

01058



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO**

**FACULTAD DE FILOSOFIA Y LETRAS**

2  
205

**TESIS PARA OPTAR POR EL GRADO DE  
MAESTRIA EN FILOSOFIA  
DE  
FRANCISCO CABRERA VALADEZ**

**"INVESTIGACIONES KELSENIANAS"**

**UNA CONTRIBUCION CRITICA SOBRE EL  
FUNDAMENTO ONTOLOGICO DE LA TEORIA  
PURA DEL DERECHO DE HANS KELSEN**

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

Ciudad de México

Octubre, 1993



Universidad Nacional  
Autónoma de México



## **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.

## RECONOCIMIENTOS

Todos debemos algo a los demás y yo, desde luego, no escapo a esta ley. Sin embargo me limitaré a expresar mi gratitud, de manera especial, a las dos personas que más han contribuído, si bien de manera diversa, para que este trabajo haya podido ver la luz.

A Jaime Ortiz Sosa, maestro y amigo, quien al introducirme en el conocimiento de Kelsen y contribuir en gran parte a mi formación filosófica, propició indirectamente mi determinación para efectuar estas investigaciones; creo que con dificultad saldará en alguna ocasión esta deuda intelectual. Hago votos porque, aun cuando ello no sea suficiente para compensar todos sus esfuerzos y desvelos, su obra pueda ser pronto publicada. Mi gratitud y admiración más sincera para este gran filósofo, compañero de espíritu con quien he compartido el placer del análisis y la pasión por la búsqueda de la verdad.

A mi esposa Myriam quien, en su tiempo libre, sin desatender sus funciones profesionales como Consejera en las Embajadas Mexicanas en Italia primero y, después en Suiza, me auxilió infatigablemente en todas las etapas que la elaboración de esta obra supone. En efecto, no sólo escribió en la computadora los borradores que fueron necesarios y la versión final de esta investigación sino que, además, me auxilió en la corrección y revisión de los mismos, proponiendo atinadas sugerencias para facilitar su comprensión y lectura; aparte de cuidar todos los detalles de su organización y presentación. No tengo palabras para expresarle, suficientemente, toda mi gratitud por el intenso esfuerzo físico e intelectual que efectuó, sobre todo porque debió sacrificar no pocos fines de semana y largas horas de reposo cotidianas. Aun cuando asumo plenamente la responsabilidad de los posibles errores que contenga, no puedo menos de considerar que este obra es de los dos.

También deseo agradecer a la Secretaría de Relaciones Exteriores de México, por permitirme interrumpir, temporalmente, mi actividad profesional como miembro de carrera del Servicio Diplomático Mexicano, concediéndome el permiso respectivo sin goce de sueldo, para continuar los estudios que este programa de investigación requiere. Expreso mi reconocimiento por este gesto de comprensión que, sin duda alguna, tiende a fomentar la superación personal de los miembros de esta institución mexicana a la cual tengo el honor de pertenecer.

Finalmente, a las autoridades de la División de Posgrado de la Facultad de Filosofía y Letras de la UNAM, incluyendo al Director de Tesis, Dr. Mauricio Deuchot, así como a los profesores que me auxiliaron en la evaluación y revisión de esta investigación, por haberme otorgado todas las facilidades que simplificaron enormemente el procedimiento y los plazos requeridos para culminar el proceso de presentación de esta tesis de Maestría en Filosofía.

Octubre de 1993.

Berna, Suiza.

**ADVERTENCIA AL LECTOR**

Esta investigación se realizó en períodos diversos comprendidos entre los años de 1991 y 1992, consultándose principalmente autores italianos, a cuyas obras tuvimos acceso en la Biblioteca Nacional de Italia, en la ciudad de Roma. Es por ello que aquí aspiramos a ofrecer algunos elementos que puedan considerarse representativos de la visión contemporánea que sobre la obra de Kelsen se tiene en ese país.

Esto es válido, específicamente, en el caso de Renato Treves y Mario G. Losano, traductores al italiano de varias obras de Kelsen, quienes han escrito importantes artículos y ensayos sobre el mismo, gozando de un reconocido prestigio en el campo de la Jurisprudencia y la Filosofía del Derecho. Hemos recurrido a algunos de sus trabajos, considerando que sus observaciones críticas, apoyadas en un vasto dominio del pensamiento kelseniano, serían de gran utilidad para intentar una obra lo más balanceada posible.

Las numerosas citas que efectuamos de ambos estudiosos, con preferencia a figuras más renombradas como Norberto Bobbio por ejemplo, obedece a que encontramos en sus trabajos una síntesis, en nuestra opinión, muy adecuada sobre la obra kelseniana; lo que no nos impidió disentir de ciertas de sus conclusiones y cuestionar algunos de sus planteamientos. De manera que hemos empleado algunos de sus aportes no sólo para respaldar varias de nuestras observaciones y razonamientos, sino también para exponer en nuestro medio, aunque no sea de manera exhaustiva, algunas de sus ideas y opiniones que, si bien no llegamos a compartir totalmente, no por ello dejamos de reconocer que son el producto de un tratamiento crítico y prolongado del tema y, por tanto, dignas de consideración.

Su trabajo nos resultó particularmente útil, primero, al contar con traducciones de partes importantes del pensamiento jurídico y filosófico neokantiano, sobre todo de Herman Cohen, (ya que prácticamente no existen traducciones al español de las obras pertenecientes a esa corriente filosófica) y, segundo, al ofrecer una lectura que podría considerarse "clásica" sobre dicho pensamiento.

Por otra parte, esta investigación está diseñada por grados crecientes de complejidad, si bien cada una de las tres partes que la componen puede considerarse relativamente independiente de las demás. Es posible que algunos lectores tendrán la impresión de que ciertas ideas se reiteran en varias oportunidades y quizá tengan razón. Hemos querido enfatizar algunas concepciones para subrayar su importancia en el contexto de la exposición; medida que se podría interpretar, concedemos, como un escrúpulo excesivo. En efecto, como las ideas que consideramos "estratégicas" servirán de base no sólo para esta investigación, sino para las demás que eventualmente pudiesen sucederle, era necesario afianzarlas con solidez.

Asimismo, para facilitar la comprensión de las tesis principales que se presentan en este trabajo, se ha intentado ofrecer al lector los elementos filosóficos indispensables, así como los rasgos más característicos de la TPD. También se ha intentado demostrar la forma en que Kelsen emplea sus "lineamientos epistemológicos" en la solución de algunos de los problemas teóricos presentes en la historia del pensamiento jurídico. Obviamente, no se pretende sustituir la lectura de las fuentes filosóficas o kelsenianas principales.

Se observará que las citas que hemos hecho de Kelsen aparecen en varios idiomas sin que sea obvio, aparentemente, el motivo. Esto se explica debido a que la versión en español de la TPD no refleja adecuadamente, en nuestra opinión, algunas ideas que han sido mejor expresadas en otros idiomas; aparte de que, de hecho, cada traducción de las obras de Kelsen parecería devenir una obra relativamente diferente de la original. La razón es que dicho autor tenía la tendencia a incorporar en los proyectos que le presentaban sus traductores, las nuevas ideas o mejoras que terminaba de elaborar. De manera que, en ocasiones, las obras traducidas contenían nuevos elementos y correcciones que la obra original no incluía.

El término "espiritual" que se utiliza a lo largo de estas páginas se emplea exclusivamente como sinónimo del término "intencional", en el sentido popularizado por Franz Brentano y Edmund Husserl. Con un sentido similar, también se utiliza la noción de "objeto artificial" (y, en ocasiones, la de "objeto invencional"). Sobre esta última noción no se ofrece una amplia justificación, sino tan sólo los elementos rudimentarios de algo que se podría denominar: "Teoría de los Objetos Artificiales", y que esperamos desarrollar en investigaciones posteriores.

PROPOSITOS FUNDAMENTALES

Hemos denominado Investigaciones Kelsenianas a la serie de reflexiones que tendrian por objeto efectuar ciertos ajustes y mejoras a la Teoria Pura del Derecho (TPD) de Hans Kelsen, de tal modo que la permitieran a esta conocer y describir no sólo la "realidad formal" de las normas, como hasta ahora mantiene, sino también la realidad concreta de las acciones humanas, entendidas como hechos de aplicación-creación del Derecho. La condición básica que debe orientar a este programa de investigación es la exigencia de no abandonar la pureza metódica propugnada por dicho autor, ni las ideas más esenciales de su teoría, pero aceptando la posibilidad de cambios revitalizadores que pudieran requerir desprenderse de algunos elementos de la misma.

En otras palabras, la pregunta central que orientará estas Investigaciones será ¿Cómo es posible, sin contradecir la identidad de la dirección metódica que Kelsen mantuvo, "convertir" a la TPD en una teoría jurídica "no formalista"?. He aquí el objetivo que nos proponemos alcanzar al término de este programa que iniciamos con la presentación de este trabajo

En esta primera Investigación intentaremos determinar cuál es el fundamento ontológico de la TPD, considerando que sin el auxilio de una reflexión de carácter filosófico, no se podría comprender con la precisión que nuestros fines requieren, la estructura básica de dicha teoría. Además, analizamos el estado actual de la TPD, presentando las críticas principales que ha recibido, con el objeto de identificar detalladamente los problemas que se deben resolver para que ésta se presente, en un plazo cercano, como una teoría pura "no formalista".

En esta investigación pretendemos resolver principalmente una de ellas. Esta es la llamada "crítica jusnaturalista". Para ello, formulamos y empleamos lo que, en nuestra opinión, es el fundamento ontológico en el que se sustenta el edificio teórico de la TPD. Nuestra contribución consistirá en sugerir, concretamente, la sustitución del actual fundamento filosófico de dicha teoría, es decir la Norma Hipotética Fundamental, por una Hipótesis Ontológica Dualista, que hemos denominado: "Paralelismo Indirecto", en cierta forma presente ya en la propia TPD, si bien confundida entre otros conceptos. Creemos que esta propuesta eliminaría de la TPD una de las fuentes principales de controversia que, en cierto sentido, merman su claridad y congruencia.

Intentaremos demostrar en este trabajo que la TPD puede prescindir perfectamente de la Norma Fundamental Hipotética sin sufrir ningún mutilamiento, incurrir en alguna contradicción, o perder el concepto que le asegura su unidad sistemática.

Otro elemento que "perturba" la autonomía metódica de la TPD es la concepción actual, aparentemente dominante, que la identifica o describe como una teoría idealista de corte neokantiano; al concebirla, específicamente, como fundada en la Epistemología de Herman Cohen. También nos proponemos mostrar, como explicamos más adelante en el apartado de Otros Propósitos, que dicha visión no es del todo correcta: que la TPD no es "pura" y "a priori", en el sentido clásico kantiano o neokantiano; sobre todo si se considera el período americano de Kelsen en el que se revela, con objetiva claridad, una actitud eminentemente científico-empirista. Mantendremos que la TPD no está fundamentada en la Epistemología Neokantiana de Herman Cohen, sino más bien, en la Hipótesis Ontológica que hemos mencionado.

Asimismo, queremos poner de relieve, a lo largo de estas páginas, que la conexión implícita que Kelsen establece entre su teoría y la Filosofía de la Mente es una de las razones que contribuye a dotar a la primera de ese aire peculiar único que la caracteriza. En efecto, la TPD toma muy en serio la distinción entre lo "intencional" y lo "físico-material", o lo que en la Filosofía de la Mente se conoce como el problema de la relación "mente-cuerpo", al grado de adoptar una posición sobre este particular, Dualismo Ontológico, y convertirla en la base de su teoría. De manera que quienes no se dan cuenta de esta estrecha conexión, difícilmente podrán comprender su unidad funcional y sistemática; esto con independencia de que estén o no de acuerdo con sus enunciados más relevantes. En cambio, otras teorías no sólo jurídicas, sino de tipo social, en general, simplemente ignoran o pasan por alto este problema, posponiendo el momento en que, tarde o temprano, deberán enfrentarlo.



# I N D I C E

## INTRODUCCION

INDICE GENERAL DE CONTENIDOS.....	1
INDICE DE LA INTRODUCCION.....	12
INTRODUCCION.....	13
NOTAS DE LA INTRODUCCION.....	36

## PRIMERA PARTE

### LA TEORIA PURA DEL DERECHO Y LA FILOSOFIA

#### CAPITULO I. - ¿QUE ES LA TEORIA PURA DEL DERECHO (TPD)?

A) NATURALEZA Y OBJETO DE LA TEORIA PURA DEL DERECHO	
1. La Direccion o Identidad Metodica.....	41
2. El Estado de la Ciencia Juridica Cuando Hace su Aparición la TPD.....	43
3. La Virtualidad Sistemática de la TPD como la Mejor Garantia de su Valor Cognoscitivo....	45
4. Las Normas como el Objeto de Conocimiento de la Jurisprudencia, de acuerdo con la TPD.....	47
5. El Objeto de Conocimiento de la Jurisprudencia Según la TPD no son las Acciones Humanas en tanto Procesos Físicos.....	48
6. La TPD como una Teoria Formal o Normativa..	49
B) ORIGEN, FUNCIONES Y LIMITES DE LA TPD	
7. Enunciación de las Dos Posiciones Principales acerca del Origen de la TPD.....	51
8. Jurisprudencia Pura y Jurisprudencia Empírica o Descriptiva.....	52
9. Distinción y Separación entre la Actividad Cognoscitiva y la Política.....	54
10. La Justicia no es Objeto de Conocimiento Juridico, según la TPD.....	56
11. Límites Cognoscitivos de la TPD.....	56
12. Síntesis de las Características y Funciones Básicas de la TPD.....	57
NOTAS BIBLIOGRAFICAS.....	62

## CAPITULO II.- LA FILOSOFIA Y EL METODO KELSENIANO

A) RELACIONES ENTRE LA FILOSOFIA Y LA TPD	
1. Antecedentes Filosóficos en Kelsen.....	64
2. La Hipòtesis Ontològica Dualista, Fundamento de la TPD presente desde el Inicio en el Pensamiento Kelseniano.....	65
3. ¿La Filosofia como un "Insumo" Científico?.	67
4. Influencia Epistemològica de Cohen en el Joven Kelsen.....	68
5. La Direcciòn Metòdica como un Criterio Relativo de Certeza para Evitar el Error en la Adquisiciòn del Nuevo Conocimiento.....	70
6. Doble Efecto Negativo Consecuencia del Sincretismo Metòdico o la Pèrdida de la Direcciòn Metòdica.....	71
B) LA RELATIVIDAD, EL CONCEPTO ESENCIAL DEL METODO KELSENIANO	
7. Algunas Directrices del Método Kelseniano.....	76
8. Nada Impide la Aplicaciòn de estos Lineamientos en otras Ciencias Sociales.....	76
C) LINEAMIENTOS METODOLOGICOS DE KELSEN	
9. El Paso de la Antitesis Absoluta y Extrasistemàtica a la Relativa e Intrasistemàtica.....	78
10. Relativizaciòn de la Antitesis: Creaciòn-Aplicaciòn de Derecho.....	84
11. Relativizaciòn de la Antitesis: Derecho Pùblico-Privado.....	85
12. Relativizaciòn de la Antitesis: Derecho Objetivo-Subjetivo.....	87
13. Relativizaciòn de la Antitesis: Hombre-Persona.....	89
14. Relativizaciòn de la Antitesis: Derecho-Estado.....	94
15. El Acto Juridico es Simultànea o Relativamente, Aplicaciòn y Creaciòn de Derecho.....	97

15.1 La Relatividad Metódica de Kelsen permite contemplar todo Acto Humano como un Hecho Jurídico.....	97
15.2 No existe el Acto Absoluto de Aplicación de Derecho.....	100
15.3 Análisis de la Relatividad Metódica.....	101
15.4 ¿Ningún Acto Humano Ocurre con Independencia de la Voluntad del Estado?.....	102
NOTAS BIBLIOGRAFICAS.....	105

### CAPITULO III.- EL FUNDAMENTO FILOSOFICO DE LA TPD

#### A) LA HIPOTESIS ONTOLOGICA DUALISTA

1. La Antítesis Absoluta: "Ser" y "Deber Ser".	108
2. La Hipòtesis Ontològica Dualista Asumida por Kelsen.....	116
3. Concepción de la Filosofía que Orienta este Trabajo.....	116
4. La TPD se Funda en una Hipòtesis Ontològica Dualista.....	121
5. El Sentido Social de las Normas.....	121
6. La Hipòtesis Ontològica Dualista Paralelista.....	124
7. La TPD como un Caso de Dualismo Interaccionista ? .....	125
8. El Dualismo Interaccionista que Implica la Antítesis Validez-Eficacia.....	127

#### B) EL CONCEPTO DE NORMA COMO ESQUEMA DE EXPLICITACION O LA HIPOTESIS DUALISTA DEL "FARELELISMO INDIRECTO"

9. Còmo se Entiende la Norma en tanto Objeto de Conocimiento de la Jurisprudencia, segùn la TPD?.....	130
10. La Norma como Esquema de Explicitación.....	130

11. La Tarea del Concepto de Norma, como el Ropaje que "Convierte" a un Hecho Físico en un Hecho Social.....	132
12. Ejemplo de como la Norma Permite Conocer las Acciones Humanas sólo de manera "Indirecta".....	134
NOTAS BIBLIOGRAFICAS.....	140

SEGUNDA PARTE

LA TEORIA DEL CONOCIMIENTO (EPISTEMOLOGIA) Y LA TPD

CAPITULO IV.- ¿ES QUE Kelsen FORMULA SU TEORIA CONFORME  
EL SENTIDO PURO CARACTERISTICO DEL  
CRITICISMO TRASCENDENTAL?

A) LA POSTURA EPISTEMOLOGICA ASUMIDA POR UNA TEORIA  
CIENTIFICA NO ES FUNDAMENTO SUFICIENTE Y NECESARIO  
PARA PROBAR QUE ES VERDADERA

1. Avance Introdutorio acerca de las lecturas Idealista y Empirista sobre la TPD.....	143
2. La TPD es Compatible en Principio con las Doctrinas Epistemológicas "Más Destacadas" en la Historia de la Filosofía.....	149
2.1 La Teoría del Conocimiento de Platón..	149
2.2 La Teoría del Conocimiento Aristotélico-Tomista.....	152
2.3 Los Tres Momentos del Conocimiento en la Posición Aristotélico-Tomista.....	157
2.4 El Criticismo Trascendental.....	160
2.5 El Empirismo.....	166

B) ¿ES LA TPD UNA TEORIA PURA Y A PRIORI? :  
APROXIMACION AL PROBLEMA

3. La TPD no es A Priori, de Acuerdo con Kelsen.....	169
4. El Criterio de Certeza.....	171
5. La TPD Desde una Perspectiva Apriorística.	175

C) PURA NO NECESARIAMENTE SIGNIFICA A PRIORI

6. Kelsen no Significò con el Término Pura lo mismo que Kant y Cohen.....	182
7. Los Tres Sentidos Meramente Negativos que el Término Pura Alude o Denota.....	184
7.1 La "Acción de Limpieza".....	184
7.2 Rechazo a los Conceptos Exògenos.....	187

D) ADOPCION DE ALGUNAS DIRECTIVAS EPISTEMOLOGICAS  
KANTIANAS POR PARTE DE KELSEN

8. El Sujeto "crea" el Objeto de Conocimiento en el Acto de Síntesis Cognoscitivo.....	192
9. Antes del Acto de Síntesis no Existe el Objeto de Conocimiento.....	193
10. El Conocimiento Jurídico es Fenoménico, no de "Cosas en Si".....	196
11. Diferencias Principales entre Kant y Kelsen Respecto a su Concepción de la Ciencia Jurídica.....	200

E) LA LECTURA EPISTEMOLOGICA NEOKANTIANA DE RENATO  
TREVES SOBRE LA BASE FILOSOFICA DE LA TPD

12. La Lógica del Conocimiento Puro de Herman Cohen como el Fundamento Filosófico de la TPD....	204
13. La Tendencia a Considerar Puro como Sinónimo de <u>A Priori</u> .....	207
14. La Influencia Epistemológica de Kant es más Acusada que la de Cohen.....	214
15. Refutación de la Lectura Apriorística de la TPD.....	218
16. Kant y Cohen: Diferencias Epistemológicas..	219
17. El Criterio de la Pureza como el Argumento que Vulnera la Lectura Neokantiana de la TPD...	222

F) DE COMO LA HIPOTESIS ONTOLOGICA DUALISTA ES EN EL  
FONDO LA RAZON QUE ORIENTO LA LECTURA EPISTEMOLOGICA  
NEOKANTIANA DEL FUNDAMENTO FILOSOFICO DE LA TPD

18. Losano Coincide con la Lectura de Treves.	226
19. La Lectura Epistemológica Neokantiana Propiciaba Concebir el Derecho de una manera Formal.	232
20. El Dualismo Ontológico de "Ser" y "Deber Ser" como Fundamento Filosófico de la TPD.....	235
21. Conciencia en Losano de la Recta Significación Kelseniana de Pura.....	236

22. Predominio en Losano del Fundamento Ontológico sobre el Epistemológico.....	239
NOTAS BIBLIOGRAFICAS (Sección A).....	243
NOTAS BIBLIOGRAFICAS (Secciones B-F)....	246

**CAPITULO V.- DE COMO LA HIPOTESIS ONTOLOGICA DEL  
"PARALELISMO INDIRECTO" PROPICIO LA EVOLUCION  
 DE LA TPD DE SU ESTADIO ESTÁTICO AL DINAMICO**

**A) LA VISION DINAMICA O GENETICA DEL DERECHO**

23. Las Dos Fases o Periodos de Evolución de la TPD.....	256
24. La Concepción Estática y Dinámica del Derecho.....	259
25. La Creación Jerárquica del Derecho.....	260
26. Formulación de la Norma Fundamental Hipotética.....	261
27. El Problema de la "Incomunicabilidad" en la Antítesis Absoluta: "Ser" y "Deber Ser"..	264

**B) LA HIPOTESIS ONTOLOGICA DEL PARALELISMO INDIRECTO  
 (Segunda Aproximación)**

28. El Carácter Invenional de la Norma.....	266
29. La Norma como Esquema de Interpretación...	268
30. El Sentido Artificial del "Deber Ser".....	269
31. Características de la Norma con Base en la Hipótesis del "Paralelismo Indirecto".....	271
32. La Norma Fundamental Hipotética.....	272

C) RENATO TREVES, VEINTE AÑOS DESPUES

33. Una Corriente Dominante Asumió que el Neokantismo era la Filosofía de la TPD...	278
34. ¿A la Evolución de la TPD le Corresponde un Cambio en su Concepción Epistemológica?..	281
35. La Coincidencia de la TPD con Teorías Jurídicas Puestas en el Periodo Americano de Kelsen no Representa una Contradicción....	282
36. El Periodo Estático Inicial de la TPD Propició una Lectura Epistemológica Neokantiana de la Misma.....	286

D) EL ESTADO ACTUAL DE LA TPD A LA LUZ DEL ENFOQUE SOCIOLOGICO

37. La Tendencia Sociológica del Periodo Norteamericano. Progreso o Retroceso?.....	291
38. El Carácter Netamente Empirista de la TPD.	294
39. La Crisis Teórica que Representa el Abandono del Principio de la Dirección Metódica....	297
NOTAS BIBLIOGRAFICAS.....	300

TERCERA PARTE

CRITICAS A LA TEORIA PURA DEL DERECHO (TPD)

CAPITULO VI.- PRESENTACION GENERAL Y ANALISIS DE LAS CRITICAS PRINCIPALES

A) DESCRIPCION Y CLASIFICACION DE LAS CRITICAS

1. Endógenas

1.1 Crítica De Congruencia.....	307
1.2 Crítica de Insuficiencia Metódica.....	308
1.3 Crítica Giusnaturalista.....	309

2. Exógenas

2.1 Crítica del Formalismo Excesivo.....	310
2.2 Crítica Sociológica.....	311
2.3 Crítica Político-ideológica.....	312



## B) OBSERVACIONES SOBRE LAS CRITICAS EXOGENAS

3. Criticas Formalista y Sociológica.....	316
3.1 Pros y Contras de estos dos Tipos de Criticas.....	317
3.1.1 La Tendencia de la Jurisprudencia a Conocer todos los Aspectos que Componen la "Realidad Juridica".....	317
3.1.2 El Lado Débil de las Criticas Sociológica y Formalista.....	319
3.1.3 Las Acciones Humanas como el Objetivo Central del Conocimiento Juridico	324
4. Criticas de Tipo Ideológico-Politico.....	327
4.1 La Neutralidad Ideológico-politica de la TPD (Como Limite de la Ciencia Juridica)...	327
4.2 Enunciados de la TPD que Refutan el Carácter Absoluto de las Proposiciones Etico-Politicas.....	329
4.3 En qué Consiste el Procedimiento lógico que Permite Presentar Modelos de Legislación con el Carácter de Absolutamente Mejores o Justos?.....	332
4.4 ¿Es la Justicia una Idea de la Razón?..	333
5. Las Criticas a la TPD Según Losano.....	335
5.1 Diferencias entre el Esquema de Clasificación de las Criticas de Losano y el que aquí se Presenta.....	337

## C) OBSERVACIONES SOBRE LAS CRITICAS ENDOGENAS

6. Critica de Congruencia o la Antitesis Validez-Eficacia.....	330
6.1 El Concepto de Eficacia, ¿un Abandono de la Pureza Metodica?.....	338
6.2 La Dificultad de Conciliar la Antitesis Validez-Eficacia, no es sino la Dificultad de Conciliar el "Ser" y el "Deber Ser".....	339

6.3 Una Aparente Contradicción de la Base Ontológica en que Descansa la TPD.....	340
6.4 Persistencia de la "Anomalia" o Impureza Metódica.....	342
6.5 La Crítica Inmanente (Endógena) de Losano.....	343
7. Crítica de Insuficiencia Metódica.....	344
7.1 El Método Teleológico Presente en el Objeto de Conocimiento Jurídico? (Planteamiento Inicial).....	344
8. Crítica Jusnaturalista.....	348
8.1 La Norma Fundamental Hipotética y la Hipótesis Ontológica en que se fundamenta la TPD.....	348
8.1.1 La NFH en su Aceptación de Concepto Científico-Descriptivo.....	350
8.1.2 La NFH en su Aceptación Implícita de Hipótesis Ontológica Dualista...	352
NOTAS BIBLIOGRAFICAS.....	358

**CAPITULO VII.- CONCLUSIONES: ¿ES POSIBLE UN PASO DE PROGRESO DE LA TPD CONFORME ESTAS CRITICAS ?**

**A) CONFORME A LAS CRITICAS ENDOGENAS**

1. La Antítesis Validez-Eficacia, Como la más Seria "Inconveniencia" Lógica que Enfrenta la TPD.	361
2. Incorporación de la Relación Teleológica dentro de la TPD Como un Criterio Auxiliar del Concepto de Imputación ?.....	362
3. "Desaparición de la NFH a Cambio del Concepto de Norma Fundamental Positiva, o Constitución en Sentido Jurídico-Positivo, y la Formulación Explícita de la Hipótesis Ontológica Dualista del "Paralelismo Indirecto".....	364

**B) CONFORME A LAS CRITICAS EXOGENAS**

4. Importancia de las Críticas Formalista y Sociológica.....	367
5. Respecto a las Críticas Ideológico-Políticas.....	369

6. El Progreso Posible de la TPD: Cómo Conciliar la Legítima Aspiración de la Jurisprudencia Sociológica con el Criterio de la Dirección o Identidad Metódica propuesto por Kelsen (Enunciación del Problema).....	373
NOTAS BIBLIOGRAFICAS.....	377
ADENDUM.....	378
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	396
DATOS BIOGRAFICOS DE HANS KELSEN CON NOTAS BIBLIOGRAFICAS.....	402

## INTRODUCCION

### INDICE

A. ¿Por qué estudiar la Teoría Pura del Derecho (TPD) de Hans Kelsen? .....	14
B. Otros Propósitos.....	18
C. Visión resumida del argumento sobre el fundamento filosófico de la TPD .....	22
1.- La Hipótesis Ontológica Dualista.....	22
2.- La Pureza Metódica se Deduce de la Hipótesis Ontológica Dualista.....	23
3.- La TPD no es una Teoría A Priori.....	23
4.- Limitación de la Consideración Epistemológica.	25
5.- La Epistemología de Herman Cohen y su Limitación para Fundamentar la TPD.....	26
D. Plan de la Obra .....	28
E. Resumen de la Tesis que se presenta .....	33
F. Notas de la Introducción .....	35

## INTRODUCCION

### A. ¿POR QUE ESTUDIAR LA TEORIA PURA DEL DERECHO (TPD)?.-

Dos son las razones principales, en nuestra opinión, para estudiar la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen, en adelante la TPD. La primera, son los méritos inherentes particularmente importantes que distinguen a dicha teoría, la que no debe concebirse como un "instrumento teórico" absolutamente acabado, refractario al cambio y evolución sino, más bien, como una obra que puede admitir mejoras y perfeccionamiento. En este sentido, no nos referiremos a un sistema científico que pueda considerarse esencialmente superado y exhausto, sino a una teoría suficientemente viva y palpitante, digna de ser conocida y difundida.

La segunda razón es la proyección y aplicación potencial que la TPD pudiera tener en otras áreas del conocimiento social y filosófico, como una metodología general de las Ciencias Sociales.

#### 1. Los méritos inherentes a la propia teoría.-

En cuanto a la primera razón, expondremos algunos argumentos que podrían hacer atractivo echar un vistazo o releer dicha teoría:

a) Representa la posición que predica la diferenciación y oposición entre las ciencias sociales y las naturales, definiéndose como un ejemplo de las primeras

(1),(2), convirtiendo a tal distinción uno de los pilares en que se funda.

b) Entre sus resultados cuenta con la unificación dos disciplinas en una sola: la Teoría General del Estado y la Ciencia Jurídica (3),(4).

c) Su contribución a la sistematización y solución de los problemas de que se viene ocupando la Jurisprudencia ha sido ciertamente fructífera, al grado de podersele atribuir un significativo impulso al progreso de dicha disciplina (5).

d) Presenta un peculiar método científico que le permite mostrar su unidad, distinguirse de otras disciplinas, incluida la Filosofía, estableciendo el principio de que el respeto a la identidad del método cognoscitivo, representa la mejor garantía para suponer como posible el progreso en el conocimiento (6).

e) Retoma uno de los grandes problemas de que se viene ocupando la tradición filosófica occidental y lo coloca en el corazón de la Jurisprudencia, a saber: La Relación entre la Mente y la Materia (el Cuerpo). Este problema, que se discute específicamente en una de las ramas filosóficas contemporáneas denominada Filosofía de la Mente, Kelsen lo presenta como la antítesis entre el "ser" y el "deber ser" (7).

f) Es un instrumento práctico de gran utilidad para la actividad del jurista profesional.

g) Es una teoría con crítica epistemológica en cuanto a las posibilidades y límites de la Jurisprudencia, concibiéndola nada más como un instrumento cognoscitivo y de ninguna manera secunda la pretensión de algunas otras teorías que consideran que la Ciencia Jurídica, por sí misma, es una "fuente" de Derecho (8),(9),(10).

h) Su valor dentro del pensamiento jurídico contemporáneo es reconocido aun por teorías rivales. Si bien no se acepta unánimemente como representando la esencia de la Ciencia Jurídica sí, en cambio, se admite como uno de sus más serios contribuyentes (11).

i) Esta teoría se ha venido desarrollando en un lapso de tiempo no menor de 60 años, lo que puede dar idea no sólo de la energía peculiar que le ha permitido mantenerse en el horizonte científico y cultural de nuestro tiempo, sino también de la intensidad del trabajo profesional de su autor (12).

## 2. Como Base para una Metodología de las Ciencias Sociales.-

El conocimiento de las características, funciones y límites de la TPD puede ser de utilidad no sólo para el Jurista, el estudioso de la Ciencia Jurídica o el filósofo, sino también para quien se interese por una visión interdisciplinaria sistemática de los órdenes sociales y de la acción humana, en tanto problemas teórico-conceptuales. Si la mayor parte de las tesis de dicha teoría pudieran considerarse acertadas, entonces también tendrían validez, metodológicamente hablando, en el seno de las demás ciencias sociales. Esto permitiría una

eventual unificación sistemática de dichas disciplinas en un futuro no muy lejano. Por el momento, sobre esto último no efectuamos ningún análisis o desarrollo específico. Aquí sólo exponemos dicha posibilidad como un punto de partida digno de ser explorado.

Un elemento común en que difieren de la TPD la mayoría de las teorías comprendidas bajo las diferentes ciencias sociales, tales como la Economía, la Sociología, la Ciencia Política (y quizá pudieramos incluir algunas teorías psicológicas, epistemológicas y lingüísticas), es la actitud asumida por éstas, según la cual se mantienen dos métodos explicativos para uno y el mismo "hecho", mientras que la TPD sólo emplea un método.

En efecto, aquéllas emplean los métodos Determinista -o Físico-causal- y el Voluntarista -las decisiones humanas- comúnmente "mezclados" o asumiendo una interinfluencia entre ambos. En cambio, la TPD sostiene que sólo se debe emplear el método Voluntarista, separándolo estrictamente del Determinista, ya que éste último es propio de la Ciencia Natural pero no resulta apto para explicar las acciones humanas.

Gran parte del contenido de este trabajo está dirigido a mostrar el pensamiento de Kelsen, en base al cual mantiene que el método Determinista no se debe emplear en la Ciencia Jurídica -y por ende se puede concluir que en ninguna de las demás Ciencias Sociales- ya que ésta cuenta con el suyo propio, mismo que no se debe continuar confundiendo con aquél. De ahí que nos atrevamos a afirmar que la TPD es un insumo



indispensable para quienes, sin ser necesariamente juristas o filósofos profesionales, se interesen en la formulación de una Metodología General de las Ciencias Sociales.

## B. OTROS PROPOSITOS.-

Uno de los propósitos de este trabajo es formular algunas reflexiones que puedan propiciar una mejor comprensión de la naturaleza y función de la TPD, ya que en ocasiones se ha concebido como Filosofía del Derecho, y otras como una teoría jurídica de carácter filosófico. Se desea contribuir a que se contemple simple y llanamente, tal como lo indica su autor, como una teoría que aspira al adjetivo de científica, teniendo por cometido exclusivo el conocimiento y la descripción del Derecho positivo (13). Por lo tanto, deseamos promover la idea de que, en el fondo, no se requiere una gran cultura filosófica para poder entenderla.

Para obtener una visión más comprensiva de la misma se discutirán sus fundamentos filosóficos. Sin embargo, éstos no se presentarán con la pretensión de justificar o de demostrar el carácter verdadero de sus enunciados y enfoques. La formulación de dicho fundamento filosófico aspira a facilitar la comprensión de la "arquitectura", funciones, límites y puntos débiles de dicha teoría. Su fundamentación filosófica no será un instrumento para quererle adjudicar un valor cognoscitivo mayor o menor del que ella misma pueda ser capaz de mostrar, sin invocar algún apoyo o ayuda exógenos.

Desarrollaremos esta investigación en el supuesto de que dicho fundamento también nos auxiliará para determinar los lineamientos epistemológicos empleados por Kelsen en la formulación de su teoría. Advertimos enfáticamente que dicho fundamento filosófico no intenta ni puede incrementar el "poder" cognoscitivo y la certeza relativa de la TPD. Esta actitud no difiere de la adoptada por el propio Kelsen quien, en nuestro entender, no pretende justificar sus resultados científicos sobre la base de premisas filosóficas. Comúnmente cuando él se refiere a éstas, solamente ilustra los precedimientos de que se vale sin que ello implique adjudicarles alguna cualidad justificatoria especial.

Contrario a una lectura neokantiana de la TPD, que se podría considerar como la opinión dominante, propondremos una lectura eminentemente empirista, misma que consideramos básicamente ejemplificada en la segunda edición de la TPD (14), si bien propondremos que esta obra puede recibir tantas lecturas epistemológicas como corrientes o doctrinas filosóficas, históricamente dadas, quieran enfocarla.

En los antecedentes que encontramos sobre el tema existe la tendencia a juzgar a la TPD, con base en sus fundamentos epistemológicos. Desarrollaremos el argumento de que la TPD se puede exponer, comprender y criticar sin que necesariamente se coloque en alguna Escuela Filosófica y sin catalogarla en alguna posición epistemológica en particular. Para determinar el grado relativo de verdad de sus proposiciones teóricas bastará determinar la congruencia, o no contradicción, de sus elementos teóricos y someter a verificación empírica sus

resultados. La Historia nos enseña que este procedimiento conocido en general como Principio Empirista, viene siendo usado en mayor o menor grado por la Humanidad desde épocas remotas conociéndose como el procedimiento de "ensayo y error", en la mayoría de las acciones sociales. Incluyéndose en éstas las que comúnmente se consideran "técnicas" pero que, en lo esencial, no difieren de manera absoluta, como se suele creer, de las "acciones epistemológicas" o cognoscitivas. En efecto, se puede considerar que éstas últimas sean tan sólo una especie del género de las acciones sociales y no un género de acción absolutamente único. Creemos que si bien corresponde el mérito a Locke, Berkeley y Hume el haberlo erigido en la columna central de sus posiciones epistemológicas, no cabe duda que este procedimiento rebasa nacionalidades y épocas siendo válido para toda clase de acción social y no sólo para los actos de conocimiento (15).

Es nuestra convicción que el autor de la TPD tampoco se sustrajo a este principio, si bien ésta no sea, como ya se advirtió, la opinión dominante que lo ha etiquetado como perteneciendo a la Filosofía Criticista; concretamente a la Escuela Filosófica Neokantiana de Marburgo (16). Intentaremos mostrar que no hay elementos teóricos o resultados empíricos que permitan contemplar en la obra madura de Kelsen una Epistemología Idealista explícita. Que, por el contrario, la TPD es compatible con las corrientes epistemológicas más "destacadas" en la Historia de la Filosofía; pero que, sobre todo, acusa un notable carácter empirista.

En oposiciòn a quienes creen que el criterio epistemològico puede ser un fundamento filosòfico de caràcter decisivo para concebir la unidad sistemàtica y funciones de la TPD, propondremos que el Criterio Ontològico es una base realmente fundamental para visualizar estas dos propiedades. En efecto, intentaremos mostrar que una Hipòtesis Ontològica Dualista, que hemos denominado "Paralelismo Indirecto", es la base filosòfica autèntica de dicha teorìa, ya que èsta queda directamente condicionada por aquèlla, en cuanto a su composiciòn, funciones y conciencia crítica de sus limites cognoscitivos. La relaciòn de dependencia directa existente entre la Hipòtesis Ontològica que proponemos y la TPD (y por tanto la prueba de que dicha Hipòtesis es acertada), se puede verificar en la circunstancia de que si supusièramos su sustituciòn, por ejemplo por una Hipòtesis Ontològica no "Dualista" sino Monista, entonces la reflexiòn mostrarìa que la composiciòn, funciòn y limites que Kelsen formulò para su teorìa variarìan necesariamente. Por esta razòn mantendremos que el punto de vista ontològico es el criterio filosòfico fundamental para la TPD, en detrimento del punto de vista epistemològico que tiene un alcance màs limitado.

Esta supremacia relativa del criterio ontològico sobre el criterio epistemològico se puede ver con mayor facilidad si nos percatamos que la TPD, una vez verificada la congruencia de sus enunciados y sus resultados empìricos, que en nuestra opiniòn, como ya dijimos, deben ser los ùnicos que determinen su aceptaciòn o rechazo, admite una lectura epistemològica que puede ser realista, idealista o empirista, sin que dichas lecturas puedan afectar sus resultados. En tanto se admita, tal

como su autor enseña, que la TPD sólo aspira a describir el Derecho positivo, y en consecuencia que sus resultados son en principio verificables, éstos se podrían contemplar como enseña el Realismo Aristotélico-Tomista, como actos de sensación y juicio (17),(18). O de acuerdo con Kant, en el nivel teórico, como categorias lógico-trascendentales; y, en el plano empírico o descriptivo, como actos de síntesis de la unidad de percepción de la conciencia (19). O de acuerdo al Positivismo lógico como proposiciones significativas de lenguaje (20).

Al proponer un enfoque epistemológicamente "neutral" de la TPD queremos significar simplemente que ésta se debería analizar y criticar considerando sus méritos propios, colocándola al margen de las divergencias entre las posiciones epistemológicas más "destacadas" cuyas lecturas, reiteramos, no agregan ni sustraen nada ni a su estructura interna ni a sus funciones. El decidir cuál de las corrientes epistemológicas es la absolutamente acertada, es una determinación que no le corresponde efectuar a la TPD y, en consecuencia, tampoco está comprometida teóricamente con ninguna de ellas.

#### C. VISION RESUMIDA DEL ARGUMENTO SOBRE EL FUNDAMENTO FILOSOFICO DE LA TPD

##### 1. La Hipòtesis Ontològica Dualista.-

Si uno quiere determinar qué tipo de Hipòtesis Ontològica es asumida por la TPD, bastará con observar que sin la distinción entre "Naturaleza" y Derecho, y por tanto sin admitir dos mundos ontològicamente opuestos, dicha teoría perdería su característica más fundamental. Es decir, Kelsen asume que dos

clases de "sustancias originarias" absolutamente opuestas, constituyen el universo empírico. Uno sería el mundo físico-material, en el que se incluyen las acciones humanas. La otra sería el mundo espiritual, al que corresponden las normas (21). Sin esta oposición la TPD perdería sus "raíces" y, por ende, sus características más relevantes.

En tanto entidades espirituales, las normas son irreductibles a los hechos o actos humanos. Lo propio ocurre en sentido inverso. Ninguna acción humana se puede disolver, o reducir, en normas. Actos humanos y normas son dos a manera de sustancias absolutamente opuestas, pues por definición constituyen dos legalidades ontológicas diversas. Kelsen las denomina siguiendo a Wilhelm Windelband y George Simmel, Sein y sollen, términos que corresponden a las categorías de "ser" y "deber ser", respectivamente. Esta antítesis absoluta entre la Naturaleza y el espíritu, entre el "ser" y el "deber ser", es la base ontológica que permite a Kelsen separar el objeto propio de la Jurisprudencia de aquellos otros que pertenecen a otras disciplinas, en especial a las Ciencias de la Naturaleza. Estas conocen al "ser" (los procesos físicos, los actos humanos), mientras que la Jurisprudencia se encarga del "deber ser", las normas, como entidades absolutamente espirituales, carentes de materia. Una vez que Kelsen asume congruentemente esta hipótesis Ontológica Dualista, su teoría ha sido colocada sobre rieles y ha quedado lista para avanzar por su propio camino.

## 2. La Pureza Metódica se Deduce de la Hipótesis Ontológica Dualista.-

El principio de la Dirección Metódica, la pureza del método o la autonomía de la Ciencia Jurídica, está fundado en la Hipótesis Ontológica Dualista, según la cual las acciones humanas son opuestas de una manera radical, a las normas y no es posible asumir que unas se puedan disolver en las otras o viceversa. El ser congruente con esta distinción explica la sistematización metódica que Kelsen imprime a sus obras. Es precisamente el hecho de aceptar dicha Hipótesis Ontológica Dualista lo que le permite calificar a su teoría de pura. La manera como se da esta conexión es la siguiente.

Supuesto que el objeto de conocimiento de la Ciencia Jurídica sean las normas, y en tanto éstas sean consideradas absolutamente opuestas a los hechos físico-químicos en los que consisten las acciones humanas, entonces la Jurisprudencia sólo puede conocer exclusiva o puramente, a las normas. Invadir el campo de los hechos físicos, como serían los actos humanos que violan o ejecutan las normas positivas, equivaldría a contradecir los conceptos de la Jurisprudencia, al aplicarlos al objeto equivocado. Teniendo esto en cuenta, la TPD también podría llamarse Teoría Puramente Normativa, o, Teoría Normativa del Derecho, lo que serviría para indicar que sólo se pretende conocer al Derecho, lo que "debe ser", sin penetrar al análisis causal de las acciones o actos efectivamente acaecidos, relacionados con dichas normas; ya que éstos, por corresponder a la dimensión del "ser" quedan fuera de su conocimiento y descripción.

### 3. La TPD no es una Teoría A Priori.-

El título más preciso de Teoría Normativa del Derecho, en lugar de Teoría Pura del Derecho, permitiría ganar en claridad y evitaría numerosas confusiones entre las que se encuentran, por ejemplo, el hecho de considerarla una Teoría A Priori. Esto es, una teoría obtenida con independencia de la experiencia, pretendiendo un valor universal y necesario, de acuerdo con la Filosofía Crítica de Kant. Conforme a nuestra lectura, Kelsen no intentó significar lo anterior con el término de pura. En efecto, quien está familiarizado con la obra de Kant, sobre todo con la Crítica de la Razón Pura, difícilmente puede escapar a la impresión de que la TPD emplee el concepto de pura en la misma manera.

Se podría decir que inclusive esta concepción errónea acerca de lo que Kelsen realmente significó con el término pura ha contribuido para suponer que el fundamento filosófico de la TPD sea la Lógica del Conocimiento Puro de Herman Cohen, como sostuvo entre otros Renato Treves (22). Tesis que se podría aceptar como muy aproximada sobre todo para las obras del período europeo de Kelsen, pero que no resulta completamente válida para sus obras de madurez o del período americano.

A diferencia del estudioso mencionado, quien intentó comprender mejor y explicar con mayor amplitud la TPD a través de sus fundamentos epistemológicos, creemos que dichos objetivos sólo se podrían alcanzar plenamente si también se enfoca y estudia dicha teoría a través de sus fundamentos ontológicos.



#### 4. Limitación de la Consideración Epistemológica.-

Sin embargo, la participación de ambos tipos de criterios filosóficos en el análisis de la TPD arrojaría una luz más "intensa" sobre ésta. Ante la concurrencia de ambos, el criterio epistemológico no tendría tanto "poder" explicativo como el criterio ontológico. El primero sólo nos diría "el tipo de procedimiento" mediante el que se realizó la actividad científica, sin poder justificar o negar sus resultados. Esto último sólo compete a la ciencia, misma que debe determinar hasta qué punto son válidos, acudiendo a la experiencia. Corresponde a la ciencia, como parte de su propio trabajo, el delimitar y verificar sus resultados con independencia de tal o cual posición epistemológica, la que no podría agregar nada al conocimiento efectivamente obtenido. Antes bien, se podría decir que ciertas "etiquetas" epistemológicas, son adjudicadas a una teoría científica con el objeto de restarle u otorgarle "puntos extras", con independencia de sus propios resultados.

Esta es una de las razones por la cual exponemos la necesidad de "expulsar" a todo etiqueta epistemológica que, en el pasado, se haya adherido a la TPD, y de oponerse a todas las futuras. No hay duda de que Kelsen se valió de sus conocimientos filosóficos en la elaboración de su teoría. Pero es difícil encontrar algún pasaje en sus obras más importantes, destinado aparentemente a justificar sus conclusiones con base en alguna doctrina filosófica. El propuso que los conceptos provenientes de otras disciplinas se deberían excluir del cuerpo medular de la Ciencia Jurídica. Que todas las nociones teóricas provenientes de la Sociología, Economía, Política, Ética,

Física, Biología o Psicología, no se deberían admitir por más tiempo dentro de la Jurisprudencia. Se podría agregar una disciplina más a dicha lista, a saber: la Epistemología (Teoría del Conocimiento).

Sostendremos que la TPD se debe apoyar únicamente en sí misma y que no le es válido acudir a ninguna corriente epistemológica para pretender justificar sus resultados. En relación con esta opinión, no estamos solos. Un importante filósofo británico también mantiene que la validez de una teoría científica no depende de la actitud epistemológica conforme a la cual haya sido elaborada, sino tan sólo de la verificación en principio de sus resultados (23).

#### 5. La Epistemología de Heman Cohen y su Limitación para Fundamentar la TPD

Este será el argumento que emplearemos para apoyar la opinión de que, en sentido estricto, el "origen" epistemológico asumido por el Neckantismo, representa una respuesta que compete con el concepto de "origen" de la TPD, representado por la noción de voluntad. Si se conviene en aceptar la concepción que de la "realidad jurídica" mantiene esta teoría, un sistema dinámico de objetos espirituales denominados normas, entonces sólo un "origen" de los dos mencionados es posible. Si Kelsen hubiera acogido realmente esta corriente filosófica, para la cual el pensamiento científico es el "origen" de la "realidad", habría introducido así en su teoría un elemento extraño que atentaría contra su pureza. Particularmente, vendría a contradecir uno de los aportes más importantes de su obra, a saber: el enunciado de que un acto de voluntad "produce" el Derecho, las normas

positivas, e indirectamente, o de forma meramente negativa, aquel otro enunciado según el cual el conocimiento que realiza el jurista no es "fuente" de Derecho (24),(25).

En efecto, si el "origen" de las normas es atribuido al pensamiento científico, a la conciencia o sujeto cognoscente, como legalidad, entonces esta posición contradiría la tesis kelseniana según la cual es un acto de voluntad el "origen" de aquéllas. Salta a la vista la circunstancia de que no había sitio para ambos "orígenes" contradictorios entre sí. Uno se tenía que ir: o la voluntad kelseniana, o el pensamiento científico neokantiano. Kelsen no pudo haber dudado cuál era la posición correcta. Por lo mismo, es muy probable que la conciencia de esta circunstancia impidió que encadenara, en particular, su teoría al navío de una postura filosófica con la que había simpatizado en los comienzos de su carrera científica y, en general, a toda postura epistemológica. De donde se sigue que este ejemplo se podría generalizar para el caso de otras teorías científicas.

Otra tesis importante que aquí desarrollamos consiste en proponer que una Hipòtesis Ontològica Dualista de tipo Paralelista es el fundamento que determina la unidad estructural, funciones, límites y evolución de la TPD. Que todos los caracteres más significativos de esta última están determinados completamente por aquélla. La medida de dicha dependencia podría apreciarse en el hecho de que, si por abstracción se suprimiera la presencia de dicha Hipòtesis Ontològica Dualista, entonces la TPD cambiaría drásticamente en cuanto a su objeto, su función y límites, probando con ello

hasta que punto dicha Hipòtesis es la piedra medular en que descansa la TPD. Nos proponemos exponer lo anterior en el cuerpo de este trabajo.

#### D. PLAN DE LA OBRA.-

La obra se divide en tres partes. La Primera, denominada La Teoría Pura del Derecho y la Filosofía, comprende tres Capítulos distribuidos como sigue: en el primero se ofrece una visión resumida pero a la vez lo más completa posible de la TPD, mostrando en que consiste, cómo se constituye, cuál es su objeto, sus rasgos y características más importantes, que funciones pretenda realizar, así como aquéllas que están fuera de su cometido.

En la Sección A del Capítulo II se inicia el examen de las conexiones entre la TPD y la Filosofía, de cuyo resultado inicial se genera el perfil característico del método kelseniano: la Dirección Metódica. En la Sección B de este Capítulo se exponen algunos lineamientos que comprenden el método kelseniano y se muestra, a través de una breve exploración, como los aplica consistentemente en la solución sistemática de cinco problemas ya clásicos en la Ciencia Jurídica.

En la Sección A del Capítulo III se expone el fundamento o base filosòfica en que se apoya la TPD, o sea la antítesis ontològica absoluta entre la "realidad física" y el Derecho. En la Sección B de este Capítulo se expone un elemento esencial de la teoría: el concepto de Norma como Esquema de Explicitación.

Aquí se argumenta que por este concepto Kelsen efectúa un desarrollo o evolución de su teoría, superando una visión estática del Derecho por otra de tipo dinámico; se muestra también que esta última es la forma como Kelsen aplica su Hipótesis Ontológica Dualista del "Paralelismo Indirecto".

La Segunda Parte, denominada La TPD y la Teoría del Conocimiento (Epistemología), comprende los Capítulos IV y V. El Capítulo IV contiene la discusión encaminada a determinar hasta que punto la TPD es una teoría pura y a priori en el sentido de la Filosofía, fundada por Kant, del Criticismo Trascendental. Aquí se expone la idea de que si bien la obra kelseniana es susceptible en principio de aceptar una lectura epistemológica neokantiana, también se concluye que esta corriente filosófica podría entrar en conflicto con los contenidos internos de la TPD, de ahí que eso la descalificarla. Esta discusión se desarrolla en las siguientes seis secciones: En la Sección A se desarrolla la idea de que la TPD, si bien presenta un marcado carácter empirista, mantiene una actitud "epistemológicamente neutral"; ya que no intenta justificar o probar su veracidad por medio de alguna doctrina epistemológica. Aquí se expone una breve indicación de la manera en que la TPD sería compatible con las corrientes epistemológicas denominadas: Realismo, Criticismo Trascendental y Empirismo.

En la Sección B) se determina de acuerdo con los datos proporcionados por Kelsen, cuál fue la actitud epistemológica que asumió efectivamente. En la Sección C) se muestra que Kelsen no significó con el término Pura lo mismo que Kant o

Cohen y se proponen tres sentidos meramente negativos implicados en dicho término. En la Sección D) se destacan algunos elementos de la Epistemología kantiana compartidos por Kelsen. En la Sección E) se discute la lectura de Renato Treves según la cual la Lógica del Conocimiento de Herman Cohen es el fundamento filosófico de la TPD. Finalmente, en la Sección F) se argumenta la idea de que, en el fondo, era una Hipótesis Ontológica Dualista lo que propició la lectura de Treves.

El Capítulo V se refiere a la Evolución de la TPD y consta de 4 Secciones. En él se argumenta que el paso de la concepción estática del Derecho a otra dinámica, considerado como un momento de la evolución de la TPD, fue propiciado por la Hipótesis Ontológica Dualista del "Paralelismo Indirecto", revelándose así la importancia que dicha hipótesis representa para la teoría kelseniana. La Sección A) ofrece algunos elementos para comprender el enfoque dinámico del Derecho que la TPD introdujo posteriormente a su surgimiento. La Sección B) presenta la forma en que la Hipótesis Ontológica Dualista del "Paralelismo Indirecto" le permite a Kelsen explicar el "origen" de las normas sin incurrir en una contradicción metódica. En la Sección C) se considera la lectura de Renato Treves sobre la TPD que expondría veinte años después de haber formulado la opinión contraria que se discute en la Sección D) del Capítulo anterior. Por último, la Sección D) contiene la enunciación de algunas consideraciones críticas sobre el estado actual de la TPD.

En la Tercera y última Parte de la obra se continúan exponiendo y desarrollando las críticas que ha recibido la TPD, pero también contiene algunas conclusiones relacionadas con la posibilidad del progreso de dicha teoría. Consta de los Capítulos VI y VII. En el primero se efectúa un resumen de las críticas más significativas a la TPD y está dividido en tres Secciones. En la Sección A) se expone la clasificación de todas las críticas en Endógenas y Exógenas. En la Sección B) se discuten las Críticas Exógenas o aquellas que atacan a la TPD desde fuera de sus postulados. En la Sección C) se analizan las Críticas Endógenas, o aquellas que atacan a la TPD con base en los propios supuestos teóricos de ésta.

Finalmente, en el Capítulo VII, que cuenta con dos Secciones, se presentan algunas conclusiones, incluyendo una formulación de las condiciones que se deberían satisfacer para superar las críticas en cuestión y concebir así la posibilidad de un paso de progreso de la mencionada teoría.

En la Sección A) de este Capítulo se advierte que la solución de la antítesis Validez-Eficacia debe necesariamente atender al problema de la oposición entre dos Hipótesis Ontológicas Dualistas (Paralelista e Interaccionista, respectivamente). Asimismo, ante la crítica de que la categoría del "deber ser" no es suficiente para "inyectar" sentido, hacer comprensibles o inteligibles, socialmente hablando, a un conjunto de hechos o procesos físicos, se propone discutir y estudiar la posibilidad de incorporar a la TPD el concepto de acción racional o instrumental, concebida como un Modelo o Plan de Acción (relación teleológica), que conexiona a un grupo de medios para

obtener un objeto o resultado, tradicionalmente denominado fin. Esta propuesta podría orientar futuros trabajos de investigación en este campo. En relación a la Crítica Giusnaturalista se propone la sustitución del concepto de Norma Fundamental Hipotética (NFH) por el de Norma Fundamental Positiva (NFP), manteniendo como el único supuesto de la TPD a la Hipòtesis Ontològica Dualista del "Paralelismo Indirecto".

En la Sección B) se comenta la importancia que las críticas sociològicas representan como una presión creciente que no obstante podría propiciar la evolución de la TPD. Respecto a las Críticas Ideològico-Políticas, se reafirma la relativa esterilidad de éstas para impulsar una posible mejora en dicha teoría. Por último, se pone de manifiesto en términos generales, la dirección por donde podría ocurrir un próximo paso de progreso o evolución de la TPD, a saber: la necesidad de compatibilizar en un único sistema teorético, una y la misma Ciencia, la pureza metòdica kelseniana (misma que garantiza la autonomía y validez propia de las Ciencia Sociales en general, y del Derecho en particular), con la exigencia de considerar, describir y relacionar directamente las acciones humanas, de modo que éstas dejen de ocupar una posición relativamente secundaria, con respecto a las normas, pasando a ocupar el primer plano del interés cognoscitivo.



LA HIPOTESIS ONTOLOGICA DUALISTA DE TIPO PARALELISTA  
ES EL FUNDAMENTO FILOSOFICO DE LA TPD

1.- Intentaremos mostrar como la unidad arquitectónica de la TPD, sus funciones, características, límites y evolución, están determinados por el supuesto de una Hipòtesis Ontològica Dualista de tipo Paralelista. Esta es la base de dicha teoría. Con esto se quiere significar que la TPD opera bajo el supuesto de que existen dos clases fundamentales de "sustancias ontològicas": la realidad "fisico-natural" y la realidad "mental-espiritual". Esta concepción implica asumir que el espíritu y la Naturaleza son dos "sustancias originarias" absolutamente diferentes. Tal oposición absoluta supone que los objetos mentales no pueden ser objetos físicos y viceversa. Unos coexisten al lado de los otros sin posibilidad de afectarse unilateral o recíprocamente. Esta antítesis absoluta entre la realidad de los objetos físicos y la realidad de las normas consideradas como objetos espirituales, Kelsen la representa como la oposición entre el "ser" y el "deber ser".

Por otra parte, creemos que el detectar y analizar el fundamento filosòfico de la TPD puede contribuir grandemente a facilitar su comprensión armónica, mostrando como sus rasgos generales y sus matices particulares no son arbitrarios, sino están condicionados básicamente por la hipótesis ontològica que su autor asume. Habremos logrado nuestro objetivo si en virtud de este enfoque algunos de sus componentes que pudieran ser

considerados relativamente complejos o la visión unitaria y sistemática de la propia teoría, se pudieran percibir con más claridad por los lectores familiarizados con ella, o se estimulara el interés y acercamiento hacia la misma, por parte de nuevos lectores. Esta penetración a las entrañas mismas de dicha teoría, por así decirlo, nos permitirá aislar y presentar los rasgos metodológicos más característicos de la TPD con el fin de propiciar su instrumentalización por quienes se interesen en la formulación y aplicación de una metodología "unificante" de las Ciencias Sociales.

LA DIRECCION METODICA DE LA PROPIA TPD LE EXIGE UNA  
POSICION EPISTEMOLOGICAMENTE NEUTRAL

2.- Propondremos también que la TPD es compatible con las posiciones epistemológicas más "relevantes" en la Historia de la Filosofía y que, en consecuencia, su "arquitectura" y resultados positivos, están al margen de las pugnas y evolución que se susciten entre aquéllas. Que el valor y la importancia científica de la TPD no depende de su fundamentación epistemológica; llámese ésta Idealista, Realista o Positivista. En otras palabras, asumiremos una actitud "epistemológicamente neutral" considerando que, independientemente de colocar a la TPD bajo alguna u otra corriente o escuela filosófica, los resultados objetivos que dicha teoría, permitiera obtener acerca de la experiencia o "realidad jurídica", no variarían. Los "rendimientos" científicos positivamente dados, no se alteran por la

circunstancia de que se "interpreten" conforme las tesis de cada escuela filosófica.

## NOTAS DE LA INTRODUCCION

(1) "The reality, however, at which a science of law is directed, is not the reality of nature which constitutes the object of Natural Science. If it is necessary to separate the science of law from politics, it is no less necessary to separate it from Natural Science. One of the most difficult tasks of a General Theory of Law is that of determining the specific reality of its subject and of showing the difference which exists between legal and natural reality". KELSEN, Hans: General Theory of Law. Harvard University Press, 1945, 503 pp. Pag. XIV.

(2) "The specific reality of the Law does not manifest itself in the actual behavior of individuals who are subject to the legal order (XIV)... The behavior of individuals as it actually is, is determined by laws of nature according to the principle of causality. This is natural reality. And in so far as Sociology deals with the reality as determined by causal laws, Sociology is a branch of Natural Science (XV)... The specific subject of legal science is positive or real law in contradiction to an ideal law, the goal of politics" (Ibidem, Pag. XIV).

(3) "Aquí sólo puede tratarse de poner en movimiento más acelerado a la Ciencia del Derecho, esa provincia alejada del centro del espíritu, que sólo a tumbos intenta seguir lentamente el progreso, poniéndola en contacto inmediato con la Teoría General de la Ciencia". KELSEN, Hans: Teoría Pura del Derecho. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1983. Tercera Reimpresión. 364 pp. Pag. 10.

(4) "He desarrollado la tesis de que Estado y Derecho coinciden, en tanto que el Estado como orden es idéntico a la ordenación jurídica ya total, ya parcial- y de que el Estado como sujeto jurídico o persona, no es más que la personificación del orden jurídico -ya total, ya parcial-. Ahora bien, estas tesis contradicen la opinión corriente, según la cual Estado y Derecho son dos cosas distintas, que se encuentran unidas en una cierta manera". KELSEN, Hans: Compendio de Teoría General del Estado. Editora Nacional. México, 1974. 235 pp. Trad. Luis Recaséns Siches y Justino de Azcárate. Pag. 129.

(5) "Desde el comienzo mismo fue mi objetivo elevar la Ciencia del Derecho, que se agitaba casi completamente -abierta o disimuladamente- en una argumentación jurídico-política, a nivel de una auténtica ciencia, de una ciencia del espíritu. Correspondía desplegar sus tendencias orientadas, no a la función configuradora de su objeto, sino exclusivamente al conocimiento del Derecho, para acercarla, en la medida de lo posible, al ideal de toda ciencia: objetividad y exactitud. Con satisfacción pueda comprobar hoy que no he quedado solo en ese camino. En todos los países civilizados, en todos los círculos donde se cumplen los diversos trabajos profesionales jurídicos, tanto en los teóricos como en los prácticos, e inclusive en representantes de ciencias próximas encuentro una aprobación

animadora". KELSEN, Hans: Teoria Pura del Derecho (TPD), op cit, pag. 10.

(6) "La identidad del objeto de conocimiento no está garantizada mas que por la identidad del proceso cognoscitivo, es decir, por la identidad de la dirección de los caminos del conocimiento". KELSEN, Hans: Teoria General del Estado (TGE). Editora Nacional, México, 1972, 544 pp. Trad. Luis Legaz Lacambra. Pag. 8.

(7) "Sin penetrar, por lo demás, de un modo detallado en esta cuestión, adviértase, no obstante, que la oposición entre Naturaleza y Sociedad (que es una oposición entre ser y deber ser, entre ley natural y norma, entre realidad y valor) coincide también en lo esencial con la oposición entre Naturaleza y Espíritu. Como fenómeno social, el Estado encuentra su asiento no en el reino de la Naturaleza sino en el del espíritu". KELSEN, Hans: Compendio, op cit, pag. 122.

(8) "Sovente si ignora la differenza tra la funzione della scienza giuridica e la funzione dell'autorità giuridica, e quindi la differenza fra il prodotto dell'una e il prodotto dell'altra, come nel linguaggio comune, in cui diritto e scienza del diritto appaiono come sinonimi". KELSEN, Hans: Dottrina Pura del Diritto (DPD). Pag. 89.

(9) "La ciencia jurídica deve conocerse -per così dire dall'esterno- il diritto e, sulla base di questa conoscenza deve descriverlo. Gli organi giuridici invece, in quanto autorità giuridica, devono anzitutto produrre il diritto, affinché esso possa poi essere conosciuto e descritto dalla scienza giuridica". Ibidem, pag. 88.

(10) "E' esatto che anche gli organi che applicano il diritto devono anzitutto conoscere -per così dire, dall'interno- il diritto che devono applicare. Il legislatore che nel procedimento legislativo applica la Costituzione doveva conoscere la Costituzione; il giudice che applica le leggi, doveva conoscere le leggi stesse. Questa conoscenza non è tuttavia essenziale, ma soltanto propedeutica rispetto alla loro funzione che, come si vedrà meglio inséguito, è anche produzione di diritto, non soltanto nel caso del legislatore, ma anche nel caso del giudice: produzione di una norma giuridica generale da parte del legislatore ovvero produzione di una norma giuridica individuale da parte del giudice". Ibidem, pag. 89.

(11) "Più di mezzo secolo di polemiche, un molteplici esilio e due guerre mondiali non passano senza lasciar tracce su una dottrina; ma la dottrina che resiste a due guerre mondiali, ad un multiple esilio ed a mezzo secolo di polemiche è una dottrina che, nella scienza del diritto, ha conquistato una posizione ben definita e, in certa misura, anche definitiva". LOSANO, Mario G. Forma e Realtà in Kelsen. Edizione di Comunità, Milano, 1981, 229 pp. Pag. 175.

(12) "Cette théorie pure du droit était déjà en germe dans le premier grand ouvrage que Kelsen avait publié en 1911 sous titre Hauptproblema der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre von Rechtssätze. Elle se développa dans le cadre de

l'Université de Vienne, avec la collaboration d'un groupe de collègues et de disciples, connus sous le nom de Wiener Rechtstheoretische Schule". KELSEN, Hans. Théorie Pure du Droit. Ed. de la Baconnière. Cahiers de Philosophie No. 37. Neuchatel, 1988. 296 pp. Adapt. Henri Thevenaz. Pag. 7.

(13) "A l'aurore de ce siècle seules les mathématiques, la physique, la chimie, la biologie, voire la psychologie (si on l'élaborait d'après un certain modèle), avaient droit au nom de sciences. Aujourd'hui, par contre, personne n'a de difficulté à parler de sciences sociales, de sciences économiques, de sciences historiques, de philologie comme science, de linguistique comme science; on accepte donc que s'intitule "science" n'importe quelle discipline, à condition qu'elle s'articule d'après un certain paradigme de rigueur et d'objectivité". AGAZZI, Evandro. Philosophie, Science, Métaphysique. Editions Universitaires Fribourg, Suisse, 2e. Edition, Reimpression, 1987, 87pp. Pag. 68-69.

(14) KELSEN, Hans. TPD, op cit.

(15) "La création de la philosophie-science grecque ne fut pas seulement un dépassement (et non une élimination) du mythe, elle fut aussi un dépassement (sans l'éliminer non plus) de la pure technique, c'est-à-dire d'un travail qui se pratique d'après un catalogue de normes dont l'efficacité s'est confirmée au cours de l'usage et après des affinements consécutifs aux différentes épreuves et erreurs. Voilà pourquoi dans l'histoire de la science il est habituel (et correct) de la faire débiter au VIe siècle av. J.C., i.e. en même temps que la philosophie. Même s'il existait auparavant différentes connaissances (d'ailleurs bien documentées) que nous taxerions aujourd'hui de scientifiques, celles-ci se réduisaient à des connaissances efficaces de nature technique, déduites directement de vérifications pratiques ou de réalisations susceptibles de convenir à la pratique". AGAZZI, Evandro. op cit., pag. 6.

(16) "La scuola neokantiana di Marburgo esercita una forte influenza su Kelsen: come si vedrà parlando del principale esponente di tale scuola, Herman Cohen, l'intera teoria della conoscenza accettata da Kelsen si può ricondurre alle opere di questo autore". LOSANO, Mario G., op cit., pag. 17.

(17) "Aquinas stressed the experimental foundation of Human Knowledge. It was his constant and frequently expressed conviction that the mind does not stand off with any stock of innate ideas or of innate knowledge; and he reaffirms Aristotle's statement that the mind is initially like a wax tablet on which nothing has yet been written". COPLESTON, F.C., Aquinas. Penguin Books, London, 1955, 271 pp. Pag. 28.

(18) "And the primary form of experience is sense-experience, that is, contact with material things through the senses. It is the senses which first set the mind in contact with existent things and which supply it with the materials for the formation of ideas. We do not, for instance, first have the idea of a man and later discover that these are men: we first become acquainted through sense-perception with individual men and we

are thus enable to form the abstract idea of man". Ibidem, pag. 28.

(19) "Del mismo modo como para Kant, el sujeto crea el objeto, así también el conocimiento normativo es lo que determina al Derecho o Estado. Claro es que para Kelsen, lo mismo que para Kant, no se trata de una creación real, sino sólo de hacer posible el objeto de conocimiento; es decir, de su determinación o explicación. A la aportación del sujeto sobre el caos de datos sensibles, es a lo que Kant llama producción del objeto. Ahora bien, esta aportación del sujeto consiste en una ordenación merced a puntos de vista formales, a saber: las categorías. El conocimiento y por tanto el objeto sólo es posible para Kant, reduciendo nuestras sensaciones a unidad. El principio de esta unidad o síntesis trascendental es el yo trascendental". KELSEN, Hans. Compendio..., op cit, pag. 70-71.

(20) "The logical positivists were a group of philosophers and scientists who met in Vienna in the late 1920's and early 1930's to form what became known as the Vienna Circle. 'Positivism' is the name of the thesis that every problem may in principle be solved using the methods of the Natural Sciences. Logic is the exact study of inference. The Logic Positivists were impressed by the explanatory power of science and the rigour and precision of Mathematics and Logic. They hoped to make Philosophy at least as rigorous as Mathematics and put Philosophy at the service of science. The conception of Philosophy was the Lockean one of cleaning intellectual obstacles from the path of scientific progress". PRIEST, Stephen. The British Empiricists. (Hobbes to Ayer). Penguin Books, London, 1980, 303 pp. Pag. 229.

(21) "Es imposible buscar la esencia de la sociedad en cualquier relación de puro hecho, en modos de conducta humana meramente de facto y determinada causalmente. Porque la conducta humana y sólo ella constituye el objeto propio de una regulación normativa, es por lo cual la unión social se considera como ligamen o vínculo normativo, como deber. Sólo gracias a éste cabe considerar la sociedad como un objeto distinto de la naturaleza; y por igual razón la teoría de la sociedad constituye una disciplina independiente y aparte de la Ciencia de la Naturaleza". KELSEN, Hans. Compendio... pag. 121-122.

(22) "Il Kelsen, attraverso alla sola elaborazione del problema giuridico, è giunto ad apportare, nel campo del diritto, quelle medesime riforme che il Cohen apportò al pensiero kantiano nel campo teoretico, e si può, dopo più approfondito esame, finir d'affermare che la Logica della conoscenza pura costituisce addirittura il fondamento filosofico della scuola giuridica viennese, la quale ha dato una applicazione di questa Logica al campo del diritto che, sotto certi aspetti, è più fedele di quella data dallo stesso Cohen nella sua Etica della volontà pura". TREVES, Renato. Il Fondamento Filosofico della Dottrina Pura del Diritto di Hans Kelsen. R. Accademia delle Scienze, Torino, 1934-XII, 41 pp. (Version Resumida).

(23) "It must be made clear that, in calling ourselves empiricists, we are not avowing a belief in any of the psychological doctrines which are commonly associated with

empiricism. For, even if these doctrines were valid, their validity would be independent of the validity of any philosophical thesis. It could be established only by observation, and not by the purely logical considerations upon which our empiricism rests". AYER, A.J. Language, Truth and Logic. Penguin Books, London, 1990, 206 pp. Pag. 64.

(24) "Sans doute les propositions, formulées par la science du droit se présentent-elles aussi sous la forme de normes, mais elles ont un caractère purement descriptif. Elle n'ont pas été créées dans le cadre d'un ordre juridique, mais simplement formulées par de juristes désireux de décrire les normes en vigueur dans un tel ordre. Dans leur activité scientifique ces juristes n'agissent pas en qualité d'organe ou de sujet de l'ordre juridique qu'ils étudient". KELSEN, Hans. Théorie.op cit., pag. 51.

(25) "Les propositions formulées par la science du droit pour décrire les normes juridiques sont donc l'équivalent des lois causales dans les sciences de la nature. Les unes et les autres sont le résultat d'actes de connaissance, tandis que les normes juridiques sont le résultat d'actes de volonté". Ibidem, pag. 52.



PRIMERA PARTE: LA TEORIA PURA DEL DERECHO  
Y LA FILOSOFIA

CAPITULO I

¿QUE ES LA TEORIA PURA DEL DERECHO ?

A) LA NATURALEZA Y OBJETO DE LA TEORIA PURA DEL DERECHO

1. La Dirección o Identidad Metódica.

Hans Kelsen es el autor de la Teoría Pura del Derecho publicada en Viena en el año de 1934 (1), misma que pretende ser una contribución significativa al progreso de la Ciencia Jurídica, tal como el propio autor lo expresaba en 1960. "La segunda edición de mi Teoría Pura del Derecho (2), cuya primera edición apareció hace más de un cuarto de siglo, presenta una reelaboración completa de los temas tratados en la primera, y una significativa ampliación de su campo de estudio. Mientras que me contenté entonces con formular los resultados especialmente característicos de una doctrina jurídica pura, intento hoy dar solución a los problemas más importantes de una Teoría General del Derecho conforme a los principios fundamentales de la pureza metódica del conocimiento jurídico-científico, precisando al hacerlo el lugar de la Ciencia Jurídica en el sistema de las ciencias, más de lo que anteriormente se hiciera" (3).

La Teoría Pura del Derecho, es un sistema de conceptos, en el que se establecen los rasgos esenciales o estructurales de todo Orden Jurídico. En él se presentan las categorías propias que constituyen un punto de vista propio para considerar la

experiencia como una realidad totalmente diferente de la que estudia la Física. Este sistema teórico, que para fines de exposición se podría describir como si fuera de tipo lógico-deductivo, se constituye a partir de un número reducido de nociones de las que se deducen las demás. Asimismo, representa el cuerpo de lo que podría considerarse una disciplina científica. En este caso, la Ciencia del Derecho o Jurisprudencia.

El sistema puede admitir la inclusión de nuevos elementos, a condición de que sean congruentes con el cuerpo teórico y justifiquen la función teórica que pretenden desempeñar. Mediante la exigencia de la pureza metódica, que es la forma que asume en el Derecho la categoría lógica de la identidad o de la no contradicción, se pretenden evitar equivocaciones debidas a la confusión del objeto de estudio. Esta se conoce también como el respeto a la dirección metódica y se puede describir como una regla que advierte al investigador de la necesidad de mantener su propio principio de identidad: los problemas teóricos se deben resolver utilizando exclusivamente conceptos y argumentos pertenecientes al propio sistema. Lo que de una manera meramente negativa se traduce en "prohibir" a aquél la utilización de conceptos y leyes pertenecientes a otras disciplinas.

Lo anterior explica el por qué Kelsen ha calificado de pura su teoría jurídica: no admite dentro de ella conceptos o métodos explicativos pertenecientes a otras disciplinas, como tampoco contenidos y términos accidentales provenientes de los órdenes históricos, o contingentes. La razón de este doble rechazo no

es gratuita sino obedece a razones de "salud l6gica" o de "supervivencia". Si ella tomara las categorias y conceptos de otras ciencias, se demostraria que no es un sistema cerrado, ya que al apropiarse de los elementos te6ricos de otras disciplinas, a la postre terminaria por disolverse en aqu6llas. Para existir cientificamente hablando, ella deberia presentar su propio cuerpo de conceptos. Si 6stos pertenecieran originalmente a la Fisica, Biologia, Psicologia, Economia, Quimica, etc., entonces la TPD de juridica s6lo tendria el nombre. Seria una disciplina ilusoria, ya que sus conceptos particularmente propios, aqu6llos que ninguna otra disciplina pudiera disputarle seriamente, no se podrian exhibir.

Tambi6n podria ocurrir que existiendo, en el fondo, un sistema propio de conceptos, 6stos no se pudieran ver de manera clara y distinta debido a que en su lugar se contemplaran otros que, al no pertenecer al sistema, serian causa permanente de confusiones y por tanto de errores y contradicciones. Tambi6n podria ocurrir que se propusieran preguntas y respuestas que no necesariamente serian legitimas, o formulables congruentemente dentro de los l6mites de la Ciencia Juridica, en tanto que instrumento cognoscitivo de la experiencia.

## 2. El Estado de la Ciencia Juridica cuando hace su Aparici6n la TPD

De hecho, 6sta fue la situaci6n en que se encontraba la Ciencia Juridica al arribo de la Teoria Kelseniana. Existian esfuerzos te6ricos por impulsar una Ciencia Social, supuestamente diferente de las Ciencias Fisicas, con problemas y m6todos de soluci6n propios, pero en las presentaciones acabadas de esta

disciplina, aparecían proposiciones o juicios de la más variada índole: política, física, ética, histórica, biológica, económica y psicológica, que prácticamente anulaban los pocos elementos propiamente jurídicos que se podrían constatar (4).

Naturalmente, ningún criterio de relativa certeza acompañaba aquella masa de trabajo teórico que, no obstante la confusión circundante, se perfilaba como un grupo de problemas legítimos que obviamente no eran abordables por medio de las leyes de la Química, o de las leyes de la Naturaleza en general. Era un estado de una "impureza" manifiesta tal, del que sólo se podría escapar si, primero, se cobraba conciencia de la situación y, segundo, si se presentara una teoría que intentara resolver dicho grupo de problemas de una manera sistemática, con un criterio propio o endógeno.

¿ Cómo ubica Kelsen históricamente su propio trabajo?. Antes del arribo de la TPD, la Teoría General del Estado era considerada una ciencia independiente del Derecho. De manera correlativa se aceptaba que el Derecho y el Estado eran dos entidades diferentes. Por ejemplo, se admitía que primero existía el Orden Jurídico, el Derecho, y después se creaba el Estado. La TPD ha venido a refutar lo anterior afirmando que: el Orden Jurídico y el Estado son la misma cosa; que la Teoría del Estado no es sino la Teoría del Derecho y que "lo específico de este objeto espiritual que llamamos Estado consiste en ser un sistema de normas" (5).

Sin embargo, Kelsen no se presenta como proponiendo aportes absolutamente originales sino, mas bien, como impulsando una direcci3n que ya existia en el ambiente cultural de su 3poca: "Veo con m3s claridad hasta qu3 punto descansa mi labor en la de los grandes predecesores; ahora me siento m3s unido que nunca a aquella direcci3n cientifica que tuvo en Alemania como sus representantes m3s ilustres a Karl Friedrich von Gerber, Paul Laband y Georg Jellinek. Esta direcci3n, apart3ndose de la nebulosa metafisica del Estado, pretendia ser una Teoria del Estado estrictamente juridica, sin matiz politico alguno" (6).

### 3. La Virtualidad Sistem3tica de la TPD como la Mejor Garantia de su Valor Cognoscitivo.

Asimismo, expresa que la mejor prueba de que su Teoria funciona, es su capacidad para resolver los problemas en una manera sistem3tica. "Aun all3 donde mi exposici3n parece m3s alejada de los esquemas usuales: en el sistema, tengo la convicci3n de que no he hecho sino seguir una tendencia inmanente de la ciencia. Considero que mi misi3n consiste en desenvolver los objetos tratados hasta ahora bajo el nombre de "Teoria General del Estado", partiendo de un principio fundamental 3nico: la idea del Estado como un orden coactivo de la conducta humana. En tanto que he logrado este prop3sito, par3ceme que he establecido un sistema natural en lugar de uno artificial, y que en lugar de un complejo de cuestiones s3lo exteriormente enlazadas entre s3, he creado una conexi3n real interior y, por tanto, verdaderamente sistem3tica. Pero, al mismo tiempo, el descubrimiento de esta conexi3n confirma la verdad del mencionado principio fundamental: la idea normativa se comprueba en su virtualidad sistem3tica" (7).

A grosso modo, èste era el estado científico de la Jurisprudencia en Alemania, cuando la TPD inició su proceso de alumbramiento con la publicación en 1911 de Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze (8). Como han observado varios estudiosos de la Filosofía del Derecho, la tarea que Kelsen inició en el año mencionado y culminò con la publicación en alemán, en 1979, de la Teoría General de las Normas (9), constituye un proceso de mejoramiento de su teoría, caracterizado por la tendencia a la simplificación de los contenidos y, por otro, a ordenar los problemas y las respuestas de una manera sistemática: "Tra la prima (1911) e la seconda (1923) edizione dei Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, Kelsen ha sviluppato e perfezionato le sue concezioni in una misura che, in seguito, non aurà piú l'eguale. Ha ragione, quindi, iniziando nel 1923, la lunga Prefazione alla seconda edizione, Kelsen sostiene che la revisione dell'opera si risolverebbe in un nuovo libro. Questo nuovo libro vede la luce nel 1925 e già lo stesso titolo (Allgemeine Staatslehre) rivela l'opera di sistematizzazione intrapresa da Kelsen: mentre i Hauptprobleme der Staatsrechtslehre erano servite a saggiare una metodologia nuova sui punti piú controversi della dottrina dello stato, la Allgemeine Staatslehre (\*) è la prima trattazione sistematica di tale disciplina dal punto di vista della dottrina pura del diritto" (10).

Como se comprenderà, el proceso "purificador" de la Jurisprudencia que propuso la TPD, consistió en rechazar los conceptos provenientes de otras disciplinas, así como los

sistemas ético-políticos deseados, por considerar que no eran necesarios para la construcción y crecimiento de ésta. Es decir, la Jurisprudencia tendría la posibilidad de probar su carácter propio como disciplina autónoma, si era capaz de presentar un objeto de conocimiento tal que las otras disciplinas no pudieran explicarlo. Tal objeto no podría ser un hecho físico, una vivencia psíquica, un proceso físico-causal cualquiera, o los deseos y emociones personales. La materia de estudio de la Jurisprudencia no sería la realidad física el mundo del "ser", sino una realidad de tipo espiritual o, si se quiere, una realidad análoga a la "mental" o a los valores, que sería presentada como el mundo del "deber ser".

#### 4. Las Normas como el Objeto de Conocimiento de la Jurisprudencia de acuerdo con la TPD

Más adelante se analizará esta realidad propia del Derecho, que por el momento podemos considerar que no es sino el mundo social de las acciones humanas, en tanto no se consideran como procesos físicos o químicos, sino como "significaciones". Como una cierta esfera que aun cuando es "real", cotidiana, no es, sin embargo, la "realidad" de los átomos y la energía que describen los físicos. Así surge el concepto que presenta al objeto de conocimiento jurídico, a saber: la norma, cuya significación es la conducta humana, explicada conforme al principio de la voluntad. Por razones expositivas supondremos que las categorías kantianas de la Cualidad y la Cantidad, en tanto principios que permiten la unidad de una ciencia están

presentes en la TPD, haciendo posible el concepto de norma jurídica.

Particularmente, si conciliamos la categoría de Cualidad con la categoría de la Unidad (entendida como una subcategoría de la Cantidad), obtenemos el objeto de conocimiento jurídico: "el deber ser", o las normas. A la vez, por la categoría de la contradicción, conocemos lo que no es, o aquello con lo que no se debe confundir: el mundo físico causal de la naturaleza cuyo acaecer es independiente de la voluntad humana. Conforme a su principio de Identidad, la Jurisprudencia, según la TPD, debe describir la experiencia conforme al principio de la voluntad, considerándola como un sistema de conductas que "deben ser", y no en tanto que (acciones humanas efectivamente acaecidas) "ser".

##### 5. El Objeto de Conocimiento de la Jurisprudencia según la TPD no son las Acciones Humanas en tanto Procesos Físicos

Se debe aclarar que la descripción mencionada anteriormente no es de acciones humanas, de actos ocurridos físicamente, ya que -como se dijo- la realidad físico-causal no es el objeto que conoce (describe) la Jurisprudencia. Esta no describe al "ser", a los hechos físicos, sino al "deber ser", a las normas establecidas positivamente (por actos volitivos realmente acaecidos), mismas que indican una realidad de tipo espiritual, que "debe ser". Es precisamente el contenido de las disposiciones normativas, la significación de dichas sentencias normativas, el tipo de realidad social, no física o química, lo



que se propone conocer la Jurisprudencia, o al menos lo que propone la TPD.

Generalmente la norma asume la forma de un juicio hipotético, como se indica: Si S, entonces "debe ser" P, donde la "realidad" de S, y la de P, como significado de dicha proposición o juicio normativo, es claramente de tipo espiritual; análoga a la realidad de los objetos "mentales", tales como los pensamientos y los conceptos científicos.

#### 6. La TPD es una Teoría Formal o Normativa

Por esta razón la TPD es llamada "normativa", su función o tarea cognoscitiva consiste en la descripción de las normas positivas, concebidas como objetos "no físicos", en oposición a otras dos clases de teorías que sostienen que la "realidad" objeto de conocimiento de la Jurisprudencia debe ser el mundo causal, físico, de las acciones humanas históricamente dadas, vistas en relación a las leyes, la justicia, o la moral. Bobbio señala que Kelsen fue criticado por dos tendencias jurídicas denominadas Sociológica y Giusnaturalista que no coincidían con su enfoque exclusivamente normativo:

"Contro questa visione della scienza giuridica como normativa è descrittiva" Kelsen se tuvo que defender de los ataques "per due tendenze opposte: il primo dalle correnti realistiche o in più senso sociologiche; il secondo dalle correnti giusnaturalistiche o in più largo senso anti-positivistiche. Per le prime la Giurisprudenza è una scienza esplicativa che si vale del metodo delle scienze naturali ed è

tanto più perfetta quanto più rigorosamente riesce ad applicarli; per le seconde la Giurisprudenza ha una funzione prescrittiva non diversamente, se pure con diverso grado di autorità, dal legislatore e dal giudice" (11).

Estas dos doctrinas adversas a la TPD no aceptan el argumento de la pureza metòdica, la necesaria separaciòn entre naturaleza y sociedad, ni la autonomia del principio explicativo propio de las Ciencias Sociales, a saber: el acto volitivo o la decisiòn jurídica. Así, las relaciones causales que presentan estas dos corrientes jurídicas tienden a cancelar el valor explicativo del concepto de acto de voluntad, ya que èste lògicamente no se puede someter a ulterior causaciòn. Por esta razòn, el sincretismo metòdico en que incurren èstas, las torna relativamente menos "eficaces" que la TPD.

## B) ORIGEN, FUNCIONES Y LIMITES DE LA TPD

### 7. Enunciación de las dos Posiciones acerca del Origen de la TPD

Es posible concebir principalmente dos lecturas sobre el "origen" de la TPD. La primera sería una lectura de tipo Hipotético-Deductiva, con una fundamentación apriorística. La segunda, sería una lectura Empírico-Inductiva, como un conjunto de generalizaciones efectuadas en base a regularidades obtenidas empíricamente.

Conforme a la primera, la TPD, en su sentido lógico-esencial, representaría la estructura lógica de todo Orden Jurídico real y posible, y no contendría ningún conocimiento accidental obtenido de la experiencia. Ella se podría concebir conforme a la Filosofía Crítica de Kant, como un sistema de conceptos que hacen posible al conocimiento jurídico. Es decir, como una teoría pura y a priori. Conforme a la segunda, la TPD se podría interpretar como un sistema conceptual obtenido por inducción sobre la base de numerosas observaciones sobre los órdenes jurídicos, empíricamente dados. Por el momento no penetraremos aquí en la discusión referente a cuál de estos dos procedimientos lógicos fue efectivamente utilizado por Kelsen, si bien nos inclinamos a creer que trabajó en completa armonía con el segundo.

Sin embargo, con la sola presencia de la TPD no existen elementos suficientes para asumir que se posean conocimientos positivos. La Teoría por sí misma es vacía de contenidos empíricos; ella sería tan sólo como el "esqueleto" del

conocimiento, por así decirlo. Sus conceptos se deben aplicar a la realidad empírica, obteniendo así las intuiciones correspondientes, mismas que serían como la "carne" de dicho conocimiento. "Kant riteneva che in tutte le nostre esperienze si debbano distinguere due elementi, uno dovuto all'oggetto (ciò che noi abbiamo chiamato "l'oggetto fisico"), l'altro dovuto alla nostra stessa natura. Abbiamo visto partiendo della materia e dei dati sensoriali, che l'oggetto fisico è diverso dai dati sensoriali associati, e che i dati sensoriali devono essere considerati come il resultado di un'azione recíproca fra noi e l'oggetto. E fin qui, siamo d'accordo con Kant. Ma característico di Kant è il modo in cui egli distribuisce le parti rispettive di noi e dell'oggetto. Egli pensa che a quest'ultimo sia dovuto la materia prima della sensazione - colore, durezza, ecc.- mentre noi forniamo la sistemazione nel tempo e nello spazio, e tutte le relazioni fra i dati sensoriali risultanti dal paragonarli o dal considerarne uno como causa dall'altro e così via. La ragione principale da lui portata in favore di questa teoria è il fatto che sembriamo avere una conoscenza a priori per quanto concerne spazio, tempo, causalità e comparazione, ma non per quanto concerne la materia prima della sensazione" (12).

#### 8. Jurisprudencia Pura y Jurisprudencia Empírica o Històrica

Solamente en su fase de Jurisprudencia Empírica se revela la utilidad de la teoría, ya que sólo mediante su aplicación a la órdenes jurídicos, históricamente dados, es posible describir algún proceso normativo, o ciertas normas individualmente válidas, determinando sus contenidos específicos. La teoría es

como una pinza que sólo sirve cuando se utilizan sus dos partes. Primero se constituye el sistema teórico, o lógico-esencial; segundo, se efectúa su aplicación a la experiencia, para describir los contenidos normativos, positivamente dados. Fuera de estas dos fases, teoría pura y teoría aplicada o descriptiva, no existen otros actos que representen conocimiento. Determinar en un momento dado cuáles sean los contenidos jurídicos, positivamente legislados (puestos o establecidos) o qué acciones "deben suceder" bajo el supuesto que otras (que están relacionadas con las anteriores en el sentido de condición y consecuencia) ocurran previamente, es uno de los objetivos primordiales que desempeña la teoría.

Sin embargo, esto no significa que el conocimiento teórico no tenga utilidad, ya que éste ofrece una serie de conocimientos sobre la estructura general de cualquier Sistema Jurídico (o Comunidad Social), que permiten efectuar su ordenación unitaria y su descripción empírica de una manera orgánica: "En el sentido de la Teoría del Conocimiento de Kant, la Ciencia Jurídica, como conocimiento del Derecho, y al igual que todo conocimiento, posee un carácter constitutivo, y en consecuencia, "produce" su objeto al concebirlo como una totalidad significativa. Así como el caos de las percepciones sensoriales sólo se convierte en un cosmos, es decir, en Naturaleza como un sistema unitario, mediante el conocimiento ordinario de la Ciencia, también la multiplicidad de normas jurídicas generales e individuales producidas por los órganos jurídicos, que constituyen el material dado a la Ciencia del Derecho, sólo se convierten en un sistema unitario y consistente, en un orden jurídico, mediante el conocimiento de

la Ciencia Jurídica. Pero esta "producción" tiene un carácter puramente epistemológico. Es cosa enteramente distinta de la producción de objetos mediante el trabajo humano, o la producción de Derecho por la autoridad jurídica" (13).

"El método trascendental consiste en demostrar cómo las condiciones del conocimiento son, a propio tiempo, las condiciones de su objeto, porque éste es creado (determinado), por aquél; esto es, en explicar las condiciones de la posibilidad de la experiencia, que es lo mismo que decir: en explicar la ciencia física; lo cual, a su vez, equivale a dar razón de por qué la Matemática (conceptos de mi mente), vale para todas las cosas reales. La solución es que éstas son el producto de la unificación de lo sensible merced a esos conceptos ordenadores" (14).

#### **9. Distinción y Separación entre la Actividad Cognoscitiva y la Política.**

Una de las tesis desarrolladas en la TPD es la separación estricta entre la política y la actividad cognoscitiva. El científico tiene por función describir la realidad y no proponer modelos ético-políticos que, en su opinión, sean los mejores, los más justos, o dignos de ser legislados. Esta segunda tarea es el campo de la política, si bien a veces se concentra en la identidad del mismo sujeto que realiza el acto cognoscitivo. Todas las propuestas en este nivel histórico o accidental, sólo pueden tener un valor relativo y contingente y, por tanto, no se puede aceptar que se cataloguen de "científicas", ya que con ello se quiere hacerlas pasar como absolutamente superiores (o mejores) que las alternativas

restantes. El científico, enseña Kelsen, tiene una tarea más modesta; ésta consiste en mostrarnos la realidad normativa tal como es dada: "The question of whether a given legal order is just or unjust cannot be answered within the framework and by the specific methods of a science directed at a structural analysis of positive law" (15).

Opiniones, emociones y apreciaciones sobre legislación positivamente "puestas" no aumentan en el menor grado su conocimiento. Tales apreciaciones, juicios de valor o actitudes emocionales no son proposiciones cognoscitivas, aun cuando sean similares en cuanto a la forma de su expresión y, consecuentemente, tan sólo se podrían interpretar como representando propuestas de legislación insinuadas o esbozadas. Esto último ya no es tarea de la Ciencia. En ocasiones las dos actividades pueden concentrarse en una misma persona, lo que no significa que las propuestas de legislación sean propuestas científicas. Es decir, la Ciencia no es el escudo que ciertas propuestas políticas requieren para eliminar a otras, que compitan con ellas, a las que describe como no científicas. Para la Ciencia Jurídica, tanto las unas como las otras son consideradas propuestas de legislación posible y, en tanto ello, no puede otorgarle a alguna de ellas el grado de la "mejor", la "justa" o la "más justa". Esta conciencia crítica de los límites cognoscitivos de la Ciencia Jurídica, también se podría formular y extender al territorio de las otras disciplinas sociales, en cuanto también el problema de la justicia se plantea en el seno de la Economía, la Ciencia Política y la Sociología.

## 10. La Justicia no es Objeto del Conocimiento Jurídico según la TPD

Para la TPD, la Ciencia Jurídica se debe limitar a describir las normas efectivamente legisladas, atribuyéndoles un valor accidental por ser producto contingente de las decisiones humanas y, consecuentemente, no debe evaluar si alguna de ellas es más justa que otras. Según la TPD, la Ciencia Jurídica tampoco tiene por cometido presentar ciertos modelos normativos (que le pudieran interesar) como los absolutamente mejores, los que se deberían establecer jurídicamente. Esta es una tarea que corresponde a los actores "reales", o los miembros de la comunidad de que se trate, si se consideran los actos de "creación" y aplicación de Derecho, realizados conforme al método descentralizado, o democrático, que el propio Orden Jurídico delega a los particulares decidir su continuación ("Derecho Privado"). O conforme el método centralizado, autocrático, si se piensa en los órganos o funcionarios autorizados legalmente para decidir las normas del llamado "Derecho Público". En ambos casos, el jurista sólo debe describirlas, sin el empleo de los términos "justo" o "injusto"; ya que éstos describen apreciaciones subjetivas de agrado o desagrado, "sentidos emotivos" que, según la TPD, seguramente bajo la influencia de Weber, por no ser exactamente normas no son objeto que concierna describir a la Jurisprudencia (16, 17).

## 11. Límites Cognoscitivos de la TPD

En resumen, en su aspecto de Jurisprudencia Descriptiva, la TPD propone que la Ciencia del Derecho se debe concretar a



describir las normas positivas (las que realmente han sido puestas, decisonalmente, en existencia) sin buscar sus "causas"; sean éstas de tipo sociológico, económico, político, etc. (como ya se advirtió la razón principal es que así se destruiría el valor lógico-explicativo del principio de la voluntad la que, por definición, no se puede considerar el "efecto" de alguna otra causa). Asimismo, propone que no se deben catalogar de "justas" o "injustas", de "buenas" o "malas" ciertas leyes (o todo el Orden Jurídico de que se trate), puesto que tal "justicia" o "injusticia", no es un elemento esencial objetivo de las normas jurídicas. Por último, también propone que no le compete describir los actos humanos que violan o acatan las normas positivas, ya que éstos son procesos físicos, hechos naturales, objeto de estudio no de una ciencia social (que trata de los significados o sentidos sociales) sino de la Física, la Química o la Biología.

## 12. Síntesis de las Características y Funciones Básicas de la TPD

A reserva de continuar presentando algunas opiniones acerca de la obra kelseniana, que puedan conducirnos paulativamente a obtener una visión lo más completa posible de la misma, intentaremos resumir sus elementos básicos o más característicos:

a) Propone utilizar el método normativo o "voluntarista", en el conocimiento de los órdenes jurídicos, vetando el empleo de todo tipo extra de "causas".

b) Sostiene que el objeto de estudio de la Jurisprudencia, como Ciencia Social, son las normas entendidas como el "sentido" o "significado social" de hechos físicos o procesos psico-fisiológicos denominados acciones humanas. Es decir, que la Jurisprudencia no puede conocer los hechos físico-materiales, las acciones humanas, sino de manera "indirecta", solamente en la medida en que son interpretados como las significaciones espirituales o mentales, que las normas jurídicas simbolizan.

c) Propone que la Jurisprudencia constituya, construya y desenvuelva, a partir del concepto fundamental de norma, todos los conceptos que deben constituir la sin incluir ningún otro que venga "fuera" del propio sistema (sea una noción histórica o conceptos de las diversas ciencias físicas y sociales).

d) Con este conjunto de conceptos supuestamente fundamentados entre sí, se deben formular y resolver los problemas de naturaleza teórica que comúnmente competen a esta disciplina, en tanto se busca organizarlos en una unidad sistemática.

e) Se puede admitir que este conjunto de conceptos debe ofrecer una visión lógica, general, acerca de las condiciones de posibilidad de la existencia, de todo Orden Jurídico (individual, parcial o total) o el conjunto de elementos cuya presencia sea necesaria y característica de todo Orden Jurídico. Este conjunto teórico aspiraría a constituir el ser mismo de la Ciencia Jurídica, o en lo que ella consiste

fundamentalmente. Sin embargo, la proveniencia de estos conceptos tiene que ser siempre la experiencia.

f) El conocimiento de los órdenes jurídicos positivos, sólo puede ocurrir si, mediante el uso de la Teoría Pura, se acude a la propia experiencia a conocerla mediante las intuiciones respectivas y, después, describirla mediante juicios, que Kelsen denomina: reglas de conocimiento jurídico y, a veces también, proposiciones normativas.

g) El Estado no es algo que exista "en sí" y "por sí", con independencia del Orden Jurídico, sino que se disuelve en Derecho. El Estado, como orden total, es el Sistema Jurídico.

h) La Ciencia Jurídica, en su uso o aplicación práctica, sólo puede conocer contenidos jurídicamente contingentes; la norma, o Sistema Jurídico absolutamente justo o "el mejor", cae fuera de su capacidad cognoscitiva.

i) La Ciencia Jurídica, en su aplicación a la experiencia, solamente puede conocer la "realidad" empírico-jurídica, y ella no es "fuente" de Derecho. La realidad empírica que es el objeto de conocimiento de la Ciencia Jurídica consiste en el conjunto de normas de los órdenes jurídicos históricamente dados, no son, por tanto, las acciones concretas que cumplen o violan dichas normas.

j) El criterio de realidad empírica fundamental, o el concepto general del "origen" del "deber ser" (en oposición a

los hechos físicos) o de las normas, es el acto de voluntad o el acto legislativo positivo.

k) Sólo ahí donde, conforme a una norma superior que lo autorice o permita, se tome la decisión correspondiente creadora de la norma (que puede ser una Constitución, una ley, un reglamento, una disposición administrativa, una sentencia, un contrato, un tratado, una orden de cateo o detención, un negocio jurídico, etc.) sólo ahí se podrá decir que una norma es válida, o que ha sido puesta en existencia.

l) La decisión jurídica no requiere ulterior causación, como son las llamadas causas sociales, económicas, políticas, etc., no sólo porque se destruiría el poder lógico-explicativo de dicho concepto, incurriéndose en un regreso al infinito, sino porque además ¿quién podría estar seguro acerca de la pluralidad de "causas" componentes, de la causa total?.

Quizá este último punto (l) represente la enseñanza más original y fructífera que Kelsen haya efectuado al mantener una explicación decisional en el seno de una disciplina social que aspira a la dignidad de ciencia, convirtiéndolo en el centro de gravedad de dicha disciplina. De ahí que si Kelsen está en lo cierto, entonces dicho principio explicativo se debería replantear también en las restantes disciplinas sociales, ya que éstas lo "utilizan" igualmente aun cuando de manera "impura"; mezclándolo o confundiéndolo con la causalidad natural. Asimismo, se podría concluir que dichas disciplinas

emplean dos métodos explicativos, entre si contradictorios, tal como lo hacen las doctrinas jurídicas sociológica y giusnaturalista, cuando que sólo uno sería suficiente y necesario, a saber: la decisión o el acto de voluntad positivo.

## CAPITULO I

### NOTAS BIBLIOGRAFICAS

(1) KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. Trad. 2a. ed. alemán por Roberto J. Vernengo. UNAM, México, 1983. La primera edición de la TPD apareció en 1934, de la cual existe una versión española (Editorial Losada, Buenos Aires 1934, reimpresa en 1946 y recientemente reimpresa en México, Editora Nacional, 1975). En 1933 apareció en España, la Teoría Pura del Derecho: Método y Conceptos Fundamentales. Revista de Derecho Privado, Madrid 1933, misma que es una traducción directa del manuscrito en alemán que compendia algunos aspectos de la Teoría Pura que aparecería en 1934.

(2) KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. Título original en alemán: "Reine Rechtslehre, zweite vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Wien, 1960 (reimpresa en 1967).

(3) KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho, op cit. Pag. 13.

(4) "Al caracterizarse como una doctrina "pura" con respecto del Derecho, lo hace porque quiere obtener solamente un conocimiento orientado hacia el Derecho y porque desearía excluir de ese conocimiento lo que no pertenece al objeto precisamente determinado como jurídico. Vale decir: quiere liberar a la Ciencia Jurídica de todos los elementos que le son extraños. Este es su principio fundamental en cuanto al método. Pareciera tratarse de algo comprensible de suyo. Sin embargo, la consideración de la Ciencia Jurídica tradicional, tal como se ha desarrollado en el curso de los siglos XIX y XX, muestra claramente que lejos esa ciencia ha estado de satisfacer la exigencia de pureza. En manera enteramente acritica, la Jurisprudencia se ha confundido con la Psicología y la Sociología, con la Ética y con la Teoría Política". Ibidem, pag. 15.

(5) KELSEN, Hans. Teoría General del Estado (TGE), op cit. pag. 16

(6) Ibidem, Pag. VII.

(7) Ibidem, pag. VIII.

(8) KELSEN, Hans. Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado (Desarrollados con base en la Doctrina de la Proposición Jurídica). Trad. 2a ed. en alemán 1923- Wenceslao Roces. Ed. Porrúa. México, 1987. 421 pp.

(9) KELSEN, Hans. Teoría Generale Delle Norme. A cura di Mario G. Losano. Trad. Mirella Torre. Giulio Einaudi Ed., Torino, 1985, 471 pp.

(10) LOSANO, Mario G. Ensayo Introductorio (Pag. XXXV-XXXVI) en Dottrina Pura del Diritto. Einaudi Ed., Torino, 1966. 408 pp.

(\*) KELSEN, H. Allgemeine Staatslehre, Berlin, 1925, pag. XIV, 433 pp.

(11) BOBBIO, Norberto. Studi per una Teoria Generale del Diritto. C. Giappichelli, ed. Torino, 1970, 202 pp. Pag. 144.

(12) RUSSELL, Bertrand. I Problemi della Filosofia. Feltrinelli, Universale Economica. Trad. dell'inglese Elena Spagnol. 8a. Ed, Milano, 1988. 193 pp. Pag. 101.

(13) KELSEN, Hans. TPD, op cit. Pag. 85.

(14) RECASENS Siches, Luis. "Estudio Preliminar sobre la Teoria Pura del Derecho y del Estado", en Compendio de Teoria General del Estado de Kelsen, H., op cit., pag. 71.

(15) KELSEN, Hans. What is Justice?. University of California Press, Berkeley, 1957. 397 pp. Pag. 295.

(16) "Il problema della purezza metodologica è un diretto riflesso della presa di posizione di Kelsen nel dibattito sull'avalutatività nelle scienze sociali, vivissimo in Germania nei primi anni del nostro secolo. Anche se già nei decenni precedenti il dibattito metodologico sull'economia (il "Methodenstreit") aveva opposto Gustav Schmoller a Karl Menger. Una data, un evento ed uno scritto possono esser presi come punto iniziale del dibattito sull'avalutatività: nel 1904 Max Weber, Werner Sombard et Edgard Gaffe entrano nella redazione della rivista "Archiv Gesetzgebung und Statistik" (Archivio per la legislazione e la statistica) e, mutandone il titolo in "Archiv fur Sozialwissenschaft und Sozialpolitik" (Archivio per la scienza e la politica sociale), pubblicano un articolo di Max Weber in cui il programma dei nuovi redattori è espresso con precisa chiarezza: "Realizzare la distinzione tra il conoscere e il valutare, cioè tra il compimento del dovere scientifico di difendere i propri ideali; questo è il programma al quale intendiamo mantenerci fermamente fedeli". LOSANO, Mario G., Forma... op cit., pag. 155.

(17) "Il gruppo di Schmoller crede che la scienza possa guidare l'azione sociale, armonizzando gli interessi in conflitto (e quindi non solo ammette i giudizi di valore, ma anzi vi si fonda) il gruppo di Weber, invece, non crede a questa funzione attiva della scienza e la limita quindi alla descrizione "oggettiva" della realtà (bandendo così ogni giudizio di valore dall'attività che aspiri ad essere scientifica)". Ibidem, pag. 157.

CAPITULO II  
LA FILOSOFIA Y EL METODO KELSENIANO

A) RELACIONES ENTRE LA FILOSOFIA Y LA TPD

1. Antecedentes Filosóficos en Kelsen

Una de las razones que suscita el interés por este autor es la aparente conexión que efectúa entre la Filosofía y la Ciencia Jurídica, misma que parece animar y sostener su obra, dotándola de una organización sistemática tal que le han permitido abordar los problemas que competen a esta disciplina: resolviendo algunos congruentemente y disolviendo otros, incorrectamente formulados; ganándose con ello en claridad y precisión.

"Kelsen se orientó en sus estudios jurídicos, desde un principio, hacia el espíritu de la Filosofía Kantiana. El imperativo de la pureza metódica encontró una firme base en la radical oposición kantiana entre el ser y el deber ser. Kelsen, en un principio, tomó la Filosofía kantiana en la forma que le habían dado los filósofos de la escuela sudoccidental alemana y, entre ellos, de un modo especial Windelband y Rickert. Después de la publicación de los Hauptprobleme y con motivo de una revisión de esta obra, aparecida en los Kantstudien (1912), consagró Kelsen su atención a la Filosofía Neokantiana de la Escuela de Marburgo, estudiando muy especialmente las obras de Cohen, las cuales le brindaron nuevos fundamentos para su método y algunas sugerencias que desarrolló en libros



posteriores. Esto no implica, sin embargo, una total adhesión al pensamiento de la escuela marburguiana, según declara el propio Kelsen" (1).

Que el autor utilizó conscientemente la Filosofía, como un "ingrediente teórico" en el diseño de su pensamiento científico-jurídico, es un hecho que se constata ya desde el título de su obra y por ciertas aseveraciones explícitas del autor como ésta (si bien resulta sumamente problemático determinar con precisión el sentido y la magnitud como lo influenciaron las diversas corrientes o escuelas filosóficas) :

"Yo creo haber acelerado el ritmo de la inevitable evolución de mi disciplina, poniendo en estrecho contacto la provincia algo lejana de la Ciencia Jurídica con el fructífero centro de todo conocimiento: la Filosofía; lo cual permite la posibilidad de mostrar la conexión que media entre los problemas de la Teoría del Derecho y del Estado y las grandes cuestiones de otras ciencias" (2).

**2. La Hipótesis Ontológica Dualista, Fundamento de la TPD presente desde el inicio en el pensamiento Kelseniano.**

Kelsen señala en su obra "Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado, Desarrollados con base en la Doctrina de la Proposición Jurídica", publicada en 1911 cuando tenía 30 años de edad (3), los principales aportes filosóficos incorporados en su teoría:

"La presente obra toma como punto de partida la fundamental antinomia entre el "ser" y el "deber ser", la primera que, en cierto modo descubre Kant, en su esfuerzo por fundamentar la sustancialidad de la razón práctica frente a la razón teórica, del valor frente a la realidad, de la moral frente a la naturaleza. Acogiéndonos a la interpretación kantiana de WINDELBAND Y SIMMEL, vemos en el "deber ser" la expresión de la autonomía del Derecho, que a la Ciencia Jurídica cumple determinar, a diferencia de un ser social "sociológicamente" aceptable, por donde la norma se enfrenta en cuanto juicio del "deber ser", a la ley natural y la norma jurídica a la específica ley causal de la Sociología" (4).

Aparte de los tres filósofos mencionados, es manifiesta la deuda intelectual de Kelsen con Herman Cohen, conocido como el jefe de la Escuela Neokantiana de Marburgo.

"Si può anzitutto osservare che, al pari di Kelsen, il Cohen riducendo la prima parte del suo sistema filosofico alla determinazione del complesso delle attività razionali per cui lo spirito si costruisce la realtà qual'è data dalla scienza, ha svolto semplicemente una logica nel senso kantiano, una logica trascendentale, da cui è quasi escluso ogni riferimento all'Estetica ed alla Dialettica ed in cui è risolutamente respinta la concezione kantiana di conoscenza ch'egli qualifica come erronea perché si fonda sull'unità della coscienza e perché, affermando che il pensiero è preceduto dall'intuizione sensibile, finisce col dare al pensiero un principio posto fuori del pensiero stesso" (5).

Lo que viene a confirmar la tesis de que las ideas o conceptos filosóficos son material utilizable (o incorporable) en la elaboración y diseño de teorías y argumentos científicos, mostrando con ello una relación de dependencia muy estrecha entre ambos tipos de conceptos. Esta conexión se podría representar expresando en general, sin ser esta proposición necesariamente una relación constante, que a mayor conocimiento filosófico por parte de un científico, mejor podría ser su ciencia.

### 3. ¿ La Filosofía como un "Insumo" Científico ?

Desde luego, la relación anterior se ha verificado históricamente; al menos en términos generales. Casi todos los grandes científicos han sido filósofos y se podría agregar que varios filósofos han sido grandes científicos, o cuando menos han poseído información científica amplia y variada. Esto ha sido cierto en el caso de Aristóteles, Epicuro, Zenón, los Sofistas, Pitágoras, Gassendi, Descartes, Leibniz, Kant, J. Stuart Mill, Karl Marx, etc. El lector podría alargar la lista fácilmente. Se podría decir que esto es un lugar común, que no dice nada nuevo. Que siempre se ha reconocido la estrecha relación entre Filosofía y Ciencia. Tan es así que esta distinción es tardía, ya que las ciencias se fueron desprendiendo del tronco común de la Filosofía. Sin embargo, en su moderna acepción de Teoría del Conocimiento (o Filosofía de la Ciencia), como en el caso de la TPD, parecería que ésta no hubiera sido del todo posible sin el empleo consciente y crítico de aquélla.

Aun cuando sólo sirviera para permitir presentar una hipótesis, una teoría o una doctrina empírica cualquiera, de una manera congruente, simple o más clara y elegante, aun así, la Epistemología, continuaría ofreciendo a la Ciencia un material precioso, insustituible. Según esto, la actividad filosófica implica el análisis del lenguaje científico, pero no se agota en ello; al menos, esto fue válido para Kelsen.

#### 4. Influencia Epistemológica de Cohen en el joven Kelsen

"A encontrar el punto de vista epistemológico decisivo, sin el cual no habríamos podido llegar a enfocar certeramente los conceptos de Estado y Derecho, nos ayudó la interpretación que Herman Cohen da a la doctrina de Kant, principalmente en su *Ethik des Reinen Willens*. Una crítica de mi obra, publicada en 1912 en los *Kantstudien* y en que se reconocía esta obra nuestra como un posible esfuerzo por aplicar a la Ciencia del Derecho el método trascendental, llamó nuestra atención hacia el marcado paralelismo existente entre nuestro concepto de la voluntad jurídica y los planteamientos de Cohen, que hasta entonces no había tenido ocasión de conocer" (6).

Después, Kelsen continúa en un pasaje en el que hace patente como -en nuestra opinión- en aquel tiempo creía que el principio epistemológico de "origen" de Herman Cohen se había incorporado en la TPD, convirtiéndose en la espina dorsal de la misma:

"A partir de ahora, y como una consecuencia clara del enfoque epistemológico de Cohen, según el cual es la dirección del conocimiento la que determina el objeto de conocimiento, de tal modo que éste es creado partiendo de un origen lógico, empezamos a darnos cuenta de que el Estado, en cuanto objeto del conocimiento jurídico, no puede ser otra cosa que Derecho, ya que el conocer o el concebir jurídicamente no significa nunca sino el concebir algo como Derecho" (7).

Como el problema de determinar hasta qué punto la Lógica de Herman Cohen es el fundamento filosófico de la TPD, se discute más adelante con mayor detalle (Ver Sección E, Capítulo IV), aquí sólo queremos subrayar la dificultad para interpretar este pasaje ya que, es un hecho cierto que el concepto de norma, así como el de acto de voluntad que la "produce", con los cuales "trabaja" la TPD son conceptos de un carácter totalmente empírico y, en consecuencia, no se comprende cómo es que dichos conceptos podrían ejercer la función de "origen" lógico. No hay duda de que Cohen fue la "fuente" de ciertos materiales dúctiles para la reflexión y el trabajo científico del joven Kelsen, mismo que acompaña a su trabajo científico de algunas observaciones filosóficas relacionadas con la Lógica de Herman Cohen, pero estas observaciones de tipo general no pueden constituir todavía elementos claros sobre la manera específica en que dicha obra pueda ser el fundamento filosófico de la TPD.

##### 5. La Dirección Metódica como un Criterio Relativo de Certeza para Evitar el Error en la Adquisición de Nuevo Conocimiento

En su Teoría General del Estado, publicada originalmente en inglés en 1945 (8), Kelsen utiliza el criterio de la identidad de la dirección metódica para combatir lo que él denominó "la teoría dominante" sobre la esencia del Estado. Aquí Kelsen denuncia a esta posición por manejar simultáneamente dos métodos de conocimiento opuestos que, son contradictorios entre sí, como es la explicación de tipo físico-causal, característica de la Sociología del Estado, y la explicación voluntarista, propia de la Jurisprudencia Normativa. Kelsen acusa a la teoría adversaria, a la que denomina "De las dos naturalezas del Estado", de incurrir en una duplicación de métodos; de tomar uno que no es el que corresponde al Derecho:

"En lugar de la Sociología del Estado, en lugar de la doctrina social que estudia el Estado a través del punto de vista de las ciencias de la causalidad, aparece la Teoría Normativa del Derecho Político, frente a la imposibilidad metodológica de someter uno y el mismo objeto a la consideración de dos ciencias distintas, cuyas orientaciones gnoseológicas tienen supuestos esencialmente divergentes, cuyos objetos de conocimiento no pueden ser los mismos, en consecuencia, se suele oponer una idea harto superficial, con la que en vano pretende engañarse uno a sí propio; es que el Estado, se dice, es un ser con dos caras: una, la de la naturaleza, accesible al conocimiento de las ciencias de la causalidad; otra, la jurídica, la orientada al conocimiento jurídico-normativo. Esta "Teoría de las dos Naturalezas" del Estado debe ser considerada como la doctrina dominante en la

actualidad. Pero es impotente para salvar una objeción sustentada por la Teoría del Conocimiento; a saber: que la identidad del objeto de conocimiento no está garantizada más que por la identidad del proceso cognoscitivo; es decir por la identidad de la dirección, de los caminos del conocimiento" (9).

Se pierde la dirección o identidad metódica como consecuencia de no atenerse al propio grupo de conceptos, o términos, que es en el fondo la única garantía que el investigador tiene para asegurarse contra las confusiones o errores en los conceptos y proposiciones en tanto éstas se formulen congruentemente dentro de los límites del propio sistema teórico (que en Epistemología corresponde a la Teoría de la Coherencia como criterio de verdad, común a los sistemas de tipo lógico-deductivo) (10). Esto explica por qué Kelsen indica, por ejemplo, que la Teoría General del Estado, constituida por la unión de la Teoría del Derecho Positivo con la Sociología del Estado es "tan contradictoria que destruye su objeto y acaba por destruirse a sí misma, al postular conscientemente la dualidad de sus métodos, la diversidad fundamental de finalidades y planteamientos de las cuestiones" (11).

#### 6. Doble Efecto Negativo Consecuencia del Sincretismo Metódico o la Pérdida de la Dirección Metódica

Fácilmente se pueda entrever que Kelsen también implica que la Teoría General del Estado estaba incurriendo en confusiones y, por tanto en errores, de los que no tenía un criterio firme para evitarlos, ya que no tenía conciencia de que estaba incluyendo un método que no era el propio. De aquí se pueden

desprender dos fuentes del error de las que, según nuestro autor, la teoría dominante no era consciente, y que él denomina Sincretismo Metódico, a saber:

Primera.- El método exógeno, explicaciones causales y el uso de toda clase de conceptos no jurídicos, impedía el empleo del método propio y, consecuentemente, no se avanzaba en la adquisición de nuevo conocimiento, ya que éste quedaba "bloqueado", o simplemente no se podía localizar o aislar, en su plena y clara unidad, al faltar el criterio único que lo podía identificar. Sería como si se padeciera de un "cáncer pancreático", y se supusiera que el problema consistía en un mal respiratorio. Es decir, no sólo era inútil y dañoso intentar una cura de las vías respiratorias sino que, además, se impedía descubrir la auténtica causa que estaba devorando al paciente: el cáncer pancreático. Mientras se mantuviera la creencia en la efectiva presencia del mal respiratorio, las posibilidades de que el paciente pudiera ser salvado serían reducidísimas.

Segunda.- La actividad desarrollada con el método "exógeno" no podría conducirnos jamás al conocimiento auténtico y, en cambio, necesariamente nos induciría a incurrir en confusiones que fácilmente se podrían traducir en errores de tipo práctico. Así, en el ejemplo, la solución propuesta con base en dicha confusión, que podría consistir en ordenar que se inyectaran al paciente grandes dosis de un medicamento contra el asma, no sólo no le atacaría el cáncer pancreático sino que, más bien, le causarían nuevas complicaciones.



En resumen, al utilizar un método que no es el propio ni se llega a conocer lo que legítimamente se busca y, además, en su lugar, se adquiere una serie de pseudo conocimientos, que necesariamente al ser otra cosa, sólo significan concepciones equivocadas y soluciones aparentes, que nos impiden encontrar lo que realmente buscamos. Por lo anterior, se puede afirmar que el principio de la identidad de la dirección metódica es uno de los aportes más importantes de Kelsen y, por ende, la propiedad central más característica de la TPD.

Para ilustrar lo anterior, veamos el sincretismo metódico en el que tradicionalmente se incurre al suponer "explicaciones causales". Los físicos establecen conexiones constantes entre eventos naturales del tipo Si P, entonces Q. Estas significan que cuando un hecho S ocurre, inmediata, o casi simultáneamente, ocurrirá un hecho P. El acaecer de ambos es independiente de las decisiones humanas. Si aumenta la temperatura, entonces se derretirá la nieve; quiéranlo o no los hombres. Ahora bien, la Jurisprudencia postula su propio principio de "origen". Supone que los hombres son "fuentes decisorias autónomas" de los "eventos sociales". Esto equivale a explicar por actos de voluntad a toda acción humana, así como a sus resultados o "productos". Al usar esta forma explicativa, se renuncia a la explicación física, no se puede colocar a la voluntad en el extremo de una relación causal, (ocupando el sitio de P) del tipo Si S, entonces P. La razón de esta negativa es que se convertiría al principio explicativo mencionado -es decir, al acto de voluntad- en un hecho físico mas, lo cual es claramente un error. Como la voluntad no es un hecho físico, entonces no se puede explicar como siendo causada

por algún otro hecho físico. La voluntad "explica"; ella no puede ser explicada. El razonamiento propio de lo social es el siguiente: Si se toma la decisión (si actúa la voluntad), entonces ocurrirá el evento social X. Por ejemplo, "Si el Senado S aprueba la ley L, entonces el país se dividirá en dos, originándose dos nuevas Repúblicas". O "Si el Jefe de Estado X toma la decisión, entonces su ejército invadirá al país vecino". Sólo suponiendo que la voluntad fuese un objeto similar a una bola de billar, por ejemplo, se podría asumir que "su movimiento" sería causado por el impacto de las otras bolas. Pero como la cadena causal natural, por definición no cesa, entonces la explicación anhelada se desplazaría, "hacia atrás", ilimitadamente.

Las explicaciones sociales son relativamente independientes de su "sustrato" físico. Por ejemplo, "Si Pedro paga el precio, entonces obtendrá el abrigo". "Si el Senado lo decide, se les otorgará la ciudadanía a los residentes extranjeros". "Si se repite el experimento, entonces se obtendrá nuevamente el material X". "Si se viste de Frac, entonces podrá asistir a la ceremonia". "Si bebe demasiado, no podrá conducir", etc. Podemos ver que todas estas relaciones no se explican por una causalidad "ciega", sino que son relaciones sociales, de previsión o pronóstico en los que el elemento explicativo es la decisión o el acto de voluntad. En todos ellos siempre hay un "responsable", mientras que en los procesos físicos, no hay responsables. En el caso de bebedor, por ejemplo, no es el licor el que "obliga" al sujeto a beberlo; es éste quien decide cuántas copas beberá. No es el licor el que mata en un accidente de tránsito sino el sujeto que decidió: primero beber

y después conducir. Si se asumiera una explicación físico causal, se diría implícitamente, por ejemplo, que el licor "matò" a los dos adolescentes del accidente, distorsionándose así la verdad.

## B) LA RELATIVIDAD, EL CONCEPTO ESENCIAL DEL METODO KELSENIANO

### 7. Algunas Directrices del Método Kelseniano

Para ubicar mejor la dirección científica a la que se sentía pertenecer, Kelsen enuncia las principales características del método utilizado por dicha corriente, que se podrían denominar "lineamientos epistemológicos", ya que enmarcan las condiciones centrales de acuerdo a las que debían proceder sus miembros:

"Su método estaba influido, más o menos consciente y consecuentemente, por la crítica kantiana de la razón: dualismo de "ser" y "deber ser"; sustitución de hipótesis y postulados metafísicos por categorías trascendentales como condiciones de la experiencia; transformación de antítesis absolutas (por cualitativas e intrasistemáticas) en diferencias relativas, cuantitativas, intrasistemáticas; paso de la esfera subjetivista del psicologismo al ámbito de la validez lógico-objetiva. He aquí algunos momentos esenciales de este método y las directrices de mi labor teórica" (12).

### 8. Nada Impide la Aplicación de estos Lineamientos en Otras Ciencias Sociales

Este grupo de "Lineamientos Epistemológicos", en tanto reglamentan la actividad cognoscitiva de carácter teórico así como la de tipo empírico-descriptivo, no constituyen propiamente parte de la Ciencia Jurídica, en tanto tal. Pero su conocimiento y dominio ha significado para este autor la diferencia entre el trabajo "ciego", azaroso, y la obra crítica y sistemática, que se desarrolla con plena conciencia de sus

límites y las fuentes posibles del error. De ahí que, como ya hemos mencionado, la Filosofía, en su sentido epistemológico, representa una especie de "técnica de la ciencia", un insumo determinante, que en el caso de la dirección metódica kelseniana pudiera recibir ulteriores aplicaciones en las restantes ciencias sociales. Mientras esta "técnica-epistemológica", o este "procedimiento filosófico", no sea superado por otro, la tentación de buscar su utilización en las restantes disciplinas sociales, no será fácilmente eliminada. Quizá ésta pueda ser la idea más pragmática que deseáramos destacar para el lector interesado en las Ciencias Sociales y en la Filosofía: si este procedimiento epistemológico ha resultado eficaz en el campo del Derecho, quizá también podría funcionar para las restantes ciencias sociales. Pero, antes de adelantar conclusiones, se debe analizar primero dicho procedimiento.

### C) LINEAMIENTOS METODOLÓGICOS DE Kelsen

#### 9. El Paso de la Antítesis Absoluta y Extrasistemática a la Relativa e Intrasistemática

A continuación veremos el procedimiento utilizado por Kelsen, en el marco de su teoría, para resolver algunos de los problemas que la Ciencia Jurídica de su época enfrentaba. El lo denomina "Lineamientos Epistemológicos". Si se empleara un lenguaje Cartesiano este procedimiento equivaldría a convertir ideas "vagas" y "oscuras" en ideas "claras" y "distintas". En términos kelsenianos, sería como pasar de ideas "impuras" a ideas relativamente "puras", manteniendo abierto el proceso de "depuración". Esta tarea también se podría considerar como un ejercicio de sistematización de los términos jurídicos, mismo que mostraría como los "términos problemáticos" se deben insertar congruentemente con el resto de términos ya legitimados.

Este procedimiento consiste en incluir homogéneamente dentro de un sistema teórico, dos conceptos (o términos) opuestos, en un principio, de manera absoluta, pero que se consideraran miembros, con pleno derecho, de dicho sistema. Uno de ellos (el concepto o término "exógeno") se identifica generalmente como perteneciendo a otro género; sea éste un objeto, un hecho u otra disciplina. A final de cuentas, el "concepto exógeno" se introduce dentro del propio sistema pasando a ocupar una relación de oposición, con el concepto propio o "endógeno", solamente relativa; considerándose como si fuesen, ahora, dos espacios diferentes coordinadas bajo un mismo género. Así, lo que era exógeno, se convierte en endógeno; lo no homogéneo, se

vuelve homogéneo; siendo dicha homogeneidad la unidad sistemática de la teoría o doctrina de que se trate.

Kelsen denomina a este procedimiento: "el paso de antítesis extrasistemáticas y absolutas a antítesis relativas e intrasistemáticas" (13). Se analizan a continuación las siguientes antítesis conceptuales para ilustrar cómo opera este procedimiento kelseniano:

- a) Aplicación y creación de Derecho
- b) Derecho Público y Privado
- c) Derecho Subjetivo y Objetivo
- d) Hombre y Persona
- e) Derecho y Estado

a) La Antítesis Aplicación y Creación de Derecho.- La tradición sostenía que sólo en los niveles superiores del orden jurídico se creaba el Derecho (se pensaba, sobre todo, en las leyes creadas por el poder legislativo y sancionadas por el órgano ejecutivo), mientras que en los sitios inferiores del orden jurídico, no había "creación", sino tan sólo se aplicaba el Derecho (14).

b) Por medio de la antítesis entre el Derecho Público y el Derecho Privado se pretende clasificar todos los actos jurídicos bajo estas dos clases. El criterio para reconocer al Derecho Público dependía directa e indirectamente de que los actos de aplicación y "creación" de Derecho estuviesen subordinados a las funciones superiores del orden jurídico. Mientras que el criterio para reconocer al Derecho Privado consistía en que la norma emanara o se aplicara para regular

las relaciones entre sujetos coordinados, o situados en general, en el mismo plano de igualdad sin que se diera la relación de subordinación respecto a los órganos estatales o superiores (15). El aspecto paradójico de esta antítesis es el mantener que, en el caso de las relaciones jurídicas que se realizan conforme al Derecho Público, el Estado así las ha "determinado", o querido; mientras se sostiene, a la vez, que éste nada ha tenido que ver en el caso de las acciones que ocurren conforme a los derechos y obligaciones convenidas entre particulares.

c) La Antítesis de Derecho Subjetivo y Derecho Objetivo.- Aquí se pretende que en el Derecho Objetivo prevalezca el principio de "producción" de Derecho; es decir, los actos concretos de legislación que "crean" las normas o el Derecho en general. Mientras que en el Derecho Subjetivo se cancela el principio anterior y se predica que el Derecho existe "en sí" y "por sí". Que los sujetos tienen derechos "naturales" que les son inherentes y que existen con independencia de la voluntad del Estado, el que sólo puede "reafirmarlos" pero no "crearlos"; éstos serían una propiedad natural o inherente de los sujetos racionales, en tanto que tales (16).

d) La Antítesis Hombre (Persona Física)-Persona Jurídica.- La antítesis entre Hombre o Persona Física y Persona Jurídica consiste en la oposición de dos conceptos que no pertenecen al mismo criterio explicativo que la Ciencia Jurídica representa. El concepto de Hombre implica una fuerte connotación física-material: se trata del Hombre de acuerdo a



la Biología y, según la TPD, no se debería incluir entre los conceptos, o términos, de la Jurisprudencia. "El objeto de la Ciencia Jurídica no es el Hombre, sino la Persona. Y la distinción entre Hombre y persona constituye uno de los conocimientos metódicos más importantes de dicha Ciencia" (17). Por ende, el concepto de Persona Jurídica representa la manera peculiar en que el Hombre es considerado por la Ciencia Jurídica. "Para el conocimiento jurídico sólo pueden existir personas jurídicas. Y si la persona "física" como sujeto de derecho, ha de ser objeto de conocimiento jurídico, tiene que ser persona jurídica en el mismo grado y en el mismo sentido que todas aquellas para las que se ha reservado hasta ahora el nombre de Personas Jurídicas" (18). El Hombre en sentido físico, así como cualesquier otra porción de la Naturaleza, no constituye ni un concepto puro de la Jurisprudencia ni una "realidad", objeto de su conocimiento. "Si bien el Hombre es persona, no por eso la Persona es el Hombre. La inversión de la primera proposición significa un trastorno completo de la orientación cognoscitiva" (19). De ahí que el concepto de Hombre no se pueda conciliar con otro concepto que si es propio de la Jurisprudencia: la Persona Jurídica.

Por ello, el binomio Hombre-Persona es identificado por Kelsen como una antítesis extrasistemática y, además, absoluta, ya que se pretende que entre ambas nociones no exista una diferencia meramente accidental, como aquella que se da entre dos especies, sino una diferencia absoluta o de géneros: "Si el Hombre ha de ser objeto de conocimiento jurídico, tiene que diluirse en el Derecho. Pero lo que el orden jurídico se apropia no es todo el Hombre, no es el Hombre en cuanto tal, es

decir, la unidad específica de la Biología y de la Psicología con todas sus funciones; sólo algunas acciones humanas particulares -a algunas de las cuales se les designa negativamente como "omisiones"- son las que hallan entrada en la ley jurídica como condiciones o consecuencias" (20).

Ya que la Jurisprudencia se presenta como un género propio para considerar la experiencia, entonces no puede comprender las especies pertenecientes a otros géneros, es decir, a otras ciencias. Kelsen propone, aplicando su procedimiento relativista, que la persona física se contemple como un caso particular de la persona jurídica con lo que ambos términos ahora expresan una diferencia meramente relativa que tiene lugar dentro de la propia Jurisprudencia, excluyendo de esta manera, todas aquellas nociones de la Física o la Biología (21).

Como ya dijimos, la TPD presenta a la Persona Física y a la Persona Jurídica como dos casos particulares, como dos especies, dentro de un mismo género. ¿Cuál es este género?. Se trata del sujeto de voluntad que detenta una pluralidad de derechos y de deberes. La unidad que representa la mismidad del sujeto decisorio a quien se le concentran una pluralidad de deberes y derechos, constituye una comunidad o persona jurídica relativa, artificialmente creada. El hecho de que el sujeto decisorio se llame John Smith o se trata de la BBC, es una diferencia de grado pero no de género ya que es el mismo criterio del sujeto decisorio -bien que sea simple o colegiado- quien realiza las acciones debidas o permitidas, constituye la comunidad parcial que un orden jurídico mayor subordina. Debe quedar claro que el sujeto decisorio no necesariamente coincide

con el hombre individual, supuesto que el concepto de sujeto puede estar compuesto por una pluralidad de hombres, cuyo número es en principio indeterminado. Precisamente, una de las diferencias accidentales que permiten distinguir la persona física, como comunidad o persona jurídica relativa, de una sociedad, asociación jurídica o corporación, es que en el caso de las segundas el sujeto decisorio puede ser colegiado; su grado de composición puede variar desde uno hasta la cantidad que se decida en los hechos. Mientras que, en el caso de la persona física es siempre uno el grado de composición de dicho sujeto decisorio (22). La Persona Jurídica permanece la misma independientemente que el sujeto titular sea simple o colectivo.

e) La Antítesis entre el Derecho y el Estado.- Consiste en afirmar que, además del conjunto sistematizado de normas que componen todo orden jurídico, también existe un centro físico-causal que garantiza y ejerce el cumplimiento de dicho Derecho: el Estado. Según la opinión dominante -como lo expresa Kelsen- se cree que Derecho y Estado son dos cosas de una naturaleza diferente tal como, por ejemplo, lo son el granito y los cactus. Kelsen habrá de negar tal oposición absoluta estableciendo que el Estado no puede ser otra cosa extra al Derecho, al orden jurídico, sino tan sólo la unidad de éste (23).

## 10. Relativización de la Antitesis: Creación- Aplicación de Derecho

Supuesto que una norma sólo es posible si ésta ocupa una posición intermedia, aplicando una superior (que la hace posible) y haciendo posible a otra norma inferior, se sigue que, necesariamente, todo acto de "creación" normativa es, simultáneamente, aplicación de Derecho. Todo acto jurídico es aplicación de Derecho por que obedece o se apoya en normas positivas superiores; pero a la vez, es "creación" de Derecho, en tanto que la misma regula actos normativos subordinados o inferiores. Es decir, establece derechos u obligaciones, en base a los cuales serán "producidas" nuevas normas.

Con esto se ha eliminado un pseudo-problema, ya que se creía que existían dos clases de actos jurídicos absolutamente opuestos. Después de la relatividad kelseniana, sólo hay un único tipo general de acto jurídico de modo que si se contempla desde el punto de vista de las funciones y normas superiores del sistema jurídico a que pertenece, aparece como aplicación de Derecho. Pero este mismo acto, si se contempla en relación a las funciones y normas inferiores que dependerán directa e indirectamente de él, aparece como "creación" de Derecho. En otras palabras, uno y el mismo hecho es aplicación y "creación" de Derecho; no existe el hecho absoluto de "creación" y, aparte, el hecho absoluto de aplicación de Derecho. En esta forma, Kelsen ha eliminado una "entidad metafísica", un "virus teórico", que duplicaba la experiencia e impedía su adecuada comprensión.

"L'opposition entre la création du droit et son exécution ou application n'a ni le caractère absolu ni l'importance que la science juridique traditionnelle lui attribue. La plus part des actes juridiques sont à la fois des actes de création et d'application du droit. Ils appliquent une norme d'un degré supérieur et créent une norme d'un degré inférieur. Ainsi la première constitution, soit le premier acte créateur du droit, applique la norme fondamentale. A leur tour les normes générales de la législation appliquent la constitution et les normes individuelles de la juridiction et de l'administration appliquent les lois" (24).

#### 11. Relativizaciòn de la Antitesis: Derecho Pùblico-Privado

Desde el momento que el Derecho es vàlido para todos los hombres, toda acciòn humana adquiere una nota de juridicidad, como ya se viò, ya que puede ser regulada por el sistema legal de tres maneras: como una obligaciòn (o un deber); como un acto ilegal (violaciòn de Derecho); y como un derecho o facultad. Asi, por relaciòn al sistema jurìdico de que se trate toda acciòn humana en tanto es contenido de una norma se puede interpretar como un acto obligatorio, un acto libre o permitido, o como un acto ilegal (que implica una sanción).

"Como sistema social que estatuye sanciones, el Derecho regula el comportamiento humano no sòlo en un sentido positivo, en cuanto obliga a cierto comportamiento al ligar un acto coactivo a la conducta contraria, prohibiendo esta segunda conducta, sino tambièn de una manera negativa, en cuanto no liga ningùn acto coactivo a una determinada conducta y, por

ende, ni prohíbe esa conducta, ni prohíbe la conducta opuesta. La conducta que no está jurídicamente prohibida, se encuentra, en ese sentido negativo, permitida. Puesto que una determinada conducta humana o bien está prohibida, o bien no está prohibida, y dado que, cuando no es prohibida debe verse permitida por el Orden Jurídico, puede considerarse que toda conducta de los hombres sujetos a un Orden Jurídico estaría regulada en un sentido positivo o negativo, por ese Orden Jurídico" (25).

Esto se aplica a los actos y relaciones jurídicas entre el Estado y los particulares, o entre los particulares exclusivamente. Ambos grupos de actos pertenecen a la unidad de un sistema normativo que estableció la relativa distinción entre obligaciones y facultades o derechos. En consecuencia, el conjunto de actos jurídicos realizados entre particulares están así "queridos", o dentro de la voluntad del Estado, aun cuando éste no los haya ordenado específicamente. Lo que está en el fondo de la oposición entre derecho público y privado, es la distinción relativa entre los dos métodos por medio de los cuales se puede crear el Derecho. De manera centralizada, y entonces los particulares sólo obedecen las normas creadas por las funciones superiores del sistema jurídico. De manera descentralizada, y entonces son los particulares quienes acuerdan entre sí sus obligaciones y derechos recíprocos (continuando la creación del orden jurídico en sus etapas inferiores), pero no porque están "fuera" del Estado, sino porque éste, valiéndose del método descentralizado, "concede" a éstos la facultad de ir "creando" el Derecho.

Mientras un grupo de funciones jurídicas son permitidas y por tanto objetivamente "queridas" o determinadas por la voluntad del Estado, algunas posiciones ideológicas niegan esto último, estableciendo que aquellas se realizan con independencia de la voluntad del Estado. Que esto no es así, se constata en el hecho de que, sin el acto estatal o normativo que específicamente "conceda" tales derechos a los particulares, éstos no los podrían ejercer. La exigencia de la unidad teórica sólo se consigue relativizando dicha antítesis, arguyendo que se trata tan sólo de la diferencia que existe entre los métodos de creación normativa y, por tanto, sólo relativa e intrasistemática. Esto se observa en los sistemas centralizados, donde el derecho privado casi no existe ya que no se ha "concedido" a la población el derecho de continuar la "creación" del sistema jurídico en sus niveles o etapas inferiores a través del llamado negocio jurídico. Pero ello puede cambiar. Esto significa que es siempre la voluntad normativa, o la función superior de un sistema jurídico, lo que determina el grado de centralización y descentralización jurídica, que sea dado en un orden jurídico; es decir, los grados de "derecho público" y "privado" que sean dados en dicho orden; por así decirlo.

#### 12. Relativización de la Antítesis: Derecho Objetivo-Subjetivo

El criterio de realidad empírica de toda norma (es decir, la respuesta a la pregunta cuándo existe realmente una norma) designado por Kelsen como un acto de voluntad jurídica, acto legislativo, permite eliminar otro "fantasma metafísico". Objetivo significa, pues, positivo. Ciertos derechos no existen

de manera positiva, por que en los hechos no se han creado las normas respectivas. Según el criterio del positivismo jurídico, si algún derecho poseen los particulares, éste existe no tanto porque ya existía "en si" y "por si" desde siempre, como una idea platónica, por ejemplo, sino y en tanto que dicho derecho fue "creado" de manera objetiva, o verificable, por los órganos jurídicos correspondientes (26). De la misma manera que las piezas de pan que esta mañana consumió el país, o el mundo, no existían "en si" y "por si"; sino que fueron previamente producidas el día de ayer, mediante las decisiones respectivas. Únicamente esas piezas de pan fueron bienes positivos, ya que sólo ellas se pudieron consumir. Un bien "subjetivo" sería aquél que sólo existiera en la mente de una persona, por ejemplo, la imagen de una manzana. Así como los bienes "subjetivos" no pueden nutrir a nadie, de la misma manera los derechos u obligaciones "subjetivos", al no existir en los órdenes jurídicos-históricos no son normas válidas en base a las cuales se pueda continuar el proceso "genético" del Derecho. Un derecho "subjetivo" sería una norma que no habría sido "producida" por un órgano del sistema jurídico, sino tan sólo pensada por alguna persona, como aquella sentencia "escuchada" o "leída" internamente.

Esto vale para el caso de una democracia o una dictadura. Los "derechos subjetivos" existen en la medida que son legislados y "concedidos" como en la primera; y no existen, en la medida en que no son legislados u "otorgados" como en la segunda. Que resulta "deseable" que éstos existan siempre y donde quiera es una cuestión diferente al hecho de determinar en qué medida



realmente éstos han sido "creados" mediante los actos jurídicos positivos.

Aquí también se trataba de la oposición asumida de manera absoluta entre dos cosas de naturaleza opuesta que se traducía en una duplicación de la experiencia. Con Derecho Objetivo se suponían normas positivas, con existencia real. Mientras que con Derechos Subjetivos no se asumían normas positivas sino deseos. Estos no formaban parte de la experiencia jurídica, eran entes no jurídicos y se debían eliminar del catálogo de los conceptos jurídicos legítimos, ya que confundían y bloqueaban el conocimiento auténtico de la experiencia. La Dirección Metódica exige no confundir estos entes de naturaleza extra-sistemática (extra-jurídica), negándoles cabida tanto en la teoría como en los hechos. En realidad, los derechos subjetivos eran tales porque ciertos actos positivos de legislación los habían establecido como facultades o derechos que los particulares podían ejercer.

"En el fondo, la expresión "Derecho Objetivo" es un pleonismo. Un Derecho no Objetivo no podría ser Derecho. Del mismo modo que no existe una naturaleza subjetiva, no hay un Derecho subjetivo, puesto que la ley jurídica, exactamente lo mismo que la ley natural, perdería su sentido inmanente si perdiese su objetividad: la objetividad de su validez" (27).

### 13. Relativización de la Antítesis: Hombre-Persona

Como ya anteriormente habíamos expuesto, la Antítesis entre los conceptos Persona Física y Persona Jurídica era de un carácter

absoluto y extrasistemático, porque oponía un concepto biológico, Hombre (y por ende exógeno), perteneciente a otra disciplina, al concepto jurídico propiamente dicho de Persona. Dos géneros se contraponían sin vislumbrar uno superior que los subordinara y coordinara. Según la TPD, la Jurisprudencia no podía abrigar el concepto de Persona Física, en su estricta connotación físico-material: el hombre de la Fisiología y los procesos causales correspondientes. De manera que Kelsen relativizó dicha oposición al presentar a la Persona Física no como algo absolutamente opuesto, sino tan sólo como un caso particular de la persona jurídica. Así, ambas personas, la Física y la Jurídica, eran sólo relativamente opuestas, ya que tenían en común una concepción esencial similar, a saber: la unidad de una pluralidad de funciones (deberes y derechos) concentradas en un mismo sujeto titular.

"La teoría tradicional identifica el concepto de sujeto de Derecho con el de persona. Define: persona es el hombre en cuanto sujeto de derechos y obligaciones. Pero como no sólo los hombres, sino también otros entes -como ciertos grupos: asociaciones, sociedades anónimas, por acciones, municipios y Estados- pueden ser representados como personas, se define el concepto de persona como el de "portador" de derechos subjetivos y obligaciones jurídicas, donde portador pueda ser no sólo el hombre, sino también otros entes. Si el hombre es portador de los derechos y obligaciones que interesan, se habla de una persona física; si son esos otros entes los portadores de los derechos y obligaciones jurídicas en cuestión, se habla de personas jurídicas. Se contrapone así a la persona física, como una persona "natural", a la persona

jurídica, que sería una personalidad "artificial", construida por la Ciencia del Derecho, como no "real". Por cierto que existen tentativas de demostrar que la persona jurídica también es "real", pero esas tentativas son tanto más inútiles cuanto un análisis más minucioso demuestra que también la llamada persona física es una "construcción artificial" de la Ciencia del Derecho; que la persona física sólo es una persona jurídica" (28).

El criterio jurídico para distinguir la Persona Física no era el Hombre de la Fisiología sino el conjunto de deberes y derechos (funciones) que se le concentraban a un mismo sujeto. Este era el mismo criterio para identificar a las diversas personas jurídicas. La diferencia era cuantitativa ya que la persona jurídica concentraba, comúnmente, un número relativamente mayor de funciones que la persona física. Por ejemplo, una persona física concentraba funciones jurídicas tales como: vender su trabajo, recibir prestaciones médicas, la compra de bienes y servicios, elegir a sus representantes, contraer matrimonio, demandar a terceros, etc., y el hecho de que todas ellas se le concentraran, constituyendo así una comunidad o sistema relativo de funciones unificado por su voluntad, era el sentido característico que en el fondo se significaba con el término de Persona Física.

"También el substrato de la llamada persona 'jurídica' es en cuanto objeto del conocimiento jurídico, una proposición jurídica, un complejo de normas de Derecho, por medio de las cuales se regula la conducta reciproca de una pluralidad de hombres que persiguen un fin común. Lo mismo que

la persona física, la persona jurídica es también la personificación de un orden jurídico parcial, con la diferencia de que como aquí el objeto de la regulación se halla constituido por una pluralidad de hombres, es más fácil de ver que en la persona física, en la cual ya se unifica la pluralidad de actos realizados por el mismo hombre; pero, en la persona jurídica, lo que fundamenta la unidad (relativa y provisional) y la autonomía del orden parcial dentro de la totalidad del sistema es también un criterio jurídico material. Este orden parcial -susceptible de personificación- está constituido, en su primer grado, por el contrato el cual regula la conducta recíproca que en un caso determinado han de observar ciertos hombres, y es jurídicamente obligatorio por la posición que ocupa dentro de la totalidad del orden jurídico. De él parte una serie ininterrumpida de órdenes y agrupaciones parciales de la más variada índole, que desemboca -a través de la sociedad, la corporación, la asociación, la cooperativa, el municipio- en la comunidad más compleja, en el orden jurídico total: en el Estado, y más allá del Estado, en la unión de Estados, y en la comunidad jurídica internacional (si se considera que por encima de cada orden jurídico estatal hay un orden jurídico internacional que comprende a todos aquéllos como órdenes parciales). Sin embargo, hasta ahora hállase inédito el camino que conduce más allá del 'Estado', subordinado al orden jurídico internacional; el Estado particular es considerado, provisionalmente, como el último eslabón de la cadena de personas, como orden jurídico total, como corporación soberana. Y esta serie de órdenes y comunidades parciales que desemboca definitivamente en el orden totalitario, en la comunidad compleja, es al propio tiempo una

serie de personas jurídicas que culmina de modo definitivo en la persona del Estado, en la personalidad totalitaria del Derecho, en la persona jurídica" (29).

"El hecho de que en esta serie ininterrumpida puede ser emplazada también la persona física, desde el momento que ésta es el punto inicial de la cadena que termina en el Estado; el hecho de que tanto la persona individual como la persona del Estado, tanto el individuo como el Estado sean reconocidos igualmente como personificaciones de complejos normativos, garantiza la unidad postulada en el concepto de persona, realiza la idea de que el individuo sólo es 'persona' en el ámbito del conocimiento jurídico y político y, por tanto, es tan persona como la comunidad -incluyendo en ésta desde la simple comunidad contractual al Estado-, y resuelve el conflicto aparentemente insoluble entre individuo y comunidad convirtiendo el dualismo de dos sistemas inconexos en una diferenciación material dentro de uno y el mismo sistema" (30).

"Según el parecer usual, no sólo existe, ciertamente, una antítesis esencial entre la persona física y la persona jurídica, sino que se rompe la cadena de las comunidades u órdenes parciales cualificados como personas jurídicas; pues no a todas las comunidades les es reconocido el carácter de personas jurídicas. Se distingue esencialmente entre 'sociedad' y 'corporación', y se atribuye tan sólo a la última la personalidad jurídica. La comunidad no está frente al orden jurídico, sino -lo mismo que la persona física como orden parcial- en él. El orden jurídico produce -por así decirlo- las comunidades, pero no puede producir a los hombres. Estas

comunidades son constituidas por y con el orden jurídico; que carecen de existencia fuera de él; que una teoría del orden jurídico y, por tanto, de las comunidades jurídicas, no puede reconocer de ningún modo, es decir no puede reconocer como jurídicamente existente una realidad situada fuera del orden jurídico -en tanto que lo que se trata es de referir dichas comunidades a tal realidad-" (31).

Así como una persona jurídica es una 'creación artificial', puesta en existencia por decisiones, lo propio ocurre con la persona física. No es que en el caso de la primera se 'produzcan' los derechos y deberes que en tanto funciones constituyen su unidad, mientras que, en el caso de la segunda, no se 'creen' sino tan sólo se declaren. Los casos históricos de esclavitud y dominación prueban que las funciones jurídicas características de una persona física no están naturalmente dadas, sino que también son artificial y contingentemente decididas.

#### 14. Relativización de la Antítesis: Derecho-Estado

A partir del concepto de norma, Kelsen intenta resolver unitariamente la problemática de la Ciencia Jurídica y, además, la de la llamada Teoría o Ciencia del Estado pero, en lugar de admitir la autonomía de ambas disciplinas, Kelsen elimina prácticamente a la segunda, por considerar que se puede integrar o disolver en la primera. Es decir, si la unidad de una pluralidad de normas constituyen un orden jurídico, pues en esto mismo se tiene que disolver el Estado y, por ende, la Teoría del Estado se disuelve en la TPD.

"En la oposición que la teoría tradicional del Derecho supone entre el Derecho Público y Privado, aparece ya con gran claridad el poderoso dualismo que domina la Ciencia del Derecho moderna, y, de consuno, a todo nuestro pensamiento social: el dualismo de Estado y Derecho. Cuando la teoría tradicional del Derecho y del Estado, contraponen el Estado al Derecho, como un ente distinto, afirmándolo al mismo tiempo como un ente jurídico, lo hace en cuanto considera al Estado como sujeto de obligaciones jurídicas y facultades, es decir, en cuanto lo considera como una persona, y simultáneamente le atribuye una existencia independiente del orden jurídico. Así como la teoría del Derecho Privado originariamente partía de la personalidad jurídica del individuo afirmando que lógicamente y temporalmente antecedía al Derecho Objetivo, es decir, el orden jurídico, de igual modo la Teoría del Estado de Derecho supone que el Estado, como unidad colectiva, como sujeto de una voluntad y de acción, aparece independiente e inclusive como existente antes del Derecho. Pero el Estado cumpliría su misión histórica, se enseña, en tanto crea el Derecho, su Derecho, para luego someterse al mismo, es decir, para obligarse y facultarse con su propio Derecho. De esta suerte el Estado como ente metajurídico, como una especie de macroantropos todo poderoso, o como un organismo social, sería un presupuesto del Derecho, y simultáneamente, un sujeto de Derecho que presupone la existencia del Derecho, en cuanto a él sometido y por él obligado y facultado. Es esta la teoría de las dos caras del Estado y del autosometimiento (autobligación) al Derecho, que, pese a las notorias contradicciones que siempre se le imputan,

es reiterado contra todos los argumentos contrarios, con tenacidad sin par" (32).

Si la norma en el fondo no es un hecho físico, material, sino una entidad puesta en existencia por la voluntad humana, un ser "espiritual", entonces el Estado tampoco puede ser un mundo de procesos físicos, de fuerzas, sino también una realidad del "deber-ser". Estamos a la mitad del camino del objetivo consistente en eliminar una de las dos entidades, ya que el Estado no puede ser un "mundo material", ya que entonces sería objeto de estudio de la Física y no de la Jurisprudencia. Ahora se debe proponer la otra mitad de la solución, es decir, afrontar de manera positiva la respuesta a la pregunta sobre cómo se puede disolver el Estado en el orden jurídico. Kelsen responde que el Estado no es sino la unidad o personificación del orden jurídico.

"En tant que phénomène dynamique l'Etat se manifeste en une série d'actes juridiques et il pose un problème d'imputation car il s'agit de déterminer pourquoi un acte étatique n'est pas imputé à son auteur, mais à la personne morale de l'Etat. Seule une norme juridique permet de répondre à cette question, car la conduite d'un individu ne peut être rapportée à l'unité d'un ordre juridique que si cela résulte d'une norme de cet ordre" (33).

"Lors qu'un acte est imputé à la personne de l'Etat, il est un acte étatique et l'individu qui en est l'auteur est un organe de l'Etat. La personne morale de l'Etat a donc exactement le même caractère que les autres personnes morales:



exprimant l'unité d'un ordre juridique, elle est un point d'imputation et seul le besoin de se représenter concrètement une notion aussi abstraite engage trop souvent à imaginer derrière l'ordre juridique un 'Etat qui en sera distinct" (34). "Or l'Etat, en sa qualité de sujet des actes étatiques, est précisément la personnification d'un ordre juridique et il ne peut pas être défini autrement" (35).

## 15. El Acto Jurídico es Simultánea o Relativamente Aplicación y Creación de Derecho

### 15.1 La Relatividad Metódica de Kelsen Permite Contemplar Todo Acto Humano Como un Hecho Jurídico

Fuera de la estricta pirámide jurídica, donde cada norma ubicada escalonadamente representa un acto de aplicación y de "creación" de Derecho, ocurre una serie de actos de naturaleza aparentemente no jurídica ya que no se presentan como "creación" o aplicación de Derecho y sus contenidos son más bien de carácter social, económico, cultural, etc. Estas son las transacciones efectuadas entre particulares mediante actos recíprocos de intercambio de bienes o de ingresos; actos recíprocos, o unilaterales, de cualesquier posible índole. En este caso, hechos de una naturaleza económica tales como el nacimiento de una empresa, la formalización de un acto de compra-venta, el acuerdo sobre un salario mínimo entre un sindicato y un sector industrial, por ejemplo, también representan actos de aplicación y "creación" de Derecho.

Es decir, no sólo en los niveles del poder legislativo y ejecutivo se da la "creación" y aplicación de Derecho; todas las relaciones entre particulares son actos de "creación" y

aplicación de Derecho. Veamos por qué. La Constitución y los Códigos de Comercio, Industria y Trabajo conceden a los particulares la facultad de participar en sociedades industriales, en actos de comercio, y de manera particular, en la libre determinación de salarios en el sector correspondiente (suponemos por simplicidad que no hay salarios mínimos) de manera que siempre que los particulares realizan cualquier convenio jurídicamente válido, simultáneamente aplican los códigos legales respectivos y, a la vez, individualizan o "crean" más Derecho. Es decir, continúan el proceso de creación normativa que se inicia con la Constitución. Ellos "crean" Derecho porque nuevos deberes y derechos específicos, en el tiempo y en el espacio, son establecidos para reglar la conducta futura de quienes participan en los mismos.

En esta manera, "Par la fonction qu'il remplit dans un ordre juridique, le droit dit privé n'est autre que la forme juridique particulière donnée à la production et à la répartition des richesses dans une économie capitaliste. Or une telle fonction a un caractère éminemment politique. Dans une économie socialiste la structure du droit privé serait différente: elle ne serait plus fondée sur les principes d'autonomie et de démocratie, mais probablement sur ceux d'hétéronomie et d'autocratie, et elle se rapprocherait de la structure du droit administratif actuel. Nous n'avons pas à examiner ici si une telle structure serait plus satisfaisante ou plus juste, car c'est là un point sur lequel la Théorie pure ne veut ni ne peut se prononcer" (36). Bajo esta perspectiva todas las acciones dadas en un orden social se pueden interpretar como actos de "creación" y aplicación de Derecho y,

consecuente, como acciones jurídicas, incluyendo aquellas conductas o acciones cuyos contenidos y resultados son considerados, de manera absoluta, como estrictamente económicos, sociales, culturales, educativos, políticos, etc.

"On peut même dire que tout comportement humain est directement ou indirectement déterminé par le droit. Lorsque tel acte d'un individu n'est pas interdit par une norme juridique, le droit positif impose à tous les autres individus l'obligation de ne pas en empêcher l'accomplissement" (37).

"L'affirmation que la conduite des hommes est entièrement déterminée par le droit ne signifie pas que cette conduite soit nécessairement motivée par les notions que les hommes se sont formées des normes juridiques. Elle veut dire que les normes d'un ordre juridique se rapportent à tous les comportements des individus régis par cet ordre, qu'elles les déterminent de façon normative et non causale" (38).

En la medida que para efectos expositivos supongamos a todas estas acciones como legalmente válidas, en esa medida las estamos considerando como parte del orden jurídico y, en tanto así, éste las permite como momentos ulteriores en que se aplica y se "crea" el Derecho (en este caso la Constitución).

"La science juridique peut donc donner du droit une double définition suivant qu'elle se place au point de vue d'une théorie statique ou à ce lui d'une théorie dynamique. Dans le premier cas, le droit apparaît comme un ensemble de normes déterminant des comportements humains déterminés par des

normes. La première formule met l'accent sur les normes, la seconde sur les comportements humains, mais tous deux indiquent que la science du droit a pour objet des normes créées par des individus ayant qualité d'organes ou des subjects d'un ordre juridique ou, ce qui revient au même, d'organes ou de membres de la communauté constituée par un tel ordre" (39).

La aplicación plena de la TPD permitiría concebir a todo hecho "económico", simultáneamente, como jurídico, lo cual borraría la oposición absoluta bajo la que, tradicionalmente, son interpretados. De llevar el razonamiento al paso inmediato, tendríamos que, en lugar de que por un lado existieran los hechos "económicos" y, por otro, los jurídicos, nos encontraríamos con un único tipo de hecho que sería, a la vez, económico y jurídico. Sin embargo, este punto deberá aguardar un tratamiento futuro.

#### 15.2 No existe el Acto Absoluto de Aplicación de Derecho

Por la misma razón, la conducta de todo funcionario público, colocado en cualquier posición de la jerarquía del sistema jurídico de que se trate, como la conducta de cualesquier persona privada (y con esto se disuelve el concepto de población en sentido biológico), deviene un acto que se considera aplicación de Derecho en relación a las funciones superiores de quienes depende y, de "creación" de Derecho respecto a las inferiores que de él dependen. El acto exclusivo de "aplicación" de Derecho, no existe; el acto exclusivo de "producción" de Derecho, no existe. Mas bien lo que podría ser un acto jurídico implica la unión de estos dos momentos que

tradicionalmente se vienen concibiendo como separados, diferentes y opuestos absolutamente, sin percatarse que son dos momentos esenciales de uno y el mismo "acto".

Por ejemplo, un policía aplicando la ley que lo faculta para regular el tráfico, legisla una norma, la "produce", por la cual un vehículo particular se detiene y posteriormente su propietario es conducido a prisión. Una y la misma acción jurídica fue, simultáneamente, "aplicación" y "creación" de Derecho: no es que el policía haya ejecutado dos acciones, la de "aplicación" de Derecho, primero, y la de "creación" de Derecho, después. Sólo ahí donde se "aplica" Derecho, sólo ahí se continúa el proceso "productor" del mismo. El policía ejecutó una única acción, misma que fue simultánea o relativamente "aplicación" y "creación" de Derecho.

### 15.3 Análisis de la Relatividad Metódica

Lo anterior fue un caso del procedimiento epistemológico que Kelsen denomina el paso de antítesis absolutas y extra-sistemáticas a antítesis relativas e intra-sistemáticas, mediante el que se tiende a lograr la unidad explicativa de la materia de conocimiento. La antítesis era absoluta en este caso porque se creía que la "creación" y la aplicación de Derecho eran dos tipos de acciones radicalmente diferentes; una significaba "creación", mientras que la otra se interpretaba como un mero "acto improductivo". La Antítesis era extra-sistemática porque los hechos cubiertos por el Derecho público se interpretaban preferentemente como actos de "creación" de Derecho, y por ende, sometidos a la voluntad del Estado a quien

se imputaba, directa o indirectamente, la existencia de los mismos. Mientras que en el caso de los actos comprendidos en el Derecho privado, o derechos subjetivos, se consideraban como simple aplicación de Derecho. Estos no tenían la conexión directa con la voluntad del Estado, sino que eran parcialmente independientes: como "derechos" con existencia propia que no los había "creado" el Estado, como si existieran con independencia o anterioridad a éste. Aquí la antítesis es extra-sistemática ya que se había roto la unidad del sistema que era representada por la unitariedad del Derecho imputada al Estado; pues ahí donde existían derechos "predados", con toda independencia de aquél, no se podía comprender la unidad del sistema.

Se pasa a la antítesis relativa cuando se comprende que no son dos actos absolutamente opuestos, sino tan sólo uno que en relación a las funciones superiores recibía un nombre y, en relación a las funciones inferiores, se denominaba de otra manera.

#### 15.4 ¿ Ningún Acto Humano ocurre con Independencia de la Voluntad del Estado ?

La antítesis se hace intra-sistemática, cuando la diferencia entre los actos de Derecho Público y de Derecho Privado ya no se contemplan como dos subsistemas independientes, sin conexión unitaria, sino como dos grupos de hechos unificados por el mismo principio superior, representado por la voluntad del Estado; si bien mediante dos métodos diversos los que constituían la oposición relativa. Mientras en el caso del sector público predomina el método centralizado, en el caso del

Derecho Privado se tiene el método descentralizado o democrático. Con éste último se significa que el Estado delega a los particulares la facultad de continuar el proceso "creador" de Derecho, lo cual se verifica en sus transacciones comerciales, familiares, sociales y de todo tipo que se quiera imaginar. Todas estas acciones (que en ocasiones son consideradas como absolutamente económicas) ocurren como actos de aplicación de Derecho que el Estado unifica, en el sentido de que no están fuera de su voluntad ya que, al permitir las, en esa medida las regula; sólo que de manera indirecta o descentralizada. "Une conduite qui n'est pas juridiquement interdite e juridiquement permisee et ce sense elle est indirectement determinee par le droit. La seule conduite directement determinee par le droit est alors celle qui a pour effet d'empêcher l'accomplissement d'un acte permis par lui" (40).

En oposición a la regulación jurídica mas o menos "indirecta" que el Estado ejerce sobre los "actos económicos" -en tanto no los prohíbe sino los permite- en los órdenes socialistas o exsocialistas, donde el a manera de "sector privado" tampoco está fuera de la voluntad del Estado, ya que éste no faculta sino que obliga o "programa jurídicamente" la vida económica en general. "En d'autres termes il n'y a pas de comportement humain qui ne puisse être jugé d'un point de vue juridique ou auquel le droit positif, national ou international, ne soit applicable" (41).

En ambos casos, el Estado unifica el total de las acciones humanas consideradas como aplicación y "creación" de Derecho, sólo que, como en el caso de los órdenes socialistas, el mismo establece los contenidos que "deben ser" creados y aplicados; mientras que en el caso de los llamados órdenes capitalistas, se faculta a los particulares, se les "concede" el derecho de decidir los contenidos jurídicos que implican las actividades económicas del país y, por tanto, tales acciones no se pueden considerar que estén fuera de la voluntad del Estado, ya que éste, indirectamente, así las determinó. Además, como una prueba evidente de lo anterior, la función superior del orden jurídico, al menos lógicamente hablando, siempre puede "intervenir" para regular cualquier tipo de acción humana, sin importar el sector económico, social o político y en cualesquier región o zona, emplazada en el ámbito jurídico espacial de validez que se trate (42).



## CAPITULO II

### NOTAS BIBLIOGRAFICAS

- (1) RECASENS, Siches. Compendio. op cit. Pag, 9.
- (2) KELSEN, Hans, Teoría General del Estado (TGE ), op cit, pag.VIII.
- (3) KELSEN, Hans, Problemas, op cit.
- (4) Ibidem, pag. XL.
- (5) "Die Kritik Kants zerfiel in Logik und Dialektik. Die Dialektik enthielt den negativen Theil der Kritik... Die Logik brachte den positiven Theil: die Begründung der mathematischen Naturwissenschaft. Dieser Logik aber ging eine Aesthätik voraus. Als Lehre von der reinen Sinnlichkeit... Dem Denken ging so eine Auschanung voraus. Auch diese ist rein, also ist sie dem Denken verwandt. Aber das Denken hat doch seinen Anfang in Etwas ausserhalb seiner selbst. Hier liegt die Schwäche in der Grundlegung Kants" ( Cfr. COHEN, H. Logik der reinen Erkenntniss, Berlin, 1902, p.11 ed anche NATÖRP. Kant und die Marburger Schule, in "Kant-Studien", Vol. XVII, Berlin, 1912, pag. 193 sgg.). Qui la scuola di Marburgo interpreta dal proprio punto di vista la dottrina kantiana, perché per Kant l'intuizione, non è soltanto qualcosa che precede il pensiero, ma è qualcosa che, facendo parte della sintesi, è nel pensiero, è anzi il pensiero stesso". TREVES, Renato. Il Fondamento Filosofico della Dottrina Pura del Diritto di Hans Kelsen. R. Accademia delle Scienze. Torino, 1934. 41 pp., Pag. 22.
- (6) KELSEN, Hans. Problemas, op cit, pag.L.
- (7) Ibidem.
- (8) KELSEN, Hans, General Theory of Law and State, 1945, op cit.
- (9) KELSEN, Hans. TGE, op cit., pag. 8.
- (10) "Selon cette théorie la vérité ou la fausseté d'une proposition ne découle jamais d'une confrontation avec la réalité extra-linguistique, mais simplement de sa compatibilité ou de son incompatibilité avec d'autres propositions dans un système, le "vrai" système étant en fin de compte celui qui se trouve être accepté par "les savants de notre époque". BOUVERESSE, Jacques. "La Théorie et l'Observation dans la Philosophie des Sciences du Positivisme Logique", en La Philosophie au XXe. siècle, ed. Merabouit, Tome 4, Paris, 1973. 351 pp., bajo la dirección de Francois Châtelet, pag. 72.
- (11) KELSEN, Hans. TGE, op cit. pag. VIII.
- (12) Ibidem, Pag. VIII.
- (13) Ibidem.

(14) Ibidem. Ver pp. 301-324.

(15) Ibidem. Ver pp. 105-119.

(16) Ibidem. Ver pp. 61-77.

(17) Ibidem. Ver pp. 93-99.

(18) Ibidem, Pag. 82.

(19) Ibidem.

(20) Ibidem.

(21) Ibidem, Pag. 83.

(22) Ibidem, Pag. 83-84. "La Persona Física es un complejo de normas de Derecho; concretamente: el conjunto de todas aquellas normas jurídicas que tienen por contenido la conducta de un Hombre -ya como deber o como facultad-. El principio de individuación que nos proporciona aquí la unidad es -sólo mediatamente- jurídico. Pero la esfera jurídica queda constituida desde el momento en que el sustrato de esta unidad está formado por normas jurídicas, y que la Persona Física es considerada como una parte del Derecho Objetivo, como un orden jurídico parcial delimitado de cierto modo, pues frente al sistema totalitario de las normas de Derecho, frente a la totalidad del orden jurídico, la Persona Física representa un sistema parcial mas o menos arbitrariamente delimitado, un orden jurídico parcial no absoluto en modo alguno, sino sólo relativamente autónomo".

(23) "Si se designa al sujeto de Derecho como 'titular' de este orden jurídico parcial, como el sujeto que 'posee' facultades y deberes regulados en dicho orden, se realiza la personificación del mismo, y se da expresión al hecho de que estos deberes y facultades tiene su puesto en dicho sistema. El sujeto de Derecho no es sino el centro común de referencia de estos contenidos, los cuales reciben su plena determinación jurídica por referencia a la unidad del sistema totalitario, por el conocimiento de la posición que ocupan dentro de la totalidad del orden jurídico". Ibidem, Pag.84.

(24) KELSEN, Hans. Théorie, op cit., Pag. 128.

(25) KELSEN, Hans. TPD, op cit., Pag. 55

(26) "Los actos constituyentes del hecho de la costumbre pueden también establecer normas mediante las cuales un comportamiento queda determinado como debido. Así, el hecho de costumbre se convierte en una voluntad colectiva, cuyo sentido subjetivo es un deber. Como norma objetivamente válida sólo puede ser entendido el sentido subjetivo de los actos constituyentes de la costumbre, cuando ésta es introducida, por una norma superior, como una circunstancia productora de normas". Ibidem, pag. 23.

(27) KELSEN, Hans. IGE, op cit., Pag. 71.

(28) KELSEN, Hans. TPD, op cit., Pag. 182.

- (29) Ibidem. Pag. 87.
- (30) Ibidem. Pag. 87-88.
- (31) Ibidem. Pag. 89-90.
- (32) Ibidem. Pag. 289-290.
- (33) KELSEN, Hans. Théorie..., op cit. Pag. 171.
- (34) Ibidem.
- (35) Ibidem.
- (36) Ibidem. Pag. 167.
- (37) Ibidem. Pag. 50.
- (38) Ibidem.
- (39) Ibidem, Pag. 50-51.
- (40) Ibidem, Pag. 50.
- (41) Ibidem.
- (42) Ver Nota No. 25, este Capitulo.

### CAPITULO III

#### EL FUNDAMENTO FILOSOFICO DE LA TPD

##### A) LA HIPOTESIS ONTOLOGICA DUALISTA

###### 1. La Antítesis Absoluta: "Ser" y "Deber Ser"

La renuncia de Kelsen a concebir los actos humanos, las acciones físicas concretas, como la materia del conocimiento jurídico, tesis sostenida en todas sus obras, se explica, además, por la adopción de una Hipótesis Ontológica Dualista en parte heredada de Kant, en términos de la antítesis irreconciliable entre "el ser" y "el deber ser" (que responde a la antítesis entre causalidad y voluntad) pero que ya era familiar entre los principales filósofos griegos de la antigüedad y que se conoce como la antítesis ontológica entre pensamiento y materia.

"For Plato, Descartes and Swinburne, the mind is identical with the immortal soul. In the writings of the Fourth-Century-Greek philosopher-scientist, Aristotle, the soul is the "form" of the body and so thus does not survive death. Nevertheless Aristotle holds that the mind, in the sense of 'intellect' is immortal. The Aristotelian philosopher theologian St. Thomas Aquinas holds that each person's immaterial soul survives that person's bodily death. However, a person does not thereby survive death because the person that one is, is necessarily embodied. These points about surviving death bear closely on dualism because, if it may be proved that the mind is the soul and also proved that the soul is immortal,

then it is proved that the mind is something distinct from the body because the soul is immortal" (1).

Entre la realidad mental o espiritual y la realidad física, se ha mantenido, existe una oposición no de grado sino de calidad: "Dualism is the theory that two and only two kinds of substance exist: minds and physical objects. A mind is a purely mental, non-material or spiritual substance, and a physical is a purely material, non-mental, spatially extended substance. It logically follows that no mind is a physical object and no physical object is a mind" (2). Descartes difundió la Hipòtesis Ontològica Dualista, muy popular todavía en nuestros días, según la cual el hombre era el resultado de una "sustancia mental" (mente o espíritu) y el cuerpo (representando la parte física o material), que él denominó: "sustancia extensa". "Locke, like his French near contemporary Descartes, is a mind-body dualist: that is, he thinks, there exist two, and only two, sorts of substances: mental or spiritual substance, called "mind", and physical or material substance, called "body" (the seventeenth century use of "body" is much broader than ours. It means "matter" or "physical-object" (3), (4), (5).

Dos sustancias opuestas que por definición no podían tener ningún tipo de contacto (supuesto que la parte no material, por definición, no podría entrar en contacto con la parte material) pero que Descartes, implícitamente, las interconectó al entregarle al alma, o la parte mental, el comando del cuerpo. "Minds and physical objects are entirely different sort of things. No mind is a physical object and no physical object is a mind. For example, no brain can be a mind and no mind can be

a brain. Our brains cannot be what we use to think with. We must think with our minds, and these are immaterial substances" (6). Este tipo de dualismo es interaccionista porque sostiene que existen la mente y la materia, las que mantienen una interacción. "Descartes thinks that causal interaction between mind and body takes place in a particular part of the brain - the pineal gland-. This claim, however, does not help us resolve the causal problem. Philosophically, it is irrelevant. If the mind is not physical, then it cannot possibly contact the pineal gland or any part of the body" (7). "Seventeenth and Eighteenth-century philosophers frequently use 'body' to mean 'matter' or physical substance, so Descartes is defining matter as that which has shape ('figure'), it's located in some place, occupies space, excludes other physical objects, can be detected by the five senses, can be moved by contact with another thing, and cannot move on its own accord. None of this is a characteristic of a mind or soul" (8).

John Eccles y Karl Popper, por ejemplo, son destacados dualistas de tipo interaccionista de nuestros días, que coinciden con Kelsen en aceptar la Hipótesis Ontológica Dualista según la cual existe el mundo físico y el mundo mental o espiritual. "Descartes, Popper and Eccles maintain that events in minds cause events in bodies and events in bodies cause events in minds. So, on their Dualistic theories there may be mental causes with physical effects and physical causes with mental effects. This view that causal relations between mind and body are two-way, is known as 'psycho-physical interactionism' or just 'interactionism' " (9). "It would, for example, be a serious mistake to think that the progress of

modern science has disproved the existence of the mind or the soul. On the contrary, some of our most sophisticated scientific and philosophical thinkers are mind-body dualists who take the reality of the mental most seriously. I have in mind in particular the Nobel-Prize-Winning neurobiologist Sir John Eccles, the philosopher of science Sir Karl Popper, and the Oxford philosopher of science and religion Richard Swinburne" (10).

Pero se pueda creer que los eventos mentales son paralelos a los físicos, sin que exista una relación causal entre ambos:

"Several dualists maintain the view that there are no causal relations between mind and bodies. The seventeenth-century French philosopher Nicolas de Malebranche, for example, believed that bodies cannot affect minds and minds cannot affect bodies, yet both minds and bodies exist and no body is a mind and no mind is a body. It is his view that the mind is not in the body and the body is not in the mind, but that both exist only in God. It is God who causes and sustains a parallel conjunction of mental and physical events. Notice that it is not necessary to accept the thesis that only God causes mental and physical events do not interact causally" (11). Ejemplos de este caso son la Teoría de la Armonía Preestablecida de Leibnitz y el Ocasionalismo del propio Malebranche:

"The theory, that minds and bodies do not causally interact but that mental events and physical events in a person are correlated is called "psycho-physical parallelism" or sometimes just "parallelism". Apart from Malebranche, this has

been maintained by another seventeenth-century philosopher: the German G.W. Leibniz. Leibniz accepts that mental events may have physical effects but denies that mental events may have physical effects or physical events may have mental effects. Leibniz invites us to compare the operations of the mind and the operations of the body to two clocks, each of which keeps perfect time. God has initiated the causal chain which is the mental events in the mind and God has initiated the causal chain which is the physical events in the body by a preestablished harmony. This ensures and orderlines in mental and physical events which may lead us to believe that the two kinds of events are related. As with Malebranches' view we may, if we wish, disagree that God causes mental and physical chains of events and yet affirm that mental and physical do not interact causally" (12), (13).

En apoyo a la Hipòtesis Ontològica Dualista se argumenta la aparente contraposición que existe entre ambas clases de entidades. Esta Hipòtesis Ontològica Dualista deviene absoluta cuando no se admite que lo físico pueda contemplarse como mental o viceversa. "The Dualist is stuck by the intense qualitative differences between the occurrences in one's consciousness and matter in motion which, however complex, it's mere matter in motion. Dualists agree that mind and physical objects are qualitatively so different that the mental could not possibly be physical. Some dualists, for example Malebranche, conclude from this that mental and physical cannot causally interact. Other dualists, Decartes and Popper for example, do not conclude this even though they agree that nothing is both mental and physical" (14).



"Clods of earth that you turn over in digging the garden are physical but moods and emotions are mental. Lumps of metal are physical but images in the mind's eye are mental. Telephones, motor cars, and houses are physical but perceptions of telephones, and memories of motor cars are mental. The house is physical but as you stand and look at it your consciousness and awareness of it is mental. No mental facts about the world logically follow from any list of purely physical facts, no matter how long. If that is right, then the mental cannot be reduced to the physical. The mental cannot be 'explained away'. The mental is all too real" (15).

Desde luego, la Hipòtesis Ontològica Monista es aquèlla que sòlo admite un ùnico gènero de realidad, pudiendo ser ésta: absolutamente física (materialismo o fisicalismo), o absolutamente espiritual o mental (Idealismo). "Consider the fact that the brain, as a physical object, is only a collection of atoms in motion. No matter how extraordinarily numerous and tremendously complex the motions of the atoms of the brain, it is hard to see how they could cause events like hopes, feares, regrets, depressions, memories of yesterday and images in the mind's eye. Indeed this fact if it is a fact, also makes it hard to see how mental events could be identical with physical events in the brain, as the materialist wishes to argue" (16).

El Conductismo, en psicología, es un ejemplo clásico de materialismo, mientras que las posiciones de Berkeley, Hegel y el Neokantismo son representantes clásicos del Idealismo: "Hobbes, Locke and Berkeley exemplify the three main

Ontological options in the Philosophy of Mind. Hobbes was a materialist, Locke a dualist and Berkeley an idealist. Hobbes taught that only physical objects exist; Locke thought that both minds and physical objects exist; and Berkeley thought that only minds exist" (17). No podemos detenernos en esta rica problemática, ya que la misma constituye el objeto de estudio de una rama moderna de la Filosofía denominada Filosofía de la Mente (18).

La TPD, a confesión expresa del propio Kelsen, se apoya en una Hipòtesis Dualista. "Le mie indagini partono dal presupposto di separare due opposti fondamentali: il Sein e il Sollen, il contenuto e la forma. Sono consapevole che una concezione monistica non può né dove riconoscere come definitivo il dualismo fra Sein e Sollen, fra contenuto e forma. Se però io prendo qui in esame principii opposti e ritengo di dover rinunciare a collegare Sein e Sollen, contenuto e forma, su un piano superiore che comprenda questi due concetti che si escludono a vicenda, come giustificazione di questo mio punto di vista non trovo, in fondo, altra risposta sincera che questa: io non sono un monista . Per quanto insoddisfacente mi sembri anche una concezione dualistica dell'immagine del mondo, nel mio pensiero non vedo altra via che conduca oltre la divisione fra io e realtà, fra anima e corpo, fra soggetto e oggetto, fra contenuto e forma o fra quelle altre parole, in cui possa altrimenti celarsi l'eterno dualismo" (19).

Esto explica porque, para él, existen dos tipos de realidades opuestas entre sí. Las Ciencias Físicas o Naturales estudian una, el mundo del "ser"; las Ciencias Sociales estudian la

parte restante, el "deber ser" . "Designar una ciencia como "Ciencia Social", porque apunta a la interacción recíproca de los hombres, y trata de explicar causalmente la conducta humana, no es suficiente para diferenciarla esencialmente, como ya se señaló, de las Ciencias Naturales, como la Física, la Biología o la Fisiología. La diferencia esencial sólo se da entre las Ciencias Naturales y aquellas Ciencias Sociales que interpretan la interacción humana, no causalmente, sino conforme al principio de imputación, ciencias que no describen cómo se va desarrollando el comportamiento humano, determinado por leyes naturales en el dominio de la realidad natural, sino cómo debe producirse, determinado por normas positivas, esto es, por normas establecidas mediante actos humanos. El objeto de esas Ciencias Sociales no es irreal, puesto que le corresponde cierta realidad, sino que se trata de una realidad distinta de la natural, a saber: una realidad social"(20).

En efecto, Kelsen cree que las Ciencias Sociales son precisamente las ciencias normativas como el Derecho, la Ética, la Religión, ya que el "deber ser" constituye un tipo particular de "realidad", si bien no sea exactamente la realidad física. "Porque la conducta humana y sólo ella constituye el objeto propio de una regulación normativa, es por lo cual la unión social se considera como ligamen o vínculo normativo, como deber. Sólo gracias a éste cabe considerar a la sociedad como un objeto distinto de la Naturaleza; y por igual razón la teoría de la sociedad constituye una disciplina independiente y aparte de la Ciencia de la Naturaleza" (21).

Por esta razón, la TPD está diseñada, por así decirlo, con el fin exclusivo de estudiar la realidad normativa, misma que participa evidentemente del carácter espiritual o "mental" propio del pensamiento y del conocimiento. Dejamos pendiente el problema de determinar si también el arte y los demás tipos de objetos culturales, identificados como todo aquello que ha inventado y reproducido el hombre, podrían llegarse a clasificar en la misma forma; de modo que también ellos se considerasen entidades espirituales similares a las normas.

## **2. La Hipótesis Ontológica Dualista Asumida por Kelsen**

Una de las tesis que sostendremos aquí, quizá la más importante, es que la Hipótesis Ontológica Dualista que Kelsen asumió como la antítesis "ser" y "deber ser" es la pieza fundamental en que se apoya su TPD. Ello es verdad en relación a la autonomía de su propio objeto de estudio, a la peculiaridad específica de su método, de la consciente diferenciación que hace de la Jurisprudencia respecto a las demás ciencias y, particularmente, por su negación a considerar que las acciones humanas concretamente dadas, como conductas que violan o acatan las normas, sean el auténtico objeto de conocimiento de la Jurisprudencia.

## **3. Concepción de la Filosofía que orienta este Trabajo**

Al conectar la Filosofía de la Mente con la Jurisprudencia lo hicimos considerando una acepción de la Filosofía que, sin negar o entrar en polémica con otras posibles acepciones, mantiene que esta vieja disciplina no coincide plenamente con

una serie de tareas posteriores a la actividad científica, consistente en sistematizar sus resultados o simplemente efectuar el análisis de sus conceptos o términos, con fines de esclarecimiento y precisión; sino que se puede constatar como una actividad capaz de "generar" "materiales teóricos" de utilidad para el trabajo científico en general. Desde luego, esto no significa que se contemple a la Filosofía como si fuese un tribunal superior de 'procedimientos' cognoscitivos, inapelable y perfecto.

Ante las objeciones de que la ciencia cubre el territorio de todo aquello que se puede conocer, dejando a la Filosofía sin objeto de estudio propio, se puede señalar que la Teoría del Conocimiento constituye una reflexión que difícilmente se podría realizar en el ámbito de alguna ciencia natural, como pretende el Positivismo. La circunstancia de que un sólo tipo particular de objeto no puede justificar la pretensión de desarrollar una ciencia dirigida exclusivamente para su estudio, como sería la Epistemología, la que entre todos los "seres" sólo discute el problema del conocimiento, como si éste fuese un objeto individual, es una objeción que se puede conceder. No se justificaría aparentemente la formulación de una ciencia con el objeto de estudiar un único ser particular: el conocimiento, las ciencias.

Sin embargo, como la discusión concerniente a la Epistemología no se puede sentenciar arbitrariamente su extensión, mediante la suposición simplista de que constituye un universo de proposiciones inverificables o sin sentido, entonces se sigue que esta disciplina continuará su camino hasta que alguna nueva

teoría emergente en el campo de las ciencias sociales pudiera ser capaz de retomar toda su problemática; asimilando sus conceptos y problemas congruentemente (disolviendo con ello, prácticamente, a la Epistemología en dicha ciencia social) de manera que el conocimiento sería un apartado o sección más de dicha ciencia misma que, además, estudiaría a otros "objetos" y no sólo al conocimiento. ¿Por qué creemos en esta posibilidad?. Porque el conocimiento como objeto no puede ser dado con independencia de un acto, una acción o conducta humana. Y como las conductas humanas, que sólo se conciben en el seno de una sociedad (un orden jurídico o un orden económico), son el objeto de las ciencias sociales, he aquí que éstas podrían retomar aquellas acciones cuyo contenido específico se refiere al conocimiento, disolviendo dentro de ellas los conceptos y problemas de la Epistemología.

Esto no significa que se esté en desacuerdo con aquella acepción de la Filosofía que define su tarea como la determinación del por qué un cierto conocimiento puede ser correcto o verdadero, superando así el nivel inmediato de la mera opinión. "Quelle est donc cette intentionalité spécifique qui caractérise la recherche et le discours philosophique? Nous répondons: l'invention du "pourquoi". On peut justifier cette réponse historiquement en rappelant comment, lors des premiers pas de la Philosophie occidentale (moment qui marque aussi l'aube de ce que bon gré mal gré, nous appelons la philosophie tout court), se substitua au récit mythologique un discours qui reparlait plus de faits et d'événements, mais qui manipulait et enchaînait des idées, recherchait des principes et ne satisfaisait pas de l'opinion (alors même qu'elle était peut

être vraie) pour instituer l'épistème, c'est-à-dire une connaissance qui n'est pas seulement vraie, mais qui connaît aussi le pourquoi, i.e. la raison de sa vérité" (22).

Ciertamente, la Física, la Química o la Biología no tienen por objeto determinar en qué consista la verdad y los caminos para asegurar su presencia. Esto es asunto de una actividad racional propia, diversa de aquellas, que intenta responder a preguntas que caen fuera de la competencia de dichas disciplinas. "Mais l'origine pour ainsi dire structurelle de cette invention du pourquoi est peut-être encore plus lourde de sens que son origin chronologique: il s'agit du processus intellectuel par lequel notre intelligence passe de la phase de la simple constatation d'une réalité donnée, à l'effort de la comprendre et finalement de l'expliquer, étapes auxquelles correspondent les figures intellectuelles de la description, de l'interprétation et du "donner la raison" (que l'on peut, dans ce sens précis, appeler aussi 'explication' " (23).

Si una pregunta cuál es el concepto estratégico de una teoría por el cual ésta adquiere su unidad y estructura específica que la caracterizan, entonces uno quiere determinar el fundamento, la razón que movió al autor a suponer la solidez de su teoría y, en ese sentido, uno adopta como en el caso de esta investigación, una concepción de la Filosofía que abriga dentro de sí la actividad consistente en la búsqueda del fundamento o del por qué.

"On n'aura sans doute aucune peine à accepter la qualification de la philosophie comme "recherche du fondement", et cette qualification n'accuse plus aucun accent d'orgueil puisqu'en effet "fondement" signifie seulement "pour quoi", étant sous-entendu que la recherche du pourquoi ne devrait s'arrêter tant que le pourquoi premier-ultime n'est pas découvert " (24).

Precisamente, y debe quedar bien claro, èste es el tipo de análisis que desarrollamos en este trabajo: una argumentación acerca de las estructuras racionales que conforman la TPD y su relación con la realidad empírica, intentando determinar la razón última, el por qué, del valor lógico-científico de dicha teoría. "Le fait de fournir une raison revient à trouver un pourquoi, mais ce dernier n'acquiert la valeur d'un pourquoi de l'explicandum que lorsqu'il entretient avec lui une "liaison" adéquate. Autrement dit il faut expliquer la raison du fait que le pourquoi est vraiment un pourquoi. La philosophie s'est attelée à cette lourde tâche, choisissant ainsi d'analyser et de fonder le processus par lequel l'homme tend spontanément à chercher l'explication (ou les pourquoi). Elle analyse l'argumentation rationnelle laquelle est une forme spécifique du discours bien distinct de la narration, par exemple, ou de la confirmation empirique" (25).



#### 4. La TPD se Funda en una Hipòtesis Ontològica Dualista

Parece ser que hay una cierta dimensiòn dentro de la empresa científica, social, que usualmente no discuten sus propios practicantes, pero de la que no pueden escapar -y con base en la cual actúan- los mismos, sean o no conscientes de ello. Esto es, el progreso científico que ha llegado a nuestros días, ha partido asumiendo Hipòtesis Ontològicas acerca de la naturaleza última de la realidad y del concepto de ser humano. De ahí que, se quiera o no, se sea o no consciente de ello, toda disciplina social està afectada en sus supuestos y rendimientos, por la actitud ontològica respectiva que asuman implícita o explícitamente sus representantes más destacados. Pretendemos ilustrar lo anterior tomando el caso de la TPD. Creemos que su autor cimentò con toda conciencia dicha teoría en una Hipòtesis Ontològica Dualista. ¿Por qué consideramos que esta lectura es correcta?. Por la simple razòn de que si asumieramos que èsta variase o fuese sustituida por otra Hipòtesis Ontològica, por ejemplo, por una de tipo Monista, entonces la TPD resultaría esencialmente afectada. "La dottrina pura del diritto è una teoria dell'ordinamento giuridico che si fonda sul dualismo inconciliabile fra essere e dover essere. Tutti gli scritti di Kelsen ribadiscono che, fra i due piani, deve essere evitata ogni confusione" (26).

#### 5. El Sentido Social de las Normas

Sin embargo, Kelsen no considera a las normas, en sentido estricto, como si fueran unidades psicològicas, sino que

mantiene su caràcter social, concibiéndolas como una relación entre dos o más hombres: "La forma fondamentale della legge naturale e la legge di causalità sembra que la differenza fra la regola di diritto e la legge naturale consiste nel fatto che la prima si riferisce ad esseri umani e al loro comportamiento, mentre la segunda si riferisce a cose e alle loro relaciones" (27).

Como ya se advirtió, las acciones humanas no son consideradas por la TPD conforme a los criterios de la Biología, la Psicología o de la Física en general, sino que se contemplan con el concepto de persona: como el titular de derechos y deberes positivos. Por eso dice Kelsen que la realidad juridico-normativa es eminentemente social, ya que en la naturaleza no existen los convenios, las sentencias o el Estado. "El otorgamiento de una ley, de un juicio, de un mandato, su aceptación y su cumplimiento, son, indudablemente, procesos anímicos que se traducen en acciones corporales. Ahora bien, si se pretende captar la esencia del Estado, no ha de dirigirse la atención, a los procesos anímicos corporales que acaecen en el mundo de los seres naturales según la ley de causalidad, sino al contenido espiritual que 'encierran' dichos procesos. Del mismo modo que el 'pensar' una ley lógica o matemática es un acto psíquico, y sin embargo el objeto de la Matemática o de la Lógica -el pensamiento 'pensado'- no es psíquico, no es una 'alma' lógica o matemática, sino un contenido espiritual objetivo, porque la Lógica y la Matemática extraen dicho contenido del hecho psicológico del pensar; el Estado, en cuanto objeto de una consideración específica diversa de la Psicología, es un específico contenido

espiritual, pero no el hecho de querer y pensar tal contenido; es un orden ideal, un sistema específico de normas; pero no el pensar y querer dichas normas. El Estado no existe en el reino de la Naturaleza -de las relaciones físico-químicas-, sino en el reino del espíritu" (28).

En efecto, podríamos decir que las normas son una de las especies del género que representa a los "objetos espirituales" o culturales (artificiales en general). Entidades puestas en existencia inicial por actos de invención humana y, sucesivamente, por repetición del procedimiento invencional de que se trate. De ser así, la TPD sería un caso particular en que se manifestaría una 'teoría general de los objetos artificiales'. Por el momento debemos posponer el análisis de esta problemática.

La Hipótesis Dualista referida también se puede expresar como la antítesis entre los objetos naturales y los "objetos artificiales". El vino servido en la mesa de un restaurante, no es un objeto absolutamente natural ya que sin las significaciones de su modo de uso y propósito correspondientes, no se podría beber; supuesto que no se comprendería su "modo de ser" en tanto objeto 'artificial', es decir social y, por tanto, carecería de 'sentido' o 'significación'. Y como estos 'sentidos de uso' le fueron inventados, he aquí que éstos vendrían a definir, o hacer 'significativo', a un objeto que de otra manera sería un conjunto de procesos físico-químicos y nada más. De manera análoga, las normas de la moral, el Derecho y la religión constituyen una realidad típicamente social, espiritual o axiológica, ya que su contenido no está,

aparentemente, definido por procesos físico-causales. Para ilustrar lo anterior, veamos dos pasajes de Rickert, citados por Kelsen, en los que denomina objetos culturales, a lo que nosotros proponemos como artificiales.

"Rickert 'extrae' como 'cultural' "dalla realtà complessiva, un certo numero di cose e di fatti forniti per noi di un particolare significato o importanza", e "nei quali noi vediamo quindi qualcosa di diverso dalla mera natura" (29). "Prodotti naturali sono quelli che crescono liberamente dalla terra, prodotti culturali quelli che da il campo se è stato arato e coltivato dall'uomo. In tal modo natura e il complesso delle cose nate e sviluppatasi da se e abbandonate alla crescita loro propria. Al contrario, sono cultura le cose che l'uomo o crea direttamente secondo valutazione di scopo oppure -quando si tratta di realtà già date- coltivate intenzionalmente per i valori che vi aderiscono" (30).

## 6. La Hipòtesis Ontològica Dualista Paralelista

Por la consistente oposición de Kelsen a considerar las normas, el "deber ser", como parte de la naturaleza, se desprende que la clase de Hipòtesis Ontològica Dualista que asume es Paralelista. De acuerdo con èsta, "el ser" y "el deber ser" no se tocan ni se interinfluncian; de lo contrario, seria casi imposible mostrar la autonomía unitaria del "deber ser", ya que, por así decirlo, èste seria pràcticamente disuelto, o resuelto, en "ser". De manera que para Kelsen la oposición entre el "ser" (la naturaleza) y el "deber ser" (el mundo social o normativo) es absoluta y, supuestamente, no puede

existir una causalidad ni recíproca ni unilateral entre ambos. Esta clase de Dualismo Ontológico se podría representar con la fórmula: El "ser", no es el "deber ser"; y el "deber ser", no es el "ser".

"De ahí que no exista, entre la causalidad del orden natural y la libertad de los órdenes moral y jurídico, por un lado, y los órdenes moral y jurídico, por el otro, contradicción alguna; ni puede producirse tal cosa, dado que el primero es un orden de la realidad, mientras que el otro es un orden de lo debido, y sólo entre lo real y lo real, o entre lo debido y lo debido, pero no entre lo real y lo debido -como objetos de enunciación- puede aparecer una contradicción lógica" (31).

#### 7. ¿La TPD como un Caso de Dualismo Interaccionista?

Más adelante veremos cómo esta Hipótesis Dualista Paralelista parecería transformarse en una Hipótesis Ontológica, aparentemente Interaccionista, al menos en la esfera de un problema específico representado por la configuración de la antítesis entre la Eficacia y la Validez de la Norma (o de un Sistema Normativo), cuyo tratamiento por parte de Kelsen sería motivo de una de las más fuertes críticas "endógenas", como se explica en la Tercera y última parte.

"Puesto que la validez de una norma no es algo real, corresponde distinguir su validez de su eficacia, esto es, del hecho real de que ella sea aplicada y obedecida en los hechos, de que se produzca fácticamente una conducta humana

correspondiente a la norma. Que una norma valga quiere decir algo distinto a afirmar que ella es aplicada y obedecida en los hechos, aun cuando entre la validez y la efectividad pueda constituirse una cierta relación. Una norma jurídica sólo es considerada como objetivamente válida cuando el comportamiento humano que ella regula se le adecua en los hechos, por lo menos hasta cierto grado. Una norma que en ningún lugar y nunca es aplicada y obedecida, es decir, una norma que -como se suele decir- no alcanza cierto grado de eficacia, no es considerada como una norma jurídica válida" (32).

El concepto de eficacia es muy problemático ya que se refiere a la medida en que las acciones humanas cumplen efectivamente las disposiciones normativas correspondientes. Por tanto, supone el acaecer de los hechos físicos mismos que supuestamente no tenían cabida en la Teoría. La pareja de conceptos jurídicos representados como la antítesis validez-eficacia se relacionan de la siguiente manera. Se dice que las normas jurídicas son válidas, (existen legalmente) si han sido legisladas, conforme lo prescribe una norma de tipo superior perteneciente al Sistema Jurídico de que se trate y, si además, son eficaces; es decir, si la conducta humana establecida por aquellas como "deber ser", efectivamente tiene lugar en la manera prescrita. Pero, para determinar en qué medida una cierta norma es eficaz, precisa acudir a conocer y describir las acciones humanas. Pero esto es precisamente lo que de acuerdo con el principio de la dirección metódica es algo que la Jurisprudencia, no podría realizar.

## 8. El Dualismo Interaccionista que Implica la Antítesis Validez-Eficacia

Ahora bien, Kelsen enseña que una norma (o un Sistema Jurídico en su conjunto) es válida o vigente aun cuando no sea completamente eficaz, aun cuando no siempre sea obedecida: "La validità di una norma rimane inalterata se, in un caso concreto, un fatto non corrisponde alla norma. Dato che una norma non è una proposizione relativa alla realtà, nessuna proposizione relativa ad un fatto reale può essere in contraddizione ad una norma" (33).

Por ejemplo, por el hecho de que ocurran numerosos robos en una zona, no significa que no sea vigente, o válida, la norma jurídica que los prohíbe. Sin embargo, el grado de ineficacia o incumplimiento de la norma no puede rebasar un "cierto límite" sin que se rompa, pierda o desaparezca la validez o vigencia de dicha norma. Como se ve, el sentido normativo, el mundo espiritual propio del "deber ser" está representado por la noción de validez (o vigencia), mientras que la eficacia, representa la dimensión física natural, el "ser", pues denota las acciones humanas (hechos físicos) que corresponden a lo prescrito u ordenado por la norma. De manera que "el ser" viene a determinar o condicionar fuertemente la existencia peculiar de la norma como "deber ser", implicando con ello que nada más para el caso de esta antítesis conceptual de validez-eficacia se está asumiendo una Hipótesis Ontológica Dualista de tipo Interaccionista; mientras que, el resto de la teoría, se basa en esta Hipótesis Ontológica Dualista pero de tipo Paralelista.

A riesgo de anticipar conclusiones, se debe conceder que ésta es una inconsistencia de que adolece la TPD, porque no sólo se interconexiona dos elementos que ella había presentado como "incomunicables", sino que, además, se contradice el postulado cognoscitivo según el cual la TPD no tenía la tarea de describir las acciones humanas. En efecto, como advertimos anteriormente, para determinar el grado de eficacia de, por ejemplo, la ley que prohibiera la caza de aves raras en una región, era preciso ir a describir, históricamente, los actos violatorios de dicha norma, lo que, de acuerdo con los supuestos de la TPD, significaría una contradicción ya que a la Ciencia del Derecho no le competía describir hechos físicos. Es decir, en los desarrollos internos de dicha teoría se estableció que las normas, para llegar a existir, tenían que satisfacer una condición espiritual (Validez) y, además, una condición material (Eficacia); mientras que al mismo tiempo se sostenía que entre ambas esferas no era posible ningún tipo de interinfluencia o "causación".

Parecería que estuviéramos de frente a una antítesis absoluta y extrasistemática que Kelsen no alcanzó a convertir en otra de tipo intrasistemática y relativa, conforme a sus propios lineamientos epistemológicos. Se podría constatar, por ejemplo, que la eficacia, sería la noción extraña o exógena, y que la validez sería el concepto endógeno, o específicamente jurídico. Para vencer las "molestias" lógicas procedentes de esta pérdida parcial de la identidad de la dirección metódica, que impiden la congruencia sistemática anhelada por la TPD, creemos que se debería ensayar una solución siguiendo los pasos de Kelsen. Es decir, se tendría que "convertir" a la mencionada antítesis en



una de tipo intrasistemática y relativa. Si más tarde, se encontrara una solución de esta clase, entonces tendríamos un ejemplo de cómo la Filosofía puede aportar "armas" para las luchas que deben enfrentar las disciplinas científicas. Claro que aun está pendiente la tarea que muestre como reconciliar armónicamente los elementos de esta antítesis.

**B) EL CONCEPTO DE NORMA COMO ESQUEMA DE EXPLICITACION  
O LA HIPOTESIS ONTOLOGICA DUALISTA DEL  
"PARALELISMO INDIRECTO"**

**9. ¿Cómo se Entiende la Norma en tanto Objeto de  
Conocimiento de la Jurisprudencia según la TPD?**

Podríamos iniciar el tratamiento de este punto escuchando a Kelsen: "Si se analiza, en efecto, uno cualquiera de los actos que se consideran jurídicos, como pudiera ser una votación parlamentaria, un acto de la administración, la sentencia de un juez, un negocio jurídico o un delito. Cabe distinguir dos elementos: uno es un acto sensiblemente perceptible que ocurre en el tiempo y en el espacio (o bien, una pluralidad de dichos actos); el externo acontecer de acciones humanas. El otro elemento está constituido por la significación jurídica; es decir, la significación que el acontecimiento adquiere por el lado del derecho" (34).

**10. La Norma como Esquema de Explicación**

Pero, ¿cómo es que tal acontecimiento obtiene dicha significación?. Esta última no es una propiedad inherente o natural, sino que le es introducida bajo la categoría de "deber ser". Sin embargo, según nuestra interpretación que expondremos posteriormente, esta categoría sólo simboliza a los dos modos posibles en que se pueda crear toda norma, a saber: como obligación o deber legal; y como derecho, facultad, permiso o autorización.

"Lo que hace de ese acontecimiento un acto conforme al Derecho (o contrario al Derecho) no reside en su facticidad, en su ser natural; es decir, en su ser determinado por leyes causales, encerrado en el sistema de la naturaleza, sino en el sentido objetivo ligado al mismo, la significación con que cuenta. El acontecimiento en cuestión logra su sentido específicamente jurídico, su significación propia en Derecho, a través de una norma que se refiere a él con su contenido, que le otorga significación en Derecho, de suerte que el acto puede ser explicitado según esa norma. La norma funciona como un esquema de explicitación" (35).

Es la norma, por tanto, el criterio que permite contemplar sobre la base de un objeto físico, la peculiar manera en que se manifiesta la unidad del objeto social. Esta es la función constitutiva del objeto jurídico que realiza el concepto de norma ya que, fuera de dicho concepto el objeto no se podría legitimar como social; permaneciendo un mero hecho físico-natural carente de toda "significación" o "sentido". "La TPD como Ciencia Jurídica dirige, como se mostró, su visual a las normas jurídicas; no a hechos reales, es decir, no al querer, o la representación de normas jurídicas, sino a las normas jurídicas como contenidos significativos queridos o representados y capta conceptualmente cualquier hecho sólo en tanto constituya el contenido de normas jurídicas, es decir, en tanto estén determinados por normas de Derecho" (36).

Si se considera a quién va dirigida, enseña Kelsen que con el término norma "se alude a que algo "deba ser" o producirse, especialmente a que un hombre deba comportarse de determinada

manera" (37). Pero si se considera la acción del sujeto que la legisla, entonces: "Norma es el sentido de un acto con el cual se ordena o permite y, en especial, se autoriza un comportamiento" (38). En otras palabras, un proceso físico (que en sí mismo no tiene significación social, puesto que implica un acaecer que ocurre con independencia de la voluntad humana) puede devenir un "hecho social", un elemento espiritual, un valor, gracias a la categoría del "deber ser", que una norma le adjudique o le "proyecte".

"Designaremos con "deber" el sentido normativo de un acto orientado intencionalmente al comportamiento de otro. En el término "deber" está comprendido el "estar permitido" y el "estar facultado". Puesto que una norma puede no sólo mandar algo, sino también permitirlo y, especialmente, autorizarlo" (39).

#### 11. La Tarea del Concepto de Norma, como el Ropaje que Convierte a un Hecho Físico en un Hecho Social

¿Cómo el "deber ser" hace posible el conocimiento social?. Una acción humana cualquiera puede ser interpretada con arreglo a dos puntos de vista diferentes. Por ejemplo, un fusilamiento se puede interpretar como un proceso físico-químico, en el que pueden quedar comprendidos los movimientos de los cuerpos, los proyectiles y sus efectos en el cuerpo humano. Esto sería un sistema de causas y efectos que se pueden proyectar, calcular y predecir. En una palabra, estamos en el dominio de la causalidad natural. Pero, haciendo abstracción de este criterio cognoscitivo, podemos "inyectar" a tal hecho físico, un cierto sentido que nos permita comprenderlo, inteligirlo, como una

cierta significación cuya existencia ha sido decidida legalmente. Por ejemplo, se puede interpretar como la ejecución de una sentencia por parte de un pelotón de fusilamiento. Esta es la interpretación normativa de dicho acto físico.

"Oggetto della scienza giurídica sono le norme giuridiche, mentre il comportamento umano è rilevante solamente nella misura in cui esso è previsto in norme giuridiche come condizione o conseguenza, ovvero, in altri termini, solamente nella misura in cui esso costituisce il contenuto di norme giuridiche" (40).

Es decir, el acto físico natural adquiere una significación que no podría tener fuera de las convenciones humanas, mismo que nos es cotidianamente inteligible gracias a que una norma nos permite identificarlo como un acto jurídico, como una orden legalmente dictada y que ha sido obedecida por un pelotón de soldados. Si no se correlaciona la norma jurídica con el acto físico, éste último no tendría la significación que nos permite comprenderlo; esto es, concebirlo como la realización de un "deber ser", de una ley jurídica. "Poiché la scienza giurídica prende in esame il comportamento umano nella misura in cui esso costituisce il contenuto di norme giuridiche, essa costituisce un'interpretazione normativa di questi fatti" (41).

Normalmente estamos tan familiarizados con la comprensión de los procesos o hechos físicos, que corresponden a las acciones humanas, en términos de sentidos o significaciones sociales, que no siempre somos conscientes de este carácter bajo el que

los primeros son interpretados. La TPD mantiene que es la significación jurídica, el sentido o la función de la norma, lo que nos permite inteligirlos como una realidad social; como si esta significación normativa fuese un vestido que cubriese la "desnudez" de tales hechos físicos que, por sí mismos, carecen de significación social.

"El dualismo entre la Naturaleza, como un orden causal, y Sociedad, como un orden normativo, el dualismo de dos métodos diferentes que relacionan los hechos dados es totalmente ajeno a la conciencia primitiva. El hecho de que semejante dualismo aparezca en el pensamiento del hombre civilizado, es el resultado de una evolución espiritual durante la cual se logró una distinción entre los seres humanos y los seres de otra especie, entre los hombres y las cosas, o entre las personas y las cosas -distinción desconocida por los primitivos- y en que la explicación causal de las relaciones entre las cosas se liberó de la interpretación normativa de las relaciones entre hombres. La ciencia moderna de la Naturaleza es el resultado de una emancipación de la interpretación social de la Naturaleza, es decir, de una emancipación del animismo" (42).

#### 12. Ejemplo de Cómo la Norma Permite Conocer las Acciones Humanas, Sólo de Manera Indirecta

Veamos un ejemplo para distinguir aquella parte de los actos o hechos físicos comúnmente considerados como acciones humanas, que son "indirectamente" objeto de conocimiento de la Jurisprudencia. Supongamos que se prohíbe la producción y venta de un cierto compuesto químico, por considerarlo materia prima

para la producción de armas bioquímicas. Supongamos también que un periodista acompaña a un químico y a un inspector, encargados de clausurar el laboratorio en donde se produce tal material prohibido, al que denominaremos Z. En presencia de las, digamos, 16 etapas en que químicamente se obtiene Z (un líquido verde de aspecto brillante e inofensivo) el periodista, por el momento, no comprende nada. Sólo observa una serie de reacciones químicas. Para él éstas así como el resultado, el líquido verde, representan una incógnita que intenta resolver preguntándoles a los dos inspectores. El científico le escribe una larga cadena de fórmulas químicas, acompañada de cálculos matemáticos, mediante los cuales le explica los componentes, las reacciones y el tiempo que supone la generación de cada m<sup>3</sup> del líquido Z. En resumen, un sistema de reacciones químicas, sujetas a leyes conocidas, pero independientes de la voluntad humana. El periodista agradecería la erudita explicación, con una expresión que parecería indicar que seguía sin entender. Entonces, el otro inspector, un licenciado en Derecho, le explicaría que se estaba en presencia de un acto "antijurídico", que la compañía bajo acusa había violado con su "conducta" una ley o norma jurídica, legislada por el Gobierno hacia dos años. Que, en consecuencia, la empresa y todas sus instalaciones, conforme la ley lo indicaba, "debería ser" clausurada por un año y pagar una multa por una cantidad X.

¿Cómo fue que el jurista ofreció una explicación diferente y opuesta a la del químico? Porque el jurista conocía una norma positiva, es decir legalmente válida, que decía: Si una empresa llegara a producir tal líquido Z, entonces la misma "debería ser" clausurada por un año y pagar una multa por x cantidad de

dinero. Con la norma tomada como Esquema de Interpretación, o de explicitación, aquel proceso físico-químico (ininteligible para el periodista, pero determinable conforme a las leyes físico-causales por el químico, como un mero proceso natural) asume una significación o un sentido que, cuando mencionado, tornaría el semblante del periodista en una sonrisa que indicaría el placer de haber, finalmente, captado el sentido; a pesar de no conocer suficientemente las ecuaciones que representan al proceso físico-químico implicado. En efecto, la existencia del "proceso productivo" de la sustancia Z representaría una conducta antijurídica, prohibida por la norma, como la condición para que se aplicaran las sanciones mencionadas.

Pudiera darse el caso que existiese un proceso similar en una caverna cercana (sin los aparatos y bienes industriales utilizados), en donde las reacciones ocurriesen de una manera "natural" sin que ningún hombre las hubiese diseñado. Ahora, uno se preguntaría: ¿Se le debería imputar una conducta antijurídica o violatoria de la norma al propietario de la tierra en donde se ubicaba la caverna ?.

La respuesta sería en el caso de las reacciones químicas que ocurren dentro de la caverna, en donde ningún hombre ha deliberadamente planeado y ejecutado la reacción del proceso, no encontramos un hecho social, ahí no ha ocurrido el incumplimiento de una orden legalmente establecida. Ahí nos encontramos con un mero proceso físico-químico sujeto a la ley de la causalidad, que ocurre independientemente de los propósitos humanos; en donde las autoridades competentes no han



proyectado el sentido, la significación jurídica, que convertiría a dicho proceso físico en un significado, en un cierto sentido social. Ahí tendríamos un hecho físico-causal "desprovisto" de todo ropaje jurídico "o social". Para que se convirtiera en un "hecho social", en un acto humano, se requeriría que las autoridades jurídicas de la comunidad, le diesen el "vestido" jurídico de la norma, la que lo convertiría en un "deber ser". Es decir, para que los hechos físicos o procesos materiales que corresponden a las conductas sociales, jurídicamente hablando, puedan ser concebidos como existentes, en un cierto lugar y tiempo, deben ser constituidos como tales por una decisión, ley o norma jurídica positiva.

"Segun las concepciones usuales, la libertad, por lo general, es entendida como lo contrario de la determinación causal. Libre es lo que no está sujeto a la ley de causalidad. Es corriente decir que porque el hombre es libre, o porque tiene una voluntad libre -lo que, según la concepción usual, significa que no está sujeto en su conducta a la ley causal que la determina, en cuanto su voluntad puede ser causa de efectos, pero no el efecto de causas-, es responsable, es decir, es susceptible de una imputación moral o jurídica. Sólo porque el hombre es libre puede hacerse responsable de su conducta; puede ser premiado por sus servicios; puede esperarse que haga penitencia por sus pecados; puede castigarse por sus delitos" (43).

Cuando un órgano jurídico convierte a un cierto proceso físico P, en una condición para que 'deba ocurrir' un otro acto físico Q, en ese momento la voluntad viste de un ropaje jurídico a

esos dos hechos convirtiéndolos en objetos sociales, en significaciones propias, mismos que se pueden representar como: si P, entonces "debe ser" Q. "En la descripción de un orden normativo de la interacción humana se utiliza un principio ordenador diferente de la causalidad, que pueda ser denominado principio de imputación" (44). Fuera de esta conexión convencionalmente decidida por el legislador, no existen actos o conductas sociales, sino tan sólo procesos físico-materiales.

"El enunciado jurídico no dice, como la ley natural, que si se produce el hecho A, entonces aparece el hecho B, sino que si se produce el hecho A, el hecho B es debido, aunque quizás B no se produzca en la realidad. El significado de la relación de los elementos en el enunciado jurídico es diferente del enlace de los elementos en la ley natural, se debe a que el enlace que se expresa en el enunciado jurídico ha sido establecido por la autoridad jurídica, es decir, por una norma instaurada mediante un acto de voluntad, mientras que la conexión entre la causa y el efecto que se enuncia en la ley natural, es independiente de toda intervención semejante" (45).

Si, siguiendo con el ejemplo, supusieramos que la autoridad de la región legislara la siguiente norma: "Todos los propietarios de tierras en que se encuentren cavernas donde se "produce" naturalmente la sustancia Z deben proceder a la destrucción de dichos módulos, en el plazo de doce meses, corriendo el costo de las operaciones por parte del Estado o, en su defecto, sus tierras deberán ser expropiadas, así como pagar una multa por x cantidad de dinero", entonces con ello sería fácil contemplar como dicha norma tendría la función de interpretar al "ser",

los procesos físicos del líquido Z, como "deber ser", estableciendo, de manera indirecta, un paralelismo entre ambos.

Este ejemplo nos muestra cómo una decisión jurídica normativa determina la existencia de conductas consideradas como objetos sociales, en oposición al mero hecho material o proceso físico al que revisten de significación social. Por esta razón, ahí donde tienen lugar meros hechos físico-químicos, los podemos contemplar "como si fueran" significados jurídico-sociales. No necesariamente todo proceso físico causal aparece revestido por un ropaje jurídico o social. Ello es una facultad de la decisión jurídico-normativa. En resumen, el "sentido" o "significado" jurídico, es ese cierto aspecto que permite inteligir un hecho físico como si fuese un hecho social. Esto es, un acto jurídico, es el sentido de "deber ser" que le es atribuido a un acto físico o proceso natural: el que una cierta acción humana aparezca como debida o como facultada (permitida o autorizada), en el seno de una comunidad.

### CAPITULO III

#### NOTAS BIBLIOGRAFICAS

- (1) PRIEST, Stephen. Theories of Mind. Penguin Books, London, 1991, 233 pp.
- (2) Ibidem, pag. 1-2.
- (3) PRIEST, Stephen. The British Empiricists. Penguin Books, London, 1990, 303 pp. Pag. 73.
- (4) "Descartes thinks there are two and only two sorts of substance: mental and physical. A mind or soul is a mental substance because it has its various thoughts and properties or characteristics. It is not identical with those thoughts or properties or characteristics. It is not identical with those thoughts, it is what has them". PRIEST, Stephen, Theories, op cit. pag. 22.
- (5) De acuerdo con Descartes: "God is the only substance in the sense of that which depends on nothing else for its own existence. Minds and physical objects depend on God for their existence because God created them all and God could, in principle, annihilate them all. So minds and physical objects are substances in the sense that they depend upon nothing for their existence except God". Ibidem.
- (6) Ibidem, pag. 27.
- (7) Ibidem, pag. 32.
- (8) Ibidem.
- (9) Ibidem, pag. 3.
- (10) Ibidem, pag. 1-2.
- (11) Ibidem, pag. 4.
- (12) Ibidem, pag. 5.
- (13) "The difference between Malebranche's parallelism and Leibniz' is this: Leibniz thinks that God initiates the two causal chains but does not subsequently intervene; Malebranche thinks that God both initiates the two causal chains and intervenes as the real cause of every effect. The events which appear to us humans as genuine causes are only apparent causes or the 'occasions' for the divine intervention. Hence Malebranche may be thought of as trying to solve a problem bequeathed by Descartes: suppose dualism is true, how the mental and physical substance interact causally? Their solution is that they do not interact at all". Ibidem, pag. 5-6.
- (14) Ibidem, pag. 5.
- (15) Ibidem, pag. 7.

(16) Ibidem, pag. 5.

(17) PRIEST, Stephen, The British..., op cit, pag. 105.

(18) Cfr. ANTHOLOGIES AND GENERAL WORKS: Ned Block (ed.) Readings in Philosophy of Psychology. (London, 1990). 2 Vols.;

Paul Fereyabon and G. Maxwell (eds.) Mind, Matter and Method (Minneapolis, 1966);

Anthony Flew (ed.) Body, Mind and Death (London, 1977);

Douglas R. Hofstadter and Daniel C. Dennett (eds.) The Mind's I; Fantasies and Reflections on Self and Soul (Sussex, 1981);

S. Hook (ed.) Dimensions of Mind (New York, 1960);

Collin McGinn. The Character of Mind (Oxford, 1982);

Hilary Putnam (ed.) Mind, Language and Reality: Philosophical Papers Vol II (Cambridge, 1960);

Jenny Teichman. Philosophy and the Mind (Oxford, 1988);

G. N. Vesey (ed.) Body and Mind (London, 1970).

(19) Citado en LOSANO, Mario G., Forma e Realtà, op cit, pag. 65; Kelsen, Hans. Hauptprobleme... (1911) op cit, pag. V.

(20) KELSEN, Hans, TPD, op cit., pag. 100.

(21) KELSEN, Hans, Compendio... op cit., pag. 121-122.

(22) AGAZZI, E. Philosophie, Science, Métaphisique, op cit, pag. 3

(23) Ibidem, pag. 4.

(24) Ibidem, pag. 9.

(25) Ibidem, pag. 11.

(26) LOSANO, Mario G., Forma... op cit, pag. 110-111.

(27) KELSEN, Hans, Teoria Generale..., op cit, pag. 46.

(28) KELSEN, Hans, TGE, op cit, pag. 17-18.

(29) KELSEN, Hans, La Giurisprudenza come Scienza dello Spirito, Edizioni Scientifiche Italiane, a cura di Agostino Carrino, Roma, 1988, 266 pp. Pag. 79, tomado de: Rickert, H. Grenzen der naturwissenschaftliche Begriffsbildung, 1915; Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft, 1915 (trad. it. di A. Signore, Ravenna, Lungo, 1979), pag. 15.

(30) Ibidem, pag. 19-20.

(31) KELSEN, Hans, TPD, op cit, pag. 112.

(32) Ibidem, Pag. 24.

- (33) KELSEN, Hans. Teoria Generale...., op cit, pag. 46.
- (34) KELSEN, Hans. TPQ, op cit, pag. 16.
- (35) Ibidem, pag. 17.
- (36) Ibidem, pag. 118.
- (37) Ibidem, pag. 18.
- (38) Ibidem, pag. 19.
- (39) Ibidem.
- (40) KELSEN, Hans. Dottrina Pura...., op cit, pag. 86.
- (41) Ibidem, pag. 87.
- (42) KELSEN, Hans. TPD, op cit, pag. 98.
- (43) Ibidem, pag. 107.
- (44) Ibidem, pag. 90.
- (45) Ibidem, pag. 91.

## SEGUNDA PARTE

### LA TEORIA DEL CONOCIMIENTO (EPISTEMOLOGIA) Y LA TPD

#### CAPITULO IV

#### ¿ES QUE Kelsen FORMULA SU TEORÍA CONFORME EL SENTIDO PURO CARACTERÍSTICO DEL CRITICISMO TRASCENDENTAL?

#### A) LA POSTURA EPISTEMOLOGICA ASUMIDA POR UNA TEORIA CIENTIFICA NO ES FUNDAMENTO SUFICIENTE Y NECESARIO PARA PROBAR QUE ES VERDADERA

##### 1. Avance Introdutorio acerca de las Lecturas Idealista y Empirista de la TPD

En contraste con las obras de Kelsen pertenecientes al período europeo, en las que se escuchan resonancias de tipo idealista, en las obras del período americano predomina una marcada tendencia empirista. Por ejemplo, en el Prefacio de la Teoría General del Derecho y del Estado, versión en inglés, Kelsen declara que el oficio concreto de su teoría es:

"To attain a scientific exposition of those particular legal orders constituting the corresponding legal communities" (1).

Afirma que su teoría, y aquí presenta el procedimiento empírico-inductivo, resulta: "from a comparative analysis of the different positive legal orders" y que "furnishes the fundamental concepts by which the positive law of a definitive legal community can be described" (2).

Lo que Kelsen manifiesta aquí son dos momentos de la actividad cognoscitiva. En el primero se obtienen los conceptos que

constituirán la teoría; en el segundo, se aplican a la descripción de la realidad normativa. El hecho de que tales conceptos se extraigan de los órdenes jurídicos mismos -"Such a theory has to derive its concepts exclusively from the contents of positive legal norms" (3)-, y no sean presentados como "productos" de la razón, revela el carácter empirista de la TPD. En oposición a quienes influenciados por las obras del período europeo de Kelsen, entre otros Renato Treves (4), opinan que la Epistemología de Herman Cohen es el fundamento filosófico de la TPD.

El hecho de que Kelsen denomine pura a su teoría no significa que esté necesariamente fundada en la teoría del conocimiento idealista neokantiana, representada por la Lógica del Conocimiento Puro de Herman Cohen quien, de acuerdo con Treves: "cerca di attribuire alle forme pure dell'intelletto, non già il semplice carattere di universale logico e di condizioni formale a priori della conoscenza, ma bensì quello di principio ontologico, di categoria produttrice della realtà" (5). Si bien Kelsen parecería haber simpatizado con esta corriente filosófica, también se debió haber dado cuenta de que el apriorismo lógico de esta escuela implicaba una estrecha conexión con el apriorismo jurídico kantiano, según el cual el "deber ser" tenía su base en la razón, concepción opuesta al positivismo jurídico que Kelsen siempre profesó. "El Derecho, como ciencia sistemática, se divide en derecho natural, que se funda en principios puramente a priori, y en derecho positivo (reglamentario), que tiene por principio la voluntad del legislador" (6).



"Soltanto una legge formale, cioè tale che non prescriba alla ragione niente altro che la forma della sua legislazione universale come condizione suprema delle massime, può essere a priori un motivo determinante della ragione pratica" (7). "La legge morale è data, per così dire, come un fatto della ragion pura, del quale noi siamo consci a priori, e che è apoditticamente certo" (8).

El Empirismo de la TPD està específicamente afirmado, en cuanto que Kelsen insistió que cada concepto de la Ciencia Jurídica, a la que su teoría pretendía representar, se debería legitimar sobre la base exclusiva de contenidos jurídicamente positivos y no sobre deseos, nociones lógicas o creencias de autoridades o individuos en general:

"What cannot be found in the contents of positive legal knowledge cannot enter a legal concept" (9).

En efecto, sus conceptos o términos siempre de origen empírico, serían considerados puros sólo y en tanto se justificasen en una imagen sensible, la que a su turno se podía verificar que provenía de algún tipo de "realidad jurídica" positivamente legislada.

No causaría dificultad comprender que Kelsen se hubiese inclinado hacia el Empirismo, debido a que el apriorismo jurídico kantiano (que como se expresa en la Crítica de la Razón Práctica, pudo aparecer como una justificación ideológica de una actitud jusnaturalista), había parcialmente minado su confianza en el apriorismo cognoscitivo de la Crítica de la

Razòn Pura. "Accadde così che Kant, la cui filosofia trascendentale eccellentemente destinata a provvedere il fundamento di una dottrina giuridica e politica positivista, rimase, come filosofo del diritto, nel solco della dottrina giusnaturalistica. La sua metafisica dei costumi può anzi esser considerata come la più perfetta espressione della dottrina classica del diritto naturale, così come si era sviluppata nei secoli XVII e XVIII" (10).

El hecho de que los conceptos de la TPD se hayan formulado con base en la experiencia no les niega su carácter de puros, ya que Kelsen define como tales a aquéllos que son exclusivamente jurídicos, sin connotar para nada el sentido apriorístico que Kant adjudicò al concepto de puro y que fue mantenido por el neokantismo. La TPD, perfilada desde sus inicios como una instancia que quería conocer la realidad "jurídica", tal como ésta era, no se podía someter a la camisa de fuerza que representaba el apriorismo jurídico kantiano. Este sostenía que el "deber ser" era una idea de la razón (un derecho que existía "por sí" y "en sí", con independencia de las decisiones positivas) y no una norma contingentemente puesta en existencia por actos de voluntad. "La notion d'imputation a le même caractère logique que celle de causalité. Kant a démontré que la causalité n'est pas une idée transcendante, donc métaphysique, un principe gnoséologique permettant de comprendre la réalité naturelle. En revanche il considère que le devoir est une idée morale et non une catégorie de la logique. Si donc il a écarté la métaphysique dans sa philosophie de la nature, il l'a maintenue dans sa philosophie

du droit, qui s'inspire de la doctrine traditionnelle du droit naturel" (11).

En todo caso el lenguaje de Kelsen ofrece una imagen "epistemològicamente" neutral, ya que se cuida bien de no subordinar el valor de su trabajo científico, a la oscilante reputación de las corrientes filosóficas. Es razonable proponer que se debería criticar a su sistema teórico en relación a sus mèritos endògenos y no en cuanto a la posible "técnica epistemològica", que se le quiera adjudicar. Mas aun, se podría conceder que el empirismo que "transpira" su trabajo no es el abandono de una posición filosòfica apriorista a cambio de una empirista, sino la mera coincidencia entre la función básica de su teoría y la práctica dominante del científico de la naturaleza, si bien se admita que existe una diferencia radical entre ambos enfoques.

Creemos que la corriente epistemològica asumida por una teoría o doctrina científica, no se puede considerar un fundamento válido para legitimar su supuesto carácter verdadero, sino que tal legitimación sólo se puede efectuar a través de sus resultados o rendimientos concretamente dables. El valor de una teoría científica se debe hacer descansar en ella misma y no en la concepción de lo que, en un momento dado, de modo dominante se considere lo que sea el conocimiento. La razón es que existiendo diversas doctrinas o corrientes filosóficas, éstas presentan diversas concepciones del conocimiento cuya naturaleza controvertible sería también transmitida indirectamente a las posibles teorías científicas que se ubicasen dentro de ellas, respectivamente. Esto propiciaría que

el concepto de conocimiento, por definición una noción extraña o exògena a la TPD, se convirtiera de hecho en un juez apto para determinar la eficacia explicativa de dicha teoria; lo que vendria a significar que se haria depender su autonomia, el derecho lògico de defenderse a si misma mediante la correlaciòn de sus propòsitos y resultados, de las cambiantes y diversas concepciones que del conocimiento vayan surgiendo en otros foros.

Mientras sea discutible la naturaleza y origen del conocimiento en general, mientras no sea jable un consenso razonable en esta materia, no se puede hacer depender del concepto accidental de conocimiento (sostenido por alguna de las doctrinas epistemològicas conocidas), el grado de verdad, o valor científico, que caracterice en general a cualesquier teoria científica y, en particular, a la TPD.

La razòn principal es que la corriente epistemològica que se eligiera podria resultar, màs tarde o màs temprano, errada o superada, arrastrando con ella consecuentemente, o al menos afectando decisivamente la credibilidad de las teorias científicas que supuestamente se hubieran formulado, de manera explícita o implícita, con base en ella. Por lo mismo, cada teoria científica, en principio, se puede interpretar conforme a las diversas teorias epistemològicas conocidas, sin que ello represente un compromiso en cuanto a su fundamentaciòn.

## 2. La TPD es Compatible en Principio con las Doctrinas Epistemológicas "más Destacadas" en la Historia de la Filosofía

Intentaremos mostrar cómo la idea que Kelsen ofrece acerca del "origen" de los conceptos que conforman su teoría, a la que hemos descrito por tal razón como empirista, en principio también sería teóricamente compatible con otras posturas epistemológicas, tales como el Idealismo platónico, Realismo aristotélico-tomista, Criticismo kantiano y el Empirismo en general. En cuanto al Neokantismo alemán de la Escuela Filosófica de Marburgo, lo discutimos con profundidad en la siguiente sección.

### 2.1 La Teoría del Conocimiento de Platón

De acuerdo con Platón, el conocimiento era un proceso de remembranza de las ideas con que todo ser humano nacia. Las "imágenes racionales" de todos los objetos sensibles eran seres inmutables y eternos, que representaban el "origen" de cuanto nos es dado:

"L'idealismo di Platone potrebbe essere chiamato idealismo trascendente, o della trascendenza, poiché per l'autore del Fedro le idee, o anche i tipi ideali rappresentano la realtà vera, della quale sarebbero mere copie imperfette le realtà sensibili, valide non in se stesse, ma in quanto partecipano dell'essere essenziale. Per avere trasformato le idee in "realtà ultime" alcuni sostengono che la dottrina platonica potrebbe essere vista anche come una forma di realismo, riservando l'espressione idealismo per designare

quella speciale filosofia e concezione del mondo che ha inizio con Descartes" (12).

Estas ideas nos permitian identificar sus objetos correspondientes y en ello consistia la aplicaci3n del conocimiento. Sin embargo, habia que hacer un esfuerzo interno para "recordar" dichas ideas (imágenes). Se supone que las hablamos adquirido por nuestro espíritu, al contemplarlas, en una esfera trascendente, antes de venir a ocupar nuestro cuerpo. De manera que al querer conocer una cosa, bastaba con hacer el esfuerzo de remembranza para encontrar la idea correspondiente a la cual se adecuaba.

"Il nucleo centrale della filosofia di Platone è costituito dalla contrapposizione tra il mondo trascendente delle idee e il mondo empirico dei sensi. Una differenza sostanziale tra questi due mondi è data dal fatto che le idee permangono invariabilmente costanti mentre le cose soggette alla percezione sensoriale si trovano in continuo mutamento. Quindi soltanto alle idee spetta una vera esistenza e pertanto, stando alla correlazione che Platone stabilisce tra essere e conoscere, solo le idee sono veramente conoscibili. 'Come potrebbe avere una certa esistenza ciò che non presenta mai un uguale comportamento?', si legge nel dialogo Cratilo (439-40 [\*]). 'Non potrebbe essere riconosciuto ciò che non è mai allo stesso modo', se proprio esiste una conoscenza può trattarsi soltanto della conoscenza delle idee" (13).

Así, el conocimiento consistia en esta pluralidad de ideas que existian por sí mismas; el hombre no las creaba, sólo las

recordaba. Conocer era recordar la idea del objeto sensible. Este existía de manera "secundaria", sujeto al cambio y a las apariencias de las que no se podía extraer algo permanente y estable. Por este motivo, no se consideró que la experiencia pudiera proporcionar "auténtico" conocimiento.

El ideal del conocimiento platónico, consistía en la visión de lo inmutable, lo eterno y, por consecuencia, ello sólo se podía encontrar dentro de nosotros mismos; inquiriendo metódicamente en el mundo de nuestras ideas, despreciando lo sensible que era un "subproducto" de aquéllas y, además, debido a su cambio constante no ofrecía la imagen de lo universal, de lo necesario. El conocimiento geométrico representaba este modelo de conocimiento: la sola razón, con independencia de las impresiones sensibles, mediante pasos cuidadosos, podía obtener la contemplación de lo inmutable.

"Platone si servì del termine idea in un modo, onde si vede bene che egli ha inteso esprimere con esso un qualcosa che non soltanto è mai derivato dai sensi, ma che oltrepassa di molto persino i concetti dell' intelletto (di cui si occupò Aristotele), in quanto nell'esperienza non si ritrova mai alcunché che vi sia adeguato. Per lui, le idee sono archetipi delle cose stesse, e non semplicemente, come le categorie, chiavi per accedere ad esperienze possibili" (14).

Si bien esta teoría platónica del conocimiento como reminiscencia, parecía adecuada para explicar el trabajo de geómetras y matemáticos, poseía en cambio una notable desventaja: frenaba el avance en la obtención de nuevos

conocimientos. Como supuestamente el conocimiento, representado por las ideas, existía por sí mismo desde siempre, entonces el hombre que deseaba conocer nuevas cosas, sólo debía recordar, inspeccionar dentro de sí; sin necesidad de ir a observar, a medir, a experimentar. En una palabra, sin participar activamente en su "generación". En realidad, Platón explotaba la función de la imaginación. Pero ésta tenía límites y era prácticamente imposible que ofreciera imágenes similares a las que en ciertos casos, sólo acudiendo a medir -como Galileo demostró- o a efectuar el experimento, se podría haber obtenido.

"Une approche non-philosophique doit être caractérisée par un renoncement à la prétention de connaître l'essence, les causes et les principes premiers. Sur ce dernier point on peut ajouter que l'esprit de l'époque s'opposait déjà au mode de pensée à-prioriste et deductif et pratiquement chaque oeuvre de Galilée (mais de bien d'autres auteurs également) exprime une révolte contre l'adoption de principes ou de doctrines à-prioriques admis comme les instruments adéquats d'explication des phénomènes naturels" (15). Esta fue el error de Platón: asumir que las "imágenes" que en los hechos sólo se pueden "producir" mediante ciertas acciones humanas, algunas veces denominadas actos de experimentación, estaban ya hechas, listas en nuestra mente, aguardando a ser llamadas.

## 2.2 La Teoría del Conocimiento Aristotélico-Tomista

En realidad, la tesis contraria era la correcta, y ello lo vio Aristóteles. En primer lugar, dichas ideas ("imágenes" de los



objetos y sus cualidades) no existían en alguna dimensión extrasensible. Estas no venían con nosotros al nacer: no habían ideas innatas. Si alguien quiere conocer algo, obtener conocimientos, deberá ir a "generarlos", a "producirlos": no suponer que existen en su mente, ya listos y acabados, sino tener en cuenta que los debe "producir", en el sentido de ir a la experiencia para su obtención. Esto es sin duda uno de los más importantes aportes del Estagirita, el cual fue desarrollado por Santo Tomás quien le atribuyó al intelecto humano no una tarea de mero "recordar" ideas, sino, más bien, de "producirlas".

"For Aquinas, the intellect was not one faculty but two, or rather a single faculty with two powers: the agent intellect (intellectus agens) and the receptive intellect (intellectus possibilis). It was the agent intellect which was the human capacity to abstract universal ideas from particular sense-experience; it was the receptive intellect which was the storehouse of those ideas once abstracted" (16).

Era inútil buscar las ideas dentro de nosotros mismos porque como originalmente éstas no existían en la esfera trascendente, tampoco podían existir en nuestro espíritu, diría Aristóteles. Debemos ir a las cosas, las sustancias individuales, ya que las ideas sólo existen en tanto forman parte de cada cosa, de cada tipo de objeto empírico. Observemos varios ejemplares de una misma clase de animal, y si obtenemos una imagen repetida que nos entrega el mismo número de partes esenciales que determinan su naturaleza y modo específico de ser, entonces ahora podemos generalizar.

"The form exists individualized and materialised, in the real horse; it exists, universal and immaterial, in my mind; in the one case it has esse naturale, existence in nature; in the other case esse intentionale, existence in the mind" (17). "A sensory form exists in one manner in the thing which is outside the soul, and in another manner in the sense itself, which receives the form of sensible objects without their matter -the color of gold, for instance, without gold- (SI 84 1)" (18). "One and the same soul...has a power called the agent intellect, which is a power to make other things actually immaterial by abstracting from the conditions of individual matter, and another power to receive ideas of this kind, which is called the receptive intellect as having the power to receive such ideas (SI 79- 4 ad 4)" (19).

Por ejemplo, todos los cocodrilos tienen cola. La cola del cocodrilo es una de sus partes esenciales. La hemos obtenido por una imagen sensible. Pero, ahora, quitémosle los contenidos accidentales como son su tamaño, peso, color, etc. y formemos una "imagen" abstracta del mismo. Con ésta siempre se podrá reconocer la impresión sensible de posibles o futuros cocodrilos. Esta "imagen abstracta" es la idea o el concepto. Este es "fabricado", en general, por aquéllos que por primera vez efectúan este proceso de generalización, que culmina con la selección del nombre correspondiente, la palabra que simbolizará al concepto. Así, los significados de todos los términos, de acuerdo a la postura aristotélico-tomista, son las ideas abstractas o conceptos. Esta concepción representa una

participación más activa del hombre en cuanto al "origen" del conocimiento, en relación a la teoría idealista de Platón.

"Plato thought that the forms of natural things existed apart without matter and were therefore thinkable: because what makes something actually thinkable is its being non-material. This he called species or ideas. Corporeal matter, he thought, takes the forms it does by sharing in these, so that individuals by this sharing belong in the natural kinds and types; and it is by sharing in them that our understanding takes the forms it does of knowledge of the different kinds and types. But Aristotle did not think that the forms of natural things existed independently of matter, and forms existing in matter are not actually thinkable. Nothing passes from potentiality to actuality except by something already actual, a sense-perception is actuated by something which is actually perceptible. So it was necessary to postulate a power belonging to the intellect to make actually thinkable objects by abstracting ideas (species) from their material conditions. That is why we need to postulate an agent intellect (S I 79 3)" (20).

La teoría del conocimiento aristotélico-tomista se denomina Realismo Filosófico, para indicar que el conocimiento tiene una realidad concreta, que nos es inmediata en virtud de que cada sustancia real está formada por dos elementos: uno material y el otro racional, éste último sería el equivalente a la idea platónica y es llamado forma sustancial. Entonces, conocer es generar una idea abstracta lo más aproximada posible a la que existe en el objeto. Es decir, hay que adecuarla mediante

afinaciones sucesivas. Podemos aquí también señalar dos momentos que corresponden a la generación de la idea y a la aplicación de ésta, para conocer e identificar mediante la primera a los objetos individuales que se le asemejen. Esta sería la versión "primitiva" de lo que hoy designamos como construcción y aplicación de una teoría.

En un cierto modo, se puede considerar que Aristóteles es uno de los fundadores del Empirismo. "Empiricism is the doctrine that all knowledge is acquired through experience. Innate knowledge is knowledge we are born with and so did not acquire through experience. It follows that Empiricism logically implies that no knowledge is innate" (21).

Hasta qué punto lo aplicó consistentemente en su copiosa producción, eso ya es otro asunto. Esto podría resultar paradójico, ya que son precisamente autores de corte empirista los que más lo han criticado. Al mismo tiempo se puede pensar que si Aristóteles "depositó" las ideas, (sacándolas de la esfera trascendente donde Platón las había colocado), en los objetos individuales mismos, de acuerdo a su teoría metafísica, entonces para él, el conocimiento de hecho ya existía supuesto que sólo se necesitaba reflejarlo adecuadamente; tal como si fuese un fruto salvaje, que la naturaleza brindaba y sólo se requeriría el simple hecho de tomarlo. En efecto, esta interpretación es la dominante, ya que es sólo hasta la llegada de Kant que se comienza a considerar que el conocimiento se "produce", en vez de reflejarlo, mediante un cierto tipo de acción o conducta humana (22).

Pero se pueden señalar tres momentos de la "Teoría del Reflejo", que fundada por Aristóteles y perfeccionada por Santo Tomás de Aquino, son ya parte de un proceso legítimo de "generación" social del conocimiento, al menos en cuanto a su "distribución" y "uso" se refiere.

"The second part of the Summa is Aquinas's greatest work. Its foundation and its structure are Aristotelian, and many individual sections are heavily dependent on earlier Christian thinkers: but considered as a whole it is -even from a purely philosophical viewpoint- a great advance from Aristotle. It is unsurpassed by any other Christian writer and it retains a great deal of its interest and validity for those who lived in a secular, post-Christian age" (23).

### 2.3 Los Tres Momentos Principales del Conocimiento en la Posición Aristotélico-Tomista.

El primer momento consiste en efectuar la sensación de la cosa individual, sustancia real, obteniendo así una imagen de la misma. Por ejemplo, un árbol. La forma sustancial del árbol sería aquel conjunto de características que lo hacen ser "lo que es" independientemente de otras características accidentales. Esta forma o esencia, que correspondería a la idea platónica del árbol, se dice que existe en éste. Por tanto, el conocimiento ya existe; todo lo que resta al hombre es sólo "reflejarlo", captar dicha forma sustancial. En el segundo momento, por abstracción se suprimen de dicha imagen las propiedades no esenciales, como pueden ser la altura, grosor, forma de las ramas y hojas, para dejar sólo las partes que definen a todo árbol: su forma sustancial o esencia.

"Sense-perception and intellectual thought, as we have said, are both, for Aquinas, matters of the reception of forms in a more or less immaterial manner in the mind. In both perceptions and thoughts a form exists, as Aquinas puts it 'intentionally'. When I see the redness of the setting sun, redness exists intentionally in my vision; when I think of the roundness of the earth, roundness exists in my intellect" (24).

En este momento parecería que se "crea" (no obstante que no siempre se reconozca) una idea abstracta, un concepto, ya que antes de dicho acto de abstracción, tal concepto no existía en la mente de ninguna persona, y por tanto no se podía transmitir culturalmente a otras, como ocurre normalmente. Esta resultará verdadero en la medida que se adecue fielmente a la forma sustancial de la cosa, en la medida que la refleje plenamente. Y si bien se asume que la forma sustancial existe "en sí" y "por sí", no obstante, reiteramos, sin el "esfuerzo intelectual" el concepto no hubiera sido puesto en existencia una primera ocasión, ni se hubiese difundido sucesivamente. Es decir, la "técnica intelectual", o el procedimiento (o como se desee llamarlo) que permite a un primer sujeto formular el concepto de árbol (aun cuando se suponga que sólo refleja una forma sustancial, el auténtico conocimiento existiendo "en sí" y "por sí") es ya una manera de "producir" dicho conocimiento.

"Two types of activity occur in the sensory part of the soul. One is simply a modification (immutatio): operation of the sense-faculty is brought completion by the modification affected by the perceptible object. The other is a creative activity, whereby the imagination forms for itself an

image (idolum) of something absent, or something perhaps never seen. In the intellect these two types of activity are combined. First there can be observed the modification of the receptive intellect when it is informed by an intellectual idea. Thus informed, it proceeds to form a definition or a negative or affirmative proposition expressed by an utterance. A concept expressible by a name is a definition; a sentence is what expresses the compositio and divisio of the intellect" (25).

En el tercer momento, el sujeto en posesión de dicha idea abstracta o concepto, lo puede utilizar para identificar futuros ejemplares pertenecientes a la misma especie; o a otras especies similares que podrán ser identificadas como individuos de dicho concepto o género. Es esta idea abstracta la que se designa con la palabra árbol, o lo que constituye su significado.

El Realismo Epistemológico descrito puede servir para interpretar la tarea cognoscitiva de la TFD. Se puede asumir que Kelsen, mediante actos de sensación empírica, percibió imágenes provenientes de los órdenes jurídicos positivos, en las que se encontraba la forma sustancial del Derecho o, lo que es lo mismo, la esencia del Derecho. De ahí, como él mismo declara, debió haber obtenido por abstracción los conceptos jurídicos que constituirían su teoría y que servirían para conocer y describir mediante juicios los órdenes jurídicos positivamente dados.

"There are, as Aristotle says in De anima, two kinds of activity of our intellect. One consists in forming simple essences of things, such as what a man is, or what an animal is: in this activity considered in itself, neither truth nor falsehood is to be found any more than in none complex utterances. The other consists in putting together and taking apart, by affirming and denying: in this truth and falsehood is to be found just as in the complex utterance which is its expression" (26). Aquí se tendría que asumir como dada la forma sustancial del Derecho, y que Kelsen intenta, con su TPD, reflejarla buscando adecuarle su teoría.

#### 2.4 El Criticismo Trascendental

Pero la TPD también es compatible con la concepción del conocimiento formulada por Kant en la Crítica de la Razón Pura. "Si può chiamare ragion pura la facoltà della conoscenza mediante principii a priori, e critica della ragion pura l'esame della sua possibilità e dei suoi limiti in generale. La Critica della ragione pura riguarda solo l'esame della nostra facoltà di conoscere qualcosa a priori; si occupa quindi solo della facoltà di conoscere, prescindendo dal sentimento di piacere e dispiacere e dalla facoltà di desiderare; e nella facoltà di conoscere essa non considera se non l'intelletto, secondo i suoi principii a priori, prescindendo dal Giudizio e dalla ragione (in quanto facoltà appartenente egualmente alla conoscenza teoretica)" (27).



Esta concepción no pretende conocer la forma sustancial, ni que el conocimiento, en consecuencia, ya está dado, sino que sostiene que sólo podemos conocer la apariencia de las cosas, su aspecto fenoménico (sus imágenes sensibles).

"L'unità completa e sintentica delle percezioni costituisce infatti appunto la forma dell'esperienza, e non è altro se non l'unità sintentica dalle apparenze secondo concetti" (28). "La conoscenza della ragione si rivolge soltanto a apparenze, lasciando per contro che la cosa in se certo sussista come per se reale, ma sia da noi sconosciuta" (29). Estas imágenes sensibles no están tampoco ya dadas, ni son "producidas" por las cosas que representan, sino que sólo existen en el acto cognoscitivo; por esta razón, se considera que dicho conocimiento es el resultado de la "intuición" y de nuestra facultad cognoscitiva.

"Che ogni nostra conoscenza incominci coll'esperienza non vi è certo alcun dubbio...Ma per quanto ogni nostra conoscenza incomince coll'esperienza, non per questo proprio tutte le conoscenze debbono sorgere dall'esperienza. Potrebbe infatti benissimo accadere, che anche la nostra conoscenza empirica sia un composto di ciò che noi riceviamo mediante impressioni e di ciò che la nostra propria facoltà di conoscenza (prendendo semplicemente lo spunto da impressioni sensibili) fornisce da se stessa: questa aggiunta noi non la distinguiamo da quella materia fondamentale, sino a che un lungo esercizio non abbia attratto la nostra attenzione su di ciò e non ci abbia resi capaci di separare i due elementi" (30).

Esto ocurre por la participación conjunta de las categorías del entendimiento y las intuiciones puras de tiempo y espacio, las que permiten, en actos de síntesis de la unidad trascendental de la conciencia, constituir los fenómenos, o el modo en que nos afectan dichas cosas sin que podamos saber lo que ellas son "en sí mismas".

"Per sintesi della apprensione, io intendo quella composizione del molteplice di un'intuizione empirica, per cui diviene possibile la percezione, cioè la coscienza empirica di tale intuizione (come apparenza)" (31). Aplicando esta concepción kantiana a la TPD, se diría que no podemos conocer la realidad sustancial del Derecho, sino solamente el aspecto fenoménico del mismo: la apariencia o aspecto sensible de las normas, pero no éstas en sí mismas, o el Derecho esencialmente justo o mejor.

Los conceptos que constituirían a la TPD, según esta posición, no se tomarían de la realidad empírica mediante impresiones sensibles, como sostiene el Realismo, tampoco se obtendrían por actos de remembranza de acuerdo a Platón, sino que éstos se formarían racionalmente sobre la base de las categorías del entendimiento.

"Tutti i tentativi per derivare dall'esperienza quei concetti puri dell'intelletto, e per attribuire ad essi un'origine semplicemente empirico, sono perciò del tutto vani ed inutili" (32).

Basándonos en la Crítica de la Razón Pura, las categorias, aplicadas al "deber ser" asumirían modalidades propias conduciendo a una Teoría Jurídica Pura y A priori. Para Kant, las categorias son los elementos que hacen posible al objeto de conocimiento. Pero en vez de asumir que ellas existieran en la realidad externa, o fuesen propiedades del lenguaje, supuso que existían de manera subjetiva, en tanto condiciones que hacían posible el conocimiento de objetos.

"Le condizioni a priori di un'esperienza possibile in generale sono al tempo stesso condizioni della possibilità degli oggetti dell'esperienza. Io asserisco, orbene: le categorie sopra menzionate non sono altro se non le condizioni del pensiero in un'esperienza possibile, allo stesso modo che spazio e tempo contengono le condizioni dell'intuizione per quella medesima esperienza. Le categorie sono dunque altre sì concetti fondamentali, per pensare oggetti in generale delle apparenze, e possiedono quindi a priori una validità oggettiva" (33).

De acuerdo con Kelsen, quien aplicando a Kant, efectúa una novedosa contribución epistemológica a la Ciencia Jurídica, la categoría de la Imputación (si S, entonces "debe ser" P), es el análogo de la categoría de la causalidad (si S, entonces P).

"Pour définir la relation qu'une norme juridique établit entre un comportement illicite et une sanction, la science du droit formule une proposition disant que cette sanction doit suivre le comportement en question. Nous avons donné à cette relation le nom de Zurechnung et nous proposons

en français celui d'imputation, la sanction étant imputée au comportement illicite" (34). Según Kelsen, estas dos categorías, la Causalidad y la Imputación, serían dos formas originales de la conciencia. De manera análoga a la Causalidad, la Imputación sería un concepto a priori, original, no extraído de la experiencia social (jurídica), pero que hace posible a ésta. "La relación imputativa es, como la causalidad, un principio ordenador del pensamiento humano y, en consecuencia, tan poco ilusión, o tan ilusión o ideología como aquella que, para hablar con Hume o Kant, sólo es un hábito del pensamiento o una categoría del intelecto" (35).

Siguiendo con esta lectura kantiana de la TPD se puede enfatizar un punto de coincidencia entre Kant y las versiones modernas del Empirismo, en tanto que ambos suponen la existencia de una intuición, como condición de la posibilidad del conocimiento, si bien aquellas no utilicen el lenguaje kantiano. Aquello que no es dado en una intuición no se puede conocer, dice Kant:

"La possibilità di una cosa, per altro, non potrà mai venire dimostrata semplicemente dalla non contraddittorietà di un suo concetto, e potrà invece essere dimostrata soltanto per il fatto che tale concetto venga attestato da un'intuizione ad esso corrispondente" (36). De hecho, se podría considerar que Kant también sembró en el terreno epistemológico del cual brotaría lo que se podría considerar el antecedente no muy remoto del principio central del positivismo jurídico; a saber: aquella norma que no es dable en una sensación, en virtud de que no ha sido legislada, no se puede conocer. El Empirismo

diría: la proposición que describe la existencia de una norma es significativa, si no es posible tener y por tanto mostrar la sensación correspondiente a dicha norma.

"This criterion became known as the 'verification principle'. It asserted that the meaning of a statement is the method of verifying it (or falsifying it) and there are two, and only two, methods of verification: empirical observation or logical analysis. By this criterion the logical positivists claimed that the various special sciences emerged as meaningful-genuinely capable of truth or falsity...at least, if there were meaningful questions thrown up by Philosophy these were either in the last resort empirical, and so scientific, or else logical and so to be solved by producing definitions" (37).

"Ayer argues that there are two, and only two, classes of meaningful statements: On the one hand, there are sentences which may be confirmed or refuted by observation; on the other hand, there are sentences whose truth or falsity may be decided by purely intellectual procedures; into the first category fall the claims of science and vast multiplicity of common sensical claims we make in the course of our every day lives. Into the second category fall the sentences of mathematics and logic, all definitions, and any sentence that is of a formal or self-proving nature. There are thus two, and only two, broad sorts of procedure confirming and refuting statements: empirical observation and the inspection of meaning. If a sentence's truth or falsity is decidable in one of these two ways, then it is meaningful. If it is not

decidable in one of these two ways, it is not meaningful. Hence, 'water boils at 100o C' is the sort of claim that counts as meaningful on this criterion because it may be confirmed or refuted by observation: ' $2+2 = 4$ ' and 'A square has four sides' also come as meaningful because they may be decided purely intellectually, by inspecting the meaning of their constituent terms. 'The absolute exists' does not count as meaningful because it is not decidable by observation, nor it is decidable by any formal system or analysis of terms" (38). "Thus verifiability by one or other of these two procedures if both logically necessary and sufficient for meaningfulness" (39).

## 2.5 El Empirismo

Se puede decir que el Empirismo es otra posición epistemológica que legítimamente se puede aplicar a la TPD. "L'affirmation que le droit est un ordre social basé sur la contrainte se fonde sur une étude comparative des ordres dits juridiques qui existent actuellement ou ont existé au cours de l'histoire. Elle est le résultat de recherches empiriques sur le contenu des ordres sociaux positifs" (40).

Esta corriente filosófica niega como Aristóteles en contra de Platón, la posibilidad del conocimiento innato: niega como Kant, en contra de Aristóteles, la posibilidad de conocer la forma sustancial de las cosas. Niega en contra de Kant la posibilidad del conocimiento a priori en materia de hechos y la posibilidad de las ideas abstractas o conceptos. Por ende, mantiene que el significado de los términos generales o de clase no son los conceptos universales, como creyeron las

corrientes filosóficas que le antecedieron en la Historia. Es decir, las facciones de esta actitud filosófica se pueden aglutinar en general como compartiendo un criterio de significación "fenomenalista". Aquellos términos que no puedan mostrar o hacer posible la impresión sensible de donde proceden, carecerán de significación.

Por ejemplo, en la proposición: 'Anoche vi que Otelo estranguló a Desdèmona', su significado no es el evento físico que ocurrió ayer noche en el teatro ya que éste, de acuerdo con Frege, sería su referencia, sino las imágenes que "reproduce" internamente en su mente el sujeto (recuerda) momentos antes de formular dicha proposición. Se podría decir que cuando dicho sujeto habla, lo que intenta es 'describir' las imágenes que contienen el asesinato de Desdèmona para que otras imágenes muy similares a éstas sean reproducidas en la mente de quienes escuchan o leen la proposición referida. De manera que toda proposición descriptiva tiene por objeto indudablemente permitir la "reproducción" en la mente de quienes la escuchan o leen de ciertas imágenes similares a aquéllas otras que el autor de la proposición referida debió, necesariamente, "reproducir" internamente, antes de escribirla.

Como de acuerdo con el Empirismo no existen los conceptos o ideas abstractas, concebidos como el reflejo fiel de la sustancia, de las formas sustanciales inherentes a las cosas, entonces se abandona la concepción de que el conocimiento se manifestaba en juicios (ya que éstos eran asociaciones de conceptos), sustituyendo a éstos por proposiciones. Así, los juicios de conocimiento jurídico serían "proposiciones

jurídicas". La TPD estaría formada no por conceptos, sino por términos cuya función consistiría, no sólo en describir la "realidad jurídica", sino además en definir el significado del lenguaje jurídico que se utiliza en la descripción de las normas positivas.

"E' compito della scienza del diritto di rappresentare il diritto di una comunità, cioè il material prodotto dall'autorità legale mediante il procedimento per la produzione del Diritto, sotto forma di proposizioni di questo tipo: 'se si verificano queste date condizioni, verra applicata quella data sanzione'. Queste proposizioni, per mezzo delle quali la scienza giuridica rappresenta il diritto, non devono venir confuse con le norme create dalle autorità che producono il diritto. E preferibile non chiamare norme queste proposizioni, ma regole giuridiche. Le norme giuridiche emanate dalle autorità che producono il diritto sono precettive, mentre le regole di diritto formulate dalla scienza del diritto sono descrittive" (41).

Como se puede observar, la TPD es relativamente compatible con las posiciones epistemológicas denominadas Realismo, Criticismo y Empirismo, ya que éstas son modos alternativos de interpretar su "origen", naturaleza y función, pero que no son criterios, suficientes y necesarios, para determinar el mayor o menor grado de verdad que la TPD pueda exhibir. De manera que a ninguna de estas posiciones epistemológicas se le puede considerar como el fundamento filosófico de la TPD.



B) ¿ES LA TPD UNA TEORIA PURA Y A PRIORI? :  
APROXIMACION AL PROBLEMA

3. La TPD no es A priori de Acuerdo con Kelsen

Un examen de las obras más importantes de Kelsen: Teoría Pura del Derecho -TFD-; Teoría General del Estado y Teoría General de la Norma, revela que el autor no considera que el concepto de norma sea de una naturaleza "a priori", en el sentido expresado por Kant. "Per conoscenze a priori intenderemo quindi non già conoscenze tali che si verificano indipendentemente da questa o da quella esperienza, bensì le conoscenze che sono assolutamente indipendenti da ogni esperienza" (1) y todavía más preciso, como el propio Kant agrega, "Tra le esperienze a priori, peraltro, si chiamano pure quelle che non sono mescolate proprio con nulla di empirico. Così, ad esempio, la proposizione : ogni mutamento ha la sua causa, è una proposizione a priori; essa tuttavia non è pura, poiché mutamento è un concetto che può essere tratto soltanto dall'esperienza" (2).

Si bien Kelsen no manifiesta explícitamente un divorcio con Kant, en cambio adopta un significado diferente para el calificativo de pura, pues indica que con dicho término su teoría: "quiere obtener solamente un conocimiento orientado hacia el Derecho y porque desearía excluir de ese conocimiento lo que no pertenece al objeto precisamente determinado como jurídico. Vale decir quiere liberar a la ciencia jurídica de todos los elementos que le son extraños. Este es su principio central en cuanto método. Pareciera tratarse de algo comprensible de suyo. Sin embargo, la consideración de la

Ciencia Jurídica tradicional, tal como se ha desarrollado en el curso de los siglos XIX y XX, muestra claramente que lejos esa ciencia ha estado de satisfacer la exigencia de pureza. En manera enteramente acritica, la Jurisprudencia se ha confundido con la Psicología y la Sociología, con la Etica y la Teoría Política" (3).

Como se observa, Kelsen sólo quiere significar con pureza: consistencia lógica, o no contradicción. Es decir, la exigencia de elaborar un sistema científico a partir de sus propios elementos. Tal como se vio en el Capítulo anterior, Kelsen repetidamente manifiesta el sentido empirista que caracteriza a su teoría. Esto deviene una nota invariable que se reafirma continuamente sobre todo en sus obras de madurez. Pero ya en la Primera Edición de la TPD se encuentra específicamente afirmado el procedimiento empirista:

"Per mezzo della comparazione di tutti i fenomeni che vanno sotto il nome di diritto essa [la TPD] cerca di scoprire la natura del diritto stesso, di determinare la sua struttura e le sue forme tipiche indipendentemente dal contenuto variabile che presenta in epoche diverse e fra diversi popoli. In questo modo essa cerca di determinare i principi fondamentali nei quali può essere compreso qualsiasi ordinamento giuridico" (4).

Es decir, sin los actos de sensación empírica de varios casos particulares, mediante un proceso inductivo de generalización, Kelsen no podría haber formulado su Teoría. En el Prefacio de su "Teoría Generale del Diritto e dello Stato" (5) reitera su posición empirista: "Questa teoria, che è il risultato di

un'analisi comparata dei diversi ordinamenti giuridici positivi, fornisce i concetti fondamentali con i quali si può descrivere il diritto positivo de una data comunità giuridica" (6).

Mas adelante, en la misma página, confirma el carácter empírico de dicha Teoría, al sostener que ésta "deve trarre i suoi concetti esclusivamente dal contenuto delle norme giuridiche positive" (7), para ratificarlo en la próxima: "Ciò che non può trovarsi nel contenuto delle norme giuridiche positive non può far parte di un concetto giuridico" (8). De manera que difícilmente puede existir duda sobre el procedimiento empirista que Kelsen declara haber utilizado para elaborar su Teoría, lo que explica por qué no la denominó pura y a priori, sino únicamente pura. Como ya vimos, con el término de pura no significa obtenida independientemente de la experiencia, sino una Teoría "cerrada", endògena; o sea, constituida puramente con sus propios conceptos. En la Sección B de este Capítulo se continúa el análisis del término pureza.

#### 4. El Criterio de Certeza

El criterio de verdad que ofrece Kelsen en apoyo de su Teoría puede conducir a una doble interpretación. En un cierto pasaje nos dice sobre su Teoría que: "su congruencia interna le permite explicar homogéneamente los problemas", y que "mostrando su unidad sistemática, en tanto así se puede juzgar su valor epistemológico" (9). Si uno se pregunta cuál pueda ser el criterio de verdad que esto supone, se podría percibir, en cierto sentido, una teoría de la verdad como coherencia y a la

vez un cierto enfoque pragmatista. El criterio de verdad fincada en la coherencia lógica, o no contradicción, característico de los sistemas Geométrico-deductivos, no investiga los resultados empíricos de un sistema teórico para determinar su valor cognoscitivo, sino que le basta el criterio meramente negativo de la ausencia de contradicción. El Pragmatismo es la teoría opuesta: Algo demuestra su verdad en tanto funciona o es útil.

"Si può dire che la teoria della conoscenza da Cartesio a Kant fino ai nostri giorni ruoti intorno alla relazione di soggetto e oggetto. In sostanza la gnoseologia e l'insieme dei problemi e delle risposte possibili in rapporto alle relazioni di soggetto conoscente e oggetto conosciuto. Ebbene: i pragmatisti sostengono che questo problema non suppone e non deve essere posto su di un piano puramente speculativo della adeguazione dei giudizi ai loro oggetti in quanto che speculazione e conoscenza sono pur sempre condizionate dalle situazioni pratiche in cui si determina il movimento dell'esistenza umana. Non c'è una verità puramente teoretica e pratica ad un tempo. Si usa dire che per il pragmatismo il criterio della verità non è nella adeguazione di soggetto e oggetto perché consiste nella misura della sua stessa convenienza sociale-culturale, insomma nella maggiore o minore sua utilità. La tesi pragmatista, nella sua espressione migliore e più critica, è che il problema della conoscenza deve essere posto considerando la teoria come momento della pratica, per cui come dice Dewey, gli "elementi formali della logica" sono elementi "formali" di una materia data. La verità è tale in quanto corrisponde ad esigenze vitali dell'uomo e non

soltanto, teorétiche, ad esigenze che appartengono alla sfera pratica altre che a quella teoretica" (10).

Otros autores tambièn dudan al respecto. Por ejemplo, el filòsofo del Derecho brasileño Orlando Claudio comenta que: "Una teoría científica può essere valutata o per i suoi risultati pratici, la sua utilizzabilità tecnica (al meno da quando "scienza" e "tecnica" non sono più separate), o per il suo rigore logico, la sua coerenza formale o assenza di contraddizioni. Qual è il valore della "dottrina pura del diritto" di Hans Kelsen?. Se quasi nessuno, oggi, intende più contestarne l'importanza nell'ambito della riflessione sul diritto e lo stato nel ventesimo secolo, una domanda resta ancora problematica: il significato centrale della Reine Rechtslehre risiede nella sua "verità" o nei suoi risultati pratici? (11).

El mismo Orlando cita a otro autor para quien ambos sentidos, el lògico y el instrumental, se encuentran presentes en la TPD, cuya función, según èste, consistiría: "Nella elaborazione di un sistema logico per "adoperare" il diritto effettivamente esistente" (12), y quien adjudica a su funcionalidad el atractivo que ejerce la misma: "Di qui la fortuna della scienza giuridica d'impronta kelseniana presso gli operatori giuridici che hanno trovato in essa uno strumento particolarmente semplice e flessibile" (13).

Este es un problema que quisieramos retomar. Aun cuando se podría concluir que està parcialmente resuelto en virtud de que el propio Kelsen, al admitir el carácter inductivo de su

Teoría, también admitiría en consecuencia como criterio de verdad conforme al principio de verificación. Pero, a la vez, el criterio pragmatista de "utilidad", considerando a aquélla como "instrumento cognoscitivo". En efecto, se puede concluir que el criterio pragmatista de verdad estaba implícito ya que obviamente Kelsen debió considerar que su teoría resultaba más útil que las demás, supuesto que permitía una descripción más adecuada de la "realidad jurídica".

Se puede constatar que el Pragmatismo tiene mayor afinidad con el Empirismo que con el Apriorismo. Precisamente, el experimento que confirma una teoría, se podría interpretar como el primer grado de su utilidad, mismo que se amplía en la medida en que recibe nuevos empleos o sucesivas aplicaciones. Por tanto se puede admitir una cierta coincidencia entre el criterio de verdad del Empirismo con el del Pragmatismo. Mientras que un sistema lógico o matemático, estrictamente racional o no Empirista, puede considerarse verdadero aun cuando por un cierto tiempo no encuentre aplicación o no sea dable en la experiencia un conjunto de hechos o fenómenos correspondientes. Si la TPD se considerase un sistema apriorístico, entonces su criterio de verdad sería análogo al de la coherencia. Pero como Kelsen mantiene el carácter empirista de su teoría, se sigue que su criterio de verdad debe consistir en su confrontación con la experiencia, implicando también el criterio pragmatista de verdad. Si la TPD fuese "inútil", sería casi lo mismo que si fuese falsa.

Pero no existe necesidad de contraponer ambos puntos de vista supuesto que se podrían conciliar postulando su compatibilidad

en el seno de la TPD. Esto nos permitiría afirmar que la congruencia lógica inherente a la teoría, la verificación en principio de sus resultados y, por ende, su "utilidad" explicativa, son los criterios mínimos de verdad asociados a la TPD. Para efectos de verificación, recuérdese que esta teoría postula que el "origen" de las normas son los actos de voluntad positivos. Pues bien, parecería que esta ley, a pesar de haber sido obtenida por inducción, tendría el mismo valor de necesidad y universalidad que se le quiera conceder a esta otra: 'todos los hombres mueren'. Así como no es concebible dudar que algún hombre no haya muerto en el pasado, o que no morirá en el futuro, tampoco es razonable dudar acerca del "origen" positivo de las normas jurídicas, a saber: "Toda norma jurídicamente positiva existirá, si y sólo si, un acto de voluntad la 'produce'". Esta sería la primera o suprema ley de la Ciencia Jurídica. Por lo tanto, parecería que existe en el ámbito de la sociedad, ciertamente, el conocimiento universal y necesario, aun cuando éste tenga su origen en la experiencia y no sea posible, por medios lógicos, ofrecer una prueba de dicha necesidad.

##### 5. La TPD desde una Perspectiva Apriorista

Sin embargo, aun existen algunos aspectos pendientes de clarificación. Sobre todo las opiniones de ciertos autores que ven en la Filosofía Neokantiana, particularmente en Herman Cohen, Jefe de la Escuela Neokantiana de Filosofía de Marburgo, el fundamento de la TPD, implicando con ello su carácter apriorístico y, por ende, la teoría de la coherencia como criterio de verdad. Veamos lo que dice Mario G. Lossano, quien

hace referencia a la opinión de su maestro Renato Treves, compartiéndola tácitamente:

"La causalità dell'incontro con opere di Cohen non deve far sottovalutare l'importanza delle tesi di questo filosofo nei riguardi dell'opera di Kelsen. Il procedimento che conduce Kelsen ad identificare lo Stato con il Diritto non è che uno degli esempi in cui si manifesta l'influsso di Cohen; ma, nei riguardi delle opere kelseniane, le concezioni di Cohen sono così importanti, da esser state ritenute il solo fondamento filosofico della Dottrina Pura del Diritto" (14). El mismo autor subraya la importancia que el pensamiento de Cohen representa para la TPD al afirmar que Kelsen aplicò en su teoría principios metodológicos genuinamente neokantianos:

"Nell'opera di Cohen, Kelsen trovò l'ordinata esposizione di una critica alle concezioni kantiane, da lui condivisa: se, come afferma Kant, l'intuizione precede il pensiero, questo ha un principio esterno a se medesimo; tale contraddizione può essere eliminata riducendo tutto al solo pensiero. Per questa via, come già si è detto, Cohen sostituisce alla sintesi, propria di Kant, il concetto di produttività del pensiero puro, dando ampio fondamento filosofico ai principi metodologici di origine genericamente neokantiana, applicati da Kelsen al Diritto" (15).

El mismo autor mantiene que: "duplice è l'apporto del pensiero di Cohen alla Dottrina Pura del Diritto: da un lato, il dogma della produttività del pensiero è la base della costruzione kelseniana del Diritto, inteso come complesso di puri concetti



intellettivi; essa porta Kelsen ad eliminare dalla scienza giuridica ogni riferimento alla realtà (e ad entrare così in contrasto con la teoria di Kant e di quei kantiani, che -come Fritz Sander- più immediatamente ad essa si richiamavano)" (16), mencionando como el segundo aspecto la tendencia a eliminar elementos naturalísticos o metafísicos de la Ciencia del Derecho, lo cual por el momento no interesa discutir.

Las tres citas anteriores (14,15 y 16) presentan la tesis según la cual la TPD es de un carácter apriorístico, quizá en una manera más radical que la posición kantiana permitiría. Pero difícilmente se puede compartir la tesis de que la Epistemología de Herman Cohen sea el único fundamento filosófico de la TPD. Es más, creemos que la Epistemología de Kant podría, en todo caso, resultar una influencia de mayor envergadura en la obra de Kelsen. Este no se desprendió de la intuición (o sensación) como debería haberlo hecho, si es que en verdad hubiera seguido firmemente a Cohen, sino que la mantuvo, según nuestra lectura, precisamente para permitir la aplicación de su Teoría al conocimiento y descripción de la "experiencia normativa":

"En tanto la Ciencia Jurídica sólo concibe a la conducta humana como contenido de normas jurídicas, expone el significado normativo de dichos hechos. Describe las normas jurídicas producidas por actos de conducta humana, así como las normas que mediante esos actos son aplicadas y acatadas" (17).

Es decir, sin los correspondientes actos de intuición, o sensación, no sería posible la descripción de los órdenes

jurídicos y esto demuestra que Kelsen mantiene el principio de la intuición kantiana en su Teoría, en oposición a la tesis de Cohen, según la cual el conocimiento científico "crea la realidad" sin mediación o ayuda de la intuición, o el dato de la sensación.

"In tal modo, come nella logica della conoscenza pura, anche nella dottrina giuridica kelseniana, la pura relazione di dovere (Sollrelation), che è relazione normativa, non è più semplicemente una forma categorica nel senso kantiano, una condizione a priori della esperienza possibile, ma è, indipendentemente da ogni dato dell'intuizione, la fonte dell'esperienza e della conoscenza, il principio rappresentativo e produttivo dell'essere del diritto che s'identifica quasi con questo essere che, in quanto tale, non è più semplicemente l'universale logico, ma il principio ontologico della realtà giuridica" (18).

En cuanto la opinión de que la TPD se funda en Cohen por estar constituida por conceptos puros, esto no es necesariamente un principio de Cohen, ya que por definición Kant había estipulado que las categorías, es decir los conceptos puros del entendimiento, sólo tendrían aplicación si se pusieran en contacto con la intuición (sensación), en la constitución de la experiencia. "Le categorie non ammettono alcuno altro uso per la conoscenza delle cose, se non in quanto queste ultime vengono assunte come oggetti di un'esperienza possibile" (19). Es decir, la TPD en su aplicación empírica describe (o entra en contacto con el "deber ser") las normas constituyendo así la "experiencia jurídica".

"El problema planteado por Kelsen y la forma de resolverlo, recuerda ese método trascendental kantiano: se trata de encontrar las condiciones de la posibilidad del Derecho las cuales son a la vez las condiciones de su conocimiento científico, es decir, de la dogmática jurídica. La forma conceptual de que se sirve este conocimiento jurídico-normativo, es la estructura lógica del precepto, que constituye una categoría especial de lo normativo y cuya esencia consiste en la imputación propia del deber ser" (20).

Por otra parte, es cierto que Kelsen efectúa referencias a Kant, en contextos epistemológicos que parecen contradecir una actitud estrictamente empirista. Sin ir más lejos, como ya se vió, una de sus directrices epistemológicas se podría considerar como una referencia importante acerca del carácter apriorístico de la TPD: "Sustitución de hipóstasis y postulados metafísicos por categorías trascendentales como condiciones de la experiencia" (21).

Asimismo, la distinción entre la conciencia trascendental o a priori, establecida por Kant como el sentido lógico estructural de la posibilidad de la experiencia, y su único uso posible consistente en su aplicación al dato de la intuición para efectuar la constitución de la experiencia, lo que en términos de Kelsen equivaldría a la descripción de los contenidos normativos positivos, puede sugerir la presencia de una estrecha conexión entre ambos.

"Conocimiento es concepto y juicio del objeto. Pero lo que sea objeto se deja solamente determinar en relación con la ley fundamental del conocimiento. Esta es la ley de la unidad sintética, es decir, de la determinación de lo en sí indeterminado, en lo infinito determinable o de lo sensible; la determinación de la X por determinar, pero esto es el conocimiento de lo que se trata de conocer, por lo tanto, del objeto. Determinar lo que es, se llama conocer el objeto. Pero hay que distinguir dos significaciones del objeto, éste puede significar: primero, lo buscado, lo que no es todavía objeto conocido. Entonces coincide con lo sensible, con lo que se trata de determinar, pero dado igual a X. O significa, segundo, el objeto conocido, por lo tanto, la determinación ya alcanzada de lo sensible en concepto y juicio, como las formas en las cuales, solamente puede ser pensado el objeto. Según eso, reposa el objeto, por una parte, como lo dado simplemente, en la materia sensible: por otra, como simplemente pensado, en la forma conceptual del conocimiento" (22).

¿La TPD es un conocimiento a priori que versa sobre relaciones de ideas, con independencia de la experiencia, o, por lo contrario, ella es conocimiento a posteriori que se forma exclusivamente con nociones formadas mediante observaciones empíricas. Utilizando ahora el lenguaje de Hume, pero sin perder de vista todo lo dicho anteriormente, nos inclinamos sin duda, por la segunda alternativa:

"Hume maintains a fundamental distinction between two kinds of knowledge. There exists knowledge of relations, of ideas and knowledge of matters of fact. Relations of ideas are

propositions which may be decided wholly intellectually, without any empirical observation. That is, they are a priori. In contrast matters of fact may only be decided empirically, so they are a posteriori. Hume gives as examples of relations of ideas the sentences of Geometry, Algebra and Arithmetic, and includes all definitions and tautologies under this heading. Relations of ideas are discoverable by the mere operations of thought, without dependence on what is anywhere existent in the universe" (23).

C) PURA NO NECESARIAMENTE SIGNIFICA A PRIORI

6. Kelsen no Significò con el Tèrmino Pura lo Mismo que Kant y Cohen

A continuaciòn intentaremos mostrar que Kelsen no significò con el tèrmino pura el mismo sentido que Kant y Cohen. Primero veamos còmo Kant identifica pràcticamente al conocimiento puro con el conocimiento a priori, proponièndolo como lo opuesto al conocimiento empírico:

"Une théorie rationnelle de la nature ne mérite donc le nom de science de la nature que si les lois naturelles sur les quelles elle se fonde, sont connues a priori et ne sont pas de simples lois d'expérience. Une connaissance de la nature de la première espèce est dite pure, cella de la deuxième espèce connaissance rationnelle appliquée" (24).

Kant recomienda distinguir las dos partes del conocimiento científico natural dependiendo si éstas fueron obtenidas de manera pura -a priori- o por medio de la experiencia respectivamente, ya que así se podía distinguir la certeza que procuraba el carácter racional de la primera, así como lo que ésta podía aportar por sí misma, sin apoyarse para nada en principios empíricos.

"Toute science de la nature proprement dite doit donc avoir une partie pure sur la quelle doit se fonder la certitude apodictique que la raison cherche en elle; or comme cette partie diffère totalement par ces principes de ceux qui ne sont qu'empiriques, il est de la plus grande utilité et c'est même

par suite de la nature de la chose, un devoir qu'on ne saurait pas négliger par rapport à la méthode, d'exposer cette partie séparément et autant que possible, en son entière totalité sans la mêler à l'autre afin de pouvoir déterminer exactement ce que la raison peut accomplir par elle même et le point où sa puissance commence à avoir besoin du secours des principes de l'expérience. La pure connaissance rationnelle par simples concepts est appelée philosophie pure ou métaphysique" (25).

Esta distinción que hace Kant entre la parte pura y la parte empírica o aplicada en el nivel de la ciencia natural, se puede ver en la distinción que hace Kelsen entre la Jurisprudencia Pura y la Jurisprudencia Descriptiva. Como aquel recomienda, éste sólo quiere exponer en su teoría no la parte de conocimientos empírico-históricos, sino tan sólo la parte de conceptos generales que se pueden aplicar al conocimiento de órdenes jurídicos dados o posibles. Pero esto no significa necesariamente que Kelsen haya considerado que el conjunto de conceptos constitutivos de su teoría hubieran sido puestos en existencia por medio exclusivo de la razón, sin necesidad de considerar la experiencia jurídica. En efecto, este conjunto de conceptos esenciales, así como los enunciados derivados, pudieron muy bien obtenerse por generalización empírica y, aun así, exponerse en una forma "cerrada", separados de los demás conocimientos jurídicos de carácter accidental o histórico.

Cuando Kelsen emplea el término pura, con el que califica su teoría, no se refiere al a priori kantiano o neokantiano, sino al simple hecho de que ésta aspiraba a conocer las normas positivas de los órdenes jurídicos históricamente dados y nada

màs. "Chiamando tale dottrina 'Teoría Pura del Derecho', si intende dire che essa è tenuta libera da tutti gli elementi estranei al metodo specifico di una scienza, il cui unico scopo è la conoscenza del diritto, e non la sua formazione" (26).

#### 7. Los Tres Sentidos Meramente Negativos que el Término Pura Alude o Denota

La importancia específica del término pura se revelaba en una forma meramente negativa. Esta consistía en atacar tres características comunes de la ciencia jurídica dominante; a través de un número igual de acciones, a saber: a) de limpieza, b) rechazo a los conceptos exógenos, c) separar la tarea cognoscitiva de la voluntad o de los sistemas ético-políticos.

##### 7.1 La Acción de "Limpieza"

Esta acción, en el nivel teórico, consiste en rechazar los conceptos que se hubieran "importado" de otras disciplinas, ya que la Jurisprudencia, en este caso representada por la TPD, sólo se podía constituir con aquéllos que ella misma lograra legitimar o deducir internamente. Un caso particular de esta acción de limpieza consiste en rechazar todo tipo de explicación causal sobre los contenidos normativos, ya que la TPD presenta al acto legislativo como el "origen" de las normas y, consecuentemente, con el objeto de no cancelar su virtud explicativa no se debe contradecir; como sería el caso de suponer que hechos externos de tipo económico, social, etc., o la representación subjetiva de éstos, sean "causas" del acto legislativo.



"Pour qu'une norme positive existe, il faut qu'elle ait été créée par un acte, soit par un fait qui s'est produit dans l'espace et dans le temps" (27). "La validité d'une norme positive n'est autre chose que le mode particulier de son existence. Une norme positive existe quand elle est valable, mais il s'agit d'une existence spéciale, différent de celle des parts naturels, encore qu'elle soit en étroite relation avec de tels faits" (28).

El acto de voluntad no puede tener ulterior causación, pues se le negaría la calidad de auténtico principio explicativo, incurriéndose en un círculo vicioso. La existencia de las normas se debe explicar con arreglo al principio de la voluntad, del acto legislativo positivo, sin pretender ir más allá postulando "causas" de dicha decisión; como si estuviésemos en el caso de explicar dos hechos físicos por medio de la categoría de la causalidad.

"En tant qu'object de la connaissance scientifique, la nature est un système des faites liés les uns aux autres par des relations des cause à effet, indépendantes de toute volonté humaine ou surhumaine. Le droit et la morale au contraire sont des systèmes de normes créées par une volonté humaine ou surhumaine et établissant entre les comportements humains qu'elles régissent des relations fondées sur le principe d'imputation. La nature est donc ce qui est, le droit ou la morale ce qui doit être" (29).

La relación de conocimiento que postula la TPD, como el contenido general de toda norma, son dos conductas humanas como

una condició y su consecuencia, el delito y la sanción respectivamente, pero que no están asociadas causal o fatalmente, sino por lo que Kelsen llama Imputación. Las proposiciones formuladas por las ciencias de la naturaleza aplican el principio de causalidad, mientras que las proposiciones de la ciencia del derecho y de la moral aplican el principio de imputación.

"Dans le principe de causalité la condition est une cause et la conséquence son effet; de plus aucun acte n'intervient de la part d'un être humain ou d'un être surnaturel. En revanche dans le principe d'imputation la relation entre la condition et la conséquence est établie par des actes d'êtres humains ou surnaturels" (30).

Este principio consiste o permite atribuirle al orden jurídico el "origen" de la sanción. Esta escapa a causas físicas que se impongan por sobre la voluntad humana, sino que su existencia obedece puramente a una decisión jurídica que en tanto se considera principio explicativo propio, permite rechazar, criticando como erróneas, toda otra explicación alternativa que implique someter la voluntad al efecto de otras causas. Quizá esto se podría definir como lo que John Stuart Mill denomina "voluntarismo radical": "Liberty is the thesis that the will is not determined like other phenomena, by antecedents, but determines itself....It includes the doctrine that 'our volitions are not, properly speaking, the effects of causes, or at least have causes which they uniformly and implicitly obey'" (31).

El mantener este principio de manera homogènea es lo que dota a la TPD de un grado relativo de certeza. Si asumimos que es la voluntad del òrgano que legisla la norma, en cualesquier sitio o nivel del sistema jurìdico, el "origen" de las normas positivas, es casi seguro que no nos equivocaremos y hasta podrìamos generalizar su validez invariable en el futuro. Pero si suponemos uno o varios hechos "internos" o "externos", o una combinaciòn de ambos, presentàndolos como las "causas" de una decisiòn legislativa, difìcilmente podrìamos exhibir un criterio que nos asegurara un grado mediano de certeza. No podrìamos estar seguros de ninguna de ellas; a parte de que, como ya se advirtiò, ello implicarìa contradecir al principio de "origen" propio o, lo que tambièn se denomina, contradecir la direcciòn o pureza metòdica.

"En se donnant le qualificatif de thèorie 'pure', elle indique qu'elle entend constituer une science ayant le droit pour seul object et ignorant tout ce qui ne r'epond pas strictement à sa d'efinition. Le principe fondamental de sa m'ethode est donc d'eliminer de la science du droit tout les 'el'ements qui lui sont 'etrangers" (32). En resumen, esta "acciòn de limpieza" consistìa en extraer a la Ciencia Jurìdica las "impurezas conceptuales" con objeto de devolverle la pureza originaria que la TPD pretendìa encarnar.

## 7.2 Rechazo de los Conceptos Exògenos

En el nivel aplicado o descriptivo, su ataque dirigido a la jurisprudencia sociològica se basò en la categorìa lògica de la identidad o de no contradicciòn. Esta le impedìa conocer a

parte de las normas positivas, consideradas como los objetos del "deber ser", a los actos o acciones humanas que en tanto hechos físicos se ubicaban en el mundo del "ser".

"La realtà di cui si occupa la scienza del diritto, non è la realtà della natura che costituisce l'oggetto della scienza naturale. Se è necessario distinguere la scienza del diritto della politica, è altrettanto necessario distinguere la scienza naturale. La realtà specifica del diritto non si manifesta nel comportamento effettivo degli individui soggetti all'ordinamento giuridico. Tale comportamento può essere conforme o meno all'ordinamento le cui esistenza costituisce la realtà in questione. L'ordinamento giuridico stabilisce quale debba essere la condotta degli uomini. Il comportamento degli individui quale esso è effettivamente, è determinato dalle leggi della natura secondo il principio di causalità. Questa è realtà naturale" (33).

"La sociologie juridique ne s'est intéressé pas aux normes formant l'ordre juridique, mais aux actes par lesquels ces normes sont créées, à leurs causes et à leurs effets dans la conscience des hommes. Pour sa part la Théorie pure veut être une science spécifique du droit; elle n'étudie pas les faits de conscience qui sont en rapport avec les normes juridiques, tels que le fait de vouloir ou de se représenter une norme, mais uniquement ces normes prises en elles-mêmes, dans leur sens spécifique, de quelque manière qu'on le veuille ou se le représente. Elle ne s'occupe d'un fait que dans la mesure où il est déterminé par une norme juridique" (34). Esta excepción de pureza significa también la "prohibición" de

invadir otros territorios científicos por parte de la Jurisprudencia.

### 7.3 Separar la Tarea Cognoscitiva de la Voluntad o de los Sistemas Ético-Políticos

Esta tarea consiste en limitar la función de la Ciencia Jurídica a la tarea cognoscitiva-descriptiva de las normas jurídicas, negándole aquella otra por la cual se presentaba como "fuente de derecho". Es decir, la TPD aspira a conocer el derecho tal como es y no pretende autoconstituirse en fundamento de posibles propuestas de legislación, calificadas como absolutamente "justas" o "mejores":

"La teoria generale qual'è presentata in questo libro è rivolta ad un'analisi strutturale del diritto positivo, piuttosto che ad una spiegazione psicologica o economica delle sue condizioni, o ad una valutazione morale o politica dei suoi fini... Una scienza deve sidescrivere il proprio oggetto quale esso è effettivamente, e non prescrivere come esso dovrebbe o non essere, in base ad alcuni giudizi specifici di valore. Quest'ultimo è un problema politico e, come tale, riguarda l'arte del governo, un'attività che si occupa dei valori, e non è un oggetto della scienza che si occupa della realtà" (35).

"E' precisamente con il suo carattere anti-ideologico che la teoria pura del diritto dimostra di essere una vera scienza del diritto. La scienza come conoscenza ha sempre la tendenza immanente a rivelare il proprio oggetto. Ma l'ideologia politica vela la realtà trasfigurandola allo scopo

di conservarla e di difenderla, oppure sfigurandola allo scopo di attaccarla, di distruggerla o di sostituirla con un'altra realtà.... Ogni ideologia politica ha le sue radici nella volizione, non nella conoscenza; nell'elemento emotivo, non in quella razionale della nostra coscienza; essa sorge da certi interessi o, piuttosto, da interessi diversi da quello della verità. Tale osservazione, naturalmente, non implica nessuna posizione sul valore degli altri interessi. Non vi è possibilità di scegliere razionalmente fra valori opposti. È appunto da tale situazione che sorge un conflitto realmente tragico: il conflitto fra il principio fondamentale della scienza, la Verità, e l'ideale supremo della politica, la Giustizia" (36).

En esta acepción, pureza significa extraer a la TPD toda función política: "E proprio limitando la giurisprudenza ad un'analisi strutturale del diritto positivo, che si è separata la scienza giuridica dalla filosofia della giustizia e dalla sociologia del diritto e si è raggiunta la purezza del suo metodo" (37).

Difícilmente puede uno dudar cuál fue el sentido que Kelsen empleó con el término pura y que, hemos querido mostrar que no es el sentido apriorístico-kantiano que de modo preponderante algunos autores le han atribuido. En efecto, la pureza perdida por la Jurisprudencia, según Kelsen, se puede recuperar y mantener en el futuro, evitándose así numerosas confusiones y por tanto errores, si se observaran las limitaciones referidas anteriormente, a saber:

a) No aceptar en el nivel teórico conceptos que pertenecen a otras disciplinas.

b) No utilizar el método causal, similar al de la ciencia natural; en su lugar, se debe emplear la categoría de Imputación; es decir, no pretender ni la descripción ni la explicación de los actos o acciones humanas que crean-aplican Derecho, las normas positivas, sino tan sólo el conocimiento de éstas últimas, y

c) No tomar a la TPD como base para propuestas ético-políticas.

En efecto, éstos son los tres sentidos constatables que Kelsen quiso significar al calificar de pura a su teoría y no en cambio que ésta fuera constituida por juicios sintético-a priori o, en general, formulada con independencia de la "realidad" empírica.

D) ADOPCION DE ALGUNAS DIRECTIVAS EPISTEMOLOGICAS  
KANTIANAS POR PARTE DE KELSEN

8. El Sujeto "Crea" al Objeto de Conocimiento en el  
Acto de Síntesis Cognoscitivo

Un aspecto epistemológico en el que coinciden Kant y Kelsen es el referente a que el sujeto, en el acto de conocimiento, "produce" al objeto, o lo que es lo mismo, constituye la experiencia. "En el sentido de la teoría del conocimiento kantiano, la Ciencia Jurídica, como conocimiento del derecho y al igual que todo conocimiento, posee un carácter constitutivo y, en consecuencia, "produce" su objeto al concebirlo como una totalidad significativa. La multiplicidad de normas jurídicas generales o individuales producidas por los órganos jurídicos, que constituyen el material dado a la Ciencia del Derecho, sólo se convierte en un sistema unitario y consistente, en un orden jurídico, mediante el conocimiento de la Ciencia Jurídica. Pero esta "producción" tiene un carácter puramente epistemológico. Es cosa enteramente distinta de la producción de objetos mediante el trabajo humano, o la producción de derecho por la autoridad jurídica" (38).

Como se recordará, Kant mantiene que, mediante las categorías del entendimiento y las intuiciones puras del tiempo y espacio, el sujeto, en actos de sensación o síntesis empírica, construye la experiencia. "Le condizioni a priori di una esperienza possibile in generale sono al tempo stesso condizioni della possibilità degli oggetti dell'esperienza. Io asserisco, orbene: le categorie sopra menzionate non sono altro se non le condizioni del pensiero in un'esperienza possibile, allo stesso modo dello spazio e tempo contengano le condizioni



dell'intuizione per quella medesima esperienza. Le categorie sono dunque altresì concetti fondamentali, per pensare oggetti in generale delle apparenze, e possiedono quindi a priori una validità oggettiva" (39).

Esta experiencia es una cierta "realidad" cognoscitiva (ya que no corresponde a cómo las cosas son en sí mismas), una cierta realidad de "apariencia" (ya que nuestra constitución psicofisiológica sólo nos permite este tipo de conocimiento), misma que no existe antes de que el sujeto efectúa un acto de síntesis del material que ofrece la intuición, mediante el que pondrá en existencia un objeto cognoscitivo. "Io sono dunque consciente di un identico me stesso nei riguardi del multiplice delle rappresentazioni a me date nell'intuizione, poichè chiamo mie tutte queste rappresentazioni assieme, che ne costituiscono una sola. Peraltro, ciò equivale a dire, che io sono consciente di una loro necessaria sintesi a priori, che si chiama l'unità sintetica originaria dell'appercezione: tutte le rappresentazioni a me date devono sottostare a questa unità, ma sotto di essa devono d'altronde venir condotte mediante una sintesi" (40).

#### 9. Antes del Acto de Síntesis no Existe el Objeto de Conocimiento

Quizà una de las contribuciones más importantes de Kant a la Epistemología, consistió en hacer patente la participación del sujeto cognoscente en la constitución de la experiencia. Es decir, que en el fondo son los actos de síntesis del intelecto, la fuente o el "origen" del conocimiento empírico. Según esto, las sensaciones cotidianas no penetran o se instalan en

nosotros total y necesariamente, como si tuvieramos una tabla de cera en la que quedarán incorporadas o grabadas, independientemente de nuestra participación (tal como opinaba John Locke): "Through the senses we are caused by physical objects passively to receive all the ideas we have of the external world. Our senses, conversant about particular sensible objects do convey into the mind several distinct perceptions of things, according to the various ways wherein does objects do affect them, and thus we come by those ideas we have of yellow, white, heat, cold, hard, bitter, sweet, and all those which we call sensible qualities" (41).

Por el contrario, no sólo el investigador y el científico seleccionan o determinan el objeto de su experiencia sino que, supuestamente, todos nosotros cotidianamente, en actos de síntesis seleccionamos el material de nuestra sensación y, en esa manera, "generamos" al conocimiento; pudiéndose decir que éste, en tanto es una unidad individualmente subjetiva o fenoménica, no existía antes de dicho acto. Se podría objetar que, por ejemplo, la Torre Eiffel existe con independencia de que una pluralidad de personas haya tenido la oportunidad de conocerla de manera directa. Ciertamente, esto sería el caso contrario para Berkeley o Hegel, o los demás neokantianos, para quienes la "realidad" consiste en pensamiento, o en pensamiento científico. Pero no para Kant, quien establece que el conocimiento no coincide con la realidad del objeto físico, o la cosa "en sí", sino tan sólo con su apariencia, su imagen fenoménica o impresión sensible.

Así, el conocimiento de la Torre Eiffel por parte de dichas personas, las sensaciones o imágenes correspondientes en la mente de cada una, no existían antes de que efectuaran los actos de síntesis cognoscitivos correspondientes. Esta misma sería la posición de Kelsen. Es el acto de conocimiento que el jurista efectúa sobre las normas positivas, el "origen" indisputable del conocimiento de las mismas. Tal sería la función de la Ciencia Jurídica en tanto Jusrisprudencia descriptiva o histórica.

Es sabido que Kant adopta una posición intermedia entre el racionalismo de Leibniz y Descartes y el empirismo de Locke y Hume. Es palpable el hecho de que la obra de Kant está dirigida a refutar el pensamiento de Hume, particularmente su escepticismo respecto a la necesidad y universalidad del conocimiento científico. Este mantenía, como se sabe, que el único fundamento que podíamos tener para justificar nuestra creencia en las leyes científicas era el mero hábito o la costumbre, lo que nos indicaba la asociación accidental de ciertas ideas. Hume rechazó la creencia en la ley de la causalidad argumentando que al no poder tener la sensación correspondiente de la misma no se podía demostrar su existencia.

"All our imagining, and even our powers of wisdom and intelligence. All our imagining and even our most abstract thinking, has an empirical origin: 'every idea which we imagine is copied from a similar impression'. The test of whether an idea is genuine or spurious is to ask of it: 'from what impression is that supposed idea derived?'" (42).

No pudiendo Kant refutar esto último, respondió que dicho principio de causalidad no existía en la realidad ya que "habitaba" en el pensamiento humano, siendo su tarea, sin embargo, el hacer posible el conocimiento de aquella. De acuerdo con Kant, Hume buscaba en el sitio equivocado: nunca podríamos tener la sensación correspondiente a la causalidad porque ésta no era ni una "cosa en sí" ni un fenómeno o sensación; simplemente no era un objeto mas como los árboles o las sillas, sino una mera condición del conocimiento de las mismas. Ingeniosa solución pero, aparentemente, inverificable al mismo tiempo.

Se puede decir que al afirmar la existencia pura de las categorías, Kant revelaba una cierta dosis de platonismo, al admitir la presencia de ideas innatas en la mente humana (a tono con Descartes). A la vez, hacía avanzar un paso más al Empirismo compartido por Locke y Hume, en el sentido de que para éstos todo conocimiento provenía de la experiencia, mientras que para Kant no es que todo proviniera exactamente de la experiencia, ya que nosotros "constituimos" la experiencia. Es decir, para aquéllos las sensaciones eran "producidas" por los objetos externos; para Kant, el sujeto participaba en su "producción".

#### 10. El Conocimiento Jurídico es Fenoménico, No de "Cosas en Sí"

"L'oggetto fisico, che egli [Kant] chiama 'la cosa in sé', lo considera inconoscibile per essenza; quel che possiamo conoscere è l'oggetto come ci è dato dall'esperienza: il

'fenomeno', come egli lo chiama. Il fenomeno prodotto dal rapporto fra noi e la cosa in se, possiederà certo le caratteristiche dovute a noi, e quindi si conformerà alla nostra conoscenza a priori: questa dunque sarà vera per ogni effettiva e possibile esperienza, ma non dobbiamo supporre che sia l'applicazione di una esperienza esterna. A dispetto della conoscenza a priori, non possiamo dunque sapere nulla della cosa in se o di ciò che non sia un effettivo o possibile oggetto di esperienza. In questo modo egli cerca di comporre la controversia fra empirici e razionalisti" (43).

Creemos que el "principio genético" de la experiencia atribuido a la función de síntesis que ejerce el sujeto es, en principio, susceptible de verificación y podría representar uno de los resultados más fructíferos de la llamada Revolución Copernicana de Kant.

"Condizioni che rendono possibile la conoscenza degli oggetti sono, secondo Kant, le forme a priori della sensibilità e le categorie dell'intelletto. L'uomo non può conoscere altro che fenomeni, intendendo per fenomeno ciò che è suscettibile di esperienza. Conosciamo soltanto ciò che si manifesta sul piano fenomenico. L'assoluto è un limite insuperabile che la regione teoretica non può attingere. In rapporto alle domande nelle quali si esprime il problema dell'assoluto, la regione dà risposte antinomiche e fra loro contrarie, per cui non si può dire quale sia la vera. Non posso essere certo che l'universo sia finito od infinito: razionalmente posso trovare argomenti a pro dell'una o dell'altra tesi contraria. Posso essere soltanto certo di ciò che si manifesta nella sfera fenomenica e che mi

si offre primordialmente attraverso l'intuizione. Al di là del limite della conoscenza teoretica l'accesso all'assoluto si apre con altri mezzi sul piano della ragione pratica" (44).

No es que la experiencia (que por otra parte no existe previamente o con anticipación del acto de sensación o de conocimiento), "actùe" sobre nosotros de modo que ciertos objetos "mentales", existiendo de manera ya acabada, independientemente del sujeto cognoscente, y totalmente formados, fuera de nosotros (como si fueran monedas ya listas para usarse, por así decirlo), se proyectasen hacia nosotros dejando sus imágenes grabadas en nuestra mente, creencia compartida por Locke, como ya hemos observado: "External objects furnish the mind with the ideas of sensible qualities. Once the mind is stored with ideas through sensation, it has the capacity consciously to consider or reflect upon those ideas" (45).

En realidad, es hasta el momento en que, según Kant, de acuerdo con la unidad originariamente sintética de la apercepción, el intelecto efectúa sobre la pluralidad del material de la intuición sensible el acto de conjunción o de síntesis que, hasta entonces, se "produce", y sólo hasta entonces, la existencia de una unidad fenomènica de conocimiento que siempre es la síntesis de una pluralidad de otras intuiciones; por tanto, conocimiento de "apariencias" y no de cosas "en sí" mismas.

"La congiunzione è un atto della spontaneità della capacità di rappresentazione, e poichè tale spontaneità, per

distinguerla della sensibilità, occorre chiamarla intelletto, allora ogni congiunzione -sia che possiamo divernerne conscienti sia che non lo possiamo, sia che possa risultare una congiunzione del molteplice dell'intuizione, sia che possa essere una congiunzione di vari concetti, ed infine, sia che possa risultare una congiunzione del molteplice dell'intuizione sensibile, sia che possa esserlo dell'intuizione non sensibile -è un atto dell'intelletto, che designeremo con la denominazione generale di sintesi, per fare così osservare, in pari tempo, che noi non possiamo rappresentarci alcunchè come congiunto in precedenza, e che la congiunzione, fra tutte le rappresentazioni, è l'unica che non può essere data da oggetti, ma può essere costituita soltanto dal soggetto stesso, poichè essa è un atto della spontaneità del soggetto" (46).

Asimismo, estimamos que este principio epistemológico kantiano ha sido retomado por Kelsen, haciendo de él uno de los pilares más firmes de su TPD, al mantener que la Ciencia Jurídica sólo puede conocer las normas positivas, aquellas que sean dadas en la intuición, en una experiencia posible, estando vedado por tanto el conocimiento de normas trascendentes, del Derecho Natural, que no son dables en una intuición sensible y que por tanto, al no ser "producidas" como objetos de conocimiento jurídico en un acto de síntesis, no se puede afirmar su existencia. Por lo mismo no es fácil compartir la opinión de Renato Treves, quien sostuvo que La Lógica del Conocimiento Puro de Herman Cohen era el único fundamento filosófico de la TPD, ya que este último autor ha eliminado el acto de síntesis kantiano y propuesto, como auténtico "origen" al pensamiento

científico, actuando al margen de toda síntesis empírica o sensible.

#### 11. Diferencias Principales entre Kant y Kelsen Respecto a su Concepción de la Ciencia Jurídica

Si bien Kelsen parece compartir algunos criterios epistemológicos de Kant, en cambio mantiene una posición radicalmente diferente en relación a su concepción de la Ciencia del Derecho. En la primera parte de la *Metafísica de las Costumbres*, que Kant denomina *Principios Metafísicos de la Doctrina del Derecho*, expresa una visión apriorística de la Jurisprudencia, distinguiéndola de su aplicación al conocimiento de casos particulares, empíricamente dados: "El Derecho que es la materia del sistema bosquejado a priori formará el texto, y que los derechos o las cuestiones de Derecho que presentan los diferentes casos de la experiencia, serán la materia de observaciones extensas; de otro modo, no sería fácil distinguir aquí lo que constituye la *Metafísica del Derecho*, de lo que forma su parte experimental o práctica" (47).

Kelsen conserva en su TPD estos dos niveles, que corresponden a lo que denomina *Jurisprudencia Pura* y a su aplicación, recibiendo esta última el nombre de *Jurisprudencia Descriptiva*. La diferencia es que mientras Kant denomina a la Ciencia del Derecho *Metafísica del Derecho*, para indicar su carácter apriorista, en cambio Kelsen deja de llamarla *Metafísica* y la declara de un carácter eminentemente empírico.



Pero aun hay otra razón de fondo por la cual se diferencian sus concepciones sobre la Ciencia del Derecho. Para Kant hay dos tipos de leyes o normas jurídicas: las naturales y las positivas. Las primera pueden ser conocidas a priori por la Jurisprudencia; las segundas, sólo hasta que el legislador las "ponga": "In generale le leggi obliganti per le quali è possibile una legislazione esteriore, si chiamano leggi esterne (leges externae). Tra queste leggi, quelle delle quali può essere riconosciuto il carattere vincolante anche senza legislazione esterna, e cio a priori per mezzo della ragione, sono, quantunque leggi esterne delle leggi naturali; mentre quelle che senza una reale legislazione esterna non obbligano per nulla, e che in conseguenza senza questa legislazione non sarebbero leggi, si chiamano leggi positive" (48).

Como ya se vio, para Kelsen sólo existen aquellas normas puestas por un acto de voluntad; no existen las leyes o normas naturales y la Jurisprudencia, consecuentemente, no puede describir a éstas últimas ni debe proponerlas como modelos óptimos, o perfectos, dignos de ser adoptados por los legisladores. Es decir, que la Jurisprudencia para Kelsen no es "fuente" de Derecho.

Creemos que pudo haber sido esta estrecha conexión entre el Derecho Natural profesado por Kant, fundado en bases apriorísticas, lo que movió a Kelsen a no presentar su obra con el título de Teoría Pura y A Priori del Derecho, sino tan sólo Teoría Pura del Derecho. Para un estudioso de la talla de Kelsen, la no mención del término a priori no se podía deber

ni a un desconocimiento del problema o a una omisión accidental desprovista de propósito.

Mientras Kant quiere definir a la Justicia por medio de argumentos a priori, en cambio ésta es una de las tesis más combatidas por la TPD; misma que al negar la existencia de leyes jurídicas dadas en sí mismas, no admite que se presenten a éstas como modelos o base para determinar lo que es justo.

Así, Kant nos dice que mientras un jurista describa los contenidos normativos positivos, para un cierto lugar y tiempo, no tendrá problema para hacerlo pero que si se le pregunta por "se cio che queste leggi prescrivono sia poi anche giusto, e il criterio universale per mezzo del quale si può riconoscere in generale cio che è giusto e cio che è ingiusto (iustum et iniustum)", entonces la respuesta le será "completamente nascosta se egli non abbandona per un certo tempo quei principii empirici e (pur servendosi di quelle leggi come di eccellenti fili conduttori) non cerca le origini di quei giudizi nella ragione pura quale unico fondamento di ogni legislazione positiva possibile" (49). Y poco después agrega: "una dottrina del diritto puramente empirica è (come la testa di legno nella favola di Fedro) una testa che può essere bella ma che, ahime!, non ha cervello" (50).

Es decir, para Kant el criterio universal para determinar lo que es justo e injusto, se conoce de una manera enteramente a priori, o como él dice "nella ragione pura", ya que para él ambos conceptos son idénticos: "Poiché noi diciamo di conoscere qualcosa mediante la ragione soltanto se sappiamo che avremmo

potuto conoscere questa cosa anche se essa non ci fosse apparsa tale nell'esperienza; quindi la conoscenza razionale e la conoscenza a priori sono identiche" (51).

Por último, otra diferencia central entre ambos autores se genera por el hecho de que Kant identifica la razón práctica con la voluntad, es decir el conocimiento con la voluntad, mientras que Kelsen mantiene separadas estas dos facultades que considera completamente diferentes. Esto lo expresa Kelsen en su Teoría General de las Normas como sigue:

"Nella Filosofia di Kant non si può trovare un dualismo fra l'essere e il dover essere, già per il fatto che in base ad essa la norma morale, il dovere morale, la legge morale, procede dalla ragione intesa come ragione pratica, che è la stessa ragione la cui funzione è la conoscenza dell'essere. Kant dice chiaramente nella Grundlegung zur Metaphysik der Sitten (\*) che la ragione pratica, cioè il legislatore morale, e la ragione teorica in fondo sono una cosa sola: '...dall'altro lato, se la critica della ragion pura pratica deve essere completa, credo indispensabile che si debba anche poter dimostrare la sua unità con quella speculativa in un fondamento comune, perché in fondo non ci può essere che un'unica e stessa ragione distinta solo nell'applicazione...' " (52).

E) LA LECTURA EPISTEMOLOGICA NEOKANTIANA DE RENATO  
TREVES SOBRE LA BASE FILOSOFICA DE LA TPD

12. La Lógica del Conocimiento Puro de Herman Cohen  
como el Fundamento Filosófico de la TPD

Como se vio en el Punto 1, Sección A, del Capítulo IV, Renato Treves, un estudioso del Derecho y de la Filosofía del Derecho, sostuvo en 1934 en un importante ensayo que La Lógica del Conocimiento Puro de Herman Cohen, jefe de la Escuela Neokantiana de Filosofía de Marburgo, era el único fundamento filosófico de la TPD. (53)

De acuerdo a la lectura que este autor presentó, la Teoría Jurídica kelseniana es pura y a priori en la acepción neokantiana: sus conceptos son categorías trascendentales que hacen posible el conocimiento jurídico y no fueron obtenidas empíricamente. En su opinión, Kelsen aplicó la lógica del conocimiento puro de Herman Cohen a la Jurisprudencia. Esta Lógica sería similar a la que presenta Kant en la Crítica de la Razón Pura, pero prescindiendo de las partes que corresponden a la Estética y Dialéctica Trascendentales (54).

Así como Kant por medio de la obra mencionada intenta contestar a la pregunta de cómo es posible el conocimiento físico-matemático, Kelsen, según Treves, por medio de la TPD habría intentado responder a la pregunta de cómo era posible el conocimiento jurídico. El ensayo de Treves constituye uno de los trabajos italianos más serios sobre el tema y podría considerarse como la posición dominante.

Debe quedar claro que Treves se basa en las obras del período europeo de Kelsen y que, en general, la relación entre sus premisas y conclusiones resulta bastante equilibrada. Sobre Kelsen expresó que sus teorías: "Non possono infatti essere rettamente intese se non quando sono messe in rapporto coi principii gnoseologici e metodologici su cui si fondano" (55). Y por tal razón considera que Kelsen: "Non debbe essere perciò considerato come un semplice dogmatico che, come tale, astrae le forme vuote della materia del diritto positivo e storico, ma bensì, essenzialmente come un filosofo del diritto, che, come tale, ha affermato 'l'immanenza della filosofia nella scienza giuridica' (\*), e ha additato come scopo della sua dottrina, quello 'di mettere in stretto contatto il lontano campo della scienza del diritto con quel fertile centro d'ogni conoscenza che è la filosofia' (\*\*)" (56).

Su ensayo contiene una importante orientación que debilita el argumento central, pero sobre la que no extraeremos las consecuencias de una manera radical, habida cuenta de nuestra tesis de la "Neutralidad Epistemológica". Dicha orientación es la siguiente. Treves parece tomar el término de pura en el sentido epistemológico del idealismo trascendental, criticista o kantiano, mientras que Kelsen, como ya se vió, solamente quiso significar que su teoría estaba al margen de fines políticos y que no contenía conceptos de otras disciplinas; jamás declaró específicamente que hubiese formulado su teoría con independencia de la experiencia o en forma apriorística (57). De resultar correcta esta interpretación, como sostenemos que lo es, se debilitaría la lectura apriorista que Treves hizo de Kelsen, fortaleciéndose la lectura empirista o a posteriori

de la TPD. Con el objeto de refrendar lo anterior analizaremos algunas de las ideas principales de su trabajo.

Treves inicia su ensayo declarando que deseaba determinar el fundamento filosòfico de la TPD para entenderla mejor, asumiendo que el mismo le confiere a èsta la unidad sistemàtica que la caracteriza, aun cuando concede que ciertos de sus "pilares" se han obtenido de diversos sistemas filosòficos: "Noi riteniamo però che un ulteriore, più approfondito esame degli elementi filosofici contenuti nella dottrina giuridica del Kelsen debba far rilevare che questi, sebbene siano stati tratti da sistemi diversi, spesso opposti, possono però essere ricondotti ad un sistema unico, ad un nucleo teoretico fondamentale che, benchè, non sia appositamente e sistematicamente trattato, esiste e costituisce anzi l'elemento essenziale della dottrina pura del diritto, la quale trae appunto da questo la sua unita e la sua armonia" (58).

Desde el inicio, Treves advierte que algunos consideraban que Kelsen continuaba y desarrollaba la tarea iniciada por un jurista alemàn, Paul Laband (\*), quien ya habia formulado, si bien de manera tentativa, los rasgos característicos de la TPD, con el objeto de: "Impedire che il diritto pubblico 'cada al livello della letteratura politico-giornalistica' sostenendo che 'tutte le considerazioni storiche, politiche e filosofiche, se pure sono preziosissime di per se, non hanno però alcune importanza per la dogmatica del diritto concreto e troppo spesso non servono ad altro che a mascherare i difetti della costruzione sistemática" (59).

Treves encuentra que los opositores de Kelsen, especialmente aquéllos del neokantismo sudoccidental y la fenomenología, tendieron a asociar y unir en la misma crítica: "la concezione normologica del Kelsen, avversa ad ogni introduzione di elementi sociologo-politici nel campo giuridico, col dogmatismo giuspubblicistico del Laband" (60). Sin embargo, el propio Treves nos dice que esta tendencia que quiere considerar como análogas las teorías jurídicas de Laband y Kelsen no se puede aceptar ya que ha confundido los principios y métodos de éstas: "infatti, se nel Laband al pari che nel Kelsen, è evidente la tendenza di purificare la dogmatica giuridica da ogni elemento storico, sociologico e valutativo, profondamenti diversi sono invece i principii e le cause che hanno determinato tale tendenza" (61) y agrega: "se ben diversi sono i principii seguiti ed i risultati ottenuti dal Kelsen e dal Laband nel tentativo de purificare la scienza giuridica da ogni elemento storico, sociologico e politico, ancor più profonda é poi la diversità dei metodi adottati dai due pensatori nello sviluppo delle loro dottrine" (62).

### 13. La Tendencia a Considerar Puro como Sinónimo de A Priori

A continuación comentaremos dos pasajes donde se observa que Treves, en su lectura de Kelsen, identifica con el término Puro a los conceptos racionales, apriorísticos, en el sentido neokantiano, (sin verificar hasta qué punto Kelsen pensaba lo mismo) y, por tanto, se puede decir que Treves asumió que era indistinto decir Teoría Pura del Derecho o Teoría A Priori del Derecho. Supuesto no muy acertado ya que Kelsen no lo refrendó

explicitamente en ninguna de sus obras; hecho que, como ya se advirtió, resulta muy significativo si se considera que Kelsen dominaba perfectamente la Filosofía Criticista y no le era ajena la terminología respectiva.

Treves cita a un autor comprendido en la crítica anterior, quien sostiene: "Nel fatto le pretese forme pure non sono che generalizzazioni dell'esperienza e del diritto positivo, così da giustificare l'affermazione che il neokantismo teoretico e la filosofia del positivismo giuridico" (63). Por la cita que antecede Treves parecería contradecir su posición, no obstante enfatiza que la Escuela Jurídica Neokantiana ha combatido las tendencias sociológicas positivistas y dogmáticas, si bien su mérito principal haya estado en lo que sintetiza uno de dichos críticos: "aver orientato le menti 'verso il problema dell'apriori giuridico, elevandolo a problema fondamentale e pregiudiziale della scienza del diritto'" (64).

Asimismo cita a Binder (\*) para quien: "i concetti puri del neokantismo sono in realtà dei concetti empirici, con la differenza però ch'essi 'non poggiano sulla vera esperienza, ma sopra un'esperienza soltanto immaginaria'" (65).

Treves muestra ciertos pasajes donde expresa desconfianza en la idea central de su lectura, o cuando menos la presenta como una mera tendencia mas que un hecho objetivo. "Se si può sostenere che il Kelsen non è riuscito a dare alla sua dottrina quei caratteri di necessità e d'universale validità che costituiscono l'ideale a cui tende il neokantismo, si deve però riconoscere che egli ha sempre cercato di raggiungere questo



ideale combattendo risolutamente quella dogmatica che, come sostiene proprio il Laband avrebbe il compito 'd'analizzare le forme giuridiche d'un determinato diritto positivo, di ricondurre le nozioni particolari a dei principii più generali e di derrure poi, da questi principii, le conseguenze che essi implicano" (66).

Encontramos otras evidencias que confirman la idea de que una de las razones que influyeron en la lectura de Treves (para que supusiera que la TPD se fundamentaba en la Lógica de Herman Cohen) fue el haber tomado el concepto (o término) de Pura como sinónimo de a priori, cuando que, como ya dijimos, Kelsen no significò lo mismo, ya que èste lo utilizò para indicar que su teoria era cerrada y no perseguia fines ètico-políticos. En efecto, Treves opina que el principio de la pureza, que constituye el tema fundamental de la teoria kantiana y que està tambièn al centro de la TPD, es una razòn suficiente para mostrar que èsta ùltima "non sia una semplice dogmatica giuridica che ricerca induttivamente i principii generali da cui deduce poi le conseguenze, ma sia bensì una teoria filosofica del diritto, che appartiene alla sfera del pensiero kantiano" (67).

Agrega que aun cuando se encuentran en la TPD muchos elementos que estàn intimamente conectados con la filosofia de Kant tales como: "Quello di liberare i concetti giuridici da ogni contenuto material empirico, quello d'affermare l'antecedenza logica della scienza razionale sull'esperienza, quello di tendere verso la necessità e l'universalità poste da Kant come condizione della validità obbiettiva delle nostre conoscenze"

(68); sin embargo, "non ci si trovi certo nel caso d'un tentativo d'applicazione integrale della filosofia di Kant al campo del diritto" (69). Sosteniendo lo anterior pone en relevancia la influencia neokantiana en detrimento del estricto sistema de Kant, tal como lo recuerda Losano: "Con ragione si é quindi sostenuto che se Kelsen ha aplicado il metodo critico al campo del diritto, lo ha aplicado pero soltanto in parte, e precisamente solo in quella parte in cui si svolge la teoria dei concetti intellettivi puri" (70).

Treves hace referencia a las discusiones que se desarrollaron en el ámbito del Neokantismo jurídico, respecto a lo que debería ser una auténtica interpretación de Kant. Mientras que unos sostenían una interpretación por así decirlo ortodoxa de la Critica de la Razón Pura, otros, entre quienes se encontraban Cohen y aparentemente Kelsen, sostenían la necesidad de efectuar enmiendas al Maestro, utilizando tan sólo la Lógica Transcendental y no la Analítica ni la Dialéctica Transcendentales de la Critica de la Razón Pura. Así, Treves dice que:

"Questo abbandono delle tesi kantiane è alla base della polemica fra Hans Kelsen e Fritz Sander (\*), che, dapprima allievo di Kelsen, abbandono poi la dottrina pura per dedicarsi alla costruzione di una fenomenologia giuridica, i cui ispiratori sono Immanuel Kant, Franz Brentano e Edmund Husserl. Per Sander, il diritto è sintesi di concetti e di fatti giuridicamente rilevanti. Kelsen ha abbandonato questa Faktizität per accedere ad una Normativität estranee alla dottrina kantiana, la cui diretta conseguenza è das Dogma der

Wissenschaft als Rechtsquelle rispondendo a queste critiche, Kelsen afferma che questa innovazione gnoseologica é voluta: per lui, il diritto non fa parte della natura, né l'esperienza giuridica fa parte dell'esperienza naturale; sarebbe quindi erroneo applicare al diritto lo stesso metodo che Kant applica a la natura" (71).

Asi, aun cuando Treves específicamente afirma que "la dottrina pura del diritto può essere considerata come un tentativo più o meno consciente, d'applicare il metodo trascendentale al campo giuridico" (72) y, matiza esta observacion general advirtiendole que Kelsen no toma la Metafisica de las Costumbres de Kant (73) como una base para su teoría, sino tan sólo la Lógica como aparece en la Critica de la Razón Pura (74).

Treves agrega que el intento anteriormente mencionado pertenece a aquella dirección filosòfica que: "accogliendo l'interpretazione comunmente data alla Metafisica dei costumi, afferma che il Kant ha abbandonato in essa il metodo seguito nella Critica della ragion pura, e si propone di correggere tale errore dando una teoria giuridica trascendentale e rimanendo con cio fedele ai principi stabiliti dalla scuola di Marburgo per la quale 'la filosofia di Kant costituisce un sistema unitario'. Colui che spezza questo sistema nell'etica, e l'avrà spezzato anche nella logica. Esso è infatti tutt'un'unità da cui non si può asportare neppure una parte. Il metodo trascendentale non può essere accolto per la logica ed esser invece respinto per l'etica" (75).

Entre los argumentos que Treves expone en apoyo de su lectura neokantiana de la TPD, menciona que Rudolf Stammler efectuò una aplicaciòn al Derecho de la Critica de la Razòn Pura de Kant màs fidedigna que la de Kelsen. Creemos que èsto màs bien probaria que èste ùltimo no quisò condicionar su trabajo científico a un cierto sistema filosòfico, mientras que Stammler declarò explícitamente que intentaria realizar una teoria jurídica siguiendo estrictamente el mètodo crítico de Kant, tal como subraya Treves: "se la dottrina normativa del Kelsen può esser così considerata come un'applicazione del metodo della Critica della Ragione Pura al campo del diritto, tale applicazione è stata però certo molto meno fedele di quella fatta da R. Stammler che, già vari anni prima, dopo aver rivelato l'abbandono del metodo critico della Metafisica dei costumi seguendo l'insegnamento del Cohen aveva esplicitamente cercato di correggere tale errore " (76).

La siguiente cita de Treves tiene un doble valor. Primero, nos permite confirmar nuestra creencia de que no concibió que Kelsen emplease el concepto de puro en otro sentido muy diferente al tradicional establecido por el Criticismo Transcendental. Segundo, exhibe un argumento importante en apoyo de su lectura epistemològica neokantiana de la TPD, en oposiciòn a una lectura estrictamente kantiana: " Nella sua dottrina normativa il Kelsen, col ricercare infatti le forme pure della conoscenza giuridica, cioè le condizioni a priori dell'ordine giuridico positivo, adotta i metodi e i principii usati dal Kant nella logica trascendentale, ove si svolge appunto il sistema delle categorie, ma non riconnettono poi le categorie giuridiche, così trovate, con gli elementi ad i

principii che sono obbietto di particolare trattazione nelle due altre parti della Critica, cioè nella Estetica e nella Dialettica trascendentale" (77).

La lectura de Treves aun cuando refleja una cierta tendencia interpretativa dominante, no deja de resultar insuficientemente fundada. La opinión que manifiesta no alcanza un nivel probatorio donde, conectando los conceptos de la TPD, se muestre su deducción o filiación a las categorías de la Lógica de Herman Cohen. Sin que se muestre cómo realizó Kelsen tal aplicación, no hay pruebas suficientes para sostener en una manera más sólida dicha lectura. La mera coincidencia en el concepto Pura, término que es común a las obras mencionadas de Cohen y de Kelsen, no garantiza ni que exista realmente una conexión entre ambas ni tampoco que el segundo quisiera significar lo mismo que el primero con dicho término. Mientras no se exponga cómo se reflejan en la TPD, por ejemplo, las categorías de Cualidad, Cantidad, Relación y Modalidad, o como los principios puros y a priori de la Jurisprudencia se desprenden mediante la conexión de las mismas, la lectura de Treves no se puede concebir como plenamente fundada. Por lo contrario, como ya se expuso, creemos que sería más acertado establecer una conexión entre Kant y Kelsen, a través de la TPD, que entre éste último y Cohen.

#### 14. La Influenza Epistemològica de Kant es màs Acusada que la de Cohen

Se ha dicho que Cohen prescinde del dato de la experiencia en la "producción" del objeto de conocimiento, que significa el objeto realmente dado, mientras que Kant siempre exigió "el dato de la intuición (sensación)" como una condición del conocimiento. Esto último, en palabras del propio Kelsen, caracterizaría a la TPD: "la conoscenza stessa crea i suoi oggetti con il materiale fornitole dai sensi e secondo le sue leggi immanenti" (78). De manera que sería, en última instancia, más bien el propio sistema de Kant y no el de Cohen (ya que éste último declara que se debe prescindir de la experiencia o de la intuición sensible) el "procedimiento epistemológico" que Kelsen podría haber utilizado.

En la siguiente cita, al exponer que la categoría de la Imputación es análoga a la categoría de la Causalidad Natural, Losano nos permite constatar la manera en que Kelsen aplica en su teoría, no La Lógica del Conocimiento Puro de Herman Cohen, sino la Lógica Trascendental Kantiana, lo que nos faculta para afirmar la mayor contribución específica de Kant, por sobre la de Herman Cohen, a la obra kelseniana. Se recordará que la categoría de Imputación es la forma particular como la categoría de la Causalidad, que Kant propuso en La Crítica de la Razón Pura como una condición de la posibilidad del conocimiento natural, es adoptada por Kelsen en la esfera social o del "deber ser".

"Come la filosofia kantiana ritiene che la natura (quale oggetto delle scienze naturali) sia un insieme di

giudizi in cui trova espressione la legge di causalità, come nesso collegante fra loro eventi naturali, così per Kelsen il diritto (quale oggetto della scienza giurídica) è un insieme di giudizi di *sollen*, esprimenti una legge di collegamento propria soltanto del diritto. Le due leggi sono diverse, dal momento che la prima fa uso del principio di collegamento detto causalità, mentre la seconda fa uso di un principio diverso, detto imputazione, ma le due leggi sono analogue, in quanto collegano necessariamente l'una la causa con l'effetto, l'altra l'illecito con la sanzione: dato un elemento deve verificarsi anche l'altro" (79).

Una identificación completa de la Epistemología de Cohen con la de Kelsen resulta muy difícil de sostener, ya que si bien pueden coincidir en algunos aspectos generales, no lo hacen en otros más decisivos. Por ejemplo, y como ya se argumentó anteriormente, no se puede sostener que la TPD haya excluido la participación de la intuición en el proceso cognoscitivo (sobre todo si se considera el segundo periodo de Kelsen), mientras que esta exclusión es fundamental para Cohen, de acuerdo con Losano: "Se la conoscenza, per Kant, era una sintesi che presupponeva un dato empirico, per i Neokantiani questo dato é bandito e, al concetto di sintesi, si sostituisce quello di produttività della conoscenza" (80).

Mientras que para Cohen, y en cierta manera al igual que para Hegel, el conocimiento "crea" la realidad externa, en cambio para Kelsen, moviéndose más en la dirección de Kant, la creación del objeto de conocimiento ocurre solamente en relación a su aspecto fenoménico, formal (como si se produjeran

las imágenes de dichos objetos y no los objetos mismos, como sostendría Cohen) y no incluye la realidad material; la existencia corporal de lo que se va a conocer. De ahí que Kelsen reconozca el relativo grado de subjetividad que implica el que, en el acto de conocimiento, el objeto sea "creado" como un fenómeno o como una imagen:

"Potrebbe sembrare che una conoscenza la quale produce i propri oggetti non possa pretendere per i suoi guidizi che una validità soggettiva" (81). "Vi è effettivamente il pericolo di cadere in un avviso senza fine di soggettivismo, in un solipsismo sconfinato, se non riusciamo ad ancorare la verità ad un reame trascendente superiore ad ogni umana conoscenza. Il nostro tipo (di filosofia) scongiura risolutamente questo pericolo, mettendo costantemente l'accento su di una conoscenza che crea i suoi oggetti in conformità a leggi, e considerando la dimostrazione di questa conformità come uno dei suoi compiti principali" (82).

En el siguiente pasaje, Kelsen manifiesta también que se ha guiado por el criticismo kantiano en la formulación de la norma hipotético-fundamental a la que considera un principio lógico-transcendental del conocimiento. Refiriéndose a la norma fundamental, Kelsen dice: "Dal punto di vista del positivismo giuridico, costituisce il postulato ultimo e la base ipotetica di qualsiasi ordinamento giuridico positivo e delega la suprema autorità di produzione del diritto. Proprio come i principi logici trascendentali della conoscenza non sono leggi empiriche ma soltanto le condizioni di ogni esperienza, così la norma ipotetica funziona come condizione di tutte le norme giuridiche



positive. E come non si può conoscere il mondo empirico dai principi logici trascendentali, ma semplicemente per mezzo di loro, così il diritto positivo non può esser derivato dalla norma fondamentale, come il primo fatto produttivo di diritto, dipende interamente dal materiale da intendersi come diritto positivo, ma può essere semplicemente compreso per mezzo suo" (83).

En seguida se puede observar la formulaciòn textual de la lectura de Treves: "Se si considera che la dottrina pura del diritto, col limitarsi alla determinazione delle forme a priori della conoscenza giuridica, si è valsa dei principi e dei metodi della logica di Kant escludendo però da essa tutti quei motivi che si riferiscono alla Estetica ed alla Dialettica trascendentale ed abbandonando i concetti kantiani di conoscenza, d'esperienza e di sintesi, si può infatti facilmente rilevare che il Kelsen, attraverso la sola elaborazione del problema giuridico, è giunto ad apportare nel campo del diritto, quelle medesime riforme che il Cohen apportò al pensiero kantiano nel campo teoretico, e si può dopo più approfondito esame, finir d'affermare che la Logica della conoscenza pura costituisce addirittura il fondamento filosofico della scuola giuridica viennese, la quale ha dato una applicazione di questa logica al campo del diritto che, sotto certi aspetti, è più fedele di quella data dallo stesso Cohen nella sua Etica della volontà pura" (84).

## 15. Refutaci3n a la Lectura Aprioristica de la TPD

Uno de los varios argumentos centrales que Treves formula como base de su lectura y que hace destacar al comienzo de la cita anterior, es que los conceptos de la TPD no son de un origen empírico sino formas a priori, en el sentido kantiano, del conocimiento jurídico. Sin embargo, Kelsen, en varias ocasiones, declara específicamente lo contrario; es decir, que sus conceptos son empíricos o si se quiere a posteriori: "La teoria generale del diritto positivo delinea qui si propone di pervenire ad una esposizione scientifica di quei particolari ordinamenti giuridici che costituiscono le corrispondenti comunità giuridiche. Questa teoria, che è il risultato di un'analisi comparata dei diversi ordinamenti giuridici positivi, fornisce i concetti fondamentali con i quali si può descrivere il diritto positivo di una data comunità giuridica" (85).

Entonces, ¿quién está en lo correcto Treves o Kelsen? Como se puede observar en la cita anterior, Kelsen declara que obtuvo su teoría mediante la comparación de diversos sistemas jurídicos positivos, lo que significa que primero, acudiendo a la experiencia, obtuvo las intuiciones o sensaciones de los que después, por abstracción, pudo formular los conceptos básicos de su sistema. Es claro que en ningún momento declara que haya obtenido su teoría independientemente de la experiencia. Pero si pudiese haber todavía alguna duda, en la siguiente cita subraya de una manera clara y suficiente el empirismo de su método, al volver a declarar que sus conceptos no eran formas a priori cuya existencia era independiente de la experiencia,

sino conceptos formados por abstracción y generalización sobre la base de comparar las "sensaciones" o "fenómenos normativos":

"The pure theory of law is a theory of positive law - a general theory of law, not a presentation or interpretation of a special legal order. From a comparison of all phenomena which go under the name of law, it seeks to discover the nature of law itself, to determinate its structure and its typical forms, independent of the changing content which it exhibits at different times and among different peoples. In this manner, it derives the fundamental principles by means of which any legal order can be comprehended. As a theory, its sole purpose is to know its subject. It answers the question of what the law is, no what it ought to be. The latter question is one of politics, while the pure theory of law is science" (86).

#### 16. Kant y Cohen: Diferencias Epistemológicas

A continuación presentaremos una cita en la que Treves expone con magistral claridad las diferencias principales entre las teorías del conocimiento de Kant y Herman Cohen, concepción que compartimos. Según Treves, de acuerdo al Idealismo Neokantiano, el pensamiento científico es el "origen" de la "realidad" en tanto objeto de conocimiento, por lo que, ésta no puede concebirse como existiendo ya en sí misma, antes o con total independencia de aquél, porque el principio "originante" que se le atribuye a la ciencia sería contradicho. Es decir, antes de que el pensamiento actúe, o conozca, nada puede existir o ser dado. La "realidad" sólo "surge" o "brota" del conocimiento científico. Este es el reproche que Cohen hace a Kant: haber

propuesto que en el proceso cognoscitivo participaban, por un lado, el dato de la experiencia y, por el otro, las categorías del conocimiento. De manera que, en cierta medida, los objetos físicos o fenómenos, de donde "amanaban" las sensaciones, se deberían asumir como existiendo antes o con independencia del pensamiento científico; es decir, antes de que el conocimiento los "generase":

"Per convincerci di queste affermazioni si può anzitutto osservare che, al pari del Kelsen, il Cohen riducendo la prima parte del suo sistema filosofico alla determinazione del complesso delle attività razionali per cui lo spirito si costruisce la realtà qual'è data dalla scienza, ha svolto semplicemente una logica nel senso kantiano, una logica trascendentale, da cui è quasi escluso ogni riferimento all'Estetica e alla dialettica ed in cui è risolutamente respinta la concezione kantiana di conoscenza ch'egli qualifica come erronea perchè si fonda sull'unità della coscienza e perchè, affermando che il pensiero è preceduto dall'intuizione sensibile, finisce col dare al pensiero un principio posto fuori del pensiero stesso" (87). "Erroneità che il Kelsen ha intuìta, ma che il Cohen già spiegò in modo più chiaro e preciso e cercò anzi di correggere svolgendo la sua concezione di conoscenza pura che si determina mediante il pensiero puro che, come piena spontaneità, non è legato a qualcosa di dato e d'esistente fuori di sè medesimo" (88).

La Lógica del Conocimiento Puro de Herman Cohen, formulada como una Epistemología, de hecho, deviene una Ontología ya que se presenta como una respuesta más, de la serie histórica, acerca

de cuál sea el "origen" de la "realidad". Obsérvese como de acuerdo con Losano también para el Neokantismo, el conocimiento no requiere de las condiciones principales establecidas por la Epistemología de Kant, a saber: el dato sensible o de la intuición, el acto de síntesis y la participación de las intuiciones puras de tiempo y espacio. Sin embargo, no hay elementos que permitan afirmar que en sus obras maduras Kelsen haya renunciado a estas tres condiciones. De ahí que podamos considerar que su posición sea más cercana al pensamiento de Kant que al Neokantismo de Herman Cohen; si bien es cierto que la TPD no necesariamente sea resultado de la aplicación del método trascendental a la Ciencia Jurídica.

"Di fronte al concetto ed alla realtà, pertanto, l'attenzione di Kant si rivolge soprattutto al concetto, mentre l'attenzione dei neokantiani si rivolge esclusivamente al concetto: quindi -in quella particolare applicazione del metodo trascendentale al diritto che è la dottrina pura di Hans Kelsen- individuato nel Sollen il concetto che garantisce la necessità e la validità generale della conoscenza, esso non ha bisogno di essere unito in sintesi con alcunchè di reale, per consentire la conoscenza del diritto, ma al contrario, va tenuto nettamente separato dal reale, dal Sein, perchè questo è estraneo al processo conoscitivo in cui la scienza giuridica genera il suo oggetto" (89).

Según esto, el pensamiento científico crearía la "realidad" en su función cognoscitiva misma y, consecuentemente, no se podía admitir que existiera algo "fuera" o independientemente de dicho "origen". "Sostituendo cioè al principio kantiano di

sintesi, che presuppone sempre un dato sensibile, il nuovo principio dell'origine, della fecondità del pensiero puro che, posto fuori del centro della coscienza è essenzialmente produzione autoctona, principio di sé medesimo, senz'alcun contatto con la sensazione o la rappresentazione" (90).

#### 17. El Criterio de la Pureza como el Argumento que Vulnera la Lectura Neokantiana de la TPD

¿Cuál es el origen de la "realidad jurídica", del Derecho, la Ciencia o las decisiones positivas?. Precisamente, porque La Lógica del Conocimiento Puro de Cohen es presentada como un "origen puro" de la realidad objeto de conocimiento, en este caso las normas positivas, es que Kelsen no pudo haberla adoptado pues vendría a representar una respuesta contraria o una duplicación del principio explicativo central de su TPD, a saber: los actos de voluntad legislativos. La objeción que formulamos en contra de una lectura epistemológica neokantiana de la TPD consiste en el hecho de que si se asumiera que efectivamente la Ciencia Jurídica "crease" la "realidad jurídica" entonces, ésto vendría a contradecir el criterio de realidad empírica de las normas que Kelsen hace radicar en los actos de voluntad legislativos positivos, que mencionamos anteriormente.

Por esta razón, Kelsen no pudo haber asumido a la Lógica de Herman Cohen como el fundamento de su teoría. Kelsen no podía mantener ambos "origenes": el Epistemológico y el Científico-Jurídico, respectivamente. Antes bien, una de las razones por las que denominó pura a su teoría fue el propósito de establecer que ésta no era "fuente normativa", que ella no

"creaba" a las normas; sino que sólo aspiraba a conocer y describir los Ordenes Normativos, que fuesen ya empíricamente dados. Tan es así que, en sus obras del período americano, a las que Treves no pudo considerar en su ensayo realizado básicamente con las obras del período europeo, Kelsen casi no volvió a referirse a Cohen, ni mucho menos declaró que su teoría aspiraba a ser "origen" de la "realidad jurídica". La oposición entre los dos pensadores no podría ser más radical. Si para Cohen el pensamiento científico "creaba" la realidad normativa; para Kelsen, eran los actos concretos de legislación, decididos en todas las etapas que conforman a un sistema jurídico, el único "origen" de las mismas. Como se trata de dos respuestas para el mismo problema, sólo una puede permanecer.

En consecuencia, nada está más lejos de la realidad que atribuir a Kelsen "una concezione del diritto come complesso di concetti intellittivi prodotti da un'attività conoscitiva pura indipendente da ogni dato sensibile" (81), como tampoco la opinión de que el concepto puro del "deber ser", se pueda considerar el "origen" del Derecho:

"Concezione che, come si vede è quindi intimamente unita a quel principio della produttività del pensiero che il Cohen sostituì a quello kantiano di sintesi e che il Kelsen sviluppò implicitamente nella sua dottrina giuridica stabilendo che l'origine del diritto sta nel puro concetto del dovere che (\*) come l'assoluta origine della logica della conoscenza pura, essendo l'unità creatrice della realtà giuridica è essenzialmente un atto di unione e distinzione (\*\*)" (92).

Treves menciona explicitamente que la Ciencia Juridica "crea" al Derecho, a las normas. Si esto pudiera haber constituido una aparente duplicación que el joven Kelsen no habia percibido, no se podria afirmar lo mismo en relación con sus obras de madurez, de manera que no podemos compartir la opinión de Treves al respecto: "E più precisamente la copula d'una relazione normativa a cui si riduce tutto il diritto della scienza del diritto che è creato da questa, in quanto per Kelsen il rapporto giuridico non è un rapporto naturale a cui l'ordinamento giuridico accede ponendo la norma, ma è un rapporto entro e verso l'ordine giuridico, è una relazione istituita e posta dalla norma giuridica stessa" (93).

Después de haber analizado un ensayo de Kelsen, Treves señala un argumento por el cual no cree que Kelsen haya sido influenciado más por Vaihinger que por Cohen; mostrando nuevamente, en forma clara, como la base de su lectura epistemológica neokantiana de la TPD, consistió en atribuirle a Kelsen, tal como opinaba Cohen, la creencia de que la Ciencia "producía" la realidad materia del conocimiento, con independencia del dato de la sensación y, por tanto, contradiciendo el "origen" decisional de las normas propuesto por la propia TPD:

"Mentre per Vaihinger la realtà in sé è inconoscibile e la funzione giuridica è una finzione scientifica identica alla finzione concscitiva ed alle altre finzioni della scienza della natura a cui è assegnata la caratteristica d'essere in contrasto colla realtà, per Kelsen tale finzione ha invece un



significato e un carattere del tutto diverso. Per lui, come per Cohen, la realtà non è infatti inconoscibile per il pensiero, ma è anzi prodotta da questo che, assoluta origine, crea due mondi distinti: quello dell'essere o della natura, quello del dovere o dello spirito, ed il diritto della scienza del diritto creato e non scoperto dal pensiero non è una finzione, come sostiene il Veihinger, ma è bensì una realtà che appartiene al regno dello spirito e non è in contrasto con la realtà naturale perchè, fra i due regni, ogni contrasto sarebbe impossibile" (94).

#### 18. Losano Coincide con la Lectura de Treves

En relación a la lectura de Renato Treves, según la cual la Lógica del Conocimiento Puro de Herman Cohen (95) es el fundamento lógico de la TPD, Losano, que como ya se dijo es un gran conocedor de Kelsen, en general, está de acuerdo. Examinemos algunas de sus razones principales. En su opinión, la primera obra de Kelsen (96) parece paralela y complementaria a la Ethik des reinen Willens de Herman Cohen (97). El aspecto principal de coincidencia es la determinación del objeto de conocimiento por la dirección del método de conocimiento.

"A risolvere questi problemi contribuì indirettamente una recensione dei Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, edita nelle "Kant Studien", del 1912, la quale parla della dottrina pura come di un'applicazione al diritto del metodo trascendentale: attraverso tale critica, Kelsen viene a conoscenza dell'opera Ethik des reinen Willens di Herman Cohen, che, seppur ignota al Kelsen dei Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, sotto più d'un aspetto sembra parallela e complementare ad essi; in particolare, ov'essa afferma il nesso fra oggetto della conoscenza e direzione della conoscenza, nel senso che l'oggetto è determinato dalla direzione della conoscenza" (98).

De acuerdo con Losano, Kelsen aplicando este principio, según el cual el objeto es determinado por la dirección del conocimiento, funda la identidad entre Estado y Derecho; si

èste consistia en un sistema normativo, aquèl no podìa ser otra cosa que dicho sistema. Aparte del orden normativo, el Estado no podìa ser otra cosa: "Accogliendo questa concezione, Kelsen può fondare filosoficamente l'identità fra stato e diritto: considerare lo stato dal punto di vista giuridico vuol dire concepire lo stato come diritto; se lo si pensasse come qualcosa di diverso, non sarebbe più oggetto di conoscenza giuridica. Nella Allgemeine Staatslehre (1925), quando inizia a parlare dello stato come ordinamento giuridico e della sua identità col diritto, Kelsen s'appella esplicitamente agli argomenti di Cohen" (99).

Sin embargo, dicha identidad entre Derecho y Estado, no es filosòfica en el sentido de que el Derecho pueda ser concebido como la forma sustancial del Estado, sino mas bien una identidad teòretico-científica. Al igual que Treves, Losano también menciona una coincidencia crítica entre Cohen y Kelsen respecto de la Epistemología de Kant, a quien reprochan el contradecir el poder "genético" del pensamiento científico, al afirmar que el dato de la intuición existia con anticipación, o con independencia de aquèl. Ambos autores coincidían en que esta contradicción se podria eliminar reduciendo todo al pensamiento.

" Nell'opera di Cohen, Kelsen trovò l'ordinata esposizione di una critica alle concezioni kantiane, da lui condivisa: se, come afferma Kant, l'intuizione precede il pensiero, questo ha un principio esterno a sé medesimo; tale contraddizione può essere eliminata riducendo tutto al solo pensiero. Per questa via, come già si è detto, Cohen

sostituisce alla sintesi propria di Kant, il concetto di produttività del pensiero puro, dando ampio fondamento filosofico ai principi metodologici di origine genericamente neokantiana, applicati da Kelsen al diritto" (100).

De acuerdo con Cohen la función de síntesis kantiana se debería eliminar, ya que requería del elemento de la intuición para realizarse, y en su lugar propone el concepto de productividad del pensamiento. En este momento, como ya advertimos, la Epistemología de Cohen se convierte, simultáneamente, en una respuesta al problema clásico de la Ontología: el pensamiento científico es presentado como el "origen" de la "realidad". Esto lo refrenda otro autor italiano quien cita algunos pasajes esenciales sobre el pensamiento de Herman Cohen, contenidos en una obra inglesa dedicada específicamente a su estudio:

"Il sistema di Cohen è un deciso, estremo, idealismo que afferma che l'essere è totalmente radicato nel pensiero (BERGMAN, Herman Cohen. Londra, 1958, pag. 27). (\*) Quale la sua relazione con Kant?. "...Kant indubbiamente ritenne che il pensiero costituisce il mondo, ma che i materiali di cui il mondo è costituito sono "dati" a noi, e non da noi prodotti". Il tema fondamentale di questo neo-kantismo è dunque quello della creatività dello spirito: "che il pensiero produce ogni cosa che sta fuori di esso" e di nuovo "che il pensiero deve creare il suo proprio materiale (pag. 27),(\*\*) "e poi ancora "che il pensiero "produce" il mondo delle cose. Cohen quindi introduce il fondamentale concetto di "produzione", concetto in cui si concreta la sovranità del pensiero. Il pensiero "produce" i suoi propri oggetti" (pag. 28)" (101).

Losano interpreta que son dos las influencias decisivas de Cohen en Kelsen. Por la primera, Kelsen puede sostener que a la Ciencia Jurídica no le compete describir la realidad empírica, en oposición a juristas kantianos para quienes el conocimiento requería la conexión entre las categorías puras del entendimiento y la sensación. Por la segunda, Kelsen puede proponer la eliminación de todo elemento de tipo físico y político. Creemos que no hay tales influencias sino que, se trata de una sola y que, además, no es por las razones que esgrime Losano. A continuación desarrollamos nuestros argumentos.

Vamos un pasaje donde Losano describe la primera influencia: "Da un lato, il dogma della produttività del pensiero è la base della costruzione kelseniana del diritto, intesa come complesso di puri concetti intellettivi; essa porta Kelsen ad eliminare della scienza giuridica ogni riferimento alla realtà e ad entrare così in contrasto con la teoria di Kant" (102). Como hemos visto, Kelsen propuso eliminar la realidad físico-natural, los actos humanos, como objeto de conocimiento jurídico, no porque creyera que su teoría era capaz de "generar" la realidad empírica, lo cual de suyo resulta bastante extraño, sino más bien, por la necesidad de mantener la identidad de la dirección metódica. Es decir, propuso no ocuparse de la "realidad" física a cambio de la "realidad" social, propia de la Ciencia Jurídica, a saber: las normas.

También hemos visto que estos conceptos no eran puros en sentido apriorístico, sino tan sólo en cuanto describían

exclusivamente a las normas. Estas eran concebidas como "unidades espirituales", ciertamente, pero poseyendo una realidad. La suya no era una teoría que describiera la nada, lo irreal; sino la "realidad" específicamente normativa. La Ciencia Jurídica no puede describir a los hechos físicos ya que están fuera de su competencia, lo que, como se recordará, Kelsen repetidamente nos advierte mediante la exigencia de mantener la dirección o pureza metódica. De ahí que esto no necesariamente se tenga que explicar desde la lógica de Cohen, ya que resulta como una mera consecuencia de la Hipótesis Ontológica Dualista sobre la cual Kelsen basa su teoría y que presenta como la oposición absoluta entre el "ser" (realidad física) y el "deber ser" (realidad normativa).

El Derecho concebido "come complesso di puri concetti intellettivi", no se aplica ni a la TPD ni a la realidad objeto de conocimiento propuesto por aquella. En tanto teoría científica, la TPD es presentada por el Kelsen maduro como una teoría empírico-inductiva. La realidad del Derecho desde una visión dinámica se concibe como un proceso genético de normas, que aun cuando poseen una consistencia espiritual existen en el tiempo y en el espacio; esto es, son reales. Por lo tanto, el llamado "dogma della produttività del pensiero", no se manifiesta en la manera mostrada por Losano, ya que los conceptos de la TPD son a posteriori. Además, no se puede considerar que su función descriptiva contrarie la exigencia kantiana del "dato de la intuición", como una condición del conocimiento, ya que mediante los actos de conocimiento que menciona Kelsen se entra en contacto con una "realidad"; esto es, con un objeto de la intuición, si bien ésta no sea física.

sino de tipo social o espiritual, a saber: las normas positivas.

En cuanto a la segunda influencia de que habla Losano, según la cual: "Dall'altro lato, in ossequio al principio filosofico scelto come fondamento della costruzione, tutta la critica kelseniana contro la dottrina giuridica tradizionale mira ad eliminare elementi naturalistici o metafisici dalla scienza del diritto" (103). Esta eliminación de los elementos metafísicos o naturalistas, como acabamos de ver en la página anterior, es una mera consecuencia de la Dirección Metódica: es el resultado de suponer que la "realidad" está constituida por la sociedad (el orden jurídico) y la naturaleza. De modo que si la TPD se había formulado para conocer a la primera, por tanto se debería abstener de considerar a la segunda. Estaríamos de acuerdo con Losano si el conviniera que esta Hipótesis Ontológica referida (naturaleza y sociedad) es "il principio filosofico scelto come fondamento della costruzione", y no el dogma de la "productividad" del pensamiento, como Losano aparentemente mantiene.

Por lo anterior podemos concluir que, en el fondo, el principio de la dirección metódica es presentado por Losano, como la influencia central de Cohen sobre el joven Kelsen. Lo curioso es que el propio Cohen no la aplicó plenamente en su teoría jurídica, como opina Treves: "Il Kelsen, evitando ogni considerazione di carattere metafisico, è riuscito a dare un'applicazione della Logica della conoscenza pura al campo giuridico che, per certi rispetti è più coerente di quella data dallo stesso Cohen" (104).

### 19. La Lectura Epistemológica Neokantiana Propiciaba Concebir el Derecho de una Manera Formal

De acuerdo con Losano la estructura y evolución de la TPD han estado determinadas desde un principio por el rigor con que Kelsen ha aplicado sus propias premisas filosóficas. "La Reine Rechtslehre, publicada en 1960, è l'espressione compiuta di una teoria che, da cinquant'anni, è al centro di polemiche tra filosofi del diritto d'ogni scuola. Fra la presente edizione e la prima formulazione della dottrina pura del diritto, avvenuta nel 1911, si notano differenze notevoli. Questa evoluzione -che non ha prodotto, ma anzi ha eliminato contraddizioni interne al sistema- è dovuta sia a cause esterne alla teoria stessa (la crisi della prima metà di questo secolo) sia a cause ad essa interne (il rigore con cui Kelsen ha applicato, in ogni opera e ad ogni problema, le proprie premesse filosofiche)" (105).

El mismo autor parte del supuesto de que concebir la "realidad jurídica" en sentido meramente formal, como un sistema de normas, es una debilidad de la TPD, limitación propiciada por dos circunstancias. Que en su primera obra importante, tenía una concepción estática del Derecho donde no se contemplaba el proceso genético del mismo, y porque se había basado en la Epistemología de Herman Cohen, la que al afirmar, como ya se vio, que "el método de conocimiento generaba al objeto", propiciaba interpretar la naturaleza del Derecho en un sentido formal.



"L'accusa di concepire formalmente anche la realtà giuridica venne un tempo rivolta a Kelsen, adducendo sia cioè ch'egli aveva scritto nella sua prima opera importante, ove considera il diritto come fenomeno soltanto statico, sia il fatto che egli si richiama alle teorie epistemologiche della scuola neokantiana di Marburgo, nella formulazione di Herman Cohen, secondo cui non esiste un oggetto di conoscenza, da indagare secondo il metodo di una certa scienza ma semplicemente il procedimento di conoscenza, che genera il suo oggetto" (106).

Como el método cognoscitivo o pensamiento científico era por sí mismo una entidad formal o espiritual, entonces el objeto de conocimiento que "creaba" tenía que ser esencialmente análogo. Esta es la idea que subyace en la argumentación de Losano referente a este punto. De ahí que nos parezca que una concepción ontológica era en el fondo la razón para formular una lectura epistemológica de tipo idealista de la TPD, como se puede observar en la siguiente cita: "si può dire -afferma un neokantiano (\*)- che l'oggetto della conoscenza sorge soltanto nel giudizio scientifico e proprio questo è il senso della rivoluzione copernicana di Kant; in altre parole, per questi filosofi la concezione formale del diritto non sarebbe un mezzo per conoscere la realtà giuridica, ma coinciderebbe con questa" (107). Sobre esto volveremos más adelante.

La Epistemologia Neokantiana tendia a anular la diferencia entre conocimiento y objeto de conocimiento, razón por la cual se le consideraba "formalista" y, por ende, poco adecuada para enfrentar toda la problemática de la Ciencia Jurídica, ya que

quedaban fuera las acciones jurídicas. Aquí se puede constatar cómo la circunstancia que la ciencia fuese considerada "un objeto espiritual" y la realidad que iba a conocer también fuese consecuentemente considerada del mismo tipo, fue un argumento decisivo que aparentemente hizo pensar a Losano que la Epistemología Idealista era el fundamento de la TFD.

Pero como hemos expresado, lo que permitía concebir a las normas como objetos espirituales no era la manera racionalista o empirista como se les conociera, sino el hecho de que se asumiera que la realidad estaba compuesta de "sustancias originarias" (al espíritu y la materia), y que las normas pertenecían a la primera. Mientras Losano parece creer que para Kelsen el pensamiento científico-jurídico "generaba" a las normas como si éstas fueran una "realidad espiritual" (razón que explica el que Treves haya opinado que la Epistemología de Cohen era el fundamento filosófico de la TFD), nosotros vemos en la Hipótesis Ontológica Dualista la explicación más adecuada; supuesto que ésta vale no sólo para el período inicial o europeo de Kelsen, como es el caso de la Epistemología de Herman Cohen, sino también para el período americano, en el cual Kelsen prácticamente no vuelve a hacer referencia al Neokantismo.

En efecto, Losano observa que cuando la TFD se presentó con un sentido dinámico, se atenuó su formalismo, lo que sirvió para dividir la obra de Kelsen en los períodos europeo y americano. Según esto, en el primero dominó la concepción "formalista" del Derecho a indirectamente una actitud epistemológica neokantiana; en el segundo, una concepción "dinámica" y una actitud epistemológica empirista: "Si può dire che queste

polemiche avessero originato una duplice imagen de la doctrina kelseniana: en Europa se sottolineó el carácter formalístico de la doctrina subvalorando aquellos elementos dinámicos que en vez de unían las concepciones de Kelsen a teorías diversas y opuestas al formalismo jurídico; en vez en los Estados Unidos (no involucrados en la polémica) se vieron en Kelsen aquellos elementos realísticos y empíricos, más cercanos a la sensibilidad jurídica anglosajona" (108).

Es característico del segundo período la aceptación de la Sociología Jurídica como complemento de la Jurisprudencia normativa. "Mientras un tiempo había rechazado la Sociología jurídica como ciencia dirigida a fenómenos naturales ( y por lo tanto sin puntos en común con la ciencia del derecho), en seguida terminó por admitir la jurisprudencia sociológica como ciencia complementaria a la jurisprudencia normativa" (109).

#### 20. El Dualismo Ontológico de "Ser" y "Deber Ser" como Fundamento Filosófico de la TPD

Losano parcialmente introduce como fundamento filosófico de la TPD un criterio ontológico, en detrimento del criterio epistemológico que su maestro Renato Treves había enfatizado. Dicho criterio ontológico consiste en la antítesis absoluta del "ser" y "deber ser". Sin embargo, Losano no alcanza a enunciarla como una hipótesis ontológica fundamental, como tampoco discute si ésta era interaccionista o paralelista. Simplemente se da cuenta que la TPD se caracteriza, desde que se presentó por primera vez, por esta antítesis que se mantiene a través de su evolución:

"Nei Hauptprobleme der Staatsrechtslehre l'antitesi fra Sein e Sollen, fra essere e dover essere, che già servi a Kant per fondare l'autonomia della ragion pratica rispetto alla ragion teoretica, serve a Kelsen per fondare l'autonomia del diritto rispetto al mondo naturale" (110). "Anche la Teoria generale delle norme sostiene il dualismo irriducibile tra essere e dover essere e critica tutti i tentativi di ricondurre il dover essere all'essere" (111).

## 21. Conciencia en Losano de la Recta Significaciòn Kelseniana de Pura

Segùn Losano, Kelsen tiene en comùn con Karl Friedrich von Gerber, Paul Laband y Georg Jellinek, el propòsito de realizar la purificaciòn de la Ciencia Jurídica de cualesquier elemento naturalístico. Asimismo, para Losano, el sentido del término pura no es una señal del carácter apriorístico de la TPD sino que consiste en la separaciòn del Derecho de otras disciplinas con las que no se debe confundir ni mezclar: "La dottrina pura del diritto nasce come actio finium regundorum, perseguendo l'eliminazione radicale di tutto ciò che di psicologico o sociologico sia stato introdotto nella conoscenza giuridica: fondandosi sul materiale offerto dal diritto positivo (questo significa il termine Recht), si mira a costruire una teoria (Lehre) descrittiva tale diritto quale scienza autonoma rispetto alle altre discipline: in questa autonomia consiste appunto la purezza (Reinheit) de la scienza giuridica" (112).

De manera que es difícil encontrar la razón por la cual secunda a Treves quien, como ya se viò, opina que la Epistemología de

Cohen fue aplicada por Kelsen en la formulación de su teoría. Nada más contrario a la Epistemología neokantiana que la frase anterior de Losano: "fondandosi sul materiale offerto dal diritto positivo", ya que ella significa que los conceptos de la TPD se obtuvieron de la experiencia, mientras que el Neokantismo rechaza específicamente esta vía. Consecuentemente, el concepto o término pureza no es un argumento válido para sostener que la TPD sea una teoría apriorística, cuyos conceptos fundamentales hayan sido formulados con independencia de la experiencia. Aparte de que, como ya se dijo, la actitud epistemológica supuestamente asumida por una teoría científica, no es razón suficiente y necesaria para determinar su valor, sino que deben ser sus resultados los que finalmente lo definen; con independencia del ropaje epistemológico con que la teoría científica de que se trate se presente a la crítica.

Losano establece en el siguiente pasaje la proveniencia del fundamento epistemológico y ontológico de la TPD respectivamente sin percatarse aparentemente del específico carácter del segundo, mismo que presenta simplemente como una mera distinción sin enunciar, específicamente, a dicho fundamento ontológico: "Infatti, dalla figura più rappresentativa della scuola di Marburgo, Hermann Cohen, Kelsen desume i concetti fondamentali della sua gnoseologia; da Wilhelm Windelband e da Georg Simmel, esponenti della scuola tedesco-sudoccidentale, Kelsen trasse soprattutto la distinzione tra Sein e Sollen" (113).

Estos dos fundamentos son independientes y no necesariamente coinciden. Visto de modo general el término filosófico no

ofrece mayor problema. Pero cuando dice: "gli avvenimenti esterni (che spesso condizionano le polemiche contro Kelsen ed i suoi incontri con nuove correnti di pensiero) e la volontà di realizzare in ogni singolo problema le premesse filosofiche da cui egli si muove sono, dunque, le cause principali dell'evoluzione della dottrina di Kelsen" (114), no se puede menos que suponer que con dichas "premesse filosofiche" se refiera tanto al sentido epistemológico como al ontológico. Es decir, que la Lógica de Cohen así como la Hipòtesis Ontològica Dualista que supone la separación absoluta entre naturaleza y sociedad, son las causas principales que explican la evolución de la TPD.

Pero èsto no hace mucho sentido respecto a la posición epistemológica basada en Herman Cohen, misma que si bien pudo haber tenido influencia en el joven Kelsen, hemos visto que en su época de madurez la sustituyó por una posición empirista. De manera que èsto debilita el argumento epistemológico como explicación de la evolución progresiva experimentada por la TPD. Por consecuencia, las premisas filosóficas de que habla Losano, se deben tomar nada mas en su acepción ontológica. Esta lectura coincidiría con una de las tesis centrales que se presentan en este trabajo: que la Hipòtesis Ontològica Dualista Paralelista explica no sólo la evolución de la TPD, sino su composición unitaria, sus características básicas, así como su función y límites, como se expuso en la Introducción.

## 22. Predominio en Losano del Fundamento Ontológico sobre el Epistemológico

En relación a Treves, quien por fundamentos filosóficos de la TPD piensa en una acepción epistemológica, Losano aun cuando no realiza nítidamente la distinción entre ambas esferas, efectúa sus operaciones de corte filosófico preferentemente sobre el fundamento ontológico: la multicitada oposición entre el "ser" y el "deber ser". El título mismo de su obra, que es una colección de ensayos sobre Kelsen, Forma y Realta (115) se puede interpretar como una manera de subrayar la importancia estratégica de esta antítesis absoluta. Por Forma, Losano entiende el "sentido espiritual" del Derecho, de las normas; el objeto exclusivo del conocimiento jurídico según Kelsen. Por Realta, entiende los actos humanos que aplican y crean Derecho, y que por definición no pertenecen al conocimiento jurídico sino al científico natural.

Por medio del análisis, iniciado algunas páginas atrás, intentamos mostrar que, en el fondo, el fundamento filosófico de la TPD que más influyó en el pensamiento de Treves y Losano no fue la acepción epistemológica sino la ontológica. Como ya advertimos se podría argumentar que ellos interpretaron que el Neokantismo era responsable de que Kelsen mantuviese que la Ciencia Jurídica debería conocer solamente el aspecto "formal" del Derecho; desinteresándose del aspecto material, los actos o acciones humanas. Perecerían concebir lo anterior en virtud de que el Neokantismo suponía que el objeto de conocimiento poseía la misma consistencia que el sujeto o método de conocimiento. Entonces, como según Cohen el pensamiento científico (que por definición era una entidad espiritual), "producía" a su objeto

(en este caso el Derecho), se sigue que éste debería tener el mismo carácter "espiritual" poseído por aquél.

En otras palabras, el Derecho era una "realidad espiritual" en tanto era similar al pensamiento jurídico. De ahí que los actos humanos, por definición hechos físico-materiales, no podían constituir el objeto de la Jurisprudencia. Así, si por Derecho se entendiera a las normas, en su sentido "espiritual" o "formal", no sólo la Jurisprudencia se aseguraría un objeto que otras disciplinas no le podían disputar, sino también se justificaría que aquélla reconociera que no podía invadir los territorios de éstas; y que por tanto todo desarrollo, reajuste o acomodo experimentable por su Teoría, se debería someter a la exigencia de lo que se denomina mantener la dirección, la autonomía o pureza metódica.

Ahora bien, sostenemos que ésta es una explicación parcial, o secundaria, ya que ella se apoya, a su vez, en una hipótesis ontológica. En efecto, la antítesis absoluta de "ser" y "deber ser" hecha famosa por Kant, en realidad es una manera particular de expresar la vieja antítesis que ya desde los presocráticos se había formulado en diferentes términos, formas y matices, como la oposición radical entre la materia y el pensamiento. De manera que cuando los Neokantianos hablan de pensamiento científico, a pesar de moverse en un plano epistemológico, tienen implícita una hipótesis ontológica en virtud de la cual, el pensamiento o el conocimiento científico se "ubica" en una de las dos "esferas" (el espíritu); mientras que la "realidad externa", se ubicaba en la otra (la materia).



Para el Idealismo Neokantiano, el pensamiento científico "generaba" la realidad objeto de conocimiento, De manera que la Jurisprudencia, siendo "pensamiento" o "espíritu", sólo podía aspirar a conocer un tipo de realidad similar a ella; es decir, un tipo "formal", que se representaba perfectamente en las normas, en oposición al lado material que correspondía a los hechos físicos denominados acciones humanas. Losano afirma: "Come le categorie kantiane sono pure forme del pensiero, così le norme giuridiche di Kelsen hanno un valore puramente formale, perché separate da ogni esperienza sociale" (116). Aquí se puede constatar, una vez más, como para este autor el criterio para concebir la TPD, como fundada en el Neokantismo, fue más bien la creencia de que el "formalismo" sólo se podía justificar con relación al carácter ideal o espiritual del pensamiento científico: "La scienza non ha più il compito di elaborare un certo dato, ma nel corso del processo conoscitivo, produce l'oggetto stesso della scienza" (117). Como el pensamiento científico, era espiritual o formal (no material) y "producía" su objeto, entonces éste último poseía la misma consistencia característica del primero.

No resulta ilustrativa ni convincente la lectura según la cual el punto de vista epistemológico explica la unidad sistemática, funciones y límites de la TPD, no sólo por que Kelsen no lo sostuvo en sus obras de madurez, sino porque aun adoptando una lectura epistemológica diversa, particularmente una empirista, aun así se podrían explicar los aspectos básicos mencionados de dicha teoría con la mera condición de asumir una hipótesis ontológica dualista, ejemplificada por la oposición absoluta entre la materia y el espíritu. En cambio, si se sustituyera su

base ontológica, el Dualismo del "Paralelismo Indirecto", por una hipótesis monista, por ejemplo, la TPD sería alterada sustancialmente. Esto prueba, confirmando así nuestra lectura, que dicha Hipótesis Ontológica Dualista es la base fundamental en que reposa el edificio conceptual representado por la TPD.

CAPITULO IV

SECCION A)

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

(1) KELSEN, Hans. General Theory..., op cit., pag. XIII.

(2) Ibidem.

(3) Ibidem.

(4) "Renato Treves ha sido profesor universitario de Derecho y Filosofía del Derecho en Italia, particularmente en la Universidad de Milán. Su carrera duró aproximadamente 46 años y ha sido el traductor al italiano de varias obras de Kelsen. A él se deben dos importantes ensayos sobre la influencia de la Filosofía Neokantiana en el Derecho (\*) y sobre el Fundamento Filosófico de la TPD (\*\*). Entre sus discípulos se puede citar a Mario G. Losano quien también ha traducido algunas obras de Kelsen al italiano y publicado numerosos ensayos sobre el mismo. Treves publicó con motivo de la celebración del 70 Aniversario del nacimiento de Kelsen un ensayo intitulado 'Intorno alla concezione del diritto di Hans Kelsen' (\*\*\*). El que considera las obras más maduras de Kelsen, en las que éste último casi no hace observaciones de tipo filosófico relativamente aisladas, como había hecho en sus obras iniciales. En este nuevo ensayo Treves ya no ratifica la lectura filosófica que había formulado en 1934, según la cual la Lógica del Conocimiento Puro de Herman Cohen era el fundamento filosófico de la TPD. Lectura que, como ya advertimos, podría resultar aproximada para el período europeo, pero que realmente es superada por la presencia de un claro Empirismo característico del período sucesivo o americano".

\*) TREVES, R., Il diritto come relazione. Memoria dell'Istituto Giuridico. Serie II. Memoria XVI. Torino, 1934. 130 pp.

\*\*\*) TREVES, R., Il Fondamento filosofico della dottrina pura del diritto di Hans Kelsen. R. Accademia delle Scienze, Torino, 1934. 41 pp. (Versión resumida).

\*\*\*) Rivista Internazionale di Filosofia del diritto, Anno XXIX, Serie III, Luglio-Settembre 1952, Fascicolo III.

(5) TREVES, Renato. In Torno alla concezione del diritto di Hans Kelsen, Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, Anno XXIX, Serie III, Luglio-Settembre, 1952, Fascicolo III, pp. 177-197. pag. 181.

(6) KANT, Immanuel. Principios Metafisicos de la Doctrina del Derecho. UNAM, Colección Nuestro Clásicos No. 33, México, 1978, 222 pp. Pag.41.

(7) KANT, Immanuel. Critica della ragion pratica. Editori Laterza, Bari, 1989, 228 pp. Pag.80.

(8) Ibidem, pag. 59.

- (9) KELSEN, Hans. General Theory...., op cit., pag. XIII.
- (10) KELSEN, Hans. Teoria Generale...., op cit, pag. 453.
- (11) KELSEN, Hans. Théorie... op cit., pag. 69.
- (12) REALE, Miguel. Filosofia del diritto, Editore G. Giappichelli, Torino, 1956, 449pp., pag. 139.
- (13) KELSEN, Hans. Teoria Generale...., op cit, pag. 108.
- (14) KANT, I., Critica della ragione pura...., op cit, pag. 374-375.
- (15) AGAZZI, E., Philosophie...., op cit, pag. 41.
- (16) KENNY, Anthony. Aquinas. Oxford University Press, 1980, 86 pp. Pag. 69.
- (17) Ibidem, pag. 80.
- (18) Ibidem, pag. 77.
- (19) Ibidem, pag. 76.
- (20) Ibidem, pag. 69.
- (21) PRIEST, S. The British...., op cit, pag. 53.
- (22) "La sintesi in generale, come vedremo in seguito, è il semplice effetto della capacità di immaginazione, di una cieca, ma indispensabile funzione dell'anima, senza la quale non avremmo assolutamente mai una conoscenza, ma della quale siamo coscienti solo di rado. Il riportare questa sintesi a concetti, tuttavia, è una funzione la quale tocca l'intelletto, e mediante la quale esso ci procura per la prima volta la conoscenza in senso proprio". KANT, I. Critica della ragione pura, op cit, pag. 131.
- (23) KENNY, A. Aquinas, op cit, pag. 24.
- (24) Ibidem, pag. 79.
- (25) Ibidem, pag. 68.
- (26) Ibidem, pag. 62.
- (27) KANT, I. Critica del Giudizio. Laterza, Bari 1991, 400pp. Pag. 3.
- (28) KANT, I. Critica della ragion pura...., op cit, pag. 179-180.
- (29) Ibidem, pag. 26.
- (30) Ibidem, pag. 45-46.
- (31) Ibidem, pag. 197.

- (32) Ibidem, pag. 182.
- (33) Ibidem, 180-181.
- (34) KELSEN, H., Théorie..., op cit, pag. 29.
- (35) KELSEN, H., TPD, op cit, pag. 119.
- (36) KANT, I. Critca della ragion pura..., op cit, pag. 327.
- (37) PRIEST, S. The British... op cit., pag. 230.
- (38) Ibidem, pag. 233.
- (39) Ibidem, pag. 234.
- (40) KELSEN, H. Théorie..., op cit, pag. 71.
- (41) KELSEN, H. Teoria Generale... op cit, pag. 45.

CAPITULO IV  
SECCIONES B-F  
NOTAS BIBLIOGRAFICAS

- (1) KANT, I. Critica della Ragione pura, op cit., Pag. 47.
- (2) Ibidem.
- (3) KELSEN, Hans, TPD, op cit., pag. 15.
- (4) KELSEN, Hans. Lineamenti di dottrina pura del diritto. Piccola Biblioteca Einaudi, Torino, 1967. Trad. R. Treves, 227 pp. Pag. 173.
- (5) KELSEN, Hans. Teoria Generale..., op cit.
- (6) Ibidem, pag. VIII.
- (7) Ibidem.
- (8) Ibidem, pag. IX.
- (9) KELSEN, Hans, Teoria General... op cit, pag. 137.
- (10) REALE, Miguel. Filosofia del Diritto. Einaudi, Milano, 1956. 250 pp. Pag. 170.
- (11) ORLANDO, Claudio. Formalismo Giuridico e Valori in Hans Kelsen. Ed. La Goliardica, Roma, 1967. 54 pp. Pag. 33.
- (12) GENTILE, F. Intelligenza Politica e Ragioni di Stato, Milano, Giuffrè 1983, pag. 158.
- (13) OLANDO, C. Formalismo..., op cit., pag. 33.
- (14) LOSANO, M.G., Saggio Introduttivo nella Dottrina pura del diritto, op cit, pag. XXIX.
- (\*) Cfr. Il fondamento filosofico della dottrina pura del diritto di Hans Kelsen, in "Atti della Reale Accademia delle Scienze di Torino, Vol. 69, 1933-34, pag. 76.

En el Prefacio que Renato Treves escribió en la importante obra crítica de Mario G. Losano, titulada Forma e Realtà in Kelsen, después de describir brevemente el contenido de varios de los ensayos reunidos constituyendo esta obra afirma: "Queste brevi indicazioni sui saggi raccolti in questo libro sono, al mio giudizio, sufficienti a porre in luce l'interesse che il libro stesso rappresenta per lo studio del pensiero di Kelsen e quindi anche per lo studio del diritto e della scienza del diritto. E questo interesse ritengo che possa accrescersi quando si tiene presente che i lavori qui contenuti sono stati pubblicati nell'arco di quindici anni corrispondenti all'intero periodo dell'attività scientifica del giovane autore che è uno specialista del pensiero kelseniano, ma che non è soltanto uno specialista di quel pensiero (Prefacio pag. 8). La dottrina pura del diritto ha costituito indubbiamente il primo argomento

di cui Losano si è occupato all'inizio della sua carriera di ricercatore, quando, per consiglio di Norberto Bobbio, tradusse la seconda edizione del libro che porta quel titolo e, sotto la sua direzione, ne scrisse l'introduzione". LOSANO, M. G. Forma e Realtà, op cit., pag. 8.

(Treves conosciò a Losano como estudiante en 1960 en la Universidad de Turin y en 1969 lo invitò a colaborar con él en la Universidad de Milán). En el mismo Prefacio, Treves agrega: "Gli scritti raccolti in questo volume, visti nel loro insieme, mirano sostanzialmente ad un unico scopo: quello di individuare i punti in cui una teoria del diritto dichiaratamente pura non può fare a meno della realtà e viene quindi a mancare il presupposto della purezza che essa stessa aveva avanzato (Ibidem, pag. 7). Dopo aver calato nella realtà questa dottrina che dichiarava di volersi staccare completamente dalla realtà, l'autore, nella seconda parte, procede a discutere criticamente alcuni aspetti della dottrina stessa. Nascono così i saggi Sul Sollen (1967), Sull'interpretazione (1968), e Sul Linguaggio della dottrina pura del diritto (pubblicato nel 1978, ma scritto nel 1968). Tre saggi che sostanzialmente costituiscono gli elementi da un unico discorso. Cercare di spiegare che cosa è il Sollen per Kelsen significa, infatti, mettere in luce le radici filosofiche della sua dottrina e in particolare la sua concezione dualistica del mondo secondo cui fra Sein e Sollen non c'è comunicazione (Ibidem, pag. 7)".

(15) Ibidem.

(16) Ibidem, pag. XXIX y XXX.

(17) KELSEN, H., TPD, op cit, pag. 84.

(18) TREVES, R. Il Diritto come... op cit, pag. 45.

(19) KANT, I. Critica della Ragione pura... op cit, pag. 179.

(20) RECASENS, Siches, Estudio Preliminar contenido en KELSEN, H. Compendio de Teoria..., op cit, pag. 72.

(21) KELSEN, H. TGE., op cit, pag. VIII.

(22) NATORP, Pau]. El ABC de la Filosofia Critica . Tard. Francisco Larroyo. Editora Nacional, México, 1974, 180 pp. Pag. 61.

(23) PRIEST, S. The British...., op cit, pag. 143.

(24) KANT, I. Premiers Principes Métaphysiques de la Science de la Nature. Bibliothèque des Textes Philosophiques. Librairie Philosophique J. Vrin. Trad. J. Gibelin, Paris, 1990, 165 pp. Pag. 9.

(25) Ibidem, pag. 24.

(26) KELSEN, H. Teoria Generale... op cit, pag. IX.

(27) KELSEN, H. Théorie...., op cit., pag. 43.

(28) Ibidem, pag. 42.

- (29) Ibidem, pag. 94.
- (30) Ibidem, pag. 35.
- (31) STUART MILL, John, A System of Logic . 2 Vol., 1843 (SLI.413), citado en PRIEST, S. The British... op cit, pag. 187
- (32) KELSEN, H. Théorie.... op cit, pag. 25.
- (33) KELSEN, H. Teoria Generale... op cit, pag. IX.
- (34) KELSEN, H. Théorie.... op cit, pag. 90.
- (35) KELSEN, H. Teoria Generale... op cit, pag. IX.
- (36) Ibidem, pag. XI y XII.
- (37) Ibidem, pag. X y XI.
- (38) KELSEN, H. TPD, op cit, pag. 85.
- (39) KANT, I. Critica della Ragione pura.. op cit, pag. 180-181.
- (40) Ibidem, pag. 161.
- (41) PRIEST, S. The British..., op cit, pag. 62.
- (42) Ibidem, pag. 136.
- (43) RUSSELL, Bertrand. I Problemi della Filosofia. Universale Economica Feltrinelli. Trad. Elena Spagnol, 1988. 193 pp. Pag. 102.
- (44) REALE, Miguel,... op cit, pag. 118.
- (45) Citando a LOCKE, John. An Essay Concerning Human Understanding, 1689. (E II 1 5) en PRIEST, S. The British... op cit., pag. 63.
- (46) KANT, I. Critica della Ragione pura... op cit, pag. 153.
- (47) KANT, I. Principios Metafisicos de la Doctrina del Derecho. Nuestros Clásicos No. 33. UNAM, México, 1973. 213 pp. Pag. 2.
- (48) KANT, I. La Metafisica dei Costumi, Laterza, Roma, 1989, 395 pp. Pag. 27.
- (49) Ibidem, pag. 34.
- (50) Ibidem.
- (51) KANT, I. Critica della Ragione Pratica . Laterza, Roma, 1989, 228 pp. Pag. 13.
- (52) Citado por KELSEN, H. en Teorie Generale delle Norme : Akademiausgabe, vol. IV, p.391 ((\*) Fondazione della



metafisica dei costumi, trad. it. di P. Chiode, Laterza, Bari, 1980), pag. 9.

(53) Ver TREVES, R. Il Fondamento... op cit, pags. 16-20.

(54) Ibidem, pag. 16.

(55) Ibidem, pag. 12.

(56) Ibidem, pag. 12 y 13.

(\*) KELSEN, H. Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, Tübingen, 1920 p.IV.

(\*\*) KELSEN, H. Allgemeine... cit, p.VIII.

(57) Ver Punto 5, Sección A, Capítulo II.

(58) TREVES, R. Il Fondamento..., op cit, pags. 6-7.

(59) Ibidem, pag. 9. (\*) LABAND, Paul. Das Staatsrecht des deutschen Reiches. III ed., Leipzig, 1895, Pref. alla I e II Ed., 1876, 1887.

(60) TREVES, R. Il Fondamento..., op cit, pags. 8-9.

(61) Ibidem, pag. 9-10.

(62) Ibidem, pag. 11.

(63) Ibidem, pag. .

(64) Ibidem, pag. 11.

(65) Ibidem, pags. 11 y 12.

(\*) BINDER. Rechtsbegriff und Rechtsidee, Leipzig, 1915. Sulle accuse di giusnaturalismo logicistico mosse dal Sander al Kelsen, cfr. seguito p.19. Ibidem, pag. 11 y 12.

(66) Ibidem, pag. 12.

(67) Ibidem, pag. 13.

(68) Ibidem.

(69) Ibidem.

(70) LOSANO, Mario G. Forma..., op cit, pag. 21.

(71) TREVES, R. Il Fondamento..., op cit, pag 16.

(\*) "I rapporti fra dottrina kelseniana e teoria di Sander sono trattati nell'opera di Fritz Sander, Kelsens Rechtslehre Kampfshrift wider der normative Jurisprudenz, Tübingen, 1923".

(72) TREVES, R. Il Fondamento..., op cit, pag. 14..

(73) KANT, I. Principios Metafisicos..., op cit.

- (74) KANT, I. Critica della ragione pura..., op cit.
- (75) COHEN, H. Ethik des reinen Willens, 3a ed., Berlin, 1921, p. 228-29, citado por TREVES, R. en Il Fondamento..., op cit, pag. 14-15.
- (76) TREVES, R. en Il Fondamento..., op cit, pag. 15.
- (77) Ibidem, pag. 16.
- (78) KELSEN, H. Teoria Generale... op cit, pag. 441-42.
- (79) LOSANO, M.G., Forma..., op cit, pag. 22-23.
- (80) Ibidem, pag. 21.
- (81) KELSEN, H. Teoria Generale... op cit, pag. 442.
- (82) Ibidem.
- (83) Ibidem, pag. 441-42.
- (84) TREVES, R. en Il Fondamento..., op cit, pag. 21-22.
- ABBAGNANO, Nicola, Storia della Filosofia, Torino, 1982, Utet, Tomo III, p. 531. Ristampa aggiornata della terza edizione:
- "Le due massime espressioni del criticismo tedesco sono la Scuola del Baden e la Scuola di Marburgo. Esse hanno in comune l'esigenza schiettamente kantiana di considerare la validità della conoscenza indipendente dalle condizioni soggettive o psicologiche in cui la conoscenza si verifica. La Scuola di Baden risponde a quest'esigenza con una teoria dei valori considerati indipendenti dai fatti psichici che li testimoniano. La scuola di Marburgo risponde alla stessa esigenza riducendo i processi soggettivi del conoscere ai metodi oggettivi che garantiscono la validità della conoscenza"
- (85) KELSEN, H. Teoria Generale... op cit, pag. VIII.
- (86) KELSEN, Hans. What is Justice ?, University of California Press, 1957, 397 pp. "The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence", Pag. 266.
- (87) TREVES, R. en Il Fondamento..., op cit, pag. 22.
- (88) Ibidem.
- (89) LOSANO, M.G., Forma..., op cit, pag. 21.
- (90) TREVES, R. en Il Fondamento..., op cit, pag. 22-23.
- (91) Ibidem, pag. 23.
- (92) Ibidem, pag. 24.
- (\*) "Dieses Sollen ist der Oberbegriff, der den rechtlichen Charakter des zu betrachtenden Materials erst begründet. Es ist das Schema das die Vielgestaltigkeit möglicher Rechtssätze zu einer vor jeder Erfahrung liegenden Einheit des gedanklichen

Systems zusammenschliesst. Aus dem reinen Sollen un dessen einfachen Beziehungen und dann statt der Verwendung konkreter aus der Erfahrung genommener Merkmale die einzelnen Begriffe der reinen Rechtslehre neu zu bilden", cfr. JOEKEL, H: Kelsens..., op cit, p. 48.

(\*\*) Ricordiamo che unità per Cohen è atto d'unione e distinzione è "Durchdringung von Sonderung und Vereinigung", cfr. COHEN: Logik, op cit, p. 55 ed anche p.58-59 e che tutta la dottrina del Kelsen è imperniata su un concetto di unità inteso in tal senso. Cfr. KELSEN, Allgemeine... op cit, p. 105.

(93) Ibidem, pag. 24.

(94) Ibidem, pag. 38.

(95) COHEN, Herman. Logik der reinen Erkenntniss, Berlin, 1902.

(96) KELSEN, H. Hauptprobleme.... op cit.

(97) COHEN, Herman. Ethik des reinen Willens, op cit, Berlin, 1921.

(98) LOSANO, M.G., Forma...., op cit, pag. 32-33.

(99) Ibidem, pag. 23.

(100) Ibidem, pag. 33.

(101) Citado por DONATI, Cesare en Note sul normativismo. Milano, A. Giuffre, 1976, 115 pp. Pag. 34-35.

(102) LOSANO, M.G., Forma...., op cit, pag. 34.

(103) Ibidem.

(104) TREVES, R., Il Fondamento...., op cit, pag. 26.

(105) LOSANO, M.G., Saggio Introduttivo..., op cit, pag. XIII.

(106) Ibidem, pag. XIII-XIV.

(107) Ibidem, pag. XIV. (\*) KINKEL, Walter. Paul Natorp und der kritische Idealismus, en "Kant-Studien", 1923, p. 406.

(108) Ibidem.

(109) Ibidem.

(110) LOSANO, M.G., Forma... op cit, pag. 20.

(111) LOSANO, M.G., Saggio Introduttivo alle Teorie Generale delle Norme, op cit. pag. XLIX

(112) LOSANO, M.G., Forma...., op cit, pag. 19.

(113) Ibidem, pag. 20-21.

(114) Ibidem, pag. 17-18.

(115) LOSANO, M.G., Forma e Realtà, op cit.

(116) Ibidem, pag. 21.

(117) Ibidem.

CAPITULO V  
DE COMO LA HIPOTESIS ONTOLOGICA DEL "PARALELISMO  
INDIRECTO" PROPICIA LA EVOLUCION DE LA TPD DE SU ESTADO  
ESTATICO AL DINAMICO

A) LA VISION DINAMICA O GENETICA DEL DERECHO

El proceso de evolución de la TPD, que consistió principalmente en el paso de una concepción estática del Derecho a otra dinámica, no hubiera sido posible si Kelsen no se hubiera apoyado en la Hipòtesis Ontològica Dualista del "Paralelismo Indirecto". Como Kelsen había asumido una oposición absoluta entre las normas y las acciones humanas, el "deber ser" y el "ser" (implicando una Hipòtesis Ontològica Dualista no Interaccionista), entonces, cómo se podría explicar que las acciones, en tanto hechos físicos, pusieran en existencia a las normas (o las normas, en tanto "objetos espirituales", determinarían el acaecer de aquellas acciones que obedecían a dichas normas), cuando se había asumido que entre ambas esferas no podía existir contacto alguno?. Fue precisamente el empleo del concepto de Norma como Esquema de Explicitación o Interpretación la solución a este problema.

Mario G. Losano (1) formula este mismo problema, encontrando una inconsistencia lógica en la TPD, supuesto que Kelsen había contrapuesto de tal manera absoluta al "ser" y al "deber ser" que, a la postre, ningún contacto entre ambos era imaginable, limitando con ello en grado sumo lo que dicha teoría podía explicar sin contradicción:

"Bisogna risalire ai presuposti filosofici della dottrina kelseniana, cioè al dualismo fra Sein e Sollen, fra

essera e dover essere. La divisione nettissima fra Sein e Sollen impedisce alla dottrina pura di spiegare la genesi d'una norma, sia generale, sia individuale: dal Sein al Sollen (e viceversa) nessun passaggio è possibile, quindi il mondo della realtà non ha contatto con quello del diritto ed il mondo del diritto non ha contatto con quello della realtà" (2).

Es decir, Losano se dió cuenta que una antitesis absoluta entre el "ser" y el "deber ser" implicaba eliminar una Hipòtesis Dualista Interaccionista, como base ontològica de la TPD, lo que la obligaría a permanecer en el estadio incipiente de su evoluciòn denominado estático, que consideraba a las normas como "dadas" sin explicar su "origen", mediante las acciones físicas correspondientes. Losano en cierta medida tiene razòn, pero le reprocha a Kelsen lo que algunos siglos atrás también se le habla reprochado a Descartes. Còmo era posible la conexiòn entre la mente y el cuerpo, sí por definiciòn la sustancia inmaterial no podía interactuar con la material?. La soluciòn de Kelsen, la Hipòtesis Ontològica Dualista del "Paralelismo Indirecto", consistió en proponer que la norma, en su calidad de objeto "espiritual" o social, se podía utilizar para "interpretar" al hecho físico-material, que supone toda acciòn humana, como si fuese un objeto o hecho "espiritual". Es decir, el sentido racional o "espiritual" de la norma, se utilizaba como si fuese un "ropaje" social y así poder interpretar como tal a lo que, de otra manera, quedaría como un mero proceso físico-causal, sin sentido social o de "deber ser":

"El acontecimiento externo que, por su significación objetiva constituye un acto conforme a Derecho (o contrario a Derecho) es pues en todos los casos, en cuanto suceso que se desarrolla en el tiempo y en el espacio, sensiblemente perceptible, un trozo de la naturaleza y, en cuanto tal, determinado por leyes causales. Sólo que ese suceso, en cuanto tal, como elemento del sistema de la naturaleza, no es objeto de un conocimiento específicamente jurídico, y de esa suerte, no constituye en general nada que sea Derecho. Lo que hace de este acontecimiento un acto conforme a Derecho (o contrario a Derecho) no reside en su facticidad, en su ser natural -es decir: en su ser determinado por leyes causales, encerrado en el sistema de la naturaleza-, sino en el sentido objetivo ligado al mismo, la significación con que cuenta. El acontecimiento en cuestión logra su sentido específicamente jurídico, su significación propia en Derecho, a través de una norma que se refiere a él con su contenido, que le otorga significación en Derecho, de suerte que el acto puede ser explicitado según esa norma. La norma funciona como un esquema de explicitación" (3)

El "Paralelismo indirecto" mediante el que Kelsen hace compatibles ambas legalidades, sin implicar algún tipo de interacción, puede ser discutible pero al menos ofrece un elevado grado de coherencia. El que ésta sea una respuesta parcial o un procedimiento "indirecto" es reconocido por el propio Kelsen. Este reconocimiento se puede constatar por el hecho de que para Kelsen el objeto de conocimiento "directo", por así decirlo, son las normas y no los actos o acciones humanas. Entonces, es el empleo del concepto de norma como

"esquema de explicitación" lo que permite interpretar como "significados jurídicos" los actos o acciones físicas.

La pirámide jurídica, o la "extensión" del sistema de funciones jurídicas que constituyen una comunidad relativa, donde las inferiores son posibles por las superiores (pero donde cada función es inferior y superior, simultánea o relativamente) donde actos humanos "crean" a las normas, o la visión dinámica en que se "genera" el Derecho se hace posible entonces, en virtud de que se toma como "esquema de explicitación", a la norma superior del sistema, la Constitución. Mediante ésta todos los actos subordinados de "creación-aplicación" de Derecho no sólo aparecen dotados de validez, sino que siendo interpretados por medio de aquélla se les puede "inyectar" un sentido "espiritual", social, propio del "deber ser". Se continuará discutiendo este punto en varias oportunidades.

### 23. Las Dos Fases o Periodos de Evolución de la TPD

Como ya advertimos, Losano estima que la obra kelseniana se puede dividir en dos periodos. El primero, en el que predomina una concepción estática del Derecho, está comprendido entre su primera obra publicada en 1911, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre (4), y la Allgemeine Staatslehre (1925) (5). El segundo, en el que domina una concepción dinámica, se inicia en 1934 con la primera edición de la TPD (6) y se culmina en 1960 con la segunda edición de la misma obra (7):

"Queste fasi possono essere considerate come la descrizione storica di un'evoluzione concettuale (qui soltanto



enunciata e non discussa): ad una prima fase di radicale rifiuto d'ogni considerazione del reale (e quindi di riduzione dell'intero diritto alla nomostatica) segue una fase di rivalutazione del reale caratterizzata dall'introduzione d'una nomodinamica, cioè di una struttura gerarchica del diritto culminante in una norma fondamentale (\*)" (8).

Este segundo periodo representa la consolidación de su sistema y consiste principalmente en modificaciones que tienden solamente a eliminar las contradicciones internas. "Invano si ricercherebbe un'accento all'attività creativa del giudice nei Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, del 1911 la cui concezione rigorosamente statica del diritto vista addirittura d'impostare certi problemi tipici d'una teoria dell'interpretazione. L'interpretazione, infatti, é un'attività che appartiene al mondo dell'essere, anche se da esso può derivare una norma individuale, cioè un Sollen. Più tardi, Kelsen accetta una struttura gerarchica dell'ordinamento giuridico. Questa concezione trova espressione nella Allgemeine Staatslehre del 1925 (\*), in cui Hans Kelsen, pur non affrontando ancora in termini espliciti la funzione creativa del giudice, vi accenna già in modo inequivocabile" (9).

El mismo autor define los cambios existentes en la segunda edición de la TPD de la siguiente manera: "Sono mutati l'oggetto, l'impostazione dei singoli problemi e lo stile. L'oggetto é notevolmente ampliato, perché, a parte i problemi più specificamente di dottrina dello stato, esso coincide con quello della General Theory of Law and State (10), che si proponeva di dare un sistema del diritto e pertanto anche dello

stato: le opere divengono soltanto su qualche punto specifico, che verrà illustrato in seguito. Nuovo é, invece, rispetto alla precedente edizione, il modello di trattare i singoli problemi: la prima edizione (1934) si limitava ad esporre, nella forma piú sintetica possibile, i risultati cui perviene una conseguente dottrina pura del diritto; la seconda edizione (1960), invece, affronta tutti i problemi della scienza giuridica e ne traccia i confini nei confronti delle altre scienze; li risolve secondo i principi della purezza metodologica e traccia il confine tra la soluzione "pura" e quella proposta da altre teorie... Si potrebbe dire che il rapporto fra le due edizioni é analogo a quello che i latini vedevano fra le opere di Seneca e quelle di Cicerone: al primo nulla si può togliere; al secondo, nulla aggiungere. Questa diversa impostazione si riflette anche nello stile, che abbandona la concisione delle precedenti opere e, proseguendo nell'evoluzione iniziata con la General Theory of Law and State, assume una meticolosa e pontigliosa esattezza" (11).

Losano agrega que: "La dottrina kelseniana, formatasi nel corso di questa evoluzione, trova nella Reine Rechtslehre del 1960 la sua espressione piú completa, anche se non definitiva. Va da sé che sia la radicalità delle premesse, sia il rigore logico della costruzione, sia la profondità di certi mutamenti intrasistematici hanno posto la dottrina pura del diritto al centro delle piú accese discussioni giuridiche del nostro secolo" (12).

#### 24. La Concepción Estática y Dinámica del Derecho

Un elemento decisivo para comprender la evolución del pensamiento de Kelen radica en la distinción entre una concepción estática del Derecho y otra dinámica. Mientras en la visión estática, las normas se toman como ya legisladas, en la dinámica se considera su "origen" en el tiempo y que éstas ocupan una posición relativa en el orden jerárquico del sistema jurídico de que se trata. En efecto, este autor señala que:

"Depende de cómo se acentúe uno u otro elemento en esta alternativa: las normas que regulan la conducta humana, o la conducta humana regulada a través de normas, que el conocimiento se oriente hacia las normas jurídicas producidas, aplicadas o acatadas mediante actos de conducta humana, o bien a determinados actos de producción, aplicación o acatamiento, determinados por normas, pudiendo distinguirse entre una teoría estática y una teoría dinámica del Derecho. La primera tiene por objeto el Derecho como un sistema de normas con validez, el Derecho en su estado de equilibrio; la segunda, el proceso jurídico en el que el Derecho se "produce" y se aplica, el Derecho en su movimiento" (13)

"Paragonando i Hauptprobleme der Staatsrechtslehre (14) alle opere successive si nota un notevole divario: mentre nella prima opera l'ordinamento giuridico è rappresentato solo sincronicamente, ossia soltanto sotto l'aspetto della nomostatfca, nelle opere successive alla nomostatica si associa una nomodinamica. La genesi de quest'ultima è di grande interesse sia per afferrare l'essenza di un elemento

fondamentale del sistema kelseniano, sia per avere una chiara visione dell'interazione esistente fra gli studiosi della scuola di Vienna" (15).

Este doble enfoque del Derecho a la par que representa un momento de evolución interna de la TPD también viene a significar una fuente de controversias en relación a la homogeneidad de su estructura endógena. Esto se debió a que era preciso un acto para explicar la existencia de las normas, pero por ser éste un hecho físico-material entonces no podía ser explicado por la PTD; de ahí que el mencionado doble enfoque se convirtió en una navaja de dos filos. Por una lado, la visión dinámica ponía el acento sobre la facticidad; pero, por lo mismo, parecía revelar una inconsistencia de la teoría: la pureza metódica que exigía no invadir otros territorios ajenos a la "espiritualidad" del Derecho, parecería estarse contradiciendo. Más adelante veremos esto con detalle.

## 25. La Creación Jerárquica del Derecho

La nueva visión dinámica de la teoría condujo a Kelsen a sostener que se creaba Derecho no sólo en el nivel de las normas generales, o superiores, sino también en el nivel de las normas individuales o inferiores: "I Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, infatti, seguono ancora la concessione esclusivamente statica del diritto proprie della dottrina tradizionale, secondo cui oggetto della scienza giuridica sarebbero le norme giuridiche generali ma non il processo attraverso cui le si statuisce e, in seguito, le si applica. In altri termini, concependo la statuizione e

l'individualizzazione delle norme giuridiche generali come evento metagiuridico, I Hauptprobleme der Staatsrechtslehre non si pongono ancora problemi di dinamica giuridica" (16).

Como una consecuencia de la introducción de la "perspectiva" dinámica en la teoría, el orden jurídico sufre una ampliación tal que casi le permitiría cubrir todas las acciones humanas dadas en un orden social (en tanto se pudieran subsumir en normas positivas), mostrando una identidad funcional entre Estado y Derecho. "Come già in altri casi, i presupposti teorici dei Hauptprobleme der Staatsrechtslehre possono condurre oltre i risultati raggiunti dall'opera stessa. In particolare, la costruzione del diritto come sistema formato soltanto da norme giuridiche generali doveva essere completata con l'inclusione di quelle che, più tardi, Kelsen chiamerà norme giuridiche individuali. Infatti, se si afferma che la volontà dello stato si manifesta tanto nelle norme giuridiche generali quanto negli atti con cui si individualizzano tali norme, si deve concludere che il sistema deve contenere, accanto alle norme giuridiche generali, anche gli atti amministrativi e giudiziari" (17).

## 26. La Formulació de la Norma Fundamental Hipotètica

La formulació de la Norma Fundamental Hipotètica representa otro momento importante de evolució de la TPD. En una concepció estàtica del Derecho no es posible explicar cómo se realiza la unidad sistemática de un orden jurídico. Ello sólo se consigue a través de una visión dinámica: "Negli scritti immediatamente successivi ai Hauptprobleme der

Staatsrechtslehre, Kelsen si convince gradualmente che l'unità dell'ordinamento giuridico deve essere ricercata nel processo dinamico della statuizione, cioè che l'unità può essere data soltanto da una regola di produzione fissata in una norma giuridica. E a questo momento dell'evoluzione kelseniana che si introduce (idealmente se non a tutte lettere), la concezione della attività giudiziaria come attività legislativa sul piano individuale: quando Kelsen parla di "statuizione", "regola di produzione del diritto", ecc. ha presente tanto la statuizione della norma giuridica generale da parte del legislatore quanto la statuizione della norma giuridica individuale da parte del giudice" (18).

Como toda norma que se "cree" en un sistema jurídico positivo sólo es posible en virtud de otra de tipo superior, se sigue que ascendiendo en la posición gerárquica de las normas (donde las superiores, a su vez, se contemplan también como relativamente inferiores), todas se van fundamentando progresivamente por un número cada vez menor de ellas, hasta culminar en una relativamente superior que, a la par que hace posible a todas las demás -consiguiéndose así la unidad de dicho orden normativo- ella misma ya no depende de otra. El acto legislativo que crea esta norma relativamente superior, de la cual dependen todas las demás directa o indirectamente, que representa el momento dinámico, o "genético", realiza la unidad del sistema jurídico de que se trate. Es en virtud a esta función unificante que realiza la norma última o más elevada del sistema el que sea denominada fundamental.

"Nel 1913 Kelsen asserisce che si deve afferrare giuridicamente non soltanto il Sein, l'essere, della norma giuridica, ma anche el suo Werden, il suo divenire, esprimendo con terminologia ancora incerta una precisa esigenza di dinamica giuridica (XIX). Nell'anno successivo, uno scritto di diritto costituzionale parla di una "norma fondamentale" quale base dell'unità dell'ordinamento giuridico (XX): fanno così la loro apparizione concetto e termine di Grundnorm, destinati ad un ulteriore sviluppo e sottoposti al fuoco di critiche molto vivaci" (19).

"Un ordre juridique n'est pas un système de normes juxtaposées et cordonnées. Il a une structure hiérarchique et ses normes sont réparties en diverses couches superposées. L'unité de l'ordre réside dans le fait que la création, et par conséquent la validité d'une de ses normes est déterminée par une autre norme, dont à son tour la création a été déterminée par une troisième norme, et ainsi de suite jusqu'à ce qu'on arrive à la norme fondamentale de l'ordre juridique dont ces diverses normes font partie" (20).

"Il concetto di norma fondamentale è un importante applicazione delle teorie di Ernst Mach alla costruzione giuridica di Kelsen: come Mach propone di realizzare un'economia di pensiero, così Kelsen vuole realizzare un'economia di valore. Infatti, come una legge naturale deve 'spiegare quanti più dati concreti è possibile con la più

semplice formulazione possibile', la norma fondamentale deve comprendere la maggior quantità possibile di realtà, di Sefn, como conforme al dover essere, al Sollen" (21). "Perchè la norma fondamentale è il fundamento di tutte le norme appartenenti allo stesso ordinamento giuridico, essa garantisce l'unità nella pluralità di queste norme" (22).

#### 27. El Problema de la Incomunicabilidad de la Antitesis Absoluta: Ser y Deber Ser

En cuanto al fundamento filosòfico de la TPD, Losano se aproxima bastatante a señalar que éste radica en la antitesis de "ser" y "deber ser"; como ya advertimos (23). Debe subrayarse que, en este sentido, parecería que Losano se inclina mas por un fundamento filosòfico de tipo ontològico, a diferencia de Treves quien básicamente sostiene uno de tipo epistemològico. Si bien es cierto que ninguno de ellos parece distinguir ambas clases de fundamento filosòfico. En cambio, el propio Kelsen con todo conciencia declara que su teoría parte del presupuesto de un dualismo ontològico (24), sin hacer ninguna referencia a la lògica de Herman Cohen, como su posible fundamento epistemològico.

Losano criticamente se refiere al hecho de que, si se quiere aceptar el principio positivista fundamental de la TPD, a saber: las normas no existen "por sí" mismas, sino que son "creaciones" contingentes de la voluntad, entonces es preciso admitir que se requiere la realización de un evento físico-material (las acciones de parlamentarios, ministros, jueces, policías, etc.). Pero èsto es precisamente lo que, de acuerdo



con el principio de la pureza o dirección metódica, no es posible. Como ya hemos visto, según Kelsen, la Jurisprudencia no es Ciencia Natural y por ende no puede conocer en general, ningún tipo de hecho físico; ni en particular, las acciones humanas. Esta es la mera consecuencia lógica de mantener una hipótesis ontológica dualista, en sentido absoluto. Lo mismo podría mantenerse para el caso de las acciones que aplican o acatan el Derecho: Una entidad espiritual, la norma, no podría "causar" la realización de un evento físico-material.

Esto constituye una difícil situación para la congruencia de la TPD ya que el mismo Kelsen establece que el Derecho es un orden coactivo de la conducta humana, una técnica social: "En tant que technique sociale spécifique, le droit peut être utilisé en vue d'atteindre n'importe quel but social. Il est donc étroitement lié à l'ordre social dont il est issu et dont il désire le maintien. Comme les actes de contrainte qu'il prescrit ou autorise impliquent l'emploi de la force, on peut dire que la fonction essentiel du droit est de régler l'usage de la force dans les relations entre les hommes" (25).

Como se comprende el empleo de dicha "técnica social", implica un cierto grado de control de los actos humanos sometidos al orden jurídico de que se trate. Pero esto es precisamente lo que resulta difícil explicar ante la absoluta oposición mantenida siempre por Kelsen, entre la "realidad física" y las normas (entre el contenido y la forma del Derecho) como el propio Lozano enfatiza. "La dottrina pura del diritto è una teoria dell'ordinamento giuridico che si fonda sul dualismo inconciliabile fra essere e dover essere. Tutti gli scritti di

Kelsen ribadiscono che, fra i due piani, deve essere evitata ogni confusione; quindi la scienza del diritto deve limitarsi a descrivere il diritto così como è, eliminando ogni elemento estragiuridico dalla propria esposizione. Una scienza del diritto è pura se è avalutativa. E, se non è pura, per Kelsen non è ciencia" (26).

## B) LA HIPOTESIS ONTOLOGICA "DEL PARALELISMO INDIRECTO"

### 28. El Carácter Invencional de la Norma

Kelsen propone para hacer frente a este problema lo que denomina el concepto de Norma como Esquema de Interpretación (27). Supuesto que las normas no se encuentran, por ejemplo, ni en los bosques ni en los ríos, como los objetos físicos, para existir requieren que un sujeto, de manera "artificial", decida su "generación". Entonces, como un recurso expositivo, quisieramos identificar a esta "artificialidad" con aquéllo que Kelsen pareciera significar con la categoría de "deber ser" y que otros autores identifican como intencionalidad.

Podríamos decir, haciendo una analogía con Kelsen, que este sentido de "artificialidad" es lo que convierte en acción humana a lo que, sin dicho esquema de interpretación, sería tan sólo un conjunto de procesos físico-químicos, sin propósito; con aquéllos que pueden ocurrir en las estrellas o en los planetas cercanos, en donde no existe lo espiritual o lo social (artificial).

Nos valdremos de la noción de invención para mostrar lo que nos parece representa más claramente la pureza o autonomía propia del objeto social en general y, el normativo de modo particular. Una invención es una entidad espiritual por varias razones. La primera, es que no existe naturalmente por sí mismo, como existen, por ejemplo, las rocas y los árboles. Segunda, para existir depende de una intención, propósito y una decisión efectivamente tomada; sea por un sujeto simple o uno colectivo. Tercero, su "modo de ser" se puede distinguir de su base físico-química, ya que la unidad de la invención se puede plasmar con diversos materiales y formas. El para qué sirve, cómo se use, cuándo y dónde, así como en compañía de qué otros objetos (con los que se combina o reúne) son aspectos que no le están inherentemente dados al objeto (como si fueran su forma sustancial) de manera que bastase solamente acudir a "descubrirlos".

Por lo contrario, en eso consiste precisamente la invención. Todos estos aspectos son decididos por el sujeto y, en tanto así, inventa. La significación del telégrafo, por ejemplo, el propósito intencional que satisface -la función que realiza- es lo que lo define como un objeto social o espiritual, y no por el acero o la madera de que está hecho; o las ondas electromagnéticas que emanen o arriben a él. Si quisiéramos analizar el acto por el cual una persona percibe un aparato de este tipo, tendríamos que separar dos elementos. Primero, el objeto físico-material, construido con diversos materiales y asumiendo una forma y volumen específico. Esto es, un sistema físico de actos que corresponde a la parte material de dicho objeto. Esta parte es básicamente naturaleza, y en tanto tal,

resulta difícil apreciar su unidad. Segundo, es el criterio de invención, por el cual dicha "pieza material" adquiere una comprensión, se vuelve inteligible, y se puede considerar como una "especie social".

Si convinieramos en asumir por el momento una Hipòtesis Ontològica Dualista Paralelista, en el caso del telègrafo tendríamos un objeto de conocimiento susceptible de dos enfoques. El fisico-natural, en cuanto a su composición material; y el espiritual o social, el que nos informa acerca de cómo funciona, y para qué, dicho objeto. Por el primer criterio el objeto se considera como "dado" y sujeto a leyes naturales; por el segundo, se considera como "artificial" o inventado, y libre de las leyes naturales. Una vez que una persona aprende el funcionamiento de las condiciones y rasgos básicos de un telègrafo, adquiere un "esquema de interpretación", mediante el que podrá reconocer nuevos ejemplares pertenecientes a esta misma especie.

#### 29. La Norma como Esquema de Interpretación

Algo similar propone Kelsen para mostrar cómo opera en su teoría la Norma como Esquema de Explicitación. La norma actúa como el concepto o modelo de telègrafo; como un "esquema de interpretación". Con ella se va a localizar un hecho físico, un sistema relativamente autónomo de procesos naturales, en principio carentes de sentido o propósito. Al enfocarlo con la luz del esquema o modelo que representa la norma, el hecho físico, conducta o acción humana de que se trate, deviene un objeto social, espiritual; con un sentido o significado que lo

torna inteligible. Este esquema permite ver al hecho físico como poseyendo una existencia propia que le fue intencionalmente puesta o decidida. La norma, como una entidad "absolutamente invencional", como una entidad espiritual o mental, en tanto es "hija" de un acto de voluntad, permite a la persona que percibe una acción humana, entender a este proceso natural, como un evento social.

Por ejemplo, los movimientos múltiples de los parlamentarios cuando discuten y votan una ley; los actos de documentación de turistas arribando a un país extranjero; la clausura de una empresa por no cumplir con las políticas ecológicas. En el primer caso, de manera paralela a los movimientos del cuerpo y los actos de habla de los parlamentarios, corresponde una "significación normativa" por la cual se contempla a un órgano jurídico colectivo en el acto de aplicación de la norma constitucional. Lo mismo ocurre con los otros dos ejemplos. La ley que exige el pasaporte visado como una condición para entrar a un país, y aquella otra que establece la clausura son los "esquemas de interpretación", que nos permiten contemplar a las dos series de movimientos físicos de cuerpos humanos, como dos "hechos" espirituales.

### 30. El Sentido Artificial del "Deber Ser"

Cuando se expresa dificultad para comprender cómo se pueda mantener la pureza metódica de la TPD, ahí donde el acto "creador" de las normas tendría que ser un hecho físico-material (mismo que supondría a una Hipòtesis Ontològica Dualista Interaccionista; o sea, que en contra de lo sostenido

por Kelsen, el "ser" y el "deber ser" interactuarían entre sí), se olvida el concepto de Norma como Esquema de Interpretación. "A natural fact, in particular an act of will, can be regarded as causing the "existence" of a norm only if another (higher) norm contains a stipulation to that effect" (28). En efecto, este concepto de Norma como Esquema de Interpretación (o Interpretación) permite comprender cómo es que Kelsen establece el "paralelismo" entre el "ser" y el "deber ser".

El procedimiento es el siguiente: las acciones ordenadas, o permitidas, de acuerdo a las indicaciones de una norma de tipo superior, si bien son hechos físicos, se pasan a interpretar como artificiales o espirituales, gracias a que aquella es utilizada como Esquema de Interpretación. "Los actos de producción y aplicación del Derecho, constitutivos del proceso jurídico, (que como veremos también es producción de Derecho) sólo son tomados en consideración por el conocimiento jurídico, en cuanto constituyen el contenido de normas jurídicas, en cuando están determinados por normas de Derecho; de suerte que también la teoría dinámica del Derecho apunta a normas jurídicas a saber, aquellas que regulan la producción y aplicación del Derecho" (29).

Para Kelsen existe el "ser" y el "deber ser" como dos tipos de legalidades absolutamente irreductibles entre sí. Pero si se utiliza el "deber ser", las normas, como esquema de interpretación de las acciones humanas subordinadas, mismas que corresponden al "ser", entonces, de manera "indirecta", se establece entre ambos una compatibilidad "no interaccionista". Según esto, se mantiene la oposición absoluta entre el "ser" y

el "deber ser", en el sentido de que no puede haber el mínimo contacto e interacción entre ambos. Sin embargo, se pueden interpretar ciertos eventos del "ser", como si fueran "deber ser" y así, de manera "indirecta", interpretar que ahí donde suceden ciertos hechos físicos también, o simultáneamente, ocurren hechos jurídicos (o hechos artificiales).

### 31. Las Partes Esenciales de toda Norma con Base en la Hipòtesis del Paralelismo Indirecto

Lo anteriormente expresado muestra cuál es el "trabajo" lógico que desempeña esta Hipòtesis Ontològica Dualista Paralelista (HODP): a los hechos físicos, en sí carentes de "sentido", se les puede contemplar paralelamente, empleando las normas correspondientes, como "significaciones" que fueron por decisión ordenadas o permitidas. Como ya se vio, a este trabajo lógico de la HODP, Kelsen lo designa con el concepto de Norma como Esquema de Interpretación en general y, en particular, como pronto veremos, como la Norma Fundamental Hipotética. Este "trabajo" lógico, al ser combinado con la categoría del sistema, permitió explicar los actos de "producción" de las normas como momentos relativos de validez, incorporándose así en la teoría una visión dinámica o "genética".

La HODP nos permitiría proponer dos elementos esenciales más, que se agregarían a los otros ocho que Kelsen ha enunciado de manera aislada, característicos de toda norma, a saber: la función de "Esquema de Interpretación", mediante la que ciertos fenómenos del "ser", son interpretados, paralelamente, como si fueran "deber ser" (que sería el noveno) y el ocupar una específica posición en el sistema jurídico que le confiere

validez -Posición Sistemática Intermedia de Validez- (que sería el décimo). Es decir, toda norma sólo es válida si se legisla en una posición intermedia: dependiendo de una superior y, a su vez, haciendo depender a otra colocada en una posición inferior dentro de un Sistema Jerárquico o "Escalonado" de Funciones Jurídicas. Por esta propiedad toda norma se puede ubicar en su específica posición relativa que ocupa en el Orden Jurídico. Los ocho restantes serían:

1. El método autocrático o democrático (centralizado o descentralizado) con arreglo al cual se puede "producir"
2. Su carácter "intencional" o de "representatividad": modelo de actos humanos conectados en una relación de condición y consecuencia, del tipo: Si M, entonces "debe ser" N.
3. Su positividad. Es decir, su existencia "real", social, que supera el estadio de los deseos o las meras creencias subjetivas.
4. El sujeto, órgano o función, que la pone en existencia; que la legisla.
5. Los sujetos a quienes va dirigida.
6. El ámbito material de validez: las acciones reguladas, simbolizadas por M y N.
7. Ambito espacial de validez: espacio geográfico donde existe o es válida la norma.
8. Ambito temporal de validez: periodo de duración de la norma.

### 32. La Norma Fundamental Hipotética (NFH)

Varios autores encuentran difícil entender porque el representante quizá más importante del Positivismo Jurídico, declara que una norma que no ha sido legislada, constituya el fundamento de la validez de las normas que componen un orden o



sistema jurídico. Para éstos no es claro "el trabajo lógico" que desempeña la Norma Fundamental Hipotética y, además, le adjudican a Kelsen una recaída en el Jusnaturalismo, al que siempre combatió.

"Renato Treves -che ritiene le tesi neokantiane di Cohen l'unico fondamento della costruzione kelseniana-asserisce che, inserita nella dottrina pura del diritto, la norma fondamentale se acquista il valore di una categoria kantiana, perdendo ogni carattere di ipotesi conoscitiva, quale avrebbe dovuto essere in conformità alle tesi di Ernst Mach" (30).

Sin embargo, se debe aclarar que mientras el Jusnaturalismo asume contenidos específicos de legislación, en cambio la NFH es vacía; carece de contenidos concretos. "Una norma pertenece al orden sustentado en semejante norma fundante, en tanto ha sido producida en la manera determinada por la norma fundamental básica y no por tener determinado contenido. La norma fundante básica sólo provee del fundamento de validez pero no además del contenido de las normas que constituyen ese sistema. Este sólo puede ser determinado por actos mediante los cuales la autoridad facultada por la norma básica, las autoridades facultadas por aquéllas, establecen las normas positivas de ese sistema" (31). En el fondo, tal como hemos expuesto y continuaremos argumentando, la NFH es el concepto de norma concebido como "un esquema de interpretación". Es también el momento teórico en el que se ejercita o verifica la HODP en la obra de Kelsen.

Cómo es posible interpretar como eventos jurídicos, como actos de "aplicación-creación" de Derecho, a los hechos físicos que implican las acciones humanas de un órgano constituyente primitivo, si ya no existen normas positivas superiores que funcionen como "esquemas de interpretación"?. Ya hemos visto como Kelsen afirma que el fundamento legal de una norma de tipo inferior, así como la base que permite inteligir a los actos que crean dicha norma, o aquellos otros que la aplican, es la norma de tipo superior: "La funzione della norma fondamentale è di dare un fondamento alla validità di un ordinamento giuridico positivo, cioè di un ordinamento coercitivo statuito con atti della volontà umana ed efficace nelle sue grandi linee; la sua funzione consiste cioè nell'interpretare il senso soggettivo di questi atti come loro senso oggettivo" (32).

Todas las leyes generales y particulares de una comunidad estatal encuentran su fundamento, de manera directa o indirecta, en unas pocas que, a su vez, se fundamentan en la Constitución positiva de dicha comunidad, misma que a su turno encuentra su respectivo fundamento en la NFH. "The legal order of a State is thus a hierarchical system of legal norms. In a grossly simplified form, the following picture presents itself: the lowest level consists of the individual norms created by the law-appliant organs, specially the courts. These individual norms are dependent upon the statutes which are the general norms created by the legislator, and the rules of customary law which form the next higher level of the legal order. The statutes and rules of customary law in turn depend upon the Constitution which forms the highest level of the legal order considered as a system of positive norms. "Positive norms" are

norms created by acts of human beings. The norms belonging to a lower level derived their validity from the norms belonging to the next higher level" (33).

La Constitución permite contemplar como "significados", como eventos sociales o jurídicos, el total de acciones humanas que al aplicarla continúan el proceso "creador de Derecho". Esta Constitución es el "esquema de interpretación" que permite "inyectar" a los eventos físicos denominados actos humanos una interpretación o un sentido, permitiendo enfocarlos como eventos espirituales. Así se puede predicar, por ejemplo, que la acción de reforestar una cierta región geográfica, que en sí misma es un macrosistema físico "sin sentido humano" (o sin sentido invencional) le corresponde, de manera paralela, un "significado espiritual". Es decir, dicha significación se "inyecta" a la pluralidad de actos que obedecen la ley ecológica aprobada por el Congreso que ordenó la reforestación. La ley del Congreso permite interpretar como "sentidos sociales", "deber ser", a aquellas acciones que obedecen dicha ley. A su vez, los actos del Congreso también se interpretan de manera análoga, en virtud de la norma constitucional que les confiere validez.

¿Cómo se podrían interpretar paralelamente como jurídicos, los hechos físicos que corresponden a los movimientos de los sujetos (órgano colectivo) encargados de crear dicha Constitución, si no existiera previamente ninguna norma positiva superior que les dotase de su sentido espiritual? Es precisamente para interpretar dichos eventos físicos como si fueran espirituales, de una manera paralela o simultánea, lo

que explica que Kelsen recurra a una norma hipotética. La NFH es presentada por Kelsen ocupando una posición o etapa superior, respecto a la Constitución. El acto del primer constituyente, el que "produce" las normas superiores sobre las que todas las demás, que formarán parte del orden estatal, serán "generadas", se puede interpretar paralelamente como un evento espiritual, en virtud de que una norma que es utilizada como Esquema o Modelo de Interpretación, le transmite o le confiere su sentido espiritual. Sólo que esta norma es una hipótesis.

"Poiché soltanto presupponendo la norma fondamentale è possibile interpretare il senso soggettivo dell'atto costituente e degli atti statuiti conformemente alla costituzione come loro senso oggettivo, cioè come norme giuridiche oggettivamente valide, la norma fondamentale (così come la definisce la scienza giuridica) può essere definita la condizione logico-trascendentale di questa interpretazione, se è lecito applicare per analogia un concetto della teoria kantiana della conoscenza" (34).

De acuerdo con Losano, Renato Treves no cree que la NFH sea realmente una hipótesis cognoscitiva resultado de una aplicación del pensamiento de Mach a la Jurisprudencia, sino, más bien, una categoría lógica, conforme al Criticismo Trascendental de Kant (Ver Nota No. 30 este mismo Capítulo).

En resumen, éste es el método por el cual Kelsen, asumiendo que el "ser" y el "deber ser" son dos sustancias ontológicamente opuestas, las relaciona de manera indirecta en un sentido

paralelo. Kelsen se enfrentò con el siguiente problema. Por una parte, existían las normas como objetos absolutamente espirituales; por la otra, existían los procesos físicos en los que, necesariamente, consistían las acciones humanas. Ahora, ¿cómo establecer una relación entre ellos, supuesto que, siendo absolutamente opuestos, no podían interactuar entre sí? (35). Como ya se advirtió, la solución fue la Hipótesis Ontológica Dualista del "Paralelismo Indirecto", si bien parecería que Kelsen no quiso expresarlo en esta forma prefiriendo postular hipotéticamente, más bien, al objeto mismo de estudio, a saber: la norma. En la Cuarta Parte continuamos el análisis del concepto de Norma Fundamental Hipotética.

C) RENATO TREVES: VEINTE AÑOS DESPUES

33. Una Corriente Dominante Asumió que el Neokantismo Era la Filosofía de la TPD.

En 1934 Renato Treves se había percatado que las observaciones de tipo filosófico que Kelsen había efectuado sobre su teoría, no bastaban para determinar el fundamento filosófico de la misma: "Tutte queste affermazioni, se hanno servito a chiarire molte delle sue idee ed a rilevare quanto interesse il Kelsen abbia dimostrato per lo studio dei problemi speculativi, non hanno però contribuito a determinare molto più precisamente il fundamento filosofico della sua dottrina" (36). También constataría que, entre quienes se habían preguntado por el fundamento filosófico de la TPD, había surgido la opinión de que dicho fundamento no se podía atribuir a alguna doctrina filosófica específica:

"Fra quei pochi pensatori che hanno esaminato le teorie kelseniane dal punto di vista filosofico, tali affermazioni hanno anzi talvolta favorito il sorgere dell'opinione per cui il Kelsen, attingendo elementi da sistemi filosofici diversi, spesso anche opposti, non avrebbe voluto fondare la sua dottrina giuridica su di una concezioni teoretica unitaria, ma si sarebbe semplicemente servito dei risultati della Filosofia come d'alcunchè di accessorio, d'accidentale che serve a semplice scopo rafforzativo e chiarificativo" (37).

Esto dificultaba la tarea de determinar dicho fundamento ya que en Alemania se conocía poco al respecto y, desde luego, aún

menos en Italia: "Le basi filosofiche del pensiero kelseniano che sono state poco approfondite in Germania, son ancora meno conosciute da noi, ove non furono prese nella debita considerazione nè dai giuristi, nè dai filosofi perchè, mentre i primi hanno sorvolato su tale argomento giudicandolo strano alla loro competenza, i secondi, e fra questi anche i seguaci dell'indirizzo neokantiano a cui lo stesso Kelsen appartiene, hanno spesso considerato di scarso valore filosofico questo sistema che prescinde da ogni indagine metafisica e deontologica per limitarsi alla pura costruzione logico-formale dei concetti giuridici" (38).

En aquèl entonces Treves habia encontrado que no era el único que así pensaba y que inclusive en Italia habia quien creía que, en general, la TPD se podía clasificar dentro del movimiento neokantiano, pero que no existían elementos suficientes para determinar con precisión cuál era su fundamento filosòfico, ya que Kelsen empleaba diversas ideas filosòficas en una forma más bien eclèctica. "Opinione sostenuta recentemente anche del nostro Castiglia che, pur classificando la dottrina pura del diritto nell'indirizzo neokantiano, non ha creduta opportuna, anzi possibile, una più precisa determinazione del fondamento filosofico di questa e che nel suo volume su Stato e diritto in Hans Kelsen (39), pur illustrando ampiamente le fonti filosofiche del pensiero kelseniano, ha però finito d'osservare che 'al Kelsen sempre interessò di prendere dalle elaborazioni altrui argomenti validi per l'elaborazione delle sue idee che, come sempre, sarà bene tener presente, non hanno una origine che vada cercata solo nella filosofia' ed ha quindi affermato che 'il Kelsen

ricorse sempre volentieri alla filosofia per chiedere delle affermazioni di verità, da lui accettate senza eccessive preoccupazioni di scuola, purchè fossero suscettibili d'una feconda applicazione nell'ambito della scienza giuridica" (40).

El punto inicial del nuevo estudio de Treves consistió en ubicar la posición de la TPD entre las direcciones jurídicas de su tiempo. Esta se encontraba en el punto de confluencia de dos movimientos formalistas. Por un lado, la corriente de autores que se concentraban en el Derecho Público, tales como Gerber, Laband y Jellinek, que querían distinguir y desarrollar una teoría jurídica de la Teoría Social del Estado. Por el otro, la corriente jurídica de orientación filosófica neokantiana, representada por Stammler, que intentaba desarrollar una teoría del concepto puro del Derecho (41).

Treves también afirma que, en general, se considera que la TPD había superado ambos "movimientos formalistas", en cuanto había liberado a la estructura formal del Derecho de los elementos de tipo histórico-sociológico y ético-político: "Dovrei dire in oltre che generalmente si ritiene che la dottrina del Kelsen sia andata anche al di là di questo punto di confluenza e costituisca un superamento dell'estremo limite raggiunto da queste due diverse correnti di pensiero in quanto è riuscita a depurare meglio di esse, nel modo più radicale e completo, la struttura formale del diritto del suo contenuto di carattere storico-sociologico ed etico-politico" (42).



34. ¿A la Evolución de la TPD Corresponde un Cambio de su Concepción Epistemológica?

Como hemos visto, Treves concluyó en 1934 que La Lógica del Conocimiento Puro de Herman Cohen era el fundamento de la TPD (43). Pero veinte años después, aproximadamente, cambiaría de opinión: "Treves, proprio per esigenza filosofica, ha reputato opportuno ritornare, dopo circa vent'anni, sul tema del fondamento filosofico del normativismo. E l'approcio con cui Treves compie la sua revisione conferma quanto sia corretto parlare a proposito di Kelsen di "immaterialismo sociale". Treves infatti riprende in esame il problema del punto di vista del formalismo di Kelsen, ma sente la necessità di delimitare il termine "formalismo" nel senso comunemente usato da quei giuristi che sogliono qualificare come formalista la dottrina kelseniana" (44).

En esta ocasión, retirarla, implícitamente, su conclusión inicial dejando entrever que la TPD más que una teoría filosófica del Derecho, es decir, apriorista, era una teoría científica, empírica, del mismo: "Quando si pensa alle più recenti affermazioni del Kelsen per le quali la sua dottrina sarebbe un'analisi strutturale del diritto positivo che prescinde da ogni ricerca sui principi metafisici di questo, sarebbe cioè una dottrina essenzialmente scientifica e non filosofica, (\*) può sembrare strano, quasi inspiegabile, il desiderio di soddisfare all'esigenza a cui ora ho accennato, cioè di inquadrare filosoficamente la dottrina pura del diritto" (45).

Esta afirmación la interpretamos como un reconocimiento tácito que Treves hace del carácter empírico de la TPD. Siempre le preocupó el carácter "formalista" de ésta, mismo que atribuyó a la supuesta base epistemológica idealista presente en dicha teoría. De manera que cuando en el período americano, Kelsen desarrolló una visión dinámica del Derecho, mostrando una propensión mayor de su teoría para considerar las acciones humanas, la "realidad material" del Derecho, y no sólo la forma del Derecho, las normas, Treves no vió en ello un desarrollo dudoso que pareciera contradecir la pureza del método kelseniano, sino una evolución congruente y en completo acuerdo con sus premisas. Esta interpretación generosa que Treves hace de Kelsen nos permitirá agregar a sus argumentos algunos comentarios, ya que el primero no cree que, en general, la interpretación "formalista" de la TPD haya variado en el transcurso de estos 20 años. Aun cuando se nota que en dicho período Kelsen intenta un "acercamiento" a las acciones humanas, no se puede considerar que haya abandonado su posición "formalista" tradicional.

### 35. La Coincidencia de la TPD con Teorías Jurídicas Opuestas en el Período Americano de Kelsen, no Representa una Contradicción

En relación con el ensayo de Kelsen titulado La Jurisprudencia Analítica y la Teoría Pura del Derecho, que apareció como anexo de la obra titulada Lineamenti di dottrina pura del diritto (46), Treves sostiene que la coincidencia en varios puntos entre la TPD y la Jurisprudencia Analítica de Austin (47) no constituye ninguna contradicción, ni significa que la "realidad jurídica" en su conjunto deba considerarse constituida

puramente de normas: "Il fatto che la dottrina pura sia l'espressione estrema del formalismo non deva condurci a ritenere che le concidenze che questa può rivelare con dottrine anti-formalistiche siano senz'altro contraddittorie e incompatibili con le proprie premesse, nè a supporre che ad una concezione formale della scienza del diritto come quella del Kelsen debba corrispondere necessariamente anche una concezione formale della realtà giuridica considerata nel suo complesso" (48).

No se puede estar de acuerdo con esta opinión de Treves ya que Kelsen conservó invariable la Hipòtesis Ontològica Dualista que oponía de manera absoluta al "ser" con el "deber ser". De manera que si por "deber ser" se entendiera una concepción "formal" del Derecho, entonces una "realidad jurídica" "no formal", no era posible sin incurrir en contradicción. Los actos humanos podrían constituir la "realidad jurídica", solamente, de manera "indirecta" bajo la condición de adoptar el criterio de la Norma como Esquema de Interpretación. Como hemos visto, Kelsen "introduce indirectamente", las acciones humanas dentro de la categoría de "realidad jurídica", por medio de este esquema. Sin embargo, nunca declara que las acciones mismas sean el objeto inmediato o directo de conocimiento, ya que ello equivaldría a negar la pureza metódica de su teoría.

Traves se encarga de mostrar algunos aspectos en que ambas teorías jurídicas se diferencian: "La giurisprudenza analítica non considera la consuetudine come fonte del diritto così come la considera invece la dottrina pura (49), ed specialmente nel

fatto che la giurisprudenza analitica è soltanto una teoria statica che 'considera il diritto come un sistema di regole complete e pronte per essere applicate, senza tener in conto il processo della sua creazione', mentre la dottrina pura è anche una teoria dinamica, che supera e risolve ogni distinzione fra applicazione e creazione del diritto e che concepisce il diritto non già come un sistema di norme poste su un medesimo piano, ma come un sistema di norme collocate in una scala gerarchica in cui non sono comprese soltanto le norme generali, ma anche le norme individuali, le sentenze giudiziarie" (50).

"Dopo aver riconosciuto che la sua dottrina, essendosi formata indipendentemente, è assai vicina a quella dell'Austin perchè si limita a conoscere la struttura del diritto positivo 'escludendo da questa conoscenza tanto la filosofia della giustizia quanto la sociologia del diritto', il Kelsen osserva che essa si distingue però dalla giurisprudenza analitica essenzialmente per il fatto che quest'ultima non ha seguito fino in fondo il proprio metodo e non ha purificato il diritto dai numerosi residui psicologici e volutaristici che le sono estranei. La dottrina dell'Austin, così come in genere il formalismo giuridico tradizionale, se distingue infatti dal formalismo puro perchè intende la norma giuridica come comando in cui è sempre implicita l'espressione di volontà, perchè attribuisce un carattere psicologico ai concetti di obbligo e di coazione giuridica, perchè stabilisce una distinzione fra persona fisica e giuridica in cui è implicito il richiamo al concetto biologico naturalistico di essere umano, perchè infine non sviluppa un concetto giuridico dello stato e non distingue

lo stato dal diritto affermando anzi che fra i due termini vi è un rapporto di reciproca dipendenza" (51).

De manera análoga, Treves no cree que las coincidencias de la TPD con posturas jurídicas identificadas como sociológicas y realistas, representen un resultado anómalo, sino que considera a éstas como la consecuencia radical de su "formalismo": "Cerchero in oltre di spiegare, sulla base degli scritti europei e specialmente di quelli americani, come i punti di contatto che la dottrina pura del diritto rivela con indirizzi opposti al formalismo e gli stretti legami che uniscono il pensiero del Kelsen con concezioni realistiche e sociologiche, costituiscano, non tanto una contraddizione, quanto la logica e necessaria conseguenza della posizione estrema raggiunta da questo formalismo" (52).

Treves opina que Kelsen se habla unido en muchos puntos a las corrientes jurídicas reconocidas como las más opuestas al "formalismo": "Il Kelsen chiamato spesso 'l'esecutore testamentario del Laband' continuando fino in fondo sulla via del formalismo, a differenza di altri formalisti che sono rimasti, dirò così, a mezza via, ha finito di ricollegarsi in molti punti, per necessità logica e non semplicemente per errore o per contraddizione, alla scuola del diritto libero e alle concezioni sociologiche, istituzionalistiche e realistiche che sono generalmente ritenute come le più contrarie al formalismo" (53).

"Si pensi alla dottrina della norma fondamentale che nella statica può indicare soltanto 'la condizione logica

trascendentale' della conoscenza giuridica, ma che nella dinamica indica essenzialmente il principio che attribuisce la validità normativa al mero fatto e che determina la 'metamorfosi del fatto del diritto'. Si pensi alla distinzione fra validità ed efficacia che nella statica serve a relegare il diritto nella vuota sfera del dover essere distinto da quella dell'essere, ma che nella dinamica è superata per non dir negata quando si afferma che l'efficacia, se non è la causa, è però la condizione della validità. Si pensi infine e specialmente alla teoria dell'interpretazione in cui si sostiene che questa non è un atto di conoscenza ma di volontà, in cui si dichiara illusoria la certezza del diritto, in cui si respinge decisamente la giurisprudenza dei concetti, che è la tipica espressione del formalismo giuridico, e ci si avvicina nel modo più esplicito alla tendenza opposta, alla scuola del diritto libero, affermando con questa che il giudice è creatore del diritto e che la giurisdizione non ha soltanto una funzione dichiarativa, ma produttiva e costitutiva" (54).

### 36. El Periodo Estático Inicial de la TPD Propició una Lectura Epistemológica Neokantiana de la Misma

Como introducción a este punto, veamos la forma en que Treves explica su interés por determinar el fundamento filosófico de la TPD: "Credo che una delle ragioni, e forse la più importante, che ha potuto condurre molti studiosi europei a ritenere che il formalismo kelseniano avesse una portata maggiore di quella che in realtà gli si avrebbe potuto attribuire, sia consistita essenzialmente nell'esigenza di determinare quale fosse il fondamento filosofico della sua

dottrina per poterla meglio inquadrare nel complesso delle correnti filosofico-giuridiche del suo tempo. E debbo confessare che é stato il desiderio di soddisfare questa esigenza quello che ha costituito il motivo principale, e forse il solo, che mi ha spinto negli anni passati a condividere e per certi rispetti ad accentuare l'opinione espressa da questi studiosi" (55).

A manera de justificaci3n de la lectura epistemol3gica neokantiana que sobre la TPD habia formulado en el pasado, Treves indica que en dos de sus obras tempranas, Kelsen habia efectuado observaciones que le habian impulsado a creer que la TPD era una teoria filos3fica del Derecho. Que en Das Problem der Souveränität (1920) (\*), afirmaba: "L'immanenza della filosofia nella scienza giuridica"; y que en Allgemeine Staatslehre (1925) (\*\*), se proponia relacionar "il lontano campo della scienza del diritto con quel fertile centro di conoscenza che é la filosofia" (56).

Parece una posici3n v3lida el que 20 años despu3s, Treves considere que el car3cter decididamente empírico de la TPD, explícitamente declarado por Kelsen en sus obras de madurez, hace pr3cticamente innecesario insistir sobre los "fundamentos filos3ficos" que éste último pudo haber supuesto en sus obras de juventud. En efecto, Treves declara que cuando concluy3 que La L3gica del Conocimiento Puro de Hermann Cohen era el fundamento filos3fico de la TPD, lo habia hecho con base en los Hauptprobleme; obra eminentemente est3tica del periodo europeo de Kelsen: "Questa infatti é l'opera del Kelsen che é piú ricca di riferimenti filosofici, ma é anche l'opera che si distingue

nettamente dalle successive perchè concentra la sua attenzione sulla statica giuridica, ove si analizza il diritto nella sua struttura logico-formale, e prescinde, o quasi, dalla dinamica ove si studia invece il diritto nel suo processo di produzione e di applicazione e quindi nei suoi rapporti con la realtà concreta" (57).

Treves manifiesta que no ha sido el único que al conectar el pensamiento de Kelsen con el de Cohen haya llegado a la convicción de que estuviera implícita en la TPD una concepción "formal" de la "realidad jurídica", y menciona algunas posiciones sobre el particular: "Così, alcuni hanno potuto sostenere che la dottrina pura del diritto non è una semplice teoria scientifica, ma una vera e propria filosofia del diritto ridotta, ben inteso a semplice logica o metodologia della scienza del diritto; altri hanno potuto affermare che per il Kelsen la struttura formale del diritto non è una semplice costruzione astratta, nè un mezzo per determinare e conoscere la realtà giuridica, ma è invece questa stessa realtà, la realtà del diritto che è e non può essere altro che il 'diritto della scienza del diritto'; altri infine, muovendo da queste affermazioni, hanno potuto accusare il Kelsen di sostituire alla metafisica positiva, la metafisica negativa della semplificazione e della matematicizzazione, cioè la metafisica della soppressione di ogni valore e di ogni concretezza" (58).

La significación de las expresiones del lenguaje que se denominan Normas Jurídicas, no está en éstas, consideradas como objetos físicos, sino que solamente "aparece" en la mente de quienes puedan leer dichas expresiones. Por lo tanto, las



normas no pueden ser los objetos físicos que denominamos "expresiones lingüísticas", sino las significaciones que internamente son "puestas" en la conciencia de los que interpretan, obedecen o aplican dichas "expresiones normativas". Esta es la clase de "realidad espiritual" que Kelsen asigna a las normas que, como se observa, al no existir "por sí" misma, o como una propiedad inherente a los objetos físicos o externos, se justifica plenamente el denominarla "realidad espiritual", o si se quiere, "formal". En esto Kelsen no estaba muy errado. En sentido estricto, una norma positiva nunca existe externamente, como si fuera uno más de los diversos objetos que utilizamos todos los días. El objeto físico, cuya unidad relativa se encuentra, por ejemplo, en el Diario Oficial y que se puede llamar Ley, reglamento, decreto, etc. por sí mismo no posee, como una propiedad objetiva, ninguna significación. Es sólo hasta que se lee dicho objeto, cuando "surje" el significado o la auténtica norma cuya "realidad", efectivamente, no es física, externa o material.

A continuación presentamos dos pasajes "estratégicos", ya que Treves confirma en ellos la convicción de que fueron las obras tempranas de Kelsen las que propiciaron que lo vinculara con Herman Cohen: "Per affermare che secondo il Kelsen tutto il diritto si riduce ad un 'vuoto logico' da cui è respinto ogni residuo storico, etico e politico, e in cui manca ogni fermento di vita, bisognerebbe limitarsi a considerare la statica prescindendo dalla dinamica e bisognerebbe specialmente rifarsi a quel periodo in cui, come vedemmo, il Kelsen affermava 'l'immanenza della filosofia nella scienza giuridica' e si proponeva di dare alla sua dottrina 'delle sicure e precise

basi filosofiche'. Quando ci si riduce a questa visione unilaterale e si ritrovano i fondamenti filosofici della dottrina pura del diritto nella filosofia di Cohen si può ritenere che il Kelsen abbia voluto ridurre tutta la realtà giuridica a forma vuota e la dottrina pura del diritto a filosofia del diritto intesa però come semplice logica del diritto" (59).

"Ma il periodo in cui il Kelsen cercava di dare alla sua dottrina pura un significato di questo genere è oggi assai lontano, e nei suoi scritti europei più recenti mi pare che risulti già evidente la distinzione fra le sue concezioni filosofiche generali da un lato (che lo ricongiungono ad un relativismo radicale, derivato non solo dal neo-kantismo del Cohen, ma anche da altre correnti di pensiero come il positivismo, il marxismo e la filosofia dei valori) (\*) e la sua teoria pura dall'altro, che ormai da molti anni non si presenta più come una filosofia ma come una scienza autentica che cerca esclusivamente di conoscere il diritto e 'di avvicinare il più possibile i suoi risultati all'ideale della scienza': oggettività ed esattezza (\*\*)" (60).

D) EL ESTADO ACTUAL DE LA TPD A LA LUZ DEL ENFOQUE SOCIOLOGICO

37. La Tendencia Sociológica del Periodo Norteamericano, ¿Progreso o Retroceso?

Por lo anterior, se puede concluir que Treves, considerando preferentemente el periodo norteamericano de Kelsen, se convenció que la TPD poseía el empirismo característico de las disciplinas científicas en general, que no era una teoría filosófica, que no estaba fundada exclusivamente, como supuso en el pasado, en la Lógica de Herman Cohen y que, por sobre todo lo demás, no era exclusivamente "formalista"; sino que mostraba una tendencia innegable a considerar cada vez mas como parte de la "realidad jurídica" a las acciones humanas (identificadas como actos de aplicación y creación de Derecho). Que dicha teoría, al cabo de su extenso periodo de gestación, llegaba como una consecuencia lógica, inherente a su propia estructuración, a una concepción "del diritto e della scienza del diritto che è più ampia e più aderente alle esigenze della vita sociale concreta di quella che generalmente gli si attribuisce e che sembra risultare dalle sue stesse affermazioni" (61).

Treves señala afirmaciones de Kelsen en sus obras del periodo americano radicalmente opuestas a las del periodo europeo, que le permitirían caracterizar a ambos periodos como formal y sociológico, respectivamente. En el primero, sólo las normas eran el objeto de conocimiento; en el segundo, "casi" lo eran también las acciones humanas asociadas al Derecho. Aun cuando estas últimas no se llegan a considerar el objeto "directo" de conocimiento, sin embargo sí llega a adquirir una posición de

mayor "relevancia" dentro de la TPD. Además, se admite que las acciones humanas sí pueden constituir el objeto de conocimiento directo de la Jurisprudencia Sociológica; misma que "cesa" de percibirse como una corriente rival para devenir una disciplina parcial complementaria, o coordinada, con la TPD:

"Nella Prefazione all'edizione spagnola di Society and Nature (\*) il Kelsen insiste sull'importanza della ricerca sociologica per la conoscenza del diritto e sull'indissolubile unione delle due scienze avvertendo che per il cultore della giurisprudenza normativa l'approfondire i campi della sociologia del diritto e della giustizia non costituisce una contraddizione n'è una evasione in sfere eccessivamente lontane" (62).

De acuerdo con la óptica de Treves, èsto fue un paso de progreso. Pero esta especie de tendencia a la "complementariedad" entre las normas y las acciones humanas asociadas, también podría contemplarse como una grave contradicción: el abandono de la exigida pureza metódica, o la renuncia a la oposición absoluta entre el "ser" y el "deber ser". Esto constituía un desajuste entre aquéllo que los principios teóricos negaban y aquéllo que, en la práctica, se admitía como posible. La impresión que ocasiona esta concesión a la Jurisprudencia Sociológica por parte de Kelsen, no resulta nada satisfactoria dada la aparente anomalía lógica en que se incurría. Era como si los "hechos" desbordaran al cuerpo teórico que se declaraba impotente para abarcarlos y explicarlos homogéneamente, si bien Treves no vislumbra tal

problematicidad y se concrete, generosamente, a mostrar la evidencia del "progreso" en el pensamiento kelseniano.

La naturaleza controvertible de este punto exige algunos comentarios. El primer problema que se suscita consiste en suponer la compatibilidad de dos tipos de disciplinas jurídicas: la pura y la sociológica (a lo que Kelsen se opuso en el primer periodo): "Si confrontiamo la Reine Rechtslehre del 1934 (che si può dire rappresenti il punto di arrivo dell'elaborazione europea delle teorie giuridiche kelseniane) con saggio sull'Austin del 1941 (che si può dire rappresente il punto di partenza dell'elaborazione americana), vediamo che, mentre nel primo scritto il Kelsen non concepisce altra scienza giuridica all'infuori della dottrina pura del diritto e afferma che la sociologia giuridica non ha propriamente per oggetto il diritto, ma soltanto certi fenomeni paralleli della natura (\*), nel secondo il Kelsen distingue invece chiaramente due diverse speci di scienze giuridiche: una imputativa che sarebbe la giurisprudenza normativa e una causale che sarebbe la giurisprudenza sociologica" (63). Sin embargo, al efectuar esta distinción no desarrolla ni ofrece algùn tipo de explicación científica relativamente suficiente, como tampoco alguna de tipo filosòfico. Sólo meras afirmaciones de un manifiesto carácter problemático, que no alcanzan a mostrar las razones que permitieron la "adopción" de la disciplina "hermana".

En efecto, parecería que Kelsen no considerò que un tal dualismo contradiría la pureza o identidad metòdica de la Ciencia Jurídica, en la que èl tanto insistió, puesto que al aceptar la validez de la Jurisprudencia Sociológica, la Ciencia

Jurídica tendria no uno sino dos objetos de conocimiento (las normas y las acciones humanas) aparte de que tal separación devendria irrelevante pues la Jurisprudencia Sociológica seguramente, con el paso del tiempo, terminaria por "engullir" a la Jurisprudencia Normativa, borrándose así, a la postre, las diferencias metódicas que supuestamente las separaban, inicialmente.

"E' poi specialmente interessante rilevare che, a differenza di quanto sembrava ritenesse in pasato, il Kelsen, ritiene oggi che la sociologia giuridica o, come anche la chiama, la giurisprudenza sociologica è scienza del diritto o meglio una delle scienze del diritto e afferma che, per la conoscenza del diritto, deve questa essere indissolubilmente collegata con l'altra scienza del diritto cioè con la dottrina pura che egli chiama anche giurisprudenza normativa" (64).

### 38. El Caràcter Netamente Empírista de la TPD

Treves cita al propio Kelsen quien parece dar la bienvenida a la Sociología jurídica, pero al no ofrecer una explicación sobre la manera en que ambas disciplinas se conexionaban o eran compatibles, dicha citación más bien parece revelar un brusco intento de conciliación en el que se constata una grave dificultad teórica: "La giurisprudenza normativa, egli dice, si riferisce alla validità del diritto, la giurisprudenza sociologica, alla sua efficacia; ma così come la validità e l'efficacia sono aspetti diversi del diritto che devono essere tenuti chiaramente separati anche se entrambi si trovano in un determinato reciproco rapporto, così esiste pure una notevole

concesión fra la giurisprudenza normativa e la sociologia malgrado la differenza di indirizzo delle loro ricerche (\*)" (65).

Treves continúa progresivamente redondeando su tarea esclarecedora sobre lo que, según él, evidenciaba el progreso de la TPD, misma que, en nuestra opinión, a la luz de sus críticas difícilmente podría justificar la aspiración de ser considerada una teoría "perfectamente pura", ya que si bien no de un modo explícito, cuando menos de manera implícita, admitía a los hechos físicos (las conductas humanas) como objetos de conocimiento de la Jurisprudencia: "Nella General Theory il Kelsen torna a dichiarare che la giurisprudenza sociologica non è l'unica scienza giuridica e lascia quindi chiaramente intendere che le scienze giuridiche sono due: la giurisprudenza sociologica e la giurisprudenza normativa (\*)" (66).

"Se la scienza normativa e imputativa colloca il diritto nel mondo del dover essere, la scienza naturalistica e causale lo colloca nel mondo dell'essere; se la prima considera il dover essere del diritto come categoria fondamentale, la seconda lo considera invece come "mera ideologia", come "l'ideologia specifica di un potere storicamente dato". E "questi due giudizi sul dover essere non implicano una contraddizione dato che ciascuno di questi ritiene di esser vero nell'ambito del proprio sistema" (67).

Para concluir el análisis de la evolución del pensamiento de Treves respecto a la TPD, éste manifiesta finalmente que ya no puede mantener el tipo de fundamentación filosófica que le

habla atribuido en 1934 a dicha teoría. Sin embargo, para Treves ésto significaba reconocer que la "realidad jurídica" para Kelsen no era de estricto carácter "formalista", como se lo habla atribuido y que, en consecuencia, la TPD tampoco encontraba su fundamentación filosòfica en la Lògica de Herman Cohen. La TPD del periodo americano era netamente científica y por ende no podia ser apriorista:

"Con l'attribuire al Kelsen una concezione del diritto piú ampia e comprensiva di quella che ho creduto di dovergli attribuire in passato, risulta forse piú facile spiegare perche il suo relativismo che nel campo teorico significa negazione del diritto naturale, dissoluzione delle ipostasi metafisiche e affermazione del carattere ipotetico della scienza, nel campo pratico dell'azione non conduce, come hanno sostenuto molti studiosi, all'indifferenza per i problemi concreti della vita e all'inerzia civile e morale, ma conduce invece, come lo ha dimostrato il Kelsen con l'opera di tutta la sua vita, alla lotta contro l'assolutismo e alla difesa dei principi della libert  e della democrazia" (68).

Asi, hemos querido poner de relieve que de acuerdo con la lectura de uno de los autores italianos más familiarizados con el pensamiento kelseniano, como es Renato Treves, no se puede considerar que la TPD se fundamenta en una filosofía neokantiana, como si fuera una teoría constituida con conceptos a priori (independientes de la experiencia) sino que por el contrario, al cabo de una reflexi n madura se admite su cientificidad, o empirismo. Si se tiene en cuenta que dicho autor es pionero en Italia en este tipo de estudios y, sobre



todo, si se recuerda que en el pasado sostuvo la opinión contraria, entonces se podría convenir en retomar este aspecto del trabajo desarrollado por este investigador, como la obra básica que permita dejar de considerar a la TPD como Neokantiana o como una teoría Idealista, o filosòfica en general. Esta opiniòn madura de Treves coincide con la nuestra, desarrollada de manera independiente y sobre otra base o argumento decisivo, (conforme se expuso en la Secciòn C del Capitulo V) a la cual llegamos despuès de haber creído tambièn, como Treves, por muchos años lo contrario.

### 39. La Crisis Teòrica que Representa el Abandono del Principio de la Direcciòn Metòdica

Sin embargo, mientras Treves contempla un progreso de la TPD en el hecho de su "acercamiento a las acciones sociales", dejando de considerar exclusivamente el aspecto formal del Derecho, nos adherimos a su lectura sòlo parcialmente, ya que contemplamos, màs bien, una "situaciòn de crisis". Admitir que las acciones humanas puedan constituirse en objeto de conocimiento de la Ciencia Jurídica, sin ofrecer una explicaciòn relativamente suficiente, significa una contradicciòn al principio de la direcciòn o pureza metòdica; principio que màs ha caracterizado al pensamiento kelseniano, y sobre el cual nosotros hemos insistido a lo largo de estas pàginas casi excesivamente. Por otra parte, ello implicarìa tambièn un abandono de la HODP en la que ha venido basando su teorìa.

Mientras la oposiciòn entre una "realidad social" o normativa y otra fisico-material se plantee de modo absoluto, de acuerdo a la HODP, no hay posibilidad para que los hechos físicos

interactuen con las normas positivas, supuesto que éstas fueron consideradas por Kelsen como absolutamente opuestas a aquéllos. Esta posición tradicional de Kelsen, contradice la posibilidad misma de la Jurisprudencia Sociológica la que, por definición, asume que las normas "afectan" a las acciones humanas y que éstas "afectan" (aplican y "producen") a las normas. Así, Kelsen llega a sostener de hecho que las dos disciplinas jurídicas que aspiran a complementarse para constituir la única y auténtica Ciencia Jurídica, son compatibles aun cuando cada una se basa en una Hipòtesis Ontològica Dualista diferente. En efecto, mientras la TPD, se podría decir, implica un "Paralelismo Indirecto" (o un Paralelismo), en cambio la Jurisprudencia Sociológica implica un Dualismo Interaccionista. En consecuencia, esta crisis de fundamento ontològico, representado por la oposiciòn radical entre estas dos Hipòtesis Ontològicas Dualistas, podría afectar negativamente a lo que, de acuerdo con Treves, pueden considerarse como los resultados más característicos de la TPD. Es decir, podría afectar:

"Alla concezione della norma giuridica come giudizio ipotetico, che serve a depurare questa norma da ogni contenuto psicologico e volontaristico; alla distinzione fra validità ed efficacia, che serve a delimitare più rigorosamente il diritto come dover essere dal comportamento effettivo degli uomini appartenenti alla sfera dell'essere; alla risoluzione del concetto di persona in un complesso di norme e in un punto di imputazione di norme, che serve ad eliminare da questo concetto, tanto gli elementi psicologico-naturalistici, quanto le ipostasi metafisiche; alle critiche delle distinzioni tradizionali fra diritto soggettivo e oggettivo, tra rapporti

giuridici personali e reali, fra diritto pubblico e privato, fra individuo e comunità, le quali servono tutte a scoprire nella scienza giuridica tradizionale gli ultimi residui del giusnaturalismo e ad eliminarli svuotando i concetti di questa scienza d'ogni contenuto ideologico e valutativo" (69).

A estos logros característicos de la TPD podrían agregarse: su positivismo, su postulada neutralidad política, la distinción del conocimiento (como función eminentemente descriptiva) de la función ideológico-política y, por último, el rechazo a las explicaciones "causales" o "fiscalistas".

Parecería que Kelsen reconocía la necesidad de hacer compatibles los principios básicos de su teoría con la problemática empírica de las acciones humanas, si bien no hubiera alcanzado a reformular el nuevo cuadro teórico que pudiera hacer compatible dos de las ramas que según él constituyen la unidad de la Ciencia Jurídica: la Teoría Pura y la Jurisprudencia Sociológica. Tal será el escollo que se debe sortear para resolver la crisis que representa el relativo abandono de la identidad de la dirección metódica y de fundamento que, por lo visto anteriormente, no se puede menos que concluir que la TPD experimenta.

CAPITULO V

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

- (1) Ver cita No. 14 del Capitulo V.
- (2) LOSANO, M.G., Forma...., op cit., pag. 110.
- (3) KELSEN, H., TPD, op cit, pag. 17.
- (4) KELSEN, H., op cit.
- (5) KELSEN, H., Allgemeine Staatslehre, op cit.
- (6) KELSEN, H., TPD, op cit. Titulo original en alemán: Reine Rechtslehre, Zweite, vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Wien, 1960. Reimpresa en 1967.
- (7) LOSANO, M.G., Forma... op cit, pag. 63. (\*) La primera edición de la Teoría Pura apareció en 1934, de la cual existe una versión española (Ed. Losada, Buenos Aires, 1934, Reimpresa en 1946 y reimpresa en México, Ed. Nacional, 1975). "Dal punto di vista cronologico, la dottrina kelseniana se può dividere in due periodi. Nel primo -che va dai Hauptprobleme der Staatsrechtslehre alla Allgemeine Staatslehre- la dottrina pura del diritto subisce modificazioni che riguardano la struttura del sistema, prima fra tutte l'affiancarsi della nomodinamica alla nomostatica; nel secondo periodo -che va dalla prima edizione della Reine Rechtslehre (\*) fino ad oggi- la struttura del sistema è ormai consolidata e le modificazioni mirano ad eliminare le contraddizioni intrasistematiche"
- (8) LOSANO, M.G, Forma... op cit, pag. 63-64.
- (\*) Cfr. La Prefazione di Reine Rechtslehre alla prima edizione della Dottrina pura del diritto, cit, p. 12 ss.
- (9) Ibidem, pag. 93.
- (\*) Hans Kelsen, Allgemeine Staatslehre, op cit, p. 233: "La sentenza del giudice, cioè l'atto in cui si manifesta il potere giudiziario, vien detta "pronuncia" (Rechtssprechung, Rechtspruch) como se in essa ci si limitase a dichiarare ciò che è già divenuto diritto nella norma generale"; e ancora: "Senza la sentenza il diritto astrato non potrebbe assumere forma concreta" (9).
- (10) KELSEN, H., General Theory, op cit.
- (11) LOSANO, M.G, Forma... op cit, pag. 52.
- (12) Ibidem, pag. 64.
- (13) KELSEN, H., TPD, op cit, pag. 83.
- (14) KELSEN, H. Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, op cit.
- (15) LOSANO, M.G., Forma... op cit pag. 28.

- (16) Ibidem, pag. 29.
- (17) Ibidem, pag. 28.
- (18) Ibidem, pag. 30.
- (19) Ibidem, pag. 30.
- XIX) KELSEN, Hans, Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft, cit., pp. 53-98, 190-249.
- XX) KELSEN; Hans, Reichsgesetz und Landesgesetz nach der österreichischen Verfassung, "Archiv des öffentlichen Rechts", 1914, pp. 202-45 e 390-438.
- (20) KELSEN, HANS. Théorie... op cit, pag. 131-132.
- (21) LOSANO, M.G., Forma... op cit, pag. 30.
- (22) KELSEN, H., Dottrina... op cit. pag. 231.
- (23) Ver Nota No. 2 este Capítulo.
- (24) Ver Nota No. 19 del Capítulo III.
- (25) KELSEN, H. Théorie... op cit, pag. 74.
- (26) LOSANO, M.G., Forma... op cit, pag. 111.
- (27) Ver Sección B, Capítulo III.
- (28) KELSEN, H., What is Justice... op cit, pag. 218.
- (29) KELSEN, H. TPD, op cit, pag. 84.
- (30) LOSANO, R. Saggio Introduttivo della DPD, 1966, pag. XXVII.
- (\* ) TREVES, R. Il Fondamento Filosofico della dottrina pura del diritto di Hans Kelsen in Atti della Reale Accademia delle Scienze di Torino, Vol 69, 1933-34, pag. 86.
- (31) KELSEN, H. TPD, op cit, pag. 204.
- (32) KELSEN, Hans. Dottrina pura... op cit, pag. 231.
- (33) KELSEN, H. What is Justice, op cit, pag. 221.
- (34) KELSEN, H., Teoria pura del diritto..., op cit, pag. 227.
- (35) Ver Nota No. 19 del Capítulo III.
- (36) TREVES, R. Il Fondamento... op cit, pag. 6.
- (37) Ibidem.
- (38) Ibidem, pag. 3-4.

(39) Castiglia, Sassari, 1932, pag. 47-48 ed anche pag. 34  
Nota.

(40) TREVES, R., Il Fondamento..., op cit, pag. 6.

(41) "Se dovessi indicare in poche parole quale è la posizione che, secondo l'opinione comune degli studiosi, la dottrina del Kelsen occupa di fronte ai principali indirizzi giuridici del suo tempo, direi che questa si trova nel punto in cui confluiscono, da un lato, le correnti formalistiche del diritto pubblico che, attraverso il Gerber e il Laband, sono giunte col Jellinek a distinguere e sviluppare in modo del tutto autonomo la teoria giuridica dalla teoria sociale dello stato, e dall'altro le correnti anch'esse formalistiche della filosofia giuridica neo-kantiana che, sotto l'influsso dello Stammler, hanno cercato di svolgere una teoria del concetto puro del diritto distinto tanto dalla fenomenologia quanto dalla deontologia giuridica". TREVES, R. In torno alla concezione del diritto di Hans Kelsen, op cit, pag. 178.

(42) Ibidem.

(43) Ver Punto 2, Capítulo IV.

(44) DONATI, C., Note sul Normativismo, op cit, pag. 184.

(45) TREVES, R. In torno alla concezione del diritto di Hans Kelsen, op cit, pag. 179.

(\*) KELSEN, H., General Theory of Law and State. Harvard University Press, 3rd ed., 1949, Prefacio, pag. XIII-XIV).

(46) KELSEN, H. La Dottrina pura del diritto e la giurisprudenza analitica, pag. 173-227, anexo contenido en: Lineamenti di dottrina pura del diritto. Trad. R. Treves, Einaudi, Torino, 1967, 227 pp. Tambièn aparece en What is Justice?, op cit, pag. 266-297.

(47) The Province of Jurisprudence Determined, 5th ed., 1885.

(48) TREVES, R. In torno..., op cit, pag. 178.

(49) KELSEN, H. TPD, op cit, pag. 23.

"Los actos constituyentes del hecho de la costumbre pueden también establecer normas mediante las cuales un comportamiento queda determinado como debido. Dado que el hecho de la costumbre está constituido por actos de conducta humana, las normas producidas por la costumbre son establecidas por actos de conducta humana y, de ese modo, de igual manera que las normas cuyo sentido subjetivo es ser actos legislativos, son también normas impuestas; es decir normas positivas. La costumbre puede producir tanto normas morales como normas jurídicas. Las normas jurídicas son producidas consuetudinariamente cuando la Constitución de la comunidad establece a la costumbre -y, ello, una costumbre especialmente caracterizada- como un hecho productor de Derecho".

(50) TREVES, R., In torno... op cit, pag. 180.

(51) Ibidem, pag. 189-190.

(52) Ibidem, pag. 179.

Con los términos "forma vuota" y "formalista" de Treves, identificamos el término "normativista" empleado por otros autores. Así, con "formalista" o "normativista" se debe entender la concepción kelseniana según la cual el objeto auténtico de conocimiento de la Ciencia Jurídica no son los actos humanos, las acciones históricamente dadas, sino más bien las normas mismas entendidas como juicios hipotéticos, donde se dice que, por ejemplo, si un hecho P fuera dado, entonces otro Q, debería ocurrir. Estos juicios o sentencias normativas, que se supona representan o significan un contenido ideal o espiritual, en contraposición con los actos físicos de los hombres, aparecen con un carácter exclusivamente "formal".

(53) Ibidem, pag. 185.

(54) Ibidem, pag. 186.

(55) Ibidem, pag. 179.

(56) Citado por TREVES, R. en In torno alla concezione, op cit, pag. 180.

(\*) KELSEN, H., Das Problem der Souveränität, Tübingen 1920, pag. IV.

(\*\*) KELSEN; H., Allgemeine Staatslehre, op cit, Berlin 1925, pag. VIII.

(57) Ibidem.

(58) Ibidem, pag. 181.

(\*) Sul relativismo del Kelsen Cfr. Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics in "The American Political Science Review", 1940, pag. 906-914, ove si svolgono idee già precedentemente esposte. Cfr., per es., Allgemeine, cit., p.369.

(\*\*) Kelsen, La dottrina pura cit., p. 19. Nella General Theory cit., a p.13, il Kelsen qualifica la sua dottrina come "radically realistic and empirical theory".

(59) Ibidem, pag. 187.

(60) Ibidem, pag. 187-188.

(61) Ibidem, pag. 196.

(62) Ibidem , pag. 195.

(\*) KELSEN, H., Sociedad y Naturaleza, Buenos Aires, 1945, pags. VII-XVI.

(63) Ibidem, pag. 193-194.

(\*) Kelsen, H., La dottrina pura... op cit, pag. 31-32, p. 152 e 58.

(64) Ibidem, pag. 193.

(\*) Kelsen, La dottrina pura cit., p.155.

(65) Ibidem, pag. 194.

(66) Ibidem, pag. 195.

(\*) Kelsen, General Theory op cit., p. 162.

(67) Ibidem.

(\*) Kelsen, Value Judgements in the Science of Law, in "Journal of Social Philosophy and Jurisprudence" Vol. VII, 1942.

(68) Ibidem, pag. 197.

(69) Ibidem, pag. 180-181.



## TERCERA PARTE

### CRITICAS A LA TEORIA PURA DEL DERECHO (TPD)

#### CAPITULO VI

#### PRESENTACION GENERAL Y ANALISIS DE LAS PRINCIPALES CRITICAS

##### A) DESCRIPCION Y CLASIFICACION DE LAS CRITICAS

Las críticas a la TPD se podrían clasificar en dos clases generales. Denominaremos Endógenas a aquellas que cuestionan la consistencia lógica de la Teoría. Las Exógenas serían aquellas otras que no denuncien "fallas" de tipo estructural, sino que ataquen a la Teoría desde afuera, por así decirlo, acusando a ésta de no cubrir otros aspectos extras de la "realidad jurídica". En las Críticas Endógenas incluiremos tres clases, mismas que denominaremos: 1. De Congruencia, 2. De Insuficiencia Metódica y 3. Giusnaturalista. En las Exógenas colocaremos a las tres siguientes: 1) Formalista; 2) Sociológica; y 3) Político-Ideológica.

De estos seis tipos, creemos que las críticas de Congruencia y Giusnaturalista señalan inconsistencias internas de la TPD, por lo que resultan más significativas que las otras cuatro. Estas últimas no atacan los ejes centrales del sistema teórico kelseniano, sino que representan "ataques externos" que ciertamente podrían hacerle "daño" pero no al grado de minar su estructura sistemática. Por ejemplo, el calificarla de "formalista", de dar las espaldas a los "hechos reales" así como de negarle utilidad para fines ético-políticos, son acusaciones que Kelsen repele bien. El considera que buena

parte de las críticas exógenas están, en general, motivadas por la insuficiente comprensión de la naturaleza, límites y propósitos de su teoría y que, algunas otras, surgen como exigencias excesivas acerca de las posibilidades de su método:

"Puesto que esta teoría no es, de ninguna manera, tan inauditamente nueva, ni se encuentra en contradicción con todo lo producido hasta ahora. Pueda ser entendida como la continuación de tesis que ya se enunciaban en la Ciencia Jurídica positivista del siglo XIX. Pero también de ella provienen mis oponentes. Lo que provoca este escándalo en la Literatura no es tanto que yo sugiera a la actual Ciencia del derecho un cambio de orientación completo, sino que tenga la impertinencia de insistir en que mantenga una de las orientaciones, entre las cuales oscila inseguramente de aquí para allá; no es tanto la novedad, como más bien, la consistencia de mi doctrina la que lo provoca. Y ya esto sólo permite sospechar que en la lucha contra la TPD actúan, no sólo motivaciones científicas, sino sobre todo, políticas, altamente cargadas por ende de emotividad. Frente a los efectos políticos -aunque sólo sean negativos- que la liberación propuesta de la política signifique; frente a esta autolimitación de la Ciencia del derecho, que muchos consideran una renuncia a su prestigio, es comprensible que el opositor se sienta poco inclinado a ser justo con una teoría que plantea tales pretensiones. Para poder combatirla, es menester desconocer su verdadera entidad. Así sucede que los argumentos que contra de ella elevan de un lado y otro, dirigidos más bien no contra la TPD sino contra un simulacro elaborado según las necesidades del ocasional contrincante, se anulan entre sí, haciendo de esa suerte casi

superflua una polèmica. Los unos opinan despectivamente que se trata de una teoría enteramente vacía de contenido, un juego vacío de conceptos huecos; su contenido significa, en mérito a sus tendencias subversivas, un serio peligro para el Estado constituido y su Derecho, advierten los otros. Dado que la TPD se mantiene libre enteramente de toda política, se alejaría de la vida palpitante, convirtiéndose así en científicamente carente de valor; se trata de uno de los reproches más frecuentes que contra ella se formulan" (1).

## 1. Endógenas

### 1.1 Crítica de Congruencia

Esta crítica percibe que existe una contradicción entre dos conceptos básicos de la TPD. Estos serían los conceptos de validez y de eficacia de una norma. Mientras el criterio de validez de una norma consiste en el hecho de haber sido legislada conforme lo establece una norma relativamente superior del sistema que la subordina. Kelsen afirma que, además, también se debe utilizar el criterio de eficacia. La razón para emplear este segundo criterio se debe a que la norma que no es obedecida en ninguno de los casos, que no es eficaz, no puede admitirse como existente. Pero como el cumplimiento de una norma sólo se manifiesta con actos, acciones físicas, y éstos no pueden, por definición, ser objeto de conocimiento jurídico (ya que la Jurisprudencia, según la TPD sólo puede describir y conocer normas, en tanto se consideran como entes espirituales o sociales), entonces con

ello se verifica la presencia de un factor extraño, de naturaleza extrasistemática, en la Teoría.

## 1.2 Crítica de Insuficiencia Metódica

Esta mantiene que la categoría del "deber ser" no es suficiente para capturar la unidad del fenómeno jurídico y que el principio teleológico debería ser incluido en las explicaciones jurídicas ya que, todo Orden Jurídico, de acuerdo con la propia concepción kelseniana es un "orden coactivo de la conducta humana", una "técnica social", y por ende, se podía considerar como un "medio" para lograr ciertos "fines". Estos consistirían en aquellas acciones deseables, o socialmente aceptables, a los ojos del legislador. Kelsen dice:

"Los sistemas sociales designados como "derecho" son órdenes coactivos de la conducta humana. El acto coactivo normado por el orden jurídico puede ser referido a la unidad del orden jurídico atribuido a la comunidad jurídica constituida por el orden jurídico, como reacción de esa comunidad ante una circunstancia de hecho considerada como socialmente dañina; y cuando esa circunstancia consiste en determinada conducta humana, puede ser interpretada como sanción. Que el derecho sea un orden coactivo quiere decir que sus normas estatuyen actos de coacción atribuibles a la comunidad jurídica" (2). En consecuencia, la ausencia del principio teleológico en la TPD le disminuye a ésta su potencial "técnico-explicativo".

### 1.3 Crítica Jusnaturalista

Kelsen sostiene que el fundamento de todo Orden Jurídico-Político es una norma que se debe suponer como existente, pero que verdaderamente no ha sido legislada por nadie. Esta norma es un supuesto lógico-trascendental de la Ciencia del Derecho y, por este motivo, de acuerdo con Kelsen, su única función es hacer posible el conocimiento de los Ordenes Jurídicos. Con este fin, se asume como el fundamento de la función superior del Sistema Jurídico de que se trate. Esta Norma Fundamental Hipotética (3) autoriza o delega al órgano que desempeñe la función superior del orden jurídico, la capacidad para iniciar el proceso jurídico-positivo en que consiste una comunidad parcial o una sociedad en su conjunto. La crítica acusa a Kelsen de contradecir el criterio positivista de realidad empírica formulado por la TPD, abandonando así la Dirección Metódica cuando éste supone la presencia de una norma que existía "en sí" y "por sí", que no había sido creada por ningún acto humano correspondiente; aplicándole el mismo tratamiento que Kelsen había a su vez propinado a los teóricos del Derecho Natural (4). Como se recordará, éstos también afirmaban la existencia de ciertas normas, no legisladas por las autoridades jurídicas sino que las suponían inherentes a la razón humana.

"Une norme créée par un acte accompli dans l'espace et dans le temps est dite positive et elle se distingue de toutes les normes qui n'ont pas été créées de cette manière, qui n'ont pas été "posées", mais seulement "supposées" par un acte purement intellectuel. Le droit et la morale sont des ordres normatifs positifs si et dans la mesure où leurs normes

ont été "procédés" ou créés par des actes accomplis dans l'espace et dans le temps: coutumes suivies par les membres d'un groupe social, commandements d'un prophète, actes d'un législateur, etc. Une science du droit ou une éthique scientifique ne peuvent avoir pour objet que le droit positif ou une morale positive. Elles ont à décrire des normes positives prescrivant ou autorisant un comportement déterminé et elles peuvent ainsi affirmer que dans telles conditions tel individu doit se comporter de cette manière" (5).

"Just as the actual behavior of the individuals may or may not correspond to the norms of positive law regulating this behavior, positive law may or may not correspond to an ideal law presented as justice or "natural law". It is in its relation to the ideal law, called justice or "natural law", that the reality of positive law appears. Its existence is independent of its conformity or non conformity with justice or "natural law" (6).

## 2. Exògenas

### 2.1 Crítica de Formalismo Excesivo

Segùn esta crítica, una teoria que sòlo aspira a conocer y describir la "forma" del Derecho, las normas y no el "contenido" del Derecho (las acciones humanas concretas que cumplen o violan dichas normas), revela una limitaciòn esencial. Inclusive algunos cuestionan la autenticidad de dicho conocimiento argumentando que las proposiciones jurídicas que describen a las normas parecen meras repeticiones de dichas

normes y, en consecuencia, no se gana algo nuevo con dicho formalismo.

"On pourrait objecter que les propositions formulées par la science du droit se bornent à reproduire le contenu de normes juridiques et qu'il y a là une répétition superflue. En fait cette reproduction est aussi peu superflue que l'action d'un pianiste jouant une sonate. Celui-ci aussi déploie une activité créatrice, mais tout à fait différent de celle du compositeur. On dit qu'il interprète la sonate; tel est exactement le rôle du juriste à l'égard de l'oeuvre du législateur" (7).

## 2.2 Crítica Sociològica

Esta reprocha a la TPD el que utilice un concepto abstracto de voluntad, negándose a aceptar la explicación de tipo causal; ya que ésta arrojaría luz sobre las "verdaderas" razones por las cuales se legislan ciertas normas en unos casos y porque no en otras situaciones. La Sociología Jurídica reclama su derecho lógico para explicar los procesos jurídicos buscando las "auténticas" causas que mueven a los hombres a comportarse como lo hacen. Kelsen concibe a dicha disciplina en la siguiente forma:

"La sociologie juridique ne s'intéresse pas aux normes formant l'ordre juridique, mais aux actes par lesquels ces normes sont créées, a leurs causes et a leurs effets dans la conscience des hommes. Pour sa part, la Théorie pure veut être une science spécifique du droit; elle n'étudie pas les

faits de conscience qui sont en rapport avec les normes juridiques, tels que le fait de vouloir ou de se représenter une norme, mais uniquement ces normes prises en elles-mêmes, dans leur sens spécifique, de quelque manière qu'on le veuille ou se le représente. Elle ne s'occupe d'un fait que dans la mesure où il est déterminé par une norme juridique" (8).

Para la Sociología Jurídica, la TPD se aleja de la realidad concreta de los actos humanos, ya que ni siquiera intenta una descripción de los mismos y ello la descalifica en su pretensión de constituirse en el núcleo central de la Ciencia Jurídica. Según esta disciplina se debería aplicar el método de la causalidad, propio de las Ciencias Naturales, a la explicación de los fenómenos jurídicos, mismos que como están siempre inmersos en condiciones económicas, políticas y sociales, parecería razonable suponer que resulten afectados por éstas, cuando menos en alguna medida.

### 2.3 Crítica Politico-Ideológica

Esta acusa a la TPD de no proporcionar respuestas para satisfacer conflictos ideológicos, éticos o políticos, al negarle a la Ciencia Jurídica la capacidad de ser "fuente de Derecho", o para determinar cuáles puedan ser los criterios que le permitan identificar y calificar aquellas legislaciones históricamente dadas, o posibles, que se deben considerar como justas o injustas. En efecto, al "prohibir" prácticamente al jurista emitir juicios de valor, en tanto se supone efectiva una función cognoscitiva, o proponer contenidos normativos con la pretensión de ser los "más justos", limita seriamente su



capacidad para intervenir, arguyendo una base científica inobjetable, en la solución de los conflictos.

"Pero la Ciencia del Derecho sólo puede describir el Derecho, no puede a diferencia del Derecho producido, en normas generales e individuales por la autoridad jurídica, prescribir algo (\*). Ningún jurista puede negar la diferencia esencial que se da entre una ley publicada en un diario oficial legislativo y un comentario jurídico científico de esa ley; entre un código penal y un tratado de Derecho Penal. La diferencia se muestra en que los enunciados deónticos formulados por la Ciencia del Derecho, que describen el Derecho, y no obligan ni facultan a nada ni a nadie, pueden ser verdaderos o falsos, mientras que las normas producidas por la autoridad jurídica, que obligan y facultan a los sujetos del derecho no son ni verdaderas ni falsa, sino sólo válidas o inválidas, de igual suerte que los hechos empíricos no son ni verdaderos ni falsos, sino que existen o no existen, mientras que sólo los enunciados sobre esos hechos pueden ser verdad o no verdaderos" (9).

"En la diferenciación entre enunciado jurídico y norma jurídica se expresa la distinción entre la función de conocimiento jurídico y la función, enteramente distinta, que cumple la autoridad jurídica representada por órganos de la comunidad jurídica. En la terminología de la ciencia tradicional del Derecho alemán cabe señalar con todo que las expresiones Rechtsnorm (norma jurídica) y Rechtssatz (enunciado jurídico) son empleadas como sinónimos. Ello está en íntima relación con el hecho de que esa ciencia confunde la función normativa de la autoridad jurídica con la función cognoscitiva

de la ciencia jurídica. El legislador que en su actuar legislativo aplica la Constitución, debiera conocerla; el juez, que aplica las leyes, debiera conocerlas. Pero ese conocimiento no es lo esencial, sólo es la preparación de su función que, como lo mostraremos más de cerca, consiste de consuno, no sólo en el caso del legislador, sino también en el caso del juez, en producción de derecho: establecer una norma jurídica individual, en el caso del juez" (10).

"Se il giurista deve non valutare il diritto, ma soltanto descriverlo, di fronte al problema della giustizia egli dovrà tenere un atteggiamento di neutralità, cioè di indifferenza: constatato che una certa norma esiste il giurista deve describerne il contenuto, e non discutere il valore di giustizia su cui essa si fonda; il giurista, cioè non deve introdurre elementi valutativi nel proprio discorso descrittivo" (11).

Kelsen expresa su preocupación por la "intensidad" y "fogosidad" de algunas de este tipo de críticas, mismas que en su opinión, sólo se podrían explicar si se asume que son "engendradas" por motivos ideológico-políticos. El hecho de que su concepto de ciencia estipule la mera descripción de los contenidos normativos, del "deber ser", negándole la función de ser "Fuente de Derecho. Justo" y, en general, de no poseer el criterio para determinar de modo absoluto que sea lo "justo" o lo "injusto". Por lo tanto, de no proporcionar un instrumento dúctil para los fines de quienes, detentando el "poder", lo quisieran investir de una legitimación "inobjetable". Esto

pareceria ser, en opinión del propio Kelsen, una de las fuentes mayores de crítica contra su teoría:

"Questa dottrina, oltre a trovare consenso e imitatori, ha trovato pure opposizioni: un'opposizione così accesa di cui quasi non ce esempio nella storia della scienza giuridica e che non può essere spiegata in modo alcuno sulla base dei contrasti reali che in quella vengono in luce. Tali contrasti infatti poggiano in parte su incomprensione, che per di piú spesso sembrano non del tutto disinteressate, e là dove realmente si manifestano non è facile spiegare la ragione del profondo accanimento degli avversari" (12).

"Il conflitto non verte, in verità, intorno alla posizione della giurisprudenza nel campo della scienza e alle conseguenze che ne derivano, come certamente parrebbe, ma intorno al rapporto della scienza giuridica con la politica, intorno alla netta separazione dell'una dall'altra, intorno alla rinuncia all'inveterata abitudine di sostenere, in nome della scienza del diritto e quindi richiamandosi ad un'istanza oggettiva, esigenze politiche che possono avere soltanto un carattere estremamente soggettivo anche se si presentano, con la-miglior-buona-fede"-(13).

## B) OBSERVACIONES SOBRE LAS CRITICAS EXOGENAS

Propondremos algunas observaciones sobre las Críticas Exógenas considerándolas parcialmente apropiadas pero, en general, adoptando la posición según la cual éstas suponen un desconocimiento de la HODP que determina, como ya se vió, la naturaleza y función de la TPD, al exigirle a ésta aquéllo que sólo contradiciéndose a sí misma y, en consecuencia, anulando su virtud explicativa o "utilidad" teórica, podría efectuar. Por tanto, la critican por sus límites sin darse cuenta que éstos son tan sólo la consecuencia de la mencionada base ontológica misma que, en todo caso, debería constituir el centro principal del ataque mediante la proposición de otra Hipótesis Ontológica, ya sea Dualista Interaccionista o quizá Monista.

### 3. Críticas Formalista y Sociológica

A estas alturas podríamos fundir las críticas "formal" y "sociológica" en una sola supuesto que, de hecho, ambas apuntan a lo mismo y se complementan. Digamos que la primera es sólo el lado negativo de la segunda. Por ejemplo, juzga que la TPD es excesivamente "formalista", sólo quien mantiene que las conductas o acciones humanas deben constituir el objeto directo de conocimiento de la Jurisprudencia; es decir, quien asume una posición sociológica. La diferencia entre ambas críticas es que la "formalista" sólo denuncia el carácter exclusivamente "espiritual" de la "realidad jurídica" tal como la concibe la TPD, sin efectuar propuestas concretas. Mientras que la crítica sociológica, en cambio, se caracteriza por el hecho de postular

"causas" (de diversa índole) de las acciones humanas, interesándose por establecer "vínculos constantes" de causalidad. Es la actitud propia de la Jurisprudencia Sociológica.

Las Críticas Formalista y Sociológica pasan por alto el principio de identidad propio de cada ciencia, en este caso, en su aplicación a la Jurisprudencia. Esta sólo puede conocer "fenómenos "espirituales" o sociales, no materiales. En caso de que alguien intentase describir hechos, conductas humanas concretamente dadas, ensayando "causas" de diversa índole, en ese momento estaría confundiendo su objeto, perdería el criterio de certeza relativa que le procura la condición de utilizar exclusivamente sus propios conceptos. Tales críticas se colocan en una posición sistemáticamente anterior a la distinción kantiana entre "Ser" y "Deber ser"; sea porque no la acepten, sea porque la ignoren.

### 3.1 Pros y Contras de estos Dos Tipos de Críticas

#### 3.1.1 La Tendencia de la Jurisprudencia a Conocer Todos los Aspectos que Componen la "Realidad Jurídica"

La tendencia a conocer todos los aspectos que parecen confluír en la "realidad", tal como es dable, es un aspecto positivo que late en el fondo de estas críticas. Por ende, se debe reconocer el valor específico de las mismas, ya que el querer abarcar todos los aspectos que, en su opinión, constituyen la "realidad jurídica" -y no exclusivamente uno de ellos- es una legítima aspiración. Kelsen se defendió contra esto arguyendo que solamente el concepto de norma hacía posible concebir un tipo

de experiencia que no fuera la física o material y, por ende, que sin el empleo del método normativo no existía la posibilidad de legitimar ni una experiencia auténticamente social, ni una ciencia correspondiente.

La razón para esto, según él, es que se estaría confundiendo al objeto central de la investigación del acaecer social, que son las decisiones, los actos de voluntad, con procesos físico- paralelos cuya metódica explicativa, cancelaría la autonomía explicativa propia del concepto de acto de voluntad. De ahí que Kelsen no reconozca como auténticas ciencias sociales a varias disciplinas que, en el fondo, también se ocupan de decisiones humanas a pesar de su enfoque esencialmente "causal", natural: "La psicología, l'etnologia, la storia e la sociologia sono scienze che hanno per oggetto il comportamento umano, nella misura in cui è determinato da leggi causali, cioè nella misura in cui si svolge nel campo della natura e della realtà naturale" (14).

En algunos pasajes de su pensamiento propiamente maduro, concede en cierta manera la posibilidad de estas disciplinas: "Non v'è però alcuna ragione sufficiente per non concepire il comportamento umano anche come elemento della natura, cioè come regolato dal principio della causalità" (15) y decimos en cierta manera, porque después agrega: "Non si può attribuire a tale scienza sociale un valore fondamentalmente diverso da quello di una scienza naturale" (16).

Como se observa, uno puede interpretar sin dificultad que Kelsen sostuvo que la Ciencia Social no podía repetir el

trabajo de la Física y por ello mantenía que no se debía utilizar el método de ésta: típicamente la relación causa-efecto. El argüía que si la Jurisprudencia realmente era una ciencia, debería poseer su propio criterio para conocer la realidad, considerándola como su propio objeto de conocimiento; de lo contrario no lograría justificar su pretensión de ser admitida con plenos derechos entre las demás ciencias. Por ende, la Jurisprudencia sólo podía conocer un objeto "no físico", "no material", si bien con existencia efectiva; y ello era, precisamente, el mundo del "deber ser", las normas.

"Le norme "esistono" in effetti "su un piano puramente ideale" -piú precisamente: hanno un'esistenza ideale perché sono solo significati, senza però essere il senso di atti di pensiero- quindi non pensieri -bensí il senso di atti di volontà. Norme come senso di atti di volontà possono essere l'oggetto del nostro pensiero e della nostra conoscenza, ovvero l'oggetto di una scienza, come l'etica e la scienza giurídica" (17).

### 3.1.2 El Lado Débil de las Críticas Sociológica y "Formalista"

El problema central que suscitan estos dos tipos de críticas se formula como sigue: ¿Cómo se puede mantener que la "auténtica" tarea de la Ciencia Jurídica consista en describir los actos humanos cotidianos que se supone cumplen o violan el Derecho (siendo dichos procesos por definición físicos y no sociales o espirituales), sin que con ello se asuman como objetos naturales sujetos al estudio de la Física, revelándose así la

tarea de la Jurisprudencia como una mera duplicación de aquélla?

Este es el lado débil y la característica central de la Crítica Sociológica, ya que mantiene que la realidad de las acciones humanas es el objetivo central del conocimiento jurídico, mismo que puede y debe postular causas de tipo económico, político y social, diversas del acto de voluntad, en la explicación de los actos legislativos. También en este caso la postura sociológica, al contradecirlo, arruina el principio explicativo de la TPD, al que tiende la Ciencia Jurídica: el acto de voluntad. Siendo éste autónomo y originario, no requiere o admite otras causas. Si la voluntad es causada por otra "cosa", entonces dicha "cosa" sería el auténtico principio explicativo que se busca (y no la voluntad). Aparte de que, la circunstancia de admitir "causas" o razones evidencia que por este camino la incertidumbre sería el alto precio a pagar, ya que nunca estaríamos seguros de la "auténtica razón" que podría "someter" o "impulsar" a la voluntad.

"On peut se demander à ce propos pour quelles raisons la plupart des hommes se conduisent de la façon prescrite par le droit. Or il n'est guère possible d'affirmer que leur obéissance au droit soit toujours due à la menace d'un acte de contrainte. Dans de nombreux cas interviennent plutôt des motifs religieux ou moraux, le respect de usages, la crainte de perdre la considération de son entourage ou simplement l'absence de toute inclination à se conduire de façon contraire au droit" (19).



Kelsen denomina el principio de imputación a la forma específica en que el concepto de voluntad se presenta en la Ciencia Jurídica: "Nella descrizione di un ordinamento normativo che regoli il reciproco comportamento umano si applica un criterio ordinatore diverso dal principio di causalità, il quale può essere denominato imputazione" (19).

Como se dijo, el principio de Imputación se representaba como una relación entre dos acciones (considerándose comúnmente a la segunda como la sanción o coacción) tal como sigue: Si M, entonces debe ser N.

Tal sentido "genético" de la voluntad, se puede apreciar más claramente en la segunda parte del principio de imputación: es una decisión humana la que explica la existencia del acto coactivo; sin que sea necesario suponer y por tanto inquirir en las "causas" de dicha decisión. Se decide simplemente el acaecer del acto coactivo y por tanto de sus consecuencias o resultados. Sin la toma respectiva de la decisión no existiría el evento que se representa con el término de coacción. Explicación simple pero suficiente y, parecería, también necesaria. Además, su certeza es difícilmente superable. En cambio, si supusiéramos, como suele hacerse corrientemente, que a dicha decisión la "causaron" otros eventos, internos o externos, cercanos o remotos, no sólo se introduciría la incertidumbre en la explicación, sino que se incurriría en un regresus ad infinitum.

En efecto, el suponer que el acto de voluntad fue "causado", entonces, de hecho se cancela la virtud explicativa a dicho

principio al predicarse más bien a su supuesta "causa". Pero esta "causa" inicial, que podríamos denominar "A", a su vez tendría otra causa, "B", y así, hasta el infinito; quedándonos prácticamente sin explicación y, con ello, negando el mérito o la responsabilidad a las decisiones humanas. La noción de libertad implica que no existe, dentro o fuera del hombre, algo que lo mueva u obligue a hacer las cosas que hace. Por ejemplo, a nadie se le obliga a vivir, reproducirse o aceptar tal o cual creencia.

El acto decisivo o último radica en el propio sujeto y si a ciertas representaciones "internas", llamadas fines, propósitos o emociones, se les quiere adjudicar el "poder" (que en última instancia no es sino el principio de "origen" atribuido a la voluntad) de "causar" o determinar la decisión, de hecho se incurre en un círculo vicioso. Es decir, si uno pregunta por el origen de dichas representaciones internas, se tiene que conceder que varias clases de ellas, si no es que todas, se tienen que explicar también como puestas "internamente" en existencia por las decisiones respectivas; no en el sentido de un período de liberación, o juicio, sino en tanto el sujeto las "permite", "pone" o "produce", en su campo visual "interno".

Si formulo un plan o programa de acción que más adelante ejecutaré, es claro que dicho programa no existía naturalmente en mi mente, sino que, necesariamente, tuve que "ponerlo" en existencia. Yo mismo, en forma autónoma, le di vida "interna" y, por tanto, no se puede aceptar a dicho programa como la "causa" de los resultados o "productos" de los actos que lo ejecutarán o cumplirán. El error en que se incurre en este tipo

de explicaciones psíquico-causales consiste en atribuirle a un objeto "mental", como es el plan o programa de acción, cuya existencia sólo se puede concebir por el concepto de agencia o decisión humana, atribuyéndole la función "genética" propia de dicho concepto: lo que es "generado" se representa como la "fuente genética". El plan, o motivo (fin u objetivo) que uno mismo "produce", de acuerdo a una explicación psíquico-causal, se suele creer que es la "causa" de los actos que ejecutan o realizan dicho plan. No podemos continuar con el análisis de esta problemática que, de hecho, forma parte de la rama filosófica denominada Filosofía de la Acción, en la que se discute extensamente este problema.

La fórmula "Dato A, deve essere B" es el método explicativo jurídico donde la voluntad, que no se admite como causada ni por A, ni por ninguna otra razón, se asume implícitamente como el "origen" del hecho B: la sanción. Esto quiere decir, por ejemplo, que la naturaleza no castiga o sanciona, pero que tampoco las emociones tales como el odio, la ira, la soberbia, etc. (o cualquier otro supuesto explicativo) pueden admitirse como "causas" de la sanción. En la formulación de la ley moral, Kant no admite como "causas" de la voluntad los motivos o fines accidentales, como el placer, la salud, el interés, etc., sino la mera idea del "deber"; el sentido "formal" de la ley. El mero sentido del "deber", actuaría como la "causa" de las decisiones, de las acciones humanas.

"Il principio pratico formale della ragione pura, secondo il quale la semplice forma di una legislazione universale possibile mediante le nostre massime deve costituire

il motivo determinante supremo e immediato della volontà, è l'unico principio possibile che serva agl'imperativi categorici, cioè alle leggi pratiche (che fanno delle azioni un dovere), e in genere al principio della moralità, tanto nel giudizio, come pure nell'applicazione alla volontà umana, della determinazione di essa" (20).

En la sistemática kelseniana, esta idea del "deber", se suprime como "causa" del acto de voluntad. Este no tiene causas.

"L'imputazione, espressa nel concetto di imputabilità, è il collegamento di un certo comportamento (e precisamente di un illecito) ad una sanzione. Quindi si può dire: la sanzione viene imputata all'illecito, però non è cagionata dall'illecito, che verrebbe così ad esserne la causa" (21).

### 3.1.3 Las Acciones Humanas como el Objetivo Central del Conocimiento Jurídico

Resulta paradójico que los "hechos jurídicos", los actos humanos que tradicionalmente han sido del interés de la Historia y de la cultura general, sean desplazados a un segundo plano y, en su lugar, se presenten como la auténtica materia objeto de conocimiento a ciertos "significados del lenguaje", que en la Ciencia Jurídica serían precisamente las normas. Otro aspecto positivo de estas críticas consiste en señalar que la TPD va en contra, aparentemente, del "sentido común". Si alguien no versado en la problemática de la Jurisprudencia conociera que ésta no concentra su atención en las acciones

humanas, sino tan sólo de manera "indirecta", seguramente resultaría un poco deconcertado. Sobre todo por el hecho que la TPD establezca que las normas sólo pueden existir gracias a los actos humanos que las "producen". Luego, comprender la necesidad de esta distinción tajante no resulta obvia ni seguramente fácil. Inclusive, podría resultar una posición "aberrante" para todos aquéllos que exigieran una unidad necesaria entre acciones y normas como la condición fundamental para capturar con mayor riqueza la unidad de la "realidad jurídica". Sólo un examen del fundamento ontológico de la TPD permite comprender con mayor coherencia la multicitada oposición entre el "mundo de los hechos" (las acciones humanas) y el "mundo de las normas".

No se puede negar, por otra parte, que la tendencia a mantener los actos humanos fuera del campo descriptivo de la Jurisprudencia, ha sido sensiblemente debilitada, o frenada, por el propio Kelsen a través del concepto de la Norma como Esquema de Interpretación o Explicitación. Por medio de éste, como ya se vió, de manera "indirecta", los actos humanos son interpretados como "objetos espirituales". De modo que, de hecho, para la TPD las acciones humanas, aun cuando de manera "indirecta", ya están reconocidas como objetos legítimos del conocimiento jurídico. Quizá se debe a las críticas formalista y sociológica la admisión tardía de Kelsen, sobre el legítimo derecho de la Jurisprudencia Sociológica para describir los hechos físicos representados por los actos jurídicos, concretamente dados; así como, el conceder que esta disciplina junto con la TPD es una parte legítima de la Jurisprudencia.

Parecería una inconsistencia negar que se deban conocer los actos humanos, históricos o empíricamente dados, argumentando que por ser hechos físicos, éstos deberían excluirse de la lista de los objetos conocibles socialmente (los no materiales o espirituales), ya que para poder conocer las normas, los objetos puramente espirituales, es preciso leer o escuchar las expresiones del lenguaje correspondientes, lo que implica necesariamente conocer una cierta clase de hechos físicos como son los sonidos o los símbolos escritos del lenguaje legal. Es decir, antes de que se pueda "producir" el conocimiento netamente espiritual o normativo que consiste en el significado de las sentencias normativas del tipo Sí A, entonces debe ser B, se deban "percibir socialmente" objetos o hechos cuya naturaleza física material no es posible negar. Por ejemplo, la sentencia oral del juez (ondas de sonido), o los "pequeños" objetos físicos denominados leyes jurídicas.

De la exigida unidad de la conciencia postulada por Kant, se desprende que, si el acto de sensación por el cual percibimos una proposición de lenguaje oral o escrita (siendo ambos objetos físicos), es el mismo por el cual percibimos el acaecer de una conducta humana, prohibida o autorizada, entonces no parecería muy congruente mantener que el acto de conocimiento empírico sólo se pueda ejercer sobre una clase accidental de hechos físicos (las proposiciones legales orales o escritas), excluyendo a todos los demás; particularmente, las acciones humanas que "violán" o "crean" Derecho.

Es decir, ésto parecería mostrar que, en realidad, sin efectuar el conocimiento de los objetos o hechos físicos, la Ciencia

Jurídica no podria obtenir el conocimiento de sus objetos, por definición espirituales, como es el significado, o el sentido, de las expresiones normativas orales o escritas. Aun cuando los argumentos que presenta la TPD están justificados de acuerdo a sus supuestos teóricos, de alguna manera no puede incluir una parte considerable de fenómenos empíricos propios del "mundo jurídico" los que, a final de cuentas, también se conocen a través de actos de sensación, de la misma manera que los "propriadamente jurídicos" o normativos.

#### 4. Críticas de Tipo Ideológico-Político

##### 4.1 La Neutralidad Ideológico-Política de la TPD (Como Límite de la Ciencia Jurídica)

Ahora pasemos a la Crítica Ideológico-Política. Al comentar Kelsen el ataque de que su teoría era presentada como si fuera "l'espressione d'una determinata valutazione politica" (22), dice: "Ma quale? I fascisti la qualificano un liberalismo democratico, i liberali o i social-democratici la considerano come precorritrice del fascismo. Da parte comunista è disprezzata come ideologia d'uno statualismo capitalista, da parte del capitalismo nazionalista è disprezzata come crasso bolscevismo o come anarchismo mascherato. Il suo spirito, afferma più d'uno, è imparentato con la scolastica cattolica; altri invece credono di riconoscervi i segni caratteristici di una teoria protestante dello stato e del diritto. E non mancano anche coloro che vollero stigmatizzarla come atea. In breve, non c'è in genere nessun indirizzo politico a cui la dottrina pura del diritto non sia stata ancora sospettata d'appartenere.

Ma questo fatto serve a dimostrare la sua purezza certo assai meglio di quanto non possa farlo essa stessa" (23).

En efecto, Kelsen rechaza las ideologías, los sistemas ético-políticos de la Ciencia Jurídica, no desde otra posición ideológica sino desde el punto de vista de quien diseña un "instrumento" y muestra cómo y para qué se usa; indicando indirectamente las tareas que "técnicamente" no puede cumplir. Es decir, la Jurisprudencia sólo puede describir normas positivas que en tanto creadas por seres humanos, por definición falibles, no se puede aceptar alguna de ellas como la absolutamente mejor, o más justa, sino que todas gozarían del mismo grado de valor. Cada quien pueda creer que su modelo o proyecto normativo sea el mejor, el más justo, pero no puede argumentar que la Ciencia Jurídica le permite probarlo o demostrarlo. Este es el abuso que Kelsen denuncia:

"En la medida en que las normas que constituyen el fundamento de los juicios de valor, son establecidos por actos de voluntad humana, y no por una voluntad sobrehumana, los valores que a través de ellos se constituyen son arbitrarios. Otros actos de voluntad humana pueden producir otras normas, contradictorias con las primeras, que constituyen a su vez otros valores, opuestos a los primeros. Lo que, conforme a aquéllos, sería bueno, puede ser malo según éstos. De ahí que las normas establecidas por los hombres y no por una autoridad sobrehumana, constituyen sólo valores relativos. Es decir, la validez de semejante norma, que instituye como debida una determinada conducta, y el valor constituido a través de ella, no excluye la posibilidad de la validez de una norma que



instituya como debida a la conducta opuesta, constituyendo un valor contrario" (24).

Podríamos valer nos de un ejercicio en el que aplicáramos la categoría lógica de la modalidad kantiana, para ilustrar lo anterior. "Le categorie della modalit  hanno in s  la particolarit  di non accrescere minimamente -riguardo alla determinazione dell'oggetto- il concetto cui vengono attribuite come predicati, bens  di esprimere soltanto la relazione con la facoltà di conoscenza" (25).

#### 4.2 Enunciados de la TPD que Refutan el Carácter Absoluto de las Proposiciones Etico-Políticas

Si uno, siguiendo a Kant, relaciona las categorías de Necesidad, Realidad y Posibilidad (mismas que son especies de la categoría de la Modalidad) con la TPD, entonces se pueden proponer los dos enunciados siguientes:

- Supuesto que una norma sólo existirá en la experiencia, si y sólo si, un acto de voluntad la legisla, entonces sólo a este enunciado se le pueda considerar necesario.

- Toda norma positiva, o posible, puesta en existencia por una persona simple o colectiva, tendrá un contenido accidental, cuyo grado o valor no puede pretender absoluta necesidad sino un valor meramente accidental; como corresponde a la categoría de la Realidad.

Lo único necesario es que para concebir la realidad o posibilidad de una norma, ésta tenga que ser "puesta" o "producida" por un acto de voluntad. En la medida en que las normas, que representan el fundamento de los juicios de valor, son establecidas por actos de voluntad, los valores que a través de ellas se constituyen son arbitrarios, accidentales. Otros actos de voluntad jurídicamente válidos podrían poner en existencia normas contradictorias a las primeras, aspirando a poseer un grado de validez igual o, inclusive, mayor o mejor, sin que se pudiera exhibir el criterio que permitiera resolver el problema acerca de cuál de los dos contenidos normativos pudiera ser el mejor, o el más justo.

"De ahí que las normas establecidas por los hombres, y no por una autoridad sobrehumana, constituyen sólo valores relativos. Es decir, la validez de una posible norma, que establezca como debida una cierta conducta, no excluye la posibilidad que también haya podido instituir como debida a la conducta opuesta" (26).

Toda norma, cuya "producción" no contradiga las condiciones de posibilidad del objeto de experiencia jurídica que la T.P.D. representa, no podrá aspirar al valor lógico de la necesidad (lo cual quizá sólo correspondería a la Teoría Pura en tanto método de conocimiento empírico) sino tan sólo podrá aspirar al de la realidad y, por tanto, a poseer un carácter estrictamente contingente. El valor de la posibilidad corresponde, en cambio, a la descripción de contenidos imaginarios, siempre y cuando no contraríen las categorías y enunciados que constituyen los contenidos de la Ciencia Jurídica. Por ejemplo, modelos de

sociedades narradas por los poetas y los novelistas, las utopías, los planes de reforma de toda sociedad histórica, los modelos de todas las ideologías conocidas y del futuro; desde la Sociedad Comunista de Platón hasta las Comunidades Agrícolas de Fourier, y la Ciudad del Sol de Campanella. Todos éstos serían contenidos jurídicos que no son contradictorios sino posibles pero, por ello mismo, ninguno se puede abrogar la modalidad lógica de la necesidad. De donde se infiere que prácticamente, ningún hombre puede pretender seriamente que ha descubierto la justicia absoluta: los modelos de legislación, para cada caso y materia, absolutamente superiores a todos los demás. A lo que puede aspirar será a "inventar" un modelo de justicia, haciendo la propuesta respectiva, pero, por ello mismo, parcial, relativo o superable.

Uno de los aspectos que tornan el problema de la justicia de una naturaleza sumamente problemática radica en suponer que ésta es un valor que existe "en sí" y "por sí", como si fuera un cierto plano o modelo de acción (o una cualidad que deberían poseer, en principio, todas las acciones humanas), el que primero se puede descubrir y al cual se deban "someter", después, todas las acciones. Pero como este supuesto es infundado, ya que la justicia, el modelo de legislación absolutamente "mejor" o "superior", no existe ni de manera innata, ni en forma trascendente, ni naturalmente como los metales o las plantas; puesto que sólo existiría hasta que decisiones positivas le dieran vida. Pero por el hecho mismo de ser puesto en existencia por un acto de voluntad accidental, dicho modelo de legislación revelaría su carácter contingente, parcial o relativo. Y como esto se aplica a todo modelo

normativo de justicia, propuesto por cualesquier hombre, en cualesquier época o lugar, se sigue entonces que entre los hombres no puede ser dado un modelo absoluto de justicia, sino tan sólo modelos parciales o igualmente imperfectos.

#### 4.3 ¿En qué Consiste el Procedimiento Lógico que Permite Presentar Modelos de Legislación con el Carácter de Absolutamente Mejores o Justos?

¿Cómo se genera la apariencia de una legislación absolutamente mejor o justa?. Cuando se presenta a un contenido normativo, real o imaginario, atribuyéndole el valor lógico de la necesidad, el que en todo caso sólo conviene al enunciado según el cual el acto de voluntad es el origen de las normas positivas, en ese momento se incurre en una confusión o error lógico conocido como absolutización. Esta confusión permite al proponente presentar el sistema que ha inventado y que, por definición, es contingente, como si lo hubiese "descubierto" y, por ende, como si éste fuese absolutamente necesario. Este es el procedimiento para justificar propuestas, por definición accidentales, como si fueran necesariamente superiores o justas; negándole tal propiedad a otros posibles modelos que, al ser también "productos" de la voluntad humana, gozarían de la misma supuesta necesidad.

"Ogni giudizio di valore è irrazionale perché si fonda sulla fede, non sulla ragione; su questa base è quindi impossibile indicare un valore scientificamente -cioè razionalmente- preferibile ad un altro; una teoria scientifica della giustizia deve quindi limitarsi ad elencare i possibili valori di giustizia, senza presentarne uno come preferibile ad

altri" (27) "Il giurista dovrebbe limitarsi a descrivere tutte le possibili interpretazioni d'una norma, senza indicarne una come preferibile alle altre: se così facesse, infatti, egli formulerebbe un giudizio di valore e cesserebbe quindi di compiere attività scientifica" (28).

Lo anterior es el argumento por el cual la TPD afirma que la Ciencia Jurídica lógicamente no puede prescribir contenidos normativos los que por emanar de una ciencia, fácilmente se les intentaría abrogar el valor de justos, o más justos, (o absolutamente justos), en relación a otras alternativas reales o posibles. De ahí que Kelsen denuncie como engaño a quienes proceden en contrario: "What is Justice? No other question has been discussed so passionately; no other question has caused so much precious blood and so many bitter tears to be shed; no other question has been the object of so much intensive thinking by the most illustrious thinkers from Plato to Kant; and yet, this question is today as unanswered as it ever was. It seems that it is one of those questions to which the resigned wisdom applies that man cannot find a definitive answer, but can only try to improve the question" (29).

#### 4.4 ¿Es la Justicia una Idea de la Razón?

La Ciencia Jurídica, según Kelsen, no tiene al secreto para conocer la justicia en general, ni a los Ordenes Jurídicos cuyos contenidos sean los "más justos". No puede conocer a la primera, como acabamos de ver, porque ésta no existe "en sí" misma, y por lo tanto tampoco puede conocer a los segundos supuesto que al no existir el concepto correspondiente de

justicia, entonces no sería posible utilizarlo en la descripción y comparación de los órdenes jurídicos positivos para, juzgando si reúnen o no las características de dicho concepto, determinar si serían o no justos.

Si justicia es la cualidad de una norma que se presente con el valor lógico de la necesidad, entonces dicha norma no sería positiva y dado que la TPD sólo se puede aplicar a la experiencia, a los objetos de intuición jurídica, entonces se podría interpretar que la justicia es como una idea de la razón; un límite de nuestro conocimiento, en el sentido kantiano:

"If the history of human thought proves anything it is the futility of the attempt to establish, in the way of rational considerations, an absolutely correct standard of human behavior, and that means a standard of human behavior and the only just one, excluding the possibility of considering the opposite standard to be just too. If we may learn anything from the intellectual experiences of the past, it is the fact that only relative values are accessible to human reason and that means that the judgement that something is just cannot be made with the claim of excluding the possibility of a contrary judgement of value. Absolute justice is an irrational idea or, what amounts to the same, an illusion one of the eternal illusions of mankind" (30).

Según la crítica del conocimiento jurídico no podemos conocer la realidad nouménica, la justicia, o los órdenes normativos absolutamente justos. La TPD enseña que en tanto hombres

(humildes mortales) sólo podemos aspirar a legislar y conocer leyes o sistemas jurídicos de una naturaleza contingente, con un valor relativo y, por ende, siempre perfectible. Se puede imaginar que alguien, apoyándose en la Critica de la Razón Práctica, sostuviera que la Justicia posiblemente existe pero como noumeno en el sentido kantiano. Nuestra respuesta sería que, de la misma manera que no podemos conocer a las normas que se supone existe "en sí" y "por sí", tampoco podríamos conocer a la justicia, ya que sólo podemos aspirar a conocer la "realidad fenoménica", aquella que nuestra constitución cognoscitiva nos permite. Pero toda legislación fenoménicamente dada es siempre, por definición, de una naturaleza contingente; es decir, que su contrario también sería posible y, por lo tanto, con el mismo grado relativo de valor lógico.

#### 5. Las Críticas a la TPD Conforme al Modelo de Losano

Mario G. Losano clasifica las críticas a la TPD en dos grupos, según que éstas denuncien contradicciones en el tejido propio de la Teoría o que la ataquen desde supuestos teóricos diferentes, denominando críticas Inmanentes a las primeras y críticas Trascendentes a las segundas. Estas corresponden a las que nosotros presentamos como Endógenas y Exógenas respectivamente. En las críticas Trascendentes (nuestras Exógenas) coloca a las que provienen de las teorías jurídico-giusnaturalistas y sociológicas:

"La purezza metodologica propugnata da Hans Kelsen nel perseguire questo obiettivo lo porta a polemizzare con due tipi di teorie giuridiche diverse (che, pur fra loro in urto,

si allineano nella critica al kelsenismo): le teorie sociologiche del diritto e le teorie giusnaturalistiche" (31), para despuès mostrar su concepción de crítica trascendente: "In fondo, tutte le critiche trascendenti alla dottrina pura del diritto si possono ricondurre ad una di queste due posizioni che, partendo da presupposti diversi da quelli kelseniani, finiscono inevitabilmente per giungere a conclusioni diversi da quelle kelseniane" (32).

En las críticas Inmanentes coloca los siguientes dos casos particulares: a) la indispensabilidad de la eficacia para la validez de la norma y b) la Norma Fundamental Hipotética como una norma giusnaturalista.

En opinión de Losano, Kelsen puede enfrentar satisfactoriamente este tipo de críticas (Trascendentes o Exògenas) arguyendo simplemente que están más allá de los supuestos metodológicos de su Teoría. Como ya discutimos estos casos en nuestras críticas Exògenas, y coincidiendo en general con la opinión de Losano, no abundaremos más sobre ellas. "Il rigore con cui la dottrina pura del diritto delimita la propria sfera d'indagine rispetto alla realtà e al valore le consentono dunque di superare le critiche trascendenti con il semplice richiamo alla diversità dei presupposti e dei fini. Resta da vedere a quali risultati giunga una critica immanente, cioè una critica che - con una procedura scientificamente più corretta - dia per accettati i presupposti della dottrina esaminata e indaghi sulla coerenza della costruzione che si fonda su di essi" (33).



## 5.1 Diferencias entre el Esquema de Clasificación de las Críticas de Losano y el que Aquí se Presenta

Este esquema de clasificación de las críticas a la TPD es similar al nuestro. La diferencia consiste en lo siguiente. Mientras Losano utiliza el término Trascendentes, nosotros lo hemos sustituido por Exógenas, considerando que implicaba una fuerte connotación epistemológica, peculiar a la Filosofía Criticista y a la Filosofía de la Religión, que no era el caso suscitar. Por razones análogas, sustituimos el término "Endógeno" por el de "Inmanente", que Losano emplea. Además, Losano clasifica a las críticas Trascendentes por relación a las teorías jurídicas de donde proceden, mientras que nosotros las clasificamos atendiendo nada más al tipo de argumentación que representan y no a su origen. Por último, hay un punto más de diferencia. Losano no incluye en su clasificación un caso de las críticas Endógenas que denominamos: crítica de insuficiencia metódica. Los dos casos de crítica "Inmanente" o "Endógena" que compartimos son: a) el que respecta a la antítesis entre validez y eficacia, y b) el jusnaturalismo de la Norma Fundamental Hipotética.

## C) OBSERVACIONES SOBRE LAS CRITICAS ENDOGENAS

### 6. Crítica de Congruencia o la Antítesis Validez-Eficacia

#### 6.1 El Concepto de Eficacia, ¿un Abandono de la Pureza Metódica ?

En nuestra opinión esta crítica es la más seria ya que cuestiona el procedimiento adoptado por Kelsen que consiste en explicar un hecho con dos criterios diferentes, a saber: el normativo y el físico-material. De acuerdo con el primero, la creación de toda norma, o su validez, es determinada conforme a las indicaciones establecidas por otra norma de tipo superior que, al subordinar a la primera, la legitima y la hace posible.

"Con el término "validez" designamos la existencia específica de una norma. Cuando describimos el sentido, o el significado, de un acto que instituye una norma, decimos que con el acto en cuestión, cierto comportamiento humano es ordenado, mandado, prescrito, preceptuado, prohibido; o bien, admitido, permitido, autorizado. Cuando nosotros, recurrimos a la palabra "deber" con un sentido que comprende todos esos significados, podemos expresar la validez de una norma diciendo que algo debe ser o no; o deber ser hecho o no, si la existencia específica de la norma es designada como su "validez" recibe expresión así la modalidad particular en que se presenta, a diferencia de la realidad de los hechos naturales" (34).

De acuerdo con el segundo, el criterio sociológico o físico-material, se dice que una norma existe cuando ésta es eficaz;

es decir cuando es obedecida efectivamente, mediante las acciones concretas correspondientes. En otras palabras, para que una norma se asuma como existente, no basta que haya sido legislada de acuerdo a las estipulaciones de normas positivas superiores (que haya sido puesta por un acto de voluntad), sino que, además, Kelsen agrega otra condición: la eficacia; es decir, el acaecer efectivo o real de las acciones ordenadas. Por ser ésta de una naturaleza exògena, teòricamente no podría tener cabida en la TPD.

De acuerdo con el principio de la direcciòn metòdica o Endògena, la TPD no debería manejar ambos criterios explicativos. Así, o las normas existen en tanto que han sido legisladas conforme lo estipula otra norma de tipo superior (y en tanto así su existencia coincide con su validez) o las normas existen sólo si verificamos "experimentalmente" su existencia, (acudiendo para ello a la realidad empírica con el objeto de observar si las acciones humanas ordenadas por la norma son efectivamente cumplidas), comprobando de esta manera que dichas normas son eficaces.

#### 6.2. La Dificultad de Conciliar la Antítesis Validez-Eficacia no es sino la Dificultad de Conciliar el "ser" y el "deber ser"

Según los supuestos de la TPD, sólo la alternativa que emplea el concepto de Validez sería una explicación normativa; la segunda, la que emplea el concepto de Eficacia, sería una respuesta propia de la Jurisprudencia Sociológica. La naturaleza problemática en que se relacionan estas dos nociones para responder al criterio de realidad empírica de las normas,

es reconocido ciertamente por el propio Kelsen: "la correcta determinación de questo rapporto é uno dei problemi più importanti ed al tempo stesso più difficile per una teoría positivista del diritto. Si trata soltanto di un caso particolare del rapporto fra il dover essere (Sollen) della norma giuridica e l'essere della realtà naturale" (35).

Ademàs, confiesa que las acciones que "ponen" en existencia a las normas constituyen un problema análogo al de la eficacia, para la consistencia lògica de la TPD: "infatti anche l'atto con qui si statuisce una norma giuridica positiva e un dato di fatto oggettivo (Seinstasache), come pure l'efficacia della norma giuridica" (36).

### 6.3 Una Aparente Contradicción de la Base Ontològica en que Descansa la TPD

La eficacia sería el nombre que en la Ciencia Jurídica reciba el procedimiento lògico de "experimentación", mismo que en la física permite determinar la existencia de leyes naturales y que, en este caso, serían leyes normativas o de la voluntad. De ahí que difícilmente se podría prescindir del concepto (o término) eficacia, puesto que se eliminaría con ello la nota de "cientificidad" a la que aspira la Jurisprudencia. Sin negar el elevado grado de dificultad que esta antítesis constituye, se debe reconocer que si se postulase algún tipo de "interacción" entre el "deber ser" y el "ser", a través de la validez y la eficacia, se estaría contradiciendo el fundamento ontològico de la TPD, o la hipótesis de la oposición absoluta entre la naturaleza y el espíritu (la HODP).

"Una dottrina positivista del diritto ha il compito di trovare una via di mezzo fra i due estremi, entrambi insostenibili. Un estremo é costituito dalla tesi secondo cui fra validità (come dover essere, Sollen) ed efficacia (como essere) non esiste alcun rapporto, che la validità del diritto é completamente indipendente della sua efficacia. L'altro estremo é costituito dalla tesi in base alla quale la validità del diritto coincide con la sua efficacia. Alla prima soluzione del problema tendono le dottrine idealistiche, alla seconda quelle realistiche" (37).

La solución formulada por Kelsen implica una aparente impureza metódica ya que, a final de cuentas, acepta que la Ciencia Jurídica puede describir los hechos físicos, a lo que tradicionalmente se había opuesto. En efecto, él admite implícitamente que la Jurisprudencia "debe" describir aquellas acciones humanas que constituirían el cierto grado relativo de eficacia, que se requeriría para que las normas pudieran considerarse válidas o con existencia real: "Un orden jurídico es considerado válido, cuando sus normas, en términos generales y a grandes rasgos, son eficaces, es decir, son prácticamente acatadas y aplicadas. Y tampoco pierde su validez una norma jurídica aislada cuando sólo carece de eficacia en casos aislados, es decir, cuando entonces no es acatada o aplicada, aunque deba serlo" (38).

#### 6.4 Persistencia de la Anomalia o Impureza Metòdica

Sin embargo, debemos verificar si en los diversos matices de la soluciòn que Kelsen ofrece a este problema en su obra principal, se pueda apreciar una recuperaciòn de la pureza o direcciòn metòdica o si persiste esta aparente "pérdida" de la direcciòn. Para ello presentamos cuatro citas sobre el tema, las que, sin embargo, atestiguan que Kelsen mantiene el empleo de ambos criterios sin que, aparentemente, hubiera considerado que la nociòn de Eficacia fuera un concepto exògeno que pudiese contaminar la pureza de su teoria: "L'efficacia dell'ordinamento giuridico come totalità e l'efficacia di una singola norma giuridica sono condizioni di validità non meno di quanto lo sia l'atto con cui si statuisce la norma stessa; e l'efficacia è condizione nel senso che un ordinamento giuridico come totalità, ed una singola norma giuridica, non possono piú considerarsi validi quando cessano di essere efficaci" (39).

"Nella norma fondamentale la statuizione e l'efficacia sono considerate condizioni della validità; l'efficacia nel senso che deve accompagnare la statuizione, affinché tanto l'ordinamento giuridico come totalità quanto una singola norma giuridica non perdano il loro senso" (40).

"Le norme di un ordinamento giuridico positivo sono in vigore per il fatto della norma fondamentale che costituisce la regola fondamentale per la loro produzione, viene presupposta come valida e non perché esse stesse sono efficaci; ma esse sono in vigore soltanto quando (cioè fine a quando) questo ordinamento giuridico è efficace. Appena la

costituzione, cioè l'ordinamento giuridico come totalità che si fonda su di essa, perde la sua efficacia anche l'ordinamento giuridico e quindi ogni singola sua norma perde la propria validità" (41).

"Si considera valido un ordinamento quando le sue norme sono efficaci nelle loro grandi linee, quando cioè sono effettivamente applicate ed obbedite. L'efficacia è una condizione della validità, ma non è la validità stessa. Non si considera valida la norma che non sia mai stata applicata od obbedita" (42).

Como puede observarse, el problema es que se siguen empleando ambas nociones y aun cuando, para efectos prácticos, semejan dos piezas dúctiles de un mismo mecanismo, en el fondo no lo son. No se puede menos que constatar una impureza metódica. La última de las cuatro citas anteriores no deja lugar a dudas: el criterio puramente normativo de la existencia de la norma, esto es su validez, viene entremezclado, o subordinado, al criterio físico de la Eficacia.

#### 6.5 La Crítica Inmanente (Endògena) de Losano

Nuestra posición coincide con la de Losano, quien atinadamente expone la naturaleza de este abandono del principio de la pureza metódica en las siguientes tres citas:

"La Dottrina Pura del Diritto ha per oggetto la normatività, non la realtà: era questo l'argomento con cui Kelsen aveva controbatuto le critiche rivoltegli dalle teorie

sociologiche. Però la dottrina pura del diritto non riesce a fare a meno della realtà proprio nel momento in cui deve definire il suo oggetto principale, cioè la validità" (43).

"Un ordinamento giuridico, per Kelsen, è costruito da gradi gerarchici, in cui l'inferiore desume la propria validità dal superiore, in un processo di delegazione di validità (cioè di "dover essere") che dalla costituzione discende alla legge, e da essa alla sentenza. Dopo aver costruito questa struttura gerarchica per tenere distinto il mondo dell' "essere" da quello del "dover essere", la dottrina pura del diritto si trova di fronte ad una difficoltà: la coerenza con il suo presupposto metodologico di purezza è inconciliabile con la realtà giuridica che essa vuole descrivere" (44).

"In altre parole, per rispondere al quesito intorno al quale costruisce l'intera dottrina (e cioè quali sono i presupposti formali per la validità d'una norma giuridica), Hans Kelsen deve rinunciare alla rigorosa separazione tra mondo naturale e mondo normativo, tra "essere" e "dover essere" (45).

## 7. Crítica de Insuficiencia Metòdica

### 7.1 ¿El Método Teleológico Presente en el Objeto de Conocimiento Jurídico ?

El concepto de Eficacia implica reconocer la importancia del criterio teleológico implícito en el concepto de norma. Creemos que el "deber ser" no es suficiente para inteligir todos los aspectos de la "realidad jurídica". Exploremos con más detalle lo anterior. Otro aspecto metodológico vinculado a la noción



de Eficacia, es el hecho de que aquellas normas cuya eficacia fuera demostrada revelarían su carácter de "instrumento", o de "medios", para permitir al legislador alcanzar ciertos fines inmediatos que se propuso, a saber: la ocurrencia de las acciones ordenadas así como todos aquellos "objetos artificiales" que éstas hubiesen "generado".

Esto es, el concepto de eficacia implica la presencia del método teleológico en las acciones jurídicas y, en consecuencia, éstas no se podrían explicar, como postula la TPD, con la sola categoría del "deber ser" (Sollen); sino que el método teleológico también podría aspirar a participar en dicha función. Esta conclusión se sigue del hecho de que Kelsen reconoce: "Nel diritto la tecnica sociale specifica di un ordinamento coercitivo"(46).

No se puede negar que la relación, o principio teleológico, esté implícita en el concepto de norma, ya que ninguna técnica se puede concebir fuera de aquella; misma que supone el empleo de "medios" para la realización de "fines". De ser así, esta relación teleológica puede jugar dos funciones. Podría concebirse coordinada con el principio del "deber ser", o podría estar en oposición a éste. Kelsen sostiene que el principio teleológico implica un proceso físico causal y por ello no lo cree idóneo para caracterizar las ciencias sociales. Sin embargo, cómo se puede afirmar que las normas jurídicas son utilizadas para obtener "un cierto comportamiento socialmente útil" y se les niegue el carácter de "medios sociales", de "instrumentos" cuya "utilidad" se podría

denominar Eficacia ?. Este es un problema cuya solución requiere una futura investigación.

Si como Kelsen sostiene, las normas jurídicas sólo son supuestas de hecho como válidas cuando la representación de las mismas es, en términos generales, eficaz, uno tiene que admitir, de alguna manera, que el legislador se vale de éstas, utilizándolas como "medios" con el objeto de realizar un "fin", que consiste precisamente en decidir el acontecer de aquellas acciones, así como sus resultados, o "productos" respectivos (o la no realización de lo que fue prohibido): "Cuando la teoría tradicional considera que la función esencial del poder público consiste en someter a los hombres que constituyen el Estado -el pueblo-, de tal modo que ésta "imperá" sobre aquéllos, es indudable que se refiere a la función del orden jurídico mismo, el cual somete a los hombres ligando su conducta a la realización de un deber jurídico, y entrelazando así todas las conductas" (47).

Inclusive se podría suponer que una norma realmente existe cuando ella, al ser obedecida, está siendo efectivamente "usada", por el legislador que la "puso", o por aquél otro que aun cuando no la había puesto -ya que ésta había sido legislada antes de que se hiciera cargo de la función- por el hecho de no derogarla, en esa forma la asumiría o la haría "suya".

De acuerdo con esta suposición, una norma sería válida en tanto fuera efectivamente "usada"; si ella no se "usara", entonces no sería válida. En esto consistiría precisamente la "técnica social" que Kelsen le atribuye al Derecho. "Pour amener les

hombres à se conduire d'une manière déterminée, le droit attache une sanction à la conduite contraire. La conduite qui est la condition de la sanction se trouve ainsi interdite, tandis que la conduite permettant d'éviter la sanction est prescrite. Inversement, une conduite n'est juridiquement prescrite que si la conduite contraire est la condition d'une sanction" (48).

El método teleológico implícito adquiere una "objetividad social" y no necesariamente se tiene que reducir a procesos físico-causales respectivos. Además, el empleo de las normas como "medios" por parte de quienes las "producen" no depende tanto de si los resultados estuvieran previamente, como planes o imágenes, en la mente del legislador. Lo que interesa es señalar que los resultados objetivos, consecuencia de las acciones que obedecieron o aplicaron las normas, no habrían tenido lugar si no hubieran "ocurrido" los actos de voluntad que "pusieron" dichas normas.

La TPD no responde a la pregunta de si el método teleológico, la relación entre los "medios" a sintetizar y el resultado o "producto" y esto nos parece una limitación que deberá superar. En efecto, el propio concepto de acción humana, parecería devenir ininteligible si intentásemos concebirlo fuera de una relación combinatoria de medios para obtener, como resultado de dicha síntesis combinatoria, el "fin" o "plan", intencionalmente seleccionado. Si realmente prescindieramos de la relación teleológica, ni la acción humana correspondiente al delito, ni aquella otra de la sanción, podrían ser realmente inteligibles. Por lo tanto, se debe concluir que no basta la categoría de "deber ser" para capturar la significación, o el

sentido social de un hecho o serie de hechos físicos, que se denomine acción humana, sino que es necesario suponer también la relación teleológica de "medios" y "fin".

Para entender cómo un evento social, por ejemplo, el acto humano por el cual se cultiva el trigo o el maíz, no es suficiente el que los "actos" de siembra y recolección estén jurídicamente permitidos o prohibidos, mediante normas positivas o "deber ser", sino que se debe comprender previamente la significación teleológica de dichos actos (en qué consisten, en tanto procedimientos). Si no se comprende cómo efectuar la siembra y la cosecha, que es lo que propiamente les "inyecta" un sentido social a los actos físicos de los agricultores, la fase que corresponde al "deber ser", es decir, la orden, la prohibición o el permiso, no llegaría a darse; simplemente no se comprendería qué es aquello que "debe ser".

## 8. Crítica Jusnaturalista

### 8.1 La Norma Fundamental Hipotética y la Hipótesis Ontológica en que se Fundamenta la TPD

El concepto de Norma Fundamental Hipotética (NFH), es relativamente complejo y controvertible y ha dado origen a diversas interpretaciones y críticas acusándola de constituir una norma Jusnaturalista. Aparentemente, la NFH representa una contradicción al "principio genético" del Derecho popularizado por la propia teoría kelseniana, según el cual una norma sólo puede existir si se realiza el acto de voluntad respectivo, en tanto que la NFH "non vale come norma giuridica positiva, perche non è prodotta nel corso del procedimento del diritto;

essa non è posta, ma è presupposta come condizione di ogni posizione del diritto, di ogni procedimento giuridico positivo" (49).

Es natural que resulte un poco extraño la tentativa kelseniana de explicar la validez de un conjunto de normas positivas, no a través de una norma superior, también positivamente legislada, sino mediante un pensamiento o concepto científico: "Todas las normas cuya validez pueda remitirse a una y misma norma fundante básica, constituyen un sistema de normas, un orden normativo. La norma fundante básica es la fuente común de la validez de todas las normas pertenecientes a uno y el mismo orden. Que una norma determinada pertenezca a un orden determinado se basa en que su último fundamento de validez lo constituye la norma fundante básica de ese orden. Esta norma fundante es la que constituye la unidad de una multiplicidad de normas, en tanto representa el fundamento de la validez de todas las normas que pertenecen a ese orden" (50).

También resulta comprensible que haya quienes no acepten considerar como una norma al concepto de NFH, dado su carácter relativamente contradictorio. "Il concetto kelseniano di norma fondamentale ci appare a questo punto delineato con estrema chiarezza. Ma questa chiarezza è contestata da molti, il cui parere il concetto di Grundnorm si mostrerebbe fundamentalmente ambiguo, posto che la Grundnorm medesima per un verso sarebbe una norma e per un altro no" (51). Supuestamente, la NFH en tanto hace posible indirectamente a todas las normas positivas de un orden jurídico, de hecho se podría arguir que ejerce la función "productora" de todas ellas, lo que de inmediato evoca

la tesis epistemológica de Herman Cohen, según la cual el pensamiento "produce" el objeto de conocimiento. Se puede estar tentado para afirmar que la NFH es una herencia coheniana de la que Kelsen no se alcanzó a liberar. "A esta norma fundamental se la puede llamar Constitución en sentido lógico-jurídico para diferenciarla de la Constitución positiva que originaría y primeramente se funda en ella, a la cual llamaremos Constitución en sentido jurídico-positivo" (52).

Si así fuera, este concepto sería aquí criticado mediante el mismo argumento por el cual se rechazó al Neokantismo como fundamento epistemológico de la TPD (Ver Capítulo IV). Si se eliminara la posible lectura neokantiana que pudiera dársele al concepto de la NFH, sería más fácil percibir las funciones explicativas que Kelsen buscaba formular mediante éste.

#### 8.1.1 La NFH en su Aceptación de Concepto Científico-Descriptivo

Así, nosotros contemplamos en este concepto de NFH, dos acepciones o tareas diversas que es preciso distinguir. La primera es una acepción empírico-científica, misma que formulamos de inmediato. La Norma Fundamental, en realidad, no es Hipotética sino de un carácter eminentemente "real" o empírico: es el concepto de Constitución, en sentido jurídico positivo. Este se obtuvo por inducción y es una categoría (o término) siempre verificable cuya función es precisamente aquella que Kelsen le atribuyó a la Constitución en sentido lógico-jurídico. El fundamento de validez de un orden jurídico no puede ser una norma hipotética, sino tan sólo una norma

positiva. Esta es una conclusión necesaria para quien convenga en contemplar una actitud empirista, orientando la marcha de la TPD. En realidad si lo que se busca es un criterio que permita explicar por qué el conjunto de normas que componen a un orden jurídico positivo son válidas, entonces el concepto de norma fundamental positiva, o Constitución en sentido jurídico positivo, es suficiente y necesario para ello; no hay ninguna necesidad de recurrir a ninguna norma hipotética.

Podríamos concluir entonces que la primera tarea que desempeña la NFH, en tanto concepto científico, tal como Kelsen enseña, consiste en dotar de validez a las normas que directa e indirectamente son "producidas" con base en ella. Esta es una acepción científico-jurídica y por ende no puede admitirse como si fuera una hipótesis. Se tiene que considerar por el contrario, que este concepto, al igual que todos los que forman parte o constituyen a la TPD, fue obtenido empíricamente y, después, por abstracción, convertido en concepto general.

En tanto concepto sirve para describir la norma última o superior que garantiza la unidad del sistema jurídico relativo de que se trate. De ahí que represente un principio positivo de la Ciencia Jurídica que dice: El total de normas que dinámicamente se vayan generando en un orden jurídico, encuentran su validez o fundamento legal en una última norma de tipo superior, misma que también ha sido puesta en existencia por un acto de voluntad. No es una hipótesis, sino la constatación de un hecho empírico que después se generalizó. En este sentido, la norma superior positiva de un sistema jurídico, haciendo aquí abstracción del nivel que corresponde

al orden jurídico internacional, no requiere de alguna otra norma hipotética para encontrar su validez; siempre se da una norma positiva anterior, de la cual procede. Fuera de las normas positivas, nada podemos conocer. Una norma hipotética no es objeto de conocimiento; simplemente no existe.

### 8.1.2 La NFH en su Aceptación Implícita de Hipótesis Ontológica Dualista

La segunda acepción que Kelsen da a la NFH es eminentemente ontológica. Su verdadero significado o sentido se debe "entresacar" de la manera accidental en que nos es presentada. Veamos esto con cierto detalle. Como hemos visto, Kelsen le asigna a la NFH el oficio de dotar de validez a todas las normas indirectamente "producidas" con base en ella. Pero esto es más bien una consecuencia secundaria que emerge como resultado de intentar otro propósito primario. Creemos que el "mecanismo" de su razonamiento para alcanzar este propósito pudo haber ocurrido como sigue: Kelsen se dio cuenta de que si persistía en mantener que las acciones humanas estaban fuera de la óptica del conocimiento jurídico, entonces una visión dinámica del Derecho, la explicación misma acerca del "origen" de las normas, se le escaparía. Entonces, si la "producción" de una norma sólo era posible si otra de tipo superior lo permitía, de aquí se seguía que era una norma de tipo superior lo que permitía entender a un hecho físico (inferior) como un acto "productor" de Derecho. Gracias a que se utilizaba una norma como modelo o Esquema de Explicitación, el hecho físico "inferior" (que correspondía al acto físico que legislaba la norma inferior) podía ser interpretado como si fuera "deber



ser": un evento jurídico, espiritual o social, mismo que continuaba el proceso "productivo" de Derecho, al poner en existencia una norma positiva que le autorizaba otra norma de tipo superior, de la cual dependía.

Kelsen podría abandonar la concepción estática del Derecho con que se inició su teoría, donde se consideraban a las normas como ya "dadas", por una visión dinámica, la que explicara como se generaban éstas históricamente, sólo si concebía algún recurso que le permitiera aunque fuera, de manera "indirecta", contemplar a un evento físico como si fuera un "evento espiritual" o "deber ser". Este recurso Kelsen lo encontró al suponer que si utilizaba una norma como modelo o referencia, entonces se podía interpretar a un acto físico, como si fuera una entidad social: un acto de "producción" de Derecho. La suposición kelseniana de que un hecho físico, "ser", se podía contemplar indirectamente, como un fenómeno espiritual, "deber ser", si se utilizaba la norma como esquema de explicitación, es precisamente la acepción ontológica que está presente en el concepto de NFH, aun cuando Kelsen no menciona esta acepción.

Dicha acepción es precisamente la hipótesis, de acuerdo a nuestra lectura de Kelsen, por la cual el "ser" y el "deber ser" se postulan como paralelos de manera "indirecta". Este concepto de Norma como Esquema de Interpretación funcionó muy bien para explicar el orden jerárquico que la "producción" de Derecho asume en los órdenes históricamente dados, pero tenía el inconveniente de que dejaba sin explicación al primer acto positivo que producía la norma más alta o superior del sistema. Es decir, el acto "productor" de la norma constitucional que se

convertía en la base de validez de todas las normas que componían el orden jurídico, no se podía "interpretar" como si fuera "deber ser", un evento "no físico", ya que no existía otra norma superior que sirviera como Esquema de Interpretación o Explicitación. Kelsen diseñó el concepto de NFH para resolver este problema.

De aquí puede concluirse que la NFH no es sino un procedimiento para precisar la formulación de una hipótesis ontológica que previamente, en la fase estática de la TPD, sólo se había presentado con el carácter de "no interaccionista" -antítesis absoluta entre "ser" y "deber ser"-, pero que no se había precisado qué tipo de paralelismo implicaba. Kelsen formula, mediante el sentido funcional del concepto de Norma como Esquema de Interpretación, pero más específicamente a través de la NFH, la Hipótesis Ontológica Dualista del "Paralelismo Indirecto". En el fondo, con este concepto de NFH lo que Kelsen, de acuerdo con nuestra lectura, dice es: "Supongo que al "ser" lo puedo interpretar como si fuera "deber ser". Al acto físico del primer constituyente lo puedo explicar como si fuera: "deber ser", gracias a que supongo una norma hipotética desde la cual interpreto dicho acto".

Esta segunda función que la NFH realiza, la acepción ontológica, se podría formular, ganándose en claridad, sin necesidad de asumir una norma hipotética, sino tan sólo con el hecho de hacer explícita, enunciándola, la Hipótesis Ontológica Dualista del "Paralelismo Indirecto", que Kelsen asume. Es decir, sustituir la NFH por la enunciación explícita de la Hipótesis Ontológica Dualista del "Paralelismo Indirecto".

Dicha enunciación, permitiría eliminar del sistema teórico a la NFH, ya que ésta devendría innecesaria. Al aclararse este problema se podrían rechazar muchas críticas y ataques basados en una interpretación parcialmente errónea o incompleta de la auténtica función y naturaleza de este concepto.

Dicha NFH no es una norma positiva ni una norma de derecho natural, como se le critica, sino una Hipòtesis Ontològica. Esta se puede o no aceptar, pero no se le debe concebir como si fuera un contenido empírico, o inclusive un objeto más de conocimiento justificado por la teoría. La gran responsabilidad que corresponde a la función superior de un Orden Jurídico positivo, la cual legisla la Constitución positiva que constituye la unidad y, por tanto, garantiza el funcionamiento de dicho sistema jurídico positivo, no se puede hacer descansar en la ficción de una función y norma inexistentes.

El trabajo lógico que la NFH realizaba, interpretar a un hecho físico como si fuera un objeto social, o espiritual, se puede realizar perfectamente mediante la formulación explícita de la Hipòtesis Ontològica Dualista del "Paralelismo Indirecto", sin necesidad de asumir normas inexistentes o hipotéticas. No somos los únicos que planteamos la conveniencia de sustituir el concepto de NFH (en tanto nos referimos a su acepción ontològica, por la formulación explícita de una Hipòtesis Ontològica), que se presente abiertamente como la base de la TPD, si bien èsto se exprese algunas veces con otros tÈrminos y desde otra perspectiva.

"Occorre riconoscere a questo proposito che se il senso del concetto kelseniano è trasparente, la locuzione adottata è veramente tale da provocare sia i paradossi che le difficoltà: dando alla proposizione di cui si tratta lo stesso nome di norma dato alle proposizioni del sistema egli (Kelsen) nascono della differenza di livello fra queste proposizioni... le cose diventerebbero più chiare se invece di norma fondamentale dicessimo principio fondamentale, sottolineando con la diversità dei termini che il principio fondamentale non va abbassato al livello delle norme del sistema e con il termine principio che esso ha funzione costitutiva del sistema" (\*)" (53).

Que la interpretación que hacemos es correcta, se demuestra por el hecho de que el propio Kelsen, casi al final de su Teoría General de las Normas reconoce que dicha norma fundamental, a la que le atribuyó el carácter de hipótesis en el pasado es una mera ficción: "La norma fundamental de un ordenamiento moral o jurídico positivo es, una norma no positiva, bense simplemente pensada e cioè una norma fittizia, che è il senso di un atto di volontà non reale ma anch'esso fittizio. Come tale essa è una finzione autentica o "propria" nel senso della filosofia del "come se" di Vaihinger" (54).

"Secondo Vaihinger (Die Philosophie des Als-Ob, pag. 19) una finzione è un espediente di cui ci si serve quando non si è in grado di raggiungere lo scopo pensato con i mezzi a disposizione. Lo scopo concettuale della norma fondamentale è fornire un fondamento alla validità delle norme che costituiscono un ordinamento giuridico o morale, cioè

qualificare il senso soggettivo degli atti statuenti di queste norme come il loro significato oggettivo, cioè come norme valide, e degli atti in questione come atti normativi. Si può raggiungere questo obiettivo solo mediante una finzione. Si badi quindi che la norma fondamentale nel senso della filosofia del "come-se" di Vaihinger non è un'ipotesi, come talvolta l'ho definita io stesso bensì una finzione che si distingue da un'ipotesi per il fatto che ad essa si accompagna o deve accompagnarsi la consapevolezza che essa non corrisponde alla realtà" (55).

Por lo anterior, proponemos que la TPD se puede desprender de la NFH, de esta norma inexistente, pues si fue de utilidad en el pasado, ahora no se requiere más; la Hipòtesis Ontològica Dualista del "Paralelismo Indirecto" puede sustituirla perfectamente.

CAPITULO VI  
NOTAS BIBLIOGRAFICAS

- (1) KELSEN, H., TPD, op cit, pag. 9-10.
- (2) Ibidem, pag. 47.
- (3) Ibidem, pag. 201-208.
- (4) Cfr. KELSEN, H., Teoria General del Estado, op cit, pag. 77,78;137 y ss.
- (5) KELSEN, H., Théorie...op cit, pag. 28.
- (6) KELSEN, H. General Theory... op cit, pag. XIV.
- (7) KELSEN, H., Théorie... op cit, pag. 54.
- (8) Ibidem, pag. 90.
- (9) KELSEN, H., TPD, op cit, pag. 86.
- (10) Ibidem, pag. 95.
- (11) LOSANO, M.G., Forma... op cit, pag. 159.
- (12) KELSEN, H., Lineamientos de doctrina... op cit, pag. 42.
- (13) Ibidem, pag. 42-43.
- (14) KELSEN, H., Doctrina pura... op cit, pag. 104.
- (15) Ibidem, pag. 93.
- (16) Ibidem.
- (17) KELSEN, H. Teoria generale delle norme, op cit, pag. 19.
- (18) KELSEN, H., Théorie... op cit, pag. 73.
- (19) KELSEN, H., Doctrina pura..., op cit, pag. 94.
- (20) KANT, I. Critica della Ragione Pratica, op cit, pag. 52.  
"Soltanto una legge formale, cioè tale che non prescriba alla ragione niente altro che la forma della sua legislazione universale come condizione suprema delle massime, può essere a priori un motivo determinante della ragion pratica". Ibidem, pag. 80.
- (21) KELSEN, H., Doctrina pura... op cit, pag. 100.
- (22) KELSEN, H. Lineamientos ... op cit, pag. 44.
- (23) Ibidem.
- (24) KELSEN, H., TPD, op cit, pag. 31-32.

- (25) KANT, I. Critica della ragione pura, op cit, pag. 289.
- (26) KELSEN, H., TPD, op cit, pag. 31-32.
- (27) LOSANO, M.G., Forma... op cit, pag. 169.
- (28) Ibidem, pag. 170-171.
- (29) KELSEN, H., What is Justice?, op cit, pag. 1.
- (30) Ibidem, pag. 21.
- (31) LOSANO, M.G., Forma... op cit, pag. 160.
- (32) Ibidem.
- (33) Ibidem, pag. 161.
- (34) KELSEN, H., TPD, op cit, pag. 23-24.
- (35) KELSEN, H., Dottrina pura..., op cit, pag. 238.
- (36) Ibidem.
- (37) Ibidem.
- (38) KELSEN, H., TPD, op cit, pag. 224.
- (39) KELSEN, H., Dottrina pura... op cit, pag. 241.
- (40) Ibidem.
- (41) Ibidem, pag. 242.
- (42) Ibidem, pag. 242-243.
- (43) LOSANO, M.G., Forma... op cit, pag. 162.
- (44) Ibidem.
- (45) Ibidem, pag. 163.
- (46) KELSEN, H., Teoria Generale.... op cit, pag. 20.
- (47) KELSEN, H., Teoria General del Estado, op cit, pag. 126.
- (48) KELSEN, H. Théorie... op cit, pag. 75.
- (49) KELSEN, H. Lineamenti... op cit, pag. 99.
- (50) KELSEN, H., TPD, op cit, pag. 202.
- (51) DELLA RATTA Rinaldi, Antonio. Oggetto, metodo e natura della giurisprudenza nella Reine Rechtslehre. Liguori, Napoli, 1979.
- Cfr. Nota 79, relativa a CALOGERO, G., Filosofia del dialogo. Milano, 1962, pag. 394.

- (52) KELSEN, H., Compendio di..., op cit, pag. 139.
- (53) DELLA RATTA, A., Oggetto, metodo..., op cit, pag. 58.
- (\*) Cfr. SCARPELLI, U., Cos'è il Positivismo giuridico, Milano, 1965, pag. 75.
- (54) KELSEN, H., Teoria Generale delle Norme, op cit, pag. 434.
- (55) Ibidem, pag. 435.



CAPITULO VII  
CONCLUSIONES: ¿ES POSIBLE UN PASO DE  
PROGRESO DE LA TPO CONFORME A ESTAS CRITICAS ?

A) CONFORME A LAS CRITICAS ENDOGENAS

1. La Antítesis Validez-Eficacia como la más Seria  
Inconveniencia Lógica que Padece la TPD

Habida cuenta de los argumentos ya expresados anteriormente sobre este punto, sólo agregamos el siguiente comentario. Parecería ser que esta antítesis representa una seria "molestia lógica" de que adolece la TPD. Kelsen asume que no hay "interacción" entre el "deber ser" (que corresponde a la Validez) y el "ser" (que corresponde a la Eficacia), lo que hemos interpretado como la Hipótesis Ontológica Dualista Paralelista (o del "Paralelismo Indirecto").

Sin embargo, el problema que implica determinar la "real" existencia de una norma, implica asumir una "interacción" entre la Validez y la Eficacia: que actos físicos "producen" objetos espirituales; o que éstos, o sea las normas, "producen" efectos físicos (las acciones físicas ordenadas). Esto supone una Hipótesis Ontológica Dualista, pero de tipo "Interaccionista". De donde resulta una oposición entre dos Hipótesis Ontológicas Dualistas (la "Paralelista" representada por la TPD en su formulación "más pura"; y la "Interaccionista", que se manifiesta, implícitamente, en el ámbito concerniente a la antítesis formada por las nociones de Validez-Eficacia).

El tomar conciencia de esta situación podría resultar de gran utilidad para visualizar una avenida que podría conducir al progreso de esta teoría. Esto es, al ser conscientes de que en

el "subsuelo" donde se edifica esta teoría parecerían estar en colisión dos Hipótesis Ontológicas Dualistas contradictorias entre sí. De donde la búsqueda de la solución apuntaría a dos posiciones alternativas. La primera consistiría en optar entre una de tales Hipótesis Ontológicas, mostrando desde luego la necesidad de eliminar a su contraria. La otra solución consistiría en el intento de conformar la TPD a una Hipótesis Ontológica Monista, aun cuando, a primera vista, esta dirección parecería violentar la esencia misma de dicha teoría.

## 2. Incorporación de la Relación Teleológica dentro de la TPD, como una Categoría Auxiliar del Concepto de Imputación

La crítica que denominamos de "Insuficiencia Metódica", quiso expresar la convicción de que, en realidad, los hechos físicos correspondientes a lo que se denomina acciones humanas, no se pueden comprender completamente, o convertir en "hechos sociales", espirituales, mediante la simple categoría del "deber ser", como enseña Kelsen, ya que, ésta tan sólo significa, en último análisis, el modo de realización de una acción humana (si como obligación -deber-, o como facultad -derecho-), es decir, el modo autocrático o democrático con que se puede realizar dicha acción, y por ende no es suficiente para "inyectarle" sentido a la acción misma; o sea, hacernos comprender en qué consiste ésta. El sentido de la acción, lo que hace inteligible a esta acción humana, debería incluir la "relación teleológica" o de "racionalidad instrumental".

Esta, como se sabe, consiste en un Modelo o Programa de Acción, el cual establece los medios que se deben reunir o combinar para obtener un cierto objeto o resultado específico denominado

fin. Este Modelo de Acción Racional se difunde por tradición oral (enseñanza, e imitación) y es susceptible de ser repetido un número ilimitado de veces. De la misma manera que una ley natural se puede verificar, en principio, ilimitadamente, sin importar los sujetos y épocas. Aquí el término fin no tiene una connotación axiológica ni trascendente. Simplemente quiere significar aquel cierto objeto o resultado que un acto de voluntad pone en existencia, siguiendo un patrón o modelo que le indica los medios y la manera de combinarlos. Es este modelo lo que se significa con "acción racional", considerándose irracional, consecuentemente, el no respetar sus indicaciones combinatorias. Se supone que para cada acción humana existe un Modelo o Programa de Acción respectivo. Por ejemplo, agua, tierra, fertilizantes y sol, en ciertas cantidades y condiciones son los medios que un Modelo de Acción Racional establezca como necesarios para obtener un cierto fin que se podría denominar trigo, maíz, etc. El resultado será un "producto" de la voluntad, o lo que se quiere significar con fin.

De manera que el concepto de acción humana, su "esencia", o si se prefiere su sentido, aquello que la hace inteligible a un simple golpe de vista o acto de sensación, debería incluir no sólo el elemento del "deber ser", sino también el concepto de Modelo o Programa de Acción o la relación teleológica de medios y fin, que es lo que interpretamos que Kelsen, en el fondo, quiso significar con el concepto de sentido de una acción, si bien él sólo lo atribuyó a la categoría del "deber ser".

El "deber ser", en cambio, tan sólo representaría uno de los elementos invariables de toda acción humana, y que por tanto no puede constituir verdaderamente toda la significación, o las partes esenciales, de lo que podría considerarse el concepto de acción humana. En efecto, creemos que la significación que podría dársele, con el mayor grado de objetividad, a la categoría del "deber ser" correspondería a la misma significación que posee el concepto kelseniano de Método de Producción de Derecho, pero que un análisis detenido permitiría afirmar que, en realidad, no es exclusivo de las acciones jurídicas sino que es el Método de Realización de toda acción humana, mismo que puede darse de manera autocrática o heterónoma (como orden u obligación) y también en forma democrática o autónoma (como facultad, autorización, concesión, permiso). De ahí la importancia de esta categoría kelseniana que rebasa el ámbito de lo jurídico-político, deviniendo un concepto indispensable en el conocimiento de los restantes ámbitos sociales. De manera que aquí sólo esbozamos una dirección general, que podría significar un fortalecimiento efectivo de la TPD, pero que exige una investigación específica que aquí no podemos emprender.

### 3. Desaparición de la NFH a cambio del Concepto de Norma Fundamental Positiva (Constitución en Sentido Jurídico-Positivo) y la Formulación Explícita de la Hipótesis Ontológica Dualista del "Paralelismo Indirecto"

Algunas páginas atrás, propusimos una solución para hacer frente a la tercera de las Críticas Endógenas denominada Jusnaturalista. Como se recordará, esta crítica reprochaba a Kelsen el querer explicar la unidad sistemática y la Validez de todas las normas que conforman a un Orden Jurídico positivo,

acudiendo a la ficción de una Norma Hipotética. Como esta norma no era puesta por un acto de voluntad positivo, entonces existía como "pensamiento" en la mente del jurista y, por tanto, sería similar a una norma "natural" o jusnaturalista. Hemos visto que el propio Kelsen, en la última de sus obras, admitió que dicha norma era una ficción. En consecuencia, no se debiera pensar que queremos "ir más allá" del Maestro, sino tan sólo, continuar avanzando en la dirección que él enseñó y que, desafortunadamente, tuvo que interrumpir.

La norma superior de los Ordenes Jurídicos, siempre es una norma positiva. Kelsen no afirma lo anterior, pero creemos que dicho enunciado es consecuente con la propia Dirección Metódica de su sistema teórico. Un acto de voluntad concreta o históricamente efectuado, simple o colegiado, será siempre el "origen" de la norma superior positiva que aglutina y unifica al sistema jurídico, dotando de Validez a todas las normas integradas en el mismo. En esta forma, si se sustituyera el concepto de Norma Fundamental Hipotética por el de Norma Fundamental Positiva, la TPD adquiriría un grado más de pureza, dándose un paso más de "perfeccionamiento" o mejora, ya que se le liberaría de una noción que no se puede legitimar lógicamente en su seno y que, además, con la introducción y enunciación explícita de la Hipótesis Ontológica del "Paralelismo Indirecto", la que permite entender a las acciones humanas de Aplicación-Producción de Derecho como si fueran objetos espirituales, no tendría ninguna función a desempeñar; a excepción quizá de la de sembrar confusión y problemas.

Así pues, lo único que restaría como "hipòtesis" en esta teoría, sería el fundamento ontológico de la misma o, como advertimos anteriormente, lo que hemos denominado la Hipòtesis Ontològica Dualista del "Paralelismo Indirecto"; la Norma Fundamental Hipotética se tendría que suprimir después de agradecerle el auxilio prestado durante varios decenios.

Como ya se ha advertido en numerosas ocasiones, Kelsen consideraba que su teoría se basaba en la antítesis absoluta de "Ser" y "Deber ser"; o sea, ya consideraba, de hecho, que su teoría se basaba en una Hipòtesis Ontològica Dualista. De manera que con lo único que nosotros hemos contribuido es con la discusión o análisis acerca de qué tipo de Hipòtesis Ontològica Dualista era ésta. Nuestra modesta contribución, o el "Paralelismo Indirecto" entre el "ser" y el "deber ser" puede considerarse una solución funcional, ya que permite explicar la unidad, límites y funciones de dicha teoría, características que cambiarían notablemente si se asumiera algún otro tipo de hipótesis ontológica, como podría ser, por ejemplo, una Hipòtesis Dualista Interaccionista, o una Hipòtesis No Dualista, sino Monista.

## B) CONFORME A LAS CRITICAS EXOGENAS

### 4. Importancia de las Criticas Formalista y Sociológica

Estas dos clases de críticas que de hecho se podrían fundir en una sola que se consideraría de tipo sociológico, muestran que la TPD exhibe una tendencia a rebasar los límites de un estricto formalismo, pareciendo querer comprender cada vez más, de manera implícita, las acciones humanas en tanto hechos físicos. Estas críticas también han podido enseñar la TPD no es capaz hasta ahora, sin contradecirse a sí misma, de apresar directamente los hechos más ricos de significación jurídica que, indudablemente, son las propias acciones humanas de Aplicación-Producción de Derecho. Adjudicar a éstas un sitio secundario, otorgándole el puesto central de estudio a ciertos de sus "productos" (las normas), parecería un enfoque difícil de sostener, de acuerdo con el llamado "sentido común". El meollo de dichas críticas quiere mostrar que la TPD deja fuera de sí una porción considerable de fenómenos vistos como objetos legítimos del conocimiento jurídico.

Este es el problema central que ha venido acompañando a la TPD a todo lo largo de su carrera. Mientras ella ha desarrollado rendimientos sistemáticos que han contribuido a un notable progreso de la Ciencia Jurídica, su invariable negativa a considerar las acciones humanas directamente lejos de contribuir a dicho avance, parecería más bien un lastre que le ha impedido emprender libremente el vuelo en busca de otros problemas y nuevas soluciones. Por lo demás, la necesidad de avanzar más firme en esta dirección se puede constatar en el

hecho de que, a final de cuentas, aunque sólo sea de manera indirecta la TPD sí conoce y describe las acciones humanas en tanto actos de Aplicación-Producción de Derecho. Luego entonces parecería que la TPD se encuentra en una posición tal que su formalismo, lo cual no quiera decir que ésto valga para la teoría como un todo unitario, ha devenido un "instrumento" relativamente innecesario que convendría sustituir o suprimir, con el objeto de que no dañe al resto de las piezas del sistema.

Esta sería, en nuestra opinión, la tarea inmediata que aguarda a quienes convencidos de las virtudes que caracterizan a la TPD desearían efectuar una acción de cirugía menor con el objeto de devolverle la salud y el poder de crecimiento. Debe quedar claro que el hecho de que se propusiera algún expediente teórico capaz de suavizar el carácter de absoluta oposición entre el "ser" y el "deber ser", en el que la TPD se basa, significa que no necesariamente sufriría una mutación degenerante sino más bien un impulso que le dotaría de una energía renovadora y actualizante.

Todo trabajo o propuesta que se intente al respecto, para poner al día a la TPD por así decirlo, deberá considerar la meta de lograr y proponer de manera objetiva una Teoría Pura del Derecho "No Formalista". Es decir, conservando la mayoría de las tesis kelsenianas y sólo "ajustando" aquellos elementos que la nueva concepción o propuesta exija.

El mérito de estas críticas es que han permitido detectar, por así decirlo, ciertos "inconvenientes" que aquejaban al



paciente, o sea a la TPD. Pero éstas no autorizan para considerar que éste se encuentre ya agonizando. En efecto, nada impide suponer que dichas críticas podrían impulsar la formación de una corriente constituida por trabajos orientados por la divisa común de "perfeccionar a Kelsen". Estos trabajos compartirían la creencia de que el avance de la Ciencia Jurídica y la Metodología de las Ciencias Sociales en general - y por tanto el progreso de éstas-, no es posible sin considerar las contribuciones de la TPD. Que antes bien, todo desarrollo significativo al respecto aconseja el acometer críticamente la tarea del "perfeccionamiento" de dicha teoría, así como la posible aplicación de su método en otras disciplinas sociales.

Bien visto, el impacto positivo de este tipo de críticas conduce a concluir que la TPD sólo podrá efectuar un paso de progreso relativo si, de alguna manera consiguiera enfocar "directamente" aquellos eventos jurídicos que han quedado fuera de su óptica. Es decir, deberá encontrar una respuesta que le permita conocer y describir ya no "indirectamente", sino directamente, las acciones humanas.

##### 5. Respecto a las Críticas Ideológico-Políticas

En cuanto a las críticas que reprochan a la TPD el que no sea capaz de ofrecer el criterio para determinar cuándo las normas son "justas" o "injustas", parece difícil que un ulterior desarrollo de dicha teoría pueda satisfacer tal aspiración.

En realidad, los ataques a la TPD desde posiciones ideológico-políticas, son estériles puesto que pasan por alto las

diferencias entre la función descriptiva de la "realidad" que efectúa la ciencia (el intelecto) y la función "creadora" o "transformadora" de aquélla, que compete a la Política (los actos de voluntad). La Ciencia sólo puede conocer los sistemas legislativos positivos y, por ende contingentes, renunciando a "capturar" y presentar el modelo absolutamente "superior" o "justo".

A lo más que se puede pretender es a formular criterios relativos de Justicia, teniendo en cuenta que no pueden considerarse como modelos perfectos o absolutos, es decir, que hayan sido "científicamente" fundados, sino meras "creaciones" personales.

La razón fundamental es que la "Justicia" no se "descubre", como se ha venido suponiendo sino que, más bien, se "inventa". Son actos humanos los que le dan vida como propuesta, sin que dicho modelo o "fórmula" existiera con anterioridad en algún lugar. En consecuencia, aquí valdría la frase de que: Cada cabeza es un mundo. Por lo que existiría no un solo mundo, un solo concepto de justicia, sino muchos; tantos como fórmulas concretas se propusieran, sin poder visualizarse el criterio lógico que permitiera determinar cuál de ellos sería verdaderamente el "auténtico", el "único" o el "absoluto" concepto de justicia.

Uno de los aspectos que contribuyen a revestir al concepto de justicia de su carácter sumamente problemático, es el suponer que es un valor que existe "en sí" y "por sí", con independencia de los actos de voluntad positivos, susceptible

de ser conocido y aplicado en toda comunidad social. Pero ni como idea innata, ni como objeto natural similar a las nubes y aerolitos, se puede concebir su existencia si uno acepta el principio genético normativo de la TPD, a saber: el acto de voluntad.

El tipo de acciones que se consideren el modelo de justicia, o la propiedad que la caracterice, no están ya "dadas", por ejemplo, como si fueran minerales preciosos en el fondo de la tierra que se pudieran ir a extraer. Esto significa que la justicia, si acaso pudiese llegar a existir, no se descubriría, sino que se inventaría. Serán los hombres quienes, por convención, propondrán sus propios modelos como encarnando aquella supuesta "justicia ideal" que, como bien sabemos, no ha existido en tanto se le considere como una cosa "en sí" misma. Pero éstos no querrán reconocer la contingencia de sus propuestas de justicia y responderán que han "descubierto" a la "auténtica" noción o modelo de justicia; cuando que, más bien, ellos, por un acto de voluntad, han "inventado" uno de tantos modelos posibles.

Cada uno de dichos modelos, si realmente fuera original, no estaría tampoco ya "dado", aguardando a ser descubierto; sino que habría sido "producido" por el acto de voluntad, o la decisión legislativa respectiva. Pero por muy excelente que fuera, sería perfectible y, por ende, imposible de ser considerado a priori el mejor de todos. Alguien más podría superarlo, probándose así que el concepto de justicia, como el modelo de acción absolutamente superior, carece de significado definido y por tanto de referencia específica.

Parecería que Kelsen tiene razón cuando dice que ha sido una ilusión de la Humanidad el que históricamente se haya creído que el modelo de justicia se podría conocer. Pero la aplicación de su propio principio -Ninguna norma puede existir históricamente, fuera antes o con independencia del acto de voluntad correspondiente- nos permite afirmar que la justicia no se descubre, sino que se inventa. Las nociones más famosas que sobre la Justicia nos han legado los grandes pensadores, desde la antigüedad hasta nuestros días, no son actos de "descubrimiento" de lo que se considere la idea de Justicia, sino sucesivos actos de "invención" de la misma.

Ciertamente Kelsen no pudo resolver de manera positiva el problema de la justicia. Sin embargo, en cierta medida, si lo "resolvió", al denunciarlo como un "pseudo-problema", supuesto que así se evitarán muchas confusiones. Ya es bastante ayuda saber qué se puede hacer y qué cosa no se puede. Con la obra de su vida ha demostrado que no es posible formular el concepto absoluto de justicia, sino tan sólo propuestas personales y, por tanto, relativas; como se puede constatar en las palabras que pronunció en 1952, con motivo de la culminación de su carrera docente en la Universidad de Berkeley :

"I started this Essay with the question as to what is Justice. Now at its end I am quite aware that I have not answered it. My only excuse is that in this respect I am in the best of company. It would have been more than presumptuous to make the reader believe that I could succeed where the most illustrious thinkers have failed. And, indeed, I do not know,

and I cannot say what justice is, the absolute justice for which mankind is longing. I must acquiesce in a relative justice and I can only say what justice is to me. Since science is my profession, and hence the most important thing in my life, justice, to me, is that social order under whose protection the search for truth can prosper. "My" justice, then, is the justice of freedom, the justice of peace, the justice of democracy- the justice of tolerance" (1).

6. El Progreso Posible de la TPD: Exigirla una Solución que Fuera Capaz de Conciliar la Legítima Aspiración de la Jurisprudencia Sociológica con el Criterio de la Dirección Metódica Propuesta por Kelsen  
(Enunciación del Problema)

El hecho mismo de que Kelsen llegue a admitir implícitamente que la Sociología Jurídica (a la cual siempre criticó como una ciencia física-causal) sea válida y, conjuntamente con la TPD y la Historia del Derecho, puedan constituir en un cierto sentido la Ciencia del Derecho, significa una presión fuertísima contra el tradicional principio de la pureza metódica de su Teoría, el cual sin embargo creemos que se debe mantener incólume.

"Nel 1948, forse sotto l'influsso del più empirico ambiente americano, Kelsen stesso aveva espresso questa esigenza: 'il diritto può essere oggetto di scienze diverse. La dottrina pura del diritto non ha mai preteso di essere l'unica scienza del diritto possibile o legittima: vi sono anche la sociologia del diritto e la storia del diritto. Esse, insieme con l'analisi strutturale del diritto, sono necessarie per

capire completamente il complesso fenomeno del diritto' (\*)"  
(2).

En efecto, hoy por hoy, no se puede mantener esta situación anómala que presenta a dos importantes corrientes jurídicas contrapuestas, la Jurisprudencia Sociológica y la TPD, ya que parecería que cada una constituye "una parte" de la solución, por así decirlo. Las razones de Kelsen para fundar una Ciencia Social y la necesidad de que ésta cuente con un objeto propio, no se pueden cuestionar seriamente. Este es un punto firmemente arraigado, pudiéndose considerar, "el espíritu" mismo de la Ciencia Jurídica, que se debe mantener inconvencible. Pero la exigencia del punto de vista sociológico de enfrentar directamente los hechos, las acciones humanas concretas, como ya se señaló, tampoco parece una pretensión irracional o exagerada sino, antes bien, plenamente exigible. Entonces uno se pregunta, ¿cómo es posible conciliar ambas posiciones?. De la respuesta exitosa a esta pregunta dependerá el progreso futuro de la TPD que, como el propio Losano juzga en su Forma e Realtà, dicha teoría contiene en sí misma las bases de su ulterior desarrollo:

"La dottrina pura del diritto è quindi una teoria che contiene gli elementi non della propria distruzione bensì della propria evoluzione futura. Perciò, in queste pagine, ho cercato di distinguere in punti fermi dalle costruzioni caduche, applicando alla teoria di Kelsen quel relativismo in cui egli vedeva l'unico fondamento della scientificità" (3).

A continuación citamos un pensamiento de Losano con el cual concluye su Forma e Realtá, cuyo sugestivo título pareciera expresar la compleja antítesis en que se desgarró la TFD, en el que evoca la influencia personal que Kelsen ha ejercido sobre este investigador, a pesar de que no llegó a compartir plenamente sus ideas:

"Per me, l'esprimere pensieri e ripensamenti legati al testo kelseniano che tradussi da studente è non tanto un'opera accademica, quanto un frammento di autobiografia culturale. Nella mia vita di ricercatore, le opere del giurista di Praga mi hanno costantemente accompagnato, stimolandomi sempre, anche se spesso per dissenso" (4).

Como se podrá convenir, es precisamente en virtud a este disentir que toda teoría acertada puede "acumularse" en otra o mejorarse, pero no desaparecer simplemente sin dejar huella. Una teoría científica de la importancia y significación de la TFD difícilmente podría ser superada y lanzada al cesto de la basura. Todos los nuevos esfuerzos teóricos deberán incluirla o al menos tomarla como punto de partida. Esta teoría ya no puede considerarse patrimonio de una sola persona, o como si fuera un número limitado y cerrado de preguntas y respuestas, sino una metodología científica capaz de mostrar la dirección por donde se deben canalizar las investigaciones y los problemas, siempre abierta a la crítica y al futuro, aguardando a los nuevos artifices que, necesariamente, sólo "colocándose sobre los hombros del maestro" podrán avisorar la nueva tierra.

"Tampoco esta segunda edición de la Teoría Pura del Derecho ha de ser considerada una exposición de resultados definitivos, sino como una empresa que ha menester de ser llevada adelante, mediante complementos y otras mejoras. Habrá logrado su propósito si es considerada digna de esa continuación -por otros, que no por su autor, que se encuentra ya al fin de su vida" (5).



CAPITULO VII  
NOTAS BIBLIOGRAFICAS

- (1) KELSEN, H., What is Justice?, op cit, pag. 24.
- (2) LOSANO, M.G., Forma... op cit, pag. 168.
- (\*) KELSEN, H., What is Justice?, op cit, pag. 294, en .
- (3) LOSANO, M.G., Forma... op cit., pag. 174.
- (4) Ibidem, pag. 175.
- (5) KELSEN, H. TFD, op cit, pag. 13. Pròlogo a la Segunda Ediciòn.

## ADENDUM

### EL CONCEPTO DE NORMA MACRO-JURIDICA POSITIVA Y RUDIMENTOS DE UNA TEORIA DECISIONAL DE LA ACCION HUMANA

#### 1. Posibles Cambios de la TPD en Relación con sus Elementos Constantes y Variables

Esta investigación ha permitido constatar la presencia de un grupo de elementos teórico-metodológicos contenidos en la TPD, cuya importancia funcional facilitó su identificación como los rasgos básicos que constituyen la unidad de dicha teoría. Mientras ésta conserve esos elementos, su unidad se mantendrá aun cuando varíen algunos otros de sus componentes. Los primeros se podrían llamar elementos "esenciales", puesto que constituyen la unidad sustancial de la TPD, y los segundos serían los elementos "no esenciales".

Esta relación entre elementos "esenciales" y "no esenciales", que también se podría expresar como componentes teóricos constantes y variables, proviene de la consideración según la cual la posibilidad de que la TPD experimente cambios, exige que algunos de sus elementos permanezcan invariables, mientras que algunos otros sean sustituidos por nuevos, o simplemente desaparezcan por ajustes requeridos.

En la primera parte de este trabajo, sobre todo en el Capítulo II, formulamos algunos de los elementos teórico-metodológicos más característicos de la TPD que, además de ofrecer una idea muy aproximada acerca de la misma, pueden contribuir a facilitar la reflexión sobre cuáles de éstos podrían

experimentar cambios, sin que se alterase su unidad sustancial y cuáles otros la afectarían radicalmente.

Con el objeto de contribuir a esta reflexión propondremos un caso de ambos tipos de elementos. La Norma Fundamental Hipotética como ejemplo de elementos "no esenciales"; y el Principio de la Identidad de la Dirección Metódica, como ejemplo de elementos "esenciales".

## 2. La NFH como un Ejemplo de Elementos "No Esenciales" de la TPD

### 2.1 Las Dos Funciones que Desempeña el Concepto de Norma Fundamental Hipotética (NFH)

Hemos expuesto la tesis de que la Norma Fundamental Hipotética (NFH), viene desempeñando dos funciones que, según nuestra información, no se han distinguido claramente. Una, que se podría denominar Teorético-Científica, ejecuta la tarea lógica de explicar la unidad sistemática de todas las normas que componen a un orden jurídico, dotando de validez a éstas. La otra, que desempeña una función ontológica, permite interpretar los actos físicos, las acciones humanas, que suponen la "producción" (o legislación) de todas las normas que se vayan intercalando en el sistema jurídico, como si fueran objetos espirituales o, más precisamente, el sentido o el significado, "transmitido" por las normas. La función ontológica que realiza la NFH se puede contemplar cuando aparece como respuesta a la siguiente pregunta: ¿Cómo se puede entender a los actos físicos del sujeto, simple o colegiado, que legisla la norma superior de un sistema jurídico (Constitución en sentido jurídico-positivo), si no existe ninguna otra norma más alta que

sirviendo como Esquema de Interpretación permita, aunque sea de manera "indirecta", inyectarle un sentido, una significación social a dichos actos físico-materiales del legislador ?.

Como las funciones teórico-científica y ontológica son independientes, no hay necesidad de que ambas se concentren en un mismo concepto, pudiéndose establecer un concepto específico para cada una. Por otra parte, para desempeñar la función teórico-científica, un concepto positivo no sólo realizaría un mejor trabajo que una hipótesis sino que, además, sería más apropiado científicamente hablando.

## 2.2 Sustitución de la NFH por la Norma Macro-jurídica Positiva, en la Realización de la Función Teórico-científica.

En consecuencia, hemos propuesto sustituir al concepto de NFH por el de Norma Macrojurídica Positiva o, lo que es lo mismo, Acto de Voluntad Macrojurídico Positivo. Este nuevo concepto realizaría la misma función que Kelsen había asignado a la NFH con la diferencia de que ahora sería preciso un acto de voluntad macrojurídico, real o positivamente dado, para imaginar como posible la existencia de dicha norma que, en consecuencia, ya no sería hipotética.

La importancia de este cambio radica en que ahora la unidad de un sistema jurídico, y la validez de sus normas, ya no se atribuiría a una hipótesis sino a la voluntad del sujeto que "produzca" la norma más alta o superior de la cual dependieran, para existir jurídicamente, todas las demás. El concepto de Norma Macrojurídica Positiva expresaría las características de: a) grado jerárquico superior; b) principio unificante del que

dependen las demas normas; y c) positividad o "realidad empirica".

Este nuevo concepto, que también denominamos Acto de Voluntad Macrojurídico Positivo, reflejaría al Positivismo kelseniano con más propiedad que el concepto de NFH, ya que permitiría contemplar con claridad que, en el fondo, no es un supuesto epistemológico, o una hipótesis, el que realiza la función de establecer la unidad y determinar el funcionamiento del orden jurídico de un país, haciendo abstracción por el momento del nivel jerárquico más alto que representa el orden jurídico internacional, sino más bien una Decisión Macrojurídica Positiva.

Esta Decisión Macrojurídica Positiva también se podría denominar, indistintamente, Norma Macrojurídica Positiva, con tal de que no se le atribuya a esta última literalmente, en su calidad de "medio" o "instrumento", la función que más bien corresponde, en sentido estricto, al Acto de Voluntad o Acción Humana. Recuérdese que no son los objetos, en tanto que "medios", sino la Voluntad la que "produce", dirige y unifica a los Sistemas Jurídicos y, en general, a todo orden o comunidad social.

Creemos que este cambio fortalecería a la TPD ya que está a tono con las enseñanzas y la metodología general de Kelsen. Ayudaría a erradicar una cierta impureza representada en cierta

medida por la NFH, lo que quizá permitiría futuros desarrollos que no eran posibles debido a que dicha impureza impedía mantener la Identidad de la Dirección Metódica. No hay necesidad de acudir a ninguna hipótesis cuando que son las decisiones humanas, los actos de voluntad macrojurídicos, como ya se dijo, los que determinan la magnitud, unidad, composición, validez y funcionamiento de los sistemas jurídico-positivos.

### 2.3 Sustitución de la NFH, en la Función Ontológica, por la Hipótesis Ontológica Dualista del "Paralelismo Indirecto".

En relación con la función ontológica que también desempeña el concepto de la NFH, creemos igualmente que dicho concepto puede ser liberado de tal tarea, puesto que otro elemento de la TPD realiza ya, aparentemente, dicha función. En realidad, el concepto de Norma como Esquema de Interpretación, expuesto por Kelsen, aplicado al sujeto que "produce" la norma superior de un sistema normativo, permitía interpretar a los correspondientes actos físicos de dicho sujeto, como si fueran "objetos espirituales"; es decir, como si les inyectase el sentido o la significación de las normas.

Pero aun este mismo concepto de Norma como Esquema de Interpretación no era el responsable auténtico de tal oficio lógico, ya que dicho concepto representaba una Hipótesis Ontológica. Esta fue desarrollada por Kelsen en dos fases, por así decirlo. Primero la expuso como la antítesis de "ser" y "deber ser", que corresponde a la oposición absoluta entre las acciones humanas y las normas, como dos "esferas" irreductibles

entre si. Hasta aqui sólo indicò el carácter dualista "No Interaccionista"; de dicha Hipòtesis Ontològica (las normas no afectan las acciones humanas, en tanto procesos físicos, y viceversa) sin mostrar cómo ocurría dicho "Paralelismo".

Posteriormente, Kelsen expuso el concepto de Norma como Esquema de Explicitación o Interpretación, mismo que no era otra cosa sino la propia Hipòtesis Ontològica Dualista; pero ahora especificando que ésta última era "Paralelista", solamente de "manera indirecta". En efecto, esta se podría expresar como: "Supongo que a un cierto hecho físico, proceso natural, comunmente denominado acción humana, lo puedo interpretar como si fuera el sentido, o el significado de una norma y, por ende, tratarlo como si fuera una "realidad espiritual". (Esta es la última hipòtesis o más alto supuesto en que se apoya la TPD. De hecho, ésto ha sido lo que nos hemos esforzado por mostrar a lo largo de estas páginas). Kelsen adjudicò esta significación al concepto de NFH, siendo difícil saber si fue o no consciente de ello. También se podría decir que el concepto de NFH resultò de la primera aplicación que hizo Kelsen de dicha Hipòtesis Ontològica del "Paralelismo Indirecto", y que fue precisamente las acciones del sujeto colocado en la posición más alta del sistema jurídico.

De manera que Kelsen parecería haber querido formular, no tanto la NFH como más bien, esta Hipòtesis Ontològica del "Paralelismo Indirecto", la cual era ciertamente el fundamento de su teoría pues, de lo contrario, ésta hubiera sido impotente para conocer y describir las acciones humanas de aplicación-creación de Derecho (concepción dinámica del Derecho), aunque

fuera de manera "indirecta", ya que dichas acciones por ser procesos físicos no podrían haber sido conocidos y descritos por ésta.

2.3.1 El Concepto de Norma como Esquema de Explicitación, o Interpretación, Contiene ya Implícitamente a la Hipótesis Ontológica Dualista del "Paralelismo Indirecto".

De hecho, en el concepto de Norma como Esquema de Explicitación, Kelsen había "depositado" ya su Hipótesis Ontológica del "Paralelismo Indirecto". De ahí que no hubiera necesidad de adjudicársela a otro concepto de la TPD. Tal como, por ejemplo, a la NFH, ya que la auténtica Hipótesis de dicha teoría no es una norma sino el mero supuesto kelseniano de atribuirle a los hechos físicos, que suponen las acciones humanas, la significación o el sentido de las normas; consideradas como objetos absolutamente espirituales y que, por ende, no podían "afectar" o ser "afectadas" por los actos físicos.

Si esta interpretación fuera correcta, como mantenemos que lo es, si realmente es ésta la auténtica Hipótesis Fundamental en que descansa la TPD, entonces se debería enunciar e introducir en dicha teoría en sustitución de la NFH. El postular explícitamente que la TPD se basa en la Hipótesis Ontológica del "Paralelismo Indirecto", encarnada en el concepto kelseniano de Norma como esquema de Explicitación o Interpretación, a final de cuentas mostraría lo que Kelsen quería formular, por lo que no se introducirían elementos arbitrarios en su teoría, y en cambio, si se evitarían los



problemas y las numerosas críticas que ha suscitado esta Norma Fundamental Hipotética.

### 3. El Principio de la Identidad de la Dirección Metódica como un Elemento Teórico Esencial.

Como ejemplo de elementos teóricos "esenciales" presentamos el Principio de la Dirección Metódica, que también se podría expresar como la exigencia de respetar la identidad de la dirección metódica del punto de vista en que se está situado. Como lo expresamos reiteradamente en el cuerpo del trabajo, esta divisa metodológica mantiene que el "origen" y los demás elementos teóricos que constituyen el método de conocimiento propio, se deben mantener sin mezcla alguna respecto de otros objetos y métodos cognoscitivos; particularmente respecto de las Ciencias Físicas de la Naturaleza. Lo que se busca no es repetir el trabajo de la Física, la Química o la Biología, sin darse cuenta de ello, sino actuar con un punto de vista diferente, propio. La operatividad inmensa de este principio, en su instrumentalización meramente negativa, enseña que no se puede confundir el acto de voluntad con un proceso físico-causal. Los eventos jurídicos se "originan" por decisiones; no por causas y efectos naturales.

#### 3.1 Las Explicaciones de Tipo "Psicológico-Causal" Contradicen la Identidad de la Dirección Metódica

Siendo el Acto de Voluntad o Decisión principio explicativo autónomo no puede, a su vez, ser explicado como si fuera el "efecto" de ciertas "causas". Lo contrario equivaldría a no utilizar el método decisonal, confundiéndolo, sino el método de las ciencias físico-naturales, el cual no rige en los

eventos sociales. Aplicar el método físico-causal en la explicación de las acciones humanas supone desconocer la autonomía de la voluntad, asumiendo que ésta sea, a su vez, un evento más y que, por ende, se requiere que algo anterior a ella la "afecte", "impulse", o determine en un cierto sentido. Esto significa suponer que ella no sea "fuente autónoma", sino que sería como una bola de billar que al ser impulsada por otra, de la cual sería el efecto, a su turno, impulsaría al cuerpo a efectuar una cierta conducta. Este es un modelo explicativo tomado de la Física, en su expresión burda, que se confunde con el acto de voluntad. Veamos un par de ejemplos de dicha confusión.

Si a la pregunta de ¿Por qué una persona había roto la huelga de hambre en que se encontraba por un período de diez días?. se respondiera: porque tenía mucho apetito -"el hambre la venció"-, entonces se estaría asumiendo que una cierta emoción desagradable muy intensa, fue la "causa" del acto de voluntad el que, a su vez, "impulsó" al cuerpo a comer. Haciendo abstracción del problema de la relación entre la mente y el cuerpo que este problema suscita, la respuesta anterior sería insatisfactoria, ya que implica un círculo vicioso. En efecto, los actos de "abstención de comer", correspondientes a esos diez días, significan la manera en que dicha persona decidió, en los hechos, producirse a sí misma las desagradables emociones de este "apetito intenso", aun cuando quizá no lo hubiera deseado. Por lo tanto, el "apetito intenso" se puede presentar como la "causa" de acciones humanas; y, a la vez, como su "efecto".

Otro ejemplo sería el caso cuando una persona accidentalmente se quema una mano al preparar el café y, acto seguido, se aplica una pomada contra el dolor. Si decimos que el dolor fue la "causa" por la cual se aplicó el medicamento, también incurriríamos en un círculo vicioso ya que dicha emoción de dolor fue puesta en existencia, o "causada", por la decisión que reunió "accidentalmente" la mano con el fuego, por unos instantes. Es decir, el acto humano que representa el accidente, "produce" el dolor; después, se asume que esta emoción "produce" la acción en la cual se emplea el medicamento. Aquí también la misma emoción, el dolor de la quemadura, aparece como "efecto" de acciones humanas y, a la vez, como "causa" de las mismas.

En el ejemplo de la huelga de hambre interrumpida, tenemos dos decisiones, o dos acciones, como el "origen" de dos emociones diferentes. Los actos de vivir "sin comer" son la acción que "produce" las desagradables emociones del apetito "intenso". Los actos de vivir comiendo normalmente "producen" las emociones placenteras del bienestar. Así, dos emociones diferentes fueron puestas en existencia por dos decisiones. Lo mismo ocurre en el ejemplo del accidente. En éste, la acción "equivocada" de reunir mano y fuego "produjo" la emoción de dolor; la siguiente acción, la que reunió la mano y el medicamento, "produjo" la emoción de alivio.

Como se observa, son actos de voluntad, acciones humanas, los que "producen" la existencia de dichas emociones; éstas no "producen" nada, y es una confusión atribuirles el trabajo o la función lógica que desempeña el acto de voluntad. Los procesos fisiológicos son una explicación paralela, pero que no se cuestiona y que tampoco se debe mezclar o revolver, como comúnmente ocurre, con la explicación social. Por ejemplo, cuál fue la "causa" de la muerte de Sócrates: La cicuta o la sentencia jurídica correspondiente ?.

Desde un punto de vista jurídico-social, fue un acto de voluntad jurídica, la que al "reunir" a Sócrates con la cicuta "produjo" su muerte. Desde el punto de vista físico-causal, la reacción del veneno en el organismo se puede describir paso a paso, constituyendo una explicación paralela, pero que no se debe confundir. Por decirlo así, el veneno "no mata" (ya que se trata de un compuesto químico que reacciona con otros, cuya unidad constituye el organismo humano, sometiéndose a una regularidad fisiológica independiente de los deseos o propósitos humanos) como tampoco los puñales, los rifles o las bombas. Son los actos humanos, las decisiones que utilizan a dichos "medios", los que "producen" vida y muerte.

No se debe abandonar en ningún momento la explicación de las relaciones sociales mediante el método decisional, ya que se estaría perdiendo la identidad del punto de vista propio. Antes bien, se deben denunciar y rechazar los pasos tomados en contradicción a dicho punto de vista; mismo que posee su propio criterio de certeza, difícilmente superable por el método

físico-causal. El argumento central en que nos apoyamos es el siguiente.

### 3.2 El Criterio de Certeza que Representa el Acto de Voluntad en el Conocimiento Social en General

Puedo dudar de las razones, motivos o "causas" que me impulsaron a tomar la decisión que "puso" en existencia el objeto o resultado X, pero de lo que no puedo absolutamente dudar es de que yo tomé dicha decisión. La certeza de este enunciado es irrefutable; negarlo o dudarlo sería locura. De manera que este principio decisional, en cierto modo análogo al Cogito-ergo-sum de Descartes, tendría la virtud de ofrecer a la Ciencia Jurídica, y en general al conocimiento social, un criterio de certeza suficiente y necesario. Quizá para algunos este principio decisional no permitiría avanzar hacia los "verdaderos" motivos de orden psicológico, económico y social que supuestamente habrían "causado" la "producción" de ciertas normas, ofreciendo el riesgo de "reducir" la cantidad de conocimiento. Sin embargo, se obtendría una certidumbre mayor respecto a los elementos objetivos de las acciones jurídicas, o sociales, prácticamente imposible de superar por el método "causal-psicológico" o de "motivos".

Se puede dudar de cuáles fueron las "verdaderas causas" o razones que "impulsaron" a Hemingway a suicidarse, a Leonardo da Vinci a pintar la Mona Lisa y a Adam Smith a escribir "La Riqueza de las Naciones", pero de lo que no se puede dudar, es de que no hayan tomado la decisión respectiva. La certeza de lo anterior es total y definitiva, de manera tal que, además, sirve para rechazar el agnosticismo al demostrar la posibilidad

del conocimiento social: de que existe un conocimiento plenamente cierto, cuando menos en una magnitud limitada, en el terreno de los actos y sociedades humanas. De ahí que la Ciencia Social pueda continuar su marcha ascendente con este criterio de certeza crítica que le ofrece el método decisional, esperando reducir o disolver, en el futuro, dentro de su propia dimensión las explicaciones de tipo "psicológico-causal". Estas últimas se presentan de las formas más variadas bajo las categorías de "motivos", "propósitos", "fines", "intereses", "necesidades", etc., que no por dominar hasta ahora en las explicaciones del "sentido común", no por ello legitiman su empresa ni le inyectan seguridad alguna a dicho conocer.

3.3 Las Llamadas "Causas Subjetivas" se deben  
Convertir Mas Bien en Objeto de Explicación  
Conforme al Método o Principio del Acto de  
Voluntad

Conforme al principio de la Identidad de la Dirección Metódica es exigible intentar absorber, disolver o reducir, en su seno, los aspectos subjetivos de las acciones humanas comúnmente representados por las explicaciones de tipo psíquico-causal, o físico-causal en general. Deseamos subrayar que el método decisional es capaz de ofrecer armas sólidas contra la incertidumbre y el escepticismo respecto al conocimiento de las acciones sociales, en este caso, los actos de aplicación-producción de Derecho. Es preferible conocer pocos elementos, pero ciertos o difícilmente falsos, que contestar un número más ambicioso de preguntas cuyas respuestas vistan el ropaje de la duda. Si suponemos que una acción social (en contraposición a un conjunto de procesos físicos) consta de componentes objetivos y subjetivos, y poseemos certeza en el conocimiento

de la parte objetiva, un procedimiento para superar la incertidumbre de los componentes subjetivos sería intentar enfocarlos con un criterio objetivo. Esta es precisamente la meta que debe alcanzar exitosamente una Teoría de la Acción "No Subjetivista".

#### 3.4 El "Plan" o "Modelo de Acción" No es "Causa" sino un "Objeto Mental" Cuya Existencia Reclama una Explicación

La noción de "fin" (motivo, propósito, objetivo, razón, etc.) en tanto es la representación anticipada de una acción, asumiendo el aspecto de una imagen o "entidad mental", es indudablemente un objeto con existencia real en la "mente" de una persona, por así decirlo. Por ejemplo, la víspera de la boda, la pareja no puede dudar de la existencia auténtica del plan de actividades que han preparado para realizar al día siguiente; el día de su matrimonio. Esto significa que han "producido" dicho plan; al día siguiente lo utilizarán, a partir del momento en que comiencen la realización o ejecución del mismo.

Es decir, dicho plan, o modelo de acción, es otro "medio" más que se utiliza conjuntamente con los otros "medios externos" u "objetivos". Como se observa, dicho plan es resultado de "acciones internas", y por tanto de actos de voluntad, de ahí que no sea válido presentarlo como "causa" de dichas acciones; de la misma manera que nadie considera que el cemento sea la "causa" de la existencia de las calles y carreteras, si bien éste haya sido un "medio" en su producción. El plan o modelo de acción, cuya existencia peculiar es la de un "objeto mental", en arreglo al cual se anticipa primero y se ejecuta después una

acción, mediante la combinación de ciertos "medios" objetivos, debe considerarse un "medio" más, si bien "subjetivo", que es utilizado junto con los primeros.

Un "fin" o "propósito", entendido como un "plan de acción" debe concebirse como un objeto artificial más, aun cuando de carácter "mental" cuya existencia exige una explicación y, por ende, no se puede emplear simultáneamente como "causa" pues, por lo anteriormente visto, es evidente que un "objeto social" -como en este caso sería el "fin" o "propósito"- no "produce" la existencia de otro objeto social; de la misma manera que una norma no "produce" otra norma, sino que cada una es "producida" por un acto de voluntad respectivo.

Con objeto de contemplar más claramente que la razón suficiente y necesaria que pone en existencia los "resultados" de las acciones no son los "medios", ni los internos (objetos mentales) ni los externos (objetos materiales), obsérvese que se puede contar con una gran cantidad y variedad de éstos y que, sin embargo, con independencia de la voluntad de quien puede disponer de ellos, dichos "medios" por sí mismos no podrán poner en existencia otros objetos. Pueden existir óptimos esquemas de legislación, que cuentan con el soporte de numerosas personas, pero si quien posee la facultad legislativa no toma el acto de voluntad respectivo, dichas normas no podrán existir. Lo propio ocurre con otros tipos de objetos sociales. Por ejemplo, podrán existir tierras, capitales, agua, conocimientos, brazos, equipo, amplia demanda, etc., pero si el poseedor de estos "medios" no decide su combinación, ningún nuevo objeto social adquirirá existencia a partir de ellos.



Los recursos naturales, humanos y el capital por sí mismos no "ponen" en existencia nuevos objetos sociales; los primeros no son la razón suficiente y necesaria de los segundos, sino el acto de voluntad. Si este principio de origen es reconocido, entonces explicarlo a su vez como siendo el "efecto" de otra "causa", necesariamente nos conducirá a un error supuesto que se estaría abandonando la Identidad de la Dirección Metódica propia.

Si el "motivo", "propósito", "fin", o "causa psicológica", lejos de tomarlo como un dato sin cuestionar y de naturaleza "no social", es por lo contrario interpretado como otro objeto social más, entonces lejos de otorgarle la función de "causa originante", ya que es un simple "objeto mental", se le deberá explicar de la misma forma que los "medios" no mentales o externos. Esto es, como puesto en existencia por un acto de voluntad (como las normas) y después empleado como "medio", en la realización de la acción que se dice ejecuta o realiza dicho plan o "fin".

En otras palabras, la representación interna que hago del restaurante donde esta noche cenaré con los amigos, no es la "causa" o "razón" del porque efectivamente decida asistir a dicho encuentro, sino tan sólo uno de los "medios" que utilizaré y que se convertirá en una condición sin la cual no podría asistir a la cena. Dicha "representación" mental no es la "causa" por la cual asistiré, sino tan sólo un "medio" utilizado por la voluntad. El "medio" no "impulsa" a la voluntad; sino que ésta utiliza a dicho "medio", junto con otros, en la realización de la acción, cuyo resultado no es

sino la síntesis efectuada de dichos "medios". Nótese que implícitamente se está proponiendo un "principio de origen" que sería también válido para la Ciencia Económica, aun cuando ésta atribuya a dicho origen a ciertos hechos físicos denominados "trabajo", o la combinación de ciertos objetos físicos denominada "producción".

4. El Criterio de Certeza que se Desprende de la TPD se Podría Introducir en las Demás Ciencias Sociales.

Esta metódica, que Kelsen ha formulado en la Ciencia Jurídica, se podría "exportar" a las otras ciencias sociales, mismas que carecen de un criterio mínimo de certeza similar en sus sistemas teóricos. Estas ciencias también quieren ocuparse de las acciones humanas, mejor aun de las acciones sociales, y no repetir el trabajo de la Física, la Química o la Biología. Pero ocurre que no teniendo el criterio de la Identidad de la Dirección Metódica, aplicado en sus esferas respectivas, y no siendo conscientes de la autonomía metódica de la voluntad, principio explicativo y no objeto o hecho a explicar, difícilmente podrán efectuar progresos significativos y, en caso de hacerlo, carecerán de una conciencia metódica clara que permita legitimar sus resultados.

Es un hecho palpable que en ciencias como la Economía, la Sociología, la Política, la Historia, etc., subsisten dos direcciones metodológicas opuestas entre sí, pero que se interconexionan acríticamente; las más de las veces sin que exista conciencia de esta "indebida" coparticipación explicativa. Estas dos direcciones son la Metódica Decisional o Voluntarista y el Método "Psicológico-Causal". Parecería que

estas disciplinas se encuentran en una posición similar a la que se encontraba la Ciencia Jurídica antes de la llegada de la TPD.

Por lo anterior, no debe extrañar que sugiramos que la misma tarea que efectuó Kelsen en el ámbito de la Ciencia Jurídica, ahora se deba extender paulatinamente al resto de las demás ciencias sociales, idea original que Jaime Ortiz había compartido conmigo ya hace varios años. Por esta razón, fue que en el Capítulo II discutimos los lineamientos epistemológicos más característicos del método de Kelsen, en su tarea sistematizadora de los problemas teóricos comprendidos bajo la Ciencia Jurídica, ya que se podría intentar aplicarlos en otras disciplinas.

Es de esperar que dichos procedimientos o "lineamientos epistemológicos" podrán funcionar también en otras áreas del conocimiento social, habida cuenta de los arreglos y ajustes correspondientes que los problemas particulares de cada disciplina exijan. Esta puede ser una de las direcciones por donde es razonable esperar que el conocimiento científico-social evolucionará en las próximas décadas.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

OBRAS CONSULTADAS DE HANS KELSEN.-

1. KELSEN, Hans: Compendio de Teoría General del Estado . Editora Nacional. México, 1974. 235 pp. Trad. Luis Recasens Siches y Justino de Azcárate.
2. KELSEN, H. La Democrazia. Il Mulino, 4a. ed., Bologna, 1984, 453 pp.
3. KELSEN, H., La Dottrina Pura del Diritto. Trad. e Saggio Introdutorio per Mario G. Losano, Torino 1965, 418 pp.
4. KELSEN, H., La Dottrina Pura del Diritto. Metodo e Concetti Fondamentali. Trad. di Renato Treves. Società Tipografica Modenese, Modena, 1933. pp.1-53.
5. KELSEN, H. La Dottrina pura del diritto e la giurisprudenza analitica, pag. 173-227, anexo contenido en: Lineamenti di dottrina pura del diritto. Trad. R. Treves, Einaudi, Torino, 1967, 227 pp. También aparece en What is Justice?, op cit, pag. 266-287.
6. KELSEN, H., General Theory of Law and State . Harvard University Press, 3rd ed., 1949,
7. KELSEN, Hans, La Giurisprudenza come Scienza dello Spirito, Edizioni Scientifiche Italiane, a cura di Agostino Carrino, Roma, 1988, 266 pp. Pag. 79, tomado de: Rickert, H. Grenzen der naturwissenschaftliche Begriffsbildung, 1915; Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft, 1915 (trad. it. di A. Signore, Ravenna, Lungo, 1979), pag. 15.
8. KELSEN, Hans. Lineamenti di dottrina pura del diritto . Piccola Biblioteca Einaudi, Torino, 1967. Trad. R. Treves, 227 pp.
9. KELSEN, H. Das Problem der Souvränität und die Theorie des Völkerrechts, Tübingen, 1920.
10. KELSEN, Hans. Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado (Desarrollados con base en la Doctrina de la Proposición Jurídica). Trad. 2a ed. en alemán 1923- Wenceslao Roces. Ed. Porrúa. México, 1987.
11. KELSEN, H., Sociedad y Naturaleza, Buenos Aires, 1945,
12. KELSEN, Hans. Teoría General del Estado (TGE). Editora Nacional, Mexico, 1972, 544 pp.
13. KELSEN, H., La Teoria Generale del Diritto e dello Stato. Ed. di Comunità. Milano 1959, 503 pp.
14. KELSEN, H., La Teoria Generale del Diritto e il Materialismo Storico. Introd. a Trad. Francesco Riccobonc. Biblioteca Biografica No.22. Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1979, 190 pp.

15. KELSEN, Hans. Teoria Generale Della Norme. A cura di Mario G. Losano. Trad. Mirella Torre. Giulio Einaudi Ed., Torino, 1985, 471 pp.
16. KELSEN, Hans: Teoria Pura del Derecho. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1983. Tercera Reimpresión. 364 pp.
17. KELSEN, Hans. Théorie Pure du Droit. Ed. de la Baconnière. Cahiers de Philosophie No. 37. Neuchâtel, 1980. 296 pp. Adapt. Henri Thévenaz.
18. KELSEN, Hans. What is Justice?. University of California Press, Berkeley, 1957. 397 pp.

OBRAS UTILIZADAS SOBRE KELSEN.-

1. DANFI, Antonio. Il Problema Epistemologico nella Filosofia del Diritto e le Teorie Neokantiane. Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto. pp. 1-59.
2. DELLA RATTÀ Rinaldi, Antonio. Oggetto, metodo e natura della giurisprudenza nella Reine Rechtslehre. Liguori, Napoli, 1979.
3. DONATI, Cesare en Note sul normativismo. Milano, A. Giuffrè, 1976, 115 pp.
4. LOSANO, M.G., Saggio Introduttivo alle Teorie Generale delle Norme.
5. LOSANO, Mario G. Forma e Realtà in Kelsen. Edizione di Comunità, Milano, 1981, 229 pp.
6. LOSANO, Mario G. Saggio Introduttivo (Pag. XXXV-XXXVI) en Dottrina Pura del Diritto. Einaudi Ed., Torino, 1966. 391 pp.
7. ORLANDO, Claudio. Formalismo Giuridico e Valori in Hans Kelsen. Ed. La Goliardica, Roma, 1967. 54 pp.
8. PASTORE, Annibale. Critica del Fondamento logico della dottrina pura del diritto di Kelsen. pp. 198-212. Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto.
9. RICASENS Siches, Luis. "Estudio Preliminar sobre la Teoria Pura del Derecho y del Estado", en KELSEN, HANS. Compendio de Teoria General del Estado.
10. SCARPELLI, U., Cos'è il Positivismo giuridico, Milano, 1965, pag. 75.
11. TREVES, R., Il diritto come relazione. Memorie dell'Istituto Giuridico. Serie II. Memoria XVI. Torino, 1934. 130 pp.
12. TREVES, Renato. In Torno alla concezione del diritto di Hans Kelsen, Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, Anno XXIX, Serie III, Luglio-Settembre, 1952, Fascicolo III, pp. 177-197.

13. TREVES, Renato. Il Fondamento Filosofico della Dottrina Pura del Diritto di Hans Kelsen. R. Accademia delle Scienze, Torino, 1934-XII, 41 pp. (Version Resumida).
14. TREVES, Renato. Empirismo e Idealismo nel Problema della Scienza del Diritto. Estratto dalla Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, Anno XVIII, Fasc. II. Roma 1938. pp. 1-15.
15. TREVES, Renato. Il Metodo Teleologico nella Filosofia e nella Scienza del Diritto. Estratto dalla Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, Anno XIII, Fasc. IV-V. Roma 1933. pp. 1-24.

OBRAS CONSULTADAS EN GENERAL.-

1. ABBAGNANO, Nicola. Storia della Filosofia. Torino, 1982, UTET, ristampa aggiornata della terza edizione. 564 pp.
2. AGAZZI, Evandro. Philosophie, Science, Métaphisique. Editions Universitaires Fribourg, Suisse, 2e. Edition, Réimpression, 1987, 87pp.
3. ARISTOTLE. Categories and De Interpretatione. Trad. J.L. Ackrill. Clarendon Aristotle Series. Clarendon Press, Oxford, Great Britain, 1978. 162 pp.
4. ARISTOTLE. De Anima (On the Soul). Trad. Hugh Lawson-Tancred. Penguin Classics. London, 1986. 254 pp.
5. AYER, A.J. Language, Truth and Logic. Penguin Books, London, 1990, 206 pp.
6. BOBBIO, Norberto. Studi per una Teoria Generale del Diritto. C. Giappichelli, ed. Torino, 1970, 202 pp.
7. BOBBIO, Norberto. Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica. Einaudi Paperbacks 164. Torino 1985, 165 pp.
8. BRIMO, Albert. Les Grandes Courants de la Philosophie du Droit et de L'Etat. Deuxième édition, Paris 1968. Editions A. Pedone, 436 pp.
9. CALOGERO, G., Filosofia del dialogo. Milano, 1962.
10. COHEN, Herman. Logik der reinen Erkenntnis, Berlin, 1902.
11. COHEN, H. Ethik des reinen Willens, 3a ed., Berlin, 1921.
12. COPLESTON, F.C., Aquinas. Penguin Books, London, 1955, 271 pp.
13. D'AQUINO, Tommaso. Opuscoli Filosofici. L'ente e l'essenza - l'unità dell'intelletto - le sostanze separate. Traduzione, Introduzione e note a cura di Abelardo Lobato, OP. Città Nuova editrice. Roma, 1989, 269 pp.

14. D'AQUINO, Tommaso. Scritti Politici. Ed. Zanichelli, Bologna, 1946.
15. DAL SASSO G., COGGI, R., Compendio della Somma Teologica di San Tommaso d'Aquino. Edizioni Studio Domenicano. Bologna, 1989. 569 pp.
16. DESCARTES, René. Discours de la méthode. Commentaires et notes. Jean-Marie Beysseade. Le Livre de Poche, Paris, 1973. 228 pp.
17. DILTHEY, Wilhelm. Critica de la Razón Histórica. Ed. de Hans-Ulrich Lessing. Trad. y Prólogo de Carlos Moya Espi. Ediciones Península. Barcelona, 1936. 286 pp.
18. DILTHEY, Wilhelm. Selected Writings. Ed, Trad, and Introd. H.P. Rickman. Cambridge University Press, London, 1976. 270 pp.
19. FLEW, Anthony & VESEY, Godfray. Agency and Necessity. Great Debates in Philosophy. Basil Blackwell, London. 1967. 184 pp.
20. GENTILE, F. Intelligenza Politica e Ragioni di Stato, Milano, Giuffrè 1963, pag. 158.
21. HEIDEGGER, Martin. The Basic Problems of Phenomenology. Trans. Introd. and Lexicon by Albert Hofstadter. Indiana University Press, USA 1982, 396 pp.
22. HUME, David. On Human Nature and the Understanding. Ed. with introd. Anthony Flew. Collier Classics in the History of Thought. Ed. Brinton and Edwards. New York, 1962. 315 pp.
23. HUME, David. An Enquiry Concerning the Principles of Morals. Open Court, UK 1966 (Reprinted from the Edition of 1777), 169 pp.
24. HUSSERL, Edmund. Logical Investigations. Two Volumes, Trans. J.N. Findlay. Routledge & Kegan Paul (Ed.), UK 1970, 432 pp.
25. KANT, I. Critica del Giudizio. Laterza, Bari, 1991, 400 pp.
26. KANT, Immanuel. Critica della ragione pratica. Editori Laterza, Bari, 1989, 228 pp.
27. KANT, I. Critica della Ragione Pura. A cura di Giorgio Colli. Tascabili Bompiani. Milano, 1976. 2 Vols.
28. KANT, I. Premiers Principes Métaphysiques de la Science de la Nature. Bibliothèque des Textes Philosophiques. Librairie Philosophique J. Vrin. Trad. J. Gabelin, Paris, 1990, 165 pp.
29. KANT, Immanuel. Principios Metafisicos de la Doctrina del Derecho. UNAM, Colección Nuestro Clásicos No. 33, México, 1978, 222 pp.
30. KENNY, Anthony. Aquinas. Oxford University Press, 1980, 86 pp.

31. LOBATO, A. La Dignidad del Hombre y los Derechos Humanos. Madrid, 1982.
32. LOBATO, A. Los Derechos Humanos en el Pensamiento Contemporáneo. Verbo, 1980, pp. 1171-1197.
33. LOCKE, John. Essai Philosophique Concernant L'Entendement Humain. Trad. Costa. 3<sup>ème</sup>. Tirage. Librairie Philosophique J. Vrin, Paris, 1989, 289 pp.
34. LOCKE, John. Essais Sur la Loi de Nature. Trad. Hervé Guineret. Centre de Philosophie politique et juridique. Université de Caen, 1986, 149 pp.
35. MOORE, G.E. Principia Ethica. Cambridge University Press, UK 1978, 232 pp.
36. NATORP, Paul. El ABC de la Filosofía Crítica. Trad. Francisco Larroyo. Editora Nacional, México, 1974, 180 pp.
37. PHILLIPS GRIFFITHS, A. Key Themes in Philosophy. Cambridge University Press. London, 1989. 228 pp.
38. PRIEST, Stephen. Theories of Mind. Penguin Books, London, 1991, 233 pp.
39. PRIEST, Stephen. The British Empiricists. (Hobbes to Ayer). Penguin Books, London, 1990, 303 pp.
40. REALE, Miguel. Giambattista Vico, la giurisprudenza e la scoperta del mondo dello spirito. Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto. Anno XXIX, Serie III, Gennaio- Giugno 1952, Fascicolo I-II. pp. 1-17.
41. REALE, Miguel. Filosofía del derecho. Trad. Luigi Bagolini e Giovanni Ricci. G. Giappichelli (Ed.) Torino 1956, 449 pp.
42. ROSS, Alf. Diritto e Giustizia. Einaudi, Torino 1965, 365 pp.
43. ROTH, Paul A., Meaning and Method in the Social Sciences. A Case for Methodological Pluralism. Cornell University Press, Ithaca, 1987. 250 pp.
44. RORTY, Richard. La Filosofía e lo Specchio della Natura. Nota Introduttiva di Diego Marconi. Bompiani, Milano, 1986. 341 pp.
45. RUSSELL, Bertrand. I Problemi della Filosofia. Feltrinelli, Universale Economica. Trad. del inglés Elena Spagnol. 8a. Ed. Milano, 1988. 193 pp.
46. SCHELER, Max. El Puesto del Hombre en el Cosmos. Trad. José Gaos. Prólogo de Francisco Romero. Sexta Ed. Editorial Losada. Buenos Aires, 1967. 224 pp.
47. STUART MILL, John, A System of Logic. 2 Vol., 1843.



48. WEBER, Max. On Law in Economy and Society. Ed. Max Rheinstein. Trans. Edward Shils and Max Rheinstein. Simon & Schuster, USA 1954, 363 pp.

49. WEITZ, Morris (ED.). 20th-Century Philosophy: The Analytic Tradition. Readings in the History of Philosophy. The Free Press, New York, 1968, 393 pp.

50. WITTGENSTEIN, Ludwig. Philosophical Investigations. Third Edition, Trans. G.E.M. Anscombe, Macmillan 1958, 250 pp.

## DATOS BIOGRAFICOS DE HANS KELSEN

Hans Kelsen nació en Praga el 11 de octubre de 1881, cuando ésta formaba parte del Imperio Austro-Húngaro, pero pronto su familia se estableció en Viena, en donde realizó sus estudios, obteniendo el grado de Doctor en Derecho en 1906. El año anterior, cuando tenía 24 años de edad, presentó como tesis profesional en dicha Universidad la obra intitulada "La Teoría del Estado en Dante Alighieri", misma que le fue publicada. Continuó sus estudios sobre el Derecho en las Universidades de Heidelberg y de Berlín, buscando el contacto personal con juristas renombrados.

### PERIODO EUROPEO.-

En 1911 publicó "Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado" (Desarrollados con Base en la Doctrina de la Proposición Jurídica). En esta obra trataba los principales problemas del Derecho Público a partir de la noción de la regla del Derecho, poniendo así los fundamentos de la Teoría Pura del Derecho, misma que desarrollaría más tarde de manera sistemática. En ese mismo año fue nombrado profesor privado de Derecho Público y de Filosofía del Derecho en la Universidad de Viena.

En 1912, a la edad de 31 años, se dedicó a estudiar las obras de Herman Cohen, Jefe de la Escuela Neokantiana de Filosofía de Marburgo, de quien tomó algunas sugerencias, pero sin llegar a adherirse plenamente a su pensamiento (1).

En 1913 publica "Para la Teoría del Negocio Jurídico"

(Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft), donde propone que la TPD debe prescindir de toda doctrina sobre la justicia o conveniencia de las instituciones jurídicas, limitándose a captar los conceptos formales de las mismas (2).

Durante la Primera Guerra Mundial fue oficial de reserva en el ejército austro-húngaro y desde 1917 Consejero Jurídico del Ministerio de Guerra, con la tarea de preparar una revisión de la Constitución relacionada con la organización militar de la monarquía. Como el régimen monárquico no sobrevivió a la derrota militar, dicha revisión fue abandonada. Con el advenimiento de la República Austriaca, el gobierno le encargó preparar varios proyectos de la nueva Constitución Federal; uno de ellos fue adoptado por el Parlamento en 1920.

Desde 1919 publicó y dirigió por varios años la revista de Derecho Público "Zeitschrift für öffentliches Recht", sucesora de otra revista, también por él dirigida, titulada Revista Austriaca de Derecho Público (Oesterreichischer Zeitschrift für öffentliches Recht) (3).

Mientras tanto, en 1917, fue nombrado profesor extraordinario de Derecho Público y de Filosofía del Derecho en la Universidad de Viena y fue promovido a Profesor Ordinario dos años más tarde. En 1921 fue juez en el Tribunal Constitucional, donde se le encargaron las funciones de Relator. El Tribunal fue disuelto en 1929, después de una decisión controvertida que había tomado con base en una propuesta de su Relator. Más tarde acepta un ofrecimiento de la

Universidad de Colonia, como Profesor de Derecho Internacional. Su primera obra sobre este tema, publicada en 1920, se tituló "El Problema de la Soberanía y la Teoría del Derecho Internacional", la cual tenía como subtítulo: "Contribución a una Teoría Pura del Derecho". En este libro agrega dos nuevos elementos característicos de su teoría: 1) la identidad entre Estado y Derecho, y 2) la necesidad de una unidad sistemática que aglutine y legitime todas las normas supuestas como derecho positivo vigente (4).

Esta sería la primera vez que nombraría así a esta teoría, de la cual fue su iniciador y que desde los últimos años de la Primera Guerra Mundial se fue constituyendo con los trabajos de un grupo de jóvenes juristas, que deseaban formular una ciencia exacta del Derecho y del Estado. Pertenecían a este grupo, notablemente, Adolf Merkl, entonces Profesor de Derecho Administrativo en la misma Universidad de Viena; Alfred Verdross, que para 1953 era Profesor de Derecho Internacional en la Universidad de Toledo (Ohio); Felix Kaufmann y Erick Hula, también Profesores en la nueva Escuela de Investigación Social de Nueva York; Rudolf Metall, Jefe de Sección de la Oficina Internacional del Trabajo; Fritz Schreier, entonces profesor privado en la Universidad de Viena; y Tomoo Otaka, Profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Tokio.

Numerosos estudiosos se interesaron y siguieron los trabajos del grupo, sin pertenecer formalmente al mismo. Entre éstos se pueden citar a Franz Weyr, principal teórico del Derecho en Checoslovaquia; Paul Guggenheim, Profesor de Derecho Internacional en el Instituto Universitario de Altos Estudios

Internacionales de Ginebra; Charles Eisenmann, Profesor de Derecho Público en la Universidad de París.

Para precisar su exposición sobre la identidad de Estado y Derecho, y para responder a las críticas que este punto había suscitado, publica, en 1922, "El Concepto Sociológico y el Concepto Jurídico del Estado" (Der soziologische und der juristische Staatsbegriff). Aquí también sostiene que la Jurisprudencia Sociológica no puede legitimar el concepto de Estado (5).

En 1925 publicó en la colección de la gran "Enciclopedia de las Ciencias Jurídicas y Sociales" (editada por Julio Springer, Berlin), su "Allgemeine Staatslehre" (Teoría General del Estado). Aquí hace un resumen de sus investigaciones desarrolladas, en forma sistemática, sobre la base de que los problemas planteados en la Teoría General del Estado no son sino problemas jurídicos y, por tanto, que sólo se pueden resolver dentro de la Ciencia Jurídica (6). Un resumen esquemático de esta obra se publicó en Barcelona en 1925 (traducida por Luis Recaséns Siches y Justino de Azcàrate Flores), con el nombre de "Compendio de Teoría General del Estado".

Diversos trabajos monográficos destinados a replicar las críticas se publicaron entre 1925 y 1933. Se pueden mencionar, por su importancia, los siguientes:

- "La Forma del Estado como Forma Jurídica" (Staatsforms als Rechtsform), 1925;
- "La Ejecución Federal" (Die Bundesexecution), 1927;
- "El Estado como Superhombre" (Der Staat als Uebermensch), 1926;
- "Historia del Derecho contra Filosofía del Derecho?" (Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie?), 1928;
- "Los Fundamentos Filosóficos de la Doctrina del Derecho Natural y del Positivismo Jurídico", 1928;
- "Formalismo Jurídico y Teoría Pura del Derecho" (Juristischer Formalismus und reine Rechtslehre), 1929;
- "El Estado como Integración" (Der Staat als Integration), 1930;
- "Théorie Generale du Droit International Public. Problèmes choisis", 1933 (7).

Aparte de una lista impresionante de artículos y folletos, cuyo copioso número nos impide su inclusión. Para dar una idea sobre la intensa actividad de Kelsen, considérese que para 1969, Rudolf Metall, quien era no sólo su amigo sino su biógrafo "casi oficial", presentaba una lista de 604 títulos, entre obras originales y traducidas en 23 idiomas (8).

En 1926 fundó junto con Leon Duguit y Franz Weyr (profesor checo de la Universidad de Bremen, la Revue Internationale de la Théorie du Droit (Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts), con originales en francés y alemán (9).

A parte de sus investigaciones sobre la TPD, pudo darse tiempo para publicar obras sobre aspectos políticos y sociales relacionados con el Derecho. Entre éstos destacan: "Concepción del Mundo y Educación Política", 1912; "Sobre la Esencia y el Valor de la Democracia", 1920; "Socialismo y Estado", 1920; "Marx o Lasalle?", 1924; "El Problema del Parlamentarismo", 1926; "Sociología de la Democracia", 1926 (10).

Su estancia en la Universidad de Colonia fue de corta duración, ya que en 1933 fue uno de los primeros profesores destituidos por el gobierno Nacional Socialista. Acepta un ofrecimiento del Instituto Universitario de Altos Estudios Internacionales de Ginebra, en donde enseña Derecho Internacional hasta 1940. Paralelamente, de 1936 a 1938, fue Profesor de Derecho Internacional en la Universidad alemana de Praga, de donde se retira debido a la violenta hostilidad de los estudiantes pertenecientes al Nacional-socialismo, que entonces eran mayoritarios.

Previamente, en 1932, había impartido en la Academia Internacional de Derecho de La Haya un curso sobre la Teoría General del Derecho Internacional Público; en los años siguientes publica una serie de artículos sobre la revisión del Pacto de la Sociedad de Naciones. Asimismo, la primera versión de la Teoría Pura del Derecho en alemán fue publicada en 1934 (11).

## PERIODO AMERICANO.-

En 1940 se dirige a los Estados Unidos, en donde enseñará en la Universidad de Harvard, en calidad de primer "Oliver Wendell Holmes Lecturer", para después trasladarse a la Universidad de Berkeley, California, como Profesor de Derecho Internacional y de Filosofía del Derecho. Fue invitado también a dar conferencias en diversas universidades americanas así como en las Universidades de Buenos Aires, Montevideo, Río de Janeiro y México.

Fue consultado por el Departamento de Guerra en Washington en ocasión de los preparativos relacionados con el proceso judicial para los crímenes de guerra cometidos durante la segunda conflagración mundial. Durante su estancia en los Estados Unidos, adopta la nacionalidad norteamericana y publica numerosos artículos sobre Derecho Internacional y varios libros importantes: un estudio sociológico sobre el Estado y la Naturaleza (12); una Teoría General del Derecho y del Estado (13); una obra sobre el Derecho de las Naciones Unidas (14) y otra sobre los principios del Derecho Internacional (15).

En 1952 se jubiló en la Universidad de California, pero continuó ocupando, temporalmente, una cátedra en el Instituto Universitario de Altos Estudios Internacionales de Ginebra. Entre las numerosas distinciones que recibió se pueden mencionar los Doctorados Honori Causa en las Universidades de Harvard, Utrecht, Chicago, California y México; el título de Profesor Honorario de las Universidades de Viena y de Río de Janeiro; fue miembro de la Academia de Ciencias de Bélgica, de



los Países Bajos, de Austria así como de Boston; fue miembro honorario de la Sociedad Americana de Derecho Internacional y del comité de redacción del "American Journal of International Law".

En 1960 se publica la 2a. edición, en alemán, de su TPD, la que contiene todas las mejoras e innovaciones conocidas y desarrolladas por Kelsen en el transcurso de un cuarto de siglo, aproximadamente (16). Kelsen murió en Berkeley, California, el 19 de abril de 1973, a la edad de 92 años, y el 11 de octubre de 1981 se conmemoró el centenario de su nacimiento, con la celebración de congresos y seminarios en varias partes del mundo, con el objeto de hacer un balance de su obra, que se inició en 1911 y culminó, prácticamente, hasta 1979, con la publicación póstuma, en alemán, de su "Teoría General de las Normas" (17).

Kelsen encargó, antes de su muerte, a su amigo Metall los manuscritos de esta magna obra para su arreglo y cuidado, bajo la condición de que no fuera el único que decidiera sobre su publicación final. Así, dichos manuscritos cruzaron el Atlántico rumbo a Ginebra donde Metall inició una primera ordenación del material, interrumpiéndose con la muerte de éste, ocurrida en noviembre de 1975. Los manuscritos fueron transferidos al Instituto Hans Kelsen, con sede en Viena, donde todavía se encuentran, mismo que encargó a Kurt Ringhofer y Robert Walter la preparación del texto definitivo (18).

En esta obra, Kelsen no varia el contenido sustancial de la TPD, sino que analiza y discute temas selectos de la misma, acompañándolos de numerosas citas y enfoques filosóficos. La novedad central parecería consistir en la relativa separación que Kelsen plantea entre la Lógica formal y la Jurisprudencia (19).

"Le ultime concezioni kelseniane portano la nozione di volontà al centro della dottrina pura del diritto (Cfr. S 12,c). Concependo le norme come atti di volontà ed escludendo l'applicazione della logica ad esse, Kelsen ha reso ancora più profonda la separazione tra il mondo dell'essere e quello del dover essere e, quindi, ha reso ancora più coerente il suo sistema teorico-giuridico fondato su questa separazione" (20).

NOTAS BIBLIOGRAFICAS  
DE LA BIOGRAFIA DE HANS KELSEN

(1) RICASENS, Sighens. Estudio Preliminar, en Compendio de Teoria General... op cit, pag. 9

(2) Ibidem, pag. 9.

(3) Ibidem, pag. 12.

(4) Ibidem, pag. 10.

(5) Ibid, pag. 10.

(6) Ibidem, pag. 11.

(7) Ibidem.

(8) LOSANO, M.G., La Dottrina Pura del Diritto dal logicismo all'irrazionalismo. Ensayo introductivo, en la Teoria Generale delle Norme, Einaudi, Torino, 1985, 464 pp. Pag. XVIII.

(9) RICASENS, Sighens. Estudio Prelimfnar, en Compendio de Teoria General... op cit, pag. 12.

(10) Ibidem, pag. 12-13.

(11) THEVENAZ, Henri. Adaptación de KELSEN, H. Théorie Pure Du Droit, op cit, pag. 199.

(12) Ibidem.

(13) Ibidem, pag. 201.

(14) Ibidem.

(15) Ibidem.

(16) Ibidem, pag. 200.

(17) LOSANO, M.G., La Dottrina Pura del Diritto dal logicismo all'irrazionalismo. Ensayo introductivo, en la Teoria Generale delle Norme, Einaudi, Torino, 1985, 464 pp. Pag. XVIII.

(18) Ibidem, pag. XXXIV.

(19) Ibidem, pag. XXI.

(20) Ibidem, pag. XXXII.