirma: «En tanto el conocimiento jurídico pretende captar el derecho caracterizado como derecho internacional, así como también al material que se ofrece como derecho de un Estado particular, como derecho, tiene que hacerse cargo de la tarea –igualmente que la ciencia natural– de exponer su objeto como una unidad (ihren Gegenstand als Einheit darzustellen)» cursivas mías.

⁶⁵ H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität*, cit., p. V, trad. it. cit., p. IIa.

⁶⁶ Cfr. E. CASSIRER, *Substanzbegriff und Funktionsbegriff* (1910), trad. it. *Sostanza e funzione* de E. Arnaud, presentación de G. Preti, La Nuova Italia, Florencia, 1973.

⁶⁷ H. KELSEN, «Il rapporto tra Stato e diritto dal punto di vista epistemologico», cit., en ID., *L'anima e il diritto*, cit., pp. 4-5, e ID., «La giurisprudenza come scienza normativa o culturale», cit., en *Dio e Stato*, cit., p., 135.

⁶⁸ U. SCARPELLI, «La critica analitica a Kelsen», in C. ROEHRSEN (ed.), *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del novecento*, cit., 69-75, p. 71. Vid. también M. SCHLICK, *Allgemeine Erkenntnislehre* (1925), trad. it. *Teoria generale della conoscenza* de E. Palombi, Angeli, Milán 1986, § 39-40, pp. 390 ss.

funde el plano del objeto –eventualmente lingüístico– del que habla la teoría, con el plano –eventualmente metalingüístico– sobre el que se coloca la teoría misma, cuando afirma que «la necesaria unidad del punto de vista de la consideración normativa en general, y de la jurídica en particular, *no es sino la unidad del ordenamiento* y precisamente del ordenamiento jurídico»⁶⁹. Sin embargo, de la unidad de la teoría no deriva la unidad de los fenómenos descritos por la teoría misma. La unidad sistemática de la ciencia jurídica no comporta de hecho la unicidad del «espacio jurídico», no implica que exista un solo ordenamiento jurídico global. Por recuperar el perspicaz juicio de Hart, Kelsen cae en el mismo equívoco de quien tratase de deducir de la existencia de la historia militar o de la ciencia estratégica que todas las guerras son una sola y que todos los ejércitos son un único ejército⁷⁰.

Kelsen, por otra parte, trata de defender la tesis monista haciendo referencia al ambiguo principio de exclusividad. A veces, este último es interpretado como la afirmación, ciertamente tautológica, de que o se adhiere a un determinado sistema de valores o bien no se adhiere a ese sistema de valores y *tertium non datur*. Sin embargo, más a menudo tal principio viene a coincidir con la afirmación, mucho más comprometida en cuanto que no es para nada tautológica, de que nunca pueden coexistir diversos puntos de vista. Hay, de otro lado, una clara diferencia entre decir que una norma concreta –o un conjunto de normas– no puede al mismo tiempo ser y no ser empleada –o empleado– para calificar un determinado supuesto de hecho y decir que las normas, los valores y los criterios en su uso acaban por excluir otras normas, valores y criterios⁷¹. En el primer caso se deja abierta la cuestión de si sea admisible una calificación plural del mismo supuesto de hecho, puesto que, obviamente, las dos normas o los dos sistemas de valores no están en conflicto entre sí; en el segundo caso no. El jurista de Praga se muestra vacilante y oscuro acerca del significado que atribuye al principio de exclusividad. O bien sostiene banalmente que dos ordenamientos, si son distintos, no pueden ser válidos a partir –advértase– del mismo punto de vista⁷². O bien, por el contrario, se invoca el lema evangélico «nadie puede

⁶⁹ H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität*, cit., § 30, p. 123, trad. it. cit., p. 181, cursivas mías. Vid. también ID., «Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public», cit., p. 268: «Le postulat de l'unité de la connaissance s'applique aussi à la connaissance normative, où il signifie qu'on ne peut admettre qu'un seul ordre obligatoire», cursivas mías

⁷⁰ H. L. A. HART, «Kelsen's Doctrine of the Unity of Law», cit., p. 322, trad. cast. cit. p. 397.

⁷¹ U. SCARPELLI, «Santi Romano, teorico conservatore, teorico progressista» (1977), reimpr. en ID., *L'etica senza verità*, Il Mulino, Bolonia 1982, 315-336, p. 319.

⁷² Cfr. H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität*, cit., § 30, p. 121, trad. it. cit., p. 178.

servir a dos señores»⁷³ para afirmar la «imposibilidad lógica» de adoptar simultáneamente los puntos de vista de dos ordenamientos originarios⁷⁴.

En el siguiente párrafo se abordarán estas dificultades. Sin embargo, el principio de exclusividad no demuestra la tesis que querría demostrar; no resuelve, sino que presupone ya resuelto, el problema de la unidad del ordenamiento estatal y del internacional. Para el principio de exclusividad, si no se entiende tal principio como una mera tautología, existe siempre un único sistema normativo –aquél dentro del cual se nos sitúa– y los demás son irrelevantes; pero ese único sistema podría consistir tanto en el Estado mundial cuanto en el derecho de un Estadito como San Marino, tanto en una moral particular o en un concreto ordenamiento jurídico como –si se es ius-naturalista– en un sistema unificado de derecho y moral. El único modo, por tanto, de afrontar en términos kelsenianos el problema de la unidad del ordenamiento estatal y del internacional es preguntarse si existe una única norma fundamental, o si existen muchas. Pues cuando respondiendo a esta pregunta, afirmo que se dan –o bien niego que se den– muchos ordenamientos (muchas normas fundamentales, muchas fuentes originarias), mi afirmación –o negación–, sea «justa» o «equivocada», en ningún caso puede ser formulada en el interior de uno de los sistemas particulares normativos tomados en consideración, por ejemplo desde el punto de vista de un específico orden jurídico. También en la hipótesis de que un ordenamiento reconozca las normas de otro, la validez de tal reconocimiento dependerá siempre exclusivamente de las fuentes –y en último análisis de la norma fundamental– del primer orden. Como había ya subrayado al principio del § 3, el dilema entre monismo y pluralismo en el derecho internacional no se puede decidir, pues, en el plano del mero derecho positivo. Para resolver un dilema semejante –o mejor, para dar un cierto sentido a la entera cuestión– hace falta necesariamente elevarse a un nivel *meta* respecto al sistema de valores que se acepta y dentro del cual se opera. La disyuntiva entre monismo y pluralismo con respecto a los valores es, en línea de principio, una típica problemática de metaética prescriptiva –el sociólogo, en efecto, se limita a constatar desde un punto de vista externo que existen muchos sistemas valorativos⁷⁵–; o, si se quiere referirla a los ordenamientos jurídicos, esta disyuntiva representa una típica problemática de teoría del derecho entendida

⁷³ H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, II edic., cit., § 43, a, p. 330, trad. it. cit., p. 361, trad. cast. cit., p. 331, y Mateo, VI, 24.

⁷⁴ Cfr. H. Kelsen, «Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public», cit., p. 269: «Mais il faut de toute nécessité, il faut logiquement opter entre les deux points de vue».

⁷⁵ Cfr. U. ScarPELLI, op. ult. cit., p. 320.

como metajurisprudencia directiva⁷⁶. La específica oposición entre monismo y pluralismo en el derecho internacional se reconduce así a la oposición general entre absolutismo y relativismo, los dos polos en torno a los que gira toda la metaética. Sin embargo, no es precisamente la cuestión aquí rebatir que Kelsen no sea capaz de tratar como un tema de metajurisprudencia el debate sobre si exista o no un único ordenamiento jurídico global, precisamente porque adopta una perspectiva neokantiana: para él, de hecho, la *Grundnorm* es ya un presupuesto científico, ya un presupuesto jurídico; funda tanto la unidad de la ciencia del derecho como la unidad del ordenamiento. La confusión kelseniana entre la norma fundamental y la definición del derecho –entendida como criterio de selección de las normas fundamentales– comporta fatalmente una confusión entre dos diversos niveles de discurso: aquel en el que se habla del derecho positivo y aquel en el que se habla de la ciencia jurídica⁷⁷.

6. El monismo en el derecho internacional y la metaética kelseniana

A la luz de las consideraciones precedentes, los argumentos de Kelsen podrían trasladarse a un plano metaético con el razonamiento siguiente:

1) Si dos sistemas de valores son considerados distintos u originarios, o sea, si se los reconstruye de tal modo que deriven de dos normas fundamentales diferentes, entonces uno no existe para el otro (en otros términos, se ignoran mutuamente);

2) pero para nosotros es inaceptable que el derecho estatal y el derecho internacional se ignoren mutuamente (en tal caso, de hecho, el derecho internacional retrocedería –desde el punto de vista del derecho estatal– hasta convertirse en una mera ideología prejurídica);

3) en consecuencia, por el *modus tollens*, si queremos ser coherentes, no podemos ni siquiera aceptar una reconstrucción del derecho estatal y del derecho internacional como dos sistemas distintos.

Es interesante hacer notar, en cambio, que por lo que se refiere a las relaciones entre derecho y moral, cae la premisa 2) –dado que ciertamente el positivista Kelsen no puede admitir que el derecho deba tener en cuenta la

⁷⁶ Cfr. p. ej. U. SCARPELLI, «La critica analitica a Kelsen», cit., p. 74: «Rispetto alla giurisprudenza teorica la teoria generale del diritto si pone come una meta-giurisprudenza precettiva di principî costruttivi e di metodi».

⁷⁷ Cfr. M. JORI, *Metodo giuridico tra scienza e politica*, Giuffrè, Milán 1976, pp. 285 ss., e ID., «Oggetto e metodo della scienza giuridica», en U. SCARPELLI (ed.), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali, Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Comunità, Milán, 1983, 177-229, pp. 207 ss.

moral— y resulta por tanto injustificada una conclusión iusnaturalista orientada a prescribir la unificación de los dos sistemas⁷⁸.

Mi reformulación de los argumentos de Kelsen, contribuye además a mostrar cómo la norma fundamental es todo lo contrario de una hipótesis aséptica y cómo su adopción depende de considerables compromisos valorativos en el terreno metapositivo.

La premisa 1) expresa, en fin, el principio de exclusividad en su versión no tautológica: quien adopta un sistema de valores debe necesariamente prescindir de cualquier otro sistema de valores; en consecuencia, como quiera que valores diversos no pueden coexistir, se destierra la idea misma de una calificación plural de los mismos supuestos de hecho (vid. supra § 5). Sosteniendo este principio, Kelsen, en conflicto con sus más firmes convicciones, se muestra solipsista. En suma, el solipsismo no niega en realidad que todo el universo sea concebible bajo un único punto de vista, sino que niega la comunicabilidad y la confrontabilidad de los diferentes puntos de vista. Y la posición kelseniana comporta precisamente la grave paradoja de la radical inconfrontabilidad —o incommensurabilidad— de los valores y de las normas que pertenecen a ordenamientos distintos⁷⁹. Por otro lado, la premisa 1) es completamente infundada. No es correcto, en efecto, afirmar que dos diversos sistemas de valores son siempre irrelevantes el uno para el otro. En lúcidas palabras de Santi Romano,

«Es cierto que en un determinado ordenamiento originario no pueden tener valor las normas de otro ordenamiento si no es en base a normas del primero; en cambio, estimamos inexacto entender que, inversamente, un ordenamiento sólo debe considerar jurídicas sus normas y estimar irrelevantes todas las demás en cuanto tales [...] Dicho con otras palabras: un ordenamiento puede ignorar o, incluso, negar a otro ordenamiento; puede tomarlo en consideración atribuyéndole carácter diverso del que él se atribuye a sí mismo y puede, por tanto, considerarlo como un mero hecho. Pero no se ve por qué no pueda reconocerlo como ordenamiento jurídico para determinados efectos o en la medida o con las calificaciones que estime oportuno atribuirle»⁸⁰.

Y a la inversa, como demuestra también el derecho internacional privado: si un ordenamiento reconoce otro para alguna finalidad, esto no impli-

⁷⁸ Cfr. H. L. A. HART, «Kelsen's Doctrine of the Unity of Law», cit., p. 310, trad. cast. cit. p. 385, e ID., «Kelsen Visited» (1963), reimpr. en ID., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, cit., 286-308, pp. 301 ss., trad. cast. de Javier Esquivel, *Una visita a Kelsen*, UNAM, México, 1977.

⁷⁹ El mismo problema ha surgido en la filosofía de la ciencia a propósito de las teorías científicas, cfr. G. GIORELLO, «Filosofia della scienza e storia della scienza nella cultura di lingua inglese», en L. GEYMONAT, *Storia del pensiero filosofico e scientifico*, 7, Garzanti, Milán 1976, 190-298, pp. 252 ss.

⁸⁰ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 146, trad. cast. cit., pp. 249-250, nota 95 bis.

ca necesariamente que los dos ordenamientos constituyan un ordenamiento unitario⁸¹. De manera análoga, las reglas de la costumbre no son positivizadas por el puro y simple reenvío que a ellas hacen los conceptos jurídicos indeterminados [*le c.d. clause generali*].

Supongamos que un sistema moral prohíbe incondicionalmente el homicidio. ¿Se podrá decir en tal caso que la obligación jurídica de prestar servicio militar, que comporta el deber de matar en guerra, es «moralmente irrelevante», o sea que no existe para la moral? Yo no lo creo, porque el moralista no se contentará con ignorar la ley, comportándose como si no existiese, sino que sostendrá con energía que estamos moralmente obligados a rechazar el servicio militar. Pero, actuando así, el moralista presupone la validez jurídica –si bien no moral– de la obligación del alistamiento, o por lo menos la vigencia de tal obligación, y esto es tan cierto que invita a los ciudadanos a transgredir las órdenes u organiza grupos de presión para reformar la ley⁸². Si la ley no existiese para la moral, el comportamiento del moralista que se opone activamente al deber jurídico, esto es, a algo que no existe, sería inexplicable.

De otra parte, en contra de la opinión de Kelsen, se debe admitir la posibilidad de antinomias entre normas, bien entre las pertenecientes al mismo orden, bien entre normas pertenecientes a órdenes diversos. Dos normas (de comportamiento) son, en efecto, antinómicas cuando los modelos de conducta prescritos por él son lógicamente incompatibles, es decir, no pueden ser satisfechos al mismo tiempo porque siguiendo la primera norma se viola la segunda y viceversa⁸³. No me detendré sobre este tema, en cuanto que el mismo Kelsen rechazó posteriormente en su *Allgemeine Theorie der Normen* (1979) la idea de que la lógica se aplica a las normas, abandonando así la tesis según la cual la ausencia de contradicciones sería el reflejo negativo de la unidad del ordenamiento⁸⁴. Sin embargo, debo observar que

⁸¹ Cfr. H. L. A. HART, «Kelsen's Doctrine of the Unity of Law», cit., pp. 317 ss., donde se refuta el argumento de la *relationship of validating purport* atribuido a Kelsen.

⁸² Cfr. H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, cit., p. 374, trad. it. cit., pp. 379-380, trad. cast. cit. p. 447 donde el autor pasa incoherentemente de la «irrelevancia moral» de la obligación militar al «duty to refuse military service» del moralista, e Id., *Reine Rechtslehre*, II edic., cit., § 43, a, p. 329, trad. it. cit., p. 361, trad. cast. cit. p. 331, donde se afirma: «Entonces, quien considere al derecho como un sistema de normas válidas, tendrá que prescindir de la moral, y quien considere a la moral como un sistema de normas válidas, [tendrá que prescindir] del derecho. Se expresa esto de alguna manera diciendo que, desde el punto de vista de la moral, la pena de muerte y la guerra están *prohibidas*, mientras que desde el punto de vista del derecho ambas son obligatorias o por lo menos permitidas». Cursivas mías.

⁸³ Cfr. C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Giuffrè, Milán 1990, § 18, pp. 78 ss.

⁸⁴ Cfr. también H. KELSEN, «Souveränität», (1962) en H. KLECATSKY-R. MARCIC-H. SCHAMBECK (eds.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, cit., II, pp. 2222 ss.

los conflictos entre dos sistemas de valores diversos no son reducibles –como querría Kelsen– a un mero conflicto psicológico⁸⁵. En particular, es incorrecto remontarse al principio de exclusividad para afirmar, como hace Kelsen en *Das Problem der Souveränität*, que «en relación con la disparidad de principio de los dos ordenamientos, puede ser tomada sólo una u otra validez, de modo que en este sentido no hay un problema de conflicto de normas»⁸⁶. Prescindiendo aquí de la vieja cuestión –a la que, por otro lado, se da respuesta afirmativa– de si puede haber antinomia entre normas pertenecientes al mismo ordenamiento, hay que observar que, no obstante la obstinación de Kelsen en pensar lo contrario⁸⁷, dos normas antinómicas de ordenamientos diversos pueden perfectamente ser válidas simultáneamente. En este último caso, no surge ni siquiera la dificultad de deber admitir que un *mismo* sistema normativo puede contener normas incompatibles, en cuanto las normas aquí en discusión son válidas desde *dos puntos de vista diferentes*, por ejemplo: el jurídico y el moral, o el del derecho italiano y el del derecho suizo. Se puede afirmar perfectamente sin infringir la lógica que el mismo comportamiento está prohibido desde la moral y es jurídicamente obligatorio. Esto equivale a decir que un mundo jurídicamente perfecto no puede ser además un mundo moralmente perfecto; en otras palabras, esto significa que una persona, si quiere respetar la moral, entonces no puede hacer A, y, si quiere respetar el derecho, entonces debe hacer A; pero esa misma persona no puede hacer y no hacer A a un tiempo, respetando ya sea la moral, ya el derecho. No olvidemos que la norma fundamental, de la que emana la validez, tiene carácter hipotético y no categórico. La teoría pura sostiene que en semejantes casos no surge antinomia porque o se asume el punto de vista de la moral, aceptando sus normas y valores, o se asume el punto de vista del derecho, con una aceptación análoga. Nosotros en cambio cuestionamos que la alternativa entre dos puntos de vista se imponga porque y *sólo en la medida en que* surja una antinomia que haga imposible aceptar simultáneamente las normas y los valores de ambos ordenamientos.

Pero para Kelsen esta interpretación es completamente inaceptable. En el pensamiento kelseniano se constata un evidente deslizamiento desde la obligación y desde la validez desde el punto de vista de un sistema norma-

⁸⁵ Cfr. H. KELSEN, «Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public», cit., pp. 269-270, e ID., *General Theory of Law and State*, cit., pp. 375-376, trad. it. cit., pp. 381-382, trad. cast. cit. p. 447 .

⁸⁶ H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität*, cit., § 32, p. 133, trad. it. cit., p. 196.

⁸⁷ Además de los lugares ya citados, cfr. H. KELSEN, «Das Problem der Gerechtigkeit», en apéndice a ID., *Reine Rechtslehre*, II edic., cit., pp. 355 ss., trad. it., «Il problema della giustizia» di M. G. Losano, Einaudi, Turín 1975, § 3, pp. 5 ss.

tivo particular –que no obstaría a una solución pluralista– hacia la obligación y hacia la validez «objetivos» y por tanto exclusivos de cualquier otra obligación y de cualquier otra validez. El deber ser subjetivo se transforma en el *Sollen* objetivo del derecho. «La doctrina de la norma fundamental no es una teoría del reconocimiento», se afirma en una importante nota de la *Reine Rechtslehre* de 1960: la validez del derecho es así independiente de las actitudes ético-políticas de los individuos sometidos a él⁸⁸. La *Grundnorm* como presupuesto de la unidad del ordenamiento jurídico se convierte a través de la concepción metodológica de la soberanía, en el presupuesto de la unicidad del ordenamiento jurídico. Kelsen se muestra incapaz de renunciar a dar un fundamento objetivo, aunque sea de modo apriorístico, al derecho y al conocimiento jurídico y esto le precipita hacia una metaética inconscientemente absolutista que contrasta de modo estridente con el relativismo profesado a propósito de la moral⁸⁹. No hay lugar para una pluralidad de sistemas jurídicos, para una multiplicidad de puntos de vista, pues de lo contrario se traicionaría el intento racionalizador de Kelsen y además el derecho se revelaría un «ideal irracional» inaccesible al conocimiento objetivo, como la justicia.

En definitiva, el postulado epistemológico de la unidad del ordenamiento jurídico es fruto de una opción valorativa, como sucede con todo postulado⁹⁰. Kelsen quiere sustraer al derecho de la variedad de opiniones, desea reglas jurídicas que estén en condiciones de funcionar como criterios intersubjetivos. Pero su imagen de la cientificidad es fuertemente ideológica. Más que de espíritu científico, se debería hablar de cientifismo ingenuo. En la teoría pura, en efecto, la objetividad –o mejor, una pseudoobjetividad– queda garantizada de una vez por todas por la norma fundamental, es decir, por un presupuesto lógico-trascendental de resabios metafísicos⁹¹; la neutralidad está dada ya *a priori*; no está –y no puede estar– vinculada a un método de control que, con independencia de todo compromiso político o va-

⁸⁸ H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, II edic., cit., § 34, i, p. 225, trad. it. cit., p. 248, trad. cast. cit. p.230.

⁸⁹ Cfr. U. SCARPELLI, *Filosofia analitica e giurisprudenza*, Nuvoletti, Milán 1953, p. 61, y A. CARRINO, «Kelsen e la critica dell'ideologia», introducción a H. KELSEN, *L'anima e il diritto*, cit.

⁹⁰ Cfr. G. TARELLO, *Cultura giuridica e politica del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1988, pp. 198-199, trad. cast. de Isidro Rojas Alvarado, *Cultura jurídica y política del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1995, pp. 174-175.

⁹¹ Sobre el fracaso del argumento trascendental, cfr. S. L. PAULSON, «Toward a Periodization of the Pure Theory of Law», en L. GIANFORMAGGIO (ed.), *Hans Kelsen's Legal Theory. A Diachronic Point of View*, Giappichelli, Turín 1990, 11-47; ID., «Methodological Dualism in Kelsen's Das Problem der Souveränität», en A. CARRINO (ed.), *Kelsen e il problema della sovranità*, cit., 83-103, p. 96; ID., «Kelsen without Kant», cit. e ID., «Lässt sich die Reine Rechtslehre Transzendental Begründen?», en *Rechtstheorie* 21 (1990), 155-179.

lorativo, nos sitúe en condiciones de descubrir y de eliminar *a posteriori* las distorsiones que se han insinuado en el discurso científico. Como se ha dicho⁹², Kelsen no sólo prescribe describir las normas jurídicas, sino que también está sobre todo obligado a estipular los criterios últimos de existencia de las normas jurídicas. El absolutismo jurídico de Kelsen, además, no conduce, como en general hace el absolutismo, a una concepción intolerante. Tal circunstancia no sorprende, si se consideran las convicciones liberales de Kelsen. Por otra parte, esta actitud tolerante se explica técnicamente sobre todo por el planteamiento «formalista» de la teoría pura que –salvo en lo que se refiere al problema de la coacción (vid. supra § 2)– rechaza de modo sistemático establecer un nexo entre la juridicidad y algún concreto principio o contenido preceptivo. El pluralismo valorativo, negado en el plano de la «forma», viene a ser así plenamente recuperado en el plano de la «sustancia».

7. La «modernidad» de Kelsen

En la literatura, se insiste a menudo en la tesis de la modernidad de la teoría jurídica kelseniana⁹³. Esta tesis sin embargo no es del todo convincente.

Si bien la palabra «modernidad» es muy ambigua, se puede afirmar que la época contemporánea está marcada por la irremediable decadencia de la categoría hegeliana de la totalidad y por la quiebra de los modelos globales y omnicomprendivos⁹⁴. El emblema del siglo XX es el laberinto. Los sistemas filosóficos y las grandes unificaciones tienen ya innegablemente el sabor del pasado. Quiebra incluso el intento del neopositivismo lógico de construir una ciencia unificada no como sistema, sino, mucho más modestamente, en el plano del lenguaje y de la integración enciclopédica⁹⁵. Los mapas de la razón se tornan complejos sobremanera; el pensamiento tiende a hacerse

⁹² Cfr. N. BOBBIO, «Essere e dover essere nella scienza giuridica» (1967), reimpr. en Id., *Studi per una teoria generale del diritto*, cit., 139-173, trad. cast. de Alfonso Ruiz Miguel, «Ser y deber ser en la ciencia jurídica», en *Contribución a la teoría del Derecho*, cit., 197-218, y M. G. LOSANO, *Forma e realtà in Kelsen*, Comunità, Milán 1981, p. 112. Obsérvese sin embargo que el método científico también prescribe describir (los hechos), sin que por esto pierda su neutralidad: la valoratividad del discurso metateórico no se comunica necesariamente a las teorías que son el objeto de ese discurso.

⁹³ Cfr. p. ej. A. CARRINO, «Introduzione» a Id. (ed.), *Kelsen e il problema della sovranità*, cit., pp. 13 ss., y P. BARCELONA, «La debolezza dell'universalismo giuridico. A proposito della teoria pura del diritto», *ivi*, 67-82. En contra, G. TARELLO, «Kelsen e la cultura europea», en C. ROEHRSEN (ed.), *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del novecento*, cit., pp. 53-59.

⁹⁴ Por otra parte, una extrema defensa de la categoría de la totalidad se puede encontrar en L. GEYMONAT, *Scienza e realismo*, Feltrinelli, Milán, 1977.

⁹⁵ Cfr. AA.VV., *Neopositivismo e unità della scienza*, Bompiani, Milán 1958.

sectorial, regional; múltiples niveles explicativos –hay quien diría múltiples «niveles de realidad»⁹⁶– coexisten. También en la ética los modelos demasados sencillos pierden terreno. El hombre occidental, que vive en la «época de la secularización»⁹⁷, no puede en ningún caso aceptar del todo concepciones totalizantes: asume inevitablemente una «identidad *plurima*»⁹⁸; los diversos sistemas de valores –los ideales heterogéneos– a los que se adhiere simultáneamente se relativizan⁹⁹ y son armonizados por complejas directivas procedimentales de segundo nivel o de orden superior¹⁰⁰. La justificación moral y jurídica se articula así en construcciones de más grados. Sin embargo, el campo donde estas tensiones intelectuales han alcanzado su máximo vigor ha sido el de la axiomática. Allí el convencionalismo ha obtenido una considerable victoria cuando se ha demostrado que no hay una única lógica, una única matemática o una única geometría, sino muchas. La vieja idea de una fundamentación absoluta de estas ciencias, antaño basadas en un conjunto de postulados entendidos como verdades evidentes, se ha revelado ilusoria.

Ahora bien, la construcción teórica panjurídica y universalista de Kelsen, aun siendo tan audaz, no es una tesis moderna; es una tesis que mira con nostalgia hacia el mundo de ayer, aun más, del anteaer: mira hacia el mundo perdido en el que los ilustrados anhelaban vastas unificaciones racionales y en la que Kant cultivaba el ideal de la paz perpetua. Sin embargo, acabamos de ver cuán poco el pensamiento contemporáneo, tan complejo y estratificado, cree en las unificaciones. Paradójicamente, resulta mucho más moderna la tesis pluralista del «conservador progresista» Santi Romano¹⁰¹.

⁹⁶ Cfr. M. PIATTELLI PALMARINI (ed.), *Livelli di realtà*, Feltrinelli, Milán 1984.

⁹⁷ Cfr. A. DEL NOCE, *L'epoca della secolarizzazione*, Giuffrè, Milán 1970.

⁹⁸ Cfr. M. LUZZATI, «Integrazione e assimilazione nella Livorno ebraica: proposte per una discussione», en Id. (ed.), *Ebrei di Livorno tra due censimenti (1841-1938). Memoria familiare e identità*, Belforte, Livorno 1990, 9-22, p. 19.

⁹⁹ La relativización de los valores jurídicos en el marco de una constitución pluralista en la que principios diversos puedan coexistir ha sido teorizada por G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Turín 1992, p. 17, trad. cast. de Marina Gascón, *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid, 1995, p. 18. Vid. asimismo S. RODOTÀ, «Verso lo stato costituzionale», in *L'indice dei libri del mese*, 10 (1993), n.3, 4-5, y N. BOBBIO, *Della mitezza e delle leggi*, ibi, 5. Sin embargo, hay que mantenerse atento para no confundir la relatividad –esto es, la no objetividad– de todos los valores a nivel metafísico con el inevitable debilitamiento de los valores jurídicos esbozados tan sólo genérica o vagamente por una legislación por principios.

¹⁰⁰ Cfr. P. BORSELLINO, «Ética laica e regole procedurali», en *Testimonianze*, 35 (1992), 32-40, número monográfico a cargo de P. L. Di Giorgi intitulado *Etiche in dialogo*. Adviértase un inciso: el debate sobre el monismo y el pluralismo en el derecho internacional presenta problemas perfectamente análogos en el plano estructural a los que surgen cuando se nos pregunta sobre las relaciones entre sistemas éticos diversos.

¹⁰¹ Cfr. U. SCARPELLI, «Santi Romano, teorico conservatore, teorico progressista», cit.

Kelsen no es propiamente moderno, es una figura a caballo entre dos épocas: cierra una y abre otra. De él se puede repetir lo que él mismo dice de Dante: que su doctrina no era conforme con su momento: «aún no lo era, porque en muchos aspectos se anticipaba a su tiempo; y no lo sería jamás, porque la base sobre la que estaba edificada ya había tenido su tiempo»¹⁰². En la teoría pura, en efecto, aspectos extraordinariamente novedosos –como la teoría gradualista del ordenamiento, la tesis de la relativa indeterminación de las normas, el ataque al cognoscitivismo en ética o la crítica del dogma estatalista– se mezclan con aspectos que hoy aparecen decididamente superados, como la reducción de la norma jurídica a norma coactiva, la epistemología neokantiana o la concepción decimonónica de la lógica.

8. El jurista entre objetividad y compromiso

Entre las acusaciones que con mayor frecuencia se han dirigido contra Kelsen figura la de ser un iusnaturalista sin quererlo¹⁰³. Apoyo textual no falta. El propio hecho de que Kelsen recupere de Christian Wolff, aunque sólo fuera en su terminología, el proyecto cosmopolita y racionalista de la *civitas maxima* parecería una concesión importante al iusnaturalismo. Por otra parte, el jurista de Praga afirma explícitamente que la *Grundnorm* es válida «al modo de una norma de derecho natural» (“Die Grundnorm gilt nicht, weil sie in bestimmter Weise gesetzt wurde, sondern sie wird –kraft ihres Gehaltes– als gültig vorausgesetzt. Sie gilt also –abgesehen davon, dass sie nur hypothetisch gilt– wie eine Norm des Naturrechtes»)¹⁰⁴. Por lo demás, nuestro autor clarifica su pensamiento en otro pasaje precisando que

¹⁰² Cfr. H. KELSEN, *Die Staatslehre des Dante Alighieri* (1905), trad. it. *La teoria dello Stato in Dante* de W. Sangiorgi, Boni, Bolonia 1974, p. 162.

¹⁰³ Cfr. p. ej. A. ROSS, «Review of Hans Kelsen», *What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science. Collected Essays* (1957), trad. it. «Giustizia, diritto, e politica secondo Kelsen» de R. Guastini, en S. CASTIGNONE y R. GUASTINI (eds.), *Realismo giuridico e analisi del linguaggio (Testi di K. Olivecrona e A. Ross)*, ECIG, Génova 1989, 137-146; ID., «Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law» (1961), trad. it. «Il concetto di validità e il conflitto tra positivismo giuridico e giusnaturalismo» de A. Pessina y A. Febbrajo, en A. ROSS, *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, a cargo de A. Febbrajo y R. Guastini, Il Mulino, Bolonia 1982, 137-158, trad. cast. de Osvaldo Peschero y Genaro Carrió, «El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural», en ID., *El concepto de validez y otros ensayos*, Fontamara, México, 1993; ID., «Natturret contra repositivisme» (1963), trad. it. «Giusnaturalismo contro positivismo giuridico» de S. Siciliano, en *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 33 (1979), 701-723; E. PATTARO, «Postilla a Ross», *ivi*, 723-726; ID., «Il realismo giuridico come alternativa al positivismo giuridico», prefacio a K. OLIVECRONA, *La struttura dell'ordinamento giuridico*, Etas Kompass, Milán 1972, 1-55; ID., «Per una critica della dottrina pura», introducción a AA.VV., *Contributi al realismo giuridico*, Giuffrè, Milán 1982, XI-LXXXVI; A. CARRINO, *Kelsen e il problema della scienza giuridica*, ESI, Nápoles 1987; ID., *L'ordine delle norme*, cit.; R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*, II edic., Giappichelli, Turín 1992, pp. 83-98.

¹⁰⁴ H. KELSEN, «Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und Rechtspositivismus», cit., pp. 294-295, trad. it. cit., p. 408, cursivas del autor.

«La norma fundamental ha sido descrita aquí como el presupuesto esencial de cualquier conocimiento jurídico positivo. Si se la quiere considerar como parte de una doctrina iusnaturalista, a pesar de su renuncia a cualquier elemento de justicia material, se pueden plantear bien pocas objeciones, tan pocas, de hecho, como las que se podrían presentar contra la calificación metafísica de las categorías de la filosofía trascendental kantiana, basada en que no son datos de la experiencia, sino condiciones de la experiencia. Se trata simplemente de ese mínimo, allí de metafísica, aquí de derecho natural, sin el cual no es posible un conocimiento ni de la naturaleza ni del derecho.¹⁰⁵

Sea como fuere, la disputa sobre el iusnaturalismo de Kelsen es en cierta medida estéril: su éxito depende esencialmente de cómo sean redefinidos los términos «iuspositivismo» y «iusnaturalismo»¹⁰⁶. Sin embargo, todos, como es obvio, terminan por admitir que Kelsen se opone a todo intento de buscar la razón de la validez de las normas jurídicas en los principios sustanciales de un ordenamiento moral o divino superior al derecho positivo. La norma fundamental, de hecho, proporciona una razón inmanente de la fuerza vinculante, esto es de la validez, del derecho. Por otro lado, tal norma es una «hipótesis que puede ser aceptada o no aceptada»: justifica «sólo condicionalmente la obediencia a la ley»¹⁰⁷. Por tanto, si se quiere, podrá hablarse a lo sumo de un «iusnaturalismo lógico-formal» en Kelsen¹⁰⁸. Sin embargo, entonces surge la sospecha de que del iusnaturalismo no queda sino una especie de cáscara vacía de contenido.

Pero hay que decidirse.

O se considera que la dificultad central de la teoría pura esta constituida por el hecho, fuera de duda, de que el método kelseniano no es avalorativo como presume, y entonces, para el iuspositivismo anti-ideológico, la alternativa a las tesis de Kelsen estará representada por un método efectivamente en condiciones de garantizar la objetividad de la ciencia jurídica.

¹⁰⁵ H. KELSEN, op. ult. cit., p. 339, trad. it. cit., p. 445. Cfr. también A. MERKL, «Das doppelte Rechtsantlitz. Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechts», en *Juristische Blätter*, 47 (1918), 425 ss., reimpr. en H. KLECATSKY-R. MARCIC-H. SCHAMBECK (eds.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, cit., I, 1091-1113, p. 1112, trad. it. «Il duplice volto del diritto» de C. Geraci, en ID., *Il duplice volto del diritto*, cit., 99-128, p. 126: «El reproche de iusnaturalismo está fuera de lugar cuando se trata de colocar las primeras piedras del edificio jurídico. Éstas no pueden estar constituidas ellas mismas de material iuspositivo, en la medida en que luego pueda erigirse sobre esta base un edificio jurídico positivamente puro».

¹⁰⁶ Cfr. A. FEBBRAJO, «Una crítica realista del diritto», una de las dos introducciones a A. ROSS, *Crítica del derecho e análisis del lenguaje*, cit., 11-45, pp. 31-36.

¹⁰⁷ H. KELSEN, «Why Should the Law Be Obeyed?», en ID., *What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science*, University of California Press, Berkeley y Los Angeles 1957, 257-265, trad. it. «Perché obbedire al diritto?» de R. Guastini, en H. KELSEN, *La teoría política del bolscevismo*, cit., 168-177, p. 174, trad. cast. de Albert Calsamiglia, «¿Por qué obedecer al derecho?», en ID. *¿Qué es justicia?*, Ariel, Barcelona, 1982, 183-193, p. 190.

¹⁰⁸ Cfr. A. CARRINO, *Kelsen e il problema della scienza giuridica*, cit., cap. III.

O bien se considera que la dificultad central de la teoría pura está constituida por el hecho, igualmente fuera de duda, de que por medio de la *Grundnorm*, se confiere a los valores reputados jurídicos un absolutismo excluyente de cualquier otro valor y entonces la alternativa a las tesis de Kelsen será representada por un consecuente relativismo metaético.

Tales consideraciones equivalen a preguntarse si la oposición relevante para resolver las aporías kelsenianas se da entre, de un lado, las ideologías jurídicas que, en caso de que el compromiso ideológico sea interpretado siempre como un compromiso moral, recaerían todas dentro del caldero del iusnaturalismo, y, de otro lado, un iuspositivismo verdaderamente capaz de exorcizar los valores; o si, por el contrario, una vez dada por descontada la ineliminabilidad de los valores de la teoría general, la elección se reduce entre una fundamentación del derecho sobre valores absolutos y una metaética basada en valores meramente relativos.

9. La vía de la objetividad

El primer camino es recorrido por aquellos realistas, extremos o moderados, que sostienen que nos debemos limitar a «describir» las acciones, los documentos y las creencias de los participantes. El término «positivismo» viene entendido en una acepción más filosófica que político-jurídica, dado que semejante aproximación pretende reducir la vigencia de un sistema jurídico a una serie de relaciones de hecho verificables de modo objetivo en el terreno histórico-sociológico. La norma fundamental o deviene superflua o bien se revela como una deformación de la realidad: la justificación última debe así ceder el paso a la efectividad del poder último¹⁰⁹. De este modo, para el realismo las reglas jurídicas, si se quiere hablar de reglas, son vistas como un subconjunto particular de las reglas eficaces en un grupo social. Según este modelo, el científico del derecho asume una actitud neutral, *uncommitted*, que es parasitaria respecto al punto de vista en modo alguno distanciado del operador jurídico (el *legal man*)¹¹⁰. La dogmática tradicio-

¹⁰⁹ Cfr. N. BOBBIO, «Sul principio di legittimità» (1964), reimpr. en ID., *Studi per una teoria generale del diritto*, cit., 79-93, pp. 88-89, trad. cast. de Alfonso Ruiz Miguel, «Sobre el principio de legitimidad», en ID., *Contribución a la teoría del derecho*, cit., 297-306, pp. 302-303.

¹¹⁰ Cfr. J. RAZ, «Legal Validity» (1977), reimpr. en ID., *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Clarendon, Oxford 1979, 146-159, p. 159, trad. cast. de Rolando Tamayo y Salmorán, «La validez jurídica», en ID., *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, UNAM, México, 1982, 187-203, p. 202 : «Cabe admitir que los enunciados desde un punto de vista son parasitarios de los enunciados normativos genuinos». Vid. también ID., «Legal Positivism and the Sources of Law», en *The Authority of Law*, cit., 37-52, trad. cast. «El positivismo jurídico y las fuentes del derecho», en *La autoridad del derecho*, cit., pp. 55-73, ID., «Kelsen's Theory of the Basic Norm» (1974), en *The Authority of Law*, cit., 122-145, trad. cast. «La teoría de Kelsen de la norma fundamental», en *La autoridad del derecho*, cit., pp.

nal se reduce así a un conjunto de prácticas supersticiosas. Después de todo, incluso un anarquista¹¹¹ podría ser perfectamente profesor de derecho en este sentido, puesto que estaría en condiciones de describir los comportamientos de los juristas-salvajes como haría un etnólogo victoriano, sin por ello mismo tener que aceptar las implicaciones de valores inherentes a tales comportamientos. Es, de otra parte, esencial para el realista, con el fin de no arriesgarse a atribuir a los valores una existencia en algún modo objetiva, que la prescriptividad sea explicada en términos de actitud proposicional y de fuerza ilocutiva de los actos lingüísticos¹¹².

Quienes se mueven en la perspectiva aquí delineada ponen el acento sobre todo en el último Kelsen, el de *Allgemeine Theorie der Normen*, subrayando los elementos voluntaristas de sus tesis y atribuyéndole una conversión a la llamada «concepción expresiva de las normas»¹¹³. Se nos llama la atención además sobre la circunstancia de que en el pensamiento más reciente de Kelsen, la norma fundamental como hipótesis trascendental se transforma en una ficción que, según estos intérpretes, tendría una única finalidad: legitimar preventivamente las prácticas efectivas de los juristas, sea cual fuere el signo de éstas¹¹⁴.

157-186, ID., «The Purity of the Pure Theory», en R. TUR e W. TWINING (eds.), *Essays on Kelsen*, cit., 79-97, y S. L. Paulson, «Kelsen without Kant», cit.

¹¹¹ Cfr. H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, II edic., cit., § 34, i, p. 224, trad. it. cit., p. 248, trad. cast. cit. p. 228.

¹¹² Cfr. J. RAZ, «The Purity of the Pure Theory», cit., pp. 86 y 92, y R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*, cit., p. 87: «En las doctrinas iusnaturalistas, la «fuerza vinculante» de las normas es una cualidad comparable a la verdad de las proposiciones; del mismo modo que la verdad de las proposiciones, así también la validez (obligatoriedad) de las normas es algo que puede ser objetivamente comprobado. Según Ross, por el contrario, la pretendida «fuerza vinculante» de una norma no es sino el resultado de un acto subjetivo de aceptación de la norma misma: considerar una norma obligatoria no es diferente de aceptarla. Ahora bien, la aceptación de una proposición (esto es, de una actitud proposicional) no tiene influencia alguna sobre el valor de verdad de la proposición misma, el cual depende exclusivamente de la correspondencia de la proposición con los hechos (una proposición, si es falsa, permanece falsa aunque sea aceptada y, si es verdadera, permanece también rechazada). Por el contrario, la aceptación de una norma es «constitutiva» de su fuerza vinculante.»

¹¹³ Cfr. p. ej. R. GUASTINI, «Giudizi di validità e scienza giuridica nell'ultimo Kelsen», en L. GIANFORMAGGIO (ed.), *Sistemi normativi statici e dinamici. Analisi di una tipologia kelseniana*, Giappichelli, Turín 1991, 413-427, pp. 418 ss., y C. ALCHOURRÓN-E. BULYGIN, «The Expressive Conception of Norms», en R. HILPINEN (ed.), *New Studies in Deontic Logic*, Reidel, Dordrecht, 1981, pp. 95-124, trad. cast. «La concepción expresiva de las normas», en C. ALCHOURRÓN-E. BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, C.E.C., Madrid, 1991, pp. 121-153.

¹¹⁴ Cfr. L. GIANFORMAGGIO, «Cosa resta nella «Allgemeine Theorie der Normen» dei sistemi normativi statici e dinamici?», en ID. (ed.), *Sistemi normativi statici e dinamici*, cit., 449-470, pp. 449-451, trad. cast. de Marcel Serrano, «¿Qué queda en la Allgemeine Theorie der Normen de los sistemas estáticos y dinámicos?», en ID. *Estudios sobre Kelsen*, Fontamara, México, 1994, pp. 81-99.

Ahora ya nada hay que objetar al estudio exclusivamente sociológico y ajeno a los fenómenos jurídicos en la medida en que ello sea posible (éste es un problema que no se aborda aquí), pero es necesario ser cauto para no deslizarse inadvertidamente desde una investigación trabajosa –y necesariamente *a posteriori*– de la *objetividad*, hacia un apriorístico intento de *fundamentación objetiva* del derecho sobre determinadas realidades de hecho. Es común que, merced a un inadmisibles tránsito desde la eficacia hacia el deber, o sea desde el ser al deber ser (o mejor, desde las aserciones a las prescripciones), se intente implícitamente justificar el estado de cosas existente. Semejante movimiento, lejos de representar una superación de la teoría pura, constituye un claro retorno a posiciones prekelsenianas.

Por otra parte, las limitaciones impuestas por un método rigurosamente descriptivo son bastante severas. El estudioso que desee permanecer verdaderamente neutral deberá abstenerse no sólo de pronunciarse sobre cualquier problema concerniente a la aplicación o la interpretación de disposiciones jurídicas concretas, tampoco podrá abordar *directamente* ninguno de los problemas típicos de la teoría general, como por ejemplo: la definición del término «derecho»; la delimitación del ámbito de la juridicidad con respecto a otros ámbitos (los de la costumbre, la buena educación, la moral, etc.); la individuación de las fuentes de producción y de conocimiento de los sistemas jurídicos; el análisis estructural y funcional de las normas; la elaboración de los criterios de identidad y de vigencia de los ordenamientos; la justificación jurídica y/o política de los actos de producción del derecho; la oportunidad de realizar, en alguna medida, determinados valores como la certeza y la legalidad estricta; etc. Frente a todos estos problemas deberá contentarse con referir las opiniones del jurista-salvaje, al que naturalmente se añadirán también las opiniones del teórico-salvaje y del filósofo-salvaje. La virtud de esta aproximación consiste en posibilitar una crítica radical de la ontología jurídica, esto es, de la ontología que, por así decir, toma en serio la metáfora de la validez-existencia. Su indiscutible defecto es que no proporciona respuesta alguna a los problemas prácticos.

10. La vía del compromiso

No hay duda de que para actuar –y para evaluar críticamente la conducta propia y la ajena– es necesario tomar posición, elegir, decidir. Desde este punto de vista práctico-operativo, las normas jurídicas se presentan como «razones» más o menos fuertes que justifican –o convierten en injustificados– ciertos comportamientos. Estas razones pueden ser simplemente *mencionadas*; a pesar de que los jueces que ejercen su función, los particulares que estipulan negocios o ejercitan sus acciones para hacer valer sus derechos y los estudiosos que sostienen esta o aquella tesis interpretativa en par-

ricular no se limitan a mencionar las normas, sino que las *usan* como criterios de valoración. El uso de las normas, por otra parte, presupone su aceptación del mismo modo en que la comunicación humana (y la propia posibilidad de la mentira y el engaño) se basa en una presunción salvo prueba en contra de la veracidad de nuestras afirmaciones. Quien invoca una norma sin aceptarla –o, por lo menos, fingir aceptarla– incurre en un absurdo pragmático análogo a aquél en que incurriría quien afirmase: «llueve, pero no lo creo»¹¹⁵.

También el teórico general, definiendo expresiones como «derecho objetivo», «derecho subjetivo», «ordenamiento», «norma», «relación jurídica», «sanción», «efecto jurídico», «institución», «persona», «validez», etc., y afrontando el problema de las fuentes del derecho, se mueve en un plano prescriptivo: su tarea, de hecho, consiste en proporcionar una serie de directivas, de instrumentos y de doctrinas al jurista militante que valora y decide.

Quienquiera que busque en las normas una guía para la acción no puede prescindir de una «norma fundamental»; ésta es sencillamente un compromiso considerado último y que no es justificable ulteriormente con argumentos jurídicos; sin embargo, a partir de tal compromiso, se hace derivar toda justificación jurídica. Bajo esta perspectiva, el iusnaturalismo, el realismo jurídico –en la medida en que desemboca en una jurisprudencia sociológica o de los intereses– y el iuspositivismo son tres familias de ideologías diversas que, lejos de discutir (como parecería) «qué es verdaderamente el derecho», tratan de guiar la acción de los juristas de tres modos sustancialmente diferentes que encuentran su justificación última en tres normas fundamentales distintas.

Resulta oportuno sin embargo, advertir que la locución «norma fundamental» suena algo infeliz, aunque sólo sea porque sugiere la idea de una fundamentación absoluta de los sistemas jurídicos¹¹⁶. A los primeros positivistas les pareció que la validez de los ordenamientos encuentra un fundamento sólido en determinados hechos como, por ejemplo, la efectividad del poder soberano y la concreta emanación de actos normativos por parte de las autoridades reconocidas de un grupo social organizado. Sin embargo, no se pueden extraer preceptos ni de verdad de hecho, como desearían ciertos positivistas y ciertos realistas, ni de verdad de razón, como desearían cier-

¹¹⁵ Cfr. A. ROSS, *Directives and Norms* (1968), trad. it. *Direttive e norme* de M. Jori, Comunità, Milán, 1978, pp. 78 ss., trad. cast. de José Hierro Sánchez-Pescador, *Lógica de las normas*, Tecnos, Madrid, 1971, pp. 35 ss. y P. H. NOWELL-SMITH, *Ethics* (1954), trad. it. *Ética* de E. y M. Cingoli, La Nuova Italia, Florencia 1974, trad. cast., *Ética*, de Gilberto Gutiérrez, Verbo Divino, Estella, 1977, cap. VI.

¹¹⁶ Cfr. U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, Comunità, Milán 1965, cap. VII.

tos iusnaturalistas, por cuanto que semejante «deducción» comportaría una violación de la llamada ley de Hume que prohíbe el tránsito de premisas puramente descriptivas a conclusiones prescriptivas¹¹⁷. Se desploma así la posibilidad misma de convertir los valores jurídicos en verdaderos, objetivos, absolutos, esto es, independientes de las actitudes pragmáticas de aceptación o de rechazo de los hablantes. La fundamentación fáctica del derecho adquiere alguna plausibilidad aparente sólo porque esconde tras el velo de una pseudoobjetividad científica un difuso compromiso práctico de tipo conformista¹¹⁸ que puede resumirse en la orden «¡Comportate como suelen comportarse los demás!». La «normalidad», en el sentido de «habitualidad» o de «regularidad», eleva así a norma una opción valorativa que demasiado a menudo permanece inconsciente. Por otra parte, no se es suficientemente consciente de que podría perfectamente preferirse a la elección recién mencionada la contraria, la que impone, al menos en algunos casos, actuar de manera inconformista.

Como se ha puesto de relieve, los juristas de formación analítica atacan radicalmente la concepción kelseniana

«de la teoría del derecho como teoría pura, metafísica crítica de las formas constitutivas de la sociedad y en especial del derecho. La teoría kelseniana del derecho se asemeja para el analítico a una construcción lógicamente arbitraria, necesitada de una justificación pragmática: puesto que se trata de una teoría atinente a la disciplina y al control de los comportamientos en la sociedad, muchos analíticos tienden a ver en una justificación política la justificación pragmática apropiada para ella. Podemos decir que la crítica analítica de Kelsen, recorriendo caminos bien diversos, ha terminado encontrando la crítica marxista en el reconocimiento de la función política ejercitada por la teoría kelseniana. Esta toma de conciencia ha sucedido en la crítica analítica en diferentes niveles de discurso y en relación con múltiples compromisos semánticos y sintácticos en el origen de la teoría; pero ha tenido su lugar central y típico en la prolija y controvertida discusión sobre la norma fundamental (o, después de Hart, «regla de reconocimiento») como criterio de selección de las normas de un ordenamiento jurídico, a fin de usarlo en las calificaciones de actos y hechos en relación con el ordenamiento»¹¹⁹.

La afirmación kelseniana según la cual la teoría general «es ciencia del derecho, no política del derecho»¹²⁰ ya no se puede secundar. En el contexto

¹¹⁷ Adviértase, sin embargo, que también hay autores que contestan vivamente la ley de Hume, cfr. p. ej. G. CARCATERRA, *Il problema della fallacia naturalistica. La derivazione del dover essere dall'essere*, Giuffrè, Milán 1969. Más en general, sobre la llamada *Is-Ought Question*, cfr. *La logica e il dover essere*, número especial a cargo de U. Scarpelli de la *Rivista di filosofia*, 67 (1976). Vid. por último B. CELANO, *Dialettica della giustificazione pratica. Saggio sulla legge di Hume*, Giappichelli, Turín 1994.

¹¹⁸ Cfr. M. JORI, «Legal Positivism», en *Diritto e cultura*, 1 (1992), 109-142, p. 127.

¹¹⁹ U. SCARPELLI, «La critica analitica a Kelsen», cit., p. 73.

¹²⁰ H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, I edic., cit., § 1, p. 1, trad. it. cit., p. 47, trad. cast. cit. p. 15.

de un marco teórico semejante, el positivismo jurídico de Scarpelli se presenta como la ideología en cuya virtud los juristas deben situarse en el terreno de la estricta legalidad y de la certeza del derecho mediante una fijación inicial de criterios generales que hagan previsible al máximo las decisiones de los jueces y de los funcionarios públicos. En otras palabras, el iuspositivismo es aquella técnica de acción social que tiende a limitar lo más posible las decisiones equitativas tomadas caso por caso. El compromiso justificativo del positivista no debe nunca, empero, transformarse en un compromiso ontológico que conciba las normas como entidades distinguidas por su «específica» existencia. Después de todo, la del ordenamiento jurídico es una útil metáfora que no es tomada exageradamente en serio, hipostasiándola.

A estos efectos, conviene observar que, si bien la empresa de proporcionar un fundamento «objetivo» al derecho está destinada al fracaso para el no cognoscitivismo ético, este fracaso no arrastra consigo la posibilidad epistemológica de estipular preventivamente normas y criterios intersubjetivos de comportamiento. Nada impide, en efecto, que se contemplen las normas como significados de enunciados concretos, o sea como proposiciones. Y de las proposiciones no se predica existencia. Estos contenidos de significado pueden ser verificados y aclarados en alguna medida según su grado de vaguedad y de ambigüedad en un nivel metalingüístico. Las reglas jurídicas no son deducibles de un principio autoevidente ni pueden ser recabadas por medio de una intuición moral objetiva, sino que una vez que han sido creadas, constituidas, determinadas convencionalmente, si son lo bastante precisas y unívocas, representan criterios intersubjetivos, de acuerdo con los cuales los comportamientos humanos son conmensurables¹²¹. El no-cognoscitivismo ético, por tanto, no implica de hecho el escepticismo ante las normas ni implica, como querría una concepción simplista, que las expresiones normativas se encuentren privadas de significado o puedan en todo caso reducirse a significados descriptivos¹²².

Por otra parte, no es fácil establecer si la aproximación práctico-operativa al derecho comporta una conexión necesaria entre derecho y moral. La

¹²¹ Cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari 1989, cap. I, trad. cast. de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J.C. Bayón, J. Terradillos Basoco, R. Cantarero Bandrés, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995.

¹²² Cfr. R. M. HARE, *The Language of Morals*, O.U.P., Londres 1952, trad. cast. de G. R. Carrió y E. Rabossi, UNAM, México, 1975; U. SCARPELLI, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo* (1959), nueva edic. a cargo de A. Pintore, Giuffrè, Milán 1985, e Id., *Filosofia analitica, norme e valori*, Comunità, Milán 1962. Tengo la impresión de que en el equívoco señalado en el texto cae también J. RAZ, «Legal Positivism and the Sources of Law», cit., e Id., «The Purity of the Pure Theory», cit., cuando asocia al positivismo jurídico «the reductive semantic thesis which proposes a reductive analysis of legal statements according to which they are non-normative, descriptive statements of one kind or another».

subsistencia de tal conexión, obviamente, depende no sólo de nuestro modo de definir el término «derecho», sino también de nuestro modo de definir el término «moral». En particular si entendemos la moral en un sentido débil, no como un conjunto específico de valores, sino como un compromiso genérico –esto es, como el mero situarse en el punto de vista interno prescindiendo del tipo de valores que sean aceptados– entonces la conclusión de que entre derecho y moral habría una conexión necesaria se torna inevitable. Esto, sin embargo, no implica que deba existir un vínculo inescindible en sentido fuerte entre las normas de un dado ordenamiento jurídico y las normas de un sistema moral cualquiera. Por todo ello, podemos concluir con las palabras de Scarpelli, quien escribía en *Cos'è il positivismo giuridico*:

«La cuestión que se halla verdaderamente en el corazón del positivismo jurídico, se resuelve a mi juicio del siguiente modo: es inherente al positivismo jurídico una opción política, pero la opción política es una opción en favor del derecho positivo identificado por medio de sus características formales, es una opción por una ciencia y una práctica del derecho que, una vez aceptado el derecho positivo, lo estudien o lo apliquen fielmente prescindiendo de los juicios de valor sobre su contenido, salvo por lo que se refiere a aquellos que intervengan en la interpretación dentro de los límites admisibles. La opción del positivismo jurídico es una opción general, una opción general en favor del derecho positivo y del método positivo en la ciencia y en la práctica del derecho, una opción general por la renuncia a las opciones particulares frente a los contenidos concretos que el derecho tiene o puede asumir. Con respecto a las opciones particulares concernientes a los contenidos concretos del derecho positivo la positiva es una opción de segundo grado, que elimina esas opciones particulares sometiéndose al derecho positivo y sus contenidos de una vez por todas [...] La separación entre el derecho y la moral, entre el derecho y los valores a la luz de los cuales se evalúa el derecho, es, en efecto, esencial para el positivismo jurídico, pero es necesario ver que tal separación radica en un acto moral, en un acto político, en una valoración: los juicios internos a un sistema de derecho positivo se distinguen de los juicios de valor sobre el sistema y sus normas en el nivel de discurso que les es propio, pero en el nivel superior, donde se establece la distinción, la distinción misma emana de los juicios de valor que sustentan la opción general del positivismo jurídico. En pocas palabras, es la moral la que separa el derecho de la moral, la moral en el nivel de una opción general que separa el derecho, la ciencia y la práctica del derecho de la moral en el nivel de las opciones particulares frente a los contenidos del derecho»¹²³.

(Trad. de Alfonso García Figueroa)

¹²³ U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, cit., p. 133.

