

139  
2EJ



UNIVERSIDAD NACIONAL  
AUTONOMA DE MEXICO

Escuela Nacional de Estudios Profesionales  
" A R A G O N "  
D E R E C H O

"EL METODO PURO DEL DERECHO  
Y HANS KELSEN"

T E S I S  
Que para Obtener el Título de  
LICENCIADO EN DERECHO  
P r e s e n t a  
Oscar Luis Ernesto Gómez Puente Colomina

1993

MEXICO

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN



## **UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso**

### **DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

" EL METODO PURO DEL DERECHO Y HANS KELSEN "

pag.

I N T R O D U C C I O N .

I.

CAPITULO I.- ANTECEDENTES DOCTRINARIOS DE KELSEN.

A.- Manuel Kant.

Parte Primera.- Cuerpo Doctrinario.

1.- Vida y Obra.	1.
2.- Kant y el Criticismo.	3.
3.- El Apriorismo en Kant.	6.
4.- Método Trascendental.	8.
Parte Segunda.- Legado Doctrinario.	
1.- Crítica de la Razón Pura - Teoría Pura del Derecho.	11.
2.- Trascendente y Trascendental.	12.
3.- Conocimiento A Priori.	14.
4.- Ser y Deber Ser.	18.
5.- Moral y Derecho.	21.

B.- El Neokantismo y su Influencia en Kelsen.

1.- Introducción.	27.
2.- Origen del Neokantismo.	28.
3.- Direcciones del Neokantismo.	29.
4.- Medios Utilizados por el Neokantismo.	30.
5.- Características Básicas del Neokantismo.	31.
6.- Ser y Deber Ser en el Neokantismo.	35.
7.- Supresión de la Substancia.	35.
8.- Influencia de Herman Cohen.	36.
9.- Hans Vaihinger.	37.
10.- Ernest Mach.	38.
11.- Jellinek, Lavand, Gerber.	40.
12.- El Marxismo.	40.

C.- Positivismo.	
1.- Aclaración.	43.
2.- Origen y Fundamento del Positivismo.	43.
3.- El Neopositivismo y el Círculo de Viena.	45.
4.- Positivismo y Derecho Positivo.	46.
5.- Naturaleza del Derecho Positivo.	49.
6.- Derecho Natural Vs. Derecho Positivo.	49.
7.- Distinción entre el Derecho Positivo y el Natural.	51.

## CAPITULO II.- LOS PRESUPUESTOS DE LA TEORIA PURA.

A.- Autonomía, Sistema y Unidad en la Teoría Pura de Kelsen.	
1.- La Autonomía de la Ciencia Jurídica.	54.
2.- El Sistema de la Ciencia Jurídica.	56.
3.- Unidad en la Ciencia Jurídica.	57.
B.- El Idealismo Crítico en Kelsen, La Distinción en los Términos Ser y Deber Ser.	
1.- Introducción.	59.
2.- Origen del Deber Ser.	61.
3.- Forma y Contenido.	63.
4.- Deber Ser Lógico, Deber Ser Axiológico.	65.
5.- Ser y Deber Ser, como Formas del Conocimiento.	68.
6.- Significado en Kelsen de los Términos Ser y Deber Ser.	70.
7.- Normas y Norma Jurídica.	71.
C.- Ciencia Causal y Ciencia Normativa.	
1.- Noción de lo Físico Causal.	73.
2.- Significado de lo Físico Causal en Kelsen.	74.
3.- Noción del Principio de Causalidad y el de Imputación.	74.
4.- Relación entre el Principio de Causalidad y el Principio de Imputación.	76.
5.- Aplicación del Principio de Imputación en las Normas Jurídicas.	77.

D.- El Concepto de Validez Y eficacia en la Teoría Pura.	
1.- El Concepto de Validez en Kelsen.	79.
2.- Concepto de Eficacia en Kelsen.	81.
3.- Condiciones para que la Norma sea Válida.	83.
4.- Fundamento de Validez.	85.
5.- Modelo de Validez de Francisco Suárez.	87.
6.- Sanción y Coerción.	90.
7.- Crítica.	91.
E.- La Teoría Gradual del Orden Jurídico (La Norma Fundamental)	
1.- Introducción.	93.
2.- La Norma Hipotética Fundamental.	94.
3.- Pirámide Kelseniana.	95.
4.- La Consistencia y Completud.	98.
5.- Crítica.	101.
F.- El Objeto de la Ciencia del Derecho en Kelsen.	
1.- El Derecho como Ciencia Jurídica.	103.
2.- Concepto de lo Jurídico en Kelsen.	104.
3.- El Objeto de la Ciencia Jurídica.	105.
CAPITULO III.- EL METODO PURO EN KELSEN.	
A.- El Método Científico y el Objeto de la Ciencia.	
1.- Método en la Ciencia Natural y en la Ciencia Jurídica.	106.
2.- Objeto en la Ciencia Natural y en la Ciencia Jurídica.	107.
3.- El Método Científico.	108.
4.- Comentario.	109.
B.- El Método en el Idealismo Crítico.	
1.- Noción del Método Crítico Idealista.	111.
2.- El Método en Kelsen.	111.
3.- La Ciencia como Método.	113.

C.- La Teoría Pura del Derecho como Método Puro.	
1.- Introducción.	115.
2.- Método Puro del Derecho.	116.
3.- El Método Puro como Método Normativo.	118.
4.- Crítica.	119.
D.- La Teoría Pura del Derecho como Filosofía del Derecho.	
1.- Ciencia y Filosofía.	120.
2.- El Derecho Encuadrado en el Campo de la Ciencia.	121.
3.- El Derecho Encuadrado en el Campo de la Filosofía.	122.
4.- La Teoría Pura del Derecho como Filosofía del Derecho.	123.
5.- Crítica.	124.
C O N C L U S I O N .	126.
B I B L I O G R A F I A .	129.

## I N T R O D U C C I O N .

Al concluir los estudios a nivel licenciatura, me enfrente a la difícil tarea de elegir el tema que constituirá la tesis profesional, y me puse a seleccionar alguno de entre tantas opciones de materias que se presentan, me deje guiar por mis inclinaciones y gustos personales, así me atrajo la controvertida figura del más gran de jurista de la edad moderna, Hans Kelsen, digo controvertido por el sinnfn de críticas que ha sufrido sobre todo al querer hacer de el derecho una ciencia normativa formal; precisamente por ello el tema de esta tesis es: "el método puro del derecho y Hans Kelsen".

Debo confesar que no estoy de acuerdo del todo con el maestro - de Viena y aunque mi intención no es criticarle, lo cierto es que algunos de sus conceptos son tema de discusión, caso concreto el - relativo a la 'moral' y al 'derecho natural' del cual simpatizo.

Por consecuencia con esta tesis, pretendo determinar que el jurista de Viena no consiguió hacer del derecho una verdadera ciencia jurídica como era su intención: autónoma, sistemática y unitaria, me apoyaré para tal efecto en las citas de varios maestros juristas.

En el primer capítulo 'antecedentes doctrinarios de Kelsen', -- presento el panorama filosófico de los principales pensadores y esuelas que influyeron de alguna manera en Kelsen, desde Kant y el Neokantismo hasta el Positivismo, pasando por la escuela de Marburg y el Círculo de Viena, entre otros.

Kant va a ocupar un lugar preponderante porque a mi me parece - que es quien mas influyó en Kelsen, si el primero queria encontrar una validez científica a las proposiciones de la filosofía, el segundo lo intenta en el campo del derecho. Si bien este capítulo es

ta cargado de conceptos más propios de la filosofía del derecho, - trato aquellos puntos, sin abarcar el complejo pensamiento Kelseniano, que constituyen la base fundamental de la teoría pura del derecho y la estructura del sistema normativo, tal como es el conocimiento 'a priori' y del 'ser' y 'deber ser'.

En el segundo capítulo, 'los presupuestos de la teoría pura', - se vislumbran los intentos de Kelsen por hacer del derecho una auténtica ciencia, con características especiales y una metodología propia y un ordenamiento jurídico. Aquí se vuelve constante el antagonismo entre el ser y deber ser, al emplear el principio de imputación, ya no es la ciencia de la naturaleza o causal quien tiene los primeros planos del conocimiento, sino la ciencia jurídica o normativa.

Un lugar especial lo ocupa la norma 'hipotética fundamental', - porque por ella le da plena validez al derecho y a todo el sistema normativo; en este punto presento un modelo de validez semejante - al de Kelsen, pero con una diferencia, que llega a chocar con el - del maestro Vienes, me refiero al del teólogo y filósofo español - Francisco Suárez, quien a mi juicio es el más acertado, además el mismo autor de la teoría pura del derecho admitió su error, respecto a la norma fundamental.

El tercer y último capítulo, 'el método puro en Kelsen', me centra en lo que es un método, como opera en el campo del saber científico y cual es su objeto de conocimiento, a fin de determinar si tiene algo de común o verdaderamente es diferente al método aplicado por Kelsen en la ciencia jurídica.

Quiero responder a las grandes interrogantes: ¿consiguió Kelsen hacer del derecho una ciencia jurídica?, ¿aplicó el método adecuado o se le puede acusar de inconsistencia?, así termino con un pun



to breve pero fundamental, la teoría pura del derecho como filosofía del derecho, puesto que es el tema de esta tesis; después de este breve panorama, doy la conclusión a mi tesis.

## CAPITULO I.- ANTECEDENTES DOCTRINARIOS DE KELSEN

A.- Manuel Kant.	1.
B.- El Neokantismo y su Influencia en Kelsen.	27.
C.- El Positivismo	43.

## A.- MANUEL KANT

### Parte Primera. Cuerpo Doctrinario.

#### 1.- Vida y Obra.

En este espacio, más que una biografía, pretendo dar algunos datos con el propósito de conocer la trayectoria de Manuel Kant, al cual no pocos estudiosos del Derecho lo encumbran junto a Kelsen, por ser un pilar de la filosofía moderna, pudiendo decirse sin dejar lugar a dudas -Kant es a la filosofía lo que Kelsen es al Derecho-.

Kant nació el 22 de abril del año 1724 en Königsberg, territorio Alemán, abarcando su vida filosófica 4 periodos: en el primero (1746-1760) es nacionalista denotando un gran interés por las ciencias naturales, para el segundo (1760-1769) su orientación es hacia el empirismo, en el tercero reorienta su pensamiento y empieza a vislumbrar la luz del criticismo, finalmente es en el cuarto periodo (1781-1804) donde escribe sus dos magníficas obras en forma sistemática, fruto de una labor constante de varios años plagados de sacrificio y estudio. La Crítica de la Razón Pura en 1781 y Crítica de la Razón Práctica editada en 1788, teniendo como consecuencia el haber provocado una revolución filosófica en lo general y científica en lo particular, dedicando los últimos años de su vida a pulir y afinar esta nueva doctrina, el criticismo, hasta el día de su muerte acaecida el 12 de febrero de 1804.

Mediante su obra, crítica de la razón pura, buscó la respuesta a una preocupación fundamental en él, encontrar la validez de la ciencia en sí, oponiéndose en parte al racionalismo y empirismo reinantes en su época, aplicando el método trascendental o crítico, que es la resultante de combinar los dos y conforme al cual encuentra la fuerza del conocimiento filosófico, independizándolo de las

demás ciencias (física, matemáticas), mediante el conocimiento -- a priori para lo que "...divide su crítica en tres partes: estética, analítica y dialéctica trascendentales, correspondientes a las tres facultades especulativas: sensibilidad, inteligencia y razón. El término trascendental indica conocimiento que no procede de la experiencia sensible y la excede. Estudiemos cada una de ellas....

"1. Estética trascendental. Kant admite en las intuiciones de la sensibilidad las impresiones de los objetos exteriores, como elementos materiales; mas a tales impresiones nosotros aplicamos necesariamente dos formas: espacio y tiempo; Estas dos formas son el elemento a priori que depende de la estructura de nuestro espíritu, aplicado a los objetos exteriores nos dan la percepción de los mismos, ahora, consideradas por sí solas, son la base de la matemática pura, mas nada nos autoriza a creer que realmente existen en las cosas a través de estas dos formas, no percibimos más que los fenómenos como nos aparecen, y no los númenos, las cosas como son en sí...

"2. Analítica trascendental. Las intuiciones sensibles no constituyen un conocimiento propiamente dicho, sino interviene la inteligencia, estableciendo entre ellas numerosas relaciones, juicios, - en esta operación guían a la inteligencia conceptos universales y necesarios a priori, esto es, no obtenidos por la experiencia, a los cuales Kant llama, categorías...los juicios formulados por estas formas a priori de la inteligencia pueden llamarse objetivos, - en el sentido que se imponen a todos los hombres, para todas las cosas posibles de experiencia, dada la estructura uniforme de la inteligencia humana, así resulta la ciencia física, en la cual, -- nuestra inteligencia no se acopla a la realidad, sino que constituye las leyes del mundo físico de acuerdo con las formas a priori, -- así dice Kant, el hombre de ciencia es el autor de las leyes de la naturaleza, por esta razón ya no son los conocimientos los que

deben adaptarse a las cosas, sino las cosas a nuestro conocimiento  
...

"3. Dialéctica trascendental). formados los juicios en la forma -- anteriormente expuesta, entonces la razón trata de unificar esos -- juicios, relacionando los fenómenos condicionados y relativos a -- realidades incondicionadas y absolutas..."(1)

Kant en virtud de lo anterior, soluciona el primer principal -- problema planteado por la filosofía, es decir el gnoseológico o -- teoría del conocimiento; el segundo problema se refiere a la onto- logía, esto es, al Ser, pero es con la crítica de la razón prácti- ca donde intenta dar solución al tercer problema de la filosofía, -- el moral, refiriéndose al valor de actos humanos moralmente buenos o malos a diferencia de actos del hombre tal como sería la respira- ción por no intervenir la voluntad durante su producción.

## 2.- Kant y el Criticismo.

Para llegar al conocimiento filosófico, propuesto por Kant como uno de sus objetivos planteados en su crítica de la razón pura, utiliza tanto el método del conocimiento planteado por los racionalistas como Descartes, y el empírico representados por Locke y --- Hume.

Cabe hacer una aclaración, a nuestro filósofo en cuestión, lo -- podemos ubicar dentro de la corriente racionalista, debido a la im- portancia que le dá al conocimiento a priori, mostrándose opuesto al empirismo que se basa en principios a posteriori, aunque en rea- lidad es una mezcla de los dos, constituyendo por ende un método -- muy especial de estudio, por lo que a Kant se le ubica dentro del --

(1) Alatorre Fadilla, Roberto.- Lógica.- Editorial Porrúa, S.A.-- México 1981.- p.p. 96-98

### Idealismo.

Para todo racionalista, su primer inquietud lo constituye el encontrar una verdad fundamental, en virtud del método utilizado a base de principios evidentes y demostraciones racionales, como lo es el empleado en matemáticas, mismo que para demostrar la validez de algún teorema, partimos de una axioma o proposición evidente, y en combinación con otros axiomas llegamos a captar la evidencia de un teorema, por ejemplo: si queremos demostrar en el teorema que el  $\angle A$ ,  $\angle B$ , y  $\angle C$  de un triángulo suman dos rectos, los axiomas usados en este raciocinio como premisa mayor serían, dos cantidades iguales a una tercera son iguales entre sí, si a cantidades iguales se efectúan operaciones iguales, los resultados son iguales.

De manera semejante el racionalista considera únicamente su intelecto y razón como la fuente de la verdad, cayendo en el error cuando pretende "...demostrarlo todo a partir de sus propias ideas ...la filosofía tiene que partir de la experiencia; su objeto es la realidad, y ésta no se demuestra, tan solo se muestra".(2)

Por el contrario, los empiristas quienes rechazan cualquier tipo de racionalismo, pretenden encontrar la validez del conocimiento en la experiencia, es decir en las sensaciones que percibimos por los sentidos, tal parecería que su principio es, hasta no ver no creer, ejemplo: si un empirista toma entre sus manos una piedra y la arroja sobre sí, va a darse cuenta de que esta cae, solo así, realizando el hecho es como reconoce la existencia de la ley gravitacional, pero caen en el error cuando no aceptan algunos hechos evidentes, como es la capacidad humana de razonar y encontrar racionalmente aunque no sea con los sentidos conclusiones evidentes.

(2) Gutierrez Saenz, Raúl.- Introducción a la Lógica.- Editorial Esfinge, S.A.- México 1982.- p.254.

Por otra parte, Kant con su escuela del idealismo crítico, idealismo porque considera que el objeto del conocimiento se encuentra en las ideas, y crítico al poner en crisis factores que van a intervenir durante la producción cultural y social presenta pues, el punto equidistante entre las dos doctrinas anteriores, dice este filósofo Alemán "no hay duda alguna de que todo nuestro conocimiento comienza con la experiencia...más si bien todo nuestro conocimiento comienza con la experiencia, no por eso originase todo él - en la experiencia...si hay un conocimiento semejante, independiente de la experiencia, y aún de toda impresión de los sentidos. Estos conocimientos llámense a priori y distínganse de los empíricos que tienen sus fuentes a posteriori, a saber, en la experiencia".(3)

Por lo que en Kant, el conocimiento a priori de los racionalistas basados en el método deductivo, no es completo porque exageran el papel de la razón en el conocimiento de los seres o cosas, sin tomar en cuenta a la experiencia o realidad, tampoco lo es el conocimiento a posteriori empleado por los empiristas con su método inductivo, mediante el cual con observación y experimentación conocemos la realidad de las cosas o seres. Para él tanto la razón como la experiencia constituyen la fuente de toda verdad, por ejemplo: "...hay algunos conocimientos derivados de fuentes de experiencia de los que suele decirse que nosotros somos a priori...porque no las derivamos inmediatamente de la experiencia, sino de una regla universal, la cual, sin embargo, hemos sacado de la experiencia. - Así, de uno que socavare el fundamento de su casa se vendría abajo es decir, que no necesitaba esperar la experiencia de su calda real. Más totalmente a priori no podía saberlo. Pues tenía que saber de antemano por experiencia que los cuerpos son pesados y por tan-

(3) Kant, Manuel.- Crítica de la Razón Pura.- Editorial Porrúa, - S.A.- México 1982.- p. 27.

to que cuando se le quita el sostén, caen."(4)

Ahora bien, si el método planteado en su crítica de la razón pura no es ninguno de los dos, entonces ¿cuál es?, más adelante intentaré dar constentación satisfactoria, con el llamado método --- trascendental.

### 3.- El Apriorismo en Kant.

El apriorismo en Kant constituye el fundamento de su teoría del conocimiento, con anterioridad había señalado que el conocimiento a posteriori es aquel proveniente de la experiencia, para el filósofo Kant estos juicios no proporcionan conocimientos nuevos, porque la experiencia sensible solo dá lugar a lo singular y contingente, su validez es de factum, es decir de hecho, en cambio los juicios a priori son los que no se derivan ni justifican en la observación y experimentación, sino en la facultad cognocitiva del hombre, además, toda ciencia debe tener juicios sintéticos a priori, con la finalidad de garantizar la universalidad y progreso --- científico.

Con la división de juicio a priori y a posteriori, Kant dá la pauta a seguir para una clasificación de las ciencias en eidéti--cas (a priori) y de hecho (a posteriori), trata de encontrar la -- respuesta a una interrogante respecto a los conocimientos científicos de la física y matemáticas, mismos que son básicamente experimentales e indiscutibles para aquella época "...¿Cómo son posibles estos conocimientos que son conocimientos a priori y sintéticos?, y entonces llegó a esta posición: que el conocimiento se debe a la síntesis de dos elementos la sensación por una parte y el elemento a priori por otra. El primero nos viene del exterior, del mundo y de los objetos que impresionan los sentidos y que proporcionan el-

(4) Kant, Manuel.- Op. Cit.- p.p. 27-28.



fenómeno. Los elementos a priori son formas mentales como el espacio, el tiempo, las categorías que según este filósofo nos permiten dar necesidad y universalidad a conocimientos que por sí mismos carecerían de estas cualidades y de esta manera se forma el --juicio sintético a priori".(5)

Las categorías espacio y tiempo en Kant, no son conceptos empíricos sino representaciones necesarias a priori, y gracias a que se derivan de una intuición pura, van a ser posibles las proposiciones sintéticas a priori de las ciencias, así por ejemplo en la idea del espacio se funda la geometría y la del tiempo nos pone en comunicación con el mundo sensible para determinar las relaciones de sus fenómenos, estas ideas generales de espacio y tiempo constituyen los elementos necesarios para las ciencias naturales y exactas, lo demás que en ellas se contiene pertenece a la mera experiencia, al orden de los hechos contingentes, que no extrañando ninguna necesidad no pueden ser en vigor objetos científicos. Así el saber científico tendrá proposiciones válidas cuando se integren de "...dos componentes distintos, lo dado y lo puesto, o sea, lo que nos llegaba a través de la experiencia, y lo que, en función de la estructura peculiar de la mente y su carácter a priori, se añadía a los datos de los sentidos. Todo juicio tenía, pues, que abarcar ambos aspectos e integrarlos de alguna manera para que, por su referencia a la realidad, al mundo de la experiencia y, al mismo tiempo, para que, por el carácter universal bajo el que se acogían y organizaban esos datos (formas a priori de la sensibilidad, del entendimiento y de la razón, como espacio, tiempo, categorías e ideas) pudieran compensar la originaria limitación en que el dato sensible se nos ofrece".(6)

- (5) García Rojas, Gabriel.- Las doctrinas de Stammler y de Kelsen y de las Leyes Naturales.- Conferencia del 14 de Oct. de 1938. Escuela Nacional de Jurisprudencia.- p. 22.
- (6) La Filosofía Hoy.- Biblioteca Salvat de Grandes Temas No. 75.- Salvat Editores, S.A.- España 1974.- p.p. 97-98.

Merced al pensamiento Kantiano, se realiza una división en los juicios atendiendo al contenido expresado tanto por el sujeto como por el predicado, en dos tipos de juicios: Analítico y Sintético, - Kant señala la manera de distinguirlos "...los primeros pudieran - también llamarse juicios de explicación, los segundos juicios de - ampliación, porque aquellos no añaden nada con el predicado al concepto del sujeto...los últimos en cambio añaden al concepto del sujeto un predicado que no estaba pensado en él, y no hubiera podido sacarse por análisis alguno. Por ejemplo, si yo digo: todos los -- cuerpos son extensos, es este un juicio analítico. Pues no he de - salir fuera del concepto que une al cuerpo, para hallar la exten-- sión como enlazada con él, sino que tñ solo tengo que analizar a- quel concepto...en cambio si yo digo: todos los cuerpos son pesa-- dos, entonces el predicado es algo enteramente distinto de lo que- pienso en el mero concepto de un cuerpo en general. La adición de- un predicado semejante dá pues un juicio sintético..."(7)

Creo necesario tener en consideración lo siguiente: todo juicio analítico es a priori, pues basta con analizar el sujeto para en-- contrar el predicado, pero no todo juicio a priori es analítico, - pues hay algunos sintéticos los cuales vienen a ser básicos y fun- damentales para la ciencia, en estos juicios el predicado va a --- agregar algo al sujeto, en el ejemplo de Kant - todos los cuerpos - son pesados- el término son pesados, constituye un ampliativo del- sujeto, y son a priori porque no es necesaria la experiencia sensi- ble, el nexo entre sujeto y predicado lo encontramos en virtud de- la deducción cognocitiva del hombre.

#### 4.- Método Trascendental.

Kant utilizó un método especial de estudio, por medio del cual-

(7) Kant, Manuel.- Crítica de la Razón Pura.- Editorial Porrúa, - S.A.- México 1982.- p.p. 31-32.

dá validez a sus planteamientos filosóficos, este es el método --- trascendental, surgió cuando estuvo en desacuerdo con los racionalistas que solo veían en las ideas innatas un proceso deductivo, y los empiristas quienes partían de la experiencia para llegar al conocimiento mediante la inducción, entonces surgió como una opción el idealismo crítico, en Kant "...tanto la experiencia como la razón son fuentes de la verdad. Ese es el sentido de la conocida frase Kantiana... 'todo conocimiento comienza con la experiencia, pero no todo conocimiento viene de la experiencia'... Esos datos que suministra la experiencia se presentan desordenados e informes, es necesaria la actividad sistematizadora de la conciencia."(8)

La conciencia al ir recibiendo todos los datos obtenidos de la experiencia, los va sintetizando, es decir, ordenando por medio de las formas puras a priori, tanto las sensitivas (espacio, tiempo), y las cognoscitivas o del entendimiento (cantidad, cualidad) mismas que van a permitir estructuras al conocimiento humano.

El conocimiento para Kant es de dos tipos: intuitivo y discursivo, "...el conocimiento intuitivo es aquel en que el objeto se presenta al entendimiento tal como es, sin que la facultad perceptiva haya de ejercer otra función que la de contemplarle; por esto se llama intuición... mirar... El conocimiento discursivo es aquel en que el entendimiento no tiene presente el objeto mismo, y se lo forma, por decirlo así, reuniendo en un concepto total los conceptos parciales; cuyo enlace en un sujeto ha encontrado por el raciocinio."(9) Por ejemplo: si ante un juez es presentado un delincuente lo percibe tal y como es, su fisonomía y rasgos característicos

(8) Serrano, A.E.- Breve Introducción al Pensamiento Jurídico Neokantiano.- Editorial Universitaria de la Universidad de Zulia. Venezuela 1971.- p. 52

(9) Balmes, Jaime.- Filosofía Fundamental.- Tomo II.- Librería de Ch. Bouret.- México 1889.- p. 55

los ve tal y como son sin necesidad de que tal sujeto le sea descrito, en este caso el conocimiento será intuitivo porque lo tiene frente a él, pero si en lugar de la presencia física del transgresor de la ley, al juez se le van enumerando y describiendo los rasgos característicos para darle una idea de su fisonomía, entonces el conocimiento será discursivo, porque no ve en sí mismo a la persona en cuestión, sino por medio del discurso el juez conoce al delincuente en su mente. Más sin embargo esta manera de percibir cosas y personas no es original de Kant, pues ya desde hacia varios siglos la utilizaban los cristianos al hacer uso de la intuición y del discurso para conocer a Dios; lo anterior es fácil de comprender si tomamos en consideración que Kant muy bien conocía estas ideas, el era agnóstico más no ateo, dentro de sí latía un Jansenismo.

Para Kant el conocimiento será trascendental en la medida de que este se ocupe "...en general no tanto de objetos como de nuestro modo de conocerlos, en cuanto este debe ser posible a priori."(10) Universal y necesario, es decir válido para todos.

Por lo tanto, conocimiento trascendental (conocer no significa simplemente recibir y registrar datos, significa también elaborarlos, sintetizarlos según las formas a priori, propias a todo ser pensante) es la realidad o lo incognoscible que va a constituirse por la apariencia o fenómeno; mediante el método trascendental es posible, partiendo de los hechos, descubrir las maneras de ser de la conciencia, otorgándoles valor al comportamiento humano dentro de la sociedad, así mismo a los fenómenos culturales.

(10) Kant, Manuel.- Crítica de la Razón Pura.- Editorial Porrúa, S.A.- México 1982.- p. 38

## Parte Segunda - Legado Kantiano.

Sin lugar a dudas el pensamiento Kantiano ejerció una gran influencia en Kelsen, como lo trataré de exponer señalando tan sólo los puntos más notorios y concordantes entre el filósofo Alemán y el Jurista Vienés, no es mi interés abundar demasiado en la exposición del contenido jurídico para no agotarlo.

### 1.- Crítica de la Razón pura - Teoría Pura del Derecho.

Para cada gran personaje una grán obra, palabras que en sí encierran algo de verdad, porque ningún estudiante de Derecho puede dejar de considerar a la teoría pura del derecho como la máxima aportación de Kelsen al saber jurídico, para entender este pensamiento es preciso seguir el origen de sus huellas dejadas en el campo del estudio normativo, es así como llegaríamos hasta Kant, cuando revolucionó el pensamiento filosófico con su crítica de la razón pura; podría remontarme aún más atrás estableciendo la influencia escolástica en este filósofo, y así continuar a través de la historia, encontrando al primer ser pensante, pero mas de conocer el proceso evolutivo del conocimiento humano, quiero determinar el primer punto de contacto entre estas dos posturas, precisamente se encuentra con solo atender el título de las mencionadas obras - la pureza -, entendiendo por pureza: todo aquello que no esta mezclado con ninguna otra cosa.

Por ende para Kant, "...de entre los conocimientos a priori llámanse puros aquellos en los cuales no se mezcla nada empírico." (11) de esta manera consigue purificar la razón de cualquier dato de tipo experimental, separándose la forma del conocimiento de su materia. Kelsen por su lado también tiene la intención de purificar la

(11) Kant, Manuel.- Op. Cit.- p.28.

ciencia del derecho, su teoría pura del derecho "...pretende garantizar un conocimiento dirigido solamente hacia el Derecho...preten de eliminar de este conocimiento todo lo que no pertenece al objeto exactamente señalado como Derecho. Es decir: quiere librar a la Ciencia Jurídica de todos los elementos extraños." (12) y despojarlo de todo contenido, sea este moral, social, político en fin, quedando tan solo el aspecto formal, más adelante determinaré si aisla forma y contenido de modo absoluto.

Kant con su crítica de la razón pura, tiene la intención de darle validez científica a las proposiciones filosóficas, en cambio Kelsen quiere elevar el derecho a categoría de ciencia, para lo que adopta la teoría del conocimiento enseñado por Kant, esto le permite construir una teoría pura, depurada de todo elemento extraño al derecho, pero eso sí, se mantiene alejado de la crítica de la razón práctica, por estar viciada del Jusnaturalismo del cual no simpatiza.

## 2.- Trascendente y Trascendental.

Aunque para un neófito en filosofía estos dos términos, trascendente y trascendental pudieran parecer iguales o semejantes, en realidad no lo son, si seguimos la doctrina clásica Aristotélica - Tomista, tenemos que hay actos immanentes y trascendentes, los primeros quedan dentro de la persona que los realiza, por ejemplo: el pensamiento, como es un acto interno del ser humano, puedo idear y estructurar mis acciones sean buenas o malas según mi integridad como persona civilizada, ya sea planeando la manera de ayudar a mis vecinos para mantener limpio el vecindario, o bien asaltar al prójimo, aquí hago una referencia a las fases del Iter Criminis, y surge una interrogante: ¿alguien premiará mi buen pensamiento o --

(12) Kelsen, Hans.- La Teoría Pura del Derecho.- Editorial Nacional, S.A.- México 1981.- p. 25

por el contrario castigará mi mal pensamiento?, antes de responder ya se habrán formado dos bandos, en uno estarán quienes opinen sobre la dificultad para encontrar la forma de castigar o premiar según sea el caso, a las personas, porque nadie esta en posibilidades de leer la mente, en lo personal creo que si es factible el --premiar o castigar por el simple pensamiento, obviamente entraríamos en terreno moral, porque el derecho y la moral no pueden ser --separados, hay circunstancias en que si no puede aplicarse el derecho, la moral lo complementa.

Las acciones trascendentes en cambio, se oponen a las inmanentes pasando del interior al exterior del ser cristalizándose las ideas, por ejemplo: es trascendente el acto de Juan al fabricar algo; de aquí que trascendente sea aquello de lo cual esta dotado si tuándolo fuera del ámbito de un sujeto, en tanto lo inmanente queda en ese mismo sujeto.

A partir de Kant estas acepciones varían, los principios inmanentes son aquellos por los cuales se hace posible el conocimiento de objetos obtenidos por la experiencia, en tanto los principios --trascendentes se refieren a todo aquello que cae por completo fuera del conocimiento empírico, lo trascendente está referido al conocimiento del noúmeno, (la cosa en sí), nos dice al respecto "si por noúmeno entendemos una cosa, en cuanto esa cosa no es objeto --de nuestra intuición sensible, y hacemos abstracción de nuestro modo de intuiria, tenemos un noúmeno en sentido negativo. pero si en tendemos por noúmeno un objeto de una intuición no sensible, entonces admitimos una especie particular de intuición, a saber, la intelectual, que no es, empero, la nuestra, y cuya posibilidad no podemos conocer; y este sería el noúmeno en sentido positivo..."(13) Lo trascendental está constituido por el conocimiento puro a priori

(13) Kant, Manuel.- Crítica de la Razón Pura.- Editorial Porrúa, S.A.- México 1982.- p. 150

universal y necesario, que nos permite constituir la realidad de nuestro mundo sensible y racional, así pues se diferencia en Kant los terminos trascendente y trascendental.

Para Kelsen, lo trascendente son ideologías como, la moral, política y sociología entre otras; sosteniendo un carácter antiideológico, estructura su metodología pura separando forma de contenido, nuestro jurista Vienés dice refiriéndose a un caso concreto, a la categoría jurídica del deber ser, notándose la influencia de el filosofo Kant: "esta categoría del derecho tiene un carácter puramente formal, y por ello se diferencia principalmente de una idea, trascendente del derecho. Permanece aplicable cualquiera sea el -- contenido que tengan los hechos así enlazados de cualquier modo -- que fueran los actos a concebirse como derecho. A ninguna realidad social puede discutírsele la compatibilidad con esta categoría jurídica, por causa de la estructuración de su contenido. Es categoría gnoseológico - trascendental en el sentido de la filosofía Kantiana, no metafísico trascendente, justamente por esto conserva su tendencia radicalmente anti-ideológica."(14)

Lo trascendental pues, viene a ser las formas puras de que esta hecho el derecho, por lo que muchos han querido ver en la teoría pura del derecho, la aplicación del método trascendental de Kant a la ciencia del derecho, para establecer su plena autonomía en el conocimiento jurídico pudiendo distinguirse lo perteneciente al mundo de la naturaleza y de los deberes.

### 3.- Conocimiento A Priori.

Kant se había estado preguntando el porque la metafísica (ciencia cuyo estudio se enfoca a los primeros principios), no había lo

(14) Kelsen, Hans.- La Teoría Pura del Derecho.- Editorial Nacional, S.A.- México 1981.- p.p. 50-51



grado en su conocimiento un progreso, en cambio la física y matemáticas si lo consiguieron, al tratar de encontrar una respuesta es cuando empieza a vislumbrar su doctrina filosófica, estableciendo que todo conocimiento científico está constituido ya sea por elementos a priori o a posteriori, pero para darle validez a estos principios únicamente podría ser mediante el conocimiento a priori mismo que no resulta de juicios analíticos porque no amplían el conocimiento, un ejemplo sencillo ayudará a entender el significado del analítico: tomamos en nuestras manos un reloj desensamblado, examinando primeramente el movimiento en su conjunto, luego investigando la relación y funciones de las partes entre sí, y con el todo, esta forma de proceder trae consigo un peligro latente, si examinamos las partes por separado, se puede llegar a perder de vista su relación con el todo, en este caso el todo es el reloj, Kant lo comprendió y quiso evitarlo.

Tampoco podemos darle validez a los principios filosóficos mediante juicios sintéticos a posteriori, otro ejemplo nos ayuda a entender el porque: al contrario del analítico, el sintético considera las partes de ese reloj en sí mismas, y luego en las relaciones que cada una tiene con las otras hasta componer el reloj, las sintéticas en Kant son las más apropiadas pero no a posteriori porque entonces el conocimiento nos dá la certeza de la experiencia, sin elevarla a verdad universal y necesaria, es decir válida para todos.

Solo nos restan los juicios sintéticos a priori, mediante ellos es posible otorgarles validez al saber filosófico, por lo cual se hace Kant una pregunta: ¿Cómo van a ser posibles los juicios sintéticos a priori, aún siendo universales y necesarios?, para contestar se establecen dos fuentes de conocimiento: por un lado lo sensitivo, es decir la receptividad de la conciencia, haciendo que ésta puede ser modificada por sensaciones externas; y por el otro tenemos al intelecto o actividad, misma, que permite al sujeto cog--

noscente unificar los datos de la experiencia "...la tesis de Kant es que nuestra sensibilidad es una disposición a recibir impresiones del mundo exterior, ordenándolos con unas formas subjetivas a priori. Estas formas...son el espacio y el tiempo los cuales, no son por tanto, ni conceptos, ni cualidades objetivas de las cosas, sino condiciones de nuestra intuición de ellas...El dato de la experiencia, lo que nuestra sensibilidad nos ofrece, no es por tanto la cosa misma, la cosa en sí...como un eterno incognoscible (noúmeno), sino que es esta cosa tal como se nos muestra, es decir, como intuición empírica o fenómeno...el fenómeno en otras palabras, es un objeto y un objeto real, pero real tan solo en la relación con el sujeto que conoce...y no real por ser como es en sí y por sí. - Sobre esta multiplicidad de intuiciones sensibles o fenómenos que constituyen...la materia del conocer, llega y se aplica la actividad del intelecto o pensamiento, que es el segundo elemento con cuyo concurso se produce el conocimiento..

"A diferencia de la sensibilidad, que es percitividad o receptividad, el intelecto es concebido por Kant, como actividad...con él se enjuicia, organiza, se dan leyes al mundo que nos viene de la sensibilidad gracias a las formas a priori del espacio y tiempo, - el entendimiento tiene también las suyas, las cuales, unidas a los datos de la sensibilidad dan origen a los juicios..."(15)

Mediante la aplicación de juicios necesarios (expresar algo que es cierto en todo tiempo y no puede ser de otro modo) y universales (válido para todos), que parten de la facultad cognoscitiva de el sujeto, es como van a ser posibles los juicios sintéticos a priori, si a la vez están determinados por la experiencia sensible. Es así como Kant partiendo de la suposición que tanto la física y matemáticas son ciencias verdaderas, cuyos conocimientos científicos son indiscutibles, explica como son posibles los mencionados -

(15) Enciclopedia Monitor.- Salvat Editores de México, S.A.- Tomo No. 8.- México 1967.- p.3715

juicios sintéticos a priori necesarios y universales, porque se enfrenta a su principal preocupación y la supera aplicando el ya conocido método trascendental "...que proporcionaría las categorías a priori del entendimiento, condiciones de la posibilidad del conocimiento del mundo físico, de la experiencia sensible dada a la intuición a través de una percepción trascendental o pura. En suma, el conocimiento del universo físico es constituido por la síntesis de los datos suministrados por la intuición sensible y de las categorías a priori del entendimiento."(16)

Kelsen por su parte, también va en busca del elemento a priori descubriendo que el deber ser constituye uno de estos juicios, y aplica el método Kantiano "...pero lo hace en forma parcial, usando lo tan solo para establecer los conceptos deónticos intelectivos puros constitutivos del sistema normativo legal, las condiciones a priori del orden jurídico positivo...a tal punto que reduce el objeto de conocimiento del derecho a la dimensión deóntica de las normas jurídicas positivas, le permite prescindir de los juicios sintéticos a priori y soslayar la problemática más espinosa del método trascendental..."(17) Si bien niega la existencia de los juicios sintéticos a priori, porque Kant había considerado el derecho como una síntesis tanto de conceptos como de hechos jurídicos, parte de la suposición que el derecho positivo existe como un factum "...el Derecho solo entra en cuenta como hecho del ser, como factum en la conciencia de los hombres que establecen, cumplen e infringen el Derecho."(18) Y a su vez el Estado existe como orden --

(16) Warat, Luis Alberto.- Los Presupuestos Kantianos y Neokantianos de la Teoría Pura del Derecho.- Revista de Ciencias Sociales No. 20, 1er. Semestre.- Universidad de Valparaíso Chile - 1982.- p. 390

(17) Warat, Luis Alberto.- Op. Cit.- p.p. 390-391

(18) Kelsen, Hans.- La Teoría Pura del Derecho.- Editora Nacional, S.A.- México 1981.- p. 36

normativo, preguntándose también si es posible llegar al conocimiento de lo jurídico, encontrando la respuesta al utilizar la forma a priori del deber ser jurídico, el cual se estructura tanto por el precepto y el principio de imputación.

#### 4.- Ser y Deber Ser.

Los términos ser y deber ser no son descubrimiento reciente podemos hablar ya en la época del esplendor Griego a su equivalente, en la existencia de dos mundos diversos: el sensible y el inteligible, el primero es conocido y percibido mediante la intuición, en cambio el segundo es pensado, esto es, en virtud del entendimiento y razonamiento, al respecto nos dice Kant, "son inteligibles...-- los objetos que no pueden representarse sino por el entendimiento y que no son objeto de ninguna de nuestras intuiciones sensibles.. el mundo sensible es el de los fenómenos, el de las cosas espacio-temporales. Por el contrario, el mundo inteligible no es algo que trascienda al espíritu, sino algo que va implícito en el conocimiento y en la conducta ética del hombre. En lo teórico se trata de los principios que dan validez objetiva al conocimiento; y en lo práctico, de un deber ser, de una legalidad distinta a la que impera en la naturaleza."(19)

Quien difundió a través de sus enseñanzas la teoría de los dos mundos (sensible e inteligible) fué el filósofo platón, por ende muchos lo consideran precursor Kantiano, la teoría platónica "...- tiende a dar solución a la contradicción existente entre los datos de los sentidos, según los cuales las cosas cambian; y los datos de la mente, según los cuales las verdades son inmutables...su principio fundamental es el siguiente: el objeto propio de la cien

(19) Mantilla Pineda, Benigno.- Ser y Deber Ser en la Teoría de -- Hans Kelsen.- Revista General de Legislación y Jurisprudencia -- Madrid 1966.- p. 8

cia es el mundo de las ideas, ya que el mundo sensible o material es una copia de las ideas...Que existe el mundo de las ideas lo -- prueba así: se dá una ciencia cuyo objeto está constituido por i--deas que son espirituales, inmutables, universales, eternas, entre las cuales descuella la idea del bien; ahora bien tal objeto (las-ideas) no se dá en el mundo sensible material, en el que todas las cosas son mundables, luego existe otro mundo que es el mundo de -- las ideas...ahora bien, estas ideas no las podemos conocer por los sentidos que solo nos ofrecen una opinión, tampoco por el raciocinio que solo nos dá un conocimiento imperfecto; luego es necesario que tales ideas las conozcamos por intuición. Esta intuición la tuvo nuestra alma antes de unirse al cuerpo, ya que antes de esta unión, vivió en aquel mundo de las ideas, después de la unión olvidada las ideas, porque las cosas son copia de las ideas...El mundo material es la expresión sensible de la idea, es el no ser...El -- hombre pertenece a ambos mundos; según el cuerpo, se halla en el -- fluir material; según el alma es un ser inmaterial; el alma pree--xistió antes de su unión con el cuerpo, se une a él de modo extrin--seco, es inmortal y espiritual."(20)

Como acabamos de apreciar, en Platón el concepto del mundo inteligible estaba por así decirlo contaminado con vestigios especulativos no muy firmes y válidos, por lo que Kant aporta algo nuevo -- desde su muy personal punto de vista, y merced a su metodología purificadora se ve librado de dichos vestigios, constituyendo un concepto intelectual puro del deber ser en los siguientes términos. -- "...El deber ser expresa una especie de necesidad y de enlace con los principios que no presenta por otra parte en la naturaleza. El entendimiento no puede conocer más que lo que es, lo que ha sido y lo que será. Es imposible que alguna cosa deba ser otra que no es en efecto en tales relaciones del tiempo; que más, es el deber, -- cuando tenemos simplemente delante de los ojos el curso de la natu

(20) Alatorre Padilla, Roberto.- Lógica.- Editorial Porrúa, S.A.- México 1981.- p. 75

raleza no tiene ninguna significación. No podemos pedir lo que debe llegar en la naturaleza, al pedir que propiedad dentro de un -- círculo debe haber; pero podemos pedir lo que sucede en la naturaleza o cuales son las propiedades del círculo...Este deber ser expresa una acción posible cuyo principio no es otro más que un simple concepto, mientras que el principio de una simple acción natural debe ser siempre un fenómeno. Ahora bien, es de necesidad que la acción sea posible bajo las condiciones naturales cuando el deber ser se aplica; pero estas condiciones naturales no conciernen a la determinación de la voluntad en sí misma, sino solamente a su efecto, y su consecuencia en el fenómeno."(21)

Kant proclamó en su época la separación absoluta entre el ser y deber ser, y Kelsen en nuestra era, proclama la separación entre - el reino del ser con el del deber ser, dice al respecto "...'nadie puede negar que el enunciado algo debe ser...y que del hecho de -- que algo sea, no se puede inferir que algo es'...además...'la oposición entre el ser y el deber ser es lógico formal y en la medida en que uno se mantenga en los límites de la consideración lógico - formal, ningún camino conduce del uno al otro; ambos mundos están - separados por un abismo infranqueable...'..."(22)

Su postura respecto a separar el ser del deber ser, como lo acabamos de apreciar es de un intransigente y no es para menos, precisamente con esta dualidad el formula su teoría pura del derecho, - donde el mundo del ser lo llama Sein, por pertenecer al mundo de - los hechos o de la naturaleza donde se aplica el principio de cau-

(21) Kant, Manuel.- Crítica de la Razón Pura.- Editorial Porrúa, - S.A.- México 1982.- p. 252

(22) Garzón Valdés, Ernesto.- Algunos Modelos de la Validez Normativa.- Cuadernos de Trabajo No. 21 del Instituto de Filosofía del Derecho.- Editorial Universitaria de la Universidad del - Zulia.- Venezuela 1979.- p.p. 8-9

salidad, en cambio el mundo del deber ser o sollen, es regido mediante el principio de imputación siendo aquí precisamente donde - es ubicado el derecho, al tener caracter normativo.

Hay una teoría que se opone a esta postura Kelseniana, la teoría realista del conocimiento, la cual señala: "...en atención al orden del universo, los tres grandes sectores del filosofar sobre las que puede el alma en todos los tiempos dialogar consigo mismo, como decía Platón, el ser, el conocer y el obrar. En este orden de prelación precisamente, porque conocer es conocer de algo y en esta afirmación se asienta la teoría realista del conocimiento; y -- porque a lo lógico precede y fundamenta lo ontológico, sin la confusión hegeliana entre ambos órdenes. Y ante el ser y conocer, y de ellas derivado, la voluntad, dirigida siempre por la inteligencia...pondrá sus actos convenientes al orden de los fines, sin la escisión Kantiana o Kelseniana de dos mundos separados y antagónicos -el del ser y el del deber ser- porque el orden especulativo -del ser en cuanto conocido por la razón se convierte en razón práctica, en libre voluntad, en orden del deber ser que ha de realizarse por la actividad libre del hombre."(23) Esta teoría también es intransigente en su postura cuando dice que no hay tal separación- ni debe existir, en la entraña misma del ser encontramos el deber-ser.

##### 5.- Moral y Derecho.

Al principio de la humanidad las sociedades primitivas mediante las costumbres o actos repetidos transmitidos entre sus miembros - de generación en generación, fueron determinando la forma de conducta en sociedad, otorgándose cada vez mayor importancia a los as

(23) Serrano Villafañe, Emilio.- Realismo Filosófico en Santo Tomas.- Revista Verbo Nos. 137-138.- Editorial Speiro, S.A.- Madrid 1975.- p.p. 1044-1045

pectos morales y religiosos, mismos que sirvieron de base para la elaboración de normas jurídicas tal y como sucedió en Roma durante sus inicios, hasta llegar a un momento de su evolución histórica - en que se divorciaron totalmente creando algo autónomo, ya no era el sacerdote de la antigüedad sino el cuerpo legista quienes elaboraron las leyes, pero estas normas, las jurídicas, no son las únicas que persisten en nuestros días y regulen conductas humanas dentro de una sociedad, las morales continuaron conservando no obstante el proceso desvinculatorio, su plena validez normativa, entre quienes separan a éstas con aquellas se encuentran Kant y Keisen.-

Aquí encontramos otro punto de contacto doctrinario, la separación entre la moral y el derecho, Kant expresa que las ciencias de la naturaleza podemos conocerlas merced a juicios enunciativos expresando relaciones necesarias de causalidad, en cambio la moral y el derecho por estar conformados de juicios normativos reguladores de la conducta humana, expresan relaciones causales las cuales el hombre de acuerdo a su libertad puede hacer efectivas; debemos andar con cuidado al hacer uso de la libertad, porque en ocasiones - esta es mal entendida surgiendo ideologías contrarias a la esencia propia de la verdadera libertad, tal es el caso del Nacionalsocialismo mismo que combatió a los continuadores del Kantismo.

Si bien la moral y el derecho pertenecen a las ciencias del deber ser por contener normas reguladoras de la conducta humana, entonces como llega Kant a distinguir y separar estas dos entidades; antes de dar contestación considero necesario dar una exposición - breve del conocimiento moral religioso, porque Kant como agnóstico la utiliza a su conveniencia en una moral laica:

1) Moral Religiosa.- solo enen bajo la dirección moral todos aquellos actos realizados por los seres humanos con pleno conocimiento en el entendimiento y la libre elección de la voluntad, de tal manera quedan excluidos de considerarse morales los actos efeg



tuados por locos o sonambulos al no reunirse en ellos las dos anteriores condiciones. En los juicios morales que rigen dichos actos se presenta un doble aspecto; el externo u objetivo, en virtud de que emanan de la ley sea esta natural o positiva, según se tenga - como legislador a Dios o a los hombres; y el interno o subjetivo, - representado por la conciencia, constituyendo el dictamen práctico de la razón en la facultad cognoscitiva del individuo o como lo escribió el filósofo español J. Balmes "la mejor guía del entendimiento práctico es la moral."(24)

La conciencia moral a que me refiero, consiste en el juicio --- práctico que hacemos sobre la bondad o malicia de un acto y sobre la obligación impuesta por ella, esta conciencia interviene en nosotros de dos maneras, ya sea antes del acto ilustrandonos acerca de la moralidad del mismo, de manera semejante a un faro guiando a las embarcaciones entre los escollos para arribar a puerto seguro, o después del acto aprobando nuestra manera de actuar al haber realizado algo bueno o provocando un remordimiento en la conciencia - al hacer un mal.

Como el hombre es ser sociable por naturaleza, precisa de vivir en sociedad, si recordamos aquella novela de nuestra niñez, Robinson Crusoe, no tendría caso cuestionar si calificamos sus acciones como morales o inmorales al no repercutir en forma positiva o negativa en una sociedad, tampoco habría acción antisocial que involucre lo moral, pero al no ser este el caso y el hombre si se encuentra encarnado en la sociedad, suponen derecho y moral reciprocidad continua y ayuda mutua para bien no solo propio sino también de el prójimo. La doctrina moral religiosa nos dice al respecto, "el orden jurídico es una parte integrante del orden moral...con ello se rechaza la doctrina Kantiana que asigna a la ley humana o al orden jurídico el dominio de la pura coacción exterior sin fuerza obliga

(24) Balmes, Jaime.- El Criterio.- Editorial Aguilar.- México 1976

toria en el fuero de la conciencia. El Derecho no puede ser independiente de la moral, ni ésta de aquel. Hay entre ambos una mutua interdependencia, exigida inevitablemente por la unidad del sujeto humano en su doble fuero interno y externo. El Derecho esta esencialmente compenetrado e incluido en el orden moral."(25)

Quienes mediten sobre los fundamentos y principios que sirven de apoyo al derecho positivo, hacen esfuerzos extraordinarios para separar al derecho de la moral, entre los cuales se encuentra Kant y Kelsen, no es factible hacerlo por los argumentos aquí expuestos pero si es posible su distinción, partiendo de las tradicionales notas de: interioridad-exterioridad, autonomía-heteronomía, coercibilidad-incoercibilidad, unilateralidad-bilateralidad.

2) Moral Laica.- la denomino así solo para darle un nombre al -- concepto Kantiano de la moral, a diferencia de la religiosa preteniendo de que el último fundamento de la moral no esta en Dios, sino en la razón humana o ciencia "...la razón pura es por si sola práctica y da (al hombre) una ley universal que nosotros denominamos la ley moral."(26) Con esto Kant excluye el fundamento objetivo de la moral porque le significaría admitir el orden natural de Dios legislador, no pudiendo por consecuencia separar a la moral del derecho y viceversa, aunque si establece una diferencia entre los juicios normativos de la moral y del derecho, los primeros son categoricos, es decir no están sujetos a condición alguna pues nacen de la conciencia indicandonos las buenas obras por hacer, en cambio los juicios del derecho son hipotéticos, expresan la necesidad de que determinada conducta se ajuste a lo previsto en la hipótesis externa expresada por el derecho, con su respectiva sanción a car-

(25) Royo Marín, Antonio.- Teología Moral para Seglares.- Editorial Católica, S.A.- Madrid 1973.- p. 462

(26) Kant, Manuel.- Crítica de la Razón Práctica.- Editorial Porrúa, S.A.- México 1983.- p. 113

go del Estado en la medida del no cumplimiento.

Kant postula necesidades diferentes a las expuestas en la moral religiosa, nos dice: "aquí hay que anotar ahora que esta necesidad moral es subjetiva, es decir exigencia, y no objetiva, es decir, - deber mismo; pues no puede haber deber alguno de aceptar la existencia de una cosa (porque esto solo interesa al uso teórico de la razón), tampoco se entiende con esto que la aceptación de la existencia de Dios, sea necesaria como fundamento de toda obligación - en general (pues ese fundamento descansa...exclusivamente en la autonomía de la razón misma)."(27)

La teoría del realismo filosófico no esta de acuerdo con lo anterior, porque para esta escuela la conciencia no es autónoma, siendo falsa aquella libertad de conciencia; considera a la propia - conciencia como el supremo e independiente árbitro del bien y el mal, "pero ni la razón ni la conciencia subjetivas crean la moral y el derecho como decía Kant...en los derechos subjetivos, naturales o adquiridos, la razón y la conciencia son regla subordinada y pendiente de la ley objetiva, natural o positiva, que es la norma-recta de la conciencia..."(28)

A pesar de que Kelsen no es simpatizante del aspecto moral religioso de Kant es notable la influencia ejercida por él, "...así se explica que el jurista de Viena sostenga que la norma moral sea válida sólo para el individuo en cuanto su conciencia sólo para él - la promulga y por eso es regla autónoma. En cambio el derecho es - heteronomo porque es independiente a su validez de la voluntad de-

(27) Kant, Manuel.- Op. Cit.- p. 178

(28) Serrano Villafañe, Emilio.- Realismo Filosófico en Santo Tomas.- Revista Verbo Nos. 137-138.- Editorial Speiro, S.A.--- Madrid 1975.- p. 1074

los subditos a quienes se les impone."(29) Esta influencia no es - absoluta debido, a mi parecer, al agnosticismo de Kant impregnado de sentimientos religiosos, incluso el filósofo Jaime Balmes en su libro de filosofía fundamental da algunos ejemplos de como coincide en algunos puntos el pensamiento Kantiano con el Escolastico, - aunque tiene sus discrepancias. Kelsen en cambio deslinda su pensamiento de cualquier influencia religiosa, lo cual es comprensible - porque busca en su teoría la pureza del derecho sin contaminación - de ideologías extrañas, por eso separa a la moral del derecho, con su respectiva aclaración, nos dice "...Importa aquí, ante todo, - desligar al derecho de aquel contacto en que desde antiguo fue puesto con la moral. Naturalmente, en manera alguna se niega por esto la exigencia de que el Derecho debe ser moral, es decir, bueno. Compréndese bien esta exigencia; lo que verdaderamente significues otra cuestión. Solamente se rechaza la concepción de que el Derecho sea, como tal, parte integrante de la moral..."(30)

(29) García Rojas, Gabriel.- Las doctrinas de Stammler y de Kelsen y de las Leyes Naturales.- Conferencia del 14 de Octubre de - 1938.- Escuela Nacional de Jurisprudencia.- p. 24

(30) Kelsen, Hans.- La Teoría Pura del Derecho.- Editora Nacional, S.A.- México 1981.- p. 38

## B.- EL NEOKANTISMO Y SU INFLUENCIA EN KELSEN.

### 1.- Introducción.

Habiendo terminado el recorrido doctrinario de la escuela Crítica de Kant, he de continuar con el movimiento Neokantiano, realzando la influencia en Kelsen, no tanto por Kant sino de sus continuadores, como son varios me limitaré a los más representativos.

La razón por la cual Kelsen se adentró en el estudio del pensamiento y metodología de Kant empezó desde que era aún estudiante - en el Liceo, leyendo sus obras "...dice Kuns de Kelsen... 'La doctrina pura del derecho, pues, aparece como un ensayo de aplicación del método trascendental Kantiano a la ciencia del Derecho... En realidad, primero se trataba de una inquietud de cultura general y -- luego de un propósito consciente de aprovechamiento de una metodología de gran prestigio filosófico y científico. El mayor interés de Kelsen por conocer a fondo a Kant y a los Neokantianos nació -- con posterioridad a la publicación de su primer libro orientado ya hacia la pureza metodológica, es decir, de los problemas fundamentales del Derecho Político... '...una reseña publicada sobre este -- gran libro suyo en los Kant-Studien, en la que el autor de la misma hablaba del paralelismo entre las doctrinas Kelsenianas y los -- esfuerzos de la escuela de filosofía Neokantiana... fué el motivo -- que determinó que Kelsen estudiase más profusamente a Kant...' (31) y a sus discípulos por así decirlo; es pertinente hacer una aclaración, esta corriente filosófica no fue la única que influyó en el maestro Vienés, también lo hizo el Positivismo.

(31) Mantilla Pineda, Benigno.- Ser y Deber Ser en la Teoría de -- Hans Kelsen.- Revista General de Legislación y Jurisprudencia -- Madrid 1966.- p.p. 4-5

## 2.- Origen del Neokantismo.

El Neokantismo surge como un movimiento filosófico a mediados - del siglo pasado en Alemania, teniendo vigencia hasta la persecución de que fue objeto por parte del Nacionalsocialismo debido al origen judío de gran número de sus representantes. Así como Kant - se opuso al empirismo y racionalismo tornándose en punto equidistante entre ambas posturas, también el Neokantismo o Neocriticismo surge en forma de reacción, pero en este caso "...tratando de contraponerse y de eliminar los excesos del positivismo, sin embargo quedó encerrado dentro de los planteamientos positivistas, lo cual ha llevado a decir acertadamente a Galan y Gutierrez... 'fué una gg lina idealista que puso un huevo positivista'... De esta manera se puede resumir casi toda la historia de los planteamientos Neokantia nos. El positivismo quiso trasladar a todos los ámbitos del conocimiento científico los logros de las ciencias físicas, esto es, la explicación de los fenómenos mediante la estructura causa-efecto, - el querer trasladar esta estructura a las realidades humanas tenía que dar necesariamente, como resultado una gran cantidad de excesos y desinterpretaciones de dicha realidad, como se sabe, la naturaleza del objeto determina la especificidad del método conforme al cual dicho objeto ha de estudiarse y por supuesto, la naturaleza - de las realidades físicas."(32) Esto es, porque cada objeto tiene - su peculiar manera de existir, según su existencia los clasificaremos en: objetos reales y objetos ideales.

Los primeros nos dice la doctrina, son aquellos cuya existencia se da en el tiempo (los cuerpos) y en el espacio (hechos psíquicos) así lo real puede ser psíquico, corporal o ambas, de ahí el porque las ciencias cuyo estudio se dirige a este objeto se denominan ci-

(32) Serrano. A.E.- Breve Introducción al Pensamiento Jurídico -- Neokantiano.- Editorial Universitaria de la Universidad del - Zulia.- Venezuela 1971.- p.p. 53-54

encias reales, pues la constituyen los fenómenos de la naturaleza o los hechos culturales.

Los segundos es decir los objetos ideales, no poseen el carácter espacio-temporal o simplemente temporal, sin embargo son portadores de una consistencia tal que nadie puede dudar de su existencia al ser susceptibles de pensarse por cualquier sujeto cognoscente, además no van a depender en ningún momento del fenómeno psíquico real, de tal manera encontramos las ciencias cuyo estudio se dirigía hacia los objetos ideales, entre ellos esta la filosofía y el derecho.

En virtud de lo anterior cada objeto de conocimiento debe tener su propia metodología o caeríamos en error tras error al desconocer nuestras pretenciones al estudiar tal o cual ciencia.

### 3.- Direcciones del Neokantismo.

Quando los filósofos del siglo pasado en Alemania se opusieron como reacción al materialismo positivista, coincidieron en tomar la bandera Kantiana a fin de enfrentar esta lucha ideológica. Kant presentaba en sus posiciones las suficientes bases sólidas para salir bien librados, pero no se piense que por eso los Neokantianos eran sus fieles discípulos, simplemente se presentó una coyuntura y la supieron aprovechar aunque no la llevarón a feliz término por la amenaza inminente del nazismo; los partidarios de este movimiento solo coincidieron en considerar a Kant su punto de partida, - después evolucionaron en distintos rumbos.

En razón de la gran variedad de partidarios y prescindiendo de aquellos que parten de Kant solo en sentido amplio y atendiendo a quienes si lo son en sentido estricto, se puede dividir el Neokantismo en dos direcciones o escuelas, la de Baden y Marburgo.

La Escuela de Baden.- fué fundada por Wilhelm Windelband, esta escuela se apoya en las ciencias de la cultura negando la posibilidad de la metafísica (más allá de la física), sustituyendola con una filosofía de valores eternamente válidos, normas supremas de toda acción y pensamiento; Su orientación es preferentemente hacia el terreno de los valores, como sigue la trayectoria planteada en la crítica de la razón práctica, a su sistema se le denomina idealismo axiológico.

La Escuela de Marburgo.- fundada por Herman Cohen, p. Natrop y R. Stammler, entre otros, en la Universidad de Marburgo, partieron de la primera crítica Kantiana porque sus intereses no eran prácticos sino teóricos, elaboraron un sistema denominado idealismo lógico del Kantismo, entre sus postulados destacan: el que la filosofía no es una de tantas ciencias, pues su objeto es la ciencia propiamente dicha, es decir, el método científico; sí el pensamiento no está condicionado por circunstancias subjetivas se regula a través de una serie de normas objetivas logrando alcanzar realidades, aunque no de manera completa, ese conjunto de reglas objetivas (método lógico) constituye propiamente el campo de la filosofía por ello los temas humanos y políticos, entre otros, fueron objeto de su estudio a través de planteamientos historicistas y lógicos, lo cual a la larga tendría consecuencias graves, a mi parecer, porque la escuela de Marburgo estaba próxima a encontrar una doctrina socializante, tendiente a depurar el materialismo marxista, a fin de alcanzar el ideal de la humanidad.

#### 4.- Medios Utilizados por el Neokantismo.

Para rescatar la consideración de la realidad humana sostenida con el Positivismo, los filósofos Alemanes volvieron la vista hacia Kant, esto significó retomar los planteamientos fundamentales del Idealismo trascendental Kantiano, dicho idealismo constituye una teoría cuya finalidad es reducir la realidad a pensamiento, es-



decir las cosas y objetos de conocimiento son productos de la mente (ideas), se opone al Realismo el cual sostiene que el conocimiento no son ideas solas sino cosas en sí, exteriores a la mente, existiendo de un modo independiente a nuestra actividad mental, por ello Kant define a su doctrina como Idealismo trascendental: Idealismo porque en la realidad no sabemos lo que hay de verdadero, nuestro conocimiento surge de la unión amorfa de dicha realidad desconocida y de la forma a priori, o sea, mediante la idea preexistente en nuestra razón con la cual configuramos las cosas; es Trascendental porque con esas formas es posible todo conocimiento acerca del mundo exterior.

Los Neokantianos utilizando el planteamiento idealista trascendental, tratan de explicar la realidad del ser humano mediante su empleo, pero "...es conveniente destacar que, como resultado del movimiento positivista, se habla eliminado toda consideración estimativa o axiológica de la realidad humana. Lo que trataba de hacer - el Neokantismo es restablecer esa perspectiva estimativa y axiológica que había sido erróneamente abrogada."(33)

La corriente Neokantiana por ende rechazando la metafísica, la cosa en sí o esencia lo reducen a relación mental u operación, su objeto de conocimiento ya no es el ser o la cosa en sí, sino que - el ser o lo real se va a crear mediante la operación mental del su jeto.

##### 5.- Características Básicas del Neokantismo.

Las características básicas del Neokantismo consisten en: el empleo del Dualismo Metodico y la función sintetizadora de la conciencia, veamos como se conforma cada una de ellas.

1) Dualismo Metodico.- se denomina así en filosofía a esta doc-

trina porque en la explicación de los fenómenos (morales, políticos o psicológicos), presenta dos principios irreducibles entre sí, por ejemplo: la oposición Platónica sensible-inteligible; Aristotelica materia-forma; Maniquea bien-mal; Kantiana fenómeno-noumeno; o la Kelseniana ser-deber ser. Por ende el dualismo metódico se opone a la doctrina del Monismo, la cual defiende la existencia de una sola y única realidad, esta es considerada a través de la estructura del ser o en la del deber ser.

Antes de pasar a la explicación de las anteriores estructuras, creo conveniente conocer lo que en la doctrina se le conoce como Realidad, pues ésta no es solamente aquella por la cual palpamos mediante nuestros sentidos, sino también todo lo que es o existe; así el hombre dentro de su universo espíritu-materia, se da cuenta de algo bien sea por sus sentidos corporales o mediante su inteligencia, en consecuencia poseemos dos tipos de conocimiento, el sensible y el intelectual; por el conocimiento sensible nos damos cuenta del mundo material que nos rodea haciendo uso de los sentidos corporales, en cambio con el conocimiento intelectual, la persona elabora ideas por medio de las imágenes obtenidas por los sentidos llegando incluso a poder separar el accidente de la esencia.

Cuando me refiero al concepto de Realidad, no vaya a confundirse con la Teoría Realista del Conocimiento (realismo filosófico), porque mientras que los Neokantianos piensan y pensando crean la realidad, los Realistas como Santo Tomás la conocen y conociéndola es como captan el objeto de entendimiento; he aquí en forma breve el origen de la rivalidad filosófica que ya he expuesto.

Con el conocimiento previo sobre la Realidad, doy paso a una de las dos maneras por la que el Dualismo Metodico considera la realidad, me refiero a la estructura del Ser, ésta se rige por el principio de causalidad, estableciendo una proporción causa-efecto, ya que "todo efecto necesita de una causa proporcionada de lo contra-

rio para la parte de efecto que quedara fuera del alcance de la -- proporción de la causa, no habría causa, no habría quien determina se la indiferencia, la indeterminación esencial del ser contingente así vendría a existir un ser contingente sin causa; se habría -- determinado a sí mismo a existir cuando no existía, y contra lo -- que dice su misma esencia, es de suyo indeterminada, y se habría -- dado determinación, es insuficiente y se habría dado suficiencia, -- luego no hay ningún efecto que pueda superar a su causa total, a -- su causa verdaderamente proporcionada..."(34) de esta manera guardando la debida proporción causa-efecto, es posible considerar la realidad de las ciencias físicas o de la naturaleza.

Merced a la segunda estructura, Deber permite a los Neokantia-- nos pensar la realidad humana, consecuentemente la jurídica; Solo mediante estas dos formas o estructuras es posible considerar la -- realidad Neocrítica, pues para ellos puede ser enfocada con la estructura del Ser y del Deber ser, dicho dualismo los lleva a referirse a los dos mundos, el natural y el normativo existiendo un abismo entre los dos, por ende no deducen el Ser del Deber ser, lo que la doctrina del Realismo de Santo Tomás sí lo hace, teniendo otra diferencia de las que he mencionado.

2) La Función Sintetizadora de la Conciencia.- en otro lado mencioné el concepto Kantiano de conciencia, diferente a la conceptualización religiosa, por lo que esta conciencia en su función sintetizadora va ordenando, es decir sistematizando los datos suministrados por la experiencia, elaborandolos mediante las formas puras de la sensibilidad (espacio-tiempo) las cuales son a priori, por ende no pueden ser empíricas o experimentales pues de otro modo no fundarían ciencia, solo podría afirmarse lo que se ha experimentado y esto, únicamente con respecto a los casos en que hubiésemos -

(34) Rahaim Manríquez, Salomón.- Compendio de Filosofía.- Editorial Progreso S.A.- México 1966.- p. 209

tenido experiencia; así mismo con las formas puras del entendimiento o categorías (cantidad, cualidad), al tener el carácter a priori poseen el criterio conforme al cual la conciencia sintetiza esos datos provenientes del exterior, esto es, un objeto existe en tanto cuanto es representado en la continua relación de la experiencia "...los principios del entendimiento puro son sólo de uso empírico...más allá del campo de la experiencia posible, no puede haber ningún principio sintético a priori."(35) queda así la explicación de la ciencia de la naturaleza constituida merced a las formas puras del entendimiento (noumeno o cosa en sí, porque el objeto es pensado por el intelecto), y la forma pura de sensibilidad - (fenómeno o cosa, en cuanto percibida pues el objeto es pensado - por nuestros sentidos).

De la relación fenómeno-noumeno se llega a establecer una de las diferencias entre Kant y sus seguidores, para él el noumeno no puede ser conocido, solo el fenómeno se puede conocer, así nos dice: "...no podemos conocer las cosas como son en sí, las pensamos de acuerdo con ciertas formas innatas en la sensibilidad nos presenta las cosas según se hacen presentes en nosotros, aunque no podemos nunca saber como serán en sí. Esos fenómenos son el objeto - de nuestro conocimiento...así pues, sólo lo sensible, pues de ello partimos, es de alguna manera cognoscible, con ello, nada podemos saber de las esencias, de las cosas como son en sí..."(36) si bien el noumeno es incognoscible no por eso le niega existencia a contrario de los Neokantianos que sí lo consideran inexistente, porque para ellos únicamente tienen significado las modalidades de la conciencia y sus productos, es decir los fenómenos; La realidad según esta escuela es percibida sólo mediante los sentidos, elabora-

(35) Kant, Manuel.- Crítica de la Razón Pura.- Editorial Porrúa, - S.A.- México 1982.- p. 147

(36) Rahaim Manríquez, Salomón.- Compendio de Filosofía.- Editorial Progreso, S.A.- México 1966.- p. 461

dos tanto por las formas puras de la sensibilidad como del entendimiento.

#### 6.- Ser y Deber Ser en el Neokantismo.

No es necesario insistir demasiado en el tema, porque los Neokantianos continuaron postulando la separación Kantiana del Ser y del Deber Ser, por ende Kelsen ha mantenido dicha división como parte fundamental en su pensamiento jurídico, aunque siguiendo más bien la influencia de la escuela de Marburgo, pues hace del Ser y Deber ser un antagonismo formal lógico teniendo como consecuencia la inevitable separación de las ciencias en naturales y normativas según se tenga como objeto de conocimiento en el ser de los hechos reales (realidad) o en el deber ser ético jurídico (idealidad), es decir ciencias causales y normativas respectivamente, apartándose de la trayectoria de la escuela de Baden, quienes siguen una línea axiológica.

#### 7.- Supresión de la Substancia.

Una de las tendencias uniformes entre los Neokantianos lo constituye la supresión de la noción de substancia, debido a la continuidad en sus ideas del Kantismo, pues Kant únicamente considera a la razón creadora de la realidad, su realidad, solo la razón conoce de la bondad o malicia de las cosas.

Cuando me refiero a la noción de substancia de inmediato me entra la idea del ser, de existencia, lo que implica tenga substancia por ejemplo si digo -una persona- estoy afirmando el sujeto persona, estoy hablando de su existencia en la realidad y al existir po see substancia, en este caso consiste en su alma, no caigamos en el error de confundirla con la conciencia, esta es la facultad o fuerza del alma, por la cual conocemos de todos los fenómenos presentes a nosotros, aunque hay autores a quienes para negar la existen

cia del alma enseñan que consiste en la reunión de los fenómenos - verificados en nosotros, para ellos el alma humana es un mero accidente, una mera ilusión.

Kant en cierta medida no solo negó la substancialidad del alma, sino justificó la razón de tal negativa, señala "...sería...un --- grande, y hasta el único escollo de toda nuestra crítica, la posibilidad de demostrar a priori que todos los seres pensantes son -- substancias simples, y que por consiguiente tienen necesariamente la personalidad y la conciencia de su existencia separada de toda materia; Porque de este modo habríamos dado un paso fuera del mundo sensible, habríamos entrado en el campo de los noumenos, y habríamos dado un paso fuera del mundo sensible, habríamos entrado - en el campo de los noumenos, y nadie nos disputaría el derecho de desmontar este terreno, de edificar en él y tomar posesión del mismo, según que lo permitiría la fortuna de cada uno...'..."(37) Por ende no me sorprende el que Kelsen bajo tal influjo de la negación de substancia reduciéndola a una serie de relaciones mentales, ya no vea en su teoría pura del derecho substancias, sino solo relaciones mentales las cuales explican el Derecho.

#### 8.- Influencia de Herman Cohen.

La escuela de Marburgo con Cohen a la cabeza, al negar la noción de substancia reduciéndola a una serie de relaciones mentales pues el objeto del conocimiento ya no es la cosa sino que se crea mediante operaciones intelectivas, provoca que Kelsen no vea substancias sino relaciones, así las personas o sujetos de derecho se convierten en simples relaciones, disuelve el concepto de persona física o jurídica reduciéndola a una expresión unitaria personificadora de deberes y facultades, al respecto nos dice Kelsen "El --

(37) Balmes, Jaime.- Filosofía Fundamental.- Tomo II.- Librería de Ch. Bouret.- México 1889.- p. 365

concepto jurídico de persona o de sujeto del derecho expresa solamente la unidad de una pluralidad de deberes y derechos, es decir, la unidad de una pluralidad de normas que estatuyen esos deberes y derechos. La persona física correspondiente al hombre individual - es la personificación, o sea, la expresión unitaria personificada, de las normas que regulan la conducta de un hombre. Es el soporte de todos esos deberes y derechos, es decir, si uno se despoja de esa representación de su carácter sustancial que reduplica el objeto, el punto común de imputación de las situaciones fácticas de -- conducta humana normadas como deberes y derechos, así como el centro de aquel orden parcial cuyas normas estatuyen esos deberes y -- derechos, y cuya individualización resulta de la referencia a la -- conducta de un mismo hombre. Este es una realidad natural, aquella una representación...auxiliar del conocimiento jurídico..."(38) -- por ende Kelsen al considerar el ser y substancia como simple relación antagónica con el mundo del deber ser los suprime en su teoría pura del derecho, afirmando que tanto el Estado, la persona, -- derecho subjetivo, deber, como el individuo inclusive sean una norma.

#### 9.- Hans Vaihinger.

Otro de los filósofos Neokantianos influyentes en Kelsen, es su compatriota Hans Vaihinger, a quien se le conoce como el padre de la teoría del Als ob (cómo si), es decir vivir y obrar cómo si hubiere penas, recompensas, deber moral y jurídico; siguiendo su tesis nominalista expresa que las ideas son simples voces carentes -- de realidad, pues el Nominalismo es una doctrina según la cual no existen universales, porque el hecho de que nuestro lenguaje tenga términos generales (mesa, hombre) no implica se den en la realidad así Vaihinger como Nominalista considera el universal una palabra,

(38) Kelsen, Hans.- La Teoría Pura del Derecho.- Editora Nacional, S.A.- México 1981.- p.p. 84-85

la cual designa la imagen común y por ende el único conocimiento, - el sensible.

Para este filósofo lo real existente y lo perceptible que provoca sensaciones en su estructuración, producen una función de ficción útiles para la vida, por lo tanto el yo, la cosa en sí (noumeno), causalidad, así como las nociones científicas de matemáticas, físicas o religiosas entre otras, son ficciones útiles para la acción. "...Kelsen cita expresamente esta filosofía del Als-ob en el prefacio de su obra...los problemas capitales del Derecho...afirma que el Derecho está lleno de ficciones personificadoras como las - de personas, derecho subjetivo, Estado, persona moral. Kelsen llega a reconocer que la separación absoluta del Sein y del Sollen, - el carácter obligatorio del derecho positivo, la soberanía del Estado y el fundamento de toda obligación, no pueden ni podrán jamás demostrarse lógicamente; pero estos principios o postulados se legitiman por su utilidad, es decir, por la facilidad con que mediante ellos se resuelven multitud de problemas y desaparecen mil dificultades con que tropieza la ciencia del Derecho, como lo dice el mismo jefe de la escuela Vienesa en su...Die Rechtswissenschaft -- Als Norm: es necesario obrar como si (als-ob) la obligación jurídica tuviera fundamentos absolutos."(39)

10.- Ernest Match.

El también filósofo Vienés y Nominalista Ernest Match, influyó en Kelsen su doctrina es básicamente sensualista, pues parte de la suposición de que todo el conocimiento se deriva de las sensaciones o percepciones, las cuales son la fuente de la verdad, por ende para él las ciencias son medios de orientación en la vida, así-

(39) García Rojas, Gabriel.- Las doctrinas de Stammler y de Kelsen y de las Leyes Naturales.- Conferencia del 14 de octubre de - 1938.- Escuela Nacional de Jurisprudencia.- p. 26



"...sólo conocemos sensaciones conscientes, las cosas materiales - son grupos de sensaciones...la causa y la sustancia no corresponden a nada en la realidad, son puras relaciones. Por virtud del -- principio de la economía del pensamiento...todo acto de conocimiento como cualquier acto biológico, tiende a hacer que el individuo se acomode a las condiciones exteriores del medio ambiente...En -- consecuencia una pluralidad de sensaciones reúnese en una sola noción y la diversidad de hechos redúcese a la fórmula más simple posible como sucede con las leyes de la física, y de esta manera se economiza esfuerzo de expresión, trabajo de pensamiento y aún de aprovechamiento. El fin utilitario del pensamiento como cualquiera otra función biológica, es el de conservar la vida, las ciencias y los conocimientos en general son útiles porque facilitan la acción y satisfacen el anhelo vital. El Denkkonowishes Prinzip que Marchaplicaba al dominio de la realidad, dominio que Kelsen bautizó con el nombre de Sein, este autor lo transporta al reino del sollen y crea el principio de economía del valor...según el principio de la economía del valor Kelseniano, el fundamento de la obligación debe ser escogido de manera que el contenido de la obligación corresponda lo más exactamente a la realidad. Por eso Kelsen exige que la Grund Norm sea lo más eficaz posible y que sea la que corresponda el mayor número posible de cosas y actos humanos. Así como Match - destierra del campo de la ciencia el concepto de verdad para sustituirlo por el de utilidad de la acción. Así también Kelsen pretende desterrar del derecho la noción de Justicia..."(40)

Por lo anterior, la teoría de este autor podemos resumirla en tres postulados esenciales y así encontramos el grado de influencia con el jurista Vlenés:

1) Sólo vamos a conocer sensaciones, es decir las cosas materiales constituyen un grupo de sensaciones, por ende Match es Pansensualista.

(40) García Rojas, Gabriel.- Op. Cit.- p.p. 27-28

2) El pensamiento lo estructura mediante una organización, la cual se desprende del grupo arriba citado, denominandolo principio económico del pensamiento.

3) Dice que el fin de la ciencia o el pensar, consiste en conservar la vida, así mismo los conocimientos son útiles porque facilitan cualquier acción.

#### 11.- Jellinek, Lavand, Gerber.

Otros Vieneses que influyeron en Kelsen, son los juristas Jorge Jellinek, Lavand y Gerber, su pensamiento se enfoca principalmente a separar el derecho positivo de sus aspectos históricos, políticos y sociológicos, pues para ellos cualquier otro derecho que no sea positivo no expresara la forma pura del mismo (deber ser lógico), de tal manera que Kelsen "...afirma sentirse... 'más unido que nunca a aquella dirección que tuvo en Alemania como representantes más ilustres a Gerber, Lavand, Jellinek. Esta dirección, apartando se de la nebulosa metafísica del Estado, pretendía ser una teoría-positiva del Estado, esto es, una teoría del Estado estrictamente-jurídica, sin matiz político alguno. Esta teoría era una parte del gran movimiento científico-social que...se dirigía contra la especulación iusnaturalista y aspiraba a constituir una teoría de la -sociedad real (sociología) y del Derecho positivo'..."(41)

A Kelsen bajo tal influjo le permite, mediante la separación de poder político y derecho, elaborar una teoría que prescindiera de la fuerza social con que el derecho se sostiene, es decir hacer de su teoría pura una ciencia del derecho y no una política del derecho.

#### 12.- El Marxismo.

Podría continuar con el amplio análisis de todas las doctrinas-

(41) Calsamiglia, Albert.- Kelsen y la Crisis de la Ciencia Jurídica.- Editorial Ariel, S.A.- España 1978.- p.p. 54-55

ideológicas y autores han influido de alguna manera en menor o mayor grado sobre Kelsen, considero que aquí están anotadas las principales, sólo me resta concluir con la corriente filosófica más -- discutida y de actualidad el Marxismo, apareciendo no sólo como -- concepción política o una opción ideológica, sino también se proyecta cual si fuese una visión del mundo.

En virtud de la duda Cartesiana, pienso-luego-existo, considerándose a la actividad pensante como una realidad, provocó la creación de dos posturas filosóficas, por un lado los Sensualistas quienes la reducen a una sensación, por el otro encontramos el Idealismo, reduciendo el conocimiento sensible al pensamiento negando el mundo exterior, el cual no será sino el producto del mismo, la idea; Kant y Marx son Idealistas aunque cada uno con finalidades propias, si bien Marx no es Kantiano o viceversa, hay un momento en la filosofía de Kant en que da una apertura hacia el marxismo y es cuando "...ha sistematizado la inversión de la filosofía tradicional que hacía reposar la moral sobre la metafísica (se regula sus acciones sobre la verdad conocida y amada, la práctica se establece en función de los principios inmutables que guían al hombre hacia su fin). El hacía reposar al contrario la metafísica sobre la moral. Los principios no están ya fundados sobre una verdad conocida por la inteligencia, sino que se deducen de las reglas de nuestra acción...se ha dado así un gran paso hacia el marxismo, filosofía de lucha y de acción."(42) Pues el Marxismo es acción y esta palabra para Marx significa una fuerza con miras al dinamismo de una manera metódica y sistemática, las tres leyes dialécticas o principios fundamentales en dicho movimiento filosófico representan una deducción de la actividad (automovimiento), las cuales se encuentran en todos los seres del universo, por ejemplo: vida social, actividad intelectual y actuación de la naturaleza espontánea,

(42) Ousset, Jean.- El Marxismo Leninismo.- Editorial Speiro, S.A.  
.- España 1967.- p. 31

dandose sin la intervención humana, estas tres leyes segun él, por tratarse de leyes objetivas del universo, su existencia nunca va a depender del ser humano, quien para conocerlas las deduce de la naturaleza, por ende la fuerza humana no puede crear ni abolir.

Influido por estas ideas originando el materialismo histórico, provoca que Kelsen en la teoría pura del derecho intente "...hacer una compendiosa exposición de las ideas fundamentales de su sistema, y en el que se leen más de cuatro párrafos de sabor netamente-marxista. Explica el dualismo clásico del derecho objetivo y subjetivo por la intención de las clases poseedoras de conservar y legitimizar sus derechos de propiedad, enfrente de las clases pobres... Al concepto de derecho subjetivo el profesor Vienés le da un contenido económico político: la conservación y defensa de la propiedad privada como intocable por el Estado. Lo mismo hace con el concepto de persona...Kelsen proporcionará toda la utileria jurídica y las formulas más breves y adecuadas; El Estado es el derecho, la ley es igual al derecho, no hay derecho subjetivo que pueda oponerse al derecho objetivo, la persona humana es sólo una norma y un centro de relaciones, las ideas...ni pueden ni deben penetrar ni influir..."(43) en todo lo referente al saber del derecho.

(43) García Rojas, Gabriel.- Las doctrinas de Stammler y de Kelsen y las Leyes Naturales.- Conferencia del 14 de octubre de 1938  
.- Escuela Nacional de Jurisprudencia.- p. 29

## C.- POSITIVISMO.

### 1.- Aclaración.

Sí el Neokantismo surgió como movimiento filosófico para combatir los excesos del Positivismo, debería haberlo estudiado primero pues el Neokantismo se dió con posterioridad, no quise hacerlo así porque hubiera perdido cierta continuidad con la filosofía de Kant de esta forma el Positivismo me sirve de manera introductoria al pensamiento jurídico de Kelsen y como influyó sobre él.

### 2.- Origen y Fundamento del Positivismo.

El Positivismo es una doctrina fundada a mediados del siglo pasado por el filósofo francés Augusto Comte, le dió tal nombre debido a su propósito de utilizar para fines de investigación filosófica el método y resultados de las ciencias positivas, pues "...según el Positivismo, la filosofía tiene respecto a las ciencias, cada una de las cuales se halla circunscrita a un sector particular de la realidad, la misión de elaborar una concepción total del mundo, es decir de organizar los resultados de las investigaciones -- particulares. Esta idea...significa que el criterio general para la explicación de la realidad ha de ser el de extrapolar de su ámbito específico las leyes científicas para entenderlas, indiferentemente, a todos los restantes aspectos de la realidad..."(44)

Al Positivismo también se le conoce como Agnosticismo, porque afirma que no podemos conocer con certeza sino las cosas sensibles, muy a la manera del pensamiento de Kant, en quien la realidad en sí es desconocida, aunque las bases fundamentales del Positivismo, a diferencia del Kantismo "...están constituidas por la exaltación

(44) Enciclopedia Monitor.- Salvat Editores de México, S.A.- Tomo No. 8.- México 1967.- p. 4960

del valor de las ciencias empírico-experimentales...como reacción frente a las construcciones metafísicas de la filosofía idealista...así como por la consideración de la ciencia como único instrumento que puede garantizar el progreso humano...En el análisis de los rasgos constructivos del saber científico el positivismo se basa en la tradición del empirismo clásico: cualquier conocimiento para resultar verdadero, se debe basar en la experiencia...cualquier proposición que no sea verificable empíricamente debe considerarse metafísica y ha de ser rechazada por la ciencia.."(45) Por eso para todo positivista la ciencia positiva es la única forma de el conocimiento, las diversas ciencias se van desarrollando progresivamente, desde las más sencillas a las más complejas, la última para Comte es la sociología, es decir el estudio positivo de los fenómenos sociales, lo cual nos lleva hasta la teoría de los tres estados por los que el hombre ha pasado, omitiré explicar tanto el primero denominado teológico, caracterizado por una creencia de agentes sobrenaturales gobernantes del mundo, así como el segundo llamado metafísico, en el cual los hombres se explican los fenómenos, buscando en ellos el origen de las cosas; finalmente el tercer estado denominado científico o positivo, porque se "...constituye el momento en que nuestra inteligencia, según Comte, alcanza la madurez, ya no se preocupa por el conocimiento absoluto, es decir, ya no indaga el modo originario de la producción de los fenómenos. Su preocupación se limita al descubrimiento de las leyes, esto es, la averiguación se limita a investigar las relaciones constantes entre los fenómenos.."(46)

El pensamiento en esta tercera etapa se interpreta mediante principios científicos, la búsqueda del ¿cómo? de los fenómenos substituye a la del ¿por qué?, así nos explicamos las razones por-

(45) Enciclopedia Monitor.- Op. Cit.- p. 4960

(46) Azuara Pérez, Leandro.- Sociología.- Editorial Porrúa, S.A.- México 1978.- p. 159

las que el Positivismo ha tenido auge, pues la palabra ciencia tiende a referirse con exclusividad a las ciencias experimentales, - esto nos conduce necesariamente a comprender la clasificación de - las ciencias según él, su manera de ordenarlas obedece a la mayor-complejidad en las primeras y son: matemáticas, astronomía, química, física, biología, sociología, por supuesto aquí no figura el - Derecho, porque no entra en la concepción positivista de Comte al no ser una ciencia experimental (empírica), solo las leyes naturales son válidas si la experiencia las confirma, en cambio las leyes normativas no están condicionadas debido a su efectividad.

### 3.- El Neopositivismo y el Círculo de Viena.

De la misma manera en que el pensamiento de Kant encontró eco - mediante el Neokantismo, el Positivismo de Comte continuó gracias - al Neopositivismo, nuevamente se repite la ironía pues tanto uno - como el otro fueron perseguidos durante la Alemania Nazi, aunque - los nuevos positivistas a pesar de la muerte de su líder logro ger minar en otros países merced a la emigración forzosa de algunos se guidores.

Maritz Schick, fundador del Neopositivismo, explica el origen - de dicho movimiento "...En un principio...la filosofía investigó - el fundamento originario del ser, la existencia de Dios, la inmortalidad y la libertad del alma, el sentido del mundo y la norma de la acción: Nosotros preguntamos sin embargo, ¿qué quiere decir?... de cualquier cosa que hable le planteamos el problema ¿cuál es el sentido de tu discurso?...Solamente en cuanto análisis del lengu je la filosofía puede comprender la naturaleza del proceso cognoscitivo y proponerse después como reflexión sobre los principios -- del conocimiento y del comportamiento..."(47)

(47) Enciclopedia Monitor.- Salvat Editores de México, S.A.- Tomo No. 7.- México 1967.- p. 4423

Paralelamente al Neopositivismo Schick junto con un grupo de filósofos en la Universidad de Viena, fundan una asociación para estudiar al empirismo, llamado círculo de Viena, sus propósitos filosóficos se pueden sintetizar en los siguientes puntos: "...a) una lucha decisiva contra la metafísica, basándose en el principio de que sólo tienen un sentido los enunciados verificables empíricamente; - b) la formación de una ciencia unitaria, reagrupando en una única - enciclopedia del saber todas las ciencias; c) la conciliación de -- las exigencias empiristas con las lógico-formales, o sea la aceptación radical del principio de verificación unida a una reducción de de la filosofía a análisis lógico del lenguaje."(48) así mismo van a negar la existencia de los juicios sintéticos a priori, pues son partidarios de hacer una filosofía lógico-analítica.

#### 4.- Positivismo y Derecho Positivo.

Cuando Kelsen al inicio de su obra magna nos dice "la teoría pura del Derecho es una teoría del derecho positivo. del Derecho Positivo a secas, no de un orden jurídico especial. Es teoría general - del Derecho...como teoría, quiere conocer única y exclusivamente su objeto. Procura responder a las preguntas sobre qué es y cómo es el Derecho, pero no a la cuestión de cómo debe ser o cómo debe elaborarse..."(49) De inmediato sitúa su grado de influencia tanto por el agnóstico de Kant, quien según él, la realidad en sí es desconocida, como en aquella doctrina filosófica que defiende como única - fuente del conocimiento a la experiencia sacada de los fenómenos, - pues no hay otro medio de conocimiento científico sino los sentidos con ellos se conoce la materia y sus leyes, me estoy refiriendo al Positivismo, también conocido como agnosticismo porque para esta --

(48) Enciclopedia Monitor.- Salvat Editores de México, S.A.- Tomo - No. 4.- México 1967.- p. 1429

(49) Kelsen, Hans.- La Teoría Pura del Derecho.- Editora Nacional, S.A.- México 1981.- p. 25



doctrina la desconfianza en la relación de los problemas sobre todo los metafísicos y religiosos, a los cuales no pueden aplicarse los métodos de una investigación científica.

Es lógico suponer y así he tratado de mostrarlo, si estas dos - escuelas filosóficas coinciden en algunos puntos aunque en otros - pretenden ser antagónicas, de alguna manera han influido en Kelsen y maximé que tanto dichas doctrinas como él, son Vieneses o Alemanes. Dice el jurista Chileno Luis A. Warat "...Kelsen se encuentra influenciado por una doble fuente de inspiración para sus ideas metodológicas vertebrales, Kant y el positivismo científico, redefinidos por el Neokantismo y el Positivismo lógico respectivamente, - la fusión de algunas ideas del Kantismo con otras del positivismo - determinó un proceso dialectico entre ambas posturas, cuya síntesis es la teoría pura del Derecho...y esto es porque tanto el proceso positivista del conocimiento (en su forma pregnoseologica y - dogmatica o trascendental) tienen como base la misma problemática epistemológica, definen una misma temática fundamental y al mismo tiempo soslayan relaciones posibles de la teoría..."(50) con su -- realidad, así Kelsen con su teoría al permitir la influencia tanto del idealismo crítico como del positivismo lógico, consigue eliminar de la problemática planteada por él, la discusión sobre los -- factores determinantes de la realidad jurídica.

Cuando Kelsen al principio de su teoría dice que es una teoría general del del derecho, del derecho positivo, uno se pregunta si Positivismo y positivo son lo mismo, ciertamente no es así, una se refiere al campo filosófico y otra al jurídico, tampoco pretende - la aplicación de la filosofía en el derecho, eso es otra cosa y --

(50) Warat, Luis Alberto.- Los Presupuestos Kantianos y Neokantianos de la Teoría Pura del Derecho.- Revista de Ciencias Sociales.- No. 20 1er. Semestre.- Universidad de Valparaíso Chile-1982.- p. 385

más adelante lo tratare; por ende si hablamos de una teoría general "...debe ser claramente distinguida de la Filosofía del Derecho...Es cierto que ambas se refieren a su objeto de acuerdo con puntos de vista generales, pero mientras aquélla estudia el derecho que es, ésta trata del derecho que debe ser. Considerada desde tal ángulo, la teoría general es positivista...parte de la esencia del derecho y deriva de ella los conceptos generales con cuya ayuda concibe y ordena el material jurídico..."(51) por ello recalcan las palabras de Kelsen, desea responder a la pregunta ¿qué es el derecho? y no ¿cómo debe ser?.

Además, "los partidarios del positivismo tienen razón al sostener que la positividad es...uno de los elementos de la estructura-ontológica del derecho; Pero se equivocan al pensar que tal atributo es condición suficiente (y no simplemente necesaria) de la validez intrínseca de aquel. Como para resolver tal problema sólo admiten los criterios de carácter oficial, esta limitación los lleva a concluir que no hay más derecho que el creado o reconocido por los órganos del poder público y a negar que la fuerza vinculante de -- tal derecho puede hacerse depender de la validez intrínseca, en -- sentido axiológico, de sus normas."(52) aquí los Positivistas se -- están refiriendo al derecho positivo en sí.

Me voy a permitir tratar algunos aspectos concernientes al derecho positivo, a efecto de servirme como introducción al aspecto jurídico científico de la tesis Kelseniana, no deseo ser repetitivo--al exponer conceptos del Positivismo tratados anteriormente, mi intención de hacer resaltar la influencia del movimiento Positivista espero este satisfecha.

(51) García Maynez, Eduardo.- Filosofía del Derecho.- Editorial Porrúa, S.A.- México 1980.- p. 13

(52) García Maynez, Eduardo.- Op. Cit.- p. 51

## 5.- Naturaleza Del Derecho Positivo.

El derecho en general podemos clasificarlo según su naturaleza: natural y positivo, este último se divide de acuerdo a quien se tenga como autor, si Dios entonces es el derecho positivo divino, en cambio si el autor está en el hombre se subdivide en: derecho positivo eclesiástico, pues proviene de la autoridad de la Iglesia en orden al gobierno de sus fieles; y en derecho positivo civil porque resulta de la ordenación de la razón dirigida al bien común y es promulgada por la autoridad competente.

En virtud de lo anterior sólo voy a exponer el derecho positivo civil (positivismo lógico), pues a él se refiere Kelsen aunque para efectos personales tratare algunos aspectos del derecho natural porque Kelsen, pretende como base fundamental de su teoría pura de el derecho enfrentarlos, al respecto dice: "A partir de la conmoción social ocasionada por la Guerra Mundial, la teoría jurídica tradicional está en vías de retornar... a la teoría del derecho natural, del mismo modo, también la filosofía tradicional se encuentra en pleno retorno hacia la metafísica prekantiana... y precisamente porque la teoría pura del derecho extrae las consecuencias últimas de la filosofía y la teoría jurídica del siglo XIX, originariamente antiideológica y positivista, incurre en la más energética oposición con los epígonos que reniegan de la filosofía trascendental Kantiana y del positivismo jurídico."(53) en cierto modo entendiendo su enfado y por eso procurare ser conciliatorio, pues el derecho positivo y el natural se complementan uno al otro.

## 6.- Derecho Natural Vs. Derecho Positivo.

No son pocos quienes han querido dar una total independencia al

(53) Kelsen, Hans.- La Teoría Pura del Derecho.- Editora Nacional, S.A.- México 1981.- p. 51

derecho natural con el derecho positivo, incluso han llegado al extremo de enfrentarlos, pero este problema no es reciente, sus raíces son muy antiguas como se desprende de la Antígona de Sófocles, cuando el rey Creon le recrimina a Antígona el enterrar a su hermano Polinice a pesar de la prohibición por mandato de éste, a lo que contesta Antígona: "Es que Zeus no ha hecho esas leyes, ni la justicia que tiene su trono en medio de los Dioses inmutables. Yo no creía que tus edictos valieran más que las leyes no escritas e inmutables de los Dioses, puesto que tú eres tan sólo un simple mortal. Inmutables son, no de hoy ni de ayer; y eternamente poderosas y nadie sabe cuando nacieron. No quiero por miedo a las ordenes de un solo hombre merecer el castigo divino..."(54) en este texto literario queda expuesta la problemática entre dos conceptos al parecer antagónicos del derecho, pero no hay razón de ello, por que el derecho positivo bien entendido si esta de acuerdo con las exigencias del hombre en sociedad, y el bien común no se contraponen al derecho natural, antes bien se complementan.

Entre los ejemplo en la historia que confirma lo anterior, esta el aún discutido juicio de Nuremberg, encargado de juzgar y castigar a los nazis responsables de los crímenes cometidos durante la II Guerra Mundial, planteandose con ello una gran discusión al presentarse como principio fundamental del derecho el "...que nadie pueda ser condenado por haber cometido un hecho no calificado legalmente de delito en el momento de su comisión, es decir, de un acto que la ley sanciona con una pena criminal...pero muchos de los actos cometidos por los jefes nazis eran perfectamente legales en el momento de su realización, de acuerdo con el Derecho Alemán de entonces. Ninguna pena estaba fijada para ellos. Por tanto, en la aplicación rigurosa de los principios del positivismo no era posible juicio ni pena alguna. Esta impunidad pareció escandalosa a

(54) García Maynez, Eduardo.- Introducción al Estudio del Derecho.- Editorial Porrúa, S.A.- México 1978.- p. 42

muchos juristas, quienes para encontrar una base jurídica a tales juicios y condenas acudieron precisamente a la idea de justicia y el Derecho natural."(55) porque dichos actos eran contrarios a lo establecido en el derecho natural, independientemente de ser o no permitidos por el derecho positivo Alemán; por todo ello no debe propugnarse un enfrentamiento entre estas dos posturas y llegar al extremo de considerar únicamente a una o a la otra, la ley natural no sólo da al derecho la base moral sino afirma que: el hombre es el mayor valor del Estado, en él esta el hombre y con él su primera ley mucho antes de que cualquier Estado pueda dictar la suya, - está gravada en la mente y corazón del hombre, conforme a la cual juzga lo justo o injusto de todo derecho.

#### 7.- Distinción entre el Derecho Positivo y el Natural.

El Derecho Positivo y el Natural, lo he mencionado, no se separan pues los dos derivan de la ley eterna, la única por esencia, - las demás lo son por participación, pero para Kelsen sí es necesario hacerlo incluso "...se ha esforzado en distinguir su doctrina de las doctrinas iusnaturalistas...la diferencia entre éstas y su teoría pura consiste en que la norma fundamental de la teoría pura consiste en que la norma fundamental de la teoría pura del derecho fundamenta la validez del derecho positivo, mientras que la norma fundamental del derecho natural fundamenta la validez de un orden natural o divino."(56)

Es cierta la distinción hecha por el maestro Vienés y agregare otra más, porque si bien la ley positiva saca fuerza de la natural el derecho positivo no puede limitarse a repetir los principios --

(55) Justicia y Derecho.- Biblioteca Salvat de Grandes Temas No.52 Salvat Editores, S.A.- España 1974.- p. 64

(56) Calsamiglia, Albert.- Kelsen y la Crisis de la Ciencia Jurídica.- Editorial Ariel, S.A.- España 1978.- p. 141

que conforman al derecho natural, antes bien la ley humana es indispensable para la buena marcha del Estado, no podría sobrevivir sin ley, de manera tal es preciso establecer entre una y otra alguna diferencia de suyo propia:

1) El derecho positivo trae aparejada la coacción, es decir la facultad para hacer valer por la fuerza la obligatoriedad de la ley; en tanto el derecho natural carece de tal fuerza, porque al conocerse por la razón natural su no cumplimiento tiene como sanción el remordimiento de la conciencia.

2) Si el fin inmanente de la ley natural es hacer buenos a los hombres; el fin específico del derecho consiste en el bien común, aún cuando a veces quiera hacer buenos a los ciudadanos, lo hace solo en cuanto esto es condición para alcanzar el fin propio del Estado.

3) Consecuentemente en el derecho positivo sólo puede tener cabida una parte de la ley natural a saber, aquella que directa o indirectamente contribuya a realizar el bien común, es decir, aquel conjunto de bienes materiales del cuerpo y alma, bienes apetecibles por todo hombre para lograr su felicidad dentro de una sociedad política.

4) El derecho positivo va a añadir algo nuevo al natural, lo cual es fácil de comprender si tomamos en cuenta la evolución en la vida social del hombre y su complejidad actual, porque sería incompleta la forma en que el derecho natural podría regularlo; A manera de ejemplo Recasens, usando un fragmento de la obra de Francisco Suárez, dice que: "...las disposiciones del derecho positivo vienen a obligar también por la ley natural aunque en su contenido sean meras creaciones del mismo..." que el derecho humano puede añadir algo al natural, es verdad. Ni de ahí se sigue cosa alguna contra el precepto positivo de parte del derecho natural, porque el derecho natural no manda verbigracia, que el matrimonio hecho sin tantos testigos valga, sino que en esto se produce negativamente no exigiendo testigos. De donde sucede que mientras el Derecho positivo no los pidiera, el matrimonio sin ellos vale en virtud del-

Derecho natural; más despues que el Derecho positivo pedía tal condición para el valor del contrato, el Derecho natural no se oponía a él, sino que más bien, a su modo, obliga a la observancia de aquel Derecho'..."(57) por esto señalaba en otro lugar que el derecho positivo y el natural en ocasiones se complementan sin entrar en contradicción.

(57) Recasens Siches, Luis.- La Filosofía del Derecho de Francisco Suárez.- Editorial Jus.- México 1974.- p.161

## CAPITULO II.- LOS PRESUPUESTOS DE LA TEORIA PURA.

A.- Autonomía, Sistema y Unidad en la Teoría Pura de Kelsen.	54.
B.- El Idealismo Crítico en Kelsen, la Distinción en los términos Ser y Deber Ser.	59.
C.- Ciencia Causal y Ciencia Normativa.	73.
D.- El Concepto de Validez y Eficacia en la Teoría Pura.	79.
E.- La Teoría Gradual del Orden Jurídico, (La Norma Fundamental).	93.
F.- El Objeto de la Ciencia del Derecho en Kelsen.	103.



A.- AUTONOMIA, SISTEMA y UNIDAD EN LA TEORIA PURA DE KELSEN.

1.- La Autonomía de la Ciencia Jurídica.

La preocupación fundamental para Kelsen era la de que sus postulados jurídicos fueran elevados a una categoría de ciencia, es decir, el derecho fuese una ciencia diferente a las naturales y para conseguir esa autonomía es preciso:

1) Contar con un método de suyo propio y específico, a fin de lograr la pureza metódica tan ansiada, libre de elementos morales, políticos, biológicos, psicológicos, en suma hacer una teoría autodeológica, teniendo como meta encontrar "...el método jurídico que libere a la Jurisprudencia de estos saberes que le son afines... como Kant, cree que la ciencia crea su objeto y que por lo tanto el saber jurídico sólo será científico cuando haya conseguido un método exclusivo." (58)

2) El instrumento a manejar en su método específico con lo cual le permite delimitar el objeto formal de la nascente ciencia jurídica del objeto de la ciencia natural, es el principio de imputación, con esto se podrá lograr plena autonomía, a diferencia del principio de causalidad, precisando así el campo de estudio tanto de la ciencia natural como de la normativa.

En tal sentido se realiza una primera delimitación, pues para Kelsen, la ciencia del espíritu al describir normas mediante el principio de imputación se convierte en una ciencia normativa, con traponiéndose a la ciencia de la naturaleza, misma que describe hechos aplicando el principio de causalidad. Aquí cabe hacer una observación, cuando Kelsen habla de ciencia normativa se refiere a "...la ciencia positiva que tiene como objeto la descripción de normas...modernamente se entiende por teoría normativa aquel tipo-

(58) Calsamiglia, Albert.- Kelsen y la Crisis de la Ciencia Jurídica.- Editorial Ariel, S.A.- España 1978.- p. 7

de teorías que prescriben, mientras que las teorías positivas describen. Sin embargo para Kelsen la teoría pura del Derecho es positiva porque describe, y es normativa porque el objeto de su estudio son normas. Debe quedar muy claro que la teoría pura del derecho no pretende prescribir sino describir."(59)

En virtud del principio de imputación, permite al jurista Viennés el poder enfrentar al ser con el deber ser, dos términos e instrumentos de un conocimiento, esto es, a través de ellos va a determinar dos aspectos de la realidad:

- 1) Ser, significa lo que es o existe, en sentido amplio.
- 2) El deber ser expresa lo que debe suceder aunque no siempre suceda.

Una segunda delimitación se produce como consecuencia de lo anterior, el derecho no es la única ciencia normativa, también lo es la ética o moral, porque ambas tienen en su saber reglas de conducta para con el hombre, Kelsen dándose cuenta de ello se vió forzado a delimitar su objeto de conocimiento, la distinción la da el carácter coactivo, y señala siguiendo al positivismo lógico: "La teoría jurídica del siglo XIX estuvo en lo general acorde en cuanto a que la norma jurídica sería una norma coactiva en el sentido de una norma que manda la coacción, y que justamente por eso se distingue de otras normas."(60)

Ya con la base del principio de imputación como método específico de la ciencia jurídica y el carácter coactivo de las normas jurídicas, delimitando su objeto de conocimiento frente a las otras ciencias normativas, está en condiciones de separarla con la ciencia natural teniendo en consideración que el término naturaleza o-

(59) Calsamiglia, Albert.- Op. Cit.- p. 15

(60) Kelsen, Hans.- La Teoría Pura del Derecho.- Editora Nacional, S.A.- México 1981.- p. 52

reino del Ser, constituye un orden de cosas o fenómenos unidos una a los otros por el principio de causalidad.

## 2.- El Sistema de la Ciencia Jurídica.

Siguiendo el orden de ideas ya fijados, la ciencia jurídica para ser pura, además de su plena autonomía con las ciencias de la naturaleza ha de ser sistemática, por ello recurre Kelsen a los términos de sistema y coacción, entendiéndolo como Sistema a un conjunto de reglas o normas relacionadas entre sí para formar un cuerpo doctrinario y científico como lo pretende Kelsen, quedando constituido dicho término (sistema) cuál si fuera un presupuesto de validez científica para el Derecho, en este sentido en su teoría general del Estado y del Derecho "...Kelsen define al Derecho como un... 'orden de la conducta humana'..."(61)

Por ende el orden jurídico consiste en un conjunto de normas jurídicas, las cuales van a formar "...una unidad, un sistema, un orden, cuando se validez pueda ser atribuida a una norma fundamental constituye la unidad en la pluralidad de todas las normas que integran un orden. Y el que una norma pertenezca a un orden determinado deriva sólo del hecho de que su validez pueda ser referida a la norma fundamental que constituye a ese orden."(62)

En conclusión, el orden jurídico consiste en un conjunto de normas teniendo por consecuencia Unidad, y denota un Sistema determinando las relaciones de jerarquía de dichas normas, pero para Kelsen el Sistema insiste sobre el objeto de la ciencia del Derecho, pero no es la norma coactiva aislada sino el ordenamiento jurídico.

(61) Calsamiglia, Albert.- Kelsen y la Crisis de la Ciencia Jurídica.- Editorial Ariel, S.A.- España 1978.- p. 16

(62) Kelsen, Hans.- La Teoría Pura del Derecho.- Editora Nacional, S.A.- México 1981.- p. 94

### 3.- Unidad en la Ciencia Jurídica.

La Unidad, como tercer elemento básico para elaborar la teoría-pura, se deriva del citado ordenamiento jurídico, el cual dentro de su jerarquía normativa tiene un único fundamento de validez, la Norma Fundamental tan importante y trascendente en el pensamiento de Kelsen, su estudio requiere un espacio especial pero por el momento me interesa destacar el carácter unitario de la teoría Kelseniana. No entiendo al Derecho como la única disciplina jurídica -- con carácter y estructura científica, el considerarlo así traería innumerables conflictos con otras ciencias afines del derecho, tal y como ocurrió con el problema derivado de no darle la debida legitimidad científica a la sociología jurídica, a raíz de: "...la publicación de la *Allgemeine Staatslehre*, en 1925, en la cual se -- niega a la Sociología jurídica el carácter de científica y se afirma que la única teoría científica del derecho y el Estado es la -- teoría pura del derecho, ya que un solo objeto de conocimiento, el derecho, no puede ser tratado por diversos métodos...pues si Estado y derecho son lo mismo, no es ni necesario ni correcto utilizar dos métodos. Kelsen sufrió duras críticas desde el campo de la sociología...dada la rigidez del planteamiento del problema. Sin embargo...el planteamiento inflexible del asunto puede ser debido -- más al lenguaje utilizado y a la preocupación de evitar el sincretismo metodológico que a una cuestión de fondo...

"Pocos años después Kelsen cambiará nuevamente de actitud. En 1936 publica un estudio *L'ame et le droit* en el que intenta aclarar que nunca ha pretendido negar carácter científico a la jurisprudencia sociológica sino que el postulado de la pureza metodológica la exigía prescindir del método sociológico para la elaboración de una teoría normativa del derecho...

"En los escritos de su etapa Norteamericana aparecerá ya claro-- su pensamiento respecto a este problema. La teoría pura del dere--

cho es la única teoría científica normativa, es decir, la teoría - que describe el conjunto de normas que constituye un ordenamiento jurídico. Pero junto a la teoría pura cabe una jurisprudencia sociológica que describa mediante el principio de causalidad otro tipo de fenómenos paralelos, no normativos. La Sociología del Derecho estudia hechos que, en cierto modo, presuponen el concepto normativo del derecho dado por la teoría pura del derecho y en este sentido la complementa."(63)

Agregando a lo anterior, la ciencia jurídica tiene desde el punto de vista material relación con la sociología jurídica, al considerar al derecho como un hecho social, en cuanto a que la normatividad tiene como su fundamento la realidad social.

Así es como se resuelve el problema derivado de la mal interpretación al concepto Unitario del Derecho, porque se le consideró como la única teoría científica en lugar de entenderla como teoría normativa de carácter científico, que tiene un único fundamento de validez sustentada por la norma no puesta sino supuesta, la norma fundamental.

(63) Calsamiglia, Albert.- Kelsen y la Crisis de la Ciencia Jurídica.- Editorial Ariel, S.A.- España 1978.- p.p. 18-19

B.- EL IDEALISMO CRITICO EN KELSEN, LA DISTINCION EN LOS TERMINOS SER Y DEBER SER.

1.- Introducción.

He señalado como la teoría pura del derecho parte del antagonismo entre el Ser y Deber Ser, pero el verdadero origen de esta contraposición la encontramos en la Ontología (estudio del ser), si nos adentramos en esta distinción sería pertinente aclarar el sentido de la misma, pues al hablar del Ser nos conduce a como entenderlo.

Para el Realismo conocer significa partir del ser o ente, siendo los siguientes: "...el ente real natural al que compete existir formalmente en la naturaleza de las cosas en absoluta independencia de la razón humana; el ente racional al que sólo compete el existir en la mente y por la mente, aunque con fundamento en los contenidos conceptuales de las cosas; el ente moral o ético al que compete existir en las operaciones de la voluntad ordenadas a su fin...el ente cultural, artificial, artístico, técnico, estético, que si es producido por el entendimiento, no lo es en su propio acto especulativo como el acto de razón, ni en la acción de la voluntad como el ente moral, sino en las operaciones exteriores."(64) - Así pues el Ser constituye el fundamento de la realidad, entendiendo como todo aquello que es o existe, habiendo cuatro maneras de conceptualizar esta realidad y son:

- 1) Realidad Material.- comprende a los seres ocupando tiempo, (el momento) y espacio(donde se encuentra), ejem. mesa, persona. -
- 2) Realidad Eidética.- abarca a los seres elaborados por la mente humana, al ser inmateriales no ocupan tiempo y espacio, ejem. -

(64) Serrano Villafañe, Emilio.- Realismo Filosófico en Santo Tomás.- Revista Verbo Nos. 137-138.- Editorial Spelro, S.A.- Madrid 1975.- p. 1044

juicio, raciocinio.

3) Realidad Divina.- comprende a Dios en todas sus manifestaciones.

4) Realidad Espiritual.- engloba a los seres espirituales, no ocupan tiempo y espacio ni son producidos por el intelecto, ejem. - el alma.

Esta clasificación si nos ponemos a analizarla detalladamente - nos encontramos con las cuatro formas en que el hombre puede conocer la realidad, según sea su objeto, es decir: la ciencia, filosofía, teología y metafísica respectivamente.

Quien primero estudio las categorías (conceptos agrupantes de la realidad) fué Aristoteles, atendiendo a los diferentes modos o maneras del ser, siendo las siguientes: substancia, cantidad, cualidad, relación, acción, pasión, tiempo, lugar, situación, pertenencia; fundandolas en la observación directa hecha a los seres, - comparandolos y abstrayendo mentalmente las notas comunes a ellos, posteriormente Kant elaboraba una nueva tabla de categorías, en íntima relación con la actividad cognoscitiva derivada del juicio estableciendo cuatro fundamentales: cantidad, cualidad, relación y -modalidad, cada una de ellas con tres subcategorías.

Tanto Aristoteles como Kant, hicieron sus clasificaciones en función de los objetos naturales y para las ciencias de la naturaleza (física, biología, matemáticas), merced a dichas categorías -pretende ordenar y concebir, así mismo explicarse el mundo a través del principio de causalidad (causa-efecto); después surgieron otros pensadores, principalmente en la escuela de Baden, quienes tienen la intención de darle un nuevo sentido a la realidad, descubriendo zonas del ser que expliquen el mundo más allá de los anteriores principios (causa-efecto), para ellos independientemente de el ser físico causal, existen otros seres tales como: el ser ideal porque al no tener existencia espacio-tiempo no se puede captar me

dante los sentidos externos, pero tiene objetividad en sí mismo, - es decir puede captar a través de la razón; también encontramos el ser cultural constituyendo las obras con existencia espacio temporal, son productos de la actividad del hombre (esculturas, pinturas). Debido a la separación entre la realidad físico causal y por el otro la realidad como algo no mesurable ni cuantificable (los valores, la cultura)...

A partir de dicha división, Kelsen se ve impelido a explicarse lo jurídico con independencia de la realidad en relación a la normatividad (el deber ser) como algo diferente a la naturaleza físico causal (ser), obviamente el jurista Vienés se aleja del realismo filosófico para seguir los lineamientos del idealismo crítico - planteado originariamente por Kant, con la distinción entre el ser y deber ser le proporciona el fundamento de su teoría pura del derecho.

## 2.- Origen del Deber Ser.

Podría remontarme hasta los orígenes de la humanidad en busca - del antecedente de el deber ser, como propio de un orden normativo pero, como ejemplo en las sagradas escrituras se encuentra "...la idea de una ley de conducta que responde a la naturaleza teleológica humana... como ser moral y racional, el pensamiento de un criterio seguro para determinar el deber ser, la norma intrínsecamente válida en los casos concretos de la vida."(65) En concreto se halla en la doctrina del apóstol San Pablo: "En verdad, cuando los -- Gentiles, guiados por la razón natural sin ley, cumplen los preceptos de la ley, ellos mismos, sin tenerla, son para sí mismos ley. - y con este muestran que los preceptos de la ley están escritos en sus corazones, siendo testigo su conciencia y las sentencias con -

(65) Recasens Siches, Luis.- La Filosofía del Derecho de Francisco Suárez.- Editorial Jus.- México 1947.- p. 7



que entre sí unos y otros se acusan o se excusan."(66)

A efecto de evitar confusiones en el texto anterior, hago la aclaración, el apóstol les está hablando a los gentiles, es decir a los judíos, quienes no aceptaban y reconocían la existencia de una ley suprema, más sin embargo la cumplían, por supuesto me refiero al derecho natural, porque su objeto es la conducta del hombre, en tendiéndose a todos sus actos señalando normativamente no sólo su contenido sino también la forma en la cual pertenecen a la misma - (mandato, permiso) de esta manera son regulados tanto los actos últimos del hombre como los sociales, por ser actos de suyo buenos y no malos, cuando son desobedecidos e incumplidos los hombres sienten un gran remordimiento y vergüenza, caso contrario es su cumplimiento llenándoles de tranquilidad y paz.

Así en sentido lato el derecho natural equivale al concepto total de razón práctica en su más amplia acepción, quedando por ende englobados en la misma la moral y el derecho positivo, dándose un argumento más de porque no deben ser antagónicos o separados estos conceptos. Además recordemos, Kant tiene influencias de la doctrina escolástica, aunque para efectos propios de su idealismo crítico sí va a separarlas al igual que lo hace con el ser y deber ser; consecuentemente Kelsen va a considerar como antecedente del deber ser la doctrina kantiana dada la filiación en el jurista Vienés. - Más que una aclaración a lo expuesto reafirma su posición de eliminar de la ciencia jurídica cualquier influencia posible con el derecho natural, incluso de otros saberes como lo es la política denominándolos despectivamente como ideologías, al respecto nos dice el maestro "...contra ellos se dirige la teoría pura del derecho.- quiere ésta exponer el Derecho tal cuál es, sin legitimarlo por -- justo o descalificarlo por injusto; pregunta por el Derecho real y posible, no por el Derecho justo. En este sentido es una teoría ju

(66) Sagrada Biblia.- Carta de San Pablo a los Romanos II. 14-15

rídica radicalmente realista. Rehusa valorar el Derecho Positivo... en particular, rehusa ponerse al servicio de cualquier interes político suministrándoles las Ideologías mediante las cuales es legitimado o descalificado el orden social existente... Por su tendencia antiideológica precisamente, revelase la Teoría Pura del Derecho como verdadera ciencia jurídica, pues como conocimiento, la ciencia tiene la tendencia inmanente a descubrir su objeto. La ideología en cambio, encubre la realidad..."(67) Es decir se rehusa valorar al derecho positivo porque para él, el objeto de la ciencia es la realidad y no los valores, librandose del Iusnaturalismo o ideología en su lenguaje, así conseguirá obtener una neutralidad axiológica, pues a través de su teoría pura va a pretender que la ciencia jurídica no este al servicio de alguna ideología determinada.

### 3.- Forma y Contenido.

Volviendo por un momento a lo expuesto líneas arriba, Kelsen había planteado un problema gnoseológico, es decir la neutralidad de el conocimiento jurídico, porque prescindir de saberes del conocimiento humano tales como la sociología, política e iusnaturalismo, entre otros (léase ideologías), constituye una condición fundamental para lograr la pureza en su teoría, además por partir de la separación radical entre forma (deber ser) y contenido (ser), su teoría es formalista cuando pretende describir el ordenamiento normativo independisandolo de cualquier ideología o contenido, el cual es irrelevante.

Respecto a esta separación "...Dice Kelsen... 'Mis investigaciones parten del presupuesto de separar dos opuestos fundamentales: el sein y el sollen; la forma del contenido. Soy muy conciente que

(67) Kelsen, Hans.- La Teoría Pura del Derecho.- Editora Nacional, S.A.- México.- p. 43

una concepción monista no puede ni debe reconocer como definitiva el dualismo entre sein y sollen, entre contenido y forma...pero sí renuncio a sintetizar sein y sollen, forma y contenido, en un plano superior que unifique estos conceptos que se excluyen, es porque no encuentro otra justificación sincera que la siguiente: no soy monista. Por muy insatisfactoria que me parezca una visión dualista del mundo, en mi pensamiento no encuentro otra'..."(68)

Lo anterior lleva a considerar si Kelsen al hacer una teoría formalista se ve impelido aunque no sea ese su interés, a introducir contenidos para evitar sea calificado su estudio formal del Derecho de metafísica o pseudoteoría, es decir si aísla forma y contenido de un modo absoluto, la respuesta categórica es no, no lo logra, más bien no puede aislar el Ser y Deber ser, esto es, despojar a las normas jurídicas del contenido, pues cuando Kelsen proclama la separación del sein y sollen, pretende como consecuencia el que la validez de la obligación jurídica no va a depender de su eficacia sino de la Grundnorm o norma fundamental preconstitucional, como base y fundamento del orden jurídico.

Si recordamos la estructura piramidal del orden normativo, en su cúspide encontramos la Constitución, recibiendo su apoyo y fundamento en una Constitución anterior y esta en otra más anterior, llegando así hasta unos principios preconstitucionales denominados Norma Hipotética Fundamental, es entonces cuando surge la interrogante "...¿Esta norma fundamental que ya no tiene su apoyo en otra norma es derecho o es un simple hecho?, ¿pertenece esa norma al reino del Sein o al reino del Sollen?...

"Esta norma preconstitucional aún en el caso de no estribar en una Constitución anterior consiste en el conjunto de creencias, ne

(68) Calsamiglia, Albert.- Kelsen y la Crisis de la Ciencia Jurídica.- Editorial Ariel, S.A.- España 1978.- p.p. 23-24

cesidades, tradiciones históricas que forman un medio político en el que surgen las ideas de elaborar una Constitución, de encomendar esta obra a determinados hombres, de dar tal o cual forma al gobierno. Esta norma preséntase nos pues como un hecho del cual depende la validez de la Constitución y de la validez de ésta, la de las normas generales, y de éstas. La validez de las normas individuales. Se nos presenta pues la Grundnorm como una norma cuya jurisdicción consiste en su eficacia nada más...

"Pero la eficacia es un hecho y como hecho pertenece al mundo del Sein...

"Luego en la norma fundamental, por más que quieren ocultarle Kelsen y sus discípulos, está asomando la oreja al Ser dando validez al mundo normativo del Sollen...

"Imposible es pues, en la norma fundamental, separar los dos -- reinos..."(69)

Como consecuencia Kelsen tiene que introducir contenidos, no calificándose a su ciencia jurídica de formalista sino de inconsistencia, pero, olvidándonos por el momento de cualquier crítica al respecto, al separar el ser del deber ser, contenido y forma, su teoría va a expresar un neutralismo gnoseológico permitiéndole la pureza normativa, libre de cualquier ideología, estando este término no muy relacionado con la intención de aislar dichos conceptos.

#### 4.- Deber Ser Lógico, Deber Ser Axiológico.

Kelsen, como ya lo he mencionado parte de la separación funda--

(69) García Rojas, Gabriel.- Las Doctrinas de Stammler y de Kelsen y las Leyes Naturales.- Conferencia del 14 de Octubre de 1938 .- Escuela Nacional de Jurisprudencia.- p. 31

mental en él, es decir entre el ser y el deber ser, denominando ideologías a aquellas ciencias de la naturaleza o del ser, sean estas la química, biología o física entre otras, pues su estudio se refiere al aspecto físico causal de los hechos en la naturaleza -- sensible, en cambio la ciencia normativa o del deber ser, parten de una existencia extrasensible, o sea, del intelecto humano, cuyos juicios valoran la conducta humana pretendiendo hacer buenos a los hombres dentro de la sociedad, con nociones o valores tales como: justicia, seguridad pública y bien común, postulados por las ciencias morales, políticas, jurídicas, aunque esta última será -- considerada por el maestro Vienes como científica sólo si es depurada o separada de esos conocimientos científicos.

Recordemos al Neokantismo y sus dos corrientes representativas, por un lado encontramos la escuela de Baden quienes se ciñen al -- Kant de la segunda crítica, basandose en los juicios de valor subjetivo o metafísico por ejemplo: la justicia (valor moral) o el bi en común (valor político), en tanto la escuela de Marburgo por seguir al Kant de la primera crítica sus juicios son más bien de valor objetivo. Por supuesto Kelsen es influenciado por el movimiento de Marburgo aunque con ciertas reservas dada la tendencia agnóstica de Kant y de la cual no simpatiza, oponiéndose a valorar -- el derecho, por eso a efecto de hacer tal distinción y evitar confusiones a la moral y política, por ser sus juicios de un valor -- subjetivo se denominan Deber Ser Axiológico (valor) y al Derecho -- dado el carácter lógico formalista de la teoría pura como Deber -- Ser Lógico (relación imputativa), sin tener que enunciar un valor -- moral o político, pudiéndose consecuentemente ser sus juicios objetivos.

Siendo esta otra de las preocupaciones de Kelsen, pues así como establece la separación entre las ciencias de la naturaleza (ser) -- y las ciencias normativas o jurídicas (deber ser), lo hace también con las ciencias políticas y morales (deber ser axiológico) y las --

jurídicas (deber ser lógico), a fin de librar al derecho de cualquier conotación ajena al mismo y que pudiera perturbar su neutralidad gnoseológica, así nos lo hace saber en su obra magna "Precisamente, la Teoría Pura del Derecho tiene plena conciencia de ello es más, al despejar al deber ser del Derecho positivo de su carácter axiológico...(reduciéndolo a expresión del enlace de condición y consecuencia en la proposición jurídica), ha franqueado el camino a ese punto de vista del que resulta la evidencia del carácter-ideológico del Derecho."(70) Aquí va a ser necesaria una aclaración, pues por un lado se habla del carácter ideológico del Derecho y en el párrafo anterior se le menciona aparentemente contradictorio un carácter ideológico, lo cual es fácil de desentrañar porque en Kelsen el término ideología tiene dos significados:

"A)... 'El derecho como norma, es decir como significación diferente de todo acto positivo determinado causalmente, sólo aparece como ideología si se entiende por ideología todo aquello que no es realidad determinada por la ley causal...'...Esta noción de ideología implica por tanto que el derecho es ideológico y que la ciencia del derecho es una ciencia ideológica porque describe normas - bajo un principio diferente al de causalidad. La teoría pura del derecho, según esta concepción, sería ideológica en el sentido de que estudia relaciones diferentes a las de la naturaleza...

"B)... 'Si en vez de llamar ideología a lo que no es realidad físico-natural o descripción de esta realidad, llamamos ideología a toda descripción no objetiva de un objeto de conocimiento, es decir, una descripción influenciada por juicios subjetivos de valor, que enmascara el objeto de conocimiento, y lo desfigura...entonces una descripción del objeto de la ciencia del derecho ha de mantenerse libre de ideología'...En este segundo sentido Kelsen considera la posibilidad y la necesidad de una descripción del ordenamien

(70) Kelsen, Hans.- La Teoría Pura del Derecho.- Editora Nacional, S.A.- México 1981.- p.p. 64-65

to jurídico libre de juicios de valor subjetivos y ateniéndose a - esta segunda concepción Kelsen intentará depurar la ciencia de toda ideología."(71)

Con la anterior conceptualización, resulta menos complicado entender el porque Kelsen pretende lograr la neutralidad axiológica del saber jurídico científico, separando la norma de la naturaleza y - de entre las ciencias cuyo objeto de estudio son las normas valorativas (deber ser axiológico) y formales (ser y deber ser lógico), - he aquí otro intento más para separar la forma del contenido.

Además, merced al deber ser lógico, el cual no es más que un nexo entre la condición y consecuencia conformando el denominado --- principio de imputación (si A es debe ser B) permite a Kelsen delimitar y separar toda valoración del sistema jurídico, para ocuparse únicamente de describir el ordenamiento jurídico, solo sus juicios, los objetivos serán objeto de un conocimiento científico, -- tendiente a elevar al derecho como ciencia.

##### 5.- Ser y Deber Ser, Como Formas del Conocimiento.

Desde el inicio del presente trabajo mucho he anotado acerca de el conocimiento, aquí toca determinar los conceptos ser y deber -- ser como formas del mismo, pero antes creo conveniente dar unas notas acerca del tema para comprenderlo mejor.

Todo conocimiento como fenómeno humano, requiere de cuatro elementos siendo estos: el sujeto, quien capta los sucesos a su alrededor mediante las facultades cognoscentes (ojos, oídos, tacto, olfato, gusto); el objeto, consistente en la cosa o persona susceptible de ser conocida; la representación, por la cual el sujeto cog-

(71) Calsamiglia, Albert.- Kelsen y la Crisis de la Ciencia Jurídica.- Editorial Ariel, S.A.- España 1978.- p.p. 85-86

noscente reproduce o representa en su mente aquel objeto exterior-materia de su interés, esta representación puede ser mediante los sentidos o el intelecto; por último la operación, la cual viene a ser el proceso o esfuerzo mental del sujeto con la finalidad de lograr una representación real de dicho objeto. Estos cuatro elementos nos dicen los filósofos son fundamentales para conceptuar el conocimiento, partiendo de ellos me atreveré a dar un concepto del mismo: el conocimiento es aquella operación mediante la cual el sujeto cognoscente reproduce mentalmente la realidad o idealidad de algún objeto.

En la parte correspondiente al Kantismo hice mención del Ser y Deber Ser, como instrumentos o formas a priori del conocimiento, es decir a través de ellos se van a denotar o expresar dos aspectos distintos de conceptuar la realidad, por ello "...ser y deber ser'...escribe Kelsen...'son las categorías fundamentales más generales, bajo las cuales comprendemos todas las cosas en nosotros y fuera de nosotros'..."(72) Así ser significa lo que existe, de esta manera conocemos en la naturaleza todo aquello con existencia real. En cambio deber ser, expresa lo que debe suceder aunque no siempre suceda, pues al pertenecer a la normatividad o idealidad conocemos la conducta efectiva de los hombres.

Partiendo de esta conceptualización se aprecia la distinción lógica o formal planteada por Kelsen, porque para él, el derecho como ciencia normativa o del deber ser logrará un método distinto al de otras ciencias para llegar al conocimiento de su objeto. El derecho no se va a valer del principio físico causal sino del imputativo, dada la existencia de dos mundos separados sin contacto alguno, -- tornandose en una disyuntiva similar a la de Hamlet, ser o deber --

(72) Mantilla Pineda, Benigno.- Ser y Deber Ser en la Teoría de -- Hans Kelsen.- Revista General de Legislación y Jurisprudencia -- Madrid 1966.- p. 6



ser, he ahí el medio a utilizar como forma del conocimiento; este es otro argumento por el cual aísia forma del contenido, aunque no lo consigue.

#### 6.- Significado en Kelsen de los Términos Ser y Deber Ser.

Es de muchos conocido el que la teoría pura del derecho se basa en la distinción gnoseológica entre ser y deber ser, por ende estas acepciones tienen diversos significados en Kelsen.

Respecto al Ser lo va a considerar diverso al término Deber Ser así "Kelsen entiende por ser, realidad o naturaleza... 'un orden o sistema de elementos relacionados los unos con los otros por un -- principio particular: el de causalidad'..."(73) De manera semejante a Kant, quien entiende por ser o mundo sensitivo no solo aquellos fenómenos ordenados de manera causal sino además a la cosa en sí o noumeno, el cual para él es incognoscible.

En cambio el Deber Ser, a Kelsen, le permite describir o conocer la manera de como se estructura el derecho, esto es mediante la fórmula Si A es, debe ser B, misma que esta compuesta por el antecedente y consecuente, unidos ambos por el principio de imputación, descubriéndose la estructura de la norma jurídica. Habiendo sido conceptuados los términos ser y deber ser por Kelsen, sólo le resta enfrentarlos para así estar en posibilidad de elevar al derecho a categoría científico-normativo, porque al hacer "...del ser y deber ser un antagonismo formal-lógico, insoluble que tiene como consecuencia una inevitable división de las ciencias. Según el objeto de la investigación está o el ser de hechos reales...o un deber ser ético-jurídico...y así nuestro conocimiento se divide en dos grupos fundamentalmente distintos, al mundo en dos reinos que no une ningún sendero. En consecuencia, las ciencias se dividen en

(73) Mantilla Pineda, Benigno.- Op. Cit.- p. 12

ciencias causales y ciencias normativas."(74)

Partiendo de la anterior contraposición entre lo que entiende - por Sein y Sollen, le es más fácil distinguir los términos naturaleza y normatividad, entendiendo por naturaleza lo físico causal, - en cambio normatividad significa la descripción de la estructura - del derecho, como contraria a lo físico causal, distinción reafirmada por el principio de imputación.

#### 7.- Normas y Norma Jurídica.

Cuando se comienza a estudiar el derecho, lo primero con que uno se topa es con normas, porque el derecho estudia las normas y - éstas pertenecen al mundo del deber ser, a diferencia de la esfera del ser, no estudia las normas o reglas aplicables a una conducta, sino a los fenómenos o hechos que ocurren a su alrededor, tales como la lluvia, refracción de la luz, sistema motor de los organismos o leyes físicas y matemáticas entre otras.

Por ende cuando se habla de normas es difícil precisar a cual - se refiere, porque son muy variadas, citando algunos ejemplos se - tienen las siguientes:

1) Norma Técnica.- Para encender el calentador ponga la llave - No. 1, hacia la palabra piloto, coincidiendo con la flecha de la - llave No. 1.

2) Norma de Seguridad.- Los ceniceros y encendedores han de estar colocados de tal manera que por una corriente de aire no puedan lanzar chispas al conductor ni a ninguna parte inflamable.

3) Norma de Higiene.- Para evitar la caries, hay que cepillarse los dientes despues de cada alimento.

4) Norma de Juego.- Cuando un jugador ha conseguido introducir el balón en la meta contraria, obtiene un gol y al final será ven-

(74) Mantilla Pineda, Benigno.- Op. Cit.- p. 11-12

cedor aquel equipo que lo haya conseguido hacer más veces.

5) Norma de Urbanidad.- Cuando se este en la mesa, no se debe - hablar mientras se esté ingiriendo algún alimento.

6) Norma Moral.- No codiciaras los bienes ajenos.

Las agrupe por temas específicos a fin de ser más didactico, pero de toda esta gama de normas ninguna podría ser objeto de estudio de la teoría pura del derecho, les falta algo, voy a anotar otra esperando encontrar en ella alguna característica más propia, - "llamase Infanticidio: la muerte causada a un niño dentro de las - setenta y dos horas de su nacimiento, por alguno de sus descendientes consanguíneos."(75) Al fin encontramos la norma propia del derecho y por eso se le denomina norma jurídica, a diferencia de las anteriores porque es la única con consecuencia jurídica, además de llevar aparejada una sanción, es decir un poder coercitivo, señalada en su reglamentación, en este caso consiste en una pena privativa de la libertad, de seis a ocho años de prisión; las demas carecen de dicha facultad.

(75) Código Penal para el Distrito Federal.- Artículo 325

## C.- CIENCIA CAUSAL Y CIENCIA NORMATIVA.

### 1.- Noción de lo Físico Causal.

Repetiendo lo señalado en incisos anteriores, para Kelsen, es no sólo importante sino esencial para su teoría pura del derecho, precisar y dejar asentado el abismo infranqueable entre la distinción de la naturaleza físico causal y la normatividad, desprendida por el enfrentamiento del ser con el deber ser, por ende en esta parte proseguiré la secuencia de Kelsen, tratando de aclarar lo -- que él entiende por ciencia causal y ciencia normativa.

Todos alguna vez hemos sido perturbados en nuestro sueño por la presencia de un mosquito zumbón, pero si nos ponemos a pensar que causa ese zumbido, la respuesta no estaría en la simple presencia de dicho insecto sino del batir de sus alas para volar, ahora bien cuando deje de batirlas irremediablemente caera por su propio peso debido a la atracción gravitacional, pero debemos tener muy presente lo siguiente: "Las leyes de la naturaleza no deben ser confundidas con las relaciones que expresan. No son enlaces entre hechos, sino fórmulas destinadas a explicarlos. La gravitación universal, por ejemplo, es una realidad; La ley de Newton, su expresión científica... Constituye un grave error la creencia de que las leyes naturales son causa de los fenómenos que aluden. La ley no los produce; simplemente revela sus antecedentes y consecuentes..."(76) Dicho de otra manera, las leyes naturales vienen a ser los instrumentos mediante los cuales la ciencia natural describe su objeto de conocimiento, si quisieramos expresar esto mediante una fórmula tenemos, Si A es, tiene que ser B, donde necesariamente va a cumplirse la ley referida, así en el supuesto de arrojar un balón por encima de mi cabeza, no se quedara ahí ni saldrá al espacio exterior

(76) García Maynez, Eduardo.- Introducción al Estudio del Derecho.- Editorial Porrúa, S.A.- México 1978.- p. 5

sino que invariablemente caerá al suelo debido a la mencionada ley gravitacional, pues no hay efecto sin causa.

## 2.- Significado de lo Físico Causal en Kelsen.

Con Kelsen el significado de lo físico causal se traduce al concepto del ser o de la naturaleza, pues precisamente por el principio de causalidad las ciencias de la naturaleza conocen de su realidad y describen su objeto propio de conocimiento, en este sentido "...Para Kelsen... 'la naturaleza es un cierto orden de cosas o un sistema de fenómenos o datos de hecho que están unidos los unos a los otros por la relación de causa efecto, esto es, conforme a un principio llamado de causalidad'...pero...el derecho como ciencia normativa es algo diferente a la ciencia natural y se rige por un principio diferente al principio de causalidad..."(77) mismo -- que se denomina principio de imputación, donde su fórmula es: Si A es, debe ser B.

Así para Kelsen, de manera semejante en que la ley natural enlaza ciertamente una situación de hecho, conocida como causa, con otra denominada efecto, la ciencia normativa enlaza la condición jurídica con una consecuencia, aunque en el enlace del primer caso -- el efecto se atribuye a su causa, presentandose el principio de causalidad; en el enlace del segundo, la consecuencia se atribuye a su condición (principio de imputación).

## 3.- Noción del Principio de Causalidad y el de Imputación.

Considero conveniente recalcar la importancia que reviste el conocimiento de los principios de causalidad e imputación, en Kelsen máxime si pretende que sea autónoma la ciencia jurídica. "... La -

(77) Calsamiglia, Albert.- Kelsen y la Crisis de la Ciencia Jurídica.- Editorial Ariel, S.A.- España 1978.- p.p. 85-86

Autonomía de una ciencia, según Kelsen, proviene de la autonomía - del método. Kelsen encuentra en el principio de imputación el método adecuado que le permite diferenciar el objeto de la ciencia jurídica del objeto de las ciencias causales."(78) Si bien el principio de causalidad es muy semejante al principio de imputación, porque en ambos se van a atribuir determinadas consecuencias siempre y cuando se produzcan ciertas condiciones, en ambos cabe la distinción concreta que nos permite conocer cuando estamos en presencia de una o de otra.

La ley natural mediante el principio de causalidad enuncia Si A es, tiene que ser B, por lo cual en el ejemplo: si hay lluvia tiene que haber nubes, esta señalando como antecedente la formación de nubes y como causa o consecuencia la lluvia, porque no llovería sin la presencia de nubes, de no ser así habría una imposibilidad física, no habría ley natural alguna.

En cambio la ciencia jurídica con su enunciado Si A es, debe ser B, significa por ejemplo, que si alguien priva de la vida a otro, merece una pena privativa de la libertad por determinados años, dicho de otra manera, para que deba ser B tendrá que existir A, porque la consecuencia de derecho (pena privativa de la libertad) no se dará en tanto cuanto no se hayan realizado efectivamente el supuesto señalado en la norma jurídica (privar de la vida) - como una condición.

Analizando brevemente lo anterior, desprendemos la diferencia concreta entre los dos principios, en ambos ciertamente se manejan hipótesis, pero en la primera situación siempre que se produce la consecuencia se va a producir el antecedente o condición, en caso contrario no estaríamos en presencia de una ley físico causal. En cambio en la segunda situación no necesariamente al producirse la

(78) Calsamiglia, Albert.- Op. Cit.- p.p. 65-66

condición se produce la consecuencia, simplemente debe producirse, porque en el ejemplo utilizado puedo eludir la acción de la justicia evitando ser sancionado penalmente.

No es necesario detenerse en la definición del primer principio pero respecto al segundo "Kelsen define al principio de imputación en su artículo Causality and Imputation...'...del siguiente modo:- si un delito ha sido cometido debe aplicarse una sanción. Al igual que la ley de la naturaleza, la regla de derecho relaciona dos elementos. Pero el nexo que describe la regla de derecho tiene un sentido totalmente diferente...Es evidente que el hecho criminal no está relacionado con la sanción...del mismo modo que la causa con el efecto. La conexión entre la causa y el efecto es independiente de la voluntad humana...mientras que la conexión entre el delito y la pena se establece por un acto de la voluntad humana'..."(79) Como se aprecia, la consecuencia esta intimamente ligada con la sanción y coacción.

#### 4.- Relación entre el Principio de Causalidad y el Principio de Imputación.

El jurista Español Alberto Calsamiglia, resume en cuatro puntos la manera de como se da la relación entre estos dos multicitados - principios, basicamente se desprenden de la definición Kelseniana expresada en el punto anterior:

"1.- El principio de causalidad y el principio de imputación -- son semejantes pues ambos relacionan unas condiciones a unas consecuencias...

"2.- El principio de causalidad relaciona la condición a la consecuencia con un nexo de necesidad, es decir, de causa a efecto, - mientras que el principio de imputación relaciona la condición con la consecuencia mediante un deber ser. Las ciencias causales son -

(79) Calsamiglia, Albert.- Op. Cit.- p.p. 66-67

por tanto ciencias del ser y las ciencias normativas son ciencias del deber ser...

"3.- La conexión entre la condición y la consecuencia en el principio de causalidad es independiente de la voluntad humana, mientras que la conexión entre la condición y la consecuencia en el principio de imputación es establecida por una norma creada por la autoridad jurídica, por un acto de voluntad...

"4.- Existen otras diferencias señaladas por Kelsen. En principio cada causa concreta debe ser considerada como el efecto de otra causa y cada efecto concreto como la causa de otro efecto, de modo que la cadena de causas y efectos es infinita. Por el contrario, en la norma jurídica existe un punto final de imputación. La conducta del hombre es el punto final de imputación porque es la que realiza el acto condición. Pero la imputación no viene de la misma conducta humana sino del ordenamiento jurídico."(80)

Estos cuatro puntos resumen la doctrina de Kelsen respecto del porque la ciencia del derecho es diferente a la ciencia de la naturaleza, son bastante claros, pero creo conveniente ampliar un poco la noción del cuarto punto. Quien califica como jurídico una determinada conducta del hombre, es el ordenamiento jurídico, por el cual se determina que hecho o condición de la actividad humana se relaciona con su consecuencia (coacción), llegando al punto culminante o formal de la imputación, pues una vez llegado a la consecuencia no se podrán dar mas y continuar con la cadena hasta el infinito, de continuarla se cometeria el mismo error de los marxistas, cuando dicen: de una tesis hay una antitesis y del choque de las dos se produce la síntesis, convirtiendose en tesis y asi hasta el infinito.

#### 5.- Aplicación del Principio de Imputación en las Normas Jurídicas

El Principio de Imputación en la norma jurídica no se presenta-  
(80) Calsamiglia, Albert.- Op. Cit.- p. 67



de manera causal como sucede en las leyes de la naturaleza, es decir cuando se produce la condición invariablemente se da la consecuencia, por eso en el Sein la condición se relaciona necesariamente con la consecuencia, la imputación en el Sollen no tiene esa relación de necesidad, porque cuando se presenta la condición no es necesario se produzca la consecuencia. Pero queda la duda de cómo se aplica dicho principio en la norma jurídica?

Llegar a ejemplificar la estructura de la norma es sencillo aparentemente pese a su complejidad, porque a menudo aparecen dispersos en algunos artículos de determinado código, más sin embargo se resalta la unidad en torno a ella, como acontece en el siguiente ejemplo: usando un código, cualquiera, tenemos el precepto legal a partir del cual desprendemos el acto condición, en este caso "comete el delito de Homicidio, el que priva de la vida a otro."(81) -- Aquí la norma esta tipificando una conducta determinada como delictiva y su consecuencia la tenemos regulada en el mismo ordenamiento jurídico, pero en diferente artículo: "...al responsable de -- cualquier homicidio simple intencional que no tenga señalada una sanción especial en este código, se le impondrán de ocho a veinte años de prisión."(82)

De lo anterior desprendemos lo siguiente, el primer artículo señala algo que es, si una persona priva de la vida a otra, realiza una conducta considerada como delito por la ley penal, en este caso, cumpliéndose el principio de la fórmula si A es, el segundo artículo señala la consecuencia, una sanción consistente en privar de la libertad en un lapso comprendido de ocho a veinte años, se cumple entonces la fórmula imputativa si A es, debe ser B, pero a diferencia de las leyes naturales, en que no necesariamente se cumple B.

(81) Código Penal para el Distrito Federal.- Artículo 302

(82) Código Penal para el Distrito Federal.- Artículo 307

## D.- EL CONCEPTO DE VALIDEZ Y EFICACIA EN LA TEORIA PURA.

### 1.- El Concepto de Validez en Kelsen.

Dar un concepto único de validez dentro de la teoría jurídica - es algo sumamente difícil de precisar, no sólo porque este término es fundamental en la teoría pura, sino por la variedad de modelos de validez planteados por diferentes juristas, no tengo la intención de abarcarlos todos, para mi propósito en punto aparte trataré el modelo Suárlista, porque es muy parecido al de Kelsen.

Kelsen señala que "cuando...se habla de una validez de la norma no debe con eso expresarse, por de pronto, más que la existencia - específica de la norma..."(83) Con esto al decir que una norma jurídica es válida, debemos suponer como parte inherente a ella su carácter de obligatoriedad frente a las personas a quienes pretende regular determinada conducta, caso contrario también traera aparejada su respectiva sanción.

Por lo anterior, la definición de validez anotada no sería la única, Kelsen tiene una segunda conceptualización "...'validez significa que las normas del ordenamiento deben ser obedecidas y aplicadas'...Esta segunda definición sólo adquiere sentido pleno cuando se relaciona con el fundamento de validez...'la validez de una norma...la norma que constituye el fundamento de validez de otra norma es en relación a esta última una norma superior. Pero la búsqueda del fundamento de validez de una norma no puede prolongarse hasta el infinito, como la búsqueda de la causa de un efecto (la búsqueda del fundamento de validez) tiene que terminar en una norma - que se presupone como última y suprema'..."(84) Este párrafo nos -

(83) Kelsen, Hans.- La Teoría Pura del Derecho.- Editora Nacional, S.A.- México 1981.- p. 32

(84) Calsamiglia, Albert.- Kelsen y la Crisis de la Ciencia Jurídica.- Editorial Ariel, S.A.- España 1978.- p. 127

**ESTA TESIS NO DEBE  
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

deja entrever lo que constituye la medula de la tesis Kelseniana, - la norma fundamental.

La supuesta ambigüedad de Kelsen en la palabra validez, puede - llevar a confuciones muy graves, porque al hablar de una norma válida no sabríamos si esta referida a la simple existencia de la -- misma o al haber sido emanada legalmente por la autoridad mediante un procedimiento; para desenmarañar un poco este desconcierto lo - haré mediante el siguiente ejemplo: cuando leemos el periódico o - vemos el noticiero, nos damos cuenta de como en algunos países de - nuestra sociedad actual se encuentran en conflicto interno o en -- guerra declarada, esto nos lleva a pensar si en esas naciones hay - verdaderas normas jurídicas, son válidas aunque en un momento dado no hayan sido edictadas por un organo expreso para ello, la vali-- dez se desprende de su existencia.

Si nos atenemos a lo expresado en la segunda definición, no serían legalmente válidas cuando hayan sido edictadas, digamos por - alguna autoridad de la guerrilla o contraparte del gobierno legalmente constituido, aunque hay casos aislados en los cuales no podría aplicarse lo anterior.

El término que nos podría ayudar a aclarar alguna situación con - creta es sin duda el de Derecho Vigente, es decir aquella norma -- por la cual sin haber sido edictada por un órgano competente, tiene sin embargo fuerza de derecho y es de observancia general, me - estoy refiriendo a la costumbre. Analizando el derecho vigente en - la sociedad actual, también ayudaría para determinar la norma que - si fue edictada por una autoridad competente, más sin embargo ya - no es de observancia general y su cumplimiento no puede ser exigido, tal es la situación con el derecho romano, que si bien tenía - un cuerpo legislador legalmente reconocido y autorizado, muchas de sus normas ya no son de aplicación en la actualidad. Ahora bien, - es preciso distinguir los términos validez y vigencia porque con -

la simple existencia (validez) de una norma, no basta para ser vigente, es decir, tener aplicabilidad tanto en el espacio (valgan para un territorio determinado) y en el tiempo (valgan en una época determinada) "Que la norma vale, significa siempre que vale para algún espacio y para algún tiempo; es decir, que se refiere a sucesos que sólo pueden tener lugar en alguna parte y en algún momento. La relación de la norma con el espacio y el tiempo es el ámbito espacial y temporal de validez de la norma."(85) Por ende es necesario para que sea vigente una norma, cumpla con todos los requisitos formales, tales como nos lo indica el maestro García Maynez en su libro *Introducción al Estudio del Derecho: iniciativa, discusión, aprobación, sanción, publicación e iniciación de la vigencia.*

Sólo de esta manera, el órgano encargado de aplicar el derecho, podrá hacerlo siempre y cuando la norma ha seguido el proceso inducido y además es vigente, en caso contrario podría suceder que los tribunales competentes para aplicar las normas generales jurídicas no puedan tomarlas en consideración en alguna de sus resoluciones-definitivas.

## 2.- Concepto de Eficacia en Kelsen.

Una de las nociones íntimamente relacionadas con la validez, lo constituye el de eficacia, aunque Kelsen usa indistintamente el término eficacia con efectividad, no llega a precisar formalmente tal distinción, en la parte correspondiente a la crítica intentaré diferenciar una de otra, por ahora es más importante el dar un concepto que me permita desarrollar el tema, Kelsen define la efectividad del siguiente modo... 'efectividad de un ordenamiento jurídico es el hecho de que sus normas son realmente obedecidas y aplica

(85) Kelsen, Hans.- *La Teoría Pura del Derecho.*- Editora Nacional, S.A..- México 1981.- p. 33

das'..."(86) De acuerdo con esta definición se desprenden dos elementos a saber: el de la obediencia y el de aplicación, porque toda norma jurídica implica un sometimiento a ella, es decir, ser obedecida y tener la seguridad de ser aplicada en el caso concreto.

Respecto a la obediencia, implica que cuando la norma jurídica ha sido debidamente promulgada, debe ser obedecida, esto es, cumplir los gobernados con lo enunciado en la misma, lo anterior trae consigo algunos escollos los cuales enumeraré, si bien no son todos los considero suficientes para agotar el tema:

1) el ser humano al ser elemento integrante de una sociedad, es obligado a acatar las leyes que únicamente en su sociedad mandan o prohíben determinada conducta, porque una ley dada por ejemplo en México, aunque sea válida no obliga en España, exceptuando los tratados y acuerdos internacionales.

2) Sólo se esta obligado a cumplir con aquellas normas jurídicas plenamente legalizadas, para lo cual se deben promulgar a fin de ser conocidas y aceptadas por las personas a quienes va dirigida, además deberán contener elementos de justicia.

3) si el gobernado quiere que sea obedecida la norma, deberá de terminar primeramente su aplicabilidad, pero cuando voluntariamente la acaten automáticamente la estan aplicando sin necesidad de intervención oficial, tal sería el caso cuando un sujeto pierde el control de su bicicleta estrellandose contra un puesto de frutas -causando daños a terceros, si cumple en forma voluntaria con la reparación del daño reconociendo su culpa, entonces no hay participación de la autoridad para aplicar la norma.

Respecto a la aplicabilidad, significa que si una norma no ha sido obedecida o se realiza el hecho condicionante previsto, de inmediato el órgano oficial inicia su actividad, a fin de hacer cum-

(86) Calsamiglia, Albert.- Kelsen y la Crisis de la Ciencia Jurídica.- Editorial Ariel, S.A.- España 1978.- p. 131

plir con lo señalado en la consecuencia jurídica, es decir, se usa la coerción o sanción.

Para Kelsen existe una relación estrecha entre los conceptos de validez y eficacia, dice: "...la validez de un orden jurídico que regula la conducta de determinados hombres se encuentra, por tanto en una cierta relación de dependencia respecto del hecho de que la conducta real de esos hombres corresponde al orden jurídico, respecto de su eficacia...Esta relación -tal vez pueda designársele - en forma figurada como la tensión entre el deber ser y el ser- no puede ser de otro modo determinada que por un límite superior y otro inferior. La posibilidad de correspondencia no puede sobrepasar un máximum determinado, ni descender de un mínimum determinado."(87)

Lo anterior es comprensible, si se recuerda lo anotado respecto al sein y sollen, en virtud de que para Kelsen la validez de la norma jurídica entra en el ámbito del deber ser, y no en el del ser, como lo sería el hecho de que una ley sea cumplida y aplicada en el cien por ciento de los casos, por ejemplo en la ley física causal sobre la caída de los cuerpos; por esto Kelsen señala que debe haber un grado de efectividad en la norma, señalando que no descienda a un mínimo donde no pueda obedecerse y aplicarse el acto condición, ni tampoco debe haber un máximo de eficacia cumpliendo en su totalidad y confundiendo con la ley natural.

### 3.- Condiciones para que la Norma sea Válida.

Después de haber anotado lo concerniente a los conceptos de validez y eficacia, a fin de apreciar mejor el modelo de validez de Kelsen, es menester precisar ahora cuáles son las condiciones nece

(87) Kelsen, Hans.- La Teoría Pura del Derecho.- Editora Nacional, S.A.- México 1981.- p.p. 102-103

sarías que la norma jurídica debe reunir para ser considerada como válida por la teoría pura:

Primera Condición.- "Para que se pueda hablar de una norma es preciso que exista la posibilidad de una conducta no conforme. Esta primera condición aparece muy clara como definición del Sollen. no tiene sentido una norma que prescribe algo que sucederá necesariamente..."(88) tal sería el caso de una norma prescribiendo la prohibición de los relampagos cuando hay lluvia, porque esto pertenece al mundo del ser e indefectiblemente se va a dar, a diferencia del mundo del deber ser, donde se daría la posibilidad de una conducta contraria porque no necesariamente se cumple, la norma sería aplicable sólo cuando ha sido violada.

Segunda Condición.- para que una norma sea válida es necesaria la efectividad, entendiendola como el hecho de ser aplicada, aunque su aplicabilidad se va a dar cuando se realice el acto o condición de la consecuencia, de esta manera existe la efectividad cuando se aplica realmente la norma.

Con todos los problemas consiguientes al considerar la eficacia como condición de validez, dada su relación entre sein y sollen, - tenemos que "...Kelsen se esfuerza en mostrar la relativa independencia de la validez respecto a la efectividad..."

"a) En primer lugar, es necesario destacar que la efectividad es un requisito general del ordenamiento jurídico...'El que la validez de un orden jurídico dependa de su efectividad no implica... que la validez de una norma aislada dependa de su efectividad. La norma jurídica aislada permanece válida mientras forma parte de un ordenamiento jurídico. El problema de determinar si una norma es válida se resuelve recurriendo a la primera constitución'...sin embargo en un escrito posterior Kelsen señala que...'cuando una nor-

(88) Calsamiglia, Albert.- Kelsen y la Crisis de la Ciencia Jurídica.- Editorial Ariel, S.A.- España 1978.- p. 130

ma jurídica permanece desprovista de eficacia de manera duradera... no puede ser considerada válida'..."(89) con esto Kelsen no consigue independizar la validez de la efectividad, porque cuando nos indica recurramos a la primera constitución a fin de determinar la validez de una norma, equivaldría a atribuirle validez al ordenamiento jurídico, no importando cual fuere este, siempre y cuando se supusiera la norma hipotética fundamental.

"b) En segundo lugar Kelsen señala que la validez es cronológicamente anterior a la efectividad...'Una ley recientemente dictada es válida aún antes de poder ser eficaz, en tanto que la ley no ha ya caído en desuso...hay pues siempre un período durante el cual una ley desprovista de efectividad conserva su validez por el hecho de que no ha sido derogada por una costumbre opuesta. Aun en el caso de desuso, la validez y la eficacia no deben ser confundidas'..."(90)

Ante esta pretendida distanciación cabría hacer un cuestionamiento, cuando Kelsen señala una norma válida por haber sido editada legalmente, pero aún sin efectividad, ¿qué sucedería si en una sociedad no se reunirán las condiciones necesarias para su cumplimiento y aplicación?, un razonamiento aceptable nos llevaría a considerar los dos principios, el de la validez (sollen) y el de la efectividad (sein), porque ambos son indispensables para deducir que una norma forma parte de un determinado ordenamiento jurídico. Además este es un buen argumento por el que resulta inconveniente el pretender separar forma de contenido, pues la efectividad pertenece a los hechos, al sein.

#### 4.- Fundamento de Validez.

El tema del fundamento de validez de una norma, se encuentra in

(89) Calsamiglia, Albert.- Op. Cit.- p. 133

(90) Calsamiglia, Albert.- Op. Cit.- p. 133-134



timamente ligada con el concepto del ordenamiento jurídico, porque este es un sistema de normas jurídicas, en este punto trataré de - determinar cual es el fundamento de la norma, y si la norma fundamental es verdaderamente una norma.

Anteriormente señale como una norma jurídica saca validez de otra edictada, así hasta llegar a la Constitución, y esta saca validez de una primera Constitución, llegando finalmente a la norma -- fundamental, dice Kelsen "...La búsqueda del fundamento de val-- lidez de una norma no puede conducir al infinito, a diferencia de lo que ocurre con la búsqueda de la causa de un efecto'...

"Al llegar a la primera constitución histórica, su fundamento - de validez ha de ser otra norma...como no existe una norma positiva superior será necesario suponer su existencia y admitir que las normas pueden no sólo ser queridas...sino también pensadas...Esta norma supuesta será la norma básica del sistema, fundamento de validez de este último y de todas las normas positivas que lo inte-- gran. Con respecto a ella dice Kelsen...'es una norma supuesta ya que no puede ser puesta por ninguna autoridad, cuya competencia -- tendría que estar fijada por otra norma aún superior. Su validez - ya no puede ser inferida de una norma superior; el fundamento de - su validez ya no puede ser cuestionado'..."(91) Precisamente como él lo señala, el fundamento de validez de toda norma en un ordenamiento jurídico es la norma fundamental, pero al no ser querida, - es decir emanada del acto voluntario de un legislador, sino supue<sup>g</sup>ta, es decir pensada por el legislador, comete uno de los más gran<sup>g</sup>des errores en su teoría científica del derecho porque es intangible e indemostrable llegar hasta ella. Al cuestionar la norma fun-

(91) Garzón Valdés, Ernesto.- Algunos modelos de Validez Normativa .- Cuadernos de Trabajo No. 21 del Instituto de Filosofía del Derecho.- Editorial Universitaria de la Universidad del Zulia .- Venezuela 1979.- p. 13

damental o grundnorm de si es verdaderamente una norma, sería necesario, para responder, recordar lo anotado respecto a la validez, - si usamos el mismo razonamiento la grundnorm no es una verdadera norma, porque no ha sido edictada mediante un procedimiento expreso para darle validez, no ha habido voluntad alguna en su proceso, a este respecto el jurista español Calsamiglia opina: "si la norma fundamental no tiene las características necesarias de toda norma, ¿por qué utiliza Kelsen la palabra norma?...porque aunque se le -- quiera llamar norma resulta que la Grundnorm no es una norma porque no es producto de la voluntad de una autoridad. Probablemente Kelsen utiliza la denominación de norma...principalmente porque la Grundnorm tiene como función eliminar las inconsistencias de la -- teoría..."(92) Aunque después se vio en la necesidad de abandonar el estudio de la grundnorm por considerarla una ficción.

#### 5.- Modelo de Validez de Francisco Suárez.

Hablar de Francisco Suárez es una experiencia agradable, sobre todo por su obra más conocida, De Legibus ac Deo Legislatore in X- Libros Distributus, lo mismo trata de aspectos del derecho, política y ética, tres temas esenciales no sólo a los ciudadanos, sino también a todo gobernante, porque las actividades del ser humano deben ser acordes al derecho y justicia en una comunidad política donde se busque el bien común de la misma sociedad.

De entre los modelos de validez que estudian a la norma jurídica y al sistema del cual son parte integrante, preferí el de Suárez por su enorme semejanza con el modelo Kelseniano, del cual se desprenden cuatro postulados básicos, mismos que tratare de cotejar:

Postulado 1.- En Kelsen la validez de la norma jurídica se da -  
 (92) Calsamiglia, Albert.- Kelsen y la Crisis de la Ciencia Jurídica.- Editorial Ariel, S.A.- España 1978.- p.p. 145-146

en el plano del deber ser, no en el del ser, presentando un abismo entre los dos. Suárez por su lado también "...busca el fundamento de validez de las normas no solo en los hechos, es decir en el plano del ser, sino en el de las normas..."(93) esto es, en el deber ser, pero a diferencia del jurista de Viena no las enfrenta porque y así quedo anotado cuando señale la teoría realista del conocimiento de Santo Tomás, no separa al ser y al deber ser, antes bien en la entraña misma del ser vamos a encontrar al deber ser, por eso Suárez las distingue pero no las separa.

Postulado 2.- Kelsen dice que si una norma es válida, se admite su existencia o viceversa, si existe la norma entonces es válida; Suárez de manera parecida establece que "...la equivalencia entre ley injusta, invalidez e inexistencia. Dicho de otro modo, ley válida (justa) y ley inexistente son términos analíticamente equivalentes..."(94) Hago la aclaración, Suárez escribio sobre el tema - del derecho en el año de 1612, por eso hace mención de la ley y no de la norma, además se puede agregar sobre la ley lo siguiente: para que sea verdadera ley ha de ser justa o válida, según conceptos actuales, porque la ley injusta para Suárez no es verdadera ley.

Postulado 3.- Kelsen señala el porque, si una norma es válida - entonces debe ser obedecida, en cuyo caso contrario los órganos correspondientes aplicarán la sanción respectiva. Suárez a pesar de ser teólogo y desprender la obediencia de cualquier ley dado la existencia de la ley eterna, enfoca el problema a las leyes del hombre, y así dice: "...En efecto, aunque la ley civil no se deduzca por decirlo así, especulativamente por una rigurosa consecuencia -

(93) Garzón Valdés, Ernesto.- Algunos modelos de Validez Normativa .- Cuadernos de Trabajo No. 21 del Instituto de Filosofía del Derecho.- Editorial Universitaria de la Universidad del Zulia .- Venezuela 1979.- p. 13

(94) Garzón Valdés, Ernesto.- Op. Cit.- p. 15

de los principios de la ley natural, sino que la da la voluntad -- del legislador como una determinación suya...se deduce...de una ma- nera práctica que esa ley humana debe ser obedecida...parece con- tradictorio que el hombre dé una verdadera ley y que ésta no obli- gue...sí es verdadera ley, se da con la intención de obligar y con poder para ello, porque para obligar basta el poder y la volun- tad..."(95) por ende la aplicación de la ley en caso de desobediencia la deja en manos de la autoridad civil, porque de ella emana - la ley.

Postulado 4.- Para Kelsen la norma será válida siempre y cuando sea edictada por la autoridad u órgano competente, y mediante el - procedimiento adecuado hasta llegar a su promulgación, por el cual sera obedecida. Suárez también es congruente con este postulado de Kelsen, y resalta la necesidad del órgano y procedimiento "...para dar leyes se necesita poder de jurisdicción...solo la rectitud o - justicia de la acción prescrita por la ley no basta para que una - ley sea propiamente obligatoria y por eso, aunque en la formación- de las leyes es necesario la prudencia y deben intervenir los conse- jos de los sabios, sin embargo esos consejos no bastan ni falta- la voluntad de la cual la ley recibe la fuerza y el ser de la ---- ley..."(96) a diferencia de Kelsen, Suárez si agrega contenido a - la norma, cuando nos habla de rectitud y justicia, la ley debe ser justa.

Es sorprendente como coinciden estos dos modelos de validez, a- pesar de ser dos pensamientos distintos, incluso tienen que recu- rrir a normas extrapositivas, es decir, para Kelsen el fundamento- del derecho es la norma hipotética fundamental, no creada sino su- puesta, en cambio para Suárez de la ley eterna, cuyo legislador es Dios, se deriva la validez de las leyes humanas porque estas deri- van de aquella.

(95) Garzón Valdés, Ernesto.- Op. Cit.- p. 16

(96) Garzón Valdés, Ernesto.- Op. Cit.- p. 14

## 6.- Sanción y Coerción.

Quando se hizo mención de las normas en general señale una característica que es única entre las normas jurídicas, lo que las hace distinguirse de las demás, llamense morales, técnicas, de seguridad o como fuere, siendo precisamente este el carácter coactivo, toda norma jurídica es coercible; también quedo asentada la manera de relacionarse el antecedente de la norma con su consecuente y como en caso de incumplimiento trae aparejada la sanción correspondiente.

Así pues, sanción y coerción son términos intimamente ligados, pero con significados diferentes, veamos sus conceptos: "La sanción puede ser definida como consecuencia jurídica que el incumplimiento de un deber produce en relación con el obligado. Como toda consecuencia de derecho, la sanción encuéntrese condicionada por la realización de un supuesto."(97) Por ende, la sanción solo aparece y tiene efectos jurídicos, cuando se produce la consecuencia, siendo esta (la sanción) pecuniaria o privativa de la libertad según haya sido la materia (administrativa, penal, etc.).

En cambio vamos a entender por coerción a "...la aplicación forzada de la sanción..."(98) la cual en una sociedad es necesaria si se quiere hacer cumplir con la ley, pues no es suficiente con que nos marque la conducta a realizar, sino se necesita obligue incluso por la fuerza en caso muy necesario, a cumplir con los preceptos legales querase o no, porque el derecho pretende con esta característica evitar dañar los intereses legítimos de los demás, o simplemente cumplir con lo establecido en la norma. Por ende la sanción y coerción, no son sinónimos pero tampoco nociones antago-

(97) García Maynez, Eduardo.- Introducción al Estudio del Derecho. Editorial Porrúa, S.A.- México 1978.- p. 295

(98) García Maynez, Eduardo.- Op. Cit.- p. 298

nicas, pues mientras la primera es una consecuencia de la norma, - la segunda consiste en su realización efectiva.

#### 7.- Crítica.

El tema de la validez en la teoría pura del derecho, ha sido ampliamente tratada por muchos estudiosos del derecho, precisamente porque es la que le da la vida a la norma fundamental, pues esta es el fundamento de validez de todo el derecho, es digamos así, - su existencia, por esto en Kelsen la norma válida es la norma exigente, también significa para él aquella norma que deberá ser obedecida y aplicada, aunque traiga consigo ambigüedad en el concepto.

Cuando Kelsen trata el estudio de la validez normativa, le esta otorgando unidad a su teoría, con el fin de elevarla a categoría de ciencia normativa, entendiéndolo por concepto unitario del derecho a un único fundamento de validez, es decir la Grundnorm, consecuentemente al criticar el significado de validez a su vez se esta criticando el tercer elemento propuesto por Kelsen, para hacer de la teoría pura una ciencia jurídica, me refiero a la Unidad.

El jurista Español Calsamiglia, señala el error cometido por -- Kelsen quien, "...es conciente de la insuficiencia y ha afirmado - que la validez de la teoría pura es hasta cierto punto limitada, - ya que la norma fundamental no es una norma de derecho positivo y por tanto la validez...del derecho no está basado en este mismo derecho positivo...'La doctrina Positivista'...dice Kelsen...'reconoce la existencia de este limite que impide ir hasta el final del - positivismo jurídico'...La unica manera que ve Kelsen de fundamentar la validez del derecho positivo es a través de la norma fundamental y a pesar de sus insuficiencias construye su sistema en base a esa norma."(99)

(99) Calsamiglia, Albert.- Kelsen y la Crisis de la Ciencia Jurídica.- Editorial Ariel, S.A.- España 1978.- p. 143

Precisamente por esa ambigüedad del concepto de validez, y fundamentarla en una norma extrapositiva, su teoría pura del derecho peca de inconsistencia, considero que sería diferente si Kelsen hubiera seguido no el modelo Kantiano, sino el Suárezista, así es más sencillo fundamentar al derecho porque es dado por un legislador e terno, y no en un supuesto. Ahora bien Kelsen pone a la eficacia - como condición de la validez, incluso utiliza indistintamente dicho término con el de efectividad, olvidándose del significado --- real, la primera se traduce más bien a lo que es eficaz, decimos u na norma es eficaz cuando ha cumplido con su finalidad, en cambio al decir efectividad se estaría interpretando correctamente el con cepto, pues de inmediato la relacionamos con la obediencia de la - norma y su aplicabilidad.

## E.- LA TEORIA GRADUAL DEL ORDEN JURIDICO (LA NORMA FUNDAMENTAL).

## 1.- Introducción.

Al hablar de la teoría gradual del orden jurídico, la primera impresión de uno es que se trata de una idea escalonada, mediante la cual se va a ordenar algo jurídicamente hablando, ciertamente así es, pero para entender su significado pensemos en una biblioteca donde el bibliotecario quiere ordenar los libros, utilizando un criterio los ordena sistemáticamente, ya sea por autores, colores, tamaño, en fin, como se le ocurra según sea su finalidad.

Muy parecido ocurre con la teoría gradual, entendiéndose como biblioteca al derecho, el bibliotecario viene a ser el juez, legislador u órgano, los libros son las normas jurídicas y el criterio-ordenador es la norma hipotética fundamental porque es ella quien va a decidir cual es la norma general, en este caso es la constitución, misma que dota de validez a otras de carácter individual, esto implica una subordinación entre la norma inferior y la superior y esta a su vez a una más general, así hasta llegar al fundamento de toda validez, la grundnorm.

Por lo anterior consideremos al orden como un sistema de normas al respecto nos dice Kelsen: "El Derecho como orden u orden jurídico, es un sistema de normas jurídicas. Y la primer cuestión que importa aquí contestar, la ha planeado la Teoría Pura del Derecho en la siguiente forma: ¿Qué es lo que funda la unidad de una pluralidad de normas jurídicas?, ¿Por qué una determinada norma jurídica pertenece a un orden jurídico determinado?".(100) tratando de responder a dichas preguntas, dire que: a la primera cuestión es la norma fundamental quien da plena validez a las normas, pues por la

(100) Kelsen, Hans.- La Teoría Pura del Derecho.- Editora Nacional S.A.- México 1981.- p. 94



pluralidad de ellas es como se forma la unidad; para la segunda -- pregunta tenemos nuevamente a la norma fundamental pues por ende -- pertenecen a dicho orden jurídico.

La importancia del estudio de la grundnorm es evidente, para -- comprender como en torno a sí misma se crea un orden jerarquicamen te escalonado de lo general a lo individual, además con la teoría-gradual del orden jurídico es como Kelsen introduce el segundo ele mento a su teoría pura del derecho, a fin de elevarla a ciencia ju rídica, me refiero a la noción de sistema.

## 2.- La Norma Hipotética Fundamental.

En Kelsen la norma hipotética fundamental juega un papel impor tante, sin ella la teoría gradual del orden jurídico no podría con cebirse, por eso me pregunto que hay en torno a esta norma funda mental, para responder creo conveniente desglosar el concepto en - tres elementos: la norma, lo hipotético y lo fundamental.

1) Norma.- la considera como verdadera norma porque la ubica en la esfera del deber ser, el cual es propio del derecho.

2) Hipotética.- no es para él una norma puesta por el legisla-- dor ni edictada conforme a un procedimiento, sino pensada aceptan-- dose su existencia sin discusión.

3) Fundamental.- su necesidad resulta evidente, es ella quien - da validez a todo el ordenamiento jurídico, da fundamento y cuerpo al derecho.

Creo que con lo anterior queda claro porque la grundnorm para - Kelsen es una norma hipotética fundamental, y la razón por la cual la moldea dándole forma, a este respecto escribe: "La Teoría Pura- del Derecho opera con esta norma fundamental considerándola como - fundamento hipotético. Bajo la suposición de que ella vale, vale - también el orden jurídico que sobre ella descansa..."(101)

(101) Kelsen, Hans.- Op. Cit.- p. 99

Es esta grundnorm quien se constituye como principio preconstitucional otorgándole validez a la constitución, siendo válidas a su vez las leyes emanadas de la misma al fundamentarse en algo superior y general.

Siguiendo el esquema del maestro de Viena, en la cúspide de la pirámide se encuentra la norma fundamental, y en la base a la norma individualizada, pasando por diversos grados de jerarquía normativa, es de aclararse que Kelsen con la teoría gradual conoce exclusivamente su objeto, y responde a la pregunta ¿qué es el derecho?.

### 3.- Pirámide Kelseniana.

Con este tema tratare de responder a la pregunta ¿cómo es el derecho?, a fin de estar en disposición de saber como se crea y se aplican las normas jurídicas dentro del ordenamiento, comenzaré con un concepto: "En la teoría Kelseniana... la concepción gradual del ordenamiento... 'es un sistema de normas generales y particulares - que están unidas unas a otras por el hecho de que la creación de cada una de las normas que pertenecen al sistema está regulada por otra norma sistema y en último término por la norma fundamen-----tal'..."(102) dándole una interpretación a lo conceptuado me estaré indicando una obediencia al legislador originario llámese como se llame, porque una norma jurídica saca su fuerza y validez de otra superior, la cual a su vez la obtiene de otra aún más superior y de otro nivel hasta llegar a la grundnorm; si se quiere esquematizar la ruta seguida de una norma, desde la más sencilla de un grado inferior a la más compleja o de un grado superior, se tiene la impresión de una pirámide escalonada, a manera de ejemplo analizaré a continuación la pirámide Kelseniana en cuatro grados o niveles,-

(102) Calsamiglia, Albert.- Kelsen y la Crisis de la Ciencia Jurídica.- Editorial Ariel, S.A.- España 1978.- p.p. 107-108

Omitiendo los escollos que permitan subdivisiones anexas a dichos estratos.

Primer Nivel.- encontramos a la grundnorm, de la cual emana toda validez porque es una norma no puesta por ninguna autoridad sino supuesta por el legislador.

Segundo Nivel.- Kelsen ubica a la constitución, "...tomada en el sentido material del vocablo, cuya función esencial consiste en regular los órganos y el procedimiento de la producción jurídica general, es decir de la legislación."(103) Kelsen considera a la constitución desde el punto de vista material porque se refiere a aquellas normas de carácter positivo que permiten la creación de normas jurídicas generales, en cambio viendole en su aspecto formal, es decir en cuanto al documento, no sólo contendría a las normas jurídicas reguladoras sino también se abarcarían aspectos de índole política; la constitución en base a la validez proporcionada por la grundnorm, regula la creación de los órganos encargados de crear leyes siguiendo el procedimiento en ella señalados, por eso cuando no se ha seguido un proceso correcto o la nueva ley contiene prescripciones atentatorias a las libertades tuteladas por la constitución, decimos que la aplicación de determinada ley o norma es inconstitucional porque no tiene la validez plena emanada de las normas generales consagradas en la misma.

Tercer Nivel.- aquí se ubica a la legislación, "...cuya función no sólo consiste en determinar los órganos y el procedimiento de las normas individuales que originariamente ha de ser dictadas por los tribunales y por las autoridades administrativas, sino también y sobre todo, el contenido de las mismas."(104) esto significa que

(103) Kelsen, Hans.- La Teoría Pura del Derecho.- Editora Nacional S.A.- México 1981.- p. 109

(104) Kelsen, Hans.- Op. Cit.- p.p. 110-111

el órgano reconocido por la constitución para crear normas individuales es el legislativo y mediante un proceso seguido por él desde donde se le presentan las iniciativas de ley hasta su promulgación, como podrían ser la ley penal, mercantil o civil, así mismo va a determinar a la autoridad sea administrativa o jurisdiccional la cual es competente para conocer la norma individual legislada, también señala el procedimiento a seguir por dicha autoridad aplicando la norma recién creada y contando según sea la materia de un ordenamiento de procedimientos penales o administrativos, si ese fuera el caso.

Junto a la legislación, ocupando el mismo nivel se encuentra la costumbre, siendo esta, el uso reiterado de determinada conducta - por los miembros de una sociedad y con el paso del tiempo adquiere categoría de verdadera ley, siendo su observancia de carácter general, aunque la constitución no las haya contemplado, "En caso de que la Constitución no habilite a la costumbre para la creación de normas jurídicas -escribe Kelsen- será necesario suponer una norma fundamental que instituya como hecho creador de derecho no sólo -- los hechos de la constitución...sino igualmente los hechos consuetudinarios que presentan ciertos caracteres." (105) por ende la costumbre introduce efectividad en la validez.

Cuarto Nivel.- aquí se encuentra la jurisdicción, administración y negocio jurídico:

1) respecto a la jurisdicción es necesario precisar "...si se da in concreto una situación de hecho que la norma general determina in abstracto, y es necesario que para este caso concreto se realice un acto coactivo concreto, que esta igualmente prescrito in abstracto por la norma general." (106) con esto Kelsen nos indica (105) Calsamiglia, Albert.- Kelsen y la Crisis de la Ciencia Jurídica.- Editorial Ariel, S.A.- España 1978.- p. 161

(106) Kelsen, Hans.- La Teoría Pura del Derecho.- Editora Nacional S.A.- México 1981.- p. 114

que la norma general, si bien determina la condición y establece - la consecuencia, no es suficiente deberá individualizarse, a los - tribunales les corresponde hacerlo, esto es, comprobar la comisión de un hecho lícito (condición) y establecer la pena correspondiente (consecuencia).

2) en lo tocante a la administración, si bien su actividad es - diferente a la jurisdicción, porque en tanto una se organiza jerarquicamente, por ejemplo en los funcionarios públicos o el consejo-directivo de una sociedad mercantil, la otra depende en mucho del juez, pero en ambos las funciones son semejantes, esto es, individualizar las normas generales de su competencia.

3) en el negocio jurídico, la creación y aplicación de una norma jurídica se puede atribuir al particular siempre y cuando en el ordenamiento jurídico se confiera validez a determinados actos, -- tal sería el caso cuando los particulares establecieran el hecho - condicionante, pero su consecuencia queda sujeta a la norma jurídica creada por ellos o por la norma general, por ende el incumplimiento o violación al hecho condicionante se subordina a la intervención de los órganos estatales a fin de aplicar las consecuencias.

Después de haber analizado la estructura piramidal de Kelsen, - se concluye que no basta el saber si una norma es válida, por ha-- ber seguido el procedimiento señalado, y el contenido de la norma-- creada sean prescritos por la norma jerárquica superior, será im-- prescindible preguntarse quien esta creando la norma y la finalidad propuesta, esto es, responder a la pregunta ¿cómo es el derecho?--

#### 4.- La Consistencia y Completud.

Cuando expuse el tema de la teoría gradual, señale su importancia, pues Kelsen quiere elaborar partiendo de su teoría pura del - derecho una ciencia jurídica autónoma, sistemática y unitaria; si - se quiere mediante el ordenamiento jurídico, que la ciencia juríd

ca sea sistemática, deberá reunir dos condiciones: la consistencia y la completud.

La Consistencia significa que dentro del ordenamiento jurídico no se presente un conflicto de normas, el cual puede llegar a producirse porque alguna norma no fué edictada conforme a la superior, sólo hay supuestos donde se presentaría este conflicto: cuando el problema es entre normas de la misma jerarquización, o sean de diferente grado.

Primer supuesto.- al presentarse un conflicto de normas o antinomia de igual jerarquía, es decir el precepto de un código difiere con otro precepto legal del mismo, Kelsen lo soluciona aplicando el llamado principio cronológico de -la ley posterior deroga a la ley anterior- aunque, "...reconoce que el criterio cronológico no puede solucionar todos los casos posibles de antinomia, pues es posible que las normas en conflicto hayan sido edictadas simultáneamente. Para este caso...señala dos criterios: o los órganos encargados de aplicar la ley tienen el poder de elegir entre las normas antinómicas o bien hay que considerar que...sólo se contradicen parcialmente y...por tanto una de las normas limita la validez de la otra."(107) un criterio de solución así planteado por Kelsen sería difícil de precisar, porque quedaría en el aire sí en todos los casos se llegara a un arreglo tal, me pregunto qué sucedería - sí el órgano judicial no posee el criterio suficiente para señalar de entre las normas en conflicto cual es la válida, mientras no se llegue a un arreglo satisfactorio las dos antinomias son validas,- y esto conduce a una inconsistencia del sistema.

Segundo supuesto.- cuando las normas de grado diferente entran en conflicto, para Kelsen esto no se da, porque "...El carácter alternativo de la norma superior determinante de la inferior, excluye la posibilidad de que la norma inferior aparezca en contradic--

(107) Calsamiglia, Albert.- Kelsen y la Crisis de la Ciencia Jurídica.- Editorial Ariel, S.A.- España 1978.- p. 108

ción lógica efectiva con la superior..."(108) más sin embargo en la práctica con frecuencia la recién promulgada norma inferior entra en conflicto con la norma superior, por ejemplo: en el diario oficial de la federación del día 26 de diciembre de 1986, se publicó un decreto modificando el artículo 13 de la ley orgánica de la administración pública federal, señalando que tratándose de las leyes o decretos expedidos por el Congreso de la Unión, sólo se requiriera el refrendo del titular de la Secretaría de Gobernación, - más sin embargo el artículo 92 constitucional señala que todos los reglamentos, decretos, acuerdos y ordenes del Presidente deberán estar firmados por el secretario de estado o jefe de departamento administrativo al cual el asunto corresponda, sin este requisito - no serán obedecidas; en este caso aparece clara una contradicción entre dos normas vigentes, una inferior y otra superior, me pregunto donde quedo la exclusión de la posibilidad planteada por Kelsen, así pues, al existir y en la práctica se de el conflicto de normas, se concluye que la ciencia jurídica no es consistente.

La Completud, también conocida como noción de lagunas del derecho, son para Kelsen una ficción, escribe "...no hay empero auténticas lagunas, en el sentido de que un litigio jurídico no fuera susceptible de decisión conforme a las normas verdaderas, porque la ley...no pudiera aplicarse por falta de un precepto referible a -- ese caso."(109) Kelsen por lo anterior asegura que no hay lagunas en el derecho, pues si alguna norma no se pudiera aplicar al caso concreto no es por faltar el precepto legal, sino porque la conducta en cuestión esta permitida, dicho en otras palabras, si algo no está prohibido entonces está permitido. Más sin embargo aunque él no lo acepte así, las lagunas del derecho siempre se presentan tan solo cuando nace a la vida jurídica una nueva ley, en virtud de --

(108) Kelsen, Hans.- La Teoría Pura del Derecho.- Editora Nacional, S.A.- México 1981.- p.p. 124-125

(109) Kelsen, Hans.- Op. Cit.- p.p. 124-125

que aún no hay jurisprudencia al respecto, ni se conoce con exactitud el alcance de su aplicación, por eso la ciencia jurídica tampoco es completa al existir la posibilidad de lagunas en el derecho.

#### 5.- Crítica.

Hans Kelsen ya en la edad madura, se da cuenta de lo equivocado que estaba respecto a sus pretensiones científicas, su teoría pura del derecho no es sistemática, pues ante la realidad práctica del derecho debe reconocer la existencia de normas en conflicto dentro del ordenamiento jurídico, así como de lagunas en el derecho lo cual no le permite ser una ciencia sistemática.

Probablemente la muerte acecha con demasiada rapidez a Kelsen, negándole la oportunidad de rectificar su planteamiento científico pero vive lo suficiente para reconocerlo cuando quiso encontrar en la norma hipotética fundamental, el fundamento del derecho y eje motor de la teoría gradual del ordenamiento jurídico, así "A sus ochenta y tres años, y tras medio siglo de polémicas... El Jurista Vienes, considerado como el principal exponente del positivismo jurídico, reconoce que su teoría pura está basada en una ficción... dice Kelsen... 'he hablado de normas que son el contenido significativo de un acto de volición. En mi doctrina, la norma básica fue siempre concebida como una norma que no era el contenido significativo de un acto de volición sino que estaba presupuesto por nuestro pensamiento. Debo ahora confesar que no puedo seguir manteniendo esta doctrina, que tengo que abandonarla. Pueden creerme, no ha sido fácil renunciar a una doctrina que he defendido durante décadas. La he abandonado al comprobar que una norma (sollen) debe ser el correlato de una voluntad (wollen). Mi norma básica es una norma ficticia basada en un acto de voluntad ficticio que realmente no existe.'..."(110)

(110) Calsamiglia, Albert.- Kelsen y la Crisis de la Ciencia Jurídica.- Editorial Ariel, S.A.- España 1978.- p. 123



Kelsen al expresarse así, denota gran honestidad como jurista - al denotar que si una norma ha de dar validez al derecho positivo, sería una ficción y error encumbrar a la norma extrapositiva, es - decir supuesta y no puesta por la voluntad, edictada la norma conforme a un procedimiento expreso para hacerlo.

## F.- EL OBJETO DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN KELSEN.

### 1.- El Derecho como Ciencia Jurídica.

Kelsen quiere elevar al derecho a categoría de ciencia con características propias: autónoma, sistemática y unitaria, diferenciándola de otras ciencias, a este respecto escribe: "...El Derecho es un fenómeno social, pero la sociedad es un objeto completamente diferente de la Naturaleza, en tanto conexión completamente diferente de elementos. Si la ciencia jurídica no ha de disolverse en la Ciencia Natural, el Derecho tiene que ser distinguido de la naturaleza con toda nitidez..."(111) la manera en como se va a distinguir, más bien a enfrentar la ciencia del derecho y de la naturaleza es delimitando al ser con el deber ser, esto es, el mundo del ser perteneciente a las normas o leyes de tipo natural, partiendo del principio físico causal, si A es, tiene que ser B, en cambio las normas jurídicas al pertenecer al mundo del deber ser aplican el principio de imputación, si A es, debe ser B.

Lo anterior ya ha sido asentado en otra parte, pero aquí no queda todo, es necesario que así como en el estudio de las leyes científicas de la naturaleza tiene su objeto y metodología propios, para llegar al conocimiento de lo que les rodea, el derecho también debe tener su objeto y método, solo así la nascente ciencia jurídica puede estudiar sistemáticamente de una manera científica los dos cuestionamientos sobre los cuales gira la teoría pura del derecho, ¿qué es? y ¿cómo es?; además de no necesitar auxiliarse de otros conceptos o saberes, ideologías como las llama Kelsen, será autónoma cuando evite el sincretismo metodológico, es decir utilizar varios métodos para conocer un solo objeto.

(111) Kelsen, Hans.- La Teoría Pura del Derecho.- Editora Nacional, S.A.- México 1981.- p. 26

## 2.- Concepto de lo Jurídico en Kelsen.

El significado de lo jurídico tiene una estrecha relación con la conducta normada del hombre "...Según Kelsen...una conducta humana cualquiera solò es jurídica cuando está relacionada con una norma..."(112) esta es una verdad indiscutible porque el hombre en carnado en la sociedad realiza a diario actos diversos: físicos, intelectivos o bien contractuales. Al respecto Kelsen pone especial énfasis al determinar el carácter subjetivo u objetivo del acto, en su teoría pura del derecho se "...infiere la necesidad de distinguir entre el sentido subjetivo y el objetivo de un acto. El sentido subjetivo puede, pero no tiene que coincidir con el sentido objetivo que corresponde a ese acto en el sistema de todos los actos jurídicos, es decir, en el sistema del Derecho. Lo que hizo el famoso capitán de Koepnick fué un acto que, de acuerdo con su sentido subjetivo, quería ser una orden administrativa, pero objetivamente no fué esto, sino un delito..."(113) a fin de entender lo anterior, el capitán de quién quién se hace mención, fué un humilde ciudadano el cual penso la manera de tener más dinero, y viéndose de capitán consiguió le fuera entregado dinero de el municipio de dicha ciudad.

De este ejemplo se desprende que la ciencia jurídica se inclina al sentido objetivo de la conducta humana, pero no debe menospreciarse el subjetivo, porque antes de realizarse y concretarse fué ideado en la mente del hombre, algo semejante ocurre con el legislador, quien primero piensa subjetivamente las normas y después objetivamente las traslada al campo de su cumplimiento y aplicación.

(112) Calsamiglia, Albert.- Kelsen y la Crisis de la Ciencia Jurídica.- Editorial Ariel, S.A.- España 1978.- p. 63

(113) Kelsen, Hans.- La Teoría Pura del Derecho.- Editora Nacional, S.A.- México 1981.- p. 29

### 3.- El Objeto de la Ciencia Jurídica.

Cuando se estudia alguna ciencia, lo primero que se determina es su objeto, "...Para Kelsen el objeto de la ciencia jurídica es el conjunto ordenado de normas coactivas, es decir el ordenamiento jurídico...considera que la jurisprudencia científica debe estudiar el deber ser característico de las normas con independencia de si esa conducta que prescriben las normas se da en la realidad. En otras palabras...describe las normas jurídicas que constituyen un ordenamiento."(114) así el maestro Viena, viendo al derecho como un conocimiento, el objeto de la ciencia jurídica no es más que el conjunto ordenado de las normas coactivas, porque una conducta humana sólo es jurídica cuando la relacionamos con dichas normas.

Un aspecto íntimamente relacionado con el tema lo son sin dudas las proposiciones jurídicas, porque pueden llegar a confundirse -- con las normas, puesto que mediante aquellas la ciencia del derecho, a semejanza de las normas, describen su objeto, la manera como podemos distinguir las según Kelsen es así: "...'las normas jurídicas...son creadas por los órganos jurídicos y deben ser aplicados por ellos y obedecidas por los sujetos. Las proposiciones jurídicas son juicios hipotéticos que enuncian respecto un cierto orden jurídico nacional o internacional, que si ciertas condiciones definidas por este orden son realizadas, ciertas consecuencias que el orden jurídico determina deben tener lugar'..."(115)

Con el fin de entender mejor la diferencia planteada, dire que mientras las proposiciones describen, las normas prescriben ya sea ordenando o prohibiendo algo, también las normas pueden ser válidas o inválidas, en cambio las proposiciones no participan de esa validez por no haber sido creadas por la autoridad.

(114) Calsamiglia, Albert.- Kelsen y la Crisis de la Ciencia Jurídica.- Editorial Ariel, S.A.- España 1978.- p.p. 62-63

(115) Calsamiglia, Albert.- Op. Cit.- p. 71

### **CAPITULO III.- EL METODO PURO EN KELSEN.**

<b>A.- El Método Científico y el Objeto de la Ciencia.</b>	<b>106.</b>
<b>B.- El Método en el Idealismo Crítico.</b>	<b>111.</b>
<b>C.- La Teoría Pura del Derecho como Método Puro.</b>	<b>115.</b>
<b>D.- La Teoría Pura del Derecho como Filosofía del Derecho.</b>	<b>120.</b>

## A.- EL METODO CIENTIFICO Y EL OBJETO DE LA CIENCIA.

### 1.- Método en la Ciencia Natural y en la Ciencia Jurídica.

El método, atendiendo a su raíz griega significa *metá*= al lado y *odos*= camino, consecuentemente se puede conceptuar como: el camino o pasos a seguir para alcanzar la meta u objetivo propuesto, este varía entre una ciencia y otra, dependiendo del objeto de conocimiento. Respecto a las ciencias naturales, lo más conveniente no es partir de un estudio de principios generales, sino particulares e individuales, es decir de la parte más pequeña al todo o general, me refiero al método inductivo, el cual permite observar con mayor detalle algún hecho o cuerpo orgánico u inorgánico, mediante cuatro fases que conforman el método de las ciencias causales:

1) fase de observación.- por ella el científico pone especial atención a su objeto, a fin de apreciar mejor su estructura o comportamiento, para lo cual hace uso de instrumentos o herramientas de trabajo, según sea el caso (tijeras, microscopio).

2) fase de la hipótesis.- una vez observado el objeto, se hace un cuestionamiento acerca del mismo, esto se va a explicar provisionalmente en mi intelecto la causa de lo que se vio.

fase de experimentación.- la intención en todo momento es responder a las preguntas formuladas en la fase anterior, por ejemplo si se observa el calentamiento de un trozo de cobre, uno se pregunta si el calor es suficiente para derretirlo.

4) fase de la verificación.- es el descubrimiento de una nueva teoría o de la ley físico causal, en el ejemplo anterior se trata de la teoría del calor sobre los cuerpos.

En base a estos sencillos pasos es como las ciencias naturales conforman su metodología llegando al conocimiento, con la característica de ser a posteriori, porque se emplea la experimentación para adquirir mayor experiencia; la ciencia jurídica rehuye de todo procedimiento usado por las ciencias naturales, la razón queda

anotada en palabras de Kelsen: "...quiere conocer única y exclusivamente su objeto. Procura responder a las preguntas sobre qué es y cómo es el derecho, pero no a la cuestión de como debe ser o como debe elaborárselo..."(116) las dos últimas preguntas son más -- propias de las ciencias naturales, y Kelsen para responder a las -- dos primeras hace uso del llamado método puro, solamente así, nos dice, se puede garantizar el conocimiento dirigido al derecho.

El uso del principio de imputación, ya sin corrientes ideológicas extrañas al propio estudio del mismo, consiste en el mejor método para alcanzar el conocimiento y no necesitar de las fases que comprenden la metodología de las ciencias naturales, excepción hecha a mi parecer de la hipótesis, porque él fundamenta al derecho en una norma fundamental hipotética que prevé la conducta humana.

## 2.- Objeto en la Ciencia Natural y en la Ciencia Jurídica.

Una ciencia sea física, biología o historia, en su conjunto se constituye por la complejidad de ideas, teorías, axiomas y sobre todo de verdades, además hay otras ciencias no menos importantes -- pero se considerarán como auxiliares de otra general, por ejemplo la biología se auxilia de la botánica, zoología; esta diversidad de -- conocimientos requiere un método apropiado, porque su objeto es -- muy específico a cada una, antes de llegar a este objeto y más aún al objeto de las ciencias que estudian a la naturaleza es necesario dar un concepto general "...La ciencia es un conjunto de verdades sistematizadas de manera demostrativa..."(117) esta idea global de ciencia encaja perfectamente en aquellas cuyo método es aplicable al ser físico causal, es decir llegar a demostrar metodológica

(116) Kelsen, Hans.- La Teoría Pura del Derecho.- Editora Nacional, S.A.- México 1981.- p. 25

(117) Larroyo, Francisco.- La Lógica de las Ciencias.- Editorial -- Porrúa, S.A.- México 1967.- p. 299

mente una verdad conocida o susceptible de conocer, formulando teorías o leyes.

Cuando queremos llegar a la verdad planteada, nos fijamos una finalidad, según esta será el método a aplicarse, por ello debemos conocer en que consiste el objeto de una ciencia, porque "...se reconocen dos clases de objetos, según su existencia: los objetos -- reales y los objetos ideales; los primeros son aquellos que existen en el tiempo y en el espacio (como los cuerpos), o simplemente en el tiempo (como los hechos psíquicos)...los objetos ideales no poseen este carácter espacio-temporal...sin embargo, son portadores de una consistencia tal, que nadie puede dudar que existen ya que son susceptibles de ser pensadas por todo sujeto."(118)

De lo anterior podemos desprender lo siguiente, las ciencias naturales al moverse en el campo de los hechos (ser) su objeto consiste en describir y explicar los fenómenos que ocurren en la naturaleza, particularizando entre sus disciplinas o ciencias, y así tenemos dentro del contexto general de objetivos otros conceptos -- mas particulares, por ejemplo la biología tiene por objeto estudiar a los seres vivos, describiendo su comportamiento y explicándose -- mediante teorías, la esencia de la vida, y así podría continuar -- con otras ciencias porque hay diversidad de ellas, de métodos y objetos, pero todos sistematizados y encuadrados en un concepto unitario y general.

El derecho por pertenecer al mundo normativo o de las ideas (deber ser), tiene un objeto completamente distinto a los mencionados, para Kelsen, consiste en la validez del ordenamiento jurídico.

### 3.- El Método Científico.

Es innegable lo valioso, no solo en tiempo sino en esfuerzo, la-  
(118) Larroyo, Francisco.- Op. Cit.- p. 318



aplicación de una metodología en las ciencias, porque cuando el filosofo anda en busca de la verdad o el médico quiere hayar la cura de determinada enfermedad, o el físico pretende explicar los fenómenos causales, si no hacen uso correcto del mismo jamás llegarán a soluciones concretas, o en el supuesto del uso incorrecto, también acarreará fracasos y resultados infructuosos. A fin de evitar dichos peligros a los cuales todo científico se arriesga, ha de fijarse primero en el fin a conseguir y decidiéndose por un método - específico, con la intención de que este le sea una útil herramienta, aunque por si solo un método no va a alcanzar los objetivos -- propuestos, mucho cuenta el talento y la capacidad de las personas y por supuesto inclinarse por la manera de estudiar la cosa en si, ya sea por el método analítico partiendo del efecto a la causa, -- (de lo general a lo particular), o bien el método síntetico quienes a contrario sensu va de la causa al efecto (de lo particular a lo general), a mi manera de ver considero más apropiado el método-síntetico, porque va comprendiendo poco a poco las partes del todo hasta llegar a la unidad total del conjunto en si, por ejemplo: al médico se le facilita encontrar la cura de alguna enfermedad al estudiar la bacteria o virus como causa de la misma.

#### 4.- Comentario.

Para Kelsen, la ciencia jurídica sera autónoma de otra ciencia- cuando emplee una metodología propia, la cual le permita delimitar su objeto de conocimiento, a fin de conseguir esto se ve en el --- principio de imputación, como método, el medio seguro para distinguir y separar el objeto de conocimiento de la ciencia natural, aquí no hay tanto problema dado que tanto el método y objeto de una y otra son diferentes.

Pero cuando se quiere delimitar el método y objeto de la ciencia Kelseniana como normativa, con otras ciencias también normativas, (sociología, ética, política), es cuando tiene sus dificultades.

des porque pretende ignorar mucha de la realidad social en la cual se desenvuelve el derecho, pues "El proyecto de Kelsen ha sido estudiar la estructura del derecho y de la norma jurídica desconectándola metodológicamente de la realidad social. El objeto de la ciencia jurídica es el estudio del sistema de normas jurídicas que constituyen un ordenamiento...Pero es preciso examinar si Kelsen puede seguir su método hasta el final y si tiene que recurrir en última instancia a la realidad social para que su teoría sea una teoría general del derecho positivo. El recurso a la realidad social implica la inconsistencia metodológica y la infidelidad al postulado de la pureza. si no se recurre a la realidad social, la teoría general del derecho positivo como pretende, pues teoría y realidad podrían ir por caminos diferentes."(119)

Imaginemos a un sujeto encerrándose en su mundo ficticio e intocable abstraído de toda realidad, se le tomaría como loco, con esto no estoy diciendo que Kelsen caería en el supuesto de la locura, pero sí tendría enormes dificultades con el mundo a su alrededor y la realidad social, al tratar de aislar su teoría pura del derecho de dicha realidad se torna vulnerable e inconsistente, al querer reducir el derecho a una forma pura sin contenidos, esto es, aislar forma y contenido, introduce sin ser esa su intención, contenido en la forma, como quedo señalado en el capítulo segundo de esta tesis.

(119) Calsamiglia, Albert.- Kelsen y la Crisis de la Ciencia Jurídica.- Editorial Ariel, S.A.- España 1978.- p. 25

## B.- EL METODO EN EL IDEALISMO CRITICO.

### 1.- Noción del Método Crítico Idealista.

El hablar del método crítico implica hablar de Kant, porque él es el máximo exponente de esta doctrina, el objeto del criticismo es querer conocer la verdad, además es una crítica idealista porque su objeto de conocimiento se encuentra en las ideas.

Kelsen por su parte es un gran seguidor de Kant, con las nociones del idealismo crítico parte del antagonismo entre el ser y el deber ser, haciendo todo un método del conocimiento, "...el punto de partida de toda filosofía crítico-idealista. Esta cuestión es... la solución criticista al problema de la relación ontológica entre ser y conocer: para el idealismo crítico...también para Kelsen... el conocer prefigura el ser, y por eso el conocimiento es creador del objeto..."(120) así la aplicación del método crítico-idealista en la teoría del conocimiento constituye la fuerza motora del sistema de la ciencia jurídica, dividiéndose consecuentemente el conocer, en dos direcciones: una de ellas es el mundo del ser, por el que las ciencias naturales quieren conocer la veracidad de sus fundamentos físico causales; el otro rumbo es por supuesto el del deber ser, propio de la ciencia jurídica.

### 2.- El Método en Kelsen.

Kelsen fiel a las nociones de Kant, utiliza en el derecho al mismo tiempo el conocimiento intuitivo y discursivo: discursivo -- porque deberá ser captado lo jurídico por la razón o la mente; intuitivo porque esta basado en la realidad de nuestra conducta y ex

(120) Mantilla Pineda, Benigno.- Ser y Deber Ser en la Teoría de Hans Kelsen.- Revista General de Legislación y Jurisprudencia.- Madrid 1966.- p. 24

perencia, al aplicar estas dos formas del conocimiento es cuando nos damos cuenta que el derecho es un conocimiento práctico por el cual regula las relaciones de los hombres en sociedad, así cuando un sujeto encuadra en el precepto normativo de una norma pensada - por el órgano legislativo, se hace uso de la forma intuitiva representando mentalmente las características del infractor en la norma, y es discursivo al encuadrar una determinada conducta prevista por esa norma como contraria a derecho, referida a la validez normativa, tenemos a la norma pensada (grundnorm) y la norma querida ---- (edictada y aplicada).

El método en Kelsen mezcla de lo intuitivo y discursivo, es decir el idealismo crítico (a la manera de Kelsen, por ser una interpretación del de Kant), tiene una función cognoscitiva por el cual se crea el objeto de la ciencia jurídica, entendiéndose por objeto de conocimiento al deber ser, por ende un método, incluso las empleadas en las ciencias naturales constituyen el conjunto de reglas o procedimientos que permiten conocer, fundamentar o demostrar la validez de los conocimientos científicos.

Kelsen "...Fiel al sentido idealista del Kantismo, proclama que el conocimiento crea el objeto. Así, refiriéndose principalmente al conocimiento jurídico. Escribe:...'Es...verdadero que, en el -- sentido de la teoría Kantiana del conocimiento, la ciencia jurídica como conocimiento del Derecho, lo mismo que todo conocimiento -- tiene carácter constitutivo y por eso produce su objeto en la medida en que le comprende como un todo con un sentido único y total... de igual modo la multitud de normas jurídicas generales e individuales establecidas por los órganos jurídicos...no se convierte... en un orden jurídico, sino por medio del conocimiento de la ciencia jurídica. Pero esta creación tiene un carácter puramente cognoscitivo'..."(121)

(121) Mantilla Plueda, Benigno.- Op. Cit.- p.p. 24-25

Cuando Kelsen aplico como método propio del conocimiento científico al principio de imputación, encuentra el camino señalado por Kant con su idealismo crítico, a fin de permitirle delimitar el objeto jurídico elevandolo a nivel de ciencia, consiguiendo aislarlo del objeto de las ciencias naturales, incluso de las mismas ciencias normativas, anteponiendo la característica de la coercitividad como algo propio y carente de las demás.

### 3.- La Ciencia como Método.

Kelsen en su papel de científico, así como otros científicos dedica su vida para obtener conocimientos que le permita descubrir y explicarse el mundo a su alrededor, aunque difiere de ellos en el conocimiento y método por tener a Kant como su principal fuente de nociones, pues la teoría pura del derecho es la concepción jurídica de la crítica de la razón pura, para los dos sus ideas tienen fundamento en lo cognoscitivo, es decir en el conocimiento y este como lo entendía Kant, crea el objeto, también lo entiende así Kelsen: "...como conocimiento, la ciencia tiene la tendencia inmanente a descubrir su objeto."(122) esto es, el orden jurídico.

En el capítulo correspondiente a los orígenes del Neokantismo, señale la manera en que la naturaleza del objeto en el idealismo crítico de Kant, determinaba el método por el cual ese objeto ha de estudiarse, "...Porque el método, en efecto, representa el modo mismo de proceder el conocimiento, y si es ese proceder quien constituye al objeto, no hay duda de que...tal es el sentido profundo del Criticismo...la ciencia no puede pasar de ser modo de conocer, esto es método. Y esta afirmación, que es el problemático final de la razón pura Kantiana y el núcleo de todo el Neokantismo, pasa a-

(122) Kelsen, Hans.- La Teoría Pura del Derecho.- Editora Nacional, S.A.- México 1981.- p. 43

ser también el núcleo de toda la doctrina Kelseniana..."(123)

De aquí se desprende que si bien el conocimiento en la tesis de Kelsen, (la teoría pura del derecho) va a crear su propio objeto - de estudio, también creará las características gnoseológicas del mismo, por ende es fundamentalmente un método, con una técnica jurídica muy especial, proporcionándole a la ciencia jurídica un carácter científico y filosófico a la vez, permitiéndole usar un lenguaje y conceptos diferentes al de las ciencias naturales, tales como: validez, efectividad, coerción, aplicados a las ramas de la disciplina jurídica, por ejemplo al derecho penal, mercantil y civil entre otros, pudiéndose describir las características de su objeto de conocimiento, es decir del ordenamiento jurídico, porque este considera a toda actividad jurídica una creación y aplicación de normas del derecho, sean superiores o subordinadas.

(123) Mantilla Pineda, Benigno.- Ser y Deber Ser en la Teoría de - Hans Kelsen.- Revista General de Legislación y Jurisprudencia.- Madrid 1966.- p. 25

## C.- LA TEORÍA PURA DEL DERECHO COMO MÉTODO PURO.

### 1.- Introducción.

Para poder entender el método puro del derecho, es preciso examinar los tres presupuestos básicos que Kelsen tomó en cuenta durante la elaboración de esta teoría del derecho positivo, siendo su intención primaria, pero al no poder prescindir y omitir diversos problemas de índole filosófico y limitarse a hacer una simple teoría, en un principio sí negó "...la posibilidad de una filosofía jurídica. Esta negación tenía ya carácter filosófico por sí misma y por otra parte, tenía que apoyarse en determinadas bases filosóficas para no ser arbitraria. En estas condiciones, la teoría del Derecho no puede limitarse a ser mera teoría del Derecho Positivo, sino que hubo de insertarse en una peculiar concepción esencial de todo lo real; en suma: hubo de convertirse en una filosofía."(124)

Por ello se vio impelido a tratar en su muy peculiar modo de conceptualizar al derecho, una base filosófica para tan importante obra, misma que consiste en "...una teoría del Derecho Positivo. del Derecho Positivo a secas, no de un orden jurídico especial. Es teoría general del Derecho, no interpretación de normas jurídicas-particulares, nacionales o internacionales...

"Como teoría, quiere conocer única y exclusivamente su objeto. procura responder a la pregunta sobre qué es y cómo es el Derecho, pero no a la cuestión de cómo debe ser o cómo debe elaborárselo. Es ciencia del Derecho y no Política del Derecho...

"Si ella se califica como teoría pura del Derecho es porque pre  
(124) Martín Oviedo, José María.- Los Supuestos Filosóficos del Método Puro del Derecho.- Revista de Legislación y Jurisprudencia.- Madrid 1968.- p.p. 4-5

tende garantizar un conocimiento dirigido solamente hacia el Derecho, y porque pretende eliminar de este conocimiento todo lo que no pertenezca al objeto exactamente señalado como Derecho..."(125) es decir, eliminar todo elemento ajeno al mismo.

De lo anterior se van a desprender los presupuestos siguientes:

1) debía constituir a una ciencia, la cual tenga como único objeto de estudio al Derecho, pero desligandolo en forma tajante de todo aquello que no entre en su definición.

2) En Kelsen sólo tiene cabida el derecho positivo y no de otra índole como sería por mencionarlo, el derecho natural, pues su interés se centra y así lo trata de determinar en las preguntas ¿qué es? y ¿cómo se forma?, excluyendo ¿cómo debería ser?.

3) Este se da cuando enfatiza la palabra teoría, al ser concebida la ciencia jurídica diferente a la ciencia natural, porque el deber ser, es propio del campo de las normas jurídicas, tomándolo en su forma pura, permitiéndole pensar en lo jurídico antes de toda experiencia, aislandose la norma de su contenido y finalidad.

Para conseguir lo arriba señalado, Kelsen recurrirá a los presupuestos filosóficos, los cuales quedarán anotados en su lugar respectivo.

## 2.- Método Puro del Derecho.

En el punto anterior se señaló como la teoría pura del derecho se constituye en método porque representa la manera del proceder del conocimiento, mismo que crea su objeto, según las enseñanzas del criticismo idealista de Kant, quien por así decirlo es el inspirador de Kelsen, incluso la teoría del Vienés tiene casi las mismas pretenciones planteadas por Kant, quien escribe respecto a su-

(125) Kelsen, Hans.- La Teoría Pura del Derecho.- Editora Nacional, S.A.- México 1981.- p. 25



obra más conocida "...se deduce la idea de una ciencia particular que pueda servir para la crítica de la razón pura. Todo conocimiento que no este mezclado con nada extraño se llama puro. Particularmente empero llámase...puro un conocimiento en donde no se mezcla absolutamente ninguna experiencia o sensación; ese conocimiento -- por tanto es posible enteramente a priori..."(126) así Kant llega a la decisión de no mezclar lo a priori con lo a posteriori, en -- gran medida porque el conocimiento se encuentra en el intelecto de el ser humano convirtiéndose en verdadero maná de la verdad, y al no mezclarse este con elementos que necesitan de la demostración, -- tal y como lo aseguran los juicios a posteriori de los empiristas, permiten desprender de la facultad cognoscitiva del hombre mediante juicios a priori, conceptos pensados y supuestos; he aquí la manera de concebir a la norma hipotética fundamental de Kelsen, porque al ir en busca del elemento a priori encuentra al deber ser, -- contraponiéndolo al ser y de este enfrentamiento estructura la teoría pura del derecho.

Kelsen cuando concibe elevar al derecho a categoría de ciencia, llega a formularse todo un pensamiento doctrinario, sus ideas las encuadra en su teoría pura del derecho; pura porque a semejanza de Kant también quiere eliminar de su teoría elementos extraños a la misma, sólo quiere conocer al derecho, sin concepciones del mundo físico causal. Para lograr que su teoría sea pura y científica, va a requerir de una metodología propia y al aplicar un método es como va a conocer su objeto dándole la propiedad de verdadera ciencia, al respecto nos dice: "La Teoría pura del Derecho trata de -- deslindar claramente el objeto de su conocimiento de las dos direcciones en que el Sincretismo metódico dominante, pone en peligro -- su autonomía."(127)

(126) Kant, Manuel.- Crítica de la Razón Pura.- Editorial Porrúa,- S.A.- México 1982.- p. 37

(127) Kelsen, Hans.- La Teoría Pura del Derecho.- Editora Nacional, S.A.- México 1981.- p. 26

Por ende para Kelsen el que el método de la ciencia jurídica -- sea puro significa usar un único método, en cambio el sincretismo metodológico equivale a emplear dos o más métodos a fin de llegar por ellos al conocimiento de un sólo objeto.

Quienes se habían percatado de las posibilidades al emplear un sólo método de conocimiento, fueron los Alemanes pero nunca llegaron a aplicarlo o no lo contemplaron como lo hizo Kelsen, incluso Jellinek cayó en el sincretismo al utilizar tanto el método social y el normativo; Kelsen por su parte elimina de su ámbito de influencia esta postura en su método jurídico o monismo, porque rehuye de usar otras metodologías, sólo así la ciencia jurídica podrá no sólo ser autónoma sino pura.

### 3.- El Método Puro como Método Normativo.

Quando Kelsen aplica el único y particular método de conocimiento del derecho en la teoría pura, no sólo quiere despojar al derecho de elementos constitutivos de las ciencias naturales, porque en el planteamiento científico y la manera de conocer el objeto se utiliza el principio físico causal, en repetidas ocasiones se señala la razón esgrimida por Kelsen para desecharlos y enfrentarlos con la ciencia jurídica, tampoco quiere, enfocándolo a la noción del Derecho introducir elementos los cuales en un momento dado le sean afines, tal es el caso de la sociología jurídica, la política o la moral. Por ello concibe al "...Derecho positivo como un orden válido, no como mero factum de nexos de motivación, sino como norma. Con la teoría de la norma fundamental la teoría pura del Derecho sólo intenta poner al descubierto...las condiciones lógico---trascendentales del método del conocimiento positivo..."(128) de el derecho además la teoría jurídica de Kelsen al utilizar la norma fundamental, es suficiente para partir del supuesto que si ella va

(128) Kelsen, Hans.- Op. Cit.-- p. 100

le también valdrá el orden jurídico, es decir el conjunto de normas de carácter jurídico.

Por ende, el método puro en la ciencia jurídica, se atiene a aplicar únicamente a las normas del derecho y no a otros aspectos ideológicos, sino exclusivamente a la norma, al hacerlo se constituye en un método normativo, porque tiene por objeto el estudio de la norma; además su principio metodológico es el principio de imputación, permitiéndole enfrentar el deber ser con el ser, propio de las ciencias naturales y cuyo principio metodológico es el físico-causal.

#### 4.- Crítica.

El hacer Kelsen de su teoría del derecho una ciencia jurídica pura, se refiere a estudiar únicamente al derecho como tal, sin influencia de otros conceptos incluso afines a él, si lo logra será realmente una ciencia autónoma, pero me pregunto si verdaderamente se puede obtener algo puro, considerar a la teoría pura del derecho como método puro, se antoja muy difícil de lograr por ser tan formalista, a diferencia de un científico que se auxilia de otros tipos de ciencias para enriquecer su conocimiento, en cambio cuando se piensa en la teoría pura como un método puro, es decir aplicar una exclusiva ideología a un exclusivo propósito, en principio se avanzara porque se dedica un esfuerzo a una tarea específica, pero con el tiempo es posible no adelantar más, en relación a las demás ciencias, al no adecuarse a los cambios estructurales del quehacer humano.

## D.- LA TEORIA PURA DEL DERECHO COMO FILOSOFIA DEL DERECHO.

### 1.- Ciencia y Filosofia.

El ser humano durante sus primeros años tiene una facultad innata de querer conocer todo a su alrededor, observando, atrapando, - desarmando, en fin una serie de actividades que le convierten en - un ser cognoscente, conforme va creciendo esa ansia de conocer el mundo girando a su alrededor, es mayor, por eso me atrevo a decir que la filosofia o la ciencia nacio cuando el primer hombre aparecio sobre la tierra.

Digo filosofia o ciencia, porque quienes mejor desarrollaron y conceptuaron estas disciplinas fueron los Griegos, aunque inicialmente los dos términos se confundian en uno, pues abarcaban la totalidad del saber humano, lo mismo enseñaban conceptos de lógica o retorica que matematicas o física; en la actualidad decimos sin -- ninguna dificultad que la lógica es propia de la filosofia y las - matematicas de la ciencia, principalmente por el empleo de la meto dología y su objeto de conocimiento, por ende la filosofia abarca un conocimiento más general, en cambio la ciencia tiene un conocimiento más específico, pero hay momentos en que la ciencia llega a tal individualización por la cual no requiere de ningún concepto - filosófico tal sería el caso de la biología, por auxiliarse de o-- tras ciencias afines, pero no de la filosofia.

Podría señalar una serie de argumentos por los cuales la ciencia y la filosofia son dos entes distintos, no es mi intención hacerlo, - sólo quiero resaltar que si bien se puede concretisar el conoci--- miento científico y el filosófico dividiendo uno del otro, no son - antagónicos, por ello podemos ubicar a la teoria pura del derecho - como una ciencia del derecho o en la filosofia del derecho.

## 2.- El Derecho Encuadrado en el Campo de la Ciencia.

La ciencia tal y como la conceptuamos en la actualidad era muy diferente a cuando el primer hombre sobre la tierra empezó a observar lo que ocurría a su alrededor, tratando de explicárselo en forma sencilla; conforme el ser humano va adquiriendo mayor cúmulo de conocimientos su afán de investigación se torna más complejo llega incluso a emplear tecnología, cada vez más sofisticada, así por ejemplo hay un enorme abismo entre observar la luna con un lente de aumento, a tocarla y caminar sobre su superficie, la diferencia es bastante porque hubieron que transcurrir siglos de evolución; así mismo ocurre con la explicación de los fenómenos naturales, sobre este respecto hay que recordar la teoría de los tres estados de Comte: el teológico (los dioses son la causa de todo), el metafísico (la explicación es racional) y el positivo (la explicación es mediante leyes), aunque esta clasificación tiene sus inconvenientes, porque no son etapas sucesivas por el transcurso del tiempo, sino maneras de llegar a conocer algo, pues en la Grecia antigua, los filósofos sin dejar de ser científicos lo mismo hablaban de temas metafísicos que teológicos.

No es fácil decidirse por el autor a seguir, cada quien tiene su personal punto de vista para clasificar a las ciencias, y así determinar en donde ubicar al derecho como ciencia jurídica, considero que la manera más práctica de hacerlo es partiendo de dos clasificaciones, esto es, las pertenecientes al reino del ser o del deber ser, las primeras comprenden a las ciencias de la naturaleza y las segundas constituyen la ciencia jurídica, es una distinción sencilla en apariencia, pero lo dice todo, la teoría pura del derecho se fundamenta en esta distinción, entre sein y sollen, además tiene el objeto de conocimiento, metodología y un lenguaje propio, como si fuera una ciencia más, aunque con características muy especiales haciéndola diferente a otras ciencias afines, como sería la sociología jurídica o la ciencia política.

Kelsen para elevar su teoría jurídica a ciencia del derecho, - necesitaba demostrar tres factores: sea autónoma, sistemática y unitaria, sin esta triada no conseguiría hacer ciencia, aunque y así se desprende en los temas correspondientes, la teoría pura del derecho ni es autónoma, ni sistemática, ni unitaria, por ende no - consiguió hacer de ella una ciencia jurídica como era su intención.

### 3.- El Derecho Encuadrado en el Campo de la Filosofía.

Al estudiar la filosofía, lo primero que atendemos es a su concepto: amor a la sabiduría, aunque en la actualidad tal pareciera que esta perdiéndose su significado, porque han surgido hombres -- quienes bajo la bandera de una ideología o corriente filosófica co meten crímenes contra la humanidad, y eso no es amor a la sabiduría.

Desde el inicio del género humano, las personas tenían la necesidad de comunicarse con los demás miembros de su tribu a fin de explicarse los fenómenos o experiencias adquiridas, con el transcurso del tiempo se fueron haciendo los conocimientos más especializados y complejos, formando disciplinas que abarcaban dentro de la totalidad de saberes algo más concreto, así tenemos el estudio del ser (ontología), de Dios (teología), del mundo (cosmología), de los actos buenos (ética) o del pensamiento (lógica) por mencionar algunos, esto trae consigo la especialización de la filosofía.

Si el clasificar a las ciencias es un poco problemático, porque su conocimiento es complejo, además de aplicar métodos diversos, - imaginemos la dificultad en la filosofía, por eso lo más conveniente es partir de doctrinas o escuelas, por ejemplo: esta Descartes con el racionalismo, Locke y el empirismo, o a Kant con el críticismo idealista. Así el derecho se enriquece con notas propias de la filosofía, tales como la noción a priori, método trascendental - crítico, los cuales son propios del Kantismo, Kelsen los emplea en

su teoría pura del derecho, por eso si encuadramos al derecho dentro del contexto de la filosofía, deberemos ubicarlo en una rama - específica asignándole el nombre de filosofía del derecho, dadas - las características tan especiales de Kelsen al plantear su ciencia jurídica.

#### 4.- La Teoría Pura del Derecho como Filosofía del Derecho.

En punto aparte se señalo como la teoría pura del derecho se -- constituye en una ciencia, no físico causal sino normativa, así como ubicar al derecho en el contexto filosófico, queda en este punto exponer si se puede constituir en una filosofía del derecho. -- "El propio Kelsen se ha cuidado de fijar expresamente hasta que -- punto su doctrina constituía una filosofía jurídica. Al presentar la Revista Internacional de Teoría del Derecho escribe:... 'Al hablar expresamente de una teoría del Derecho y no de una filosofía del Derecho, queremos hacer comprender que el programa de nuestra revista no podrá reservar lugar alguno a la Filosofía del Derecho, entendida al modo tradicional, como solución especulativa del problema de la justicia, del Derecho justo o equitativo, natural o absoluto...una filosofía del Derecho no puede ser más que un análisis del Derecho Positivo; lo mismo que una filosofía de la naturaleza sólo puede ser el análisis de la realidad, la teoría de la experiencia'...y concluye...'el único medio de saciar nuestras aspiraciones de justicia y de equidades la seguridad resignada de que no hay otra justicia que aquella que se encuentra en el Derecho positivo de los Estados y de la comunidad de los mismos'..."(129)

De acuerdo con lo anotado por Kelsen la Filosofía del Derecho - es un análisis del derecho positivo el cual se desprende como con-

(129) Mantilla Pineda, Benigno.- Ser y Deber Ser en la Teoría de - Hans Kelsen.- Revista General de Legislación y Jurisprudencia.- Madrid 1966.- p. 30

clusión lógica, porque para Kelsen la teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo, si esto es así entonces la teoría pura del derecho es una filosofía del derecho, aunque con características muy peculiares, por no interesarle los conceptos de la metafísica o la ética, entre otras.

Al principio de sus estudios normativos, Kelsen negó la posibilidad de que pudiera darse una filosofía del derecho, es decir estudiarlo mediante presupuestos filosóficos aunque, "Esta negación tenía ya carácter filosófico por sí misma y por otra parte, tenía que apoyarse en determinadas bases filosóficas para no ser arbitraria. En estas condiciones, la teoría pura del derecho no puede limitarse a ser mera teoría del derecho positivo, sino que hubo de insertarse en una concepción esencial de todo lo real; en suma: hubo de convertirse en una filosofía."(130) así tuvo que asimilar la filosofía de Kant, a fin de explicar una metodología crítica idealista, de la que simpatizaba, introduciendo en la teoría nociones tales como: a priori, trascendental, incognoscibilidad del noumeno, y puro entre otros conceptos mas, por eso la teoría pura del derecho es no sólo científica, también es filosófica.

##### 5.- Crítica.

Cuando Kelsen hace de su teoría una ciencia científica y filosófica, recurre a Kant de quien va a tomar su método y conceptos, lo que le da mayor formulismo a la teoría pura del derecho, a pesar de que Kant es un autor fácilmente criticable, así hoy en día la filosofía alemana, especialmente la Kantiana, es muy controvertida debido a los enfrentamientos con otras escuelas, en lo concerniente a la manera de tratar la teoría del conocimiento o la forma de conocer la realidad, tal es el caso con la escuela Aristotelica Tomista.

(130) Mantilla Pineda, Benigno.- Op. Cit.- 4-5



Así mismo Kelsen hace suyos los errores de Kant, porque como se ha señalado, no es factible enfrentar las nociones del ser y deber ser; aislar forma y contenido; también ambos introducen en el título de sus teorías respectivas el concepto ambiguo de lo puro, no lo entienden como algo sin mezcla o independiente de la experiencia, es decir, a priori; y el concepto crítica no lo emplean como algo censurable o discutible, sino que se refiere al estudio o investigación.

## CONCLUSION.

La intención fundamental del maestro Hans Kelsen fué sin lugar a dudas, elaborar una ciencia jurídica, para conseguirlo debía recurrir a una teoría avalorativa que fuese autónoma, sistemática y unitaria.

Así pretendió la autonomía del derecho frente a otras ciencias, no únicamente las naturales, también las normativas, para ello utilizó el método mas riguroso del derecho, la separación absoluta y radical entre el sein y el sollen, (ser y deber ser), conforme al principio de imputación en contraposición del principio de causalidad.

De acuerdo a la teoría realista del conocimiento Aristotelica - Tomista, los conceptos del ser y deber ser no son antagonicos, antes bien señala que en la entraña misma del ser encontramos el deber ser, si bien se pueden diferenciar no es conveniente su separación; para Kelsen no es fácil aislar por completo estas dos nociones como formas del conocimiento, esto es, no puede aunque sea su deseo aislar la forma del contenido, incluso al entrar al estudio de la norma hipotética como fundamento de validez, lo condiciona a la efectividad, siendo que esta pertenece a la esfera del sein y la validez al sollen.

Quiere también eliminar de la teoría pura del derecho, toda influencia ajena al concepto de ¿qué es? y ¿cómo es? el derecho, más sin embargo el derecho en repetidas ocasiones ha acudido a los preceptos universales, inmutables y cognoscibles del derecho natural, así mismo siempre existirá una valoración a las normas jurídicas, con los términos de justicia y equidad referidos a lo social y político. Además una ley de la naturaleza es una explicación del ¿cómo?, es decir de lo ¿qué es?, y el derecho además del ¿cómo? (ser) expone el porque (deber ser).

El segundo elemento para hacer Kelsen una ciencia del derecho, - consiste en el sistema, entendiendolo como el orden gradual de la norma jurídica, donde señala el jurista de Viena, todo es perfecto y equilibrado porque se tiene como fundamento de toda validez normativa a una norma hipotética fundamental, la cual a su vez le otorga validez a la norma generalizada y esta a su vez a la norma individualizada, aunque deberá reunir las condiciones de consistencia y completud para ser sistemática, más sin embargo en un principio no admitió la existencia de los conflictos de leyes tanto en el tiempo y el espacio, al igual que las lagunas técnicas del derecho, y si Kelsen quiso evitar en su teoría pura el sincretismo metodológico no lo consiguió, porque si son factibles los conflictos entre normas de igual jerarquía, con mayor razón en la norma principal y la individual.

Por último, Kelsen quiere la unidad en la ciencia del derecho, - esto es, tenga un único fundamento de validez, por supuesto lo atribuye a la norma hipotética fundamental, pero esta grundnorm es una norma extrapositiva pensada, lo cual representa una incongruencia con el mismo Kelsen al permitir que su grundnorm no sea realmente una norma jurídica, al no ser creada conforme a un procedimiento expreso, así no puede otorgar validez a sus normas derivadas, es pues una ficción, como el mismo Kelsen lo reconoció.

No se le puede negar el carácter de ciencia al derecho, porque si lo es, con objetivos y método de suyo propios, pero si la ciencia jurídica está muy lejos de ser autónoma, sistemática y unitaria, en forma tan radical como lo pretendió Kelsen, es porque usa a su conveniencia los postulados filosóficos y científicos de Kant, los Neokantianos y el Positivismo, mismos que influyeron en él, -- llegando incluso a seguir con su mismo lenguaje ambiguo, provocando un conflicto con otras escuelas filosóficas y jurídicas, criticandole y señalando se encuentra en crisis su controvertida ciencia jurídica.

No es mi intención esbozar una nueva teoría pura del derecho, - pero esta no sería tan vulnerable si Kelsen no se hubiera dejado - influenciar por la escuela de Kant y el positivismo, y en cambio - si reencontrarse con la filosofía cristiana, más aún con la patrig tica pues el mismo Francisco Suárez, teólogo español, tiene los -- mismos postulados de validez, excepto el que para Kelsen el funda- mento del derecho se encuentra en algo no creado sino supuesto, es decir surgido de la nada, en cambio para Suárez, Dios es el funda- mento tanto del derecho natural como del positivo.

Sí Kelsen en lugar de buscar la separación del contenido y la - forma, hubiera conciliado el derecho positivo con el natural, y la moral con el derecho sería el de una ciencia jurídica invulnerable a las críticas, mejor aún, hacer un derecho más justo encaminado - al bien común de la sociedad, porque este es el fin al cual se de- be ordenar el derecho.

## B I B L I O G R A F I A .

- 1.- Alatorre Padilla, Roberto.- Lógica.- Editorial Porrúa, S.A.-- México 1981.
- 2.- Gutiérrez Saenz, Raúl.- Introducción a la Lógica.- Editorial - Esfinge, S.A.- México 1982.
- 3.- Kant, Manuel.- Crítica de la Razón Pura.- Editorial Porrúa, -- S.A.- México 1982.
- 4.- García Rojas, Gabriel.- Las Doctrinas de Stammler y de Kelsen y las Leyes Naturales.- Conferencia del 14 de Octubre de 1938. Escuela Nacional de Jurisprudencia.
- 5.- Biblioteca Salvat de Grandes Temas No. 75.- La Filosofía Hoy.- Salvat Editores, S.A.- España 1974.
- 6.- Serrano, A.F.- Breve Introducción al Pensamiento Jurídico Neg kantiano.- Editorial Universitaria de la Universidad de Zulia. Venezuela 1971.
- 7.- Balmes, Jaime.- Filosofía Fundamental Tomo II.- Librería de Ch. Bouret.- México 1889.
- 8.- Kelsen, Hans.- La Teoría Pura del Derecho.- Editorial Nacional, S.A.- México 1981.
- 9.- Enciclopedia Monitor, Tomo No. 8.- Salvat Editores de México,- S.A.- México 1981.
- 10.- Warat, Luis Alberto.- Los Presupuestos Kantianos y Neokantianos de la Teoría Pura del Derecho.- Revista de Ciencias Sociales No. 20, 1er. Semestre.- Universidad de Valparaíso.- Chile. 1982.
- 11.- Balmes, Jaime.- El Criterio.- Editorial Aguilar.- México 1976.
- 12.- Mantilla Pineda, Benigno.- Ser y Deber Ser en la Teoría de --- Hans Kelsen.- Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Madrid 1966.

- 13.- Serrano Villafañe, Emilio.- Realismo Filosófico en Santo Tomás  
.- Revista Verbo Nos. 137-138.- Editorial Speiro, S.A..- Ma-  
drid 1975.
- 14.- Garzón Valdés, Ernesto.- Algunos Modelos de la Validez Normati-  
va.- Cuadernos de Trabajo No. 21 del Instituto de Filosofía --  
del Derecho.- Editorial Universitaria de la Universidad del Zu  
lia.- Venezuela 1978.
- 15.- Royo Marín, Antonio.- Teología Moral para Seglares.- Editorial  
Católica, S.A..- Madrid 1973.
- 16.- Kant, Manuel.- Crítica de la Razón Práctica.- Editorial Porrúa,  
S.A..- México 1983.
- 17.- Rahaim Manríquez, Salomón.- Compendio de Filosofía.- Editorial  
Progreso, S.A..- México 1966.
- 18.- Calsamiglia, Albert.- Kelsen y la Crisis de la Ciencia Jurfidi-  
ca.- Editorial Ariel, S.A..- España 1978.
- 19.- Ousset, Jean.- El Marxismo Leninismo.- Editorial Speiro, S.A..  
S.A..- España 1967.
- 20.- Azuara Pérez, Leandro.- Sociología.- Editorial Porrúa, S.A..-  
México 1978.
- 21.- Enciclopedia Monitor, Tomo No. 7.- Salvat Editores de México,-  
S.A.- México 1967.
- 22.- Enciclopedia Monitor, Tomo No. 4.- Salvat Editores de México,-  
S.A..- México 1967.
- 23.- García Maynez, Eduardo.- Filosofía del Derecho.- Editorial Po-  
rrúa, S.A..- México 1980.
- 24.- García Maynez, Eduardo.- Introducción al Estudio del Derecho.-  
Editorial Porrúa, S.A..- México 1978.
- 25.- Biblioteca Salvat de Grandes Temas No. 52.- Justicia y Derecho  
.- Salvat Editores, S.A..- España 1974.

- 26.- Recasens Siches, Luis.- La Filosofía del Derecho de Francisco Suárez.- Editorial Jus.- México 1947.
- 27.- Sagrada Biblia.- Carta de San Pablo a los Romanos.- II. 14-15.
- 28.- Código Penal para el Distrito Federal.- 1986.
- 29.- Larroyo, Francisco.- La Lógica de las Ciencias.- Editorial Porrúa, S.A.- México 1967.
- 30.- Martín Oviedo, José María.- Los Supuestos Filosóficos del Método Puro del Derecho.- Revista de Legislación y Jurisprudencia.- Madrid 1968.