

KELSEN Y SU POSICION FRENTE AL POSITIVISMO Y LA DIRECCION NEOKANTIANA*

Por el doctor

RICARDO AZPURUA AYALA

— 1 —

Nos interesa en este apartado explicar los motivos de orden filosófico y también epistemológico que impiden a Kelsen la aceptación del derecho natural y que lo obligan a negarlo en todas sus manifestaciones, sobre todo, cuando en su opinión, aparece bajo la forma de teoría científica, ya que para el maestro de Viena la palabra **iusnaturalismo** constituye una expresión que comprende tanto las concepciones tradicionales del Derecho Natural de fundamento **teológico** o **racional**, como cualquier doctrina axiológica y la consideración de la justicia incondicionada y de los demás valores jurídicos. Los intereses políticos y de clase son, por otra parte, en muchos pasajes de su obra, considerados como fundamento del **iusnaturalismo**.¹

* Este ensayo forma parte de un trabajo más amplio intitulado: **El derecho natural y la idea de la justicia** en la obra de Hans Kelsen.

1. En el primer coloquio del Internationales Forschungszentrum für grundfragen der Wissenschaften in Salzburg, en "referate" intitulado **Die Grundlage der Naturrechtslehre**, expuso Kelsen lo siguiente al analizar el pensamiento de Aristóteles: "Ninguna de las virtudes éticas nos viene de la naturaleza, y como la justicia es una virtud no nos puede ser dada por la naturaleza ya que por tal entiende Aristóteles el necesario e invariable transcurso del acontecer (*Geschehens*). En la naturaleza cae la piedra y se eleva el fuego. El hombre no es justo por naturaleza como la piedra que cae o el fuego que se eleva. La piedra no puede caer o elevarse. El fuego no puede dirigirse hacia arriba o hacia abajo. Justo es el que se comporta como debe comportarse, pero que puede comportarse de otra manera, y ser, por lo tanto, injusto. Lo que es por naturaleza es necesariamente como es y no puede ser de otra manera. La justicia como virtud «no es de la naturaleza ni está contra la naturaleza». Si la justicia no nos está dada por la Naturaleza no se puede dar un Derecho Natural ya

Tres elementos importantes influyen en su obra y determinan en Kelsen su concepción excluyente de un Derecho Natural o de la idea de una justicia absoluta: el positivismo científico, el idealismo trascendental de Kant y la nueva versión de este último pensamiento a través de la filosofía neokantiana, especialmente en la obra de los filósofos de Marburgo, Cohen y Natorp.

Paso a referirme al primer punto.

Kelsen hereda muchas de las ideas y principios fundamentales del positivismo, en cuya atmósfera ha nacido y se ha desarrollado su pensamiento. No apuntamos aquí al hecho de que como jurista pueda ser considerado como un **positivista**, calificativo que expresa la negación del Derecho Natural o, al menos, la negación de la validez del mismo como determinante de un derecho positivo.² Quiero expresar que en su obra influye eficazmente la manera de pensar de su tiempo, dominada en mucho por el **positivismo científico**, que se caracteriza fundamentalmente por la negación absoluta de la metafísica, por tratar de establecer la legalidad de la naturaleza sujetándose únicamente a la experimentación, por convertir la filosofía en una teoría de las ciencias, por limitar la realidad al campo de lo experimental y causal, suprimiendo cualquier otro horizonte, y por el relativismo, implícito en los postulados anteriores, y que será el primer blanco de ataque de la reacción filosófica de fines de siglo.

que el mismo es la Justicia dada por la Naturaleza" (*Das naturrecht in der politischen theorie*, editado por Franz-Martin Schmölz. Springer-Verlag. Viena, 1963). En otra parte, dice Kelsen: "Pero la necesidad eminentemente política de una justificación absoluta, o de una escala también absoluta para valorar un ordenamiento jurídico (como se acostumbra a formular lo mismo)... " (Hans Kelsen: "La autodeterminación del Derecho". *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 27. Traducción de Ricardo Aspúrua Ayala. Caracas, 1964, pág. 5).

2. Marcel Virally, siguiendo en esto a Marcel Waline y Roberto Ago, ante la incertidumbre del término **positivismo jurídico**, hace el intento de diferenciar tres tendencias jurídicas a las cuales se les puede designar con el mismo nombre. La primera (positivismo tradicional) es la mayoritaria y está representada por aquellos autores (Jellinek, Carré de Malberg, Austin, etc.) que no se hacen problema de las consecuencias filosóficas del mismo. La segunda, representada por "el normativismo jurídico con su maestro Kelsen, que lleva con rigor, hasta sus últimas consecuencias, los principios sobre los cuales reposaba la teoría clásica", y la tercera, integrada por los nombres de Léon Duguit, Gaston Jézé y Georges Scelle, teñida de preocupaciones sociológicas. El acuerdo, aunque sea aparente, de las diversas tendencias puede encontrarse, según Virally, en la afirmación de que solamente es derecho el derecho positivo, como también en la afirmación de que "la obligación jurídica se define como una obligación sancionada por coacción socialmente organizada" (véase Michel Virally: *La pensée juridique*. Paris, 1960. pág. VI).

Kelsen reacciona contra el positivismo científico, dentro del mismo. Por ello conviene estudiar el papel que juega dicho movimiento en su teoría fundamental de lo jurídico y las limitaciones de orden filosófico que le impone.

Kelsen niega rotundamente la posibilidad racional o científica del conocimiento metafísico, como veremos posteriormente al estudiar la influencia de Kant en su pensamiento. La consecuencia de esto es que queda excluida cualquier instancia trascendente o criterio objetivo de valoración, lo que hace caer inevitablemente al pensador vienés en el relativismo axiológico, al considerar como emocionales y subjetivos los motivos que determinan la idea de la justicia.

Ello lo obliga a buscar la fundamentación de la validez del derecho en la presuposición, en el pensamiento jurídico, de una **norma básica o fundamental**, por lo cual toda la construcción derivada de dicha norma fundamental tiene que tener el carácter hipotético de la misma. Es claro que el intento kelseniano de establecer los principios **a priori**, que sean las condiciones de posibilidad, universales y formales del conocimiento jurídico, viene a constituir una especie de construcción trascendental que unifica y constituye dicho conocimiento en cuanto conocimiento jurídico. Este intento puede, naturalmente, ser considerado como un esfuerzo de superación del relativismo, al menos en el plano lógico o trascendental. Tal cosa, aunque constituya un paso atrás en el plano de la filosofía, debe ser calificada como un esfuerzo de sobrepasar la limitación impuesta por el relativismo positivista. La **norma fundamental** es concebida como condición hipotética de la validez del ordenamiento, como presupuesto del pensar jurídico y no como hipótesis científica sujeta a la verificación experimental.³

Como influencia directa del positivismo e intento afortunado de liberación del mismo (al menos en la concepción típica del siglo XIX), puede considerarse su esfuerzo por establecer un principio de legalidad para la ciencia del derecho paralelo al de la ciencia natural. Para esta última el principio lo es el de la **causalidad** y para la primera la **normatividad**, que se expresan en juicios de **identidad** y en juicios **normativos**, respectivamente. Ambas clases de juicios tienen el carácter de juicios hipotéticos y lo que los distingue irreductiblemente es la categoría fundamental que los determina: **ser y deber ser**.

3. No nos parece fundada, por lo tanto, la crítica de Marcel Virally cuando dice: "No se puede formular una hipótesis en forma científica que en la medida que ella puede ser verificada por la observación o la experimentación, aunque ésta no sea inmediatamente realizable" (*La pensée juridique*, pág. XV).

Dentro del espíritu positivista, aunque rebasando sus limitaciones epistemológicas en lo referente al derecho, podemos considerar también el intento kelseniano de constituir una teoría pura del derecho, lo que puede traducirse como **teoría de la ciencia jurídica**, o teoría fundamental del derecho, como gustan de llamar esta investigación los juristas de lengua española: **Die Reine Rechtslehre ist eine Theorie des positiven Rechts. Des positiven Rechts schlechthin, nicht einer speziellen Rechtsordnung. Sie ist allgemeine Rechtslehre, nicht Interpretation besonderer nationaler oder internationaler Rechtsnormen**" (La Teoría Pura del Derecho es una teoría del derecho positivo. Del derecho positivo en cuanto tal y no de un orden específico. Es teoría general del derecho y no interpretación de normas determinadas de derecho nacional o internacional).⁴ Está claro que la investigación del maestro vienés constituye algo que va más allá de la mera ciencia del derecho. La Teoría Pura del Derecho constituye el fundamento de la **dogmática** a la cual le estaría dado como objeto el estudio de los ordenamientos positivos históricos y concretos, lo cual se posibilitaría precisamente por los principios o conceptos **a priori**, en su carácter de universales y necesarios, objeto, estos últimos de la **teoría pura** en cuanto investigación trascendental de lo jurídico. Los contenidos estarían excluidos de esta investigación formal que, en cuanto metodología constitutiva de su objeto no podría ser otra cosa que teoría pura. Así como Kant en su Filosofía trascendental se proponía investigar las condiciones de posibilidad de la ciencia física, dejando a esta última el estudio experimental de los fenómenos y el establecimiento de leyes, de parecida manera Kelsen se propone el estudio de las condiciones formales (¿categoriales?) del conocimiento jurídico, dejando a la dogmática el estudio particular de los ordenamientos jurídicos concretos.⁵ Tal cosa representa, repetimos de nuevo, una vuelta a la filosofía crítica pero también un paso en la superación del positivismo.⁶

-
4. Hans Kelsen: *Reine Rechtslehre*. Franz Deuticke. Leipzig y Viena, 1934, pág. 1.
 5. "Puede ser considerada (la Teoría Pura del Derecho) como el desarrollo de planteamientos que ya se anunciaban en la ciencia del derecho positivista del siglo XIX" (Hans Kelsen: *Reine Rechtslehre*, pág. IV).
 6. "En la terminología kantiana la pregunta sería: ¿Cómo es posible el derecho en cuanto tal? Debe quedar claro, sin embargo, que el traslado del interrogante por la posibilidad de la naturaleza al dominio de otros objetos constituye algo forzado al sentido originario del planteamiento (*Fragestellung*) de Kant, aunque él mismo haya intentado ese traslado. En los postulados del pensamiento empírico aflora a plena luz el pensamiento de Kant de que posible es aquello, y sólo aquello, que posee la aptitud de encontrar un camino en la

El pensamiento de Kelsen, a pesar de su maravillosa coherencia y de su precisión en el uso de las palabras, ha variado en ciertos aspectos a partir de la publicación de su primera obra en 1911, lo cual repercute indudablemente en cierta ambigüedad terminológica.

En efecto, la teoría de la ciencia jurídica, objeto del quehacer científico kelseniano ha sido denominada unas veces Teoría Pura del Derecho (a partir fundamentalmente del año 1934), otras Ciencia del Derecho a secas, o Jurisprudencia, y también Teoría General del Derecho (desde 1945). ¿Se puede establecer entonces una delimitación entre la dogmática o ciencia del derecho y la teoría pura? ¿Es la teoría pura ciencia, teoría de la ciencia, o filosofía?

Conviene dejar claro que para el pensador vienés su investigación no puede ser comprendida dentro de la filosofía del derecho, ya que el objeto de la última está constituido por el problema de la justicia, constituyendo una rama de la ética. La Teoría General del Derecho (como la denomina en 1962) se ocupa del "derecho como es efectivamente, es decir, del derecho positivo, tanto nacional como internacional. Su objetivo consiste en analizar la estructura del derecho positivo y de fijar las **nociones fundamentales** del conocimiento de ese derecho".⁷

Sin embargo, tal investigación de la **estructura** o, como lo expresaba en sus primeras obras, de los conceptos formales de lo jurídico, es considerada principalmente por los representantes de la filosofía del derecho, de lengua española (Legaz y Lacambra, Recaséns Siches) como una investigación de carácter lógico, por lo tanto, formando parte de la Filosofía Jurídica. Kelsen le niega este carácter y la reduce (bajo la influencia del positivismo) a una **teoría de la ciencia** o, como intentó en sus obras primeras, a una teoría del conocimiento jurídico (kantismo).⁸

Es evidente que dentro del orden de ideas del normativismo kelseniano se abren dos caminos para desarrollar una teoría del

realidad (*Realität*), es decir, de ser objeto de percepción sensorial" (Fritz Schreier: "Über die Lehre vom «Möglichen Recht»". *Logos*. Band XV, 926, pág. 365).

7. *Archives de Philosophie du Droit*. N° 7. Sirey. París, 1962, pág. 131.
8. "La teoría pura del derecho se relaciona con la ciencia del derecho positivo como base para la superestructura. De la misma manera que, en general, el conocimiento de lo posible necesariamente precede al conocimiento de lo real, así el conocimiento de la teoría pura del derecho precede lógicamente al conocimiento de la ciencia jurídica positiva; la relación es la misma que la de la filosofía con las ciencias individuales en el sistema de Kant" (William Ebenstein: *La Teoría Pura del Derecho*. Fondo de Cultura Económica. México, 1947, pág. 34).

derecho positivo en general. Uno consiste en utilizar la **observación** para llegar a una **generalización** (no a un concepto universal y necesario); el segundo consiste en apuntar al aspecto **a priori** o **formal** como posibilidad o presupuesto del conocimiento jurídico. Este último camino lo siguió Kelsen al principio. El primero, fundamentalmente a partir de su permanencia en los Estados Unidos. Por ello, dice Kelsen que si en el año 1934 (año de la aparición de la primera edición de la **Reine Rechtslehre** "se contentaba con formular los resultados particularmente característicos de una **teoría pura** del derecho, me propongo hoy resolver los problemas más esenciales de una **teoría general** del derecho según los principios de la pureza metódica de la ciencia del derecho..."⁹ Estas palabras revelan, indudablemente, una evolución en el pensamiento de Kelsen, debido fundamentalmente a su alejamiento gradual de los presupuestos neokantianos que circunscribían la investigación al mero aspecto lógico y formal, lo que en cierto sentido puede considerarse como un paso afirmativo pero que constituye, no hay que negarlo, un regreso velado hacia el positivismo de la escuela de Bergbohm y de Merkel, condicionados en su búsqueda de generalizaciones jurídicas a la metódica de la observación histórica y empírica. La fenomenología con su concepción del **eidos** de lo jurídico, podría haber constituido un paso adelante para superar, por un lado, el formalismo, y lograr, por el otro, un concepto esencial que posibilitara la estructuración de las dogmáticas particulares sin constituir una categoría trascendental o concepto puro.

El año 1941 trató Kelsen de integrar los términos de **general** y de **puro** en su teoría, acentuando, por una parte, el aspecto empírico de la investigación al establecer que de la **comparación** de todos los fenómenos jurídicos es que se puede poner de manifiesto la naturaleza del derecho para "determinar su estructura y formas típicas, independiente de las variaciones de contenido que exhibe en las edades y pueblos diferentes".¹⁰ Siguiendo este método de **comparación**, se obtienen los principios fundamentales de lo jurídico. Aquí ya no se trata de usar un método trascendental que nos dé las condiciones de posibilidad del conocimiento, y que (según la concepción neokantiana) **constituya** el objeto científico y le preste unidad. Desaparece lo formal (por cuanto el estudio comparativo no puede independizarse de los contenidos variables e históricamente condicionados) y lo **puro** de la

9. Hans Kelsen: **Théorie Pure du Droit** (traducción francesa de la 2ª edición alemana de la **Reine Rechtslehre**, por Charles Eisenmann. Dalloz. París, 1962, pág. XIII).

10. Hans Kelsen: "The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence", contenido en el libro **What is Justice?** University of California Press, Berkeley y Los Angeles, 1960, pág. 266.

teoría queda limitado a impedir en la investigación cualquier contaminación de política.

El año 1945 confiesa Kelsen que la "orientación de la teoría jurídica pura es, en principio, la misma de la llamada jurisprudencia analítica" y más adelante: "Toda afirmación sostenida por la ciencia jurídica tiene que hallarse fundada en un orden jurídico positivo o en la **comparación del contenido** de ordenamientos diversos".¹¹ Esta vía conduce al logro de conceptos jurídicos **generales**, pero nunca a criterios de validez universal y necesaria, objeto del método trascendental. Sin embargo, en la misma obra que comentamos la norma básica sigue desempeñando su papel de condición del conocimiento, de presupuesto del conocimiento jurídico: "Interpretar jurídicamente el material empírico que se presenta como derecho, sólo es posible a **condición** de que la norma básica se **presuponga** como válida. Esta última es el presupuesto **necesario** de toda interpretación positivista del **material jurídico**".¹²

La influencia kantiana se hace de nuevo presente en la misma página y en forma más clara, al deducir la existencia de la norma básica en la conciencia jurídica por el análisis del juicio jurídico. La norma básica responde al interrogante sobre la **posibilidad** de tales juicios. Es su condición, y por ello **constituye** el objeto jurídico en su unidad trascendental. Ahora bien, ¿puede lograrse esto por el análisis y comparación del **contenido** de los diversos ordenamientos?

Kelsen considera la existencia de una **ciencia del derecho** la cual describe su objeto por proposiciones o **reglas de derecho**. El carácter de estas reglas es **descriptivo**. Describen un **deber ser**. Por lo tanto, pueden ser falsas o verdaderas. En cambio, las normas jurídicas (objeto de dicha ciencia del derecho) tiene un carácter **prescriptivo**. Prescriben una conducta como **debida** y no pueden ser verdaderas o falsas, sino válidas o no válidas. Para hablar de ciencia del derecho se necesitaba entonces la presencia en nuestro pensamiento de un principio que haga posible el que la "sociedad sea comprendida como un orden normativo de la conducta recíproca de los seres humanos".¹³ Este principio viene a ser la **imputación** que juega en el mundo normativo el papel del principio de **causalidad** en las ciencias de la naturaleza. Por lo tanto, la ciencia del derecho, o sea, la descripción teórica de normas jurídicas está precedida por una teoría del conocimiento

11. Hans Kelsen: *Teoría General del Derecho y del Estado*. (Traducción de Eduardo García Maynez). Imprenta Universitaria. México, 1958, pág. VIII.

12. *Idem.*, pág. 137.

13. Hans Kelsen: *Théorie Pure du Droit*, citada anteriormente, pág. 105.

jurídico que, por las características que hemos señalado con anterioridad, viene a constituirse como **teoría pura** del derecho.

Tal teoría es el fundamento de la ciencia. Tal concepción se encuentra en la más auténtica tradición positivista que, en algunos aspectos fundamentales, viene a constituir un desarrollo de presupuestos kantianos. Por ello, no es de extrañar que el retorno a la filosofía desde el positivismo se efectúe como un regreso a Kant y al idealismo crítico, a través de la lógica y de la teoría del conocimiento.

* * *

Cuando Kelsen establece la oposición entre las categorías irreductibles de **ser** y **deber ser** lo hace en un plano **lógico-formal**, en relación a los juicios que determinan. Juicios enunciativos y normativos. No tiene la palabra **ser** ningún matiz metafísico. Solamente lógico. Habla, por otra parte, Kelsen del **reino del ser** pero con ello se refiere a la **naturaleza**, por cuanto los juicios que la **explican** (es decir, las leyes naturales) son juicios enunciativos determinados en nuestro entendimiento por la categoría de **ser**. No se trata, por lo tanto, de una consideración ontológica, sino de una explicación gnoseológica.

Por otra parte, y es consecuencia de lo anterior, la **naturaleza** es concebida entonces a la manera kantiana, es decir, como el **objeto de conocimiento** de las ciencias naturales, sometido a la legalidad causal. El determinismo en el reino del **ser** se contrapone a la libertad en el reino del **deber ser**. Las **reglas de derecho** describen lo que debe ocurrir y no lo que ocurre efectivamente. La validez propia de la norma jurídica descrita por la regla de derecho se mantiene dentro del campo normativo libre de cualquier determinismo. La **eficacia** de la norma, que constituye un problema **fáctico**, puede ser explicado causalmente. Ahora bien, el **deber ser** es una categoría lógico-formal, o un **principio** que determina los juicios normativos, y **constituye**, por lo tanto (en sentido neokantiano), el objeto de la ciencia jurídica y le presta su unidad. No interesa, por lo tanto, a la ciencia del derecho, que el **deber ser**, el cual solamente expresa la **forma** como una norma determina la conducta humana, **sea** en realidad o que **deba ser** según alguna instancia de justicia o de Derecho Natural, trascendente al **deber ser** de la norma en cuanto tal. El determinismo causal tiene su puesto en el reino de la naturaleza, del ser. No es problema, por lo tanto, de la ciencia normativa, la cual presupone la libertad de la persona al considerarla centro de **imputación** de un **deber ser**, ya que otra cosa vendría a constituir una utilización del principio de causalidad. Se trata de dos **esquemas de interpretación** diferentes, según Kelsen. La conducta

humana, en cuanto parte del reino del ser (naturaleza), se encuentra determinada causalmente y puede ser objeto de otras ciencias (causal-explicativas). Sin embargo, se puede interpretar “la conducta humana en tanto que regida por normas según leyes sociales, es decir, según leyes morales, religiosas o jurídicas, sin recurrir a la exceptuación de las leyes causales. Ningún determinista exige con seriedad que un criminal no sea castigado y que un héroe no sea recompensado, porque el crimen y la hazaña heroica han sido determinados de acuerdo con las leyes causales”.¹⁴

El principio de causalidad, o mejor dicho, “el pensamiento causal”, es interpretado por Kelsen como una derivación del principio de retribución, típico de la mentalidad primitiva, en donde se consideraba la naturaleza como parte de la sociedad, dentro del mundo normativo, por cuanto el hombre en ese nivel histórico se rige por intereses emocionales y subjetivos y no por un afán de carácter teórico.

El principio de causalidad está condicionado históricamente en el pensamiento de Kelsen.¹⁵ La mente del hombre primitivo ordena los hechos percibidos por los sentidos según otro principio (el de retribución): “El concepto del principio de causalidad —una base fundamental del pensamiento científico, que se desarrolla lenta y dificultosamente en la mente humana—, se halla enteramente fuera del alcance del hombre primitivo”.¹⁶ No constituye, por lo tanto, en el pensamiento del ilustre vienés, una exigencia universal y necesaria del pensamiento, sino algo logrado históricamente: “La causalidad no es, como se ha pensado, una forma mental dada con necesidad natural a la conciencia humana, un concepto innato del entendimiento, sino que hay períodos en la historia del espíritu humano en que todavía no se pensaba causalmente, es decir, en que no se tenía conciencia todavía de la causalidad como una ley absolutamente válida de todo acontecer”.¹⁷

Con la aparición de la causalidad se establece una separación clara entre la sociedad y la naturaleza, por constituir objetos de conocimiento determinados por principios diferentes. Este

14. Kelsen-Cossio: *Problemas Escogidos de la Teoría Pura del Derecho*, citada anteriormente, pág. 27.

15. Kant concibió la causalidad como una categoría a priori, condición de posibilidad del conocimiento. Tal cosa constituye para Kelsen un retroceso en relación con el pensamiento de Hume.

16. Hans Kelsen: *Sociedad y Naturaleza*. Editorial De Palma. Buenos Aires, 1945, págs. 10 y 11.

17. Hans Kelsen: “La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución”, aparecido en *La idea del derecho natural y otros ensayos*. Editorial Losada. Buenos Aires, 1946, pág. 56.

dualismo llega hasta nuestros días: "En razón de esta distinción, se ha aislado la explicación causal de las relaciones que conciernen a las cosas, de la interpretación normativa de los vínculos que conciernen a los hombres como personas. La ciencia natural moderna es el resultado de una emancipación del espíritu humano respecto de la interpretación social de la naturaleza, es decir, respecto del animismo".¹⁸

Pero las cosas no quedan así, y es precisamente en el ambiente espiritual del positivismo científico donde se intenta interpretar a la sociedad con el instrumental de leyes derivado del principio de causalidad. Sin embargo, Kelsen opone la **imputación** como principio básico de la ciencia normativa, estableciendo una separación irreductible en sus primeras obras, debido a la influencia neokantiana, la cual se atenúa posteriormente debido principalmente a las críticas rectificadoras de los juristas fenomenólogos y a su contacto con la doctrina y jurisprudencia angloamericanas. No niega, sin embargo, la legalidad de una ciencia causal destinada a la sociedad pero dirigida al comportamiento efectivo de los hombres, inclusive en su relación con el derecho.

Modernamente, el principio de causalidad hace crisis. Kelsen mismo, influido por Schrödinger, se pregunta si la formulación de tal principio no debe ser esencialmente modificada, y si tal cosa, vistos los resultados de la física moderna, no constituye "una transformación muy significativa de nuestra imagen del mundo". La legalidad **inviolable** de la naturaleza desaparece. La **necesidad absoluta** es sustituida por una **probabilidad estadística** y, según Reichenbach, no se puede predecir en el mundo físico sino bajo el concepto de **probabilidad**. Con ello desaparece el último remanente religioso en la interpretación de la naturaleza, consecuencia del principio de retribución. Por ello, dice Kelsen: "Incluso durante el siglo XIX, la ley de causalidad era concebida como una norma, a saber, como expresión de la divina voluntad. El último paso en esta emancipación de la ley de causalidad, relativamente a la norma de retribución, consiste en el hecho de que la primera se despoja de su carácter normativo y deja, por tanto, de ser concebida como inviolable".¹⁹

Las anteriores consideraciones tienen por objeto poner de manifiesto los elementos positivistas del pensamiento de Kelsen (recuérdense los **tres estadios** de Augusto Comte), que lo impulsan a considerar el desarrollo del principio de causalidad y su autonomía definitiva con respecto del principio de retribución, co-

18. Kelsen-Cossio: **Problemas Escogidos de la Teoría Pura del Derecho**. Editorial Guillermo Kraft Ltda. Buenos Aires, 1952, pág. 19.
19. Hans Kelsen: **Teoría General del Derecho y del Estado**, citada anteriormente, pág. 53.

mo un progreso del componente racional sobre los emocionales. Este desarrollo es realizado a través de un proceso de generalización y objetivación, en el cual la causalidad ya no se relaciona con la culpa del ser humano o de una naturaleza concebida animísticamente (como se hizo todavía entre los griegos), sino que enlaza los hechos de la naturaleza dejando afuera el sujeto, la sociedad, o la naturaleza como sujeto de culpa. Esta superación del antropocentrismo se lleva a cabo con Copérnico y Kepler.

Por ello, llega Kelsen a negar cualquier Derecho Natural o su posibilidad, por cuanto considera que hay un momento en que el principio de retribución está a la base de la construcción **iusnaturalista**, y es aquel en que la **naturaleza** aparece como una **sociedad** ideal, originando la dualidad de naturaleza (modelo perfecto) y sociedad (copia imperfecta). De la naturaleza, como creación divina se deriva el Derecho Natural o divino, y de la sociedad, el derecho positivo, obra del hombre.

Posteriormente, la naturaleza no es concebida bajo la misma legalidad normativa que presupone una voluntad divina.²⁰ Su legalidad es entonces distinta de la de la sociedad. El Derecho Natural pierde, según el profesor de Viena, sus bases de sustentación al concebirse la **naturaleza** con criterios causales (Kant, el positivismo), y no como sociedad universal y fuente de normación de un Derecho Natural, ante la cual la sociedad histórica, y su derecho, como obra humana, tendría que ser considerado como una copia imperfecta. Dice Kelsen: "Es el dualismo de Dios y el Hombre, de lo trascendente y lo empírico. Con la emancipación de la interpretación causal de la naturaleza respecto de la normativa, es decir, de la naturaleza como una creación colocada bajo el dominio de la voluntad divina, desaparece el dualismo de lo trascendente y lo empírico, al menos del campo de la ciencia natural; y con ello queda **conmovido** también el campo de la teoría de la sociedad. En este sentido, puede decirse que el dualismo de naturaleza y sociedad desplaza el dualismo metafísico".²¹ La interpretación causal de la naturaleza aleja al hombre de la interpretación religiosa fundamentada en una legalidad trascendente. El paso definitivo se efectúa en este siglo con la crisis de fundamentos ocurrida en la ciencia física, que concede su autonomía com-

20. "Si seguimos cuidadosamente la historia de la idea de causalidad, llegaremos a la conclusión sorprendente de que, al menos hasta Hume, la ley de la causalidad fue considerada como una norma, dirigida a la naturaleza, prescribiendo a las cosas un comportamiento definido, porque se consideraba como la expresión de la voluntad divina" Hans Kelsen: "Causality and Retribution", contenido en el libro *What is Justice?*, editado por la University of California Press. Berkeley y los Angeles, 1960, pág. 231.

21. Hans Kelsen: "La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", anteriormente citada, pág. 97.

pleta al principio de causalidad, al independizarlo de cualquier adherencia normativa que le pudiera quedar, por considerar las leyes naturales sin la pretensión de una necesidad absoluta sino como "enunciados de probabilidades estadísticas".²² Esto permite a la sociología moderna aspirar a un conocimiento de la sociedad fundado en leyes que no tienen un carácter de **inviolabilidad** como se consideraban las leyes naturales antes de la crisis moderna de la ciencia física. En esta dirección, como dijimos al principio, se efectúa un cambio total en la concepción de la relación de la naturaleza y la sociedad, por cuanto no solamente la sociedad sino también la naturaleza dejan de ser objeto de una legalidad inviolable. Ello permite, según Kelsen, la consideración de la sociedad como un trozo de la naturaleza.

En este orden de ideas, típico en la producción kelseniana, se excluye cualquier resto de posible fundamentación **iusnaturalista**, porque no es posible pensar de esa manera un derecho eterno e inmutable que se corresponda con un orden de la naturaleza, fundado sobre una base de probabilidad estadística que viene a constituir la negación definitiva de un mundo concebido como la expresión de una voluntad absoluta o divina, y, por lo tanto, inviolable.

* * *

Los postulados metódicos vigentes en el movimiento positivista no satisfacen la necesidad espiritual de un conocimiento universal y necesariamente válido. Por otra parte, la existencia de elementos **a priori** en la estructuración de la experiencia, no dejó de inquietar a muchos pensadores de la época. La ciencia positiva, sometida a sus propios límites experimentales, necesitaba de una teoría de la ciencia en donde quedara claramente establecida su posibilidad y su metodología, y ello debido, entre otras cosas, a la presencia de los primeros signos de la crisis de sus fundamentos y a los nuevos problemas que resultaban del impresionante desarrollo de la técnica. El positivismo no ofrecía las síntesis teóricas suficientes.

La vuelta a la filosofía se realiza a través de la teoría del conocimiento, con el fin de poner de manifiesto los principios lógicos de la fundamentación crítica del conocimiento científico de la naturaleza, lo que viene a constituir un regreso a Kant y al método trascendental, explicable desde el punto de vista del positivismo, que afirmaba como presupuesto básico la imposibili-

22. *Idem.*, *op. cit.*

dad de la metafísica y de cualquier conocimiento diferente al fenomenal, objeto de las leyes naturales.²³

La realización de este programa lo intenta el movimiento neokantiano, principalmente la escuela de Marburgo, ya que el **criterio** de verdad se desdibuja en otras derivaciones del positivismo limitadas al **dato inmediato** (trabajos de Avenarius y Mach, etc.).²⁴

Se regresa a Kant, pero a partir del positivismo, por lo cual la fundamentación de la objetividad del conocimiento y de su validez universal y necesaria, no pueden ser establecidas, a partir de una ontología. Pero los neokantianos y su método crítico no sólo se sitúan en la posición contraria a cualquier **usurpación metafísica**, sino que también lo hacen contra el empirismo carente de razones de legalidad. La superación del psicologismo es parte del programa neokantiano. Por ello Natorp, en su conferencia de 1912, minimiza la importancia en este aspecto de las **Investigaciones Lógicas** de Husserl. De Kant estiman como lo más importante el **método trascendental**. El neocriticismo marburguiano consistirá fundamentalmente en un desarrollo del mismo. Se trata, por lo tanto, de utilizar dicho instrumento en la forma adecuada a las nuevas circunstancias culturales, rectificando, inclusive, por requerirlo así el carácter progresivo del método, al filósofo de Königsberg: "Así, pues, en este fundamental pensamiento de la filosofía como método y, por cierto, como método de una infinita evolución creadora, mantenemos el núcleo y el contenido básico del «método trascendental»; es el método del idealismo y con él creemos obtener firme e inmovible el

23. Erich Kaufmann afirma en su crítica a la Filosofía del Derecho de los neokantianos que los motivos por los cuales se realizó la recepción de Kant fueron, por una parte, el poder oponer el racionalismo apriorístico del maestro de Königsberg con su predominio incondicionado de la legalidad racional al empirismo, materialismo y relativismo de la vida moderna; por la otra, se concibió esa legalidad apriorística y racional como formal y "ese racionalismo formal fue bien recibido en su tiempo debido a su ausencia de contenido, por cuanto no molestaba a las ciencias especiales en el cultivo de los contenidos y del material empírico" (Erich Kaufmann: *Kritik der Neukantischen Rechtsphilosophie*. Nueva impresión de la edición de 1921. Scientia Verlag Aalen, 1964, pág. 6).

24. "El colapso notorio de los sistemas especulativos (Fichte, Schelling y Hegel) constituía la prueba de que había llegado el momento de regresar a los simples principios fundamentales de la ciencia verdadera, promulgados por Kant hacia ochenta años y que habían sido menospreciados en el desenvolvimiento filosófico posterior. Desde muy distintos sitios se levantó, por las décadas de 1850 a 1860, el llamado: hay que volver a Kant" (Karl Vorländer: *Geschichte der Philosophie*. Leipzig, 1911, pág. 418).

corazón de la filosofía de Kant, llevada por vez primera a un puro desarrollo".²⁵

El método trascendental es para los neokantianos una actividad creadora que **constituye** el objeto por cuanto su unidad funda "el conocimiento y, con ello, el acto creador de la cultura". La idea del método **receptivo** de observación positivista sujeta al **factum** se cambia en una concepción que da al pensamiento prioridad sobre el **factum** objeto de la experiencia, y que, en este sentido, desarrolla aún más el pensar de Kant al hacer desaparecer totalmente la **cosa en sí**, por calificar como resabio metafísico el considerar la existencia de dos factores del conocimiento, uno constituido por lo **dado** en la intuición, y el otro, por el pensamiento. La primera desaparece y queda el segundo como pura espontaneidad creadora del conocimiento y, por lo tanto, del objeto, por cuanto no hay objeto que no sea **objeto de conocimiento**. El entendimiento debe, por lo tanto, construir conceptualmente el objeto. El resultado será algo categorialmente determinado por el mismo entendimiento. Si la naturaleza se constituye como objeto del conocimiento científico-natural, será necesario, rectificando la obra de Kant, determinar los presupuestos **a priori** y las categorías que posibiliten la constitución de **otros** objetos del conocimiento no naturales. Este cometido lo intenta también la escuela neokantiana.

Joaquín Xirau analiza el momento desde donde partirá la escuela de Marburgo, con gran claridad: "La ciencia necesita estructuras previas a las sensaciones, anteriores y posteriores a su curso evanescente. En la imposibilidad de hallarlas en una arquitectura constitutiva del Ser, es preciso buscarlas en la actividad constituyente y sintética de la conciencia. La ciencia sólo es posible porque el material amorfo de las sensaciones es apto para ser elaborado por la actividad organizadora del intelecto. Las viejas categorías del Ser pasan a ser formas de la actividad sintética del juicio que construye objetos con el material de las sensaciones".²⁶ En efecto, tal cosa trató de hacer Kant cuando se propuso distinguir el conocimiento **puro** del **empírico**, ya que de la experiencia solamente obtenemos juicios que calificamos de **universales** por el valor convencional que atribuimos al método inductivo, ya que si un juicio es pensado con rigurosa (*strenger*) universalidad no puede considerarse como producto contingente de la experiencia, sino como independiente de ella, es decir, **a priori**. Por ello, dice Kant que "para demostrar la realidad de los principios puros **a priori** en nuestro conocimiento, podría mostrar-

25. Paul Natorp: *Kant y la Escuela de Marburgo*. Universidad Nacional Autónoma de México. 1956, pág. 31.

26. Joaquín Xirau: *La Filosofía de Husserl*. Editorial Losada, Buenos Aires, 1941, pág. 26.

se lo indispensable que son éstos para la posibilidad de la experiencia misma, y, por tanto, exponerlos **a priori**".²⁷

Este camino desemboca en el formalismo, por cuanto en la investigación trascendental de la posibilidad del conocimiento se le plantea a Kant "la cuestión de cuánto puedo esperar alcanzar con ella (la razón misma y su pensar puro) si se me quita toda materia y ayuda de la experiencia".²⁸ El punto de vista formal se desarrolla en la filosofía jurídica neokantiana en forma exagerada. Sin embargo, el viraje fundamental de la lógica hacia el formalismo se efectúa en Kant con su consideración de las categorías como formas de pensamiento que posibilitan la experiencia.²⁹

La escuela neokantiana de Marburgo influye poderosamente en el formalismo de Stammler y de Kelsen. Cohen y Natort son sus exponentes más significativos. Parten del pensamiento de Kant, pero en un esfuerzo de rectificarlo o reelaborarlo al acentuar la importancia definitiva del método trascendental, para poner a Kant "de acuerdo consigo mismo". Se acentúa en ellos el aspecto formal de la filosofía con la eliminación casi absoluta de los contenidos. La metodología adquiere una importancia definitiva por cuanto el método crea o determina el objeto. La lógica se separa totalmente de la metafísica con la negación absoluta del concepto de la **cosa en sí**, como vimos anteriormente, por cuanto no existe ninguna realidad independiente del pensamiento. El idealismo lógico llega a su punto culminante. Hermann Cohen afirma que la realidad sólo puede ser pensada en el pensar conceptual. Kant había partido en la Estética Trascendental de la sensibilidad pura. Tal cosa constituye una inconsecuencia para Cohen, por cuanto si el pensamiento puro es lo determinante para **producir** (*erzeugen*) el Ser verdadero, no debe buscarse su origen en algo situado fuera del mismo pensamiento: "La filosofía no debe comenzar con la intuición **pura**, sino con el pensamiento **puro**. Por lo tanto, no con una estética trascendental sino con una lógica trascendental como teoría del conocimiento" (Karl Vorländer: *Geschichte der Philosophie*, pág. 424). El pensamiento se libera de cualquier contenido concreto por cuanto **produce** el objeto del conocimiento en su actividad creadora autónoma. Utilizando el método trascendental deben encontrarse los fundamentos de legalidad de la ciencia: "El método trascendental pone de

27. Kant: *Crítica de la Razón Pura* (traducción de Manuel G. Morente). Madrid, 1960.

28. Kant: *Idem.*, pág. 9.

29. Sobre el formalismo lógico de Kant y sus derivaciones en las investigaciones lógicas modernas, sobre todo en la lógica simbólica, Manuel Granell: *Lógica*. Manuales de la Revista de Occidente. Madrid, 1949, pág. 27.

manifiesto los fundamentos lógicos del conocimiento científico. Trae a la conciencia los presupuestos formales y materiales de las disciplinas particulares. Señala, sobre todo, que los conceptos más superiores que utiliza la investigación científica, las categorías, no provienen de la experiencia, sino que poseen un carácter apriorístico.³⁰ La actividad sintética y creadora del pensamiento se expresa en el juicio determinado por las categorías. Veremos posteriormente la importancia de esto último en el pensamiento de Hans Kelsen.

Las categorías hacen posible el conocimiento científico, pues son las condiciones necesarias que lo determinan. Claro está, que el conocimiento científico al que se refiere la escuela de Marburgo es fundamentalmente el de las ciencias naturales. Kelsen, sometido a este orden de ideas, intentará una lógica del **deber ser** para las ciencias normativas. El normativismo viene a convertirse en un sistema de juicios determinado por la categoría de “deber ser”.³¹

A través de la influencia de Cohen, y en menor grado de la escuela de Baden (Windelband), se integra Kelsen en el movimiento de retorno a Kant propugnado por Liebmann a principios de la segunda mitad del siglo XIX. También por el contacto directo con la obra del filósofo de Königsberg.

Ahora bien, Kelsen no desarrolla las ideas contenidas en el pensamiento ético-formal de Kant, como tampoco los principios de su filosofía del derecho, por cuanto la última tiene un fundamento de derecho natural. Kant definió el derecho como “el con-

30. Johannes Hessen: *Die Philosophie des 20. Jahrhunderts*. Rottenburg, 1951, pág. 44.

31. “En la norma jurídica se enlaza a una condición determinada una consecuencia también determinada, como en el juicio de la ley de la naturaleza pero en lugar del nexo causal que une la consecuencia con la condición, aparece en la primera un principio de vinculación diferente” (Hans Kelsen: *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*. Scientia Aalen, 1960. (Tercera edición, pág. VI). Posteriormente distinguirá claramente Kelsen entre **norma jurídica** y **regla de derecho o proposición normativa**. Las últimas constituyen los juicios por medio de los cuales la ciencia del derecho describe las relaciones jurídicas que son las creadas por los órganos competentes (**Rechtsnormen**). Con ello Kelsen establece la diferencia entre la función de la ciencia del derecho y la función de la autoridad jurídica. De las primeras se predica su validez o su falta de validez. De las segundas su verdad o falsedad: “Las normas jurídicas son creadas por los órganos jurídicos y deben ser aplicadas por ellos y obedecidas por los sujetos de derecho. Las proposiciones de derecho son juicios hipotéticos que enuncian que en relación a un determinado orden jurídico, nacional o internacional, dado al conocimiento jurídico, si ciertas condiciones definidas por ese orden se realizan, deben tener lugar determinadas consecuencias” (Hans Kelsen: *Théorie Pure du Droit*. Traducción francesa de la 2ª edición alemana. Dalloz. París, 1962, pág. 97).

junto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de un individuo puede coexistir con el arbitrio de otro, bajo una ley universal de libertad”.

El punto de partida está para Kelsen en la **Crítica de la Razón Pura**, por cuanto intenta un análisis trascendental del conocimiento jurídico que es a su vez Teoría del Conocimiento del mismo. Por ello, la investigación estará limitada al análisis de aquellos conceptos y categorías que sirvan de fundamento lógico a dicho conocimiento, y también al estudio del juicio-proposición que exprese la legalidad jurídica específica.³²

Estos conceptos tendrían que ser **a priori** para constituir la posibilidad de cualquier experiencia jurídica, y **formales** por cuanto su contenido o materia le sería aportado por la ciencia dogmática. De allí el carácter de **teoría** de la ciencia jurídica de la investigación kelseniana. Teoría **pura** en el sentido de impedir, por razones metodológicas evidentes, cualquier contaminación con la consideración genética, causal o axiológica.

Tal programa intelectual había sido señalado con una precisión admirable por el jurista Stammler, de la dirección neokantiana de Marburgo, según se desprende de un trabajo bastante desconocido, citado por Alexander Graf zu Dohna: “Pero Kant no realizó consecuentemente en relación al derecho y la justicia la obra genial que había construido para el conocimiento de la naturaleza y la buena voluntad. Caminó en la explicación de estos temas por las vías de las viejas concepciones del Derecho Natural y del Derecho Racional. En vez de establecer fructíferamente las ideas metódicas de la filosofía crítica y de ofrecer el sistema de las formas puras de la conceptualización y del juicio jurídico, se hundió muy pronto en el intento de presentar preceptos de validez absoluta”.³³ Hasta dónde puede considerarse la obra de Stammler como un conjunto de problemas bien planteados mejor que como un haz de soluciones, no va a ser tratado por ahora. Su concepción de la justicia y de un Derecho Natural de contenido variable lo separan definitivamente de Kelsen.³⁴

32. “El punto de partida de los *Hauptprobleme* está en la contraposición fundamental entre deber ser y ser que Kant descubrió en cierto modo, en su intento de fundamentar la autonomía de la razón práctica en relación con la razón teórica, del valor con respecto a la realidad, y de la moral con la naturaleza.” (Hans Kelsen: *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*. Tercera edición. Scientia Aalen, 1960, pág. VI).
33. Alexander Graf zu Dohna: “Rudolf Stammler zum 70. Geburtstag”, en *Kant-Studien*. Band XXXI, Heft 1. Pan-Verlag Rolf Heise. Berlín, 1926, pág. 1.
34. Stammler se expresaba: “La concepción histórica materialista se contenta con señalar que el uso de la idea de la justicia es diferente para determinados hombres, clases, pueblos y edades. Pero, ¿quién quiere negar esta sombría verdad? Tal cosa no libera, sin embargo,

Todo lo anteriormente expuesto tiene por objeto mostrar la importancia de la obra de Kant y de la influencia de los neokantianos en el pensamiento de Hans Kelsen. Esto no quiere decir que la Teoría Pura del Derecho y muchas de sus derivaciones no hubieran sido posibles sin los presupuestos dichos. Todo lo contrario. Muchos discípulos y seguidores del maestro de Viena aceptan sus conclusiones teóricas sin afirmar sus antecedentes neocriticistas, como aquellos que conjugan su adhesión al **iusnaturalismo** con una aceptación más o menos completa de los resultados fundamentales de la teoría fundamental de lo jurídico logrados por el maestro de Viena (Verdross, Legaz Lacambra, Recaséns Siches). Otros intentan integrar la fenomenología con los hallazgos más significativos de la teoría pura (Reinach, Schreier y Felix Kaufmann). No faltan aquellos que interpretan a Kelsen **fenomenológicamente**, al considerar la **teoría pura** como una transposición del método de la **reducción fenomenológica**.³⁵ Los presupuestos neokantianos determinan, sin embargo, esenciales puntos de vista del pensamiento kelseniano que lo obligan a excluir definitivamente la posibilidad de un Derecho Natural o la idea de la justicia incondicionada. La aceptación del método trascendental de la Escuela de Marburgo es la negación de toda trascendencia, por no quedar en ella otra cosa que el pensamiento como función creadora, espontánea y constituyente. Cualquier instancia de justificación distinta del pensamiento es excluida y constituye una contradicción. Por eso, Natorp hace suyas las palabras del poeta alemán con respecto al mundo: "No está fuera; ahí lo busca el loco. Está en ti; tú lo produces perennemente"...

La obra de Kelsen es rica en ideas y en sugerencias. Sus trabajos no solamente contienen un contexto de pensamientos trabajados sistemáticamente, sino también multitud de investigaciones secundarias de maravillosa riqueza. Se podrían citar trozos de Kelsen que señalan una nueva dirección no seguida, un camino no trajinado hasta el último paso. Su pensamiento, no hay duda, ha sufrido cambios. Algunos profundos, como él mismo lo confiesa. Sin embargo, prescindir de los presupuestos neocriti-

del deber de lograr la idea única que reposa como fundamento de todas esas diferencias". Cita de Alexander Graf zu Dohna (*Idem.*, pág. 4).

35. "Si la fenomenología, se reduce, como lo hemos visto, a una operación de purificación, ¿no es efectivamente la preocupación esencial de Kelsen elaborar una teoría pura del derecho (*Reine Rechtslehre*), es decir, en el fondo una ciencia fundada sobre una teoría eidética del derecho para devolverle a este último su propia estructura, su esencial significación, más allá de todos los elementos facticios a través de los cuales es aprehendido en la experiencia cotidiana del conocimiento del derecho?" (Paul Amselek: *Méthode Phénoménologique et Théorie du Droit*. L.G.D.J. París, 1954, pág. 46).

cos para la interpretación de su obra, sería suprimirle a la misma sus bases teóricas de sustentación, ya que la obra de Kelsen se construyó sobre tierra neokantiana, y aunque ésta no fuera absolutamente necesaria para llegar a los resultados de la teoría pura (en cuanto logro independizable de su autor), sí lo es para la interpretación de dicha teoría desde el punto de vista del profesor de Viena. Hans Kelsen, en su largo camino intelectual, ha intentado armonizar la herencia neocrítica con los aires nuevos de la filosofía contemporánea. Su conciencia de investigador atento no podía permanecer anclada a una etapa ya lejana del renacimiento filosófico europeo. Sin embargo, a pesar de algunas concesiones hechas en años anteriores, que no modifican lo esencial de su teoría, afirma en la segunda edición francesa de la **Teoría Pura** (1962) que, conforme a la teoría del conocimiento de Kant, “la ciencia del derecho en tanto que conocimiento del derecho, tiene, como todo conocimiento, un carácter constitutivo y crea su objeto en tanto que lo comprende como un todo que tiene una significación, es decir, como un todo inteligible”.³⁶ No se vaya a creer por esto, que la ciencia del derecho juega un papel **constitutivo** del derecho en cuanto tal, como ha sido señalado en varias oportunidades, llegándose a considerar a la misma, ingenuamente, como fuente del derecho positivo. La palabra **creación debe entenderse**, como lo explica el mismo Kelsen, en un sentido estrictamente intelectual; por lo tanto, como algo esencialmente diferente de la creación del derecho por los órganos **ad hoc**. El derecho positivo, es decir, las **normas jurídicas** creadas por las autoridades vienen a ser el objeto **descrito** por la ciencia del derecho. Por ello, según el pensador de Viena, los principios lógicos y las reglas de razonamiento no se aplican directamente a las **normas jurídicas** por cuanto son prescripciones, sino a las reglas o proposiciones jurídicas que **las enuncian**.

Podemos enumerar en la obra de Kelsen los puntos en donde se manifiestan en forma determinante los elementos neocríticos, aunque acompañados, como tiene que suceder en toda obra rica y múltiple, de otras matizaciones. Son los siguientes: a) Exclusión de todo tipo de trascendencia, ya que afirmarla sería destruir la unidad constitutiva del método trascendental. Negación, en consecuencia, de la metafísica y, por lo tanto, de toda concepción de Derecho Natural. b) Separación de la Lógica y de la Metafísica. Juicios normativos determinados por la categoría irreductible del “deber ser”. c) Consideración de la regla de derecho como juicio. d) Exclusión de los contenidos concretos y particulares, e investigación de las formas puras. Formalismo. Apriorismo. e) Pureza metodológica. Repudio del sincretismo de métodos. f) Función de la conciencia como constitutiva del ob-

36. Hans Kelsen: *Théorie Pure du Droit*, citada anteriormente, pág. 98.

jeto del conocimiento científico. Exclusión de cualquier referencia a una instancia independiente de la conciencia. g) Unidad del ordenamiento jurídico como consecuencia de la unidad sintética de la conciencia. Papel del principio de contradicción. Disolución de los dualismos. Imposibilidad lógica de pensar un Derecho Natural. h) La norma básica o fundamental como unidad trascendental o condición gnoseológica de normatividad del material jurídico.

Nos hemos referido anteriormente a algunos aspectos contenidos en los puntos expresados porque así lo exigía la inteligencia de los temas tratados, en el orden de su exposición. Nos limitaremos por ahora a exponer lo estrictamente necesario, a la comprensión del problema del Derecho Natural en la obra del pensador vienés.

Algunos intérpretes de Kelsen han expresado la idea de que al lado del análisis de los ingredientes lógicos, objeto de la **teoría pura** del derecho, y de su concepción trascendental y metodológica, es posible encontrar sitio para la justicia incondicionada o para un contexto jerarquizado y objetivo de valores. No se dan cuenta, como observamos anteriormente, que si bien es cierto que tal intento puede lograrse, es decir, la integración del aspecto lógico-formal desarrollado por el maestro de Viena con una concepción axiológica o **iusnaturalista** coherente, no podemos, situados **dentro** de su pensamiento, preguntarnos por tal posibilidad

El papel jugado por lo **trascendental** impide cualquier acceso a la trascendencia. Para ello era necesario esperar el cambio pendular del pensamiento occidental. El movimiento de **regreso a las cosas** lo posibilitaría por la idea de que las categorías no podían lograrse sin la experiencia, que implica lo objetivo, siendo dudoso el deducirlas de la actividad autónoma del pensar puro...

Kant dirigió muy fuertes ataques a la metafísica que se hacía en su tiempo. Su **Crítica** constituye el tribunal que asegura a la razón "en sus pretensiones legítimas y que, en cambio, acabe con todas las arrogancias infundadas, no por medio de afirmaciones arbitrarias, sino según sus eternas e inmutables leyes".³⁷ Kelsen llega al extremo en la dirección antimetafísica, alejándose en este aspecto del mismo Kant (debido a su experiencia positivista y neokantiana), puesto que el filósofo de Königsberg, al negar la **cosa en sí** como cosa o como ente o, mejor dicho, como objeto de conocimiento, no la considera como un derivado arbitrario de la razón (al igual que los postulados que fundamentan

37. Kant: **Crítica de la Razón Pura**, citada anteriormente, pág. 7.

lo absoluto), sino como una de las **ideas** que en su pensamiento ejercen una función reguladora del pensamiento, y que en el desarrollo posterior de su obra servirán de base a la ética (idea de la libertad como posibilidad del mundo moral fuera del mundo fenomenal o de la experiencia). Herman-J. De Vleeschauer observa que la crítica fundamental de Kant estaba dirigida a la metafísica wolfiana por sus deficiencias metodológicas y que "proclamar la ruina de la metafísica equivale, en la pluma de Kant, a suspenderla temporalmente con el fin de asegurar su porvenir".³⁸

Kelsen se aleja definitivamente de la metafísica. En su obra es absoluta la negación de cualquier instancia trascendente. Por ello le parece imposible el **pensar** siquiera la posibilidad de un Derecho Natural o el establecimiento de una escala de valores que no sea exclusivamente la de la legalidad.

Indudablemente que el método trascendental kantiano viene a significar el traslado del antiguo sentido del orden objetivo del universo centrado en Dios al Yo como fundamento de la función unificadora, sintetizadora y objetivadora de la conciencia. Por ello Rommen, desde el punto de vista del **iusnaturalismo** teológico, puede expresarse con las siguientes palabras: "Por otra parte, este orden se da en la naturaleza misma, no es producto de la razón humana, que proyectaría sus categorías subjetivas en un mundo exterior cuyo orden inmanente permanecería incognoscible, sino un orden objetivo, independiente de nuestro pensamiento y del producto de nuestro pensamiento".³⁹

También rechaza Kelsen cualquier tipo de Derecho Natural **metafísico**, por cuanto en la concepción clásica que lo posibilita el **deber ser** resulta del ser, ya que el orden natural y la idea de naturaleza tienen un fundamento ontológico. De allí que la llamada razón especulativa tenga el primado sobre la razón práctica, el conocimiento sobre la conducta, la inteligencia sobre la voluntad, tanto en relación al Creador del orden (Dios) como en relación al sujeto sometido a ese orden (el hombre). Rommen, a quien citamos por representar un pensamiento totalmente opuesto al de Kelsen, dice con gran claridad: "El hombre no cristaliza su acción, de modo ciego, en una materia desconocida. Por lo cual no hay dos "razones", sino que el alma racional, después de haber conocido el ser como verdad (ontológica), ordena esta verdad que ha conocido, al obrar práctico. La afirmación conforme a la cual la filosofía moral o ciencia del obrar moral, es la pro-

38. Herman-J. De Vleeschauer: **La evolución del pensamiento kantiano**. Universidad Nacional Autónoma de México. 1962, pág. 10.

39. Enrique Rommen: **Derecho Natural (Historia-Doctrina)**. Editorial Jus. México, 1950, pág. 141.

longación de la metafísica o ciencia del ser, supone la afirmación paralela de la razón práctica como prolongación de la razón especulativa".⁴⁰

Por ello, la recia tradición del tomismo se mantuvo siempre a la defensiva contra cualquier tipo de voluntarismo, sobre todo contra el representado por Duns Escoto y Guillermo de Ockham, en cuyos sistemas priva la voluntad sobre la inteligencia, criterio que abstraído de su ambiente espiritual religioso servirá de fundamento a las concepciones positivistas modernas (teorías de la voluntad y del interés), en las cuales la voluntad (no ya la de Dios, sino la real y concreta voluntad de los hombres, o la del Estado), determina lo jurídico-positivo.

Kelsen no solamente considera el **deber ser (sollen)** como la cópula típica del juicio normativo, neutra a cualquier connotación de carácter ético, moral o axiológico, sino que al concebirla como categoría irreductible niega por anticipado cualquier derivación del ser al deber ser, o viceversa. Es conveniente repetir que el ser al cual se refiere Kelsen no es el Ser objeto de la Metafísica, sino el ser de la naturaleza en cuanto categoría que posibilita los juicios enunciativos que expresan las leyes de la naturaleza ¿Es posible un Derecho Natural en una concepción de esta índole?

Tienen razón, por lo tanto, los que afirman que Kelsen excluye la posibilidad del Derecho Natural, de la Metafísica y de la Religión. Esto es cierto, al menos, como lo expresa en muchas ocasiones, en cuanto objeto posible del conocimiento científico o racional. Pero también es cierto que tal actitud no proviene de una intransigente mala fe o de muy particulares intereses, sino de razones metódicas de su formación científica, aspecto que, por el momento, no nos toca juzgar y que lo obliga las conclusiones muy determinadas, las cuales excluyen la fundamentación metafísica y el consuelo religioso.

Ante los postulados que están a la base de la fundamentación religiosa-metafísica del derecho positivo sentimos el más profundo respeto, por creer que han sido desde los griegos hasta la fecha los más eficaces para legitimar el mando de unos hombres sobre otros y estructurar un orden aceptable, pero no por ello consideramos adecuada la actitud irracionalmente agresiva contra hombres rectos y científicos puros que, como Hans Kelsen, han prestado servicios inestimables a la renovación y verdadera estructuración de la ciencia del derecho, sobre todo cuando es posible aprovechar muchos de sus resultados esenciales sin aceptar por ello sus presupuestos filosóficos...

40. *Idem.*, pág. 144.

El año 1928 escribía Kelsen textualmente: "El deseo de fundamentar el ser de las cosas impulsa al hombre a preguntarse por lo que hay detrás de las cosas. Como para esa pregunta no existe respuesta en la experiencia (lo que quiere decir que no se puede lograr en el dominio del mundo de los sentidos controlado y ordenado por la razón), se ase a la atrevida suposición de la existencia de un dominio situado más allá de la experiencia, el cual encierra los fundamentos y causas buscados por el ser humano, como también las ideas o arquetipos de todas las cosas de este mundo de aquí, es decir, las cosas como son "en sí", independientes de sus sentidos y de su razón".⁴¹

Este afán del hombre por sobrepasar los límites impuestos al conocimiento por la razón y los sentidos, constituye para el maestro de Viena el germen de la Metafísica y de la Religión, debido a una desconfianza del espíritu en sí mismo. Esto viene a constituir, en pocas palabras, la negación en tal sentido, de la Metafísica y de la Religión, que tienen, en su criterio, la función de llenar las limitaciones y fallas del conocimiento.

Esta manera de pensar, desarrollo de postulados kantianos y positivistas, demuestra, sin lugar a dudas, que las críticas dirigidas por Kelsen a las premisas fundamentales del *iusnaturalismo* obedecen, no solamente a la exigencia de pureza metódica para la constitución de una teoría fundamental (pura) del derecho que comprenda las condiciones formales del conocimiento jurídico (aspecto lógico), sino que son consecuencia, repetimos, de un presupuesto filosófico negador de la Metafísica, o, al menos, de la posibilidad de su conocimiento racional o científico: "Solamente porque es evidente que el hombre no posee ninguna confianza auténtica ni en sus propios sentidos ni en su propia razón, es por lo que no puede encontrar reposo en el mundo del conocimiento por él mismo creado y elaborado".⁴²

Estas palabras reflejan la crisis tremenda del hombre de Occidente al romper su ligamen con lo religioso. Los sustitutos encontrados hasta ahora para el vacío dejado por la ausencia de Dios, no han calmado su afán metafísico. El hombre moderno se concibe a sí mismo como finito y, existencialmente, como desligado de cualquier instancia suprema. Por ello considera sus obras como algo imperfecto e inacabado. La conciencia de la propia limitación fundamenta su indeclinable afán de trascendencia y de heterogeneidad. En ese anhelo profundo por trascenderse a sí mismo se encuentran las raíces del amor, de la Me-

41. Hans Kelsen: *Die Philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, publicado por la Kant-Gesellschaft. Pan Verlag R. Heise, Charlottenburg, 1928.

42. Hans Kelsen: *Idem.*, pág. 42.

tafísica y de la Religión. De allí su íntima relación. La criatura humana al ascender a la categoría de **imago Dei** se sintió más segura y satisfecha. Aumentó su dignidad y se integró en un orden eterno. Al creer en un derecho trascendente e inmutable, o en una justicia incondicionada y absoluta, aseguraba para las difíciles relaciones humanas, al menos en principio, un criterio de justificación objetivo e independiente de su quehacer propio y terreno. Esta concepción hizo crisis, efectivamente, en tiempos de la Reforma y fue evolucionando hasta nuestros días. El hombre se sintió de nuevo menesteroso de amparo. Trató prometeicamente de vivir sin Dios (Nietzsche), o de traer a Dios a la tierra (Feuerbach), o de sustituir a Dios por la ciencia o por la técnica. Sobre los resultados cada quien puede juzgar por sí mismo.