

KELSEN O LA CIENCIA IMPOSIBLE

SUMARIO: I. *La función social de la ciencia jurídica.* II. *El reconocimiento del derecho.* III. *Kelsen, las condiciones de existencia de la ciencia jurídica y la analítica jurídica.* IV. *La descripción de normas válidas.* V. *La eficacia de los sistemas jurídicos.*

I. LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA CIENCIA JURÍDICA

Los juristas gustan recordar que, en todas las sociedades conocidas hasta ahora, existe el derecho. Y no se refieren a la ciencia jurídica, sino al derecho en tanto conjunto de normas; en general no se interesan por saber si la suya es una actividad científica o no: lo importante es que *existe*. Y en esto último tienen razón: en efecto ¿qué importancia tiene si es o no una ciencia? ¿caso no es una actividad de primordial importancia en una sociedad? Pero, entonces, ¿porqué la teoría general del derecho se ha lanzado a la discusión acerca de si lo es, y en su caso cuáles son las condiciones de su reconocimiento como tal? ¿para qué tanto esfuerzo por dilucidar algo que a los propios juristas no les interesa? ¿cuándo se ha visto a un abogado o a un juez preocuparse por el hecho de que algún filósofo desconozca el carácter científico de su trabajo, o de que los teóricos quieran marcarle los pasos a seguir para realizar su trabajo?

La filosofía del derecho dominante hasta hace cincuenta años (aunque en algunas facultades aún domina), la que se interesaba más en el derecho natural y la justicia, no discutía tantas precisiones al respecto. Pero la teoría contemporánea sí se ha lanzado decididamente a la liza, y tiene como una de sus tareas principales dilucidar qué es la ciencia jurídica —entiende por ello la *dogmática jurídica*— y cuáles son sus condiciones de verificabilidad.

Pero ¿qué es lo que hacen los juristas, que tanto preocupa a los teóricos? Los juristas realizan la faena de decir qué es lo que debe o no debe hacerse bajo pena de sanción. Trátese del jefe o brujo de alguna pequeña tribu originaria, del pontífice romano, del jefe o jefes más ancianos de las comunidades indígenas de México, o de los abogados que existimos en las sociedades modernas, el trabajo

encomendado ha sido siempre el mismo: decir qué es lo que hay que hacer cuando se producen determinadas conductas, determinados sucesos. El brujo tal vez debe decir incluso qué debe hacerse frente al desencadenamiento de fuerzas naturales, y no solamente frente a la producción de conductas. Los actuales abogados deben discutir entre ellos para decidir qué es lo que alguien, un ciudadano o un funcionario, debe hacer. Y existen jerarquías entre esos juristas: algunos proponen lo que debe hacerse; otros lo solicitan respetuosamente; aquellos otros deciden; pero otros más deciden a su vez, cuando otros previos dicen que lo que dijeron los primeros, no está de acuerdo con lo que ellos piensan que dicen las leyes. En fin, de lo que se trata es, nada menos, de decir las conductas que deben producirse. Obsérvese que casi ningún funcionario público, por encumbrado que esté, pone la firma a una decisión que previamente no haya consultado con sus asesores jurídicos. Y si se trata del parlamento, es completamente usual que los partidos consulten a sus abogados antes de discutir algún proyecto: nadie desea, en los regímenes de la democracia real, ser blanco de críticas relacionadas con alguna voluntad de violar la Constitución.

Es decir, la profesión de la jurisprudencia cumple la función de decir qué es lo que se puede o no se puede hacer; pero no por ello ha de creerse que los juristas están de acuerdo entre sí; por el contrario, tratándose de una profesión tan ligada con el uso del poder, no es de ninguna manera asombroso que haya juristas para todos los colores políticos.

II. EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO

El brujo o el jefe, tanto como los juristas profesionales, tienen como función social, la de *reconocer* como derecho lo que el Estado quiere hacer obedecer. En sociedades originarias, pequeñas, precapitalistas, algún anciano, o un grupo de ellos, son los encargados de decir qué debe hacerse. En esos casos la función jurídica suele no estar separada de la función de mando originaria; es decir, la Constitución —*costumbres* suele decirse— no separa las funciones de producir normas. Sucede que el anciano o jefe, como no hay derecho escrito, está facultado para crear normas, pero esa función aparece velada por la difusa existencia de “costumbres” anteriores, de modo que la expresión de su voluntad aparece como “lo que debe ser”, es decir como *legítima*, pero sólo porque es una interpretación de

esas costumbres anteriores. Frecuentemente no hay tales, sino que el anciano hace aparecer su voluntad como conforme con esas costumbres que nadie conoce. Pero también sucede que otras "costumbres" que no son sino normas jurídicas, sí son conocidas, mantenidas en la conciencia colectiva, y entonces el anciano debe lograr que su voluntad aparezca como prevista en las costumbres; en este caso la obediencia es más difícil porque hay un cierto control de la comunidad. Lo más notable, para nosotros, es que esas sociedades han conseguido mantenerse durante siglos, más incluso que la nuestra, casi sin ejercicio de la violencia como nosotros la conocemos. El grado de obediencia por consenso es notable para nuestros ojos civilizados.

De cualquier manera, en esas comunidades la labor del brujo o los ancianos es *reconocer como siendo lo que debe hacerse*, el *dictum* de quien ejerce el poder. Podría decirse así: el *sentido*, de lo debido, es producido por alguien, que precisa de otro alguien, que reconozca y transmita ese sentido. Si es cierto que quien da el sentido tiene el poder, no es menos cierto que precisa, para tenerlo, de quien lo reconozca como tal dador de sentido.

En sociedades más complicadas, como la del derecho romano clásico por ejemplo, pero también la medieval, y, por supuesto, la nuestra, la función de mando aparece como separada de la función de reconocimiento. Quien da el sentido ya no es el mismo individuo que lo reconoce. Ahora la autoridad de quien quiere hacerse obedecer debe ser *reconocida* como tal, como *auctoritas*, como legitimada para ser obedecida por otros funcionarios. Y éstos son los abogados modernos. Los que dicen que tal grupo de palabras escritas en un papel son *normas que deben ser obedecidas*, bajo pena de desencadenarse la violencia contra el rebelde. Pero y he aquí la cuestión, tal violencia es "legítima", porque el que produjo la norma era quien, conforme con la ley, tenía facultades para producir tal norma. Y adviértase que "tener facultades" es una expresión que tiene como objeto hacer aparecer el *dictum* de alguien como "bueno", como lo que debe ser porque así está escrito, porque así conviene a la paz social. El reconocimiento entonces, lo es de la "legitimidad" de la violencia; de modo que la violencia del que no es reconocido como "autoridad", es "ilegítima" y su autor no es *auctor*, y por tanto "no debe" ser obedecido. En el fondo de todo esto hay un juego de lenguaje, que remite unas ideas a otras: el discurso de lo que "se debe" es el de alguien que dice que algo se debe hacer, pero eso debe hacerse porque hay otro discurso que dice que eso dicho es lo

que debe hacerse. El proceso de legitimación en el interior del discurso jurídico tiene algo de tautológico: el discurso del poder consigue legitimarse a sí mismo.

III. Kelsen, LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA DE LA CIENCIA JURÍDICA Y LA ANALÍTICA JURÍDICA

Lo cierto es que desde hace un tiempo, no demasiado largo, la filosofía del derecho viene discutiendo si la actividad de los abogados es o no una ciencia. Teniendo en cuenta que nadie discute la importancia de la actividad de los juristas en la sociedad, ¿por qué el interés en reconocerle o negarle el carácter de ciencia? Para simplificar la respuesta hay que preguntarse ¿a quién le conviene que el saber innegable e indisputado de los juristas sea ciencia? Solamente a alguien que quiera revestir a ese saber con el manto prestigioso de la ciencia. Y ése, sin duda, es quien tiene el poder. Porque el saber jurídico, cuando reconoce su voluntad como creadora de derecho, legitima su poder. Ló que este saber hace, al reconocer una norma, es decir que el que la produjo tenía la autoridad legítima —aunque bien visto, no hay autoridades ilegítimas— para producirla y para hacerlo con ese sentido y no con otro.

Y la discusión ha sido importante en los últimos decenios, porque nunca antes la filosofía había discutido tanto como en este siglo, cómo es la ciencia, cómo debe ser, cuáles son sus fundamentos, sus principios, el valor de sus resultados, etcétera. Y esto ha sido así, porque la sociedad moderna, no pudiendo hacerlo éticamente, ha buscado en los éxitos de su ciencia, su justificación. En efecto ¿cómo justificar la destrucción de pueblos lejanos, que no hacían ningún daño a los europeos, como no fuera el de ser inocentes detentadores de enormes porciones del planeta, que poseían trozos de la naturaleza imprescindibles para el desarrollo de los invasores? ¿Cómo justificar una sociedad que ha llegado a tales extremos en la depredación de la naturaleza? El innegable éxito de esta sociedad, ha sido el asombroso conocimiento logrado acerca de la naturaleza, que no necesariamente del hombre. Este conocimiento es asombroso si tenemos en cuenta que éste ha estado en la tierra desde hace millones de años, pero nunca acumuló tantos saberes, como lo hizo en la época moderna. Y es por eso mismo que la sociedad moderna se ha ocupado de glorificar la ciencia, presentándola como el suplente de Dios. Y ha sido con la ciencia, llámese política, económica o

jurídica, que la sociedad capitalista ha intentado revestir sus oscuros orígenes y su aún más negro futuro. Si un ministro de economía condena a sectores de la población al desempleo y a la miseria, es mucho más creíble si además es egresado de alguna gran universidad y puede presentar el suyo como un plan científicamente fundamentado. Si un gobierno decide suprimir conquistas largamente trabajadas por los obreros, es mucho más creíble si obtiene el apoyo de los científicos jurídicos más importantes del país, que lo son porque el sistema se ha ocupado de hacerlos aparecer como tales. Si, como en California, se decide suprimir ciertas facilidades para extranjeros, ¿qué mejor apoyo que sociólogos y politólogos explicando la necesidad de controlar el flujo de las migraciones, de impedir la desnacionalización de ciertas regiones, de proteger el empleo o de prevenir la delincuencia y la drogadicción?

La discusión, tratándose de la científicidad del derecho, en realidad está ya saldada; será difícil encontrar nuevos argumentos a favor o en contra de ella. Pero si sigue discutiéndose, es porque hay razones políticas y no metodológicas.

Las posiciones han sido más o menos las siguientes: a) la dogmática jurídica no es ciencia sino una técnica al servicio de la resolución de conflictos; b) la dogmática jurídica es una ciencia; c) la dogmática jurídica *podría* llegar a ser una ciencia si se sujetara a ciertos cánones comúnmente reconocidos como científicos; d) la dogmática es ciencia en cuanto describe normas, pero no en cuanto interpreta y sistematiza normas, y e) la dogmática jurídica no es una ciencia, sino una actividad tendente a legitimar el ejercicio del poder por parte de quien lo detenta.

Los argumentos para cada una de estas posiciones ya han sido dados. En este trabajo examinaremos la opinión de Kelsen, que puede resumirse en la idea de que la dogmática actual no es una ciencia, pero podrá serlo cuando acepte ciertos cánones metodológicamente, que precisamente Kelsen pretende ofrecer con su teoría pura del derecho.

1. *El punto de vista de Kelsen*

Kelsen, creo que sin duda y sin discusión, es un punto clave en el intento de imponer límites teóricos a la práctica de esta profesión. Este primer intento serio, de pensar esta cuestión tuvo la forma de la crítica a la actividad política que se reviste con el prestigio de la

ciencia. Kelsen encaró el problema de esta manera: si la jurisprudencia quiere ser ciencia, debe abstenerse de ser simplemente la legitimación del poder o el intento de hacer triunfar ideologías determinadas. O bien: no es válido hacer pasar por ciencia, revestir con el prestigio de la ciencia, lo que en realidad es ideología. La ciencia de los juristas debe tener un límite, más allá del cual ya no debe llamarse tal, sino reconocerse, sin ambages, y sin vergüenzas por lo demás, como acción política.

Este pensamiento, el de Kelsen, es propio de una sociedad que, como la nuestra, ha hecho de la ciencia ese mito formidable según el cual los grandes logros técnicos de la modernidad, que han mejorado a la humanidad en cumplimiento de otro mito, el del progreso, son debidos a esta manera de ver el mundo que es la ciencia moderna. Los discutibles éxitos científicos han concedido a la ciencia y sus cultores, la aureola de la sabiduría: si lo dicen los científicos entonces vale. Y Kelsen fue un cultor de esta ideología científicista, por más que en otras muchas facetas haya sido un ácido crítico del estado moderno.

El prestigio de la ciencia, en nuestro mundo, se ha expandido a todas las actividades universitarias, incluyendo a las de las facultades de derecho; de modo que si antes el prestigio de los juristas provenía de alguna sabiduría, por ejemplo de sus conocimientos de la ética, ahora proviene del simple hecho de que han sido educados en la universidad, el templo de la ciencia. De allí a suponer que lo que hacen es ciencia, no queda ni siquiera un paso, que algunos juristas han dado muy gustosos.

El intento de Kelsen fue, entonces, el de poner la ciencia jurídica en contacto con la filosofía, como él mismo dijo. ¿Con cuál filosofía? En primer lugar con la filosofía de la ciencia que él conocía, y aceptaba, que era el positivismo. Conforme con éste, la ciencia es una actividad perfectamente definible, distinguible de cualquier otra. Es una actividad que se diferencia de la política, porque no busca el poder sino la verdad. Y si el poder se apoya en la ciencia, tanto mejor. Pero son diversos. Esta convicción parece que siempre acompañó a Kelsen.

Pero, en segundo lugar, intentaba también otro contacto entre el derecho y la filosofía: el que se instala en la filosofía política. Y puede decirse que a este último dedicó muchos más esfuerzos, frecuentemente oscurecidos por quienes sólo han querido fijarse en lo primero. Según Kelsen, el derecho no es el poder, pero depende de él (pero en más de una ocasión sus propias reflexiones muestran

que bien vale la inversa: el poder depende del derecho). Y ello instala la reflexión sobre el derecho en otro ámbito científico, el de las ciencias políticas. Ésta es una faceta de Kelsen mucho menos conocida. Y es aquí donde abreva la tendencia crítica de la ciencia jurídica. Si en sus esfuerzos epistemológicos hunden sus raíces los actuales apologetas de la ciencia jurídica y la tarea de los abogados, en sus aportes políticos se funda la crítica de esa ciencia.

Pues bien, si Kelsen es el fundador del intento de hacer de la jurisprudencia una ciencia ¿qué clase de ciencia? ¿cuáles son sus condiciones de posibilidad? O, dicho de otra forma ¿qué requisitos debe cumplir la actividad de alguien para que pueda decirse que es una ciencia?

Adviértase que se abren aquí dos posibilidades, y que Kelsen eligió una. Es posible, en primer lugar, usar la palabra "ciencia" para referirse a la actividad de los abogados. Luego, estudiar lo que ellos han hecho y hacen, y luego decir que en eso consiste la ciencia jurídica. Pero en segundo lugar, es posible usar la palabra "ciencia" para designar una actividad cognoscente perfectamente definida. Luego es posible estudiar lo que los juristas hacen y compararlo con la actividad llamada *ciencia*; si ambas actividades coinciden, entonces la de los juristas es una ciencia, y si no, no. Y luego es posible decir qué es lo que *deben* hacer si quieren hacer ciencia. Éste último es el camino adoptado por Kelsen. Como buen positivista tenía una clara idea de lo que la ciencia es; y es por eso que dijo que los juristas no hacen ciencia, porque lo que hacen es, u opinar sobre las normas, o proponer nuevas normas. Sólo si se limitan a repetir las normas, a decir lo que ellas dicen, sin opinar sobre su justicia o su injusticia, sólo así, podrán decir que lo suyo es una ciencia.

Bien; pero ¿porqué tanta insistencia en este punto? Y la insistencia fue tanta, que a muchos les pareció que Kelsen proponía que los juristas no debían opinar sobre la justicia, y que el derecho debía obedecerse por el solo hecho de haber sido dictado. Lo cual es totalmente falso. Lo único que dijo fue que, si opinaban, o si llamaban a la obediencia o desobediencia, ya no lo hacían en tanto científicos sino en tanto políticos. Pero no sólo nunca condenó las preocupaciones éticas, sino que fue un pensador que dedicó la mayor parte de su esfuerzo al estudio de la ética y la política. Y la prueba de esto, de que era un pensador de la política, está en las razones que tenía para insistir tanto en esta cuestión. Lo que quería era, precisamente, despojar a la actividad política de los juristas de esa respetabilidad que le agrega el hecho de que sea considerada como

ciencia. No es correcto llamar ciencia, y otorgarle el prestigio social que ésta posee, y merece, según él, a la actividad de los juristas. Es decir, de lo que se trata es de despojar a la actividad de ejercicio del poder, del halo científico que le presta el conocimiento a los juristas. Quien tiene el poder no debe legitimarse por medio del prestigio que le otorgan los juristas cuando éstos lo reconocen como autoridad y reconocen como derecho las normas que produce. Es decir, las razones que Kelsen tenía para insistir sobre la pureza de la ciencia, eran razones *políticas*: hay que despojar a todo poder del prestigio que le otorga la actividad de los juristas, prestigios que se acrecientan si, además, tal actividad es llamada *ciencia*.

2. La tradición analítica del kelsenianismo

Algunos filósofos del derecho encontraron en la primera de las preocupaciones kelsenianas, el fundamento de una búsqueda que tenía por objeto establecer las condiciones epistemológicas de una ciencia jurídica a fundarse; que se practicaría en el caso de que los juristas se sujetaran a esos cánones que ellos propondrían.

Pero claro que había, y hay, algo que nunca ha sido suficientemente dilucidado: ¿se llamará *ciencia* a lo que hacen o a lo que *deberían* hacer? Algunos autores navegan en esa confusión poco kelseniana, y hablan de las condiciones de la ciencia jurídica como si hablaran de lo que los juristas hacen. Logran, o pretenden, con ello, precisamente lo contrario de lo que quería Kelsen: que se piense que lo que los juristas hacen es ciencia, ya que ellos cumplirían las actividades teóricas correctas. Pero eso no es así. La mayor parte de los juristas, de los actuales al menos, no producen casi ninguna de las operaciones teóricas previstas por estos filósofos.

Lo cierto es que debemos a esta corriente, que puede llamarse analítica por su filiación directa con la así también llamada *filosofía analítica*, la producción de una obra tan amplia como valiosa. Valiosa, aunque en algunos casos se trata de una subrepticia apología del poder bajo la forma de la confusión que hemos explicado. Lo primero que tenían que hacer, e hicieron, y eso ha sido lo más valioso, es desarrollar un aparato teórico que ha llegado a niveles que deberían, si lo conocieran, envidiar todos los demás científicos sociales. Han desarrollado, por una parte, un instrumento de futuro impredecible, que es la lógica jurídica. Con su ayuda han conseguido realizar complicados, ricos e interesantes análisis de los conceptos usados por los juristas, casi siempre con tono crítico.

El fundamento de esta filosofía es el análisis del lenguaje. La idea central ha sido la siguiente: la ciencia jurídica es una que *describe* normas. Por lo tanto no *prescribe* nada. Como quería Kelsen: tan pronto como se prescribe se está fuera de la ciencia.

Por otra parte, los filósofos analíticos se dividen entre quienes agregan y quienes no agregan, a la tarea de descripción de normas, la de *interpretarlas* y *sistematizarlas*. Se comprende la diferencia: describir normas es una operación intelectual que parece no "tocar" el objeto de estudio; mirarlo sin intervenir en él, porque tan pronto se hace esto, se cae fuera de la ciencia, en la política. Y, en cambio, la interpretación consiste en decidir *el sentido* portado por el enunciado que se estudia; pero "decidir" en sentido fuerte; es decir, interpretar es *proponer*, al juez por ejemplo, que produzca una cierta sentencia y no otra. Por eso dice Kelsen que cuando el jurista propone como correcta *una* interpretación en desmedro de otras posibles, se convierte en un político. Pero no ha sido óbice para que algunos analíticos, dejando en tal caso de lado al Kelsen del cual partieron, sostengan que, además de describir normas, la ciencia jurídica las *interpreta*.

Con la *sistematización* de normas sucede algo parecido: si sistematizar es algo así como presentar en un todo, por eso "sistemático", ordenado, el conjunto, o grupos determinados, de las normas descriptas, entonces pareciera que hay una cierta manipulación del objeto que haría caer a la actividad fuera de la ciencia, que sólo "describe".

IV. LA DESCRIPCIÓN DE NORMAS VÁLIDAS

1. *La validez y la eficacia de las normas jurídicas en la teoría general del derecho*

La ciencia jurídica tendría como tarea la descripción "objetiva" de normas válidas. "Objetiva" quiere decir aquí, para no ingresar en este momento a otra discusión, que la descripción debe decir lo que está en la norma y nada más.

Ahora bien, la cuestión está en que describir normas válidas, según el propio Kelsen, es suponer la efectividad de las mismas y su pertenencia a un sistema eficaz. Y esto tiene consecuencias que hacen de la imaginada por Kelsen, una ciencia imposible. Y éste es el punto central de este trabajo.

Está supuesto que esta presunta ciencia se dedica a describir normas. Pero, obviamente, trata de normas actualmente existentes. Ahora bien, ¿cuándo existe una norma? Es frecuente oír que Kelsen contesta a esta pregunta diciendo que las normas existen cuando han sido dictadas por la autoridad competente y conforme con el procedimiento establecido por la Constitución. Pero esto es sólo parcialmente verdadero, porque Kelsen dice algo más y muy importante.

Aquí conviene detenerse un instante para decir lo siguiente: la mayor parte de los juristas prácticos, es decir no los dedicados a la teoría del derecho, piensan que las normas valen, o existen porque han sido dictadas de manera legal. Pero lo que nunca dicen es que en realidad es algún jurista con poder para ello, un juez por ejemplo, el que dice que cierta norma ha sido producida legalmente. Las normas, en sí mismas, no dicen nada acerca de cómo han sido dictadas. Sólo otro discurso, posterior, puede decir si así fue o no. Y este discurso tiene la virtud de *reconocer* como legítima la actuación del funcionario involucrado —o de desconocerla por ilegítima—, obviamente. Además, este discurso, producido por un juez, sólo sucede en una sentencia, única manera en que los jueces pueden decir, con fuerza de ley, que una norma es válida. Actúan así como *juristas internos*, es decir, como juristas involucrados en la sociedad en la que actúan. Y lo mismo hace un abogado que argumenta la validez de una norma y solicita al juez, o a cualquier funcionario, la utilización de la misma para producir otra nueva, es decir, una resolución o una sentencia. Sólo un *jurista externo*, un observador miembro de otra sociedad, como el antropólogo ante la comunidad originaria, podría decir que una norma es válida sin que su *dictum* juegue un papel en el ejercicio del poder de esa comunidad.

Esto tiene otra consecuencia, sobre la que no profundizaremos aquí: en realidad no existen normas inconstitucionales; porque si son declaradas tales por una sentencia final, entonces no son normas; y, a su vez, mientras no sean declaradas tales, son constitucionales. Decir que una norma es inconstitucional es hacer presente otro discurso, y otro actor social, un jurista por ejemplo, que no puede hacer la inconstitucionalidad de la norma a la que acusa de tal. Sólo una autoridad puede hacerlo.

Pero volvamos a nuestro asunto. Según Kelsen, una norma es válida cuando, además de haber sido producida por el funcionario autorizado y conforme con el procedimiento previsto, la norma es *eficaz* en cierto grado. Esto en primer lugar. Pero, además, dice que un sistema jurídico existe, es decir, es válido, cuando es eficaz, y lo

es cuando la mayor parte de las normas que lo integran, la mayoría de las veces, son efectivas. Es decir, cuando un sistema es eficaz *es válido*. Y las normas que lo integran son válidas precisamente porque pertenecen a un sistema válido, que lo es por ser eficaz.¹

Se presume que una norma es válida tan sólo cuando el sistema de normas, es decir, el orden al que pertenece esta norma, tiene realidad en los hechos hasta cierto grado; esto es, si las normas de ese orden son observadas en conjunto y por lo general.²

En este punto, Kelsen está discutiendo el problema de la existencia de las normas jurídicas que para él es lo mismo que validez de las normas.

El problema central en la metodología jurídica es responder a esta pregunta: ¿cuándo puede decirse que una norma existe como jurídica? Se comprende que detrás de esto está el problema de definición del derecho: donde encontremos normas jurídicas no hay duda de que habrá derecho. Y se han dado varias respuestas.

Para algunos una norma existe cuando es vivida como obligatoria por los jueces. Esto remite a la ideología de los funcionarios encargados de aplicar normas. Para otros una norma existe cuando es efectivamente aplicada por esos funcionarios. Los puntos de contacto entre estas dos posiciones son fáciles de ver. En efecto, si los funcionarios las aplican, es porque las viven como obligatorias. De cualquier manera sí se percibe la diferencia: para unos se trata de la ideología de los funcionarios, para otros de su conducta.³

Para Kelsen, las normas son válidas si cumplen estos requisitos: haber sido producidas conforme con una norma superior, ser efectivas en cierto grado y pertenecer a un sistema válido, que, a su vez, lo es por ser eficaz, que, a su vez, lo es porque las normas que lo componen son eficaces.

1 Véase Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, UNAM, pp. 201 y ss., en especial p. 224.

2 Kelsen, Hans, *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, México, FCE, p. 93.

3 Véase Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, EUDEBA, 1974, pp. 29 y ss., y Pattaro, Enrico, *Elementos para una teoría del derecho*, Madrid, Debate, 1985, pp. 230 y ss. Una variante atendible en Farrel, Martín Diego, *Hacia un criterio empírico de validez*, Buenos Aires, ASTREA, 1972, p. 90: "si la sentencia ordena desalojar una casa, debemos verificar si la casa fue efectivamente desalojada; si la sentencia ordena que se debe permitir una manifestación, debemos verificar si realmente se realizó sin ser perturbada por los órganos del Estado"; obsérvese que en esta variante se propone que la validez debe buscarse, no en la sentencia, sino en su cumplimiento; que de todos modos es la "acción" de los tribunales.

Puede verse que para la teoría general del derecho, en cualquiera de estas variantes, que son las más prestigiosas, la existencia de las normas depende de su efectividad. O, dicho de otra manera, no hay normas que no sean efectivas al menos en un grado políticamente significativo, porque si no lo son, entonces no son válidas, no existen. Ahora debemos preguntarnos qué podría hacer la ciencia con los elementos brindados por estas teorías.

2. *La eficacia de las normas como condición de su validez*

Si una norma existe cuando es eficaz, entonces la eficacia de la norma es condición de su existencia. Y si una norma existe cuando pertenece a un sistema eficaz, entonces la eficacia del sistema es condición de la existencia de la norma.⁴

Esto quiere decir que cuando el supuesto científico, interno o externo, dice que una norma existe, cuando la *describe*, como quiere la teoría del derecho, está presuponiendo su eficacia y la del sistema al que pertenece.

Esta actividad de "presuponer" la eficacia, en la mayor parte de los países políticamente estables, es una tarea que pasa inadvertida. Sucede que cuando el jurista reconoce una norma como jurídica, lo hace sobre la base de que está actuando dentro de un orden jurídico eficaz. Y por tanto este procedimiento mental, el de dar por supuesta la eficacia, pasa sin notoriedad. Para hacer aparecer con claridad este proceso casi siempre inconsciente, es necesario pensar en una sociedad convulsionada por una guerra civil o un golpe militar no reconocido, por ejemplo por la ahora llamada "comunidad internacional". Un ejemplo de esto último nos lo dio Haití en 1994; uno del primer caso, la guerra en la ex Yugoslavia. Preguntémosnos lo siguiente: si un cliente pidiera a un jurista consejo para invertir en una empresa estatal en cualesquiera de ambos casos ¿qué haría un abogado prudente? En primer lugar, necesitaría conocer las normas válidas en el país, tanto las que se refieren a la constitución de empresas, como las que se refieren a las autoridades que producirán actividades jurídicas con motivo de esa inversión. Pero ¿cuáles serían tales normas y quiénes serían las autoridades con quienes tratar? Si, como creen los juristas poco avisados, se trata sólo de saber si las normas han sido o no dictadas, entonces

4 Una conclusión se impone: si la eficacia es condición de la validez, si la eficacia es cuestión de la sociología, si la validez es cuestión de la dogmática, entonces la dogmática, depende de la sociología, tanto como la validez lo hace de la eficacia.

todo se solucionará en alguna biblioteca del país en cuestión. Pero no es así: incluso ese jurista poco avisado tendría que tener en cuenta la eficacia del sistema jurídico en su conjunto, y la estabilidad del gobierno con el que su cliente debe tratar. Y no se atrevería en tal caso, a decir que una norma lo es porque ha sido dictada, sin considerar su eficacia y la del sistema al que pertenece. Es en tales supuestos, que no son excepción sino pura cotidianeidad en el mundo contemporáneo, que se advierte la importancia de estos postulados de la teoría del derecho, que exigen, para reconocer normas, su eficacia y su pertenencia a un sistema eficaz.

V. LA EFICACIA DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS

La ciencia jurídica, entonces, presupone la eficacia del sistema jurídico al que pertenece la norma de la que dice su validez. Pero ¿cómo se consigue la eficacia del sistema, que es eficaz porque son eficaces sus normas?

Preguntémonos qué pasaría si todos los juristas españoles, funcionarios, jueces y abogados, se negaran a reconocer como válidas las normas de "flexibilización laboral". O preguntémonos si el general Videla hubiera podido ejercer el poder si todos los juristas argentinos, funcionarios, jueces y abogados, se hubiesen negado a reconocer el orden jurídico implantado por esa dictadura. La respuesta es paradójal: no es posible ejercer el poder legítimamente, sin el concurso de los juristas de un país. Parece que son los juristas los que tienen por función aplicar las leyes que dicta el gobierno, pero en realidad el gobierno no puede gobernar sin el concurso de, al menos una buena parte de los juristas, que apliquen las leyes que dicta. Nada más ni nada menos, ése es el papel que cumplen los juristas.

Es decir, la eficacia de un sistema jurídico en su conjunto, depende de que sus normas sean efectivas, para lo cual es necesario que sean, primero reconocidas, y luego interpretadas y aplicadas por los juristas. Por tanto, la eficacia del sistema es, no el objeto, sino la *consecuencia* del saber de los juristas. Las normas, en realidad, son válidas *porque el saber de los juristas las hace efectivas*. ¿Cómo podría, entonces, ser "ciencia" un saber que es la causa de lo que dice describir "objetivamente"?

El saber de los juristas consiste en las habilidades adquiridas en la facultad de derecho, que le permiten reconocer como jurídicas las normas producidas por quien detenta el poder. Pero éste lo de-

tenta precisamente porque consigue ser obedecido, es decir, porque consigue la efectividad de las normas que produce. Si no consiguiera hacer efectivo el derecho que quiere producir, nadie diría que detenta el poder. Esto también es noticia cotidiana en el mundo contemporáneo. En México lo fue durante la guerra revolucionaria. En efecto, ¿cuáles eran las normas válidas que la supuesta ciencia jurídica describía? ¿el producido conforme con la Constitución anterior, o el impuesto por los ejércitos allí donde tenían hegemonía militar? El poder del centro del país se extinguía allí donde llegaba el ejército subversivo. Y allí mismo nacía un nuevo sistema jurídico. Es decir, tiene el poder el que se consigue hacer eficaz el sistema jurídico que le señala como autoridad legítima. Y adviértase la petición de principios: en realidad es autoridad conforme con el derecho, porque hace pasar por derecho lo que es su voluntad política. O mejor, lo que es derecho depende de sus posibilidades de hacer efectivas las normas que produce. Si consigue la eficacia del sistema, entonces es legítimo; si no, no. Y como buena parte de la eficacia de un sistema se debe a los juristas, entonces el saber de los juristas legitima, o no, un gobierno. Cada acto "científico" de reconocimiento de la validez de una norma como jurídica, es un acto que, sumado a otros actos iguales, conforma la eficacia del sistema jurídico. Y conformando la eficacia del sistema, es como se consigue la validez de las normas, según la teoría del derecho. Todo esto tiene un gran sabor a circularidad, a petición de principios, a tautología.

Si la ciencia es alguna clase de saber que solamente observa el fenómeno que estudia, no hay duda de que no es ciencia una actividad que es parte del objeto que dice estudiar. Esto se le pasó a Kelsen. Por una parte, postuló en su teoría pura que el saber de los juristas sería ciencia si se limitaba a describir las normas válidas. Por otra parte, postuló que las normas son válidas porque pertenecen a un sistema eficaz. No advirtió que precisamente la eficacia depende del acto de conocimiento de las normas.

¿En qué consiste la descripción de una norma válida? Consiste en una actividad intelectual plasmada en un discurso. Este discurso dice que una conducta es obligatoria (por ejemplo, "en España *p* es obligatorio: *Op*"). Esto, a su vez, quiere decir que en caso de no producirse esa conducta, lo más posible es que se produzca una sanción. Y esa predicción de la sanción tiene como base la consideración de la eficacia del orden jurídico al que pertenece la norma descrita. Si no se considerara eficaz el orden jurídico en su conjunto, no se prevería una sanción. De donde resulta que un orden jurídico co-

mienza a perder eficacia cuando no consigue sancionar las conductas prohibidas.

El discurso que dice la validez de una norma, dice también la legitimidad de la autoridad de quien la produjo; pero dice también la legitimidad de las normas que hicieron autoridad del que las produjo; y así sucesivamente, hasta decir la legitimidad de la Constitución en cuya virtud todas las autoridades quedan legitimadas, así como quedan "juridizadas" todas las normas que éstas produzcan. Cada discurso de descripción de la validez de una norma dice, al mismo tiempo, la validez de todo el orden jurídico, y por tanto la legitimidad de quienes gobiernan.

Este discurso, entonces, que dice la juridicidad de la Constitución, es también parte de la *grundnorm* de Kelsen. Esta norma fundamental es en realidad un discurso colectivo de reconocimiento de la Constitución que legitima al gobierno. Y de este discurso colectivo es que Kelsen dijo que es una *ficción*, en la que lo fingido es una inexistente autoridad, que dio autoridad a quienes hicieron la Constitución, que legitima a los que gobiernan hoy.

El saber jurídico es el más importante de todos los discursos de legitimación que circulan en una sociedad moderna. La pretendida ciencia jurídica, en realidad es un discurso legitimador de quien tiene el poder. Y no puede no serlo, precisamente porque describir normas significa producir actos de habla que tienen el sentido de juridizar los actos de habla de quienes gobiernan. Que, bien puede decirse, gobiernan porque consiguen que otros produzcan esos actos de habla que significan su legitimación.⁵

Curiosamente, Kelsen dio todos los elementos necesarios para comprender cabalmente el significado social del saber de los juristas. Y es curioso, porque precisamente decía que una que se limitara a describir normas, sería una verdadera ciencia jurídica. Paradójicamente, estaba postulando una ciencia imposible.

Óscar CORREAS

5 Sobre actos de habla y derecho, véase Tamayo y Salmorán, Rolando, "Lenguaje del derecho y demiurgia jurídica (Entre actos ilocucionarios y actos mágicos)", *Crítica Jurídica*, México, UNAM, núm. 13, 1993, pp. 195 y ss., y Correas, Óscar y Ana María del Gesso Cabrera, "El estado como discurso", *Acciones Textuales*, México, UAM-I, núm. 3, 1990, p. 127 y ss.