

NORMA JURÍDICA Y ESQUEMA REFERENCIAL

Roberto J. VERNENGO *

Me propongo intentar un análisis de ciertas ideas kelsenianas —la función de las normas jurídicas como esquemas de referencia (*Deutungsschema*)— en que confluyen algunos de los problemas tradicionales de la teoría del conocimiento y de la semántica filosófica. Una mera lectura de los textos pertinentes, como el del § 4, a) de la *Reine Rechtslehre* de 1960),¹ permite advertir cómo alrededor de la idea de esquema referencial (traducción que propongo de *Deutungsschema*) giran conceptos tales como los de “hecho externo” (*äussere Tatbestand*), “facticidad” (*Tatsächlichkeit*), “referencia objetiva” (*objektive Bedeutung*), “sentido objetivo” (*objektive Sinn*), y otros, que constituyen algo así como una característica familia de conceptos, tradicionalmente utilizados en el análisis de problemas gnoseológicos y semánticos.

Es de suponer que la expresión “esquema referencial” proviene, en Kelsen, de los textos kantianos, donde los esquemas trascendentales explican la posibilidad de la subsunción de las intuiciones sensibles bajo las categorías del intelecto, y, por lo tanto, la aplicación de los conceptos puros de la razón a la experiencia.² Aunque justamente Kant, en la *kritik der praktischen Vernunft*, al referirse a la cuestión de la aplicación de normas generales (reglas *in abstracto*) a acciones concretas, excluye la posibilidad de que la regla moral o jurídica pueda ser aplicable en la experiencia a través de una única representación esquemática que garantice siempre la realización empírica de las normas: ello sería contradictorio, afirma Kant, con la idea de una ley que presupone la libertad.³ Los predicados morales —lo moralmente bueno, o lo jurídicamente debido— son cualidades suprasensibles de los objetos, y por ende, no cabe encontrar en ninguna intuición sensible algo que pueda corresponder a esas propiedades éticas. Sólo cabría elaborar racionalmente, y no con la imaginación trascendental, como en el caso del *conocimiento empírico*, algo así como un modelo análogo a una ley

* Profesor de filosofía del derecho, Universidad Nacional de Buenos Aires.

¹ H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., Deuticke, Wien, 1960.

² I. Kant, *Kritik der reinen Vernunft*, A 137, B 176.

³ I. Kant, *Kritik der praktischen Vernunft*, 120.

natural, que funcionaría como arquetipo de la norma que, como aplicación de una norma general, regularía la acción concreta moral.

Pero en el texto kelseniano que deseo comentar aparecen también ciertas nociones que, un tanto al margen de la terminología kantiana, nos ponen en la pista de problemas tradicionales de la semántica de los enunciados declarativos y de los enunciados modales: Kelsen habla tanto del "sentido" (*Sinn*) como de la "referencia" (*objective Bedeutung, Inhaltsbeziehung, etcétera*) de las normas jurídicas, vocabulario ante el cual es imposible no asociar la terminología tradicional de la lógica y epistemología contemporánea, desde Stuart Mill a Frege y sus prolongadores. Pareciera, pues, como si dos corrientes del pensamiento epistemológico tradicional confluyeran en estas páginas kelsianas, que, sin duda, son cruciales para una comprensión de la construcción analítica erigida por la *Teoría pura*. Veamos, pues, las cosas algo más de cerca.

Para Kelsen, como para Kant, los fenómenos externos son acontecimientos perceptibles sensiblemente (*Der äussere Tatbestand... ist nun in allen Fällen, ein sinnlich wahrnehmbares Geschehen...*), en cuanto se trata de hechos que trascurren en el tiempo y el espacio (*...weil in Zeit und Raum ablaufendes...*). El fenómeno jurídico, en cambio, no se ofrece como un hecho; carece de facticidad, puesto que resulta (*Ergebnis*) de la circunstancia de habersele conferido a cierto dato un cierto "sentido" jurídico específico que no se presenta como una propiedad perceptible sensiblemente: que podamos distinguir la ejecución de una pena capital del fenómeno natural de un deceso, no proviene de diferencias en el material sensible en que tales hechos puedan aparecer, sino de la atribución de sentidos distintos al mismo material sensible, sin que la distinción se refleje fenoménicamente en cualidades perceptibles distintas.

Este planteo implica, claro está, varias tesis que deben ser examinadas. Pues de ser exacta la propuesta kelseniana, la distinción entre la ejecución de una pena capital y una muerte no sería real; no se produciría como una diferencia en la referencia de los conceptos respectivos, sino que sería una diferencia puramente conceptual, de sentido, una diferencia en el "modo" de la referencia, como dice Frege.

Pero si bien ello se compadece con teorías muy tradicionales sobre las relaciones entre la referencia y la intensión de las expresiones modales normativas, el punto no parece suficientemente claro dentro de la propia teoría kelseniana, donde la teoría semántica de las normas y de las proposiciones normativas no pareciera haber sido desplegada en forma suficientemente explícita.

Puesto que si aceptamos —como se verá que puede hacerse— al analizar

la doctrina de la referencia y connotación de los enunciados normativos—que para nuestro autor las normas jurídicas carecen de referencia directa, puesto que no pueden ser verdaderas o falsas, tendríamos que aceptar que su referencia es indirecta, tal como lo propone expresamente Frege y otros autores. Así pareciera interpretación posible del § 4 a) que glosamos, que la referencia (*Deutung*) de una norma fuera el acto humano témporo-espacial que como “referencia objetiva” aparece mencionado en el enunciado (*Urteil*) que lo formula como un “hecho... cuyo ser se encuentra encerrado en el sistema de la naturaleza” (... *seine Tatsächlichkeit, ... sein natürliches ... in system der Natur beschlossenes Sein*); hecho natural cuyo “modo” de referencia se altera cuando el enunciado en cuestión es sometido a una “referencia” normativa específica. Sólo que en el § 16 de la *Reine Rechtslehre* se sostiene que las normas jurídicas, logradas por modalización referencial de los enunciados descriptivos de hechos de la naturaleza, no son proposiciones en sentido alguno: es decir, aclara Kelsen, no son “enunciados sobre un objeto dado al conocimiento” (*Aussagen über einen der Erkenntnis gegebenen Gegenstand*), y, por ende, no son susceptibles de verificación experimental alguno, salvo de una verificación indirecta a través de enunciados normativos de nivel superior: las llamadas *Rechtsätze*, que sí pueden ser verdaderas o falsas, y, por tanto dotadas de referencia. Sólo que las *Rechtsätze* son también enunciados normativos y su referencia, según Kelsen, estaría dada por la existencia de una norma dentro de un cierto derecho positivo, lo cual no esclarece el problema, por cuanto la referencia de la proposición jurídica sería el sentido de la norma a que se refiere, y no una referencia objetiva de otra índole. Por añadidura, no se comprende enteramente cuál sea el “hecho externo” del “sistema de la naturaleza” que pueda constituir la referencia de una proposición normativa, salvo que se trate del hecho concreto histórico de la promulgación de una norma por un legislador concreto. A ello pareciera aludir Kelsen, cuando en el mismo capítulo (§ 16) señala que: la referencia de una norma se verifica indirectamente cuando comprobamos que el acto de su creación tiene que ser un acto empíricamente comprobable (*einen empirisch feststellbaren Akt*).

En el § 4, Kelsen decía que una norma se refiere o relaciona con el hecho externo natural a través de su “contenido” (*Inhalt*), mientras que la cualidad propiamente jurídica o “sentido” le es otorgada por un “proceso intelectual” (*einen Denkprozess...*). Sea ello como fuere, parece notorio que Kelsen distingue claramente los problemas derivados de la determinación del sentido de un dato jurídico, de la determinación de la referencia de un enunciado normativo: la dificultad reside

en establecer si cabe atribuir útilmente referencia o denotación a las normas jurídicas, y cuál sea la relación de esa supuesta denotación tenga con la connotación o sentido de las normas. Va de suyo que el hecho indubitable de que las normas tengan sentido, o puedan ser entendidas en el ámbito de un cierto código lingüístico —es decir que sean “juicios”, “enunciados” o “pensamientos”, como se dice con variada y tradicional terminología en la *Reine Rechtslehre*—, no permite exigir a Kelsen que dé también solución positiva y categórica al problema de la referencia de las normas, pues es por demás sabido que un enunciado o término pueden tener sentido, pero carecer de referencia. De ahí que los planteos críticos de Cossio (por ejemplo, en *Teoría de la verdad jurídica*),⁴ no sean aceptables: es verdad que, empleando un vocabulario un tanto psicologista, pueda decirse que para Kelsen “la norma es pensamiento”; aunque, por cierto, sólo se alude a la existencia de ciertos signos y sus sentidos: “(la norma) se la puede verificar directamente: las normas se expresan con palabras; las capta el intelecto en su significación”.⁵ Se advierte, además, que “las normas no son cosas sensibles que se puedan ver con los ojos de la cara”; son proposiciones o juicios. Pero de esa comprobación —llamémosla así—, la conclusión que se extrae es espúrea: “Pero que este pensamiento sea significación lógica, mención de algo, es decir, un juicio, esto ya excede todo lo que en la ciencia jurídica se ha estado sobreentendiendo, al respecto”. El exceso, cierto en Cossio, no en Kelsen, proviene de suponer que porque una norma sea una “significación lógica” (sea ello lo que fuere), menciona siempre algo: de que una proposición signifique o tenga sentido, nada podemos concluir sobre si cuenta con denotación o extensión. De otra suerte, todo el conocimiento quedaría reducido, literalmente, a cuestiones de palabras.

Se trata ésta de una tesis que Frege expuso con gran claridad. En *Sinn und Bedeutung*,⁶ justamente recuerda que el pensamiento (lo que se piensa cuando se entiende una oración) no puede ser la referencia de un enunciado, sino que más bien podría considerarse su sentido. Y es perfectamente posible que “una oración, como un todo, cuente solamente con sentido, pero carezca de referencia..., así como hay partes de enunciados que sólo tienen sentido pero no tienen referencia”. Un ejemplo que pone Frege de oración dotada de sentido, pero carente de referencia, es una norma: “la cláusula subordinada que, después de palabras tales como ‘ordenar’, ‘pedir’, ‘prohibir’ sigue con el relativo

⁴ C. Cossio, *Teoría de la verdad jurídica*, Buenos Aires, Losada, III, 1 y 2.

⁵ *Ibid.*, p. 96.

⁶ G. Frege, *Über Sinn und Bedeutung*.

'que', aparecerían en el discurso directo como un imperativo; tal cláusula no tiene referencia sino únicamente sentido".⁷ Porque, agrega Frege, ni un orden, ni un ruego son "pensamientos", de suerte que en las cláusulas subordinadas, dependientes de verbos semejantes, "las palabras sólo tienen referencia indirecta"; es decir, su "sentido habitual" como términos de un lenguaje.

Claro que el mero conocimiento del sentido de una norma no permite conocer el supuesto hecho referido, de igual modo que el conocimiento del sentido de un término o enunciado no permite conocer si cumple función denotativa, o cuál sea su valor de verdad. De ahí que Cossio, donde esta simple distinción no es temática, llegue a afirmar que "si la norma expresa 'el inquilino debe pagar su alquiler, conservar la casa en buen estado, etcétera', ¿qué dice sino eso mismo, el simple sustantivo normativo 'inquilino?'".⁸ Pero la relación entre "inquilino", como sustantivo (¿qué es un sustantivo normativo, dicho sea de paso?), y la norma "el inquilino debe pagar su alquiler" (donde el sustantivo normativo reaparece), es analítica, como no puede dejar de reconocer Cossio, lo cual ciertamente no implica "que el mismo objeto esté mentado en ambos casos como lo mismo", pues es evidente que, ya sin referencia extensional alguna, el "modo de presentación" entre el término "inquilino" y la norma aludida son distintos: dicen cosas distintas porque difieren en sus sentidos, y no tenemos ningún criterio para afirmar o negar identidad en sus posibles referencias: ¡es bien claro que hay inquilinos, que son inquilinos, y que no pagan sus alquileres!

El sentido de un término o de una oración es captado por todo aquel que conozca el lenguaje a que pertenecen: especifica Frege —y su tesis vuelve a ser confirmada por las teorías posteriores vigentes— que conocidas las reglas de formación y el repertorio de términos de un lenguaje, deberíamos estar en condiciones de poder asignar un sentido preciso a toda expresión bien formada del lenguaje en cuestión, sólo que "los lenguajes naturales frecuentemente no satisfacen esta condición".⁹ Es decir: no siempre contamos con reglas decidibles para establecer si una expresión constituye una expresión bien formada o no de un lenguaje natural. Pero, sea ello como fuere —y al respecto la literatura sobre estas características de los lenguajes naturales es frondosa en las últimas décadas,¹⁰ inclusive en la literatura jurídica—,¹¹

⁷ G. Frege, *loc. cit.*

⁸ C. Cossio, *op. cit.*, p. 105.

⁹ G. Frege, *op. cit.*

¹⁰ Cf. N. Chomsky, *The formal analysis of natural languages*.

¹¹ Cf. del autor *La interpretación literal de la ley y sus problemas*, Buenos Aires, 1971.

lo cierto es que el sentido de una expresión lingüística está determinado necesariamente por las reglas de formación del lenguaje en que se la formule. Pero del hecho de tener sentido una expresión, no puede concluirse que también tenga referencia o extensión, como es notorio; tampoco la captación intelectual del sentido de la expresión garantiza el conocimiento de su posible referencia. Aunque fuera de los contextos oblicuos, parece aceptable que el uso de las expresiones lingüísticas se efectúa atendiendo también a la referencia; por lo menos, así se supone tradicionalmente.

Ahora bien, el lenguaje de los juristas no pasa de ser más que una variedad de los lenguajes naturales, con los agregados característicos de un dialecto profesional o técnico: palabras técnicas introducidas por definiciones *ad hoc*; sintaxis propia de un lenguaje escrito antes que oral; recurso frecuente a enunciados generales, cuya función comunicativa directa es pequeña, etcétera. Ciertamente no contamos, en la dogmática jurídica tradicional ni tampoco en la teoría general del derecho de Kelsen, con una formulación expresa de las reglas de formación de los lenguajes técnicos utilizados.¹² De ahí, que no siempre dispongamos de criterios suficientes para establecer el sentido de una expresión del lenguaje jurídico. Lo cierto es que, en Kelsen, fuera de la ocasional referencia (en la *General Theory of Law and State* de 1945) a la necesidad de definir los conceptos jurídicos, a partir de los "usos ordinarios" de las palabras,¹³ no se encuentra explícitamente formulada la teoría de las reglas de formación genéricas de los lenguajes jurídicos.¹⁴ Sin embargo, creo que puede darse una interpretación interesante a la teoría kelseniana de los ámbitos de validez de las normas jurídicas, como una teoría implícita de las reglas de formación más generales de los enunciados normativos jurídicos; esa teoría trataría de establecer cuáles son las variables (predicados y argumentos) que una norma debe expresar, y eventualmente satisfacer, para constituir un enunciado normativo aplicable, es decir, con sentido jurídico. En todo caso, Kelsen, en la *Reine Rechtslehre* de 1960, específicamente refiere la teoría de los ámbitos de validez al problema de la constitución del "contenido" (*Inhalt*) de las normas, y es a través del contenido, como se ha visto, que la norma tiene un cierto sentido: la mención de ciertos "acontecimientos témporo-espaciales" (*raum-zeitliche Vorgänge*).¹⁵

¹² Cf. A. Gioja, "El ser de la norma jurídica" *La Ley*, 1951.

¹³ H. Kelsen, *General Theory of Law and State*.

¹⁴ Cf. R. J. Vernengo, "About Some formation rules for legal languages", (en *Law, State and International Legal Order*, Minesotta University Press, 1964).

¹⁵ H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 4, c).

Pero que el "pensamiento" (contenido o sentido) que captamos cuando entendemos el lenguaje en que se nos formula una norma, aluda a tales o cuales hechos posibles, claro está que nada nos dice sobre si tales hechos, simplemente mencionados (y mencionados "indirectamente"), se dan o no efectivamente como "acontecimientos externos del sistema de la naturaleza". Más aún, no se comprende qué interés pueda tener para Kelsen la circunstancia de que el contenido de la norma (su sentido) pueda relacionarse con ciertos hechos externos, que expresamente han quedado excluidos como referencia, dado que las normas no la tienen en cuanto que no están dotadas de valor de verdad.

Me parece que es necesario aquí hacer hincapié en un detalle que, reiterado en muchas obras kelsenianas, ha menester de una interpretación más detenida que la usual, que se atiene a una suerte de dicotomía simplista ajena al pensamiento científico contemporáneo. Me refiero a la distinción entre enunciados causales y enunciados normativos (a la que se acoplan las distinciones entre ciencias causales y ciencias normativas, o entre supuestas categorías trascendentales de causalidad y de atribución normativa —*Zurechnung*—). Puesto que parece obvio que no cabe distinguir dos actividades científicas por supuestas características lógico-trascendentales de los enunciados que utilicen, ni, por otra parte, convertir categorías gnoseológicas en entidades ontológicas, como una supuesta causalidad o imputación ontológicas. Es un hecho, sin embargo, que Kelsen reitera, hasta en su última versión de *Reine Rechtslehre*, la importancia de la distinción.

En el texto en que nos hemos detenido: el § 4 a) de la *Rine Rechtslehre* de 1960, parece claro que el "contenido" (*Inhalt*) de la norma es el elemento que la refiere al "hecho externo" perceptible, que, en cuanto tal, es un "trozo de la naturaleza" (*ein Stück Natur*), un "ser natural comprendido en el sistema de la naturaleza" (*ein Stück Natur*), un "ser natural comprendido en el sistema de la naturaleza" (*ein natürliches . . . im System der Natur beschlossenes Sein*). Y ese contenido es el que podrá convertirse en una "significación" (*Bedeutung*) jurídica, cuando operen sobre él ciertos procesos intelectuales (*Denkprozesse*) que le confieren un sentido normativo específico objetivo.

Esto es, tenemos en Kelsen las siguientes tesis explícitas: 1) las normas carecen de referencia directa, pues no son ni verdaderas ni falsas con respecto de ningún hecho; 2) las normas tienen un "contenido", en que se alude conceptualmente a ciertos hechos externos témporo-espaciales; 3) un enunciado se convierte en norma jurídica al adquirir "significado" específico, al atribuirsele un "sentido" normativo a sus "contenidos".

Sugiero que la persistente relación que Kelsen establece entre el "contenido" de la norma y los enunciados descriptivos causales, en que pareciera creer se constituye el conocimiento de las ciencias naturales, ha de interpretarse a la luz de la teoría kantiana de los tipos, a través de los cuales es posible la subsunción de casos bajo normas generales y, por ende, la aplicación de las leyes morales y jurídicas a la experiencia social. Defender suficientemente estas afirmaciones, requeriría una exégesis minuciosa del capítulo "*Von der Typik der reinen praktischen Urteilskraft*". Digamos algunas palabras al respecto.

Averiguar si una cierta acción real (perceptible sensiblemente) constituye un caso, o no, de una cierta regla ética, es asunto, afirma Kant, del juicio práctico, mediante el cual se aplicaría a la acción contra lo establecido en general en la regla.¹⁶ Pero como la regla ética es una ley de la libertad (*Gesetz der Freiheit*), que debe determinar a la voluntad del agente con independencia de todo lo empírico, y, exclusivamente, a través de la representación general de una ley; mientras que los casos que se presentan siempre son acciones empíricas posibles (es decir: pertenecientes a la naturaleza, aclara Kant), sería contradictorio buscar en el mundo sensible un caso, sujeto a las leyes naturales, que sin embargo permita la aplicación de una legislación de la libertad. Pareciera que la dificultad fuera semejante a la surgida en el uso teórico de la razón, en cuanto los puros conceptos racionales no serían inmediatamente aplicables a los materiales que se presentan en la percepción. Sobre todo cuando las cualidades éticas, como la propiedad de bondad, es algo suprasensible (*dem Objekte nach Übersinnliches*), que no puede encontrar correspondencia alguna en el material sensible de la experiencia. Las leyes de la libertad —la determinación autónoma de la voluntad— no podrían, al parecer, aplicarse a acontecimientos que se producen en el mundo sensible, en el mundo de la naturaleza.

No se trata, claro está, de la posibilidad empírica de una acción, la posibilidad de su aparición efectiva en el mundo sensible, problema que atañe a los usos teóricos de la razón, al conocimiento de la realidad conforme a esquemas causales reales. Se trataría más bien del esquema que permite que la ley ética se cumpla en uno mismo, y no en el mundo externo. Los esquemas del pensamiento teórico permiten la aplicación de los puros conceptos racionales a la experiencia, en cuanto ofrecen ciertos órdenes reglados de determinaciones del tiempo, que son comunes a la conciencia y a la experiencia: ello autoriza la aplicación de una categoría intelectual a los fenómenos sensibles. Pero la

¹⁶ Cf., para este desarrollo, *Kritik der praktischen Vernunft* 119, in fine, a 126.

libertad, en cuanto es definida como una suerte de determinación no sensible, excluye por definición el recurso a un esquema en que aparezca lo que contradictoriamente pudiera tener en común con la experiencia sensible. De ahí que la aplicación de la ley ética a la experiencia sólo pueda producirse en cuanto el propio entendimiento (*Verstand*) ofrezca algo así como un modelo de ley efectivamente aplicable a la experiencia. Y claro está que las leyes naturales son ejemplos de tales leyes: una ley natural constituiría el modelo (el *Typus* lo denomina Kant) de aplicación de la ley ética. Dicho modelo propone, al juicio práctico, el siguiente modelo de aplicación de las normas éticas: la acción sujeta al conocimiento ético ¿aparecería como posible para una determinación de la voluntad, como si fuese una ley de la naturaleza a la que el actor también pertenece? Es decir: ¿la voluntad libre actuaría como si su propia legislación autónoma fuera una legalidad natural universal? La forma de la legalidad natural ofrece un paradigma de la legalidad autónoma, de naturaleza suprasensible puramente inteligible. Ese modelo esquemático permite captar una acción libre racional, no sujeta a un misticismo ético que eche mano de pretendidas intuiciones suprasensibles, o a un empirismo moral que degrade al hombre como ser libre. Hasta aquí, Kant.

En Kelsen, el acontecimiento externo natural desempeña esa función esquemática o arquetípica en la aplicación de las normas jurídicas. De ahí que en el párrafo que comentaremos, el § 4 a) de la *RR* 1960, Kelsen insiste en que fenómeno externo es natural —un trozo de la naturaleza, o un ente perteneciente al sistema de la naturaleza—, siempre y cuando se encuentre determinado por una ley causal (*kausal-gesetzlich bestimmt*). La norma que el legislador cree, confiere sentido jurídico específico —un sentido no sensible, sino puramente inteligible— cuando, mediante un proceso intelectual, el hecho natural causalmente determinado adquiere una cualidad jurídica (un sentido o modo de presentación específicas), que le otorga el “sentido objetivo” (*objective Sinn*) de ser tal o cual acto jurídico: la muerte natural de un hombre se convierte así, objetivamente, en una ejecución capital. Para comprender esa adquisición de objetividad en el sentido, pese a que el sentido se constituye en la asignación de una cualidad inteligible y no sensible, me parece útil traer a cuento la conocida referencia que Kant efectúa, en los *Prolegomena*, a los conocimientos resultantes de los “juicios de percepción” frente a los “juicios de experiencia”.¹⁷ En los *Erfahrungsurteile* (juicios experimentales), la ordenación esquemática de los datos

17 I. Kant, *Prolegomena*.

sensibles se efectúa conforme a patrones comunes a todo sujeto cognoscente y, por lo tanto, permiten conocimientos válidos para todo sujeto, es decir, conocimientos objetivos. Los juicios de percepción, en cambio, ordenan el material sensible conforme a esquemas solamente válidos para el sujeto que los formula, y, por tanto, sus enunciados no pretenden validez general. Pero los esquemas ordenadores sólo son universales para Kant cuando subsumen el material sensible en una categoría pura de la conciencia trascendental, como la de causalidad: a través de esos mecanismos trascendentales, los datos fenoménicos, causalmente ordenados, se constituyen en objetividades susceptibles de conocimientos de validez universal. Tal pareciera ser, creo, la razón de la permanente referencia, en los textos kelsenianos a hechos externos causalmente determinados, a hechos que son parte del "sistema de la naturaleza", en cuanto categorialmente ordenados en forma causal, como los únicos "contenidos" sujetos a la atribución de "sentidos jurídicos objetivos". La naturaleza causalmente determinada, permite que los sentidos jurídicos puedan no ser puros "modos de presentación", sino "sentidos objetivos" en que se constituyen, para usar el vocabulario kantiano que aflora en Kelsen los objetos del mundo inteligible jurídico.