

00781



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

DIVISION DE ESTUDIOS DE POSGRADO

LOS POSTULADOS DE LA TEORIA PURA DEL DERECHO

TESIS

QUE PARA OBTENER EL GRADO DE:
DOCTOR

PRESENTA:

LIC. CARLOS RODRIGUEZ MANZANERA

ASESOR: DR. ROLANDO TAMAYO Y SALMORAN

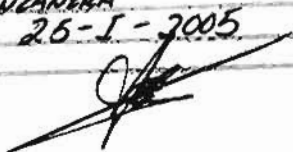


m340297

MEXICO, D. F.

2005

Autorizo a la Dirección General de Bibliotecas de la UNAM a difundir en formato electrónico e impreso el contenido de mi trabajo recepcional.

NOMBRE: CARLOS RODRIGUEZ
MANZANERA
FECHA: 26-I-2005
FIRMA: 

DEDICATORIA

A mi hermana Inés Rodríguez Manzanera quien algún día hizo posible ayudando a mis padres, a que mis hermanos y yo pudieramos cursar carreras universitarias y llegar a obtener diversos grados.

A mi padre, el Doctor Benito Rodríguez Solorzano un ejemplo difícil de igualar, incansable corrector de esta tesis.

AGRADECIMIENTOS

Al Doctor Rolando Tamayo y Salmorán por haber depositado en mi su confianza en la realización de este trabajo doctoral y en sus muy acertadas indicaciones acerca de la forma y el contenido del mismo.

A la Doctora Leticia Bonifaz por estar al tanto de esta investigación en el Comité de Filosofía y por haberme alentado para llevarla a su culminación.

Al Doctor Ruperto Patiño Manfer quien a través de mis palabras tuvo la seguridad de llegar a ver este momento.

Al Licenciado Miguel Mora Bravo quien siempre se preocupó por conseguirme libros relativos a este tema.

*UN RECONOCIMIENTO ESPECIAL
A LA DIRECCION GENERAL DE ASUNTOS
DEL PERSONAL ACADEMICO DE NUESTRA UNIVERSIDAD
YA QUE MEDIANTE SU PROGRAMA
DE APOYOS PARA LA SUPERACION
DEL PERSONAL ACADEMICO DE LA UNAM (PASPA),
FUE POSIBLE
LLEVAR A BUEN TERMINO ESTA INVESTIGACION.*

INDICE

INTRODUCCION	I-V
PREAMBULO	
LA PROPUESTA DE UN SISTEMA DE POSTULADOS APLICABLES A LA TEORIA PURA DEL DERECHO.	1
CAPITULO 1. POSTULADOS FILOSOFICOS Y CIENTIFICOS.	7
1.1 LA NOCION DE POSTULADO.	
1.2 LA NOCION DE POSTULADO EN LA TEORIA PURA DEL DERECHO.	11
a) De la necesidad absoluta a la no admisión de excepciones.	
b) Los límites de validez del postulado.	
1.3 "LO DADO" Y "LO PUESTO" EN EL PROCESO DEL CONOCIMIENTO.	15
1.3.1. "Lo dado" y "lo puesto" en la Filosofía Trascendental de Emanuel Kant.	16
1.3.2. "Lo dado" y "lo puesto" en el kantismo.	21
1.3.3. "Lo dado" y "lo puesto" en el idealismo.	31
1.3.4. "Lo dado" y "lo puesto" en el neokantismo. de la escuela de Marburgo.	35
1.3.5. La opinión de Renato Treves sobre la influencia del neokantismo de la escuela de Marburgo en el pensamiento de Hans Kelsen.	52
1.4 RESUMEN Y CONCLUSIONES.	65
CAPITULO 2. EL METODO DETERMINA EL OBJETO DE ESTUDIO	75
2.1 SE PARTE DE LA TEORIA DEL CONOCIMIENTO.	
2.1.1. Es un postulado aplicable a todas las ciencias.	77
2.1.2. La creación del objeto de conocimiento por parte del sujeto.	79
2.1.3. El conocimiento se inicia con el caos de percep- ciones sensoriales.	82
2.1.4. La multiplicidad de normas que producen los ór- ganos jurídicos constituyen el material dado a la Ciencia Jurídica.	89
2.1.5. El estudioso del derecho ordena los datos que se le proporcionan formando un sistema unitario y - consistente.	90
2.1.6. Esta producción o creación tiene un carácter pu- ramente epistemológico.	91
2.2 EL HILO CONDUCTOR PARA COMPRENDER LA TEORIA PURA DEL DE- RECHO.	
2.2.1 La objetividad es un proceso intelectual.	105
2.2.2 La validez objetiva de las normas jurídicas.	114

2.3	LA INVERSION DEL PENSAMIENTO. LOS ASPECTOS LOGICOS SE COLOCAN PRIMERO QUE LOS ASPECTOS REALES.	126
2.4	LA CIENCIA JURIDICA (ENUNCIADOS Y PROPOSICIONES) NO SE CONFUNDE CON SU OBJETO DE ESTUDIO: DERECHO (NORMAS JURIDICAS)	137
2.4.1	Diversos niveles de la ciencia jurídica.	147
2.4.2	La ciencia jurídica y su objeto de estudio.	153
2.4.2.1.	El derecho como orden coactivo eficaz de la conducta humana.	157
2.4.2.2.	La coacción en la norma fundante básica.	161
2.4.3	Los temas de la TPD.	167
2.4.4	La Teoría pura en su carácter estático y dinámico	169
2.5	RESUMEN Y CONCLUSIONES.	171
CAPITULO 3. LA SEPARACION ENTRE EL SER Y EL DEBER SER		193
3.1	LA FALACIA NATURALISTA	199
3.1.1	El clásico argumento de David Hume.	200
3.1.2	El sentido propuesto por G.M. Moore.	219
3.2	LA RELACION ENTRE EL SER Y EL DEBER.	222
3.3	EL FUNDAMENTO DEL DEBER SER	229
3.3.1	La necesidad lógica de una primera norma.	233
3.3.2	¿Quién presupone la normal fundante básica?.	236
3.3.3	Enunciado y norma básica fundamental.	245
3.3.4	La norma básica y sus etapas.	254
3.4	RESUMEN y CONCLUSIONES.	268
CAPITULO 4. LA DISTINCION ENTRE LA RAZON Y LA VOLUNTAD EN LA DESCRIPCION Y PRESCRIPCION DE LAS NORMAS.		283
4.1	EL VOLUNTARISMO DE HANS KELSEN.	283
4.2	LA APARICION DEL TERCER POSTULADO EN LA TPD2	289
4.2.1	Todo deber es correlato de un querer.	292
4.3	LA FICCION PRODUCE SINCRETISMO METODICO.	296
4.3.1	La voluntad en el nivel de la dogmática jurídica.	299
4.3.2	La voluntad en la Teoría del derecho y del Estado.	305
4.3.3	La voluntad, la razón en general y la razón científica.	319
4.3.4	El sentido subjetivo prescriptivo de un acto y la autoatribución de significado jurídico.	322
4.4	RESUMEN Y CONCLUSIONES.	330

CAPITULO 5. REFLEXIONES Y CONCLUSIONES SOBRE ESTOS TRES POSTULADOS.

5.1	EL METODO DETERMINA EL OBJETO DE ESTUDIO O DE CONOCIMIENTO.	338
5.1.1	Cada ciencia tiene su propio método y <i>objeto-modelo</i> de conocimiento.	340
5.1.2	Tanto el método como su <i>objeto-modelo</i> se caracterizan por ser formales para ser <u>objetivos</u> .	342
5.1.3	Las teorías dada su formalidad son neutrales en la producción de su <i>objeto-modelo</i> . Las ciencias construídas con esas teorías de berán ser neutrales (no valorativas) frente a su objeto real.	342
5.1.4	La creación y determinación del <i>objeto-modelo</i> u objeto de conocimiento requiere de la aplicación de las leyes lógicas.	343
5.1.5	El <i>objeto-modelo</i> es producido como una totalidad significativa, mediante un principio metódico ordenador.	346
5.2	LA SEPARACION ENTRE EL SER Y EL DEBER SER.	352
5.2.1	La separación del objeto de conocimiento mediante el Sollen. El inicio del proceso de depuración.	354
5.3	LA DISTINCION ENTRE LA RAZON Y LA VOLUNTAD EN LA DESCRIPCION Y PRESCRIPCION DE LAS NORMAS.	358
5.4.	HACIA LOS LIMITES DEL PRIMER POSTULADO DE ESTA INVESTIGACION.	359
5.4.1	Una concepción monista o dualista de la realidad en Kelsen.	364
5.4.2	De los límites lógicos del primer postulado.	375
5.5.	DE LOS LIMITES DEL POSTULADO QUE ESTABLECE EL DUALISMO ENTRE EL SEIN Y EL SOLLEN.	383
5.5.1	El otro fundamento de la separación entre el (Sein) ser y (Sollen) deber.	385
5.6	DE LOS LIMITES DEL TERCER POSTULADO RELATIVO A LA VOLUNTAD Y LA RAZON.	393
5.6.1	La voluntad construída conceptualmente y la voluntad psicológica.	394
5.6.2	Los límites de la voluntad psicológica en la creación del derecho.	396
5.7	EL CONFLICTO ENTRE LOS POSTULADOS.	399
	APORTACIONES Y CONCLUSIONES FINALES	405
	BIBLIOGRAFIA	420

INTRODUCCION

El objetivo de la investigación que se presenta a continuación es el de analizar con todo rigor, los postulados o principios de los cuales partió Hans Kelsen en la formulación de su teoría pura del derecho en su segunda edición de 1960. Se trata de revisar su enunciación, alcances, límites y coherencia, entre otras de sus características, con la finalidad de establecer si éstos son todavía los más apropiados para llevar a cabo una teoría general del derecho; o bien, deben ser modificados, complementados o sustituidos por otros.

Para llevar a cabo esta tarea, se estableció como una primera hipótesis que estos postulados tendría que ser de dos clases: los de índole filosófica y los científico jurídicos.

Los primeros formarían el punto de partida, la decisión epistemológica y conceptual de Hans Kelsen, de la cual habrían de depender todos los ulteriores conocimientos jurídicos. Por esta última razón se les podría también llegar a considerar y denominar como prejurídicos. Tendrían además la característica de ser necesarios, es decir, en analogía con Kant, no dependerían de ningún otro postulado o principio y tendrían una pretensión de universalidad para ser aplicados a todo el conocimiento científico.

Los segundos a su vez, serían una clara creación del autor y habrían surgido en una franca armonía con los primeros al complementar esa toma de decisión y a su vez servirían para formar el modelo o sistema del derecho positivo en general y bajo el cual la dogmática jurídica siguiendo sus directrices podría llegar a describir un derecho positivo en particular.

Si bien este trabajo se dirige principalmente a los postulados de índole filosófica, contiene en su desarrollo múltiples y necesarias referencias a los postulados de índole científica jurídica, aportados por Hans Kelsen, tales como: la propia pureza metódica, la norma básica fundamental, la imputación, la coacción, la eficacia, la disolución de los dualismos (derecho y estado, persona física y persona jurídica, derecho subjetivo y derecho objetivo) etcétera.

La investigación se centra en desentrañar y examinar los postulados de índole filosófica porque se establece como una hipótesis central de este estudio que el *método de la pureza metódica*, es el resultado de la aplicación de estos postulados de índole filosófica, razón por la cual a diferencia de otros enfoques, se considera que es en la comprensión de esos postulados en donde puede dar inició la aceptación, la delimitación, la crítica y la superación de la teoría pura del derecho, por ser ellos precisamente su verdadero e ineludible fundamento.

En esta vía es muy importante acompañar el examen de estos postulados con la pregunta central hecha a la teoría pura del derecho, de cómo se pasa de lo subjetivo a lo objetivo pues de su contestación depende la posibilidad de pensar el derecho de una manera científica, es decir, de encontrar elementos objetivos que puedan ser materia de una ciencia. Se pone también de manifiesto en esta tesis que precisamente para ello, hay un *hilo conductor* (aunque no es denominado así por Hans Kelsen) que guía todo su pensamiento jurídico y por ello podría llegar a verse en él, la síntesis de la aplicación de los postulados filosóficos. Se trata de un *proceso intelectual* en el cual se confronta siempre la realidad con el texto legal y con ello se encuentra la objetividad requerida para la existencia de una ciencia jurídica.

Entonces el problema de Kelsen de cómo pensar el derecho, será transformado por él mismo, en la tarea de encontrar la relación entre la subjetividad y la objetividad, la norma jurídica constituirá el sentido objetivo mientras que el querer de las personas que pretenden que otras personas se comporten de determinada manera, representará el sentido subjetivo.

Este trabajo comienza con el preámbulo original del cual partió la investigación, porque me pareció relevante mostrar cómo se dieron las primeras ideas y se fueron desarrollando hasta formar la estructura de la tesis.

El primer capítulo inicia la labor con un somero análisis de la noción de postulado en su carácter de *principio o proposición fundante* que muestra el origen real de las cosas o da la razón de toda una serie de enunciados. En seguida se ubica y se desentraña la noción de postulado en la propia teoría pura del derecho. Aparecen entonces en su carácter de hipótesis los tres postulados de índole filosófica que darán lugar a los siguientes capítulos de esta investigación y que respectivamente son: capítulo dos, el método determina el objeto de estudio, capítulo tres, la separación entre el ser y el deber ser, capítulo cuatro, la distinción entre la razón y la voluntad en la descripción y prescripción de las normas.

Siguiendo estos lineamientos, el primer capítulo da lugar a una investigación histórica para mostrar el desenlace de dos nociones básicas en la comprensión del primer postulado y estas son las de "lo dado" y "lo puesto". Estas nociones son analizadas en el pensamiento de Kant, el kantismo, el idealismo, el neokantismo y en la opinión de Renato Treves como un comentarista contemporáneo de la obra de Kelsen.

En el segundo capítulo se pasa a examinar el primer postulado mediante su ubicación en la teoría pura del derecho así como de un minucioso análisis del mismo. En seguida se lleva a cabo una explicación del *hilo conductor* como el medio adecuado utilizado por Kelsen para alcanzar conocimientos objetivos idóneos con los cuales estructurar una ciencia jurídica autónoma. Derivado de este postulado se sigue el tratamiento de la inversión en el pensamiento, cuya comprensión resulta de vital importancia para entender diversos aspectos de la mencionada teoría. Existe una tendencia natural en el pensamiento a entender los procesos y los fenómenos jurídicos en su vía génética e histórica y Kelsen opondrá a ello el enfoque lógico y formal que le proporciona el neokantismo. Termina este capítulo con la muy importante distinción entre la ciencia jurídica y su objeto de estudio el derecho así como con una serie de temas y nociones complementarias.

El tercer capítulo versa sobre el clásico dualismo entre el Sein y el Sollen, el cual además de ser localizado en la teoría pura del derecho, es llevado al terreno de la lógica en la cual se expone lo concerniente a la falacia naturalista en sus dos posibilidades. Aún el propio Kelsen buscó y encontró en su última obra una posible solución a este dualismo en un sustrato modal *in* diferente. Por último, se lleva a cabo un meticuloso estudio de la norma fundante básica en la cual cristalizan los dos primeros postulados filosóficos, pues en esa norma se encuentra tanto el primer esquema de interpretación de la realidad como el fundamento de validez de todas las normas. En estos dos aspectos se mueve la objetividad de la teoría pura y ellos pueden ser comprendidos en la idea del hilo conductor de esta investigación.

El cuarto capítulo se ocupa de la distinción de dos facultades humanas como lo son la razón y la voluntad así como de las funciones que llevan a cabo estas facul-

tades en opinión de Kelsen. Se ubica entonces la postura voluntarista de Hans Kelsen y se fija su posición en la teoría pura del derecho. Para comprender mejor el cambio de opinión del autor de una voluntad construída conceptualmente a una voluntad psicológica, se hace el seguimiento de su concepción acerca de la noción de voluntad en algunos de sus escritos. Para finalizar se analiza la relación entre la voluntad y la razón en general y la razón científica, para mostrar entre otras cosas que no cualquier voluntad puede crear normas jurídicas.

En el quinto capítulo se llevan a cabo una serie de reflexiones y conclusiones sobre los tres postulados básicos de esta investigación. Se analizan primero estos postulados en su función de ser el origen del método de la pureza metódica y se obtienen de cada uno de ellos para tal efecto ciertos principios metódicos que son directrices en el proceso de la depuración científica. Después se trata de entontrar los límites de aplicación de cada uno de esos postulados. Se da término a la investigación mostrando el conflicto suscitado entre los dos primeros postulados con el tercero.

Hay que agregar a todo lo anterior que al final de cada capítulo hay un sección denominada resumen y conclusiones que puede facilitar la comprensión en el desenvolvimiento de las ideas y hacer más agradable la lectura.

Sobra decir entonces que la explicación de la metodología utilizada por el propio Kelsen para desarrollar su teoría pura resulta del todo insuficiente como se espera mostrar en esta investigación. Sin embargo, el mérito de Kelsen a pesar de todo lo anterior es que a través de su inteligencia por demás brillante, va descubriendo los aspectos cruciales del pensar científico jurídico, aunque a veces los plasme en un orden no muy adecuado didácticamente hablando.

PREAMBULO

LA PROPUESTA DE UN SISTEMA DE POSTULADOS
APLICABLES A LA TEORIA PURA DEL DERECHO.

"La investigación documental, en sus primeras faces, se parece al diálogo entre el investigador y el autor de los textos, - sólo que el investigador debe contestar sus propias preguntas; la respuesta la hallará en los libros, siempre y cuando sepa qué preguntar. Las preguntas las sugiere el tema y éstas a su vez condicionan la tarea del investigador." (1)

Atendiendo a la cita arriba mencionada, la finalidad de este trabajo consiste en una conversación con Hans Kelsen o más propiamente, es un diálogo con una de sus obras más importantes: la **Teoría Pura del Derecho**, abreviada en esta investigación como **TPD1** o **TPD2**, o **TPD**, dependiendo si se trata de la primera o segunda edición, o bien, de ambas ediciones. (2)

La Filosofía del Derecho tiene como tarea, entre otras, revisar los fundamentos de los cuales se parte para elaborar una teoría jurídica. Su labor sin embargo, no se reduce a preguntar, puesto que en las respuestas a sus interrogantes tiene la posibilidad de volver a inquirir en una mejor forma o manera, aquellos cuestionamientos que parecen escapar a la razón o no tener la respuesta científica y por ello, universal, necesaria, objetiva, definitiva o adecuada a las circunstancias, requerida por cada una de sus cultivadores.

-
- (1) KRAUSE, ROSA. INTRODUCCION A LA INVESTIGACION FILOSOFICA.
Ed. UNAM. México, D.F., 1978. p. 12
- (2) KELSEN, HANS. LA TEORIA PURA DEL DERECHO. (Introducción a la Problemática Científica del Derecho).
2a Ed. Editora Nacional. México, D.F., 1981.
Esta es la primera edición de la **TPD1** del año de 1934. Prólogo de Carlos Cossio.
- KELSEN, HANS. TEORIA PURA DEL DERECHO.
Trad. Roberto J. Vernengo.
Editorial Porrúa, D.F., 1998.
Esta es la segunda edición de la **TPD2** del año de 1960. La edición de la UNAM tiene un prólogo del Dr. Rolando Tamayo Y Salmorán.

Se trata entonces parafraseando a Emanuel Kant en el segundo prólogo a la *Crítica de la Razón Pura*, de interrogar a Hans Kelsen y su obra, no en calidad de discípulo que escucha todo lo que el maestro quiere, sino como juez designado que obliga a los testigos a responder a las preguntas que él les formula. Los testigos para este caso son los capítulos y los diversos párrafos de los que se compone la TPD. (3)

Las preguntas que se pretenden hacer tienen como finalidad encontrar las ideas fundamentales que permitan entender el significado y la estructura de los aspectos de la mencionada obra. Se trata entonces de hallar los principios explicativos, las ideas más generales que dan lugar a una completa comprensión del desenvolvimiento de la TPD y por ello del pensamiento de Hans Kelsen.

En lenguaje filosófico todo lo anterior podría quedar establecido bajo la clásica pregunta:

¿QUE HAY DETRAS DE LA TPD?

En otras palabras, se buscan cuáles son los planteamientos filosóficos y científicos de los que partió Hans Kelsen en la construcción de la TPD.*

 (3) KANT, IMMANUEL. CRITICA DE LA RAZON PURA. 11a Ed.
 Ed. Alfaguara. S.A. Madrid, España. 1995.
 p. 18

"La razón debe abordar la naturaleza llevando en una mano los principios según los cuales sólo pueden considerarse como leyes los fenómenos concordantes, y en la otra, el experimento que ella haya proyectado a la luz de tales principios. Aunque debe hacerlo para ser instruida por la naturaleza, no lo hará en calidad de discípulo que escucha todo lo que el maestro quiere, sino como juez designado que obliga a los testigos a responder a las preguntas que él les formula." como un complemento, veáse la cita (46) pág. 34

Se pretende por el momento encontrar las *condiciones* propuestas por Hans Kelsen para resolver el problema de crear y desarrollar una Teoría Pura del Derecho.

En una forma más profunda y arriesgada, la investigación tiene entre sus objetivos, el llegar a elaborar unos *Prolegómenos Didácticos y Críticos a la TPD*.

Desde luego, unos prolegómenos que establezcan los fundamentos de la TPD, eso es ni más ni menos lo que se pretende encontrar en un primer momento. Se trata de interrogar para ello a la TPD por los principios que guían el pensamiento de Hans Kelsen, pero no por todos los principios, sino por aquellos que se constituyen en postulados.

Encontrar un sistema de postulados aplicables a la TPD que salgan de su cuidadosa lectura y que permitan comprender las partes que la integran, es la finalidad de la presente investigación.

Para lograr lo anterior, se partirá de una pregunta que dará lugar al **hilo conductor** de este trabajo:

¿CUALES SON LAS CONDICIONES ESTABLECIDAS POR HANS KELSEN EN LA TEORIA PURA DEL DERECHO, PARA PODER PENSAR JURIDICAMENTE Y COMO MUESTRA EL AUTOR QUE ESE PENSAR ES OBJETIVO Y POR ENDE CIENTIFICO?

Se sostendrá como hipótesis de trabajo que las condiciones para poder pensar jurídicamente y desarrollar una teoría como la TPD consisten en comprender y constatar la aparición de los siguientes tres postulados:

- CAP. 2. EL METODO DETERMINA EL OBJETO DE ESTUDIO.
- CAP. 3. LA SEPARACION ENTRE EL SER Y EL DEBER SER.
- CAP. 4. LA DISTINCION ENTRE LA RAZON Y LA VOLUNTAD.
EN LA DESCRIPCION Y PRESCRIPCION DE LAS
NORMAS.*

* Los números corresponden a su desarrollo de los capítulos en el índice de este trabajo.

EL METODO DETERMINA EL OBJETO DE ESTUDIO

En la primera de las magníficas conferencias que Josef Kunz dictara sobre la obra de Hans Kelsen en nuestro país, aparece la importancia de este principio en el pensamiento del profesor austríaco.

"Aún hoy, a la edad de sesenta y seis años, me decía Kelsen en Nueva York: "Recuerdo muy bien la conmoción profunda que sentí cuando leí por vez primera que la realidad del mundo externo - es problemática". Para su Ego, que se rebelaba contra la enseñanza tradicional del liceo, la concentración sobre el Yo - fué agradable: el pensamiento de que es el Yo el que en el - pensamiento se crea su objeto. Muy joven, todavía en el liceo, comenzó a leer a Kant." (4)**

LA SEPARACION ENTRE EL SER Y EL DEBER SER

Estos dos primeros postulados son considerados como la base del desarrollo de la TPD, no así el tercero aunque la distinción entre la voluntad y la razón ya se encuentra presente desde obras tempranas del autor.

"La distinción lógica entre ser y deber ser y la imposibilidad de pasar mediante deducción lógica del campo de uno al del otro, es una de las posiciones esenciales de la teoría pura del derecho." (5)

(4) KUNZ, JOSEF L. LA TEORIA PURA DEL DERECHO.
CUATRO CONFERENCIAS EN LA ESCUELA NACIONAL DE JURISPRUDENCIA. (Prólogo por Luis Recaséns Siches). Editoria Nacional. México, D.F., 1948 p. 15. * Había leído a Schopenhauer.

(5) KELSEN, HANS. ¿QUE ES LA TEORIA PURA DEL DERECHO?
(Núm. 11)* Editorial Fontamara, S.A. México, D.F., 1991. Pág. 14

LA DISTINCION ENTRE LA RAZON Y LA VOLUNTAD EN
LA DESCRIPCION Y PRESCRIPCION DE LAS NORMAS.

"Cuando la teoría racionalista del derecho natural intenta derivar de la Naturaleza normas para la conducta humana, se apoya en un sofisma. Lo mismo puede decirse del intento de deducir tales normas de la razón humana. Normas que prescriban la conducta humana pueden tener su origen únicamente en la voluntad...La razón humana puede comprender y describir pero no prescribir. Pretender encontrar en la razón normas de conducta humana es una ilusión semejante a la de querer obtener tales normas de la Naturaleza." (6)

El presente trabajo tiene como objetivo establecer si este sistema de los postulados que han sido derivados tanto de la lectura de diversas obras del autor, así como de algunos tratadistas que han escrito sobre su TPD, forman un sistema completo y constituyen un material didáctico y por ende explicativo del pensamiento de Hans Kelsen. La sistematización de dichos postulados aparecerá al final de este trabajo, y se desconoce si Kelsen intentó hacer algo semejante a lo aquí presentado.

Se trata entonces de mostrar que un sistema de postulados es compatible con el pensamiento del padre de la ciencia jurídica moderna, pues dichas ideas son acordes con su forma de abordar y pensar su famosa TPD. Ahora bien, cabe advertir que los primeros tres postulados *no aparecen en los prólogos a la TPD*. En ellos se hace referencia al postulado de la pureza metodica (jurídica) *pero éste es más bien el resultado, es la conjugación de los tres postulados de índole filosófica* ya mencionados, el cual solamente puede ser comprendido a través de ellos y no a la inversa. Por eso Kelsen textualmente habla de una Teoría del derecho conforme con los "*principios fundamentales*" de la pureza metodica, como se cita a continuación:

(6) KELSEN, HANS.

¿QUE ES LA JUSTICIA?

(Núm. 10)* Editorial Fontamara, S.A.
México, D.F., 1991. Pág. 71

"...intento ahora dar una solución a los problemas más importantes de una teoría general del derecho conforme con los principios fundamentales de la pureza metódica del conocimiento jurídico-científico...". (7)

"Se trata, en la mayoría de los casos, de un desarrollo más consecuente de los principios...a una doctrina que, en lo esencial permanece incólume." (8)

"El postulado metódico a que ella aspira no puede cuestionarse seriamente si es que, en general, debe darse algo así como una ciencia del derecho." (9)

No hay duda entonces que en el pensamiento de Hans Kelsen existen las ideas relativas a los principios o postulados que constituyen la directriz de su obra. Estos principios o postulados son esenciales a la TPD y permanecen constantes en el desarrollo de la misma.

Al sistema de postulados aquí sugerido se le ha denominado como el esquema de investigación.

Es del todo pertinente aclarar que de acuerdo con ese esquema, el primer postulado mediante el cual se establece que es el método el que determina el objeto de estudio, así como el tercer postulado relativo a la distinción entre la voluntad y la razón en la creación y descripción de las normas, aparecen ambos enunciados con toda precisión hasta el tercer capítulo de la TPD que lleva por título Derecho y Ciencia. En cambio el segundo postulado que versa sobre la separación entre el ser y el deber ser es tratado en el primer capítulo que se intitula Derecho y Naturaleza de la obra ya citada.

(7) KELSEN, HANS.

TEORÍA PURA DEL DERECHO.

Trad. Roberto J. Vernengo.

Editorial Porrúa, D.F., 1998. Pág. 11

Las negrillas son para resaltar lo que se está tratando.

(8) Op, cit. p. 11

(9) Op, cit. p. 9

CAPITULO 1. POSTULADOS FILOSOFICOS Y CIENTIFICOS.

En la Teoría Pura del Derecho hay postulados de carácter filosófico y de índole científico jurídica; antes de pasar a su tratamiento, es necesario esclarecer algunas nociones y proporcionar algunos antecedentes bajo los cuales se desarrollará esta labor.

1.1 LA NOCION DE POSTULADO.

El esquema de investigación para llevar a cabo este trabajo, se encuentra formado por tres postulados de índole filosófica que Hans Kelsen cita en su obra, pero sin darles un tratamiento sistemático, como el que se emprenderá en los siguientes capítulos. Dicho esquema también puede ser entendido como un marco conceptual de referencia y se encuentra esbozado en las páginas anteriores.

De la conjugación de estos postulados de índole filosófica, se seguirá al final de esta investigación, el establecimiento de los postulados de carácter científico jurídico, al interior de la TPD.

Si la Filosofía de la Ciencia es la rama del saber encargada de estudiar entre otros temas, el relativo a los primeros principios y por ende a los postulados, es necesario partir de ella para dilucidar las ideas básicas de este estudio.

La ciencia se encuentra formada de enunciados o proposiciones que son la expresión de juicios en los cuales se afirma o se niega algo acerca de la realidad. Las proposiciones también pueden ser entendidas formando un sistema que pretende reunir las características de consistencia, completitud e independencia.

En lógica clásica, la proposición es el resultado del juicio, éste es un acto del pensamiento a través del cual se afirma o se niega algo de algo, mientras que en la lógica moderna la proposición es estudiada formando parte de un sistema de lógica proposicional. Los enunciados o proposiciones serán entendidos y manejados aquí en un sentido gnoseológico o de teoría del conocimiento, más que lógico.

Hay proposiciones o enunciados que son el supuesto o hipótesis de los cuales parten todos los demás enunciados y éstos son denominados **principios o proposiciones fundantes**. La proposición fundante o principio tiene como característica primordial el que ya no puede ser reducida a otra proposición, sino que por el contrario, de ella se derivan o se deducen las demás proposiciones.

Principio (*ἀρχή*) en los presocráticos era considerado como el elemento al cual pueden ser reducidas o se derivan todas las demás cosas. Ha sido entendido e interpretado entonces en su carácter cosmológico, como un "principio de realidad". En este sentido principio también es equivalente al fundamento u origen de las cosas, como la fuente de la cual se origina o deriva el ser o la realidad. Los escolásticos lo denominaron *principium essendi* y obviamente el realismo se caracteriza por hacer prevalecer este principio sobre el *principium cognoscendi*. (10)

El principio también puede ser entendido en su carácter de la proposición fundante, que da razón del por qué las cosas son lo que son, es entonces un "principio de razón". Los escolásticos lo llamaron *principium cognoscendi*. El idealismo hace prevalecer este principio argumentando que el conocimiento determina la realidad en cuanto conocida o cognoscible. Cuando los principios de razón se refieren a la realidad suelen denominarse principios ontológicos.

(10) FERRATER MORA,

DICCIONARIO DE FILOSOFIA. 4 TOMOS.
Editorial Ariel. S.A. Barcelona, España.
p. 2907 y 1413.

En síntesis, la **proposición fundante o principio**, constituye el origen real (realismo, gnoseología y ontología) y/o la razón fundamental de todas las demás proposiciones (idealismo, epistemología y ontología). Ambos principios, el de realidad y el de razón pueden mantenerse separados o unidos y este trabajo doctoral estará enfrentado a esta disyuntiva.

Hay tres clases de proposiciones fundantes o principios:

Los postulados son los principios que no pueden ser demostrados, pero se parte de ellos en una investigación considerándolos como verdaderos para obtener ciertas consecuencias que permitan establecer, bien sea su validez, su verdad o su coherencia con otras proposiciones, mediante demostración o comprobación. Obviamente no son evidentes por sí mismos. Ej: el postulado de las paralelas de Euclídes.

"Hoy, en cambio, se entiende generalmente por postulado una suposición que no es evidente ni demostrable de manera inmediata, pero que de algún modo resulta imprescindible." (11)

"The basic idea is that a postulate need not or cannot be proved" (12)

Los teoremas que pueden ser demostrados pero se ignora si pueden ser reducidos a otros principios por lo cual no son evidentes por sí mismos.

Los axiomas o máximas son los principios que constituyen el fundamento de toda ciencia, por ser principios irreductibles a los cuales se reducen todas las demás proposiciones. Se consideraban evidentes por sí mismos e indemostrables pero actualmente se les da un

- (11) BRUGGER, WALTER. DICCIONARIO DE FILOSOFIA. Ed. Herder. Barcelona, España. 1994. p. 437
 (12) MAUTNER, THOMAS. THE PENGUIN DICTIONARY OF PHILOSOPHY. Ed. Penguin Books. London, England. 2000. p. 440.

carácter de enunciados hipotéticos en los cuales se presume cierta autoevidencia de los mismos, razón por la cual su demostración no es inmediata o directa.

Los axiomas en la actualidad son utilizados en sistemas formalizados o axiomatizados. Mientras que las máximas son empleadas en la moral como reglas de acción concreta para el individuo. Por este motivo ha cobrado relevancia la noción de postulado.

En conclusión los postulados son los principios imprescindibles en el desarrollo de una teoría científica, pues en la actualidad son el punto de partida de una investigación, manteniendo siempre un carácter hipotético, razón por la cual no son demostrables ni evidentes, pero se les considerará como verdaderos.

Vale la pena aclarar aquí que la disertación por realizar sobre los postulados en la TPD, no tratará de ser un estudio **histórico** o **genético** en donde se muestre la aparición y el desarrollo de cada uno de estos principios de índole filosófica. Sin embargo, más adelante habrá una referencia específica a las diversas etapas por las que se considera ha pasado el pensamiento de Hans Kelsen.

Esta investigación se moverá más bien en el sentido de establecer el **fundamento** de la Teoría Pura del Derecho a partir de la armonía de estos postulados. Al análisis de cada uno de estos postulados de carácter filosófico se dedicará un capítulo de esta investigación.

Con la finalidad de tratarlos con el mayor cuidado y rigor, es necesario antes encontrar en la TPD las ideas de Hans Kelsen acerca del concepto de postulado. Estas aparecen con toda claridad en la **TPD2** y dan lugar al siguiente punto:

1.2 LA NOCION DE POSTULADO EN LA TEORIA PURA DEL DERECHO.

a) *De la necesidad absoluta a la no admisión de excepciones.*

Es del todo pertinente recordar que el principio de causalidad establece que a determinadas causas se producirán siempre determinados efectos, bajo ciertas condiciones. Ahora bien, es hasta el capítulo tercero relativo al Derecho y la Ciencia, en donde Kelsen expone algunas ideas acerca de los postulados, entre ellas se encuentra la de que la necesidad absoluta establecida entre la causa y el efecto, expresada en el principio de causalidad, es un resabio de la voluntad divina, absoluta y todopoderosa, que tendría que sufrir un cambio si es que se quiere mantener el elemento de necesidad, en el cual

"...se llegue a una necesidad del pensamiento humano, es decir, a la validez sin excepción de un postulado del conocimiento humano." (13)

Entonces se tiene una primera idea o noción acerca de los postulados en el pensamiento kelseniano:

LOS POSTULADOS SON PRINCIPIOS DEL CONOCIMIENTO HUMANO QUE VALEN SIN EXCEPCION

b) *Los límites de validez del postulado.*

Si ahora se recuerda lo que dice el autor en otra de sus obras respecto de la realidad, la idea referente al postulado puede ser precisada:

"Desde el punto de vista de la ciencia no existe ninguna realidad absoluta." (14)

 (13) Kelsen, Hans. TEORIA PURA DEL DERECHO.
 Ed. Porrúa, S.A. México, D.F., 1998. p. 99

(14) Kelsen, Hans. ¿QUE ES LA TEORIA PURA DEL DERECHO?.
 Ed. Fontamara, S.A. México, D.F., 1991. p 15.

Por ello siendo toda realidad relativa desde el punto de vista de la Ciencia, los postulados referidos a ella serán:

LOS PRINCIPIOS DEL CONOCIMIENTO HUMANO QUE VALEN SIN EXCEPCION, DENTRO DE DETERMINADOS LIMITES.

Como ejemplos de estos principios pueden ser citados los que son tratados por el mismo Hans Kelsen: el de causalidad y el de imputación. Principios que no establecen una relación absoluta para toda realidad sino una relación absoluta en una *determinada* realidad, sin admitir excepciones dentro de ciertos límites fijados para esa realidad. Así el principio de causalidad tiene aplicación en la naturaleza pero no al nivel de las partículas atómicas. En este sentido todo principio o postulado es absoluto dentro de determinados límites pero relativo fuera de dichos límites.*

Ahora bien si los postulados se definen como:

LOS PRINCIPIOS DEL CONOCIMIENTO HUMANO QUE VALEN SIN EXCEPCION, DENTRO DE DETERMINADOS LIMITES.

Pero de acuerdo a la nota abajo citada también podría sugerirse esta otra definición:

LOS PRINCIPIOS DEL CONOCIMIENTO HUMANO QUE TIENEN LA MAYOR PROBABILIDAD DE SER EXPLICATIVOS DENTRO DE DETERMINADOS LIMITES.

 (*) Esta idea sin embargo, aún puede ser precisada pues el mismo Kelsen manifiesta que la concepción que se tenía a comienzos del siglo XX acerca del principio de causalidad y de la relación **absolutamente necesaria** entre la causa y el efecto que de él se desprende, puede cambiarse si se elimina el elemento de necesidad sustituyéndolo por el de una **mera probabilidad**. En este punto se nota la influencia del desarrollo de la física de las partículas atómicas y sobre todo del principio de incertidumbre de Werner Heisenberg, aunque el autor no lo diga expresamente. Se pasa desde luego a una concepción de la verdad que de ser absoluta para ciertos niveles de la existencia se convierte en probabilística. (veáse pág. 99 de la TPD)

Por lo anterior, no se puede estar de acuerdo con parte de la crítica realizada por Albert Calsamiglia, cuando refiriéndose al pensamiento de Hans Kelsen, afirma lo siguiente:

"...ha sido también superado en la actualidad, al igual que su concepción de la ciencia como un saber universal inmutable, definitivo y seguro, más propio del optimismo del cientificismo decimonónico que de la prudencia científica del siglo XX. Desde el concepto de ciencia kelseniano, hoy ni la física debería considerarse como auténtica ciencia." (15)

Se plantea como hipótesis que para construir y comprender una teoría del tipo de la TPD estos postulados de índole filosófica son tres, a saber:

EL METODO DETERMINA EL OBJETO DE ESTUDIO.
 LA SEPARACION ENTRE EL SER Y EL DEBER SER.
 LA DISTINCION ENTRE LA RAZON Y LA VOLUNTAD EN LA DESCRIPCION Y PRESCRIPCION DE LAS NORMAS.

entonces, ya se tienen las primeras bases sólidas para dar inicio a esta tarea.

La mayoría de los tratadistas consultados, solamente reconocen los dos primeros postulados sugeridos en esta investigación, como será tratado más adelante, pues ven claramente en ellos la intervención del pensamiento de la escuela neokantiana de Marburgo para el primero y la escuela neokantiana de Baden para el segundo. Pero desde nuestra perspectiva, hay un tercer postulado que tal vez se encuentre inspirado en la Etica de la Voluntad Pura de Hermann Cohen, entre otras posibles influencias.

 (15) KELSEN, HANS. COMPENDIO DE TEORIA GENERAL DEL ESTADO. 3a.Ed. (Estudio Preliminar de Luis Recaséns Siches Prólogo de Albert Calsamiglia). Ed. Blume. Barcelona, España. 1979 p. 18 (También en Editora Nacional)

En esta investigación se tendrá que analizar que los postulados propuestos por Hans Kelsen se encuentren bien formulados, se mantengan dentro de los parámetros sugeridos, es decir, no trasciendan sus límites y pretendan valer absolutamente para toda realidad o más allá de la realidad para la que son establecidos, y además sean clara y rigurosamente observados, así como que no entren en contradicción entre ellos mismos.

Es conveniente aclarar que Hans Kelsen no da el tratamiento sistemático a sus postulados, que aquí se propone; en ello consiste parte de la originalidad del presente trabajo. La labor por llevar a cabo es sin embargo congruente con la tarea asumida por el propio autor de la TPD, como lo muestra la siguiente cita:

"La actitud de la teoría pura del derecho es, en cambio, plenamente objetivista y universalista. Apunta fundamentalmente a la totalidad del derecho en su validez objetiva y trata de concebir cada fenómeno particular sólo en su relación sistemática con lo demás, viendo en cada parte del derecho la función del todo jurídico." (16)

Ahora bien, la presente investigación tiene como objetivo no solamente situar los tres postulados ya citados al interior de la TPD, sino también mostrar los postulados o principios específicos jurídicos de la TPD que se derivan de la aplicación de los tres postulados de índole filosófica y por ende de un carácter más general. Un par de ejemplos lo constituyen el de la norma como un esquema de interpretación o explicación y el de la pureza metódica, que serán tratados más adelante.

Antes de pasar al estudio del primer postulado, es necesario analizar algunos de los problemas de la teoría del conocimiento, en particular el que se refiere a "lo dado" y "lo puesto".

 (16) TPD2, Op, cit. p. 200. Para un conocedor de la Crítica de la Razón Pura de Emanuel Kant, estas aseveraciones no pasarán desapercibidas.

1.3 "LO DADO" y "LO PUESTO" EN EL PROCESO DEL CONOCIMIENTO.

Los antecedentes para llegar a una exacta comprensión del primer postulado de esta investigación, en el cual Kelsen afirma que es el método el que determina el objeto de conocimiento, se encuentran en el análisis de las nociones de "lo dado" y "lo puesto" que se presenta a continuación.

El planteamiento puede ser comprendido bajo el siguiente cuestionamiento, ¿en el proceso del conocimiento qué le es "dado" a un sujeto y qué es "puesto" por éste?.

"Lo dado" se refiere a algo que es externo al sujeto, a una realidad o cualidad de ella que lo afecta sin su intervención. "Lo dado" es entonces lo que aparece.

"Lo puesto" es algo que viene de lo interno del sujeto y consiste en la actividad a través de la cual se le da un orden y una unidad a "lo dado" de los cuales éste carece. (17)

Algunos filósofos empiristas y racionalistas llegaron a considerar estas nociones de "lo dado" y "lo puesto" aunque con diversas terminologías, como el punto de partida del proceso del conocimiento. Este se inicia con aquello que nos es "dado" y afecta nuestros sentidos, nuestra experiencia piensan algunos e incluso minimizan el papel de la razón, mientras otros sostienen por el contrario que dicho proceso parte de lo que es "puesto" por el entendimiento, por nuestra razón, llegando a sostener incluso la existencia de conocimientos innatos.

(17) FERRATER MORA,
JOSE.

DICCIONARIO DE FILOSOFIA. 4 TOMOS.
Editorial Ariel, S.A. Barcelona, España.
1994. p. 769 a 771. 2838

Vale la pena aclarar que no hay que confundir el orden temporal de los acontecimientos con el orden lógico o de primacía de una de estas nociones. Así puede suceder que aunque en el proceso de conocimiento se inicie temporalmente con "*lo dado*", tenga mucho mayor importancia o preeminencia desde el punto de vista lógico o gnoseológico, "*lo puesto*", pero esto dependerá de cada pensador y de la corriente de su pensamiento.

Ahora bien, Emanuel Kant (1724-1804) y dos siglos más tarde los neokantianos de la escuela de Marburgo dan un tratamiento diferente a estas nociones de "*lo dado*" y "*lo puesto*". Como esta influencia de Kant y otras (kantianas, postkantianas y neokantianas), están presentes en el pensamiento de Hans Kelsen respecto del primer postulado, es necesario abordar por separado el desarrollo original establecido de estos conceptos por Kant, así como la modificación llevada a cabo después por sus seguidores y críticos.

1.3.1. "*Lo dado*" y "*lo puesto*" en la Filosofía Trascendental de Emanuel Kant.

En la *Crítica de la Razón Pura*, Kant intenta mantener un equilibrio entre "*lo dado*" y "*lo puesto*".

"No hay duda alguna de que todo nuestro conocimiento comienza con la experiencia" (18)

"...en el orden temporal, ningún conocimiento precede a la experiencia y todo conocimiento comienza con ella." (19)

"Los objetos nos vienen, pues, dados mediante la sensibilidad y ella es la única que nos suministra intuiciones." (20)

(18) KANT, IMMANUEL. CRITICA DE LA RAZON PURA. 11 Ed. Ed. Alfaguara. S.A. Madrid, España. 1995. 41

(19) *Ibíd*em, p. 42

(20) *Ibíd*em, p. 65

Emanuel Kant sostiene que el proceso del conocimiento se inicia con la materia bruta de las impresiones sensibles. Estos objetos afectan nuestros sentidos y producen por sí mismos representaciones que incitan y ponen en movimiento la capacidad del entendimiento para enlazarlas o separarlas elaborando con todo ello el primer producto de nuestro entendimiento, a saber: la experiencia.

Entonces, esta materia bruta de las impresiones sensibles que aparece y que afecta nuestros sentidos, implican lo que no es "dado".*

En lo relativo a "lo puesto" Kant afirma lo siguiente:

*"Pero, aunque todo nuestro conocimiento empiece con la experiencia, no por eso procede todo él de la experiencia."
(21)*

Hay un conocimiento que no procede de la experiencia pues tiene sus orígenes en el entendimiento y en la razón, es el conocimiento a *priori* y se distingue de aquel otro conocimiento empírico que tiene sus fuentes en la experiencia y que es a *posteriori*.

Kant aporta el siguiente ejemplo:

Si alguien socava los cimientos de su casa puede saber a priori que ésta se caerá, no necesita esperar la experiencia de su caída de hecho. Pero este conocimiento no es un *a priori puro* porque la experiencia le mostraría que los cuerpos pesados se caen cuando se les quita el soporte.

* Detrás de las apariencias se encuentra su soporte: "**la cosa en sí**" y el problema filosófico que de ella se deriva, al no poder ser conocida.

(21) Ibídem, p. 42

"Lo puesto" por la razón y el entendimiento es el conocimiento *a priori puro*, es decir, aquel que es absolutamente independiente de la experiencia y se caracteriza por dar a sus juicios una necesidad y una universalidad que no puede ser proporcionada por el conocimiento empírico.

Una proposición válida que al ser pensada es simultáneamente necesaria y no deriva de otra es absolutamente *a priori*. Si esta misma proposición no admite excepción alguna tiene una universalidad que la hace ser válida absolutamente *a priori*. Universalidad y necesidad son las características del conocimiento *a priori puro*.

Como ejemplos de *a priori puros* Kant aporta el de la proposición "Todo cambio ha de tener una causa" así como la proposición " $7+5 = 12$."

Entonces el objeto de la Crítica de la Razón Pura, obra básica de Kant, es el siguiente:

"...ya que la pregunta fundamental continúa siendo ésta: ¿qué y cuánto pueden conocer el entendimiento y la razón con independencia de toda experiencia?,..." (22)

Con más profundidad puede decirse entonces que "lo dado" (*das Gegebene*) en Kant es un **material**, un objeto indeterminado que aparece, que no está organizado, es decir, categorizado o conceptualizado. Por ello "lo dado" se contrapone a "lo puesto" (*das Gesetzte*) que es la **forma**. "Lo dado" es concebido como las apariencias, o los datos aportados por la experiencia. (23)

"Lo puesto", nos lleva a aclarar una de los conceptos más importantes de la filosofía kantiana, pues del examen **crítico*** de nuestro conocimiento surge la noción de **trascendental**.

(22) *Ibídem*, p. 12

(23) FERRATER MORA, *Op. cit.* p. 769 a 771. 2838

* **Criticismo** es el modo en que se denomina a la Teoría del conocimiento de Kant. Una investigación acerca de nuestra facultad de conocer mediante las formas *a priori* que hacen posible el conocimiento. Todo tiene que ser sometido a un libre examen crítico aún la religión en su santidad y el derecho por su majestad.

En sentido filosófico, trascendental se refiere a aquello que proporciona la razón en el proceso del conocimiento, a las condiciones de la posibilidad de todo conocimiento en general y a las condiciones que hacen posible la experiencia. El análisis de estas condiciones es de carácter trascendental.

"Llamo **trascendental** todo conocimiento que se ocupa, no tanto de los objetos, cuanto de nuestro modo de conocerlos, en cuanto tal modo ha de ser posible **a priori**. Un sistema de semejantes conceptos se llamaría **filosofía trascendental**." (24)

Por trascendental puede entenderse también la ciencia o la teoría de los conocimientos a priori y al uso que de este conocimiento lleva a cabo el sujeto cognoscente.

Por último, trascendental designa las condiciones que hacen posible el conocimiento de la experiencia que son los factores y elementos del conocimiento "**a priori**." Se trata entonces del estudio de lo que la Sensibilidad, el Entendimiento, la Imaginación y la Razón aportan en el proceso del conocimiento: "**lo puesto**". (*)

Parecería entonces que Kant en la Crítica de la Razón Pura estaría previligiando "**lo puesto**" sobre "**lo dado**" pero esto no es así, porque mantiene siempre un equilibrio ya que el conocimiento **a priori** solamente tie

(24) KANT, EMANUEL. Op, cit. p. 52

Nota. LA CRITICA DE LA RAZON PURA no abarca el análisis exhaustivo de todo el conocimiento humano a priori y por ello no es más que una parte de la FILOSOFIA TRASCENDENTAL. P. 53

(*) La **sensibilidad** aporta las intuiciones puras del espacio y del tiempo, el **entendimiento** los conceptos fundamentales o categorías y la facultad de juzgar, la **imaginación** contribuye con la unidad sintética de la apercepción que presupone la síntesis original, el "yo pienso" que acompaña a todas las representaciones y la **razón** finaliza con los principios y las ideas regulativas. Estas ideas son directrices mediante las cuales puede proseguirse la investigación hasta lo infinito.

ne sentido en el uso de la razón pura, para ordenar el conocimiento empírico o *a posteriori*. Este conocimiento por lo tanto hace posible el conocimiento de la experiencia y no pretende ir más allá de ella. En cambio el conocimiento trascendente es el que pretende ir más allá de la experiencia y ese es el peligro que corre la razón.

Ahora algo sumamente importante, si bien es cierto que "*lo dado*" es considerado como un material desordenado, caótico y plural, estos predicados de desordenado, caótico y plural no son inferidos de "*lo dado*" sino en rigor "*puestos*" para Kant. Porque no podemos hablar de algo a menos que se nos de "ordenado". Tengase ésto y lo que sigue presente en la comprensión del kantismo, postkantismo y neokantismo.

"Sólo cuando sustraemos de los enunciados ciertas formas a priori podemos sostener que «lo que queda» es algo dado." (25)

No hay por lo tanto lo puramente "*dado*" e incluso lo puramente "*puesto*" sólo tiene sentido para lo que le es "*dado*" a un sujeto de conocimiento, como en rigor ha señalado el propio Kant en la cita anterior. "*Lo dado*" es ya desde el inicio una cierta forma de calificar algo. Ejemplos de lo dado son los objetos que permiten al entendimiento formar juicios empíricos como los manejados en las ciencias de la naturaleza.

Entre "*lo dado*" y "*lo puesto*" existe una relación recíproca, pues cada noción supone a la otra, son conceptos estrechamente relacionados y complementarios. En rigor "*lo dado*" y "*lo puesto*" no son realidades sino modos de enfrentar la realidad.

(25) FERRATER MORA, Op, cit. p. 769 a 771. 2838

Max Scheler ha subrayado el error kantiano de equiparar los siguientes pares de conceptos: puesto-dado, a priori- a posteriori y formal-material. Lo anterior se muestra con la sencilla pregunta ¿qué es lo dado? con la de ¿qué puede ser dado?.

Mientras que Kant intentó a través de su filosofía establecer un balance o equilibrio entre lo puesto y lo *dado*, entre el sistema de conceptos *a priori* aportados y orientados siempre hacía los datos y fenómenos *a posteriori* de la experiencia, algunos realistas críticos y los fenomenistas (Mach y Rehmke) por su parte resaltaron y subrayaron la importancia de lo "dado sobre lo puesto", rompiendo el balance o equilibrio establecido por Kant. Por su parte los idealistas poskantianos como Fichte y neokantianos como Hermann Cohen hicieron "prevalecer lo puesto sobre lo dado".

1.3.2. "Lo dado" y "lo puesto" en el kantismo.

Se entiende por kantismo las diversas interpretaciones que se hicieron de la filosofía de Kant por sus contemporáneos así como la influencia que su pensamiento tuvo en la filosofía moderna.

Siguiendo con el análisis que interesa en esta investigación sobre "lo dado" y "lo puesto", es necesario ahora reflexionar sobre los conceptos de "apariencia" y el de "cosa en sí" implícitos en "lo dado", que fueron los que causaron mayor controversia en los seguidores y comentaristas de la obra kantiana.

"Apariencia" significa el aspecto que ofrece una cosa cuando se deja ver, pero este significado puede ser interpretado de tres modos:

I) La apariencia de una cosa es lo mismo que su «realidad»; la cosa es como aparece, esto es, se deja ver en su aparecer;

II) la apariencia es algún aspecto (de la realidad) de una cosa;

III) la apariencia de una cosa es distinta de su «realidad», y hasta puede ocultar esta «realidad»." (26) En este caso, las cosas tienen un aspecto distinto en su «interior», del modo en que se dejan ver en su «exterior». Se trata de explicar el cómo y por qué, aparecen o se manifiestan como lo hacen.

Las cosas o realidades son objetos físicos, estados, situaciones, procesos y fenómenos. La puesta del sol, la vara sumergida en el agua, la mezcla del agua y el aceite son ejemplos de lo anterior.

Para muchos filósofos racionalistas una cosa es la apariencia y otra es la «**realidad en sí misma**». Otros filósofos han tratado de aproximarlas y algunos han concluido que no tiene sentido distinguir entre ambas.

La «**realidad en sí misma**» en Kant recibe el nombre de **cosa en sí o noúmeno**, mientras que las apariencias son solamente representaciones de cosas cuyo ser en sí es desconocido. A ellas se aplican precisamente las formas a priori de la sensibilidad primero y luego mediante nuevas síntesis, las categorías del entendimiento. Entonces es cuando las apariencias reciben el nombre de **fenómenos**.

"La cosa en sí" o "noúmeno" es algo que subyace y se encuentra por detrás de las "apariencias", o bien es su causa. Luego la "cosa en sí o noúmeno" es el pensamiento que se tiene de algo completamente **indeterminado** puesto que se haya fuera del marco de la experiencia posible.

Esta noción de cosa en sí la necesita Kant como el **soporte** que hay por detrás de las apariencias, ya que:

"Parecía haber una razón para ello: si las cosas no son reales, esto es, si no hay algo «verdaderamente real», y no sólo fenoménico, entonces el mundo de los fenómenos carece de «soporte» y se convierte en un mundo soñado o meramente imaginado." (27)

(26) FERRATER MORA, Op, cit. p. 189

(27) Ibídem, p. 703 y 2589

La cosa en sí o noúmeno es considerada en sí misma como separada o separable de la sensibilidad e incognoscible.*

Varios contemporáneos de Kant, rechazaron el concepto de cosa en sí o noúmeno, anticipandose a las reflexiones postkantianas y neokantianas; a continuación se citan los argumentos que parecen ser los más importantes para el desarrollo de esta investigación:

Friedrich Jacobi (1743-1819)

"«sin la cosa en sí no se puede entrar en el recinto de la Crítica de la razón pura, pero con la cosa en sí no se puede permanecer en él»" (28)

Karl Leonhard Reinhold (1758-1823)

"«La representación en la conciencia es algo distinto del representante y de lo representado, y está referida a ambos». El representante es el sujeto, y por lo tanto la forma; lo representado es el objeto, la materia; la representación es la unificación." (29)

La superación del *dualismo kantiano* entre forma y materia, se da en la **conciencia**, es en el momento com-

(28) FERRATER MORA, Op, cit. p. 1917

(29) REALE GIOVANNI Y HISTORIA DEL PENSAMIENTO FILOSOFICO Y CIENTIFICO. Vol. III. Ed. Herder. Barcelona, España. 1992. p. 62

* El realismo trascendental y el idealismo empírico interpretan las apariencias externas como cosas en sí, porque consideran el espacio y el tiempo como realidades objetivas. Las cosas están en el espacio y el tiempo, los cuales son independientes del sujeto cognoscente. Kant crítica estas posturas argumentando que espacio y tiempo son las intuiciones o formas puras de la sensibilidad que el sujeto aporta en el proceso del conocimiento. Es el sujeto cognoscente, el que ubica espacio temporalmente las apariencias, pero no puede conocer como son las cosas en sí mismas que producen esas apariencias. Kant opone por lo tanto a estas posturas, su posición denominada *idealismo trascendental*, doctrina según la cual las apariencias son consideradas como representaciones y más tarde como fenómenos pero nunca como cosas en sí.

prensivo y de unificación en donde se muestra la espontaneidad de la conciencia. Porque lo representante (el sujeto-la forma) y lo representado (el objeto-la materia) lo son en la conciencia como sus elementos intrínsecos. Por ello ahora la **conciencia es el principio único y fundamental** (*Satz des Bewusstseins*) del cual partirá el sistema explicativo filosófico que más tarde dará lugar al idealismo. Una pista para poder solucionar tal vez el dualismo entre el ser y el deber (ser) pues esta dualidad podría surgir también en la conciencia.

La cosa en sí no es eliminada del todo, porque

"...no es ni puede ser otra cosa que el fundamento, lógicamente exigido por el sujeto, para una afección que él no ha producido." (30)

Reinhold termina viendo a la cosa en sí como un representable pero no de cosas u objetos sino tan sólo como un puro concepto y con ello es eliminado uno de los fundamentos centrales del criticismo abriendo la puerta a una interpretación idealista, cuyo centro es la conciencia. (Fichte, Schelling, Hegel y Schopenhauer)

"Desde Reinhold en adelante, el objeto de la conciencia aparece como uno de los fundamentos menos discutidos de la interpretación del kantismo: pero un fundamento que permanece ajeno al pensamiento de Kant tal como se deduce del conjunto de su obra." (31)

En resumen tres son las aportaciones de Reinhold, la superación del dualismo kantiano, la conciencia como el principio único y fundamental del conocimiento, y la reducción de la cosa en sí a un puro concepto.

- (30) ABBAGNANO, NICOLAS. HISTORIA DE LA FILOSOFIA. VOL. 3
4a. Ed. Ed. Hora. S.A. Barcelona, España.
1994. p. 10
- (31) COLOMER, EUSEBI. EL PENSAMIENTO ALEMAN DE KANT A HEIDEGGER.
VOL. II. Ed. Herder. Barcelona, España.
1986. p. 13

Ernst Gottlob Schulze (1761-1833)

Llevará a cabo una crítica más radical contra la filosofía de Kant y en particular contra la noción de cosa en sí. Primero lleva a cabo una crítica metodológica:

"No hay una justificación para las cosas en sí y Kant no logra demostrar como se pasa de lo a priori a la realidad, "Lo a priori, en suma, permanece ajeno a la experiencia, y ésta no contiene nada a priori." (32)

"La causa formal es la que determina el fenómeno, la causa real es la cosa en sí, que produce la afección, la materia del conocer. Se sigue una de dos a) la cosa en sí no es causa de la afección, o bien b) si es causa de la afección, no es incognoscible. "Estas conclusiones constituyen un callejón sin salida, del cual no puede huir el criticismo." (33)

Y luego una crítica ontológica que refuerza la anterior, porque sostiene Schulze que Kant se ha servido del mismo razonamiento de los escolásticos que el mismo había criticado con motivo de las pruebas de la existencia de Dios.

Si el fundamento del conocimiento es la Razón Pura pues de ella depende el conocimiento a priori puro universal y necesario, entonces:

*"...puesto que una cosa ha de ser **pensada** así y no de otra forma, **es** así y no de otro modo. Kant incurrió en flagrante contradicción. Efectivamente, si vale el procedimiento ontológico (lo que debe ser pensado = es) las cosas en sí son cognoscibles. Ahora bien, su teoría del conocimiento se funda en un supuesto del que se sigue la cognoscibilidad de la cosa en sí. De modo que la incognoscibilidad de la cosa en sí se demuestra mediante un principio en el que se funda la cognoscibilidad de la cosa en sí." (34)*

Se trata de la identificación entre el pensamiento y la realidad, luego no puede haber nada fuera de éste.

(32) FERRATER, MORA. Op, cit. p. 3204

(33) REALE GIOVANNI, Op, cit. p. 63

(34) ABBAGNANO, NICOLAS, Op, cit. p. 11

El criticismo además da un salto indebido desde el pensar al ser, sin demostrarlo, porque "...después de haber establecido que algo, para ser pensado tiene que ser pensado en cierto modo determinado- concluye que, por lo tanto existe en ese modo..." (35)

Una llamada de atención en este punto porque aparece la primera crítica sobre el planteamiento del primer postulado que afirma que es el método el que determina el objeto de estudio, al señalar que existe un **salto** que se da entre el **pensamiento y la realidad**. Se establece que algo para poder ser pensado, necesita serlo en cierto modo, bajo ciertas determinaciones y de ello se sigue que lo así pensado existe de ese modo. Téngase esto presente en el desarrollo de esta investigación, en particular en el neokantismo y más tarde en las reflexiones que se lleven a cabo sobre el primer postulado del TPD sostenido por Hans Kelsen.

En resumen Schulze sospecha que la cosa en sí no puede ser algo que sea incognoscible y además anticipa lo que será el problema central del idealismo: el salto entre el pensamiento y la realidad.

Salomón Maimon (1753-1800)

Siguiendo con atención los avances de Reinhold y Schulze, sostiene que la cosa en sí o es pensable y representable encontrándose en la conciencia, o está fuera de ella y al no ser ni pensable ni representable es una no-cosa.

"Existe una contradicción en aceptar que se puede pensar algo que no sea pensado en la conciencia, y admitir algo (aunque sólo sea como posible) que se halle fuera de la conciencia, afectándola de algún modo." (36)

*La cosa en sí es un obstáculo permanente para el conocimiento; hay que prescindir de esta noción o entenderla como algo inmanente a la conciencia, como un **concepto límite**.*

(35) REALE GIOVANNI, Op, cit. p. 63

(36) FERRATER MORA, Op, cit. p. 703

"Las formas a priori, en suma, no alcanzan a cubrir lo dado a la experiencia y no pueden ser, por tanto, fundamento de la inteligibilidad de la experiencia." **El contenido infinito de la experiencia** impide que lo a priori pueda ser el fundamento de su inteligibilidad. (37)

"Por tanto, es mejor prescindir de la noción de cosa en sí, y comenzar con la conciencia." (38)

En la conciencia tienen que encontrarse todos los principios del conocimiento, incluso el elemento (objetivo) o materia del conocimiento.

Estas afirmaciones, como las siguientes, aunque matizadas, serán repetidas una y otra vez en el neokantismo de la escuela de Marburgo, como se verá en su debido momento.

El mismo Kant afirmó que Maimon había comprendido más a fondo que nadie el problema fundamental de su Crítica de la razón pura. De hecho la obra de Maimon consiste en repensar los temas capitales de la Crítica de la razón pura a la luz de su lógica trascendental.

"Lo que es **objetivo**, lo que es **dado** en la conciencia no puede tener una causa externa a la conciencia, porque fuera de la conciencia no hay nada. Pero no puede ser tampoco un puro producto de la conciencia porque en tal caso no tendría los caracteres de lo dado, que no admite nunca ser producido por la misma conciencia. Todo conocimiento objetivo es una conciencia **determinada**: pero como **fundamento** de ella - hay una "**conciencia indeterminada**" que procura determinarse en un conocimiento objetivo, así como la x matemática puede asumir los valores particulares de a , b , c , etcétera." (39)

Lo "**dado**" puramente se encuentra en la conciencia indeterminada e incompleta como el concepto que se tiene de algo extraño al pensamiento, de algo irracional, de la nada absoluta, a la cual hay que ir determinando, sabiendo de antemano que no se puede determinar en forma completa jamás. Luego el conocimiento completo no pue-

(37) FERRATER MORA, Op, cit. p. 2246

(38) Idem.

(39) ABBAGNANO, NICOLAS, Op, cit. p. 12

de ser nunca dado, sino que el conocimiento solo es producido por la conciencia según leyes universales.

Maimón asegura en su Ensayo de una nueva lógica o teoría del pensamiento: que el principio de la conciencia es la **determinabilidad**. Las determinaciones no pueden provenir de la experiencia porque todo conocimiento sería empírico y sin embargo, las determinaciones de la conciencia no pueden ser independientes de la experiencia, pues sólo tienen sentido para ella.

*"La conciencia es conciencia de la experiencia sólo cuando es **conciencia determinada** y reconoce su propia limitación frente al contenido infinito de la experiencia." (40)*

Pero Maimón irá más allá de Kant, más allá de las apariencias y de lo a priori. La conciencia no solamente es conciencia de la experiencia, sino **pensamiento real**, el cual es universal y absolutamente válido a priori. Con esto Maimón da un salto difícilmente justificable, pues entonces la conciencia es una **facultad de intuición intelectual**, esto es, al ser productora y creadora del conocimiento, tiene el problema de convertirse en un conocimiento directo de las cosas.

*"El pensamiento real de la conciencia como determinación de su propio objeto no tiene como objeto datos contingentes ni puras leyes formales, sino la **realidad** como determinabilidad (pensante)." (41)*

La lógica trascendental de Maimón tiene como tema un «objeto real»: el pensamiento real de la conciencia que ella misma determina mediante una **relación material** de la **determinabilidad** abstraída de todas las notas empíricas.

"Es posible si podemos producir en la conciencia un objeto real de conocimiento; y tal producción sera una actividad de la conciencia o un acto del pensamiento que Maimón llama - "el pensamiento real" (42)

(40) FERRATER MORA, Op,cit. p. 2246

(41) Idem.

(42) ABBAGNANO, NICOLAS, Op, cit. p. 12

Lo "dado" es algo múltiple, un algo que se va a determinar a través de la síntesis de la conciencia. Pero el objeto no es más un antecedente del conocimiento sino el termino final del acto creador del pensamiento: el consiguiente.

Ahora, la conclusión de todo lo anterior y la parte fundamental de la aportación de Maimón, el claro antecedente del idealismo postkantiano y neokantiano:

Si un objeto es determinado meramente por la **relación** con la posibilidad de ser pensado, entonces:

"La conciencia se determina a sí misma determinando su propio objeto de conocimiento." (43)

Este es un claro antecedente del primer postulado de esta investigación en el que se afirma que es el método el que determina el objeto de estudio. Pero falta aún el matiz del neokantismo de la escuela de Marburgo. Porque una conciencia necesita de un **método** para proceder a determinar su propio «objeto real» de conocimiento: su propio pensamiento.

Entonces si es el método el que determina el objeto de conocimiento como lo afirma el primer postulado, se tiene que también el método, a través de la conciencia se está determinado a sí mismo, porque sin equiparar la conciencia al método, no cabe duda de que la conciencia se determina a sí misma en la medida en que determina su propio objeto de conocimiento. Tengase presente este punto en la lectura del neokantismo de la escuela de Marburgo, así como en la reflexión del primer postulado propuesto por Hans Kelsen en la TPD.

(43) FERRATER MORA, Op, cit. p. 2246

En resumen, Maimón siguiendo en la línea de Reinhold acepta a la conciencia como el único y fundamental principio del conocimiento en el cual se encuentra incluso el elemento (objetivo) o materia porque fuera de la conciencia no hay nada.

La conciencia se caracteriza ahora por su determinabilidad, (una relación material abstraída de las notas empíricas) y su límite es el contenido infinito de la experiencia.

Pero la conciencia así entendida va más allá de Kant porque no tiene como objeto ni los datos contingentes que organizar, ni las puras leyes formales en que pensar, sino que produce un objeto real, un pensamiento real. Entonces esta conciencia se convierte es una facultad de intuición intelectual superior que produce o crea, sintetizando todas las otras facultades humanas y por ello es opuesta totalmente al planteamiento original de Kant entre "*lo dado*" y "*lo puesto*".

Con todo lo anterior se abre la puerta al idealismo porque la cosa en sí es considerada inmanente a la conciencia indeterminada que es el fundamento de la conciencia determinada que procura determinarse siempre en un conocimiento objetivo. Todo está en la conciencia.

Lo "*dado*" está en esta conciencia incompleta como un límite de la conciencia determinada, pues el conocimiento completo es producido por la conciencia según leyes universales que ella posee, pero nunca podrá ser una tarea acabada, sino algo por hacer.

Maimón hace a un lado el problema claramente visto por Schulze en el salto que existe entre el pensamiento y la realidad porque:

"La conciencia se determina a sí misma determinando su propio objeto de conocimiento."

Esta conclusión final es la antesala del idealismo postkantiano que desarrollará la versión subjetivista de este resultado al que ha llegado Maimón, mientras que el neokantismo irá en la vía de trabajar el resultado objetivista, como se explicará a continuación.

También los más destacados postkantianos Fichte y - Schelling rechazaron la noción de "cosa en sí", al igual que los neokantianos, la cosa en sí en conclusión fue vista como un residuo del realismo.

1.3.3. "Lo dado" y "lo puesto" en el idealismo.

Del criticismo kantiano se dará ahora un paso al idealismo moderno, en el cual el punto de partida de la reflexión cognitiva es el sujeto, el yo o su conciencia ideadora o representativa que de alguna manera ya estaba presente en las ideas de René Descartes.

La pregunta gnoselógica fundamental de esta corriente es ¿cómo pueden conocerse las cosas en general? pero ella puede esconder un planteamiento metafísico u ontológico a saber:

"...en tal pregunta se presupone que las cosas que se declararán «reales» serán fundamentalmente las que se admitirán como «cognoscibles», y en particular como cognoscibles con plena seguridad, según completa evidencia poseída por el sujeto cognoscente." (44)

De nuevo aparece el salto entre el pensar y el ser visto en páginas anteriores y anunciado por Ernst Gottlob Schulze, pero ahora se pone énfasis en que la evidencia es poseída por el sujeto cognoscente como lo asegura Salomón Maimon en un futuro antecedente de la objetividad propuesta por el neokantismo.

(44) Ibídem, p. 2246

El idealismo puede tener dos caminos en la manera de entender el ser o la realidad. El ser dado en la conciencia.

I.- Uno sostiene que el ser o la realidad para su conocimiento se "**determinan**" por la conciencia o el sujeto. Pero hay una realidad o una parte de la realidad que no puede ser conocida, la de cómo son las cosas en sí mismas o noúmenos. Ej: Idealismo trascendental kantiano. "*Lo dado*" es una función de "*lo puesto*".

II.- El otro consiste en afirmar que el ser o la realidad se "**reducen**" a la conciencia o al sujeto. No hay otra realidad que la del sujeto o la conciencia. Ej: el yo trascendental en Fichte. Se acentúa el papel de "*lo puesto*" sobre "*lo dado*".

En esta postura se llevan a sus últimas consecuencias la constitución del objeto del conocimiento porque:

"....se identifica la posibilidad del conocimiento del objeto con la posibilidad del objeto mismo, el realismo parece desvanecerse." (45)

Se puede ir peligrosamente de una posición epistemológica a una posición metafísica u ontológica en la cual, de la constitución del objeto se pasa a su creación o constitución.

El prescindir de la "cosa en sí" es la característica del movimiento postkantiano y del neokantismo de Marburgo. Pero mientras los postkantianos lo hacen por motivos metafísicos y tienen una tendencia hacia el subjetivismo, los neokantianos lo hacen por razones epistemológicas en busca de la objetividad y la validez científica.

(45) *Ibíd*em, p. 1737

Antes de pasar a analizar el neokantismo de la escuela de Marburgo, como el último antecedente necesario para entender el primer postulado de esta investigación, es conveniente llevar a cabo un repaso de algunos de los puntos que han sido tratados.

Me parece que los neokantianos tuvieron presentes, entre otras, estas preguntas en el desarrollo de su propuesta:

1.- ¿Es la realidad y son las cosas en sí mismas, tal como nos las representamos, como las pensamos?.

2.- ¿La conciencia mediante la representación supera el dualismo kantiano entre la forma y la materia, a través de su unificación? como lo afirma Reinhold.

3.- ¿Si algo para poder ser pensado, lo tiene que ser en un cierto modo determinado, se sigue por lo tanto que existe de ese modo?, no hay un salto indebido entre el pensar y el ser como sostiene Schulze.

4.- ¿La cosa en sí, es una noción inmanente a la conciencia que le muestra tan sólo el límite, del contenido infinito de la experiencia, puesto que no se puede pensar algo que no sea pensado en la conciencia y admitir algo (aunque sea como posible) que se halle fuera de la conciencia, afectándola de algún modo? como claramente lo ve Maimón.

5.- ¿El principio que guía a la conciencia en su pensamiento es la determinabilidad de su propio objeto que es la realidad, de lo cual se sigue que la conciencia se determina a sí misma determinando su propio objeto de conocimiento?, como lo propone Maimón.

6.- Y por último recogiendo el problema del planteamiento del idealismo:

a) ¿Se puede desarrollar éste en un sentido estrictamente gnoseológico sin implicaciones metafísicas u ontológicas?.

b) ¿Solamente las cosas que se declaren reales serán cognoscibles con plena seguridad de acuerdo a la evidencia poseída por el sujeto cognoscente?.

c) ¿Cuál es esa objetividad que posee el sujeto cognoscente?.

d) ¿Si la posibilidad del conocimiento de un objeto es la posibilidad del objeto mismo, no se está constituyendo y creando la realidad desde el sujeto?.

Todas estas ideas podrían tener dos antecedentes. El primero en el famoso pasaje del segundo prólogo a la Crítica de la Razón Pura de Kant, en el cual el autor refiriéndose al procedimiento científico de Galileo, Torricelli y Sthal concluye lo siguiente:

"Entendieron que la razón sólo reconoce lo que ella misma produce según su bosquejo, que la razón tiene que anticiparse con los principios de sus juicios de acuerdo con leyes constantes y que tiene que obligar a la naturaleza a responder a sus preguntas, pero sin dejarse conducir con andaderas, por así decirlo. De lo contrario, las observaciones fortuitas y realizadas sin un plan previo no van ligadas a ninguna ley que, de todos modos, la razón busca y necesita." (46)

El segundo ya citado, al afirmar Kant que sólo cuando sustraemos de los enunciados ciertas formas *a priori* podemos sostener que «lo que queda» es algo "dado". Entonces al parecer hay una unidad previa creada por la conciencia.

Si la razón sólo reconoce lo que ella misma produce y si la conciencia o apercepción trascendental es la unidad sintética que permite elaborar los enunciados, entonces será ella el punto central de la discusión.

(46) KANT, EMANUEL. CRITICA DE LA RAZON PURA. Op, cit. p. 18
veáse página 2 de esta investigación la nota a pie de página.

1.3.4. "Lo dado" y "lo puesto" en el neokantismo de la escuela de Marburgo.

"No está fuera, allí lo busca el loco, está en ti, tú lo produces perenemente." (47)

El neocriticismo como también se ha denominado al neokantismo, es el regreso al espíritu de la obra de Emanuel Kant, siguiendo el llamado de Otto Liebmann quien después de analizar las tendencias postkantianas de la filosofía alemana, concluía: «Por lo tanto, hay que volver a Kant». Se trata entonces de retomar la reflexión sobre los fundamentos, los métodos y los límites de la ciencia propuestos por Kant.

Es el movimiento que se opone al romanticismo postkantiano por su alto grado de metafísica, al positivismo empírico fáctico que no reconoce ninguna ley, lo mismo que al marxismo. Sus fundadores en Marburgo fueron Hermann Cohen y Paul Natorp pero a ellos se unen Cassirer, Heidelberg, Windelband y Rickert.

Uno de los aspectos del proceso del conocimiento, en los cuales el neokantismo tiene diferencias con Kant es el relativo a la conciencia pura o apercepción trascendental.

La conciencia pura o apercepción trascendental* en Kant, no es una realidad propiamente dicha sino aquello que hace posible el pensar y el conocimiento de la realidad.

(47) NATORP, PABLO. KANT Y LA ESCUELA DE MARBURGO.

Prólogo y traducción de Miguel Bueno.

Colección Opúsculos, núm. 5.

UNAM. México, D.F., 1956. p. 32.

* En Kant la **síntesis pura de la imaginación**, que es una **síntesis productiva**, es la condición a priori de la posibilidad de toda **combinación** de la diversidad de un conocimiento y por ello el fundamento de la posibilidad de todo conocimiento y especialmente de la experiencia. Es anterior a la **conciencia trascendental que es la pura conciencia original e inalterable** o la **apercepción pura o trascendental**, el "Yo pienso", que es la condición necesaria de toda posible percepción, porque acompaña a todas las representaciones y permite pensarlas. Hace posibles los objetos, como objetos del conocimiento y constituye la base para la noción de objetividad. Es el fundamento último del objeto en cuanto objeto de conocimiento. Mediante la apercepción se piensa el objeto y se fundamenta la posibilidad de su conocimiento.

Desde Kant a través de la conciencia pura o el "Yo pienso", se piensa el objeto y éste es el fundamento para su conocimiento. Pero mientras Kant sugiere en ese pensar, el pensamiento de un sujeto (de mi mismo), los postkantianos consideran la subjetividad pensante, la conciencia, como la única realidad en un desarrollo metafísico. Los neokantianos por su parte se oponen a ambas posturas, mediante una objetividad pensable basada en las *condiciones puras y objetivas* de todo pensamiento en general.

*"La ciencia, el conocimiento, el pensamiento y la misma conciencia se **reducen** a su **contenido objetivo**, a su validez puramente lógica, del todo independiente del aspecto subjetivo o psicológico, por el cual se insertan en la vida de un sujeto psíquico."* (48)

Por ello hay que reducir todos los términos que suelen expresar el aspecto subjetivo del pensamiento, como actividad, autoconciencia, conciencia, yo pienso, a un significado lógico-objetivo.

*"La primera y fundamental preocupación de Cohen es eliminar - del pensamiento y del conocimiento todo elemento subjetivo. **El ser y el pensamiento coinciden**; pero el pensamiento es el pensamiento del conocimiento, es decir, de los **contenidos objetivamente válidos** del conocimiento mismo."* (49)

Vale la pena reflexionar que entonces en vez de decir que la *conciencia* determina su objeto (Maimón), esta noción es sustituida por el *método* (Cohen):

El método determina el objeto del conocimiento.

No se trata sin embargo de cualquier método ni de cualquier objeto, porque se requiere de un objeto de conocimiento y de un método científico, ya que ahora la unidad trascendental de la conciencia (apercepción) es la **unidad de la conciencia científica**. Cohen lleva a cabo para ello una transformación de las categorías. La

(48) ABBAGNANO, NICOLAS, Op, cit. p p. 471 (49) Idem.

conciencia es la categoría de la posibilidad objetiva - referida al método y a todas las ciencias. Otra categoría importante es la de **sistema** que da la **unidad** al objeto de conocimiento.

"La actividad misma es el contenido, la producción es el producto, la unificación es la unidad. Sólo en estas condiciones la característica del pensamiento se deja elevar al punto de vista del conocimiento puro." (50)

El pensamiento no puede tener un principio en algo externo (rechazo del dualismo kantiano), el pensamiento no es **síntesis** sino **producción**. La producción de una unidad o de una multiplicidad lógica: el juicio.

El principio del pensamiento no es ajeno a él, sino el "origen". Las leyes del pensamiento son los juicios de origen, de identidad y de contradicción.

Gracias al juicio de origen se debe que alguna cosa sea dada.

*"El "dato" no es un material bruto ofrecido al pensamiento, sino que, como aparece claramente en las matemáticas, es lo que el pensamiento mismo puede encontrar. Un dato es, en este sentido, el signo X de las matemáticas, que significa no la indeterminación, sino la **determinabilidad**." (51)*

Por todo lo anterior el neokantismo no quiere ser un kantismo ortodoxo fiel a todos los principios de Kant, pero trata de encontrar el momento de mayor fuerza y valor objetivo de su pensamiento. Hermann Cohen resalta que la filosofía para Kant es una *crítica* que se lleva a cabo permanentemente bajo el *método trascendental*, motivo por el cual se enseña a filosofar y no una filosofía porque:

"La filosofía es, según el sentido clásico del término, el esfuerzo infinito hacia la verdad fundamental, y no la pretensión de tenerla." (52)

(50) Idem.

(51) Ibídem. p. 473

(52) NATORP, PABLO. Op, cit. p. 14

El método trascendental es la fuerza creadora, impulsora, motriz de la filosofía de Kant, en donde todas las partes de la doctrina kantiana cobran sentido y constituyen una expresión pura del método. Las partes que no lleven a cabo esta función son suprimidas o transformadas por Cohen.

Este **método trascendental**, siguiendo el famoso discurso de Natorp ya citado, tendrá ahora las siguientes características:

- I.- Es el punto de partida firme y sólido, el pensamiento capital de la forma de hacer filosofía en la Escuela de Marburgo.
- II.- Parte de conceptos últimos o categorías no derivables de otros o de principios que no pueden ser probados ni necesitan serlo.
- III.- Pero para cada proposición o afirmación filosófica se demanda una fundamentación trascendental o justificación de derecho (deductio juris) como dice Kant.

*"El objeto de estudio de la filosofía crítica no son - cuestiones fácticas (quid facti?) sino cuestiones de derecho (quid iuris?): cuestiones -reiterémoslo- referentes a la **validez**". (53)*

- IV.- Como la filosofía no puede estar en el espacio vacío del pensamiento puro o abstracto, se busca la firme correlación de los facta patentes e históricamente determinables de la ciencia, de la moralidad, del arte, de la religión. El fructífero bathos ("tierra profunda") de la experiencia.

 (53) REALE GIOVANNI Y HISTORIA DEL PENSAMIENTO FILOSOFICO Y CIEN-
 DARIO ANTISERI FICO. Op, cit. p. 393.

V.- Luego mediante el logos de la razón, de la Ratio se demuestra para el (faktum) o hecho el fundamento de su "posibilidad" y con ello, el "**fundamento de derecho**". Es decir, la **ley** que lo rige.

"El fundamento creador de todo acto de estructuración objetiva es la ley." (54)

VI.- La ley muestra la "**unidad**" de la razón en todo hecho creador de la cultura, la regularidad de la estructuración del hecho creador de la producción del objeto de cada tipo, ciencia, moralidad, arte, religión.

VII.- En esto consiste la **pureza** trascendental o pureza en sentido metódico en un plano superior, en que no se encuentra reñida con la experiencia, sino que se apoya precisamente en ella, pues:

"...ya que no quiere ni imponer leyes desde fuera al hecho de la experiencia, ni marcarle anticipadamente su camino..." (55)

sino solamente afirmar y exponer en su pureza la **ley** que hace posible confirmarlo en la unidad de la conciencia científica.

IX.- El "método trascendental" se convierte en "**crítico**" porque con la obtención de dicha ley se asegura su independencia, su ulterior progreso así como su defensa contra cualquier desviación.

"...crítico contra toda usurpación metafísica, crítico también contra un empirismo sin ley, o fugitivo de la ley....o mejor dicho, enemigo de toda ley." (56)

(54) NATORP, PABLO. Op, cit. p. 22

(55) NATORP, PABLO. KANT Y LA ESCUELA DE MARBURGO.
Presentación de Francisco Larroyo.
Ed. Porrúa, México, D.F., p. 81

(56) NATORP, PABLO. Trad. Miguel Bueno. Op, cit. p. 24.

X.- El método trascendental crítico es también "**inmanente**", porque no puede buscar esa ley de la estructuración objetiva en otra parte más que en la creación objetiva misma, en la creación de la vida cultural de la humanidad que se encuentra siempre en obra y nunca concluída. Por ello se opone a la pretensión de una filosofía absoluta.

"He ahí que "en el principio era la Acción", la acción creadora de la estructura objetiva de toda especie, en la que únicamente el hombre construye por sí mismo su esencia humana, y objetivándose en ella, imprime profunda, plena y unitariamente, la impronta del espíritu y de su mundo; y más aún, de todo un mundo de tales mundos, a los que puede llamar suyos." (57)

Nótese el carácter no solamente epistemológico sino ontológico de la aseveración.

XI.- El método trascendental crítico inmanente es "**objetivo**" porque no puede llegar inmediatamente a lo inmediato de la experiencia psíquica (punto de vista psicológico). Tiene que asegurar antes la pura fundamentación objetiva de la conciencia (punto de vista trascendental).

Se trata como se puede observar de objetivar hasta sus últimas consecuencias el idealismo trascendental de Kant y por lo tanto de superarlo.

XII.- El método trascendental crítico inmanente objetivo es "**progresivo**" en una evolución infinita. No se cae en la tautología idealista del ser y el pensar en equivalencia, porque esa equivalencia termina por congelar al pensar y lo transforma en un ser inerte. La crítica es obviamente para Hegel al frenar la dialéctica. Se trata de de la tarea infinita de determinar lo indeterminado.

(57) Ibídem. p. 22

XIII.- El método trascendental **transforma "la cosa en sí"** en sus límites infranqueables, en un puro concepto limitativo de la experiencia, sometida a su propia ley creadora en su tarea infinita. Pero la experiencia aún en su infinitud no carece de dirección segura, por ello esta ley no es externa a la experiencia sino que la acompaña siempre.

Desde la óptica del método trascendental no puede darse:

"Algo "dado" en el sentido de concluso, o cerrado, que se subtrae a la elaboración cada vez más profunda del conocimiento, no existe, no puede existir." (58)

Por ello la cosa en sí es tan sólo un concepto que señala el límite de la experiencia. El ser "dado" tiene solamente el carácter de un problema que hay que resolver. El problema de reducirlo al fundamento unitario del conocimiento creador.

*"Esta unidad de la fuente inagotable de estructuración, como unidad regulativa, fue traída a la correcta y pura expresión de Cohen en el principio del **origen**, el cual significa que nada debe ser "dado", esto es, aceptado - sin reducción; debe figurar en una reductibilidad que por lo menos apunte en general hacia el último fundamento unitario del conocimiento creador. Un ser "dado" no debe significar más que el carácter de la tarea por resolver; **esta tarea consiste en la determinación del origen en el fundamento unitario del conocimiento.**"* (59)*

XV.- El método trascendental es la **última "unidad"** en la que se funda el conocimiento y con ello, el acto creador de la cultura. Por ello la filosofía se ocupa de este método y los que lo ponen en duda son aquellos que no pudieron elevarse a esta rigurosa exigencia de unidad.

(58) Ibídem, p. 30

(59) Idem.

* Téngase presente esto último en el pensamiento de Hans Kelsen sobre la norma básica fundante.

XVI.- En virtud de lo anterior tiene que terminar el **dua-
lismo** entre la sensibilidad y el entendimiento. Es decir entre "lo dado" en la intuición y "lo puesto" por el pensamiento, que es una función y producción del conocimiento entendido como pura espontaneidad. No puede haber un sujeto y un objeto **antes** del conocimiento, pues los conceptos de sujeto y objeto nacen en el conocimiento según la ley de éste. *El objeto debe regirse según el conocimiento y no el conocimiento según el objeto.**

Pero este ser "dado", no es dado de por sí, sino exigido por el pensamiento. **Pensar quiere decir - determinar.** El pensar determina el objeto anticipadamente, bajo una hipótesis. Es posibilidad de determinación siempre espontánea, como **ley y como realización real.** Es la condición que hace posible la experiencia. Este proceso de determinación es una **tarea infinita o interminable**, la determinación de lo indeterminado. Un fieri eterno.

Un ejemplo de lo anterior es el supuesto lógico de la causalidad, es un ensayo de una construcción unitaria y no otra cosa.

"...la consecuencia evidente del método trascendental, nada puede estar determinado para el pensar que el mismo pensar no haya determinado." (60)

El pensamiento logra todo esto a través de un método unitario y una rigurosa unidad.

Lo dicho anteriormente llevará al neokantismo a modificar radicalmente el planteamiento de la Crítica de la Razón Pura. Ya que:

(60) NATORP, PABLO. KANT Y LA ESCUELA DE MARBURGO.

Presentación de Francisco Larroyo. Op, cit.
p. 86

* Surge la inquietud de si los conceptos de ser y deber (ser) surgen también en el conocimiento y estarían sujetos una cierta unidad bajo la ley del conocimiento.

"...¿cómo podría admitirse en el pensar algo extraño al pensar, aunque fuese un mínimo de extrañeza? (61)

XVII.- Por último, el método trascendental lleva a mostrar que la **objetivación es desubjetivación**, liberación de lo subjetivo. El problema subjetivo psicológico no es anterior sino posterior.

"Pues la relación del objeto de toda clase precede como fundamentadora a toda relación con el sujeto." (62)

Cohen hace a un lado a la intuición y la sensibilidad en el proceso del conocimiento y parte de la necesaria racionalidad objetiva del conocimiento científico a la necesaria racionalidad de lo real. Una vez disuelto mediante su identificación el dualismo entre sujeto y objeto en la conciencia pura, el pensamiento es el contenido de la conciencia y a la vez del ser.

La objetividad se da en el contenido del pensamiento, en el fundamento creador de todo acto que es la ley y no en el acto subjetivo de pensar.

En una reflexión de todo lo dicho anteriormente se podría llegar a los siguientes puntos:

El neokantismo de la escuela de Marburgo mediante una reelaboración del método trascendental, busca la fundamentación del conocimiento a través de preguntas que interrogan por la **validez** del mismo. La **ley** es como ya lo había afirmado Kant lo que la razón busca y necesita para no caer en afirmaciones fortuitas.

La ley es el fundamento creador de posibilidad de todo acto de estructuración objetiva. Ella se caracteriza por la **unidad y regularidad** con los que la razón aborda toda clase de objetos que ella produce. Esta ley

(61) Ibídem, p. 87

(62) Ibídem, p. 88

sin embargo, no se impone desde fuera al hecho de la experiencia ni le marca anticipadamente su camino, lo acompaña siempre, solamente muestra en su pureza lo que hace posible confirmarlo en la conciencia pura, esto es, en las condiciones objetivas del pensamiento.

Al no poder encontrar esa ley más que en la creación objetiva misma de la vida cultural de la humanidad que se encuentra siempre en progreso, en obra y nunca concluída, esa ley se muestra invariablemente inmanente al proceso del conocimiento. La ley tiene entonces un carácter **crítico** que permite defender a la razón de desviaciones metafísicas o empiristas.

Con lo anterior, el neokantismo asegura superar el dualismo entre "*lo dado*" y "*lo puesto*", pues no puede haber un sujeto y un objeto **antes** del conocimiento, antes de la ley que rige el objeto. Los conceptos de sujeto y objeto nacen en el conocimiento según la ley del pensamiento o de la conciencia pura.

"*Lo dado*", nunca es dado de por sí, sino exigido por la conciencia. El pensamiento determina un objeto anticipadamente como una hipótesis. En esta espontaneidad del pensamiento, en esta determinación aparece siempre la posibilidad del objeto bajo la ley y como realización real. El proceso de determinación es una **tarea infinita e interminable**.

Ante esta ley, "*lo dado*" y por ende la "*cosa en sí*" o noúmeno se transforma en un concepto limitativo de la experiencia, no se admite que pueda haber algo incognoscible, solamente es un problema, una tarea por resolver, la de mostrar cómo puede ser reducido al fundamento unitario del conocimiento creador, esto es, a la ley.

Por último, en esta reflexión es indispensable referirse a la **objetivación**, la cual se da en la conciencia pura, en el contenido objetivo del pensamiento que se convierte en el fundamento del objeto.

A continuación pueden ser resueltas las preguntas que tuvieron en cuenta los neokantianos al revisar la filosofía de Emanuel Kant, pero es muy importante señalar lo siguiente. En realidad más que un regreso a Kant es un retorno al kantismo, pues no cabe duda que el neocriticismo se aprovecha de sus resultados y por otra parte, el neokantismo surge en oposición a la postura subjetivista metafísica del postkantismo.

1.- ¿Es la realidad y son las cosas en sí mismas, tal como nos las representamos, como las pensamos?.

La realidad, el ser, es tal como lo pensamos, pues en la propuesta de Cohen y de Natorp se efectúa el tránsito de la necesaria racionalidad del conocimiento científico a la necesaria racionalidad de lo real. Hay por lo tanto una perfecta y absoluta racionalidad de lo real. Pero más que una representación hay una *constitución o construcción gnoseológica* del pensamiento y de lo real "progresiva" y no inerte como en Hegel.

Son los **contenidos objetivamente válidos** del conocimiento mismo, los que hacen que el pensamiento y el ser coincidan. Las categorías de unidad y sistema son las que muestran el fundamento unitario originario en la comprensión objetiva de la realidad.

2.- ¿La conciencia mediante la representación supera el dualismo kantiano entre la forma y la materia, a través de su unificación?

Cohen y Natorp aceptan la tesis de Reinhold resolviendo la dualidad del pensamiento y el objeto, en su identificación en la conciencia pura, es decir, en los contenidos objetivamente válidos, pero ahora más que una representación hay una *construcción*. El pensamiento no es una serie de síntesis como lo sugería Kant sino producción de un juicio que comprende una unidad o una multiplicidad lógica.

Por ello, lo que importa de esta conciencia no es el acto subjetivo del pensar, sino el contenido objetivo del pensamiento porque este es el fundamento del objeto. El pensamiento ya no es visto por Cohen como el producto de una actividad subjetiva, sino que es el contenido de la conciencia y a la vez del ser.

"Por lo tanto, si el ser es el pensamiento, también el pensamiento es aquello que se halla puesto en el ser por constituir su contenido esencial." (63)

El neocriticismo acentúa la diferencia entre la psicología y la lógica trascendental al mostrar que no hay un sujeto y un objeto antes del conocimiento, pues estas nociones surgen bajo la ley del pensamiento.

3.- ¿Si algo para poder ser pensado, lo tiene que ser en un cierto modo determinado, se sigue por lo tanto que existe de ese modo?.

La respuesta anterior recuerda a Hegel con su afirmación de que "todo lo real es racional y todo lo racional es real", pero existe una diferencia fundamental, el neokantismo considera el proceso del conocimiento científico como una tarea infinita y no algo ya concluído y cerrado como sucede en la metafísica hegeliana.

No obstante lo anterior, la postura asumida por Cohen y su escuela, entraña serios problemas como el señalado por Schulze del salto indebido entre el pensar y el ser.

De las dos respuestas anteriores puede inferirse un límite que se trata de establecer entre la **producción del objeto para el conocimiento*** y no el de su creación en la realidad. Pero de acuerdo a la objetividad de los contenidos válidos, estos tienen que estar presentes en el ser pues de lo contrario no podría haber conocimiento científico de ninguna clase.

(63) FERRATER MORA, Op, cit. p. 585

* tengase presente a la hora de analizar el primer postulado.

4.- ¿La cosa en sí, es una noción inmanente a la conciencia que le muestra tan sólo el límite, del contenido infinito de la experiencia, puesto que no se puede pensar algo que no sea pensado en la conciencia y admitir algo (aunque sea como posible) que se halle fuera de la conciencia, afectándola de algún modo?.

Efectivamente, tanto Cohen como Nartop siguen a Maimon de una manera fiel. La cosa en sí es un principio de autolimitación de la experiencia, "buscamos el todo con teorías cada vez más generales, pero siempre hallamos partes". (64) La cosa en sí dejó de ser algo incognoscible para convertirse en un concepto límite.

Ernest Cassirer discípulo de Cohen puede aclararnos esto mediante la siguiente cita:

*"Nosotros no conocemos los objetos, como si fuesen **dados** y estuviesen **determinados** en cuantos objetos, antes de nuestro conocimiento y con independencia de éste. Conocemos **objetivamente**, porque a lo largo del transcurrir uniforme de los contenidos de experiencia **creamos** determinadas delimitaciones y establecemos determinados elementos duraderos y determinados nexos entre éstos."* (65)

Lo indeterminado en Kant es algo que se encuentra fuera del marco de la experiencia. En el kantismo de Maimon hay una "conciencia indeterminada" que procura determinarse en un conocimiento objetivo, como la X en las matemáticas que puede asumir diversos valores. En el neocriticismo hay determinabilidad de lo que el mismo pensamiento puede encontrar y lo indeterminado es la tarea infinita o interminable.

Lo "dado" es solamente el problema que tiene el pensamiento de reducirlo al fundamento unitario del conocimiento creador. Lo "dado" entonces no es algo dado de por sí, sino exigido por el pensamiento.

 (64) REALE GIOVANNI Y HISTORIA DEL PENSAMIENTO FILOSOFICO Y CIENTIFICO. Op, cit. p. 393.

(65) *Ibíd*em, p. 398

Ahora "lo dado" no se admite como algo "puesto", sino como algo "pro-puesto" al entendimiento, el cual sintetizará lo real por medio de una actividad esencialmente **constructiva**.

*"No obstante, esta «construcción» no debe ser entendida como una producción del objeto mismo, sino de sus **condiciones cognitivas**." (66)*

Este es precisamente el talón de aquiles del pensamiento neokantiano como se viene señalando desde las preguntas anteriores, el tratar de mantener este límite entre el pensamiento y la realidad o el ser. Hay que tenerlo muy presente en el análisis del pensamiento de Hans Kelsen.

5.- ¿El principio que guía a la conciencia en su pensamiento es la determinabilidad de su propio objeto que es la realidad, de lo cual se sigue que la conciencia se determina a sí misma determinando su propio objeto de conocimiento?,

Como el método trascendental se refiere a las condiciones puras y objetivas, éste es el sustituto adecuado para evitar la noción de conciencia que es un resabio subjetivista y psicológico. De esta manera y siguiendo además la preocupación científica de la escuela de Marburgo, se tiene que es el método el que determina el objeto de conocimiento, para obtener contenidos objetivamente válidos.

Los principios que guían el pensamiento son los juicios de origen, identidad y de contradicción. El pensamiento es determinación.

La determinabilidad es entendida también como constitución o construcción del objeto lo cual ya estaba presente en la doctrina de Maimón. Por eso asegura Paul Na-

(66) FERRATER MORA, Op, cit. p. 2275

torp siguiendo a Hermann Cohen que el método lo es todo, la filosofía es una teoría del conocimiento que busca el fundamento creador de todo acto de estructuración objetiva que es la ley.

A diferencia de Kant la filosofía no estudia el pensamiento subjetivo, no indaga acerca de la actividad cognoscente, sino que investiga los contenidos. Luego los contenidos son o constituyen progresivas determinaciones del objeto.

"Por lo tanto el objeto no es un dato, no es un punto de partida, sino un punto de llegada que siempre se está desplazando. El objectum, en definitiva, es un proiectum: es conocimiento cada vez más determinado que se proyecta sobre la realidad." (67)

No hay un final para las determinaciones porque el objeto es infieri, es una tarea infinita. La determinación busca siempre el origen en el fundamento unitario del conocimiento.

De ello se sigue que el método es progresivo y se va determinando a sí mismo conforme determina el objeto de conocimiento.

"La realidad pues, no es lo indeterminado, que sin sus determinaciones no es nada, tampoco se reduce a sus determinaciones, siempre provisionales. Lo real, más bien, es el proceso de determinar." "El proceso, el método lo es todo." (68)

6.- Y por último recogiendo el problema del planteamiento del idealismo:

a) ¿Se puede desarrollar éste en un sentido estrictamente gnoseológico sin implicaciones metafísicas u ontológicas?.

Sin implicaciones metafísicas como la de evitar las

 (67) REALE GIOVANNI Y HISTORIA DEL PENSAMIENTO FILOSOFICO Y CIEN-
 DARIO ANTISERI FICO. Op, cit. p. 396

(68) Idem.

nociones subjetivas o entidades creadas por la razón a semejanza del hombre, es posible, pero sin referencias ontológicas de la realidad, parece del todo imposible.

Un idealismo sin implicaciones metafísicas que consistan en tratar lo trascendente y perderse en ello, o bien la de evitar conceptos y nociones de tipo subjetivo parece del todo plausible, pero sin referencias de carácter ontológico acerca de la realidad, parece del todo imposible. Basten las referencias a la experiencia, la cultura, la vida humana, la realidad, etcétera.

b) ¿Solamente las cosas que se declaren reales serán cognoscibles con plena seguridad de acuerdo a la evidencia poseída por el sujeto cognoscente?.

La respuesta es sí, no cabe la menor duda. A lo largo del tratamiento de "lo dado" y "lo puesto" se señaló el salto indebido del pensar al ser señalado por Schulze. El límite incluso asumido por Hans Kelsen como se verá, es el siguiente:

*"No obstante, esta «construcción» no debe ser entendida como una producción del objeto mismo, sino de sus **condiciones cognitivas**." (69)*

Pero el peligro se encuentra siempre presente:

"Por lo tanto, si el ser es el pensamiento, también el pensamiento es aquello que se halla puesto en el ser por constituir su contenido esencial." (70)

Ese fué el gran problema de la escuela de Marburgo, el tratar de mantenerse en una consideración lógico-gnoseológica, lógico-objetiva y lógico-analítica, que la llevaría a un puro formalismo o idealismo lógico, tratando de evitar siempre caer en un constructivismo al estilo fichtiano, en un racionalismo del tipo hegeliano o en un objetivismo susceptible de un nuevo realismo.

(69) FERRATER MORA, Op, cit. p. 585

(70) Ibídem, p. 2275

c) ¿Cuál es esa objetividad que posee el sujeto cognoscente?.

Hay que recordar una vez más a Kant, pues los neokantianos entendieron también que la razón sólo reconoce lo que ella misma produce según su bosquejo. El fundamento de esta objetividad se encuentra en la ley. La ley que a diferencia de Kant no se impone al hecho de la experiencia, ni le marca su camino, sino que la acompaña. Esa ley se encuentra en la creación objetiva misma de la cultura humana. La objetividad entonces se da en el contenido del pensamiento.

d) ¿Si la posibilidad del conocimiento de un objeto es la posibilidad del objeto mismo, no se está constituyendo y creando la realidad desde el sujeto?.

El ser y el pensamiento coinciden ya que nada puede estar determinado para el pensar que el mismo pensar no haya determinado. Lo real es aquello que se declara como cognoscible, la posibilidad del conocimiento del objeto es la posibilidad del objeto mismo y con ello el realismo se encuentra ausente.

El problema del salto entre el pensamiento y el ser ha tratado de ser resuelto por Nicholas Rescher, quien se ha aproximado al idealismo trascendental kantiano a través de un idealismo conceptual, en el cual se parte de que la mente no conforma la realidad, sino únicamente se encarga de precisar lo que esta realidad es para nosotros. Esto se debe a que los conceptos que usamos regularmente para constituir modos de ver la realidad, implican una referencia esencial a la mente y sus capacidades. (71)

Este es el marco de ideas en el cual se va a analizar el primer postulado de esta investigación, a saber, el método determina el objeto de conocimiento.

(71) *Ibíd.*, p. 1602

1.3.5 La opinión de Renato Treves sobre la influencia del neokantismo de la escuela de Marburgo en el pensamiento de Hans Kelsen.

A continuación procede constatar si a juicio de este importante comentarista de la obra de Kelsen, como lo es Renato Treves, todos los antecedentes desarrollados con la finalidad de comprender el primer postulado de esta investigación, tienen la importancia y el sentido que se les ha adjudicado. Para ello se analizaran dos artículos del autor.

El profesor Treves, encuentra toda una serie de aportaciones que Kelsen ha tomado de Kant y que más tarde serían reforzadas con la lectura de la Lógica de Hermann Cohen.

- 1) El principio fundamental de la pureza.
- 2) La liberación de los conceptos jurídicos de todo contenido o material empírico.
- 3) Sostener que la lógica de la ciencia racional precede a la experiencia.
- 4) La necesidad y la universalidad como las condiciones objetivas de nuestro conocimiento.
- 5) El dualismo entre ser y deber.
- 6) La sustitución de las hipóstasis metafísicas* con categorías trascendentales como condiciones de la experiencia.
- 7) La eliminación de la esfera subjetivista del psicologismo al dominio de la validez lógico-objetiva.

 * Hipóstasis. "En el lenguaje moderno y contemporáneo, el término es usado (aunque raramente) en sentido peyorativo, para indicar la transformación falaz o subrepticia de una palabra o de un concepto en sustancia, o sea en una cosa o ente. En este sentido se habla también de hipostasiar (franc. hypostasier) y de hipostización.

No obstante lo anterior, Treves recuerda el reproche que se le hizo a Kelsen el haberse apartado del principio fundamental de la Crítica de la Razón Pura, aquel - que reconoce que no se puede dar la representación de objetos externos sin la intuición sensible, o sea sin un elemento a-posteriori provisto por la experiencia.

"...no obstante la independencia de nuestros conceptos y - principios intelectivos puros de la experiencia y no obstante la aparente extensión mayor de su uso, sin embargo por - medio de ellos no se puede pensar absolutamente nada fuera del campo de la experiencia, porque ellos no hacen más que determinar la forma lógica del juicio en relación con las intuiciones dadas." " (72)

El propio Treves en otro artículo anterior sostiene que la finalidad de la obra de Kelsen es reducir la filosofía jurídica a una filosofía teórica del derecho o determinación teórica del propio objeto. Para llevar a cabo esta labor Kelsen se ha dejado guiar por la interpretación de la Crítica de la Razón Pura llevada a cabo por los representantes del neokantismo de Marburgo.

"Ha sido demostrado últimamente, cómo Kelsen ha aplicado al campo del derecho los principios del neo-kantismo de Marburgo, excluyendo la estética y la dialéctica, reducía la Crítica de la razón pura a la sola analítica trascendental, que llegaba a ser por esto, lógica creadora y productiva de toda la realidad..." (73)

En opinión de Treves, la analítica trascendental que da lugar a la lógica del conocimiento puro de Hermann Cohen, es una **lógica creadora y productiva de la realidad**. Esto es muy importante porque se llegará a la conclusión errónea de que la ciencia es la fuente del derecho.

 (72) RENATO TREVES. EL FUNDAMENTO FILOSOFICO DE LA TEORIA PURA DEL DERECHO DE HANS KELSEN.
 p. 22

(73) RENATO TREVES. EN ANALES DE JURISPRUDENCIA. NEO-HEGELISMO ITALIANO Y NEO-KANTISMO ALEMAN EN EL PENSAMIENTO JURIDICO CONTEMPORANEO.
 p. 630

"Sólo el concepto puro, sólo el derecho de la ciencia del derecho es para Kelsen el verdadero derecho, el objeto propio de la jurisprudencia, de la nueva jurisprudencia que él quisiera purificar con el método trascendental, reduciendo toda la filosofía del derecho a geometría de los fenómenos jurídicos." (74) p. 630.

Para Treves, Kelsen trabaja más con conceptos abstractos que con conceptos puros y la teoría pura se presenta como insuficiente y unilateral, pues no se puede reducir el derecho a su pura forma y además no ha respetado el gran principio enseñado por Kant:

"...para el cual, las formas sin contenidos son vacías y los contenidos sin formas son ciegos." (75)

"Kelsen ha hecho consistir el derecho en un complejo de normas vacías, sin contenido." (76)

Por ello concluye Treves en este artículo lo siguiente:

"Algunos años ha, en un ensayo acerca del neo-kantismo contemporáneo, he buscado demostrar que la tentativa de dar una doctrina del derecho que sea pura, en sentido trascendental, falla tanto en las direcciones que la conciben como doctrina del universo lógico, como en las otras que la conciben como doctrina del principio ontológico del derecho." (77)

Treves hace ver entonces en el siguiente artículo, que Kelsen ha hecho a un lado siguiendo a Cohen, tanto la Estética como la Dialéctica Trascendental Kantiana, abandonando los conceptos de conocimiento, experiencia y síntesis. Luego la lógica del conocimiento puro de Hermann Cohen constituye en consecuencia el fundamento de la Escuela Jurídica Vienesa de Kelsen y su aplicación incluso es más fiel que la que el propio Cohen llevó a cabo en su Etica de la Voluntad Pura.

(74) Ibídem, p. 633

(75) Ibídem, p. 632

(76) Ibídem, p. 632

(77) Ibídem, p. 631

Kelsen parece estar de acuerdo con Cohen en que el error de la concepción Kantiana acerca del conocimiento, se encuentra en admitir que el pensamiento está precedido por la intuición sensible, de lo cual se sigue que el principio se encuentra "dado" fuera del pensamiento, cuando en realidad este principio ya está "puesto" en el pensamiento.

El pensamiento puro determina el conocimiento puro sin estar ligado a cualquier cosa de "lo dado" y de existente fuera de sí mismo.

Todavía con mayor profundidad, Cohen sustituye la síntesis de Kant que presupone siempre el dato sensible, por el nuevo principio del origen, de la fecundidad del pensamiento puro, principio de sí mismo que está fundado en el juicio, forma fundamental del ser. Se sustituye entonces el concepto de síntesis por el de producción.

En esta vía, recuerda la famosa polémica que Kelsen tuvo con Fritz Sander quien le critica el haber abandonado los principios fundamentales originales del pensamiento Kantiano.

"...y sostiene en consecuencia que Kelsen, al excluir la materia (Faktizität) como elemento metajurídico y al reducir el derecho a una simple forma conceptual pura (Normativität) termina confundiendo el pensamiento con el conocimiento, abandonando el principio Kantiano de la síntesis, identificando los juicios del derecho con juicios de la ciencia del derecho y considerando esta última como fuente del derecho mismo (Das Dogma von der Wissenschafts als Rechtsquelle), luego recolocar el derecho en el reino ideal del deber, de la normatividad y a caer así en el iusnaturalismo logístico entendiéndose por iusnaturalismo toda concepción del derecho independiente de las objetivas y concretas instituciones humanas." (78)

 (78) RENATO TREVES. EL FUNDAMENTO FILOSOFICO DE LA TEORIA PURA DEL DERECHO DE HANS KELSEN.
 Op, cit. p. 23 y 24

Vale la pena puntualizar las críticas de Sander porque en el fondo lo son a una postura idealista y por ello a un supuesto desconocimiento o malentendido de Kant, por parte de Kelsen.

- (a) Reducir el derecho a una simple forma conceptual pura.
- (b) Confundir el pensamiento con el conocimiento.
- (c) Abandonar el principio de la síntesis.
- (d) Identificar los juicios del derecho con los juicios de la ciencia del derecho.
- (e) Considerar a la ciencia del derecho como fuente del derecho mismo. (Dogma).
- (f) Caer en un iusnaturalismo logístico por colocar el derecho en el reino ideal del deber.

Treves, dice que Kelsen respondió a estas críticas en el sentido de que no había ni un malentendido, ni un desconocimiento de la Crítica de la Razón Pura en lo relativo a la distinción entre el pensamiento y el conocimiento así como el importante papel que juegan la experiencia y las percepciones sensoriales en esa teoría. El proceder de Kelsen se debía a un determinado propósito, al convencimiento de que no se puede aplicar integralmente al campo del derecho, el método crítico usado por Kant en el campo de las ciencias naturales, porque ni el derecho ni la experiencia jurídica forman parte de la naturaleza.

Sander dice Treves, no entiende el pensamiento de Kelsen y demuestra no comprender que:

*"...la formulación gnoseológica, y en **consecuencia el conocimiento produce su objeto**" y que el rechazo del dogma de la ciencia como fuente del derecho no tiene nada que hacer con el hecho de esta producción." (79)*

Es necesario en este punto abrir un cómpas de reflexión. Aparece con toda claridad de nueva cuenta y cómo

(79) Ibídem, p. 25

se ha venido tratando desde el pensamiento de Maimón hasta el pensamiento de Hermann Cohen, el principio gnoseológico que afirma que el conocimiento produce su objeto y que constituye el primer postulado de esta investigación.

Ahora bien, con todo cuidado se citará a Treves textualmente para mostrar que él tampoco entiende con toda claridad el peligro que se sigue de este principio gnoseológico, si no se le delimita con todo cuidado, al precisar que el **conocimiento produce un objeto de conocimiento, pero no un objeto real**. Dice Treves:

*"A diferencia de Sander, para Kelsen el derecho no es más que un conjunto de proposiciones, de normas, de conceptos intelectivos puros los cuales son producto de una actividad de conocimiento que, siendo independiente de todo dato sensible, es de naturaleza bien diversa de la Kantiana. **Actividad cognoscitiva pura, la cual, siendo la verdadera creadora del derecho no puede ser confundida con la ciencia del derecho, como lo hace Sander...**" (80)*

Vamos por partes, asegura Treves que para Kelsen que el derecho es el resultado de una actividad cognoscitiva pura, de una actividad de conocimiento y que el derecho se encuentra formado de conceptos intelectuales puros, de normas, de un conjunto de proposiciones.

Como puede claramente observarse, Treves confunde el derecho real formado por normas, con el objeto de conocimiento producido por la ciencia. Pero entonces ¿Quién crea la ciencia?, ¿Se trata de otra actividad del conocimiento, de la razón?

Veamos que dice Kelsen:

"Puesto que la ciencia es función cognoscitiva y descripción, y no función volitiva y prescripción." (81)

(80) *Ibídem*, p. 24

(81) **TPD**, Op, cit. p. 86

Aquí precisamente es cuando cobra importancia esta investigación pues Treves desconoce o no ha puesto atención en el **tercer postulado** que guía el pensamiento de Hans Kelsen, a saber, la voluntad es la que crea el derecho, la razón solamente lo describe y explica.

*"Evidentemente, otra cosa es la creación y aplicación del derecho. Estas no apuntan a los conceptos; tienen que crear normas jurídicas, son funciones de la **voluntad**, no del conocimiento tienen ante todo que crear el material que la ciencia del derecho se ocupa de concebir. Esta confusión es solo posible porque en la jurisprudencia tradicional no se distingue el conocimiento del derecho, de la creación y aplicación del derecho, y la teoría del derecho, de la praxis del derecho;..."*
(82)

Treves es presa de un error de interpretación porque en los Hauptprobleme der Staatsrechtslehre:

I) Kelsen no había distinguido con toda claridad los enunciados o proposiciones de la Ciencia Jurídica con las normas que conforman el Derecho.

"Solo más tarde Kelsen distinguirá también terminológicamente la proposición jurídica que describe una norma jurídica (Soll-Satz) con la misma norma jurídica (Soll-Norm)" (83)

II) Confusión que es muy fácil de entender, cuando Kelsen en sus escritos iniciales compara las leyes naturales que son una creación de las ciencias físicas con las normas jurídicas o con las normas en general que integran respectivamente el derecho o los órdenes normativos.

"Por donde el concepto que corresponde al de la ley natural concreta o al de la ley moral específica, en el campo del

(82) Kelsen, Hans. ¿QUE ES LA TEORIA PURA DEL DERECHO? 9a Ed. Ed. Fontamara. S.A. México, D.F., 2002 p. 48 49.

(83) LOSANO, G. TEORIA PURA DEL DERECHO. (Evolución y Puntos Cruciales). Ed. Temis. S.A. Bogotá, Colombia. 1992. p. 10

derecho, es el concepto de norma jurídica." (84)

El objeto de estudio de las ciencias físicas son los hechos empíricos, mientras que el objeto de estudio de la ciencia jurídica son las normas que integran el derecho positivo, por lo cual una adecuada comparación solamente puede darse **entre objetos de estudio o entre enunciados o proposiciones científicas**. No tiene sentido comparar una ley natural con una norma, porque esa ley natural solamente podría ser comparada con los enunciados o proposiciones jurídicas que explican las normas.

"La diferencia se muestra en que los enunciados deónticos formulados por la ciencia del derecho que describen el derecho y que no obligan y 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 falsas, sino sólo válidas o inválidas, de igual suerte que los hechos empíricos - no son ni verdaderos ni no verdaderos, sino que existen o no existen, mientras que sólo los enunciados sobre esos hechos pueden ser verdaderos o no verdaderos." (85)

III) Tanto el objeto de conocimiento jurídico como la ciencia que lo estudia son creaciones humanas.

Es prudente la siguiente observación. Mientras los hechos naturales no son creados por los hombres, en el campo jurídico tanto las normas que prescriben conducta como los enunciados o proposiciones que los describen son una creación humana. Ahora bien estas creaciones jurídicas se dan en momentos distintos, porque primero tiene que haber un derecho positivo y después la ciencia que lo explicará. Siendo pues ambas creaciones humanas, es muy fácil pensar que la ciencia crea el derecho. No dilucidar claramente lo anterior, lleva al error de pensar que hay una Facultad de Derecho, cuando en realidad es la Facultad de las Ciencias Jurídicas.

(84) KELSEN, HANS. PROBLEMAS CAPITALES DE LA TEORIA JURIDICA DEL ESTADO. (Desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica)
Ed. Porrúa, S.A., México, D.F., 1987. p. 4

(85) TPD, Op, cit. p. 86

Regresando con el análisis del profesor Treves, éste sin embargo, no ha quedado contento con su explicación y en una nota a pie de página dice como sigue:

"Para Kelsen, objeto de la ciencia del derecho, es sólo un - complejo de juicios sobre el derecho, un conjunto de proposiciones jurídicas, es pues el derecho de la ciencia del derecho (Das Recht der Rechtswissenschaft). De esta manera, observamos nosotros, la ciencia del derecho no sería otra cosa que el "erkenntnistheoretische Formulierung" y su objeto no sería distinto de aquel que para Kelsen representa el derecho, y que sin embargo, frecuentemente se designa como ciencia del derecho." (86)

Ahora la interpretación es diferente, hay **dos objetos distintos**, uno es el derecho positivo, el otro ha sido creado o formulado en forma teórica por la ciencia jurídica y no es distinto del primero porque habrán de coincidir en los aspectos objetivos formales. Es tan importante la relación que hay entre estos dos objetos, que Kelsen tuvo que aclarar ante las constantes críticas de formalismo hacia su teoría, lo siguiente:

*"Pero la teoría pura del derecho es una **teoría pura** del derecho, no la teoría de un **derecho puro**." (87)*

Pero el **objeto** creado por la ciencia jurídica en forma teórica cognoscitiva si que lo es, pues es el resultado del proceso de depuración o aplicación del principio de pureza metódica que se explicará más adelante. A Kelsen por otra parte, le faltó hacer más explícitas las constantes relaciones dialécticas entre la ciencia jurídica y el derecho positivo.

Aquí se cierra este compás de reflexión, regresando a lo que Treves considera el núcleo teórico fundamental, el elemento esencial de la doctrina pura del derecho que le trae su unidad y armonía. Señala que fué una nota de Edwald publicada en los Kantstudien de 1912 lo que llevó a Kelsen a leer a Cohen...

(86) TREVES, RENATO, Op, cit. p. 25

(87) KELSEN, HANS. ¿QUE ES LA TEORIA PURA? Op, cit. p. 30

"...y a afirmar especialmente el alto valor de la posición -gnoseológica fundamental de la Escuela de Marburgo para la cual el conocimiento constituye el origen, la fuente creadora del propio objeto." (88)

Todas las demás influencias serán reconducidas a la Lógica del conocimiento puro, a una idealidad-lógico-objetiva, en la cual estima Treves, reside el fundamento gnoseológico del pensamiento kelseniano.

La importancia de encontrar el fundamento filosófico de las teorías jurídicas kelsenianas llegó incluso a ser una preocupación del mismo Kelsen. En el prefacio a la segunda edición de Hauptprobleme der Staatsrechtrlehre y en otras obras, detalladamente señala las siguientes fuentes filosóficas de su pensamiento:

"A tal propósito, ha afirmado en efecto haber derivado el principio de la pureza de la filosofía neokantiana de Marburgo; la distinción entre ser y deber, entre leyes naturales y normas, de los sistemas de Windelband y de Simmel; la aversión al método sociológico y psicológico, de los escritos fenomenológicos de Husserl; las críticas a las hipostatizaciones y a las personificaciones de la ciencia jurídica de la doctrina de la ficción de Vaihinger, y así en adelante." (89)

Treves por su parte precisa que de la escuela neokantiana sud-occidental de Windelband y de Simmel, tomó lo siguiente: la distinción entre leyes naturales y normas, la norma como juicio del deber frente a la ley de la causalidad, la distinción entre las ciencias naturales y las ciencias del espíritu o ideales, así como la separación del deber (Sollen) del ser (Sein).

Del positivismo y pragmatismo de Mach y Vaihinger, la doctrina económica del pensamiento aplicable a la norma fundamental y la filosofía ficcionalista que le proporciona las críticas a los antropomorfismos, a las personificaciones, a las hipostatizaciones y substancializaciones.

(88) TREVES, RENATO, Op, cit. p. 31

(89) Ibídem, p, 11

Todas estas influencias y otras, serán encauzadas bajo el principio de la Lógica del conocimiento puro que inspira a la doctrina pura.

No obstante el acierto de Treves de encontrar el fundamento filosófico de la Teoría Pura del Derecho, en el neokantismo de la escuela de Marburgo, es importante hacer notar que Kelsen hace una adaptación de lo manifestado por Hermann Cohen en su lógica, porque no pierde nunca de vista el enfoque positivista, aunque tampoco adopta exclusivamente el método inductivo.

*"La idea del derecho a la cual las categorías jurídicas deberían tender por esa fuerza que empuja todo **lo condicionado hacia lo incondicionado**, es todavía más resueltamente excluida del sistema por Kelsen, que contrario a toda metafísica quiere excluir su doctrina iusnaturalística, y cuyos principios son, según él, incompatibles con los de una jurisprudencia positiva." (90)*

Por ello sostiene Treves, Kelsen no afirma que la ciencia jurídica sea una ciencia del espíritu y también se cuida de no caer en la crítica de Sander y sostener que la ciencia jurídica es la fuente del derecho. Algunas de las denominaciones negativas que se dieron a la doctrina de Kelsen son recogidas en la nota a pie de página que contrastan con aquella otra que la denomina: Doctrina Jurídica Trascendental del a priori jurídico.*

La siguiente cita, señala cómo Kelsen no admite el dogma de que la ciencia jurídica sea la fuente del derecho, ni tampoco que de los conceptos jurídicos puedan deducirse normas:

*"Ninguna otra teoría se ha opuesto con tanta energía como la teoría pura del derecho a la jurisprudencia de conceptos, al señalar, enérgicamente que **la ciencia del derecho no puede ser***

(90) TREVES, RENATO. Op, cit. p. 21

* Construcción dogmática, Metajurisprudencia lógica, Construcción conceptual abstracta inspirada en un logicismo empírico positivístico que se funda sobre una experiencia sólo imaginaria y que abstrae formas vacías de la materia del derecho positivo e histórico. Dogmática jurídica que investiga inductivamente los principios generales de los cuales deduce luego las consecuencias.

fuerza del derecho, que la deducción de normas jurídicas de los conceptos jurídicos es mero derecho natural y que de un conocimiento del derecho positivo que se mantenga dentro de sus límites no se puede obtener ni un ápice de nuevo derecho." (91)

Solamente un comentario a esta cita en el sentido de que hubiese sido mejor decir en vez de derecho natural, iusnaturalismo o teoría del derecho natural, como una de las corrientes de pensamiento que intenta derivar normas de conceptos jurídicos. Es frecuente encontrar en las traducciones de la obra de Kelsen, la mención de derecho natural en vez de iusnaturalismo, tal vez se deba a la afirmación del propio autor, de que esa corriente no distingue entre ciencia y objeto de estudio.

Mario G. Losano ha leído también estos pasajes de Renato Treves y dice lo siguiente:

*"...según la formulación de HERMAN COHEN; para quien no existe un objeto de conocimiento, que se ha de indagar según el método de cierta ciencia, sino simplemente el procedimiento de conocimiento que genera su objeto. "Por lo tanto, se puede decir -afirma un neokantiano- que el objeto del conocimiento surge solamente con el juicio científico, y precisamente este es el sentido de la revolución copernicana de Kant"; en otras palabras, para estos filósofos la concepción formal del derecho no sería un medio para conocer la realidad jurídica, sino que **coincidiría** con ésta." (92)*

En esta coincidencia se puede dar el problema y el salto del pensar-conocer a la realidad. Porque se identifica la posibilidad de conocer el objeto con el objeto mismo, aunque ahora se proporciona como argumento el contenido objetivo coincidente entre ambos.

Kelsen tomó aspectos del neokantismo de Marburgo para adaptarlos a su propia concepción que era sumamente parecida a la de Cohen, acentuando los aspectos idealis-

 (91) KELSEN, HANS. ¿QUE ES LA TEORIA PURA? Op, cit. p. 49 y 50

(92) LOSANO, G. TEORIA PURA DEL DERECHO. Op, cit. p. 4
 MARIO

tas hasta excluir toda influencia de la realidad empírica en el aspecto cognoscitivo.

"En su Lógica del conocimiento puro" (pág. 587) dice el fundador de la escuela de Marburgo, el filósofo kantiano Hermann Cohen: "Solo lo formal es objetivo, y por lo tanto, cuanto más formal es un método, tanto más objetivo puede ser. Y cuanto más objetivamente, en toda profundidad de la cosa, se formule un problema, tanto más formal deberá ser su fundamento". Quien no comprende esto no sabe qué es lo que le interesa al conocimiento científico." (93)

Kelsen habría hecho una particular aplicación del método trascendental al derecho, mediante su teoría pura concentrándose como lo sugieren los neokantianos en el concepto, y este es el de Sollen (deber ser) que garantiza la necesidad y la validez general del conocimiento.

"Así como las categorías kantianas son puras formas de pensamiento, así mismo las normas jurídicas de Kelsen tienen un valor puramente formal, porque están separadas de toda experiencia social." (94)

Ahora bien, se ha prescindido de "lo dado" entendiéndose por éste, no algo incognoscible, sino lo que es externo al sujeto en la vía, de Reinhold, Schulze, Maimón, Fichte, Schelling, Hegel, Cohen, Natorp y otros que piensan en la misma línea. La síntesis de Kant ha sido cambiada por la producción. En el campo jurídico esta transformación tendrá un gran éxito porque se trata como ya se explicó de dos objetos creados por la razón que llegan a ser coincidentes.

"...no tiene necesidad de ser unido en síntesis con algo real, para permitir el conocimiento del derecho, sino que al contrario, debe mantenerse netamente separado de lo real, del Sein (Ser), porque es extraño al proceso cognitivo en el cual la ciencia jurídica genera su objeto." (95)

(93) KELSEN, HANS. ¿QUE ES LA TEORIA PURA? Op, cit. p. 48

(94) LOSANO, G. M. TEORIA PURA DEL DERECHO. Op, cit. p. 9

(95) Idem.

1.3.6. RESUMEN Y CONCLUSIONES

- 1.- La ciencia parte de principios o proposiciones fundantes que reciben el nombre de postulados. Todos los postulados son principios pero no todos los principios son postulados, pues los axiomas y teoremas también son considerados como principios.

Los postulados son aquellas proposiciones o enunciados que sin ser demostrables ni evidentes, se les considera como verdaderos al inicio de una investigación científica pero siempre tienen un carácter hipotético.

- 2.- De la Teoría Pura del Derecho podrían obtenerse en una reconstrucción dos posibles concepciones de postulado:

- a) **SON LOS PRINCIPIOS DEL CONOCIMIENTO QUE VALEN SIN EXCEPCION, DENTRO DE DETERMINADOS LIMITES.**
- b) **SON LOS PRINCIPIOS DEL CONOCIMIENTO HUMANO - QUE TIENEN MAYOR PROBABILIDAD DE SER EXPLICATIVOS DENTRO DE DETERMINADOS LIMITES.**

- 3.- Se propone como hipótesis que para comprender la TPD es necesario dilucidar los postulados de índole filosófica y jurídica que Kelsen empleó en su construcción. Los postulados de índole filosófica conducen a los siguientes tres capítulos de esta investigación:

CAP. 2 EL METODO DETERMINA EL OBJETO DE ESTUDIO.

CAP. 3 LA SEPARACION ENTRE EL SER (SEIN) Y EL DEBER (SER) (SOLLEN) .

CAP. 4 LA DISTINCION ENTRE LA RAZON Y LA VOLUNTAD EN LA DESCRIPCION DE LAS NORMAS.

- 4.- El primero de estos postulados por su propio contenido hace una referencia inmediata a la gnoseología, epistemología o teoría del conocimiento, aunque desde luego también tiene implicaciones lógicas y metodológicas. Sobre los problemas ontológicos que entraña este postulado se tratará a lo largo de esta investigación.
- 5.- Para penetrar en el sentido del primero de estos postulados es necesario esclarecer de que manera las nociones de "*lo dado*" (aquello que se aparece y afecta al sujeto) así como "*lo puesto*" por éste (orden, unidad y sistema) en el proceso del conocimiento, se fueron modificando desde Emanuel Kant hasta llegar a Hans Kelsen.
- 6.- Kant trata de mantener un equilibrio entre "*lo dado*" y "*lo puesto*", lo *a priori* y lo *a posteriori*, la forma y la materia, de ahí la simetría - de sus conceptos. Pero en su análisis trascendental de lo que aportan las facultades de la razón pura en el proceso del conocimiento, muestra que solamente cuando se sustrae de los enunciados lo que el entendimiento y la razón han puesto *a priori*, entonces lo que queda es lo "dado".
- 7.- Los kantianos sospecharon que en la "conciencia" en su representación estaba la unión entre "*lo dado*" y "*lo puesto*", pero no porque "lo dado" - fuera anterior y exterior a ella, sino precisamente no hay nada en la conciencia que ella misma no haya elaborado y pueda llegar a ser conocido. Luego no hay realidades, cosas en sí mismas o noúmenos y estas nociones quedan reducidas a un puro concepto límite, con lo cual se da por terminado el dualismo kantiano.

- 8.- Schulze siguiendo Reinhold mostró que bastaba que la cosa en sí fuera pensable para que se siguiera que era cognoscible, "porque puesto que una cosa ha de ser pensada así y no de otra forma, es así y no de otro modo." Como el propio Kant ya - había criticado a los escolásticos por haber identificado el pensamiento y la realidad en sus pruebas sobre la existencia de Dios, Schulze hace ver la contradicción a que pueden conducir los propios razonamientos de Kant, es decir, de condiciones del pensamiento, se puede pasar sin más a determinar la realidad de cierta manera y ésta será así.
- 9.- Maimon en esta línea de pensamiento considera a la cosa en sí como un concepto límite que es inmanente a la conciencia porque fuera de la conciencia no hay nada. Sostiene sin embargo que lo dado no es producido por la conciencia, se encuentra en la conciencia indeterminada que procura determinarse en un conocimiento objetivo y por ello en una conciencia determinada. La conciencia mediante las formas a priori no alcanza nunca cubrir el contenido infinito de la experiencia. Ej: el X de las matemáticas que puede asumir diversos valores.

Es fácil entender ahora que Maimon supone la determinabilidad como el principio supremo de la conciencia, bajo el cual se produce un objeto - real de lo que se sigue a la larga que **LA CONCIENCIA SE DETERMINA A SI MISMA DETERMINANDO SU PROPIO OBJETO DE CONOCIMIENTO**. Es el primer antecedente del primer postulado de esta investigación.

Esta es la puerta al idealismo porque la conciencia es el fundamento trascendental, la posibilidad, la condición del conocimiento a la que será reducida la realidad. La balanza está del lado de "lo puesto", "lo dado" es ahora un resultado determinado.

- 10.- Con el idealismo, la posibilidad del conocimiento del objeto se identifica con la posibilidad del objeto mismo haciendo a un lado todo vestigio del realismo. Hay dos clases de idealismo que se siguen del kantismo, el subjetivista desarrollado por el postkantismo y el objetivista llevado a cabo por el neokantismo.
- 11.- Influenciados por el kantismo, Platón y el avance de las denominadas ciencias exactas, el neokantismo de la escuela de Marburgo, se proponen eliminar del pensamiento y del conocimiento todo elemento subjetivo, reduciéndolo a su significado lógico-objetivo. Toda una serie de categorías son desarrolladas por Hermann Cohen para este fin. La conciencia dejará su lugar al método trascendental en la fundamentación del pensamiento, por lo que ahora es **EL METODO EL QUE DETERMINA EL OBJETO DE CONOCIMIENTO**.
- 12.- El pensamiento y el ser coinciden en el conocimiento, en sus contenidos objetivamente válidos. Esos contenidos son válidos si se ha encontrado la ley que muestra la unidad y la regularidad bajo las cuales han sido producidos en un juicio. Esta ley se muestra siempre invariablemente inmanente, al proceso del conocimiento pues no puede encontrarse en otra parte más que en la creación objetiva misma de la cultura humana.
- 13.- El neocriticismo ha hecho suyas la mayor parte de las tesis sugeridas por el kantismo y entre ellas vale la pena subrayar las siguientes:
 - a) La superación del dualismo kantiano entre "lo dado" y "lo puesto" pero reduciendo la conciencia a la categoría de la posibilidad objetiva del conocimiento, según la ley del pensamiento.

Además mostrando que el sujeto y el objeto no se encuentran antes del conocimiento, son su resultado por ello los aspectos psicológicos no pueden estar antes de los fundamentos lógicos.

- b) La sustitución de la conciencia como el principio único y fundamental, por el método trascendental, que implica actividad, producción y unificación.
- c) La reducción de la cosa en sí a un puro concepto límite pero que ahora es exigido por el pensamiento pues se trata de la tarea infinita e interminable de determinar lo indeterminado: El contenido infinito de la experiencia.

Lo dado no es algo incognoscible sino solamente tiene el carácter de un problema que ha de ser reducido al fundamento unitario del conocimiento creador: la ley.

Incluso es pertinente observar que el mismo ejemplo aportado por Maimon de la X matemática que puede asumir los valores particulares de a, b, c, d, etcétera,* es retomado por Cohen y Natorp.

- d) El principio de la conciencia es la determinación: **LA CONCIENCIA SE DETERMINA A SI MISMA DETERMINANDO SU PROPIO OBJETO DE CONOCIMIENTO.** El neokantismo lo recoge ahora como el principio del pensamiento: porque pensar quiere decir determinar, **PUES NADA PUEDE ESTAR DETERMINADO PARA EL PENSAR QUE EL MISMO PENSAR NO HAYA DETERMINADO.**

 * Véase pág 27 la cita 39 de este trabajo. Es recogido por Natorp veáse pág 37 la cita 51.

f) El mismo problema señalado en Maimon de una conciencia que se convierte en una **facultad de intuición intelectual**, es decir, en un conocimiento directo de las cosas que las produce o crea para el conocimiento y termina en la coincidencia de su realidad, aparece en el neokantismo de la escuela de Marburgo.

14.- El neocriticismo ha transformado el idealismo al sustituir el elemento subjetivo de la conciencia por un elemento lógico-objetivo: el método.

Con esto se muestra que el antecedente del primer postulado de esta investigación **EL METODO DETERMINA EL OBJETO DE SU CONOCIMIENTO** tiene su génesis y origen en aquel otro que sostiene que **LA CONCIENCIA SE DETERMINA A SI MISMA DETERMINANDO SU PROPIO OBJETO DE CONOCIMIENTO**.

15.- No hay una clara solución al problema expuesto por Schulze del salto entre el pensamiento y la realidad. Consiste este problema en que una vez establecido que algo para poder ser pensado tiene que ser pensado en cierto modo determinado, se concluye que por lo tanto existe en ese modo. Por el contrario, el ser y el pensamiento coinciden en los **contenidos objetivamente válidos** del conocimiento en una tarea progresiva infinita. Nada hay extraño al pensar y desde luego que el elemento objetivo se encuentra en el proceso del mismo pensar.

16.- Una de las salidas al problema anterior consiste en afirmar que la construcción llevada a cabo en el pensamiento, **no es la producción del objeto mismo**, sino de sus **condiciones cogniti-**

vas. Esta es la vía seguida por Kelsen. Sin embargo, el problema persiste porque se establece que algo para poder ser pensado lo tiene que ser bajo esas condiciones cognitivas, es decir, de una cierta forma determinada y se concluye por lo tanto que existe de ese modo porque si no fuera así sería algo incongnoscible. A Kelsen incluso se le ha llegado a criticar que más que establecer cuáles son las condiciones para poder pensar el derecho, termina por prescribir en la TPD como científicamente debe de abordársele.

SI EL METODO DETERMINA EL OBJETO DE CONOCIMIENTO...PUESTO QUE UNA COSA HA DE SER PENSADA ASI Y NO DE OTRA FORMA, ES ASI Y NO DE OTRO MODO.

- 17.- Renato Treves encuentra que hay los suficientes elementos para comprobar la influencia de Kant y Hermann Cohen en la obra de Hans Kelsen. Incluso el propio Kelsen cita en sus obras estas fuentes de inspiración. Entre estos elementos se encuentran desde luego los antecedentes de los dos primeros postulados de esta investigación.
- 18.- Sin embargo, hay que tener mucho cuidado porque Kelsen no aplica en su obra jurídica en su totalidad las enseñanzas y los principios que se derivan de la Crítica de la Razón Pura pues él piensa que su interpretación es mucho más acorde con las obras de Hermann Cohen: la lógica del conocimiento puro y la ética de la voluntad pura.
- 19.- De ello se desprende que Kelsen acepta la sustitución de las síntesis kantiana, por el nuevo principio del origen, del cual se sigue la producción del conocimiento. Esto le acarreó varias críticas y entre ellas resalta la de Fritz Sander.

- 20.- Son muy importantes las críticas de Fritz Sander como incluso lo reconoce el propio Kelsen porque muchas de ellas con diversos matices, son siempre traídas a colación por sus críticos:

Caer en un iusnaturalismo logístico por colocar el derecho en el reino ideal del deber.
Reducir el derecho a una simple forma conceptual pura.

Confundir el pensamiento con el conocimiento
Considerar a la ciencia del derecho como fuente del derecho mismo. (Dogma).

Identificar los juicios del derecho con los juicios de la ciencia del derecho.

- 21.- De la lógica creadora y productiva de la realidad de Hermann Cohen puede seguirse el malentendido de que Kelsen a través de la TPD crea el derecho. Si interpreto bien a Treves, el mismo a veces se ve confundido por el pensamiento de Kelsen, porque Kelsen no había definido aún la distinción entre enunciado o proposición científico jurídica y las propias normas jurídicas. En el cuarto capítulo hay una cita del propio Kelsen que da lugar a confundir las ciencias normativas con sus objetos de estudio.*

Pero más tarde en un siguiente artículo, Treves aclara en una nota de pie de página que el objeto de la ciencia del derecho, es una formulación teórica "erkenntnistheoretische Formulierung" de proposiciones jurídicas con las que se representa el derecho y por ello llega a coincidir con él, en los contenidos objetivamente válidos que de acuerdo a Cohen son formales. Se trata entonces de dos objetos coincidentes.**

* Véase la cita 296 en la página 293 de esta investigación.

** Véanse citas (86) en la p. 60 y (93) en la p. 64

- 22.- Efectivamente la teoría pura del derecho no lo es de un derecho puro, es la teoría la que es pura, pero el objeto que ella produce si lo es como resultado del proceso de depuración, limitándose a manejar aspectos lógico-formales. No es un duplicado del derecho positivo, es el objeto construido por la teoría y como tal un instrumento o modelo de explicación.
- 23.- Treves encuentra que el **núcleo teórico fundamental** de la doctrina pura del derecho se encuentra en la afirmación tomada de la escuela de Marburgo para la cual *el conocimiento constituye el origen, la fuente creadora del propio objeto*. En otras palabras el primer postulado de esta investigación: el método determina el objeto de conocimiento.
- 24.- Todas las demás influencias del pensamiento kelseniano giran en torno de este núcleo teórico y son reconducidas a él, razón por la cual, este núcleo constituye el primer postulado de esta investigación.
- 25.- Kelsen se opondrá a considerar a la ciencia como fuente del derecho en virtud de que la razón - solamente describe o explica el derecho. En tal caso es la voluntad de donde se deriva el derecho. Este es el tercer postulado de esta investigación desarrollado en el cuarto capítulo.

CAPITULO 2. **EL METODO DETERMINA EL OBJETO DE ESTUDIO.
EL CONOCIMIENTO CONSTITUYE EL OBJETO DE
ESTUDIO.**

**"LO PRODUCE AL CONCEBIRLO COMO UNA TOTALIDAD DOTADA
DE SIGNIFICADO". Kelsen**

Este es el postulado y principio más general* del que parte la Teoría Pura del Derecho en adelante (TPD). Muestra el camino en el cual la Ciencia Jurídica en opinión de Hans Kelsen tiene que abordar su objeto de estudio, es decir, la manera en que puede ser pensado el derecho. Dicho postulado se encuentra encerrado en un párrafo muy amplio que será dividido en tres partes para llevar a cabo su análisis. Primero la parte eminentemente filosófica (metodológica) del postulado:

*"Es también verdad que, en el sentido de la teoría del conocimiento kantiana, 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." (96)**

2.1 Se parte de la teoría del conocimiento Kantiana.

Vale la pena reflexionar en que es el propio Hans Kelsen quien señala la fuente y las bases de su teoría del conocimiento, éstas se encuentran en el pensamiento de Emanuel Kant. Sin embargo, en el primer capítulo de

*El primer postulado de los tres propuestos en el esquema de investigación de esta tesis doctoral, aparece en la Teoría Pura del Derecho (TPD) hasta el Capítulo tercero relativo a el Derecho y la Ciencia, en el apartado diez y seis que lleva por título norma jurídica y enunciado jurídico, en la página 85. No se hace mención de este postulado en los prólogos de la obra citada ni tampoco en los anteriores capítulos. Este tendría que ser el punto de partida en el desarrollo de la TPD, en una presentación que fuera de lo más general a lo más particular. Es por lo tanto el postulado más general de índole filosófica desde el cual se tiene que iniciar la comprensión de la TPD, pues es condición incluso de los otros dos postulados que serán tratados en esta tesis.

(96) KELSEN, HANS. TEORIA PURA DEL DERECHO.

Trad. Roberto J. Vernengo.

Editorial Porrúa, D.F., 1998.

Esta es la segunda edición de la TPD2 del año de 1960. La edición de la UNAM tiene un prólogo del Dr. Rolando Tamayo y Salmorán. P. 85

* El párrafo seguirá siendo citado para su análisis con el número de su cita (96)

esta investigación, ha quedado claro la evolución por las que atraviesan las ideas de Kant sobre "lo dado" y "lo puesto". Primero en la etapa del **kantismo** poniendo en duda "lo dado" como algo externo a la conciencia y más tarde en el **postkantismo** ocasionado que prevalezca "lo puesto" en sentido subjetivo. Por último en el **neokantismo** de las escuelas de Marburgo y Baden donde "lo puesto" se impondrá en sentido objetivo.

Estas influencias no son mencionadas por Kelsen en el párrafo que se está analizando, pero alguna pista de ellas se encuentra citada en el prefacio a la segunda edificación de sus *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (*Problemas fundamentales de la teoría jurídica del Estado*). Luego, de acuerdo al primer capítulo de esta - investigación, no se trata solamente de Kant, sino también de los kantianos: Karl Leonhard Reinhold, Ernst Gottlob Schulze y Salomón Maimón así como de la versión neokantiana de Hermann Cohen y Paul Natorp entre otros* y en particular del **método trascendental**. Hay por lo tanto una marcada influencia de la **teoría del conocimiento kantiana y neokantiana** en la elaboración de la TPD.

 * Hermann Cohen (1842-1918) es uno de los fundadores de la Escuela de Marburgo. Pretende dicha escuela llevar el método trascendental kantiano hasta sus últimas consecuencias. "Cohen hace del idealismo una dirección enteramente objetiva, una filosofía en la cual el problema de la dualidad del pensamiento y del objeto queda resuelto por su identificación. Mientras Kant había distinguido entre lo dado y lo puesto, Cohen admite solamente lo puesto, pero éste equivale, más bien que al acto subjetivo del pensar, al contenido objetivo del pensamiento, que de este modo se convierte en fundamento del objeto. El pensamiento no es para Cohen el producto de una actividad subjetiva: es la estructura interna del objeto de la ciencia, el contenido de la conciencia y a la vez del ser. Por lo tanto si el ser es el pensamiento, también el pensamiento es aquello que se halla puesto en el ser por constituir su contenido esencial." Se trata entonces de un idealismo objetivo que pretende ir más allá del idealismo subjetivo. El subrayado ha sido agregado para facilitar la lectura.

* Natorp, Paul (1854-1924) es uno de los principales representantes de la Escuela de Marburgo. Modifica el método crítico y trascendental kantiano a fin de hacerlo aplicable a todas las disciplinas. "Este método crítico, y trascendental, es a la vez una ciencia: la ciencia que muestra cómo se «engendran» lógicamente los conceptos."

FERRATER MORA, DICCIONARIO DE FILOSOFIA. 4 tomos.
 JOSE. Editorial Ariel, S.A. Barcelona, España. 1994.
 p. 585 y 2498 respectivamente.

2.1.1 Es un postulado aplicable a todas las ciencias.

"...al igual que todo conocimiento, posee un carácter constitutivo...." (96)

De esto se sigue que en esa concepción, toda ciencia y por ende todo conocimiento científico tienen una participación creativa en su objeto de estudio, al pensarlo como una unidad dotada de sentido o totalidad significativa. La TPD parte entonces de un postulado de índole general de carácter filosófico epistemológico, es decir, aplicable a todas las ciencias bajo ese modelo de entender el proceso del conocimiento.

Cada ciencia sin embargo, tiene su propio método para generar su particular objeto de estudio, razón por la cual un mismo objeto no puede ser producido por dos ciencias distintas.

Ota Weinberger citado por Losano explica esto de la siguiente manera:

*"-según su terminología neokantiana- que el objeto de la ciencia es determinado sobre todo por su método, es decir, por su modo de observar y aprehender las cosas. Esta aseveración debe entenderse en el sentido de que la ciencia no describe las entidades como **son en sí**, sino más bien que el objeto del sistema científico está formado por el punto de vista, que a su vez es definido por el modo con que el problema es formulado y tratado. La ciencia es, pues un todo ordenado, un sistema de conocimientos correspondiente a la formulación del problema." (97)*

El lector tiene que tener también una idea de aquellos que se oponen a esta metodología y entre ellos es conveniente citar a Otto von Gierke en su crítica al formalismo. Reconoce Gierke que es un gran mérito demostrar la independencia relativa del Derecho respecto de las fuerzas que lo originan y aunque su crítica no va dirigida a Kelsen vale la pena citar lo siguiente:

(97) LOSANO MARIO G. Op, cit. p. 195

"Los que siguen esta dirección cambian la relación que ha de existir entre Derecho y ciencia del mismo y dicen: 'que la esencia del Derecho se encuentra en su formulación científica, olvidando que el Derecho tiene existencia real antes de que la jurisprudencia nazca y sin ella'. Para el formalismo, el todo es el sistema que de medio auxiliar se convierte en fin mismo, con lo cual, dice Gierke, en vez de encontrarnos con un organismo vivo, nos hallamos con un aparato formal, muerto, en una palabra, con una mera técnica exterior del Derecho." (98)

Haciendo a un lado su visión organicista, no cabe duda de que Gierke ve con toda claridad la postura opuesta al neocriticismo donde el método determina el objeto de conocimiento, pues establece que el derecho como objeto de estudio, es algo que existe en sí mismo, es una creación cultural y no puede ser reducido a una formulación científica cuya única finalidad es la de servir de un medio auxiliar para comprender algo que ya tiene una existencia real antes e independientemente de la jurisprudencia.

El contraste de ambas posturas puede darse en esta afirmación de Jellinek:

"Los métodos son determinados y modificados por la naturaleza peculiar del objeto a que se aplican", es inaceptable para Kelsen ya que éste parte de la tesis de su maestro Cohen, el método crea el objeto de conocimiento." (99)

En el campo de las ciencias y en particular en el de la ciencia jurídica surge el problema de la relación con su objeto de estudio el derecho y con ello también el dilema del enfoque **epistemológico** versus el **ontológico**, que da lugar a tres posibles puntos de vista:

El método determina el objeto de conocimiento.

El objeto de estudio determina el método.

Hay una influencia recíproca entre ambos.

 (98) JELLINEK, G. REFORMA Y MUTUACION DE LA CONSTITUCION
 Estudio Preliminar de Pablo Lucas Verdu.
 Centro de Estudios Constitucionales. Madrid,
 España. 1991. p. XXXIV.

(99) *Ibidem*, p. XLV

2.1.2 La creación del objeto de conocimiento por parte del sujeto.

"...al igual que todo conocimiento, posee un carácter constitutivo y, en consecuencia, "produce" su objeto al concebirlo como una totalidad significativa." (96)

Lo que también puede apreciarse en la primera parte de la cita del famoso párrafo de la página 85, es que en ella se encierra ya un modelo, una forma de entender el proceso del conocimiento que se centra y parte del sujeto como constituyente del objeto de estudio.

La palabra "constitutivo" del griego *καταβολη* significa "fundación", "principio" o "comienzo" y más tarde en la historia de la filosofía mediante su empleo se entiende también el "crear propiamente dicho" y por último la simple "ordenación" de algo dado. De alguna manera todos estos significados convienen, son apropiados a este primer postulado filosófico de la TPD. (100)

Este postulado es un principio gnoseológico con el que comienza el desarrollo la TPD, al fundar el punto de partida del conocimiento en el sujeto y apuntar a la creación de un orden específico para comprender el objeto de estudio que en este caso es el derecho.

El principio sostiene entonces que el conocimiento del sujeto posee un carácter constitutivo que produce a su objeto al concebirlo como una totalidad significativa. Ej: Crear un mapa de las galaxias sólo tiene significado para el hombre. Nótese que no se están creando las galaxias pero que éstas no podrían ser comprendidas sin el mapa.

Esto mismo es aplicable en la descripción y explicación del derecho positivo. La ciencia jurídica no crea el derecho positivo, pero sin su labor éste no podría ser entendido.

(100) FERRATER MORA, Op, cit. p. 669

El postulado del cual se está tratando tiene que ser ubicado y entendido dentro del proyecto cartesiano de la filosofía moderna en el cual es el método el que determina el objeto de estudio. (101)

En otras palabras el sujeto juega un papel preponderante en el conocimiento del objeto pues le da una *unidad y un significado* que el objeto no *posee en si mismo*, esa unidad y ese significado son creados exclusivamente para su conocimiento. En forma más sencilla, el considerar el objeto de estudio como una unidad o totalidad significativa, es obra del sujeto y de su razón. Es una producción con carácter epistemológico.

Cuando sucede lo contrario y se considera que el objeto determina el método para su estudio, tiene entonces más relevancia aquello que le es dado al sujeto, llegando a adjudicarle a éste muchas veces una actitud pasiva y receptiva, incluso la de reflejar en su mente la realidad, mientras que si se parte de que es el método el que determina el objeto de estudio, el sujeto asume una actitud activa y por lo tanto constitutiva del objeto de estudio, se habla de la preminencia de lo que es puesto en el objeto.'

Vale advertir desde aquí que si ese objeto de estudio es el derecho, éste en sí mismo carece en consecuencia de una unidad y de un significado que solamente le puede ser dado por la Ciencia Jurídica exclusivamente para su conocimiento. Pero es necesario observar, que

(101) FERRATER MORA, Op, cit. p. 825

*El antecedente de esta postura relativa al proceso del conocimiento, la famosa inversión (pues ya no se parte del objeto) en la cual se pone el acento en el sujeto como constituyente del objeto de conocimiento, ha sido señalada en la filosofía como perteneciente a René Descartes en el empleo del método apropiado para conocer. El método parte de un primer principio indubitable, en el cual el sujeto y su razón adquieren preponderancia frente al objeto o mundo por conocer. *Ego cogito, ergo sum sive existo. "Yo pienso, luego yo existo"*. Con ello: "...hay la seguridad de que se ha alcanzado por vez primera una seguridad intelectual completa; hay la confianza en que todo hombre, por el mero hecho de serlo, puede llegar al conocimiento siempre que utilice el método conveniente..." "Por eso el método es como la clave de un lenguaje. Y por eso la filosofía de Descartes es casi el «programa» de la época moderna, cuando menos en tanto que exploración de las posibilidades de la razón.

tanto el derecho como la ciencia que lo estudia son creaciones humanas y entre ellas existe una relación dialéctica, razón por la cual el derecho aparece hoy en día como una unidad ordenada, la cual sin embargo, solamente puede ser entendida bajo el modelo de la ciencia jurídica.

El derecho actual, tal como lo conocemos, sería realmente imposible de comprender sin los desarrollos conceptuales de la ciencia jurídica, pero hay que tener presente también que esos avances tienen una influencia en la creación, modificación, aplicación y extinción del propio derecho.

Este aspecto tan importante de la relación entre la ciencia jurídica y el derecho es señalada por Vernengo, en una cita acerca de Weber en su tratamiento de la racionalidad científica:

"La tesis de Weber, cabe señalar, es que la racionalización de la ciencia del derecho es coetánea con la racionalización del derecho mismo, como logro de una mayor racionalidad teleológica en la producción y aplicación de las normas y en el funcionamiento de órganos burocráticos." (102)

En esta racionalidad es como la TPD concibe el derecho como una totalidad significativa, mediante la suposición de una norma fundante básica o Grundnorm o norma hipotética fundamental.

Esa norma fundante básica es la que proporciona la unidad del orden jurídico, al dotar a todas las demás normas de validez y suministrarles un significado objetivo. Esto sin embargo, será explicado con todo cuidado más adelante.

Vale decir por último, que a pesar de partir del sujeto, esta construcción del objeto de conocimiento no termina en un subjetivismo, como se verá a continuación.

 (102) SCHMILL, ULISES. PUREZA METODICA Y RACIONALIDAD EN LA TEORIA DEL DERECHO. (Tres ensayos sobre Kelsen)
 Ed. UNAM. México, D.F., 1984 p. 67

2.1.3 El conocimiento se inicia con un caos de percepciones sensoriales.

Ahora la aplicación de este postulado al campo de lo jurídico:

"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 ordenador 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 convierte en un sistema unitario y consistente, en un orden jurídico, mediante el conocimiento de la ciencia jurídica." (103)

Es prudente advertir que Kant no llevó a cabo, una aplicación de la Crítica de la Razón Pura al estudio del derecho, porque él consideraba que éste tendría que ser explicado por la Razón Práctica como una parte de la Metafísica de las costumbres. En los Principios metafísicos del derecho, lo que interesa es la legalidad de las acciones externas y precisamente prácticas de una persona que se encuentra obligada hacia la otras, mediante el principio del libre albedrío compatible con la libertad de los demás.

Kelsen como es sabido rechaza la doctrina kantiana de la moral contenida en la Crítica de la Razón Práctica y acepta tan sólo vía el neokantismo algunas partes de la Crítica de la Razón Pura, como atinadamente lo señala Vernengo pues difícilmente pueden aplicarse sus tesis más allá del campo de los fenómenos naturales.

"Su extensión a dominios distintos no es, sin embargo, evidente; piénsese en las ciencias formales, donde no juegan intuiciones sensibles de ninguna especie. Para Kelsen, sin embargo y en contraposición a orientaciones de tendencia fenomenológica, no tendría sentido hablar de datos jurídicos sensibles y de formas de la sensibilidad jurídica ("estética" en sentido kantiano). Lo que si subsiste es la idea de que toda ciencia involucra una tarea de ordenación de ciertos datos." (104)

(103) TPD2, Op, cit. p. 85

(104) Schmill, Ulises y Vernengo. Op, cit. p. 54. La nota 5

Sin embargo, Schmill en el libro ya citado, con la finalidad de explicar este primer postulado, parte de la clasificación de los juicios de percepción y de experiencia propuesta por Kant en sus Prolegómenos. Aquí se seguirá una vía diferente.

En el primer capítulo se analizó cómo en la teoría del conocimiento kantiana derivada de la Crítica de la Razón Pura, las percepciones sensoriales son provocadas por algo que no puede ser conocido en su esencia, por **UNA COSA EN SÍ (MISMA) O NOUMENO***. Sólo conocemos de las cosas (en sí) la forma en la que nos las representamos. Elaborar una "representación" de un objeto no es lo mismo que la "realidad" del propio objeto.

Algo es *dado* por esa realidad externa y algo es *puesto* por la razón humana en el proceso del conocimiento. La cosa en sí es necesaria** en la filosofía de Kant porque de otra manera la realidad externa al sujeto terminaría por ser una creación de su razón, es decir, sería equivalente a su representación. Se puede efectivamente prescindir de la COSA EN SÍ (MISMA) como lo hace el neokantismo*** pero entonces surge el problema de los límites del entendimiento y de la razón, pues la razón puede terminar por convertirse en creadora de la realidad, porque las representaciones no tendrían ya un sustrato real. Incluso sin la cosa en sí la palabra representación podría llegar a perder su sentido en esta teoría del conocimiento.****

* "'Noúmenos' y 'cosas en sí' son expresiones que designan lo que se halla fuera del marco de la experiencia posible...". Ferrater, Mora. Op, cit. p. 2589

** "Decir 'noúmeno' quiere decir simplemente «lo que no es objeto de nuestra intuición sensible». En la medida en que la cosa en sí es entendida asimismo como «lo que no es objeto de nuestra intuición sensible», noúmeno y cosa en sí son equivalentes." Ferrater, Mora. Op, cit. p. 2590

*** "De este modo, Jacobi ponía de relieve el conflicto entre la idea que Kant parecía mantener a veces de que las cosas en sí subyacen a, o son inclusive causas de, las apariencias..." "Parecía haber una razón para ello: si - las cosas en sí no son reales, esto es, si no hay algo «verdaderamente real», y no sólo fenoménico, entonces el mundo de los fenómenos carece de «soporte» y se convierte en un mundo soñado o meramente imaginado." Ferrater. Mora. Op, cit. p. 703.

**** veáse la cita relativa a Hermann Cohen en la página 75 así como lo relativo al neokantismo en la página 35 del primer capítulo de este trabajo. "Los más destacados postkantianos, representantes del idealismo alemán, rechazaron la noción de cosa en sí. Un ejemplo de rechazo pleno y simple es el de Fichte.

En otras palabras, ese caos de percepciones sensoriales es producido por algo, a ese algo, lo denominamos la naturaleza pero no la podemos conocer tal como es en sí misma como advierten las directrices que provienen de la Crítica de la Razón Pura de Kant. Ahora bien, si se aplican estas mismas directrices para explicar las normas jurídicas que provienen de una autoridad, nos tendríamos también que formar de ellas ciertas percepciones que no podríamos calificar simplemente de (sensoriales) porque no son obviamente iguales a las que nos provocan fenómenos de la naturaleza pues las normas jurídicas son creaciones humanas dotadas de un sentido, de un significado. Siendo una creación del hombre, son algo inteligible, algo pensado por medio de la razón.

Ahora bien, como todas las normas pueden pensarse, no puede aplicárseles estrictamente la noción kantiana de cosa en sí que se encuentre por detrás de las apariencias de la naturaleza como soporte de ellas. Esas apariencias además se dan en una "intuición sensible" a las cuales se les aplica la unidad de las categorías para elaborar la noción de fenómeno.

Por detrás de las normas como una creación inteligible solamente podría estar el **NOUMENO***, es decir, cosas que son meros objetos del entendimiento, aquellas que son pensadas por medio de la razón y más precisamente a través de una intuición no sensible y que tendría que ser intelectual.

Surge entonces el problema de que Kant considera que no poseemos esa clase de intuición intelectual en nuestra facultad de conocimiento y además que las categorías del entendimiento solamente pueden ser aplicadas a las apariencias que se presentan a nuestra intuición sensible, es decir, a los objetos de la experiencia, por ejemplo a la lluvia, pero no a las normas jurídicas.

También lo rechazaron los neokantianos, en particular los de la escuela de Marburgo,..." Ferrater. Mora. Op, cit. p. 703.

* Noúmeno. "El término 'númeno' (más propiamente, aunque escasamente usado en español, 'noumenon') significa «lo que es pensado», en plural 'númenos' (más propiamente, 'noumena'), «las cosas que son pensadas». 2590 y 91.

"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 ordenador de la ciencia, también la multiplicidad de normas jurídicas generales e individuales producidas por los órganos jurídicos,..." (96)

Habría por lo tanto dos aspectos criticables en la apreciación de Kelsen, o mejor dicho, en la analogía empleada entre "el caos de percepciones sensoriales y la multiplicidad de normas jurídicas" si se siguieran al pie de la letra las enseñanzas de Kant. El caos no estaría en primer lugar hablando propiamente en la multiplicidad de normas jurídicas, sino rigurosamente siguiendo a Kant, EN LA MULTIPLICIDAD DE LAS PERCEPCIONES (SENSORIALES) RELATIVAS A ESAS NORMAS JURIDICAS. No cabe duda que antes de llegar a comprender qué son las normas jurídicas y otras reglas, todos hemos sentido de alguna manera sus efectos, piénsese en todas las órdenes dadas por un superior sustentadas en normas que ocasionaran en una persona sensaciones muy diferentes a los producidos por los fenómenos de la naturaleza como la de estar mojado por la lluvia. Sólo en segundo término se presentaría el caos de la multiplicidad de normas jurídicas, si se tuvieran de antemano las nociones de norma jurídica y de órgano jurídico. Denominaré a esta percepción sensorial como significativa para diferenciarla de la simple percepción natural.

Esto por un lado y por el otro tendría que haber un **noúmeno** que pudiera estar por detrás de las normas jurídicas, lo cual nos llevaría a sostener la existencia de una intuición intelectual y la no aplicación de las directrices contenidas en la Crítica de la Razón Pura para esta clase de objetos: las normas.*

Ahora bien, si forzando a Kant se pudiera denominar tanto al caos de las percepciones sensoriales, como a la multiplicidad de normas jurídicas como fenómenos y además hacer a un lado el problema de la cosa en sí o -

* Alguien podría sostener en esta vía que tampoco es posible conocer una norma en sí misma, sin embargo no pueden confundirse los problemas de interpretación de las normas jurídicas con el problema de la cosa en sí, por un lado y por el otro las normas jurídicas tendrían atrás un noúmeno, ¿creado por el legislador?.

noúmeno como lo hace el neokantismo, de todas maneras la diferencia entre los fenómenos de algo que no ha sido creado por el hombre y los fenómenos de algo que es creado por él, muestran importantes diferencias.**

Si se entiende por "lo dado" el caos de las percepciones sensoriales significativas que se refieren a la multiplicidad de normas jurídicas, se comprenderá que "lo dado" no puede ser eliminado del todo porque es exigido lógicamente por el sujeto, para todo aquello que lo afecta y que él **no ha producido**. En la analogía presentada por Kelsen, "lo dado" es el **derecho positivo** creado por la **autoridad jurídica**.

Como también se analizó, es el propio Kant quien señala que no podemos hablar de algo a menos que se nos de **ordenado**. En rigor, el caos de las percepciones sensoriales y la multiplicidad de normas jurídicas "dadas" a la ciencia jurídica, son algo que **ya está elaborado**, "puesto" por la conciencia, como llegarían a concluir los kantianos, pues nada hay en la conciencia que la propia conciencia no haya determinado. Llega a estar "puesto" en la conciencia bajo los conceptos de derecho positivo y autoridad jurídica.

Así pues, tenemos un sujeto que no ha creado el derecho positivo y por lo tanto éste le es "dado" y por otra parte, tiene que tener un concepto que le permita ordenar y designar esa multiplicidad de percepciones sensoriales "significativas", como una multiplicidad de normas jurídicas y ese concepto proporcionado por la ciencia jurídica es el de derecho positivo.

** Por las razones que siguen he denominado a estas percepciones sensoriales como "significativas".

** Hay que tener en cuenta para el ya versado en estos temas que la norma jurídica es para Hans Kelsen un esquema de explicitación o explicativo que dota de sentido objetivo a los actos subjetivos de un hombre y que estos actos subjetivos tienen una autoatribución de su significado, que establece el sentido de lo que pretenden ser, es decir, de la manera en que tienen que ser entendidos. Lo cual quiere decir en simples palabras que las normas no admiten punto de comparación con los fenómenos de la naturaleza pues son dos objetos de conocimiento totalmente distintos. Los fenómenos de la naturaleza no pueden ser tomados como esquemas explicativos ni poseen una autoatribución de significado y además no son creados por la **voluntad humana**. Esquema de explicitación y autoatribución de significado son explicados más adelante. La voluntad será analizada en el tercer postulado de esta investigación.

Los "kantianos" sospecharon que no había nada incognoscible y por lo tanto prescindieron de la cosa en sí y del noúmeno, reduciéndolos a conceptos límites. Maimón fué más allá de Kant, en su opinión la conciencia resuelve el dualismo creado entre la Estética trascendental y la Analítica trascendental, entre la intuición sensible y las categorías, entre la materia y la forma, porque la conciencia es productora y creadora del conocimiento, del pensamiento real. Los objetos ahora son determinados meramente por la posibilidad de ser pensados, *"la conciencia se determina a sí misma determinando su propio objeto de conocimiento"*. La conciencia es por lo tanto una facultad de intuición intelectual superior que sintetiza todas las operaciones llevadas a cabo por las otras facultades humanas: la sensibilidad, el entendimiento, la imaginación, la razón. ***

Aparece entonces el primer antecedente del postulado que afirma que es el método el que determina el objeto de conocimiento, pues es la conciencia la que se determina así misma determinando su propio objeto de conocimiento.

Los neokantianos darán dos pasos más, eliminarán a la conciencia como un elemento subjetivo del pensamiento y del conocimiento. El pensamiento versa sobre el conocimiento y éste solamente puede ser comprendido en sus contenidos objetivamente válidos. Luego harán coincidir el pensamiento y el conocimiento.

Así pues los neokantianos de la escuela de Marburgo, proponen la constitución y construcción gnoseológica del pensamiento y de lo real, a través de los contenidos objetivamente válidos del conocimiento que se convertirán en el fundamento del objeto. De aquí entonces que se haya llegado a sostener que es el método el que determina el objeto de conocimiento.

*** veáse páginas: 26 a 29 y 19

Ahora el último paso, hacer coincidir el pensamiento con lo que es. Claro que en este punto estarán siempre expuestos a la crítica de Schulze del salto entre el pensar y la realidad, pues establecen que algo para poder ser pensado, tiene que serlo en un cierto modo determinado, bajo condiciones bien establecidas, es decir, en contenidos objetivamente válidos y de ahí se concluye que lo así pensado dada la objetividad de las condiciones, ya no solamente *es pensado sino que existe de ese modo*. Se puede hablar entonces de derecho positivo y de autoridad jurídica porque son contenidos objetivamente válidos creados por la ciencia jurídica para el pensamiento. Estos contenidos coinciden con el derecho positivo real que ha sido creado por una autoridad jurídica real.

Sin embargo, lejos se encuentra ya Kant con sus síntesis que han sido sustituidas por la producción de un juicio que comprende la unidad y la validez de lo afirmado, se ha pasado también de la formación del proceso del conocimiento de las ciencias físicas para entender los fenómenos de la naturaleza, a la aplicación del método trascendental como el marco filosófico y científico del que habrán de partir todas las ciencias.

Schmill ha seguido una vía más apegada a Kant para llegar a concluir que éste:

*"...afirma como proposición fundamental de su teoría, que la unidad de la ciencia constituye la unidad de las percepciones a las que la ciencia se refiere. A esta unidad de las percepciones, una vez conseguida, la denomina "objeto". Por eso la unidad de la ciencia constituye el objeto del conocimiento. Y esto, entonces, resulta claro, puesto que la palabra - "objeto" sólo significa aquí la unidad de las percepciones conseguidas por la unidad de la ciencia física. **El conocimiento constituye, en este sentido y sólo en este sentido, su objeto.**" (105)*

Nótese, como Schmill pone énfasis en el límite del postulado que se está estudiando, sobre esto tratara el último punto de este análisis.

(105) Schmill, Ulises y Vernengo. Op, cit. p. 26

2.1.4 La multiplicidad de normas que producen los órganos jurídicos constituyen el material dado a la Ciencia Jurídica.

*"también la multiplicidad de normas jurídicas generales e individuales producidas por los órganos jurídicos, que constituyen el **material dado** a la ciencia del derecho,..." (96)*

Las normas jurídicas -como se verá en seguida; son hasta cierto punto anteriores e independientes de los enunciados o proposiciones con los que la Ciencia Jurídica intenta describirlas. La razón más sencilla es que ella a través de esos enunciados o proposiciones las tiene que ordenar. Veánse las siguientes citas que preceden al párrafo que se está analizando.

"Los órganos jurídicos tienen, como autoridad jurídica, ante todo que producir el derecho, para que pueda luego ser conocido y descrito por la ciencia jurídica." (106)

"La ciencia del derecho tiene que conocer el derecho -por decir así, desde fuera-, y fundándose en ese conocimiento describirlo." (107)

"Es cierto que también los órganos de aplicación del derecho tienen que haber conocido previamente -desde dentro, por decir así- el derecho que tienen que aplicar." (108)

El objeto de estudio puede ser un sin número de fenómenos jurídicos, o una multiplicidad de normas que necesitan ser determinados, ordenados y sistematizados como naturaleza o como un orden normativo. Mientras que la naturaleza es explicada por el principio de causalidad, Kelsen encontrará en la imputación el principio explicativo de la normatividad. Queda sin embargo la pregunta por el fundamento de la unidad de la multiplicidad de normas, cuya respuesta se encuentra en una norma básica fundante pero que es necesario explicarla con todo rigor más adelante.

(106) TPD2, Op, cit. p. 85

(107) Idem

(108) Idem.

2.1.5 El estudioso del derecho ordena los datos que se le proporcionan formando un sistema unitario y consistente.

Estos datos son la multiplicidad de las normas de derecho positivo creadas por la autoridad para un orden jurídico estatal o para el Derecho internacional, aún en este caso el investigador tiene que buscar "la unidad del objeto como postulado gnoseológico" mediante la norma fundamental de un orden superior que representa el -supremo fundamento de validez de todas las normas, incluso de las de los órdenes inferiores. (109)

Ese orden no puede quedar al arbitrio de cada investigador, sino que pretende ser **objetivo** y por ende válido para cualquier otro estudioso del derecho y desde luego también anhela ser verdadero, es decir, contrastable con la realidad jurídica. Son los conocimientos objetivos los que pasan a formar parte de la Ciencia Jurídica tornándose independientes del investigador.

Así Kelsen refiriéndose a la teoría del "reconocimiento" en materia de derecho internacional por parte de un orden jurídico estatal, asegura que se establece un nexo de delegación entre ese orden y todos los demás órdenes jurídico estatales singulares, que constituye el punto de partida y de construcción de

"... la unidad de la imagen jurídica del mundo, y justamente en virtud de una tendencia inmanente al conocimiento jurídico que se impone aún contra la voluntad de sus portadores". (110)

Por último, la parte final del párrafo con una muy importante aclaración gnoseológica y metodológica.

(109) TPD1, Op, cit. p. 177 y 181

(110) Ibídem, p. 185

2.1.6 Esta producción o creación tiene un carácter puramente epistemológico.

*"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."
(96)*

No es la producción de objetos por el hombre ni la producción del derecho por la autoridad jurídica. Es una creación exclusivamente del entendimiento y de la razón. Es el orden o la unidad que proporciona la razón en el proceso del conocimiento.

Por ello se veía a Schmill asegurar en páginas anteriores que "el conocimiento constituye, en este sentido y sólo en este sentido, su objeto"*.

Luego entonces queda claro que las normas producidas por la autoridad jurídica no se confunden con los enunciados utilizados por la Ciencia Jurídica para describir las. Hace falta sin embargo, profundizar en la relación dialéctica que se da entre la labor del estudioso del derecho y la de la autoridad jurídica.

a) La ciencia jurídica a través de este postulado no crea el derecho, no es fuente del mismo.

Esto es muy importante porque con esta distinción Kelsen empieza a tomar cierta distancia de aquella lógica creadora y hasta cierto punto productora de la realidad de Hermann Cohen y rechaza el dogma que asegura que la ciencia jurídica es fuente del derecho. La propia crítica de Kelsen al iusnaturalismo, a la jurisprudencia tradicional, a la jurisprudencia de conceptos, así como el positivismo jurídico que él mismo pretende seguir pondrán ciertos límites al formalismo de Cohen.

* veáse la cita (105) en la pág. 87

*"Ninguna otra teoría se ha opuesto con tanta energía como la teoría pura del derecho a la jurisprudencia de conceptos, al señalar, enérgicamente que la ciencia del derecho no puede ser **fuerza del derecho**, que la deducción de normas jurídicas de los conceptos jurídicos es mero derecho natural y que de un conocimiento del derecho positivo que se mantenga dentro de su límites no se puede obtener ni un ápice de nuevo derecho."* (111)

Es un momento adecuado para explicar que hay dos concepciones de la objetividad en la TPD: una formal en la vía de la escuela de Marburgo de la que se sigue la coherencia lógica de los enunciados científicos y otra empírica en la senda del positivismo jurídico que requiere de la contrastabilidad de los enunciados científicos con las normas jurídicas.

"En su Lógica del conocimiento puro" (pág. 587) dice el fundador de la escuela de Marburgo, el filósofo kantiano Hermann Cohen: "Solo lo formal es objetivo, y por lo tanto, cuanto más formal es un método, tanto más objetivo puede ser. Y cuanto más objetivamente, en toda profundidad de la cosa, se formule un problema, tanto más formal deberá ser su fundamento". Quien no comprende esto no sabe qué es lo que le interesa al conocimiento científico." (112)

La objetividad en la vía formal, estriba en la coherencia de los enunciados o proposiciones que integran una unidad o sistema con el cual la ciencia jurídica construye gnoseológicamente el objeto de conocimiento. Se trata de leyes lógicas inmanentes al pensar, de la legalidad expuesta por los neokantianos en la producción de los objetos del conocimiento. La mayoría de los autores hablan aquí de un sistema de categorías para ordenar el material jurídico. La TPD como una teoría general aplicable a todo derecho positivo, tendrá que moverse en esta vía, forzosamente será formal pues ello implica la validez universal y necesaria de sus afirmaciones.

(111) KELSEN, HANS. ¿QUE ES LA TEORIA PURA? Op, cit. p. 49 y 50

(112) KELSEN, HANS. ¿QUE ES LA TEORIA PURA? Op, cit. p. 48

La otra objetividad requiere de la contrastación de esos enunciados o proposiciones con un determinado derecho positivo. Es el nivel de la Jurisprudencia dogmática o sistemática técnica jurídica que utilizando la Teoría general del derecho en su explicación de los órdenes jurídicos particulares tendrá que emplear esta senda. Por ello asegura Schmill:

"Con mayor precisión podría decirse que la teoría general del derecho o la Teoría Pura del Derecho proporciona a la teoría dogmática o positiva del derecho, los conceptos con arreglo a los cuales esta última disciplina puede llevar a cabo su labor descriptiva y sistematizadora de los contenidos de las normas de un orden jurídico específico o determinado." (113)

b) La simultaneidad de la ciencia jurídica y de su objeto el derecho positivo.

Esta es la parte tal vez más difícil en la comprensión de este primer postulado, pues se habla de un objeto construido por la teoría, como un modelo o instrumento para describir y explicar, otro objeto creado por la autoridad jurídica.

Una primera visión llevaría a la afirmación de que primero existe el derecho creado por la voluntad de la autoridad jurídica y luego la ciencia que lo describe y explica.

"Los órganos jurídicos tienen, como autoridad jurídica, ante todo que producir el derecho, para que pueda luego ser conocido y descrito por la ciencia jurídica." (114)

Reforzaría esta argumentación, el tercer postulado de esta investigación y la propia aseveración de Kelsen en el sentido de que:

"Puesto que la ciencia es función cognoscitiva y descripción, y no función volitiva y prescripción." (115)

(113) Schmill, Ulises y Vernengo. Op, cit. p. 27

(114) TPD2, Op, cit. p. 85

(115) TPD2, Op, cit. p. 86

aunada a:

*"Evidentemente, otra cosa es la creación y aplicación del derecho. Estas no apuntan a los conceptos; tienen que crear normas jurídicas, son funciones de la **voluntad**, no del conocimiento tienen ante todo que crear el material que la ciencia del derecho se ocupa de concebir. Esta confusión es solo posible porque en la jurisprudencia tradicional no se distingue el conocimiento del derecho, de la creación y aplicación del derecho, y la teoría del derecho, de la praxis del derecho;..."*

Historicamente, primero tuvo que haber habido una voluntad creadora del derecho y después la razón científica que se ocupara de describirlo. Esto parece regresararnos de nuevo a Kant con aquella afirmación de que todo conocimiento comienza con la experiencia pero que hay un conocimiento que no deriva de ella sino que proviene de la razón. Hay algo fuera del sujeto, aunque en este caso no se trata de la naturaleza, sino de una creación de otro hombre: una multiplicidad de normas jurídicas que hay que ordenar. De esta manera Schmill sostiene:

*"Estos enunciados empíricos sobre un derecho en particular vendrían a constituir los juicios de percepción jurídicos que **preceden** a los juicios de experiencia jurídicos, que serían aquellos en los cuales se ha conseguido, mediante los conceptos jurídicos fundamentales, la conceptualización unitaria de todo orden jurídico positivo." (117)*

(116) KELSEN, HANS. ¿QUE ES? Op, cit. p. 48 y 49

(117) Schmill, Ulises y Vernengo. Op, cit. p. 25

En el juicio de percepción se unen dos representaciones existentes en un sujeto "podría yo decir solamente, cuando sostengo un cuerpo, que siento presión del peso". No puede decir todavía que el cuerpo es pesado él mismo; objetivamente. En cambio en el juicio de experiencia, por ejemplo, "este cuerpo es pesado" significa "que estas dos representaciones" están enlazadas en un objeto. Que lo que me enseña la experiencia bajo ciertas circunstancias me lo debe de enseñar siempre a mi y a todos los demás, convirtiéndolo en un juicio generalmente válido. Un juicio que necesariamente y generalmente sea válido es tenido por objetivo y no expresa solamente una relación de la percepción con un sujeto, sino una propiedad del objeto. p. 24 y 25

"Dice Kant que la cópula "es" está en los juicios para distinguir "la unidad objetiva de representaciones dadas, de la subjetiva", pues "esa cópula señala la referencia de las representaciones a la percepción originaria y la unidad necesaria de las misma, aún cuando el juicio sea empírico, y, por tanto, contingente". p. 24

Sucedería entonces lo mismo que establece Kant con respecto de la naturaleza, todo conocimiento comienza con la experiencia, pero éste solamente adquiere sentido cuando es ordenado por el sistema de las categorías proporcionadas por el entendimiento.

A diferencia del orden histórico, en el orden de la razón, primero tiene que estar el principio o el postulado que dará lugar al sistema de enunciados o proposiciones jurídicas que permitirán ordenar y pensar la multiplicidad de normas jurídicas surgidas socialmente.

Si siguiéramos la línea de Kant tendría que haber un balance, un equilibrio entre "lo dado" y "lo puesto" como ya fué analizado en el primer capítulo.

Schmill concluye que el conocimiento jurídico tiene que partir de una hipótesis o de un principio fundamental o de una norma fundamental hipotética que constituye la unidad del conocimiento jurídico y la unidad de su objeto el orden jurídico, afirmando que:

*"Tal hipótesis y su campo de aplicación deben ser entendidos en su **recíproca relación**, pues se condicionan y determinan mutuamente, de la misma manera como están correlacionados los hechos y la hipótesis en el ámbito del conocimiento natural o en cualquier otro ámbito cognoscitivo." (118)*

Se llegaría por lo tanto, desde la perspectiva científica a sostener la influencia recíproca, la simultaneidad de la ciencia jurídica y de su objeto de estudio el derecho.

Por otra parte, este mismo problema puede ser analizado bajo la perspectiva de la validez versus la eficacia, pues de antemano es necesario contar con un criterio, o mejor dicho con una norma jurídica, que permita establecer cuando hay una autoridad facultada para crear normas jurídicas y a su vez, de la permanencia de esas normas jurídicas en una sociedad, dependerá el que és-

tas sean consideradas derecho positivo y surja la necesidad de encontrar el criterio o la norma jurídica para establecer que la autoridad estaba facultada para expedirlas.

No obstante lo anterior, el kantismo y el neokantismo no aceptaron el balance propuesto por Kant como ya fué analizado.* Es decir, rompen con la simultaneidad de la ciencia y el objeto de estudio porque nada puede estar determinado para el pensar que el mismo pensar no haya determinado. Entonces puesto que el método determina el objeto de conocimiento, el derecho positivo ha de ser pensado así como lo establece la TPD y no de otra forma. Tal como **es** pensado "**es**" y no de otro modo.**

Esta línea de argumentación tiene sus antecedentes en San Anselmo y su famosa prueba ontológica sobre la existencia de Dios: Si ha de pensarse lo mayor en el entendimiento, esto que se piensa tiene que existir, pues si no existiera no sería lo mayor que puede pensarse. Se da un salto entre el pensar y la realidad como lo señaló Schulze en su análisis de la postura de Kant sobre la cosa en sí.***

El primer postulado de esta investigación, el método determina el objeto de conocimiento puede conducir a este mismo problema del salto entre el pensamiento y la realidad pero Kelsen señala el **límite gnoseológico** del postulado al afirmar que es una producción exclusivamente para el conocimiento y que no se confunde con la producción del derecho por la autoridad jurídica. Habría que agregar a esto lo siguiente:

"Dado el curso del desarrollo cada vez más multifacético del contenido de los órdenes jurídicos positivos, una teoría general del derecho corre siempre el peligro de no abarcar, con sus específicos conceptos fundamentales, todos los fenómenos jurídicos." (119)

* véase la página 21 de este trabajo.

La norma fundante o básica del sistema, la norma pensada termina por dar validez a todas las demás normas positivas del sistema, empezando por la Constitución y con ello de algo pensado, se pasa a algo que es. * véase la página 25 y siguientes.
(119) **TPD2**, Op, cit. p. 11

La TPD tiene que reconocer límites a sus posibilidades descriptivas y explicativas de los diversos derechos positivos.

Sin embargo, el problema de la simultaneidad o de la anterioridad o posterioridad de la ciencia jurídica y de su objeto de conocimiento el derecho positivo, no puede ser resuelto sin considerar otro aspecto:

c) Epistemología versus ontología.

En contraste con lo que se ha venido analizando, García Amado piensa que hay dos posibles interpretaciones del pensamiento de Kelsen: una ontologista y otra epistemológica.

La ontologista parte de considerar el derecho como un objeto que se encuentra delimitado con anterioridad al estudio que de él hará la ciencia. En otras palabras el derecho es algún género de realidad preexistente al conocimiento.

"Y éste preexistiría, aun desconocido, incluso cuando no existiera ciencia del Derecho o no acertara ésta a dar adecuada cuenta de sus contornos ontológicos." (120)

Habría que plantear con todo cuidado de que clase de preexistencia se está hablando. Si se trata de aquella que sostiene la existencia de un derecho natural, tal y como es establecida por el iusnaturalismo al que se enfrentó Kelsen, a saber: un derecho natural independiente del hombre, bien por ser derivado de una voluntad divina o de la naturaleza de las cosas o de la naturaleza de los hombres y que vale y existe independientemente de el conocimiento que de él puedan tener los humanos, es desde luego, inaceptable.

(120) GARCIA AMADO, HANS KELSEN Y LA NORMA FUNDAMENTAL.
 JUAN ANTONIO Marciel Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales.
 Madrid, España. 1996.

Otro argumento sería el que partiendo del mismo Kelsen, asegura que hay una esencia ontológica de lo jurídico y ésta se encuentra en el Sollen (Deber). Entonces el conocimiento científico estaría ante un Sollen delimitado de antemano y que es

"...una esfera de realidad que en sí misma existe y «es» de un determinado modo y que, en virtud de ese su «ser» así, no puede ser de otro modo ni ser negada." (121)

Vernengo en esta línea profundiza en dos momentos lo que sería una posición ontológica ingenua, primero aquella que supondría que el derecho está dado y existe antes de la ciencia. Refiriéndose al positivismo dice que éste

"...parte del supuesto de que la jurisprudencia, como toda ciencia, puede determinar unitariamente su objeto o campo temático. En ese respecto, el positivismo involucra una actitud contraria a la ingenua que supone que el derecho está dado ya en una experiencia precientífica y que a la ciencia sólo corresponde precisar esa comprensión previa de su objeto." (122)

Sin entrar en la discusión de si la determinación del objeto proviene del positivismo y no de el neokantismo como enseguida reconoce Vernengo, nótese la crítica al afirmar que el derecho "no" puede estar "dado" previamente a la ciencia y en la cita siguiente la afirmación por el contrario de que solamente mediante el conocimiento científico puede ser "dado" el derecho.

"El pensamiento de la teoría general del derecho positivista - parte de ese hecho: es la ciencia el dato básico, puesto que fuera de la jurisprudencia no hay, en rigor, objeto jurídico alguno." (123)

Segunda, aquellas posiciones ingenuas iusnaturalistas y marxistas que ven en la TPD un reduccionismo, pues Kelsen habría amputado características notorias del objeto derecho, de lo que se desprendería que el de-

(121) *Ibíd*em, p. 124

(122) Schmill, Ulises y Vernengo. Op, cit. p. 51.

(123) *Ibíd*em, p. 53

recho puede llegar a ser conocido en forma completa.

"Pero no se trata de que Kelsen, por alguna suerte de perversidad metodológica, se niegue a reconocer lo que el derecho es -pronunciamiento éste que hace suponer que el ser del derecho es algo accesible teóricamente en forma completa, tesis de gran ingenuidad ontológica-;...." (124)

De esto se sigue que tanto Amado como Vernengo sostengan que el Sollen no solamente no está dado de antemano sino que además tiene que ser traducido únicamente por Deber y evitar el deber ("**ser**"), pues precisamente es Kelsen quien establece la distinción lógica entre deber y ser. No hay un deber que envuelva un ser.

"En el uso de la pasiva «algo» es «debido» se evita esa apariencia...«Se dice: algo debe ser, aunque es contradictorio expresar de algo simultáneamente un deber y un ser» (125)

Es también el momento oportuno para distinguir entre el positivismo jurídico de Kelsen, del positivismo filosófico y al respecto Amado sostiene:

"Para esta última doctrina, objeto de la ciencia sólo puede -ser «lo dado», aquello que tiene realidad empírica y se presenta a los sentidos, de modo que puede ser exactamente descrito sin recurrir a ninguna clase de instancias o categoría suprasensible o apriorística (Positivismus, 941)." (126)

Si lo dado son hechos dice Amado, nada tienen que hacer como objeto de la ciencia jurídica, pues ésta se aplica a normas que son el sentido de los hechos, el sentido de los actos de voluntad dirigidos a la conducta humana. Esto no quiere decir que la TPD se desentienda de la base empírica, es decir, de aquellos hechos como los de el nacimiento y la aplicación de las normas, que son la condición de la validez del derecho.

(124) Ibídem, p. 55

(125) GARCIA AMADO, Op, cit. p. 124

(126) Ibídem, p. 141

Ahora bien, Amado habla de una desontologización del *Sollen* y sostiene que para Kelsen solamente hay **una realidad** que puede ser pensada de dos maneras: bajo el *Sein* o el *Sollen*. Se trata de dos categorías, dos modalidades, dos orientaciones del conocimiento, dos ópticas distintas.

"Kelsen insiste en que esos dos objetos son dos objetos del conocer, constituidos por el conocimiento, no dos realidades subsistentes por sí mismas como distintas con anterioridad a todo conocer. Por eso nada cambia si decimos que es un mismo objeto el contemplado, pero bajo dos puntos de vista diversos que lo hacen aparecer como distinto." (127)

"¿Constituyen *Sein* y *Sollen* dos realidades ontológicamente preexistentes al conocimiento?, afirma que para Kelsen el *Sollen* sólo existe como realidad pensada, como producto del pensamiento, pero que no consiste en entes ideales preexistentes, sino en productos intelectuales creados como lo es la norma fundamental.

Enseguida plantea otra pregunta ¿qué tipo de realidad es el Derecho? y citando a Kelsen dice que la realidad del Derecho es una realidad **distinta** de la naturaleza, no es una realidad ideal pero si una realidad del intelecto, esto es, construída por el pensamiento, existe, es el ser del deber (das *Sein* des *Sollen*). Nótese que ni el mismo Amado puede escapar al problema ontológico que la postura epistemológica lleva aparejado.

Por ello acepta que muchas veces Kelsen a través del lenguaje que emplea, hace pensar cosas diferentes:

*"«Yo no afirmo que la norma fundamenal vale, sino sólo que se presupone su validez **cuando** se interpreta el material jurídico en un cierto sentido. Pero no excluyo de ningún modo la posibilidad de **no interpretar** así este material, de no presuponer la norma fundamental» (RRL, 550)." (128)*

(127) *Ibíd*em, p. 132 nota 20.

(128) *Ibíd*em, p. 36 nota 44.

Amado reconce en esta aseveración la palmaria equivocidad que reviste en múltiples ocasiones el lenguaje kelseniano y observa:

"Véase cómo denomina material jurídico al material que se interpreta en sentido jurídico, con lo que jurídico parece estar ya antes de esta interpretación (ese material que va a ser interpretado ya es denominado «jurídico») y ser, al mismo tiempo, la consecuencia de ella." (129)

El problema no es tan sencillo, porque así como hasta aquí ha sido visto que de la simultaneidad se ha pasado a la prioridad de la ciencia jurídica en la configuración de su objeto de conocimiento, ahora analizaremos elementos que mostrarían la antelación del material dado a la ciencia jurídica.

Se habla entonces de una reconstrucción o categorización de los datos de la praxis jurídica y Amado cita a Losano:

"Como dice Losano «la norma fundamental existe solo en un momento posterior a aquel en que comienza la existencia real de un ordenamiento jurídico. En efecto, ella tiene una función puramente teórica, en cuanto permite a la ciencia jurídica fundar la validez de un ordenamiento jurídico sin recurrir a instancias metajurídicas». (Losano, 1992,145)" (130)

Si el método determina el objeto de conocimiento y esta operación es llevada a cabo por la norma básica o fundamental, cómo es que ahora se afirma que ella existe después del ordenamiento jurídico, cuando tendría que ser anterior a éste, para poderlo configurar.

"Pero no debe perderse de vista que en Kelsen la norma fundamental no antecede al material normativo sino que una vez que en una sociedad rigen eficazmente unas reglas específicas de la convivencia y de organización de la producción normativa se asume su validez como derecho sobre la base de proyectar esa validez meramente fáctica y pensada sobre un

(129) Idem.

(130) Ibídem, p. 39 nota 48

referente último, la norma fundamental, que la refleja ya «santificada» como plena validez jurídica, del mismo modo - que para la teología católica un sacramento «imprime carácter» a lo que antes es una relación de otro tipo.» (131)

Existe entonces el problema de que la base material del sistema jurídico, su concreta realidad y articulación práctica antecede a la norma fundamental. Dice Amado que Raz manifiesta vía el primer postulado la siguiente crítica:

- I) Que el sistema jurídico solamente se puede identificar con la ayuda de la norma fundamental.
- II) La norma fundamental sólo puede ser identificada después de que la identidad del sistema jurídico haya sido establecida.

"La norma fundamental, continua Raz, «no puede ser identificada antes de que la identidad del sistema jurídico sea conocida. Consecuentemente la norma fundamental no puede resolver el problema de la identidad y unidad de los sistemas jurídicos y Kelsen no tiene otra solución» (Raz, 1985,p.166)" (132)

Tan importante como la crítica a la norma fundamental, es el límite que de alguna manera surge para el primer postulado de esta investigación. Sobre todo si ahora se entiende el carácter retroactivo o retrospectivo que tendría esa norma fundamental. Pues el propio Amado se da cuenta, de hasta donde tiene que llegar la posición gnoseológica que sostiene el primer postulado:

"...salvo que se fuerce el razonamiento tanto como para decir que esa Constitución no es válida hasta que el que conoce el Derecho realice en su conciencia la operación de sentar el - presupuesto de la norma fundamental. Todo esto expresa lo que podría calificarse como una cierta retroactividad, un cierto carácter retrospectivo de la norma fundamental, carácter que resulta de la relación entre eficacia y validez en la teoría

(131) *Ibídem*, p. 40 y 41

(132) *Ibídem*, p. 41 nota 51

kelseniana, pues, como es bien conocido, cuando la Constitución fácticamente operante se impone eficazmente aparece la norma fundamental (en el pensamiento de quienes conocen el Derecho) y la imbuye de juridicidad." (133)

¿Qué pasaría si no hay estudiosos del derecho, o bien, si en éstos no aparece la idea de esta norma?. Sobre los que conocen el derecho se hablará más adelante cuando se trate con todo cuidado lo relativo a la norma fundamental.

Si una de las características de las normas es que son válidas antes de ser eficaces, aquí se encuentra el problema de la norma fundamental válida que aparece después de la eficacia.

Antes de terminar, es necesario hacer una consideración sobre la autoatribución de significado que es una peculiaridad del material "dado" al conocimiento jurídico como lo expresa el propio Kelsen en la TPD. Si se toma en cuenta que en la eficacia de la Constitución que se va a implantar, los actos de conducta humana ya llevan una enunciación sobre lo que significan jurídicamente encontraremos frente al primer postulado que:

"El conocimiento conceptual del derecho encuentra a veces ya una caracterización jurídica del material, que se anticipa a la explicitación que cumplirá el conocimiento jurídico." (134)

Kelsen dirá sin embargo, que ese no es más que el sentido subjetivo de la voluntad que necesita del sentido objetivo de la norma jurídica.

(133) *Ibíd*em, p. 44

(134) **TPD2**, Op, cit. p. 17

A continuación el párrafo completo analizado de la TPD2 p. 85.

*"Es también verdad que, en el sentido de la teoría del conocimiento kantiana, 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 ordenador 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 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."*

En conclusión, Hans Kelsen mostrará en la TPD2 cómo se pasa del postulado filosófico de que es el método el que determina el objeto de estudio, a su aplicación por la TPD2 en el ámbito de lo jurídico, de que sólo mediante el conocimiento de la ciencia jurídica es posible hablar de un orden jurídico.

2.2 EL HILO CONDUCTOR PARA COMPRENDER LA TEORIA PURA DEL DERECHO.

Una ciencia para ser considerada como tal, tiene que llegar a establecer conocimientos racionalmente estructurados que formen un sistema coherente de enunciados sobre un objeto de estudio y que tengan además la característica de ser objetivos y por ende contrastables con la realidad. ¿Es posible pensar en una Ciencia Jurídica, bajo estos términos? y si esto es así, ¿en dónde radica la *objetividad* de dicha ciencia y cómo resolvió Hans Kelsen este problema?. La siguiente cita muestra que el autor estaba al tanto de este problema al desarrollar la Teoría Pura del Derecho en adelante TPD.

*"La actitud de la teoría pura del derecho es, en cambio, plenamente objetivista y universalista. Apunta fundamentalmente a la totalidad del derecho en su **validez objetiva** y trata de concebir cada fenómeno particular sólo en su relación sistemática con lo demás, viendo en cada parte del derecho la función del todo jurídico."* (135)

No es el momento de explicar en su amplitud esta cita, la preocupación puede ser por ahora más modesta. La investigación se concentrará por lo tanto en dilucidar en un primer término cómo el pensamiento jurídico puede llegar a ser "**objetivo**" y por ende materia del conocimiento científico. En seguida se centrará en esclarecer la "**validez objetiva**" del derecho y por último establecerá la relación que existe entre estas ideas y el primer postulado que establece que es el método el que determina el objeto de estudio.

2.2.1 La objetividad es un proceso intelectual.*

Recordando la terminología empleada por Emanuel Kant, podría afirmarse que el planteamiento de la **objetividad jurídica** es el **hilo conductor** para la lectura y compren-

(135) TPD2, Op, cit. p. 200. Sobre objetividad páginas 92 Y 93 de este trabajo.

* Es el proceso intelectual en el cual el sujeto (su subjetividad) establece los límites de su actividad, al encontrar que hay conocimientos independientes de lo que ese sujeto quiere o se imagine. Ej: la validez de una norma.

sión de la TPD. Este **hilo conductor** se inicia en dicha obra, en el apartado que lleva por título "*Lo que acontece y su significado jurídico*" (136) en el cual se sostiene lo siguiente:

En todo acontecimiento fáctico considerado como jurídico, nos dice Kelsen, cabe distinguir dos elementos:

a) Un acto sensiblemente perceptible, es decir, acontece en el tiempo y en el espacio. Es el externo acontecer de las acciones humanas.

Ej: Un terremoto derriba varios edificios en una ciudad.

Ej: Una persona cumple hoy dieciocho años.

Ej: Levantar las manos. Pronunciar palabras en un estrado. Un intercambio de cartas.*

b) La significación jurídica que el acontecimiento adquiere del lado del derecho. La calificación interna del acontecer.

Ej: Desde el lado del derecho se puede constatar que afortunadamente los edificios estaban asegurados contra esta clase de siniestros.

Ej: Desde la óptica jurídica la persona ha adquirido la capacidad de ejercicio y es plenamente responsable por sus actos.

Ej: Levantar las manos en un recinto legislativo, teniendo la calidad de diputados y por lo tanto votando una ley. Dictar una sentencia en el estrado. Cerrar un contrato.*

Se establecen los dos elementos de todo acontecimiento fáctico considerado como jurídico. Lo que sucede externamente y es sensiblemente perceptible y la signi-

(136) **TPD2**, Op, cit. p. 16.*Son los ejemplos aportados por Hans Kelsen. Habría sin embargo que distinguir también aquellos acontecimientos fácticos en los cuales no interviene el hombre, o bien, le suceden pasivamente, y que pueden también llegar a tener una significación jurídica, razón por la cual se agregaron los otros dos ejemplos.

ficación jurídica interna que se le adjudica a dicho acontecimiento. Hay que establecer sin embargo en esos acontecimientos fácticos, aquellos en los cuales interviene el hombre activamente, pretendiendo darles un cierto significado jurídico como se verá a continuación.

El **hilo conductor** continúa en el siguiente apartado con la explicación del "*sentido subjetivo y objetivo de los actos*" llevados a cabo por el hombre, que se traduce en el pensamiento kelseniano en un **argumento central de toda la TDP** y que se compone de dos partes: c) "*La autoatribución de significado*" y d) "*La norma como esquema de explicitación conceptual*".

c) La autoatribución de significado. (137)

Se da cuando un ser humano decide exteriorizar su conducta vinculándole a ésta un sentido especial que pretende ser jurídico, con la finalidad de que así sea entendida por los demás. A ese sentido especial por provenir del sujeto, se le da el nombre de "**subjetivo**".

Ej: alguien dispone de su patrimonio para el caso de su muerte, afirmando que deja hecho su testamento.

El hombre que actúa racionalmente al producir un acto, nos dice Kelsen, enlaza a su acto un determinado sentido utilizando diversas formas de expresión pero procurando que sea así comprendido por los otros seres humanos. Este sentido sin embargo, tiene tan sólo un carácter "**subjetivo**", y se caracteriza porque desea ser jurídico.

"Por cierto que el hombre que actúa racionalmente, que produce el acto, enlaza a su acto un determinado sentido que, de alguna manera, es expresado y será comprendido por otros." (138)

(137) TPD2 Op, cit. Capítulo primero. 3. El sentido subjetivo y el sentido objetivo de los actos. 4. La norma pags. 16 y 17.

(138) Idem.

La pregunta inmediata que por cierto no se hace Kelsen es ¿de dónde toma el hombre ese determinado sentido?. La respuesta es obvia, solamente la puede tomar o quererla tomar del derecho reconocido en la sociedad. El sentido subjetivo se encuentra por consiguiente relacionado tanto con el conocimiento que el sujeto tenga del derecho, como con el deseo de adjudicarles a sus actos la calidad de ser conformes a derecho, aspecto en el cual no reflexiona el autor de la TPD.

Es pertinente hacer notar que ningún fenómeno de la naturaleza (un terremoto) trae aparejado una explicación de lo que es en sí mismo. En cambio los fenómenos de la cultura se caracterizan por contener una expresión de lo que son o pretenden ser.*

"Pero un acto de conducta humana puede llevar muy bien consigo una autoatribución de significado jurídico; es decir: contener enunciación de lo que significa jurídicamente." (139)

Lo relevante es señalar entonces que:

"El conocimiento conceptual del derecho encuentra a veces ya una autocaracterización jurídica del material, que se anticipa a la explicitación que cumplirá el conocimiento jurídico." (140)

Como es habitual, Kelsen no señala con qué frecuencia sucede este fenómeno, pero la mayoría del material jurídico dado al conocimiento no solamente del teórico del derecho, sino también de los demás juristas (jueces, litigantes, consejeros, etcétera) sería de la clase del que trae aparejado una autoatribución del significado jurídico. Todos los juristas en su labor cotidiana se encuentran ante esos sentidos especiales de carácter "*subjetivo*" que pretenden ser jurídicos.**

* Kelsen ubica al derecho como un objeto social. Sin embargo, distingue entre ciencias sociales y ciencias normativas, en virtud de que las primeras utilizan el modelo causal de explicación, mientras que las segundas tienen que emplear un modelo de imputación. Resulta por lo tanto preferible hablar del derecho como un objeto cultural.

(139) TPD2 Op, cit. p. 17

(140) Idem.

** ver esta nota en la siguiente página.

En conclusión los elementos del "*sentido subjetivo*" son:

- 1.- La producción de un acto, la exteriorización de una conducta.
- 2.- Enlazándole o vinculándole un determinado sentido que pretende ser jurídico.
- 3.- Con la finalidad de que así sea comprendido por los demás.

El sentido subjetivo podría ser objeto de estudio de la psicología y de la sociología pero no de la ciencia jurídica, es necesario entonces encontrar el elemento que proporcionará el "*sentido objetivo*" a esos actos y y a esas conductas.

d) La norma como esquema de explicitación conceptual.

Este sentido "*objetivo*" se adjudica a las acciones "*subjetivas*" mediante un *proceso intelectual* tomando como base el derecho y en particular a la norma jurídica. Es "*objetivo*" porque proviene del derecho considerado como el objeto de conocimiento.

La significación *objetiva* desde el punto de vista jurídico puede coincidir o no con el carácter *subjetivo* que se le ha pretendido dar al acto. Así el testamento realizado "*subjetivamente*" puede no serlo en razón de algún defecto de la forma.

"Que un documento, ya no sólo por su sentido subjetivo, sino conforme a su sentido objetivo, sea un testamento válido, deriva de que satisface las condiciones bajo las cuales pueda valer como un testamento, conforme a las disposiciones de ese código." (141)**

* No pueden ser todos los casos, porque alguien podría exteriorizar su conducta sin adjudicarle un sentido "*subjetivo*" jurídico y sin embargo ser calificada de jurídica como se verá a continuación. Estarían también los casos en los cuales de antemano el sujeto sabe que la conducta exteriorizada no puede tener un carácter "*objetivo*" jurídico.

(141) TPD2 Op, cit. p. 18 **Se refiere Kelsen al Código Civil de cualquier País.

De un testamento realizado "*subjetivamente*" se puede pasar ahora bajo la óptica de la norma jurídica a un testamento válido "*objetivamente*" hablando, si cumple con los requisitos establecidos por las disposiciones correspondientes en materia testamentaria.

La norma jurídica y su sentido "*objetivo*" pueden ser considerados desde un enfoque didáctico como un "**par de lentes**" que permiten ver la realidad y calificarla de jurídica. Sin esos lentes no es posible llevar a cabo el mencionado proceso intelectual. Se recurrirá a esta metáfora* continuámente.

"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 esta norma. La norma funciona como un esquema de explicitación." (142)

El sentido objetivo es ligado al sentido subjetivo de un acto, haciendo que este acto sea conforme a derecho (o contrario a derecho)**. En palabras del propio Kelsen:

"Esto es, que el contenido de un suceso fáctico coincide con el contenido de una norma tenida por válida." (143)

En conclusión, puede afirmarse que es la norma jurídica la que proporciona la "*significación objetiva*" a un acto humano o a un suceso fáctico.

Desde aquí puede entenderse entonces la razón por la cual la Ciencia del Derecho tiene por objeto estudiar normas que serán calificadas de jurídicas. Porque ellas son las que sumistran o proveen de sentido "*objetivo*" a

***Metáfora.** Se emplea un lenguaje figurado para hacer comprensible algo. Ej: Platón: "la vida es una carrera en un Estadio."

** Contrario a derecho tiene una explicación especial en la TPD, en realidad como se verá, no hay nada contrario a derecho.

(142) TPD2 Op, cit. p. 17.

(143) TPD2 Op, cit. p. 18.

los sucesos. Se necesita, en consecuencia, que exista siempre una norma cuyo contenido pueda proporcionar el sentido objetivo a los diversos actos de carácter subjetivo, considerados como sucesos fácticos.

"El conocimiento jurídico está dirigido, pues, hacia normas que poseen la característica de ser normas jurídicas; que otorgan a ciertos acontecimientos el carácter de actos conforme a derecho (o contrario a derecho)." (144)

Si son las normas las que brindan el factor o elemento "*objetivo*", se entenderá por qué la Ciencia Jurídica en la postura de Hans Kelsen tiene que ser primordialmente normativista y por ende avocarse prioritariamente al estudio de las mismas.

Es oportuno aclarar que Kelsen tiene en mente utilizar estos pasajes* con la finalidad de distinguir entre el derecho y la naturaleza, al principio del desarrollo de la TPD.

Así, en un ejemplo ya citado del propio autor, el "*acto subjetivo*" como acontecimiento externo (reunirse unos hombres en un recinto y levantar la mano) puede ser ubicado espacio temporalmente, captado sensiblemente y explicado mediante leyes causales, independientemente del sentido subjetivo que sus autores le pretendan dar (votar una ley).

A diferencia de lo anterior, mediante un procedimiento intelectual se logra obtener una cualidad no perceptible sensiblemente "*el sentido objetivo*", esa cualidad la aporta la norma considerada como un esquema de explicitación o explicación conceptual. (La norma establece con carácter prescriptivo que esos hombres son legisladores facultados para expedir leyes).

(144) TPD2 Op, cit. p. 18

* TPD2 Op, cit. Capítulo primero. 2. Lo que acontece y su significado jurídico 3. El sentido subjetivo y el sentido objetivo de los actos. La autoatribución de significado 4. La norma págs. 15, 16, 17 y 18.

"Que un hecho sea la ejecución conforme a derecho de una sentencia de muerte, y no un homicidio, es una cualidad ésta —sensiblemente no perceptible— que aparece sólo a través de un proceso intelectual: a partir de la confrontación con un código penal y el código de procedimientos penales." (145)

Uno de los principales objetivos en el desarrollo de este estudio es mostrar cómo este argumento de la relación entre la subjetividad y la objetividad de los actos: el hilo conductor como aquí se le ha denominado y que ahora se muestra claramente como un "*proceso intelectual*", en el cual se confronta la realidad con el texto legal, es el punto de partida para el pensamiento científico jurídico, independientemente de su uso en la distinción entre el derecho y la naturaleza.

Ahora es bueno recordar una pregunta realizada al principio de esta investigación:

¿CUALES SON LAS CONDICIONES ESTABLECIDAS POR HANS KELSEN EN LA TEORIA PURA DEL DERECHO, PARA PODER PENSAR JURIDICAMENTE Y COMO MUESTRA EL AUTOR QUE ESE PENSAR ES OBJETIVO Y POR ENDE CIENTIFICO?.*

La respuesta comienza a ser despejada, se parte de los tres postulados ya mencionados que guían el pensamiento y ese pensamiento es "*objetivo*", cuando es obtenido mediante un proceso intelectual en el cual se confronta a la realidad con el texto legal. Hans Kelsen nos está enseñando a pensar jurídicamente en esta vía.

Con lo anterior ya se puede empezar a vislumbrar cómo operará el primer postulado que asegura que es el método el que determina el objeto del conocimiento, pues lo jurídico en su carácter "*objetivo*" solamente puede ser obtenido mediante una operación mental que coteja lo que es con lo que debe ser. Con esta última afirmación también se hace referencia al segundo postulado que establece la separación entre el ser y el deber ser.

(145) TPD2 Op, cit. p. 18. *Veáse página 3 de esta investigación.

Es necesario resaltar también como Kelsen regresará constantemente a través del desarrollo de la TPD a este argumento para explicar y fundamentar sus puntos de vista. Este **hilo conductor** será como 'se dice vulgarmente, su caballito de batalla. Cada vez que se encuentre ante el problema de hacer comprensible algún punto obscuro o complejo de su teoría, recurrirá a este argumento, adaptándolo a la situación en turno. Esto se mostrará a lo largo de esta investigación.

En conclusión el "*sentido objetivo*" se caracteriza de la siguiente manera:

- 1.- La norma funciona desde la perspectiva del conocimiento como un esquema que dota de sentido o significado jurídico a un acontecimiento o acto.
- 2.- Esto puede ser entendido didácticamente como el ponerse un "*par de lentes jurídicos*" para ver y calificar la realidad.

En resumen, del hilo conductor se tiene lo siguiente:

- 1.- La percepción de un acontecimiento fáctico situado en el tiempo y en el espacio. (Aspecto externo)

Ej: Un terremoto derriba varios edificios en una ciudad.

Ej: Una persona cumple hoy dieciocho años.

Ej: Levantar las manos. Pronunciar palabras en un estrado. Un intercambio de cartas.*

- 2.- La significación jurídica que ese acontecimiento adquiere por el lado del derecho. (Calificación interna)

Ej: Desde el lado del derecho se puede constatar que afortunadamente los edificios estaban asegurados contra esta clase de siniestros.

* Estos ejemplos son de la TPD2, no así los anteriores.

Ej: Desde la óptica jurídica la persona ha adquirido la capacidad de ejercicio y es plenamente responsable por sus actos.

Ej: Levantar las manos en un recinto legislativo, teniendo la calidad de diputados y por lo tanto votando una ley. Dictar una sentencia en el estrado. Cerrar un contrato.*

3.- Un sujeto que produce un acto enlazando un sentido especial que pretende ser jurídico con la finalidad de que así sea entendido por los demás.

"Sentido subjetivo con autoatribución de significado jurídico."

Ej: La persona que hace su testamento puede describir lo que está haciendo, unos hombres aseguran estar creando una ley, dos personas declaran que inician un negocio jurídico.

4.- El proceso intelectual mediante el cual los acontecimientos fácticos o los actos producidos por un sujeto son confrontados con los textos legales para que puedan adquirir significación objetiva.

"Sentido objetivo proporcionado por las normas jurídicas, funcionando como esquemas de explicitación o explicación conceptual."

Ej: Las disposiciones civiles vigentes lo facultan para otorgar su testamento, esos hombres no están facultados para crear leyes, las personas pueden libremente iniciar su negocio jurídico mientras no contravengan las disposiciones legales.

Lo objetivo es captado mediante un proceso intelectual que compara la realidad (lo que es) con las normas jurídicas (lo que debe ser).

* Estos ejemplos son los de la TPD2, no así los anteriores.

2.2.2. La validez objetiva de las normas jurídicas.

Una vez habiendo tratado lo relativo a la "*objetividad*" es conveniente referirse ahora a la noción de "*validez objetiva*". Para ello es necesario reflexionar sobre las nociones de norma y validez.

Como se recordará, en esta investigación la preocupación fundamental estriba en encontrar las condiciones para poder pensar el derecho, razón por la cual ahora es necesario proceder a analizar lo dicho por Hans Kelsen, el derecho es:

"...una ordenación normativa del comportamiento humano; lo que significa: es un sistema de normas que regulan el comportamiento humano." (146)

A continuación, Kelsen proporciona también una primera visión de la palabra norma con referencia al deber.

*"Con la palabra "norma" se alude a que algo debe ser o producirse; especialmente, a que un hombre deba comportarse de determinada manera. Este es el **sentido** que tienen ciertas acciones humanas dirigidas con intención hacia el comportamiento de otros." (147)*

Son cinco las ideas por comprender, la del derecho como un sistema de normas que conducen necesariamente hasta la noción del deber y de ésta a la de la validez.

El hilo conductor de esta investigación podrá ser seguido en las diversas citas textuales que se van realizando de la TPD2, identificando la aparición de la palabra "**sentido**" resaltada en **negrillas**. Tal es el caso de la última cita en la que se habla del "**sentido**" que tienen ciertas acciones humanas dirigidas con intención hacia el comportamiento de otros.

 (146) TPD2, Op, cit. p. 18
 (147) Idem.

Dicho sentido es objetivo por estar en la norma jurídica como se vió en la sección anterior, pero ahora Kelsen va a precisar ese sentido, al caracterizarlo por establecer la prescripción* de un deber.

Por la prescripción de un deber se entiende el ordenar, permitir o autorizar una determinada conducta, un cierto comportamiento.

*"Aquí empero, designaremos con "deber" el **sentido** normativo de un acto orientado intencionalmente al comportamiento de otro. En el termino "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**." (148)*

La palabra deber comprende entonces para Kelsen ciertas modalidades de la conducta humana, tales como ordenado (mandado, prohibido)** , permitido, autorizado (facultado). De esto se sigue que la palabra deber es equiparada e incluso se convierte en sinónimo*** de la palabra norma.

*" "Norma" es el **sentido** de un acto con el cual se ordena o permite y, en especial, se autoriza, un comportamiento." (149)*

(148) TPD2, Op, cit. p. 19

(149) Idem.

* Precibir es una palabra que jurídicamente tiene dos sentidos. El primero de ellos se refiere a ordenar, o mandar una conducta determinada pero en el segundo significa la adquisición o la pérdida de derechos y deberes por el transcurso del tiempo en materias como la civil, la penal, la tributaria, etcétera. En Filosofía del Derecho y ramas afines se utiliza fundamentalmente, en el primer sentido.

** En el ordenar están comprendidos el mandar y el prohibir. Estar facultado es estar autorizado.

*** El mismo Kelsen se da cuenta de que conforme a los usos corrientes lingüísticos, ha extendido el significado de la palabra deber, más allá de lo habitual. Sin embargo, aunque es del todo comprensible la postura de Kelsen por acercarse a los avances de la lógica deóntica en ese momento del desarrollo de la Filosofía del Derecho, parece que el estar permitido y el estar autorizado estarían mejor ubicados bajo la palabra "derecho".

La palabra norma no puede ser exclusivamente un sinónimo de la palabra deber, porque tendría que serlo también de la palabra derecho. Bajo esta noción también podrían quedar comprendidos: lo ordenado, lo mandado, lo prohibido, lo permitido y lo autorizado. Tal vez sería preferible dado el sistema de normas jurídicas, hablar en plural de los deberes y los derechos establecidos en las normas, sin entrar en el problema de si la bilateralidad es una propiedad de cada norma jurídica (la parte) o más bien del sistema de normas jurídicas (el todo).

Obsérvese en la cita anterior, cómo ya la palabra "deber" es sustituida por sus funciones, el hilo conductor del pensamiento es ahora matizado y precisado, la norma es el "*sentido objetivo*" que ordena, permite o autoriza un comportamiento.

Recordando la metáfora del "*par de lentes jurídicos*", así como los lentes habituales permiten ver de cerca o de lejos, o bien, protegen de los rayos solares, el par de lentes jurídicos permiten ver la realidad desde la perspectiva del deber, esto es, bajo la forma de lo ordenado, lo permitido o lo autorizado.

"Con todo, corresponde diferenciar el sentido subjetivo del objetivo. "Debido" es el sentido subjetivo de todo acto de voluntad de un hombre orientado intencionalmente hacia el comportamiento de otro. Sólo que no todo acto posee también objetivamente ese sentido. Sólo cuando también cuenta, objetivamente, con el sentido de un deber, se caracteriza a lo debido como "norma"." (150)

El hilo conductor de esta investigación funciona a la perfección, como se puede constatar en la cita anterior. Debido es tan sólo el "*sentido subjetivo*" mientras que el "*sentido objetivo*" lo proporciona la "norma" y ésta es entendida como "deber", y éste comprende a su vez a lo "ordenado", lo "permitido" y lo "autorizado".

Para mostrar la objetividad del deber, Kelsen se refiere a los siguientes argumentos con los cuales amplía la comprensión de esta noción:

- 1.- El deber es el aspecto "objetivo" que proporciona la norma válida.
- 2.- La conducta debida, establecida en una norma jurídica, es considerada como tal, incluso desde el punto de vista de un tercero no participante, a quien no va dirigida la norma. (Este tercero quiere decir en realidad, todo el mundo).

- 3.- El deber existe cuando es considerado como tal. Cuando se estima que alguien está obligado o facultado a actuar como se debe, con fundamento en una norma jurídica.
- 4.- El deber de la norma vale aunque el sujeto no conozca la norma. Vale cuando se le considera obligado a actuar como lo prescribe una norma.

*"El deber "vale" aunque haya cesado el querer; mas vale inclusive cuando el individuo, cuyo comportamiento según el sentido subjetivo del acto de voluntad es debido, nada sepa de tal acto y de su **sentido**; vale cuando ese individuo es considerado como obligado, o facultado a actuar como se debe. Entonces ese deber, como un deber "objetivo, es una "norma válida", que obliga a quien está dirigida". (151)*

- 5.- El deber sigue siendo deber, aunque la voluntad o el querer de los autores de la norma jurídica hayan cesado o desaparecido, o dejado de existir. (Se refiere a la voluntad del legislador).
- 6.- El deber puede ser establecido por el legislador independientemente de que conozca su contenido.

Kelsen hace resaltar en la nota número tres a pie de página*, que los legisladores como agentes volitivos pueden desconocer el contenido de una ley que se va a votar y que sin embargo, si aprueban dicha ley, la autorizan como tal. El agente volitivo no tiene que ser consciente del contenido de su querer, de esto se sigue que el querer del legislador y el conocimiento del contenido del mismo se pueden encontrar separados. En palabras más sencillas, es factible votar una ley sin tener idea de su contenido, pero manteniendo la voluntad de aprobarla.**

"El votante quiere que se convierta en ley aquello que contenga el proyecto, sea lo que sea, por el cual vota." (152)

(151) TPD2, Op, cit. p. 21 y 22

* pág. 21 Véase el cuarto capítulo sobre el particular.

** La crítica a estos aspectos será realizada en el análisis del tercer postulado.

(152) TPD2, Op, cit. p. 21, nota 3.

Una vez habiendo tratado lo relativo al deber es necesario concentrarse en la noción de validez; en esta vía en la primera cita de la página anterior puede constatarse que se habla del **sentido** de una norma válida.

¿Cuándo se está en presencia de una norma jurídica válida?

Dos son los criterios por el momento, para entender la validez "objetiva" de una norma jurídica.

El primero de ellos se refiere al aspecto interno de la propia norma jurídica, al deber que ella prescribe.

Dice Kelsen lo siguiente:

*"Con el término "validez" designamos la existencia específica de una norma." (153) **VALIDEZ = EXISTENCIA JURIDICA***

Si una norma no tiene validez no existe, ha dejado de ser norma. Por lo tanto, la conducta deja de ser ordenada, mandada, prescrita, preceptuada, prohibida, o bien, admitida, permitida o autorizada. Como se recordará la palabra deber comprende todos esos significados en la TPD2.

"...podemos expresar la validez de una norma diciendo que algo - debe ser o no; o debe 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 los hechos naturales." (154)

Expresado esto filosóficamente, puede decirse que la forma de ser de una norma, es precisamente, la del "deber ser". Solamente "es" norma si prescribe algo, "es" estableciendo "deber ser". Si no establece que algo "debe ser" no "es" norma. Recuérdese que la palabra norma se convierte en sinónimo de deber, como ya fue analizado.

(153) TPD2, Op, cit. p. 23

(154) TPD2, Op, cit. p. 24

El segundo criterio se encuentra en función de la pertenencia de esa norma jurídica a un sistema de normas.*

*"La norma, que otorga al acto el **significado** de un acto conforme a derecho (o contrario a derecho), es ella misma producida mediante un acto de derecho que, por su lado, nuevamente recibe su significación jurídica de otra norma." (155)*

En negrillas se ha resaltado la parte sumamente importante de esta cita. Como el lector puede darse cuenta se da a entender desde aquí que lo jurídico se presenta gracias a una cadena de normas, a una serie de las mismas.

En sentido lógico esto equivaldría a decir que una norma es jurídica **si y sólo si** ha sido ella misma producida mediante un acto de derecho, en el cual otra norma le ha dado su significación jurídica y por ende su "objetividad".

Ahora bien, como esa cadena o serie de normas no puede ser infinita hacia atrás, se deja entrever la necesidad de una primera norma. Sin embargo, simultáneamente se plantea el problema de que esa primera norma tiene que ser "*supuesta*" como "**OBJETIVA EN SI MISMA**", pues ya no puede recibir su objetividad de una norma anterior.

La primera norma cumpliría el carácter de ser el primer esquema de explicitación o explicación, (el primer "*par de lentes jurídicos*") estableciendo y dotando al legislador del poder, de la autoridad para crear el derecho. Ella le da el "significado objetivo" a los actos subjetivos del primer órgano de poder primario u originario.

Lo primero que puede observarse de este planteamiento es que lo jurídico es algo "*supuesto*" pues pensar en una primera norma así como en su carácter de objetiva en sí

(155) TPD2, Op, cit. p. 18

* Sobre el asunto de la eficacia como condición de la validez, será tratado más adelante en el siguiente capítulo.

misma, no es otra cosa que un artilugio o recurso de la razón, para ser congruente tanto con el hilo conductor que se ha venido explicando a lo largo de estas páginas, como con los tres postulados propuestos en esta investigación.

Lo segundo es que esta forma de presentar las cosas conduce a invertir el orden del pensamiento, como se analizará en el siguiente punto.

Es prudente antes llevar a cabo dos actividades, por un lado un resumen de lo dicho en este punto y por el otro la conexión de los postulados de esta investigación a través del hilo conductor.

En resumen, la validez objetiva de las normas jurídicas es explicada en función del sentido por demás amplio, dado a la palabra deber, el cual comprende lo ordenado, lo permitido y lo autorizado que son ciertas modalidades de la conducta humana. En este camino, la palabra norma se convierte en sinónimo de la palabra deber en la TPD, lo cual constituye un problema para el pensamiento clásico jurídico que sería el de la mayoría de los juristas, acostumbrados a distinguir entre deberes (lo ordenado, lo mandado, lo estatuído) y derechos (lo permitido y lo autorizado o facultado).

Kelsen se esmera por exponer la objetividad del deber, al demostrar por ejemplo que éste no depende incluso de la voluntad de los autores de un texto legal, los cuales pueden ya haber muerto, sin que eso afecte al deber encerrado en sus preceptos. Tampoco depende del conocimiento que de éste tenga el sujeto obligado por el deber.

Una norma es objetivamente válida cuando prescribe lo que debe ser y se encuentra sustentada por las otras normas del sistema, haciéndose necesaria la "suposición" de una "primera norma" objetiva y válida en sí misma que es la que proporciona la significación jurídica a todas las demás normas.

Se obtienen por consiguiente las siguientes ideas fundamentales:

- a) La cadena o serie de normas jurídicas.
Una norma es jurídica **si y sólo si** otra norma le ha dado su significación jurídica y por ende su "objetividad".
- b) La necesidad de una primera norma que tiene que suponerse y ser "*OBJETIVA EN SI MISMA*" para poder proporcionar la objetividad a todas las demás.
- c) Esta primera norma cumple el papel de ser el primer esquema de explicitación o explicación del material jurídico.
- d) Esta norma le da el "significado objetivo" a los actos del primer órgano de poder primario u originario (al primer legislador) que crea la Constitución.

La fórmula que tiene que tenerse en cuenta es la siguiente:

UNA NORMA J. TIENE VALIDEZ
SI IMPLICA O PRESCRIBE
UN DEBER.
Y A SU VEZ PERTENCE A
A UN SISTEMA DE NORMAS = **EXISTENCIA JURIDICA**
CUYA VALIDEZ SUPONE
UNA PRIMERA NORMA
(VALIDA) OBJETIVA EN SI MISMA.

Ahora bien, para llegar a mostrar la conexión entre el primer postulado y el tercero de esta investigación por la aparición de las nociones de "*voluntad*" y "*querer*" relacionadas con el legislador o autor de la ley, es pertinente desde luego recordar como antecedente, la relación entre el primero y el segundo postulado:

El primer postulado sostiene que es el método el que determina el objeto del conocimiento, pues lo jurídico en su carácter "objetivo" solamente puede ser obtenido mediante una operación mental que coteja la realidad con el texto legal y en otros terminos, lo que es con lo que debe ser. Con esta última afirmación se hace referencia al segundo postulado que establece la separación entre el **ser** y el **deber** (ser).*

Por otra parte, si es el método el que determina el objeto del conocimiento, porque lo jurídico en su estricto carácter de "*objetivo*" solamente puede encontrarse en los textos legales que hayan sido creados por la "*voluntad*" de los legisladores y esta "*voluntad*" a su vez, depende de una primera norma fundamental o de las "normas constitucionales" para que sus actos tengan un sentido objetivo, todo ello conducirá a la larga al análisis del tercer postulado de investigación.

*"Que el acto legislativo, que subjetivamente tiene el **sentido** de lo debido, posea también objetivamente ese **sentido**, es decir: el **sentido de una norma válida**, proviene de que la constitución otorga al acto de legislar ese **sentido objetivo**."*
(156)**

El tercer postulado establece la separación entre la "voluntad" y la "razón". La primera crea normas, la segunda las describe. La voluntad a la que se alude es obviamente a la de los legisladores, mas no lo es a su razón, porque ya se ha visto en relación con la noción de deber, que los legisladores pueden aprobar leyes sin tener conocimiento de su contenido. La razón es la razón científica propia del teórico del derecho.

El segundo y el tercer postulados serán analizados con todo rigor más adelante, por el momento nótese como el hilo conductor sigue funcionado en su carácter explicativo del pensamiento kelseniano. Así, no debe perderse

* véase página cuatro de este escrito. Se pondrá el (ser) entre paréntesis siguiendo las observaciones de Vernengo.

(156) TPD2, Op, cit. p. 22.

** Tal vez la palabra constitución debió haber sido escrita en su letra inicial con mayúscula.

de vista que es la Constitución la que otorga a los actos legislativos su sentido objetivo, y que hay una primera norma que dota de objetividad a los actos del - primer legislador.

Un resumen de las nociones aportadas:

Norma alude a un comportamiento debido.

Deber se entiende, como lo ordenado, lo permitido y lo autorizado por una norma.*

Validez consiste en la existencia específica de una norma.

Validez objetiva estriba en la reunión de los dos criterios descritos a continuación:

Norma válida es la que establece algo como debido, prescribe conducta y además deriva su validez de las otras normas del **sistema**.

Un **sistema de normas** es el que supone la existencia de una **primera norma válida en sí misma**.

El **derecho** es un **sistema** de normas jurídicas.

El "**sentido objetivo**" es la realización de un acto o la interpretación de acontecimientos fácticos conforme a derecho.

La **eficacia** es una condición de la validez pero no su razón de ser.*

En la Teoría General de las normas, Kelsen reflexiona sobre las funciones de una norma. La norma puede:

* Sobre el asunto de la eficacia como condición de la validez, será tratado en el siguiente capítulo.

I) **PRESCRIBIR O MANDAR** (ORDENAR O PROHIBIR) una conducta, un comportamiento.

II) **PERMITIR O DAR UN DERECHO A** realizar u omitir una conducta. Dos sentidos:

a) **Negativo** no hay norma que tenga esta conducta como objeto, esa conducta no se prescribe ni se prohíbe, la conducta es **libre**. En este sentido no es función de ninguna norma, Ej: respirar, pensar.
(Valdría la pena reflexionar por qué se le denomina permiso si no hay norma).

b) **Positivo** se deriva de la derogación o restricción de la vigencia de una norma que prohíbe una determinada conducta. Se puede hacer uso o no del permiso, la conducta es *potestativa*. Es una función indirecta de la norma.

Ej: Se deroga la norma que prohíbe entrar a un territorio bajo una determinada pena.

Ej: Se exceptúa el acto de matar a un ser humano en legítima defensa.

III) **AUTORIZAR, FACULTAR O PROPORCIONAR UN PODER DE** realizar u omitir una conducta. Muy diferente de la permisión positiva.

Ej: Autorizar a órganos especiales a crear derecho.

IV) **DEROGAR**, a estas funciones se agrega la de dejar sin efecto o vigencia a otra norma. (157)

(157) KELSEN, HANS.

TEORIA GENERAL DE LAS NORMAS.
Ed. Trillas. México, D.F., 1994.
p. 106 a 111. En adelante TGN.

KELSEN, HANS.

GENERAL THEORY OF NORMS.
(Translated by Michael Hartney)
Ed. Clarendon Press. Oxford University
Press. New York, United States. 1991.
p. 97 a 101. En adelante GTN.

2.3 Inversión del pensamiento. Los aspectos lógicos se colocan primero que los aspectos reales. Ej: (Norma Hipotética Fundamental)

Este es uno de los mayores problemas en la comprensión de la TPD, pues requiere de cada uno de nosotros, un esfuerzo mental al pensar las cosas en una vía distinta a la que comúnmente estamos acostumbrados. Esto constituye para los estudiantes uno de los grandes obstáculos en la comprensión de la TPD, al no darse cuenta de que para entender la TPD tendrán que invertir el orden en su pensamiento de las diversas relaciones (históricas y lógicas).

Sobre el particular puede verse el problema sobre la simultaneidad, anterioridad y posterioridad de la ciencia jurídica y su objeto de conocimiento el derecho positivo que ya fué tratado en páginas anteriores.*

Para entender esta inversión del pensamiento, se recurrirá al penúltimo capítulo de la TPD2, en donde Hans Kelsen en palabras textuales y mediante ejemplos, muestra cómo en la búsqueda de la "**validez**" no puede confundirse la relación histórica de los hechos y la relación lógica entre las normas.

Es en el conflicto relativo al fundamento de validez del derecho internacional, en donde Kelsen se preocupa por explicar la manera en la cual en el pensamiento jurídico pueden y tienen que invertirse el orden de los aspectos lógicos frente a los aspectos históricos, en vías de una solución gnoseológica aplicable a todo derecho válido. Así en una forma natural del pensar, los Estados tienen que haber sido anteriores al surgimiento del derecho internacional porque éste ha surgido mediante la costumbre de los propios Estados. El argumento histórico por consiguiente, sostiene que el Estado no puede ser concebido como un orden delegado dependiente del derecho internacional.

* veáse página 91 y siguientes.

"Sólo que este reproche reposa en la equivocada distinción entre la relación histórica de hechos y la relación lógica entre normas. También la familia es, en cuanto comunidad jurídica, más antigua que el Estado centralizado que comprende muchas familias; y sin embargo, la validez de los sistemas jurídicos familiares reposa hoy en el orden jurídico estatal. De igual modo, la validez de un orden jurídico provincial reposa en la constitución federal, aunque su existencia sea posterior temporalmente a la de los Estados federales particulares, anteriormente independientes, que sólo posteriormente se constituyeron en un Estado federal. No debe mezclarse la relación histórica con la relación lógica normativa" (158)

Lo que interesa de esta cita es exactamente la manera en la cual Kelsen muestra el modo en el que su pensamiento jurídico ordena y distingue las relaciones entre los hechos y las relaciones lógicas entre las normas:

si bien los hechos son real e históricamente anteriores a las normas, éstas dado el hilo conductor ya analizado, al proporcionar la objetividad ("el sentido objetivo") y operar como un esquema de interpretación de la realidad, son colocadas desde el punto de vista jurídico, siempre como un precedente de los acontecimientos fácticos y de los actos llevados a cabo por el hombre.

Entonces, las normas y sus relaciones lógicas son puestas en un primer plano porque no es la realidad la que evalúa por así decirlo a las normas, son éstas las que habrán de calificar puntualmente a los acontecimientos y a los actos como regulados por el derecho y en base a ello, como debiendo ser en un cierto sentido.

Ahora bien, esa calificación se encuentra ligada y solamente puede ser entendida en función de la "validez" de las normas y de los dos criterios que acompañan a la misma:

el interno del que se sigue el deber ser y la existencia misma de la norma, y el externo que versa

sobre la pertenencia de una norma a un sistema, ya analizados en páginas anteriores.*

En conclusión, la realidad es calificada por un texto legal como "debiendo ser" en cierto sentido. El texto legal es antepuesto en sentido lógico a la realidad.

Estableciendo ahora un vínculo con el título inicial de esta parte, el análisis del postulado de que es el método el que determina el objeto de estudio, conduce a una manera de pensar distinta a la habitual en la cual se partiría de que es el objeto el que determina la forma en la cual será comprendido.

Precisamente si es el método el que determina el objeto de estudio entonces se vuelve necesario suponer y partir en el terreno de lo jurídico, de una primera norma que califique a la realidad y que a su vez al ser "objetiva en sí misma" dote de objetividad a todas las demás normas del sistema.

Se comprende por lo tanto claramente la intención y el contenido del primer postulado de esta investigación ya que si es el método el que determina el objeto de estudio, es por lo tanto

EL CONOCIMIENTO EL QUE CONSTITUYE EL OBJETO DE ESTUDIO Y "LO PRODUCE AL CONCEBIRLO COMO UNA - TOTALIDAD DOTADA DE SIGNIFICADO"**

como sostiene Hans Kelsen, esta producción de carácter intelectual, (ver nota abajo)

* veáse página 119 y 120 de este escrito.

** veáse página 75 de este escrito.

Es adecuado en este momento recordar lo que dice el traductor de la TPD2: "He evitado también -salvo cuando expresamente Kelsen recurre a términos como schöpfen- hablar de "creación del derecho". Entiendo más adecuada, y, sobre todo, menos susceptible de interminables discusiones ideológicas y lingüísticas, la traducción: "producción del derecho", que inclusive etimológicamente se atiende a la terminología kelseniana." TPD2, Op, cit. p. 357

PARTE DE LA SUPOSICION DE UNA PRIMERA NORMA,
NORMA FUNDANTE BASICA, GRUNDNORM O NORMA HI-
POTETICA FUNDAMENTAL.*

con ella se inicia la constitución del objeto de estudio, porque ella dota de "*significado objetivo*" a los actos subjetivos del primer legislador y le proporciona "*validez objetiva*" a todas las demás normas.

Regresando a la metáfora didáctica, un "*par de lentes*" que permiten ver y calificar a la realidad de jurídica, solamente lo son, si la persona que los creó a su vez tenía puestos un primer "*par de gafas jurídicas*" que le dieron la posibilidad de producir a todos los demás anteojos.

¿Pero qué es primero el sujeto que inventa las primeras gafas o las primeras gafas que permiten crear a todos los demás anteojos?

¿Qué es primero el sujeto que crea la norma, o la norma que autoriza al sujeto a crear todas las demás normas?.

Me parece que en ambos casos, el lector, el estudiante y el que esto escribe, contestarían que primero es - el sujeto. Sin embargo, aquí sucede una inversión del pensamiento, en la cual los aspectos lógicos se colocan primero que los aspectos reales o históricos. En el pensamiento kelseniano primero se parte de la suposición de una primera norma que autoriza a crear todas las demás normas, por lo cual también tendría que partirse de la existencia de unas primeras gafas.**

Esta inversión del pensamiento tiene también una explicación en las razones que aportará el segundo postulado de la separación entre el ser y el deber (ser) como se verá en seguida.

* veáse página 120 de este escrito.

** veáse página 101 y 102 de este escrito

Si el derecho es histórica y realmente anterior a la Ciencia Jurídica:

"Los órganos jurídicos tienen, como autoridad jurídica, ante todo que producir el derecho, para que pueda luego ser conocido y descrito por la ciencia jurídica." (159)

"La ciencia del derecho tiene que conocer el derecho -por decir así, desde fuera-, y fundándose en ese conocimiento describirlo." (160)

y la mencionada ciencia aparece después, entonces surge la necesidad de saber:

¿cómo puede precisar la ciencia jurídica cuándo se encuentra frente a un órgano jurídico productor del derecho?.

¿qué hace de la autoridad una autoridad jurídica?.

La ciencia jurídica logra responder estas preguntas (puesto que solamente tienen sentido para ella) sin dejar de lado la explicación histórica y real, haciendo prevalecer sin embargo, su explicación lógica mediante la cual se indaga por la primera norma que faculta a esa autoridad a crear derecho.

Es la suposición llevada a cabo por la razón de que primero se encuentra el deber (ser) y luego el ser. Primero tiene que haber una norma desde el punto de vista lógico:

*"Esa norma es -como más adelante se expondrá más de cerca- la norma fundante de un orden jurídico estatal. No ha sido establecida mediante un acto jurídico positivo, sino -como lo demuestra un análisis de nuestros juicios jurídicos-, -presupuesta cuando se interpreta el acto cuestionado como un acto constituyente, y los actos ejecutados con fundamento en esa constitución, como actos jurídicos." (161)**

(159) TPD2, p. 85

(160) Idem.

(161) TPD2 Op, cit. p. 59

- 1.- De esto se sigue que la Ciencia Jurídica necesita partir de un presupuesto, de un postulado que establece el orden y la unidad del sistema de las normas jurídicas.
- 2.- Este presupuesto es congruente con el postulado inicial de esta investigación de que es el método el que determina el objeto de estudio y - también del postulado que establece la separación entre el ser y el deber ser.
- 3.- En este presupuesto de una norma jurídica primaria se encuentra el fundamento del orden jurídico.

*"Establecer este presupuesto es una función esencial de la ciencia del derecho. En este presupuesto se encuentra el - último fundamento del orden jurídico, un fundamento sólo - condicional según su esencia, y, en ese sentido, hipotético." (162)**

La TPD se caracteriza por ser una forma de concebir los aspectos jurídicos por un camino diferente a lo habitualmente seguido, no sólo es la suposición de una primera norma que habrá de anteponerse para calificar a la realidad, sino también de muchos temas en los cuales la teoría pura del derecho sería incomprensible si no se tiene en cuenta la inversión de los aspectos lógicos que adquieren primacía sobre otros aspectos. Esto trae como consecuencia también que Kelsen se encuentra muchas veces pensando en relaciones de conceptos y de normas, podría decirse en relaciones lógicas, no tanto en relaciones históricas, como se verá a continuación en una de las tantas interpretaciones a su obra.

Ebenstein en su libro de Teoría Pura del Derecho, aporta algunos puntos importantes para enriquecer la comprensión del pensamiento de Kelsen y en particular de este primer postulado. Parte de la idea de que Husserl ha modificado el concepto de posibilidad en Kant, «lo necesario es al mismo tiempo posible». Se sigue que es más

(162) Idem.

amplio el derecho posible que el derecho positivo, pues éste es tan sólo la fortuita materialización histórica de ciertos factores y todas las proposiciones que pueden llegar a ser derecho positivo pertenecen *a priori* al derecho posible.

"Por tanto, la posibilidad de un objeto es lógicamente anterior a su realidad, ya que lo que es real en el objeto es únicamente una de sus posibilidades. De ahí que el conocimiento de las posibilidades preceda al conocimiento de las realidades." (163)

La observación que es preciso hacerle Ebenstein, es que tanto el derecho posible como el derecho positivo son creaciones humanas, mientras que esa misma afirmación referida a la naturaleza podría ser puesta en duda desde otra óptica que sostuviera que la naturaleza es mucho más rica de lo que pueda pensarse de ella, puesto que es una fuente inagotable para el conocimiento científico. Incluso el argumento podría ser al réves, la posibilidad de pensar la realidad, es solamente un aspecto posible de la misma. El autor desde su postura diría que sostener que la naturaleza existe objetivamente, prescindiendo del sujeto cognoscitivo, es tanto como confundir naturaleza empírica con el "pensar-en-sí-mismo", es decir, si lo entiendo bien, se atribuye a la naturaleza lo que se puede pensar de ella.

Por otra parte, asegura siguiendo a Cassirer y a Kant que en lo inteligible las verdades que se alcanzan, no son la expresión de relaciones particulares de la realidad concreta, sino relaciones lógicas entre conceptos.

*"Los problemas referentes a la **existencia y origen** de las cosas no se suscitan en esta esfera de lo puramente ideal; lo único que se tiene en cuenta es la **relación conceptual de -proposiciones, ninguna de las cuales tiene una base existencial**. Sus proposiciones son válidas incluso cuando no tienen*

(163) EBENSTEIN, WILLIAM. LA TEORIA PURA DEL DERECHO.
Ed. Fondo de Cultura Económica.
México, D.F., 1947. p. 32

apoyo en la realidad externa. Este es "el ejemplo más notable de una razón pura que se ha desarrollado felizmente sin ninguna ayuda de la experiencia". (164)

Así pues, se tiene por el momento un pensamiento que versa sobre lo posible, en base a relaciones lógicas, objetivas y válidas entre conceptos, las cuales pueden no tener una base existencial.

Teniendo en cuenta la crítica de formalismo que se sigue tanto a esta última afirmación como a la propia TPD, inmediatamente contesta:

"Pero en derecho, como en cualquier otra parte, el hablar de contenido divorciado de la forma significa poca cosa, porque es la forma la que primero hace al contenido un objeto de cognición normativa, la que primero lo hace de alguna manera objeto de cognición." (165)

Luego basado en Ernst Cassirer quien había buscado una solución crítica a los problemas de sustancia y función, sostiene que Kelsen transformó el concepto ontológico de sustancia en conceptos de relación y en conceptos lógicos.

*"De momento basta recordar su transformación de la norma jurídica en una **relación** normativa que contiene una condición de hecho y una consecuencia jurídica, y (expresada como un juicio hipotético) su ecuación de la persona física y jurídica y su transformación en una norma compleja, un orden parcial, lo mismo que su reducción del estado a un "punto de imputación jurídica". (166)*

Es importante agregar fuera de lo que dice Ebenstein que el funcionalismo ha sido caracterizado como la postura que a partir también de Ernst Mach intenta superar y evitar los supuestos metafísicos que se siguen del empleo de las nociones de sustancia (materia, cuerpo,

(164) *Ibíd*em, p. 29

(165) *Ibíd*em, p. 30

(166) *Ibíd*em, p. 45

cosa) y de causa (aspecto principal o primario). La naturaleza requiere para su explicación de poner en claro la interdependencia característica de los fenómenos. Los conceptos de función, sucesión, conexión, interacción, reacción, acción, dependencia y otros pueden servir para esta finalidad. Frente al substancialismo que implica la pregunta ¿qué es?, el funcionalismo se pregunta ¿cómo funciona, cómo opera?.

Un ejemplo claro de esto en el pensamiento de Kelsen es la afirmación de que la norma **funciona** como un esquema de explicitación conceptual.*

Por todo esto afirma Ebenstein:

"La teoría pura del derecho suscribe el funcionalismo porque esta teoría afirma, en una forma avanzada, la prioridad kantiana de la epistemología a la ontología; como teoría representa el "triunfo del pensamiento puro sobre el objeto sustancial", que ya no es tratado como si tuviese cualidades intrínsecas, sino que es resuelto en la objetiva validez de las relaciones lógicas." (167)

Con esto el autor nos vuelve a centrar en algunos de los problemas básicos para la comprensión del pensamiento de Kelsen, como lo son el de la epistemología versus la ontología, la lógica trascendental versus el substancialismo y otros como serían los de la ciencia en contra de la metafísica, el relativismo contra el absolutismo, el funcionalismo contra el causalismo, etcétera.

En resumen, se ha visto en este punto como el primer postulado de esta investigación que sostiene que es el método el que determina el objeto de conocimiento, conduce a una inversión en la manera habitual de pensar, porque los aspectos lógicos han de colocarse antes de los aspectos reales o históricos.

Estos aspectos lógicos se refieren a la validez de las normas jurídicas, las cuales proporcionan el sentido

* veáse página 26 a 28 de esta investigación.
(167) *Ibíd.*, p. 45

objetivo que permite interpretar a los acontecimientos fácticos y a los actos llevados a cabo por los hombres, como debiendo ser en cierta manera.

En esta vía es posible explicar ahora que es

ES EL CONOCIMIENTO EL QUE CONSTITUYE EL OBJETO DE ESTUDIO Y "LO PRODUCE AL CONCEBIRLO COMO UNA TOTALIDAD DOTADA DE SIGNIFICADO"

- 1.- El conocimiento es el de la Ciencia Jurídica con todo lo que esto implica. (un conocimiento que - que parte de enunciados, coherentes, sistemáticos, etcétera)
- 2.- La constitución o construcción del objeto de estudio (el derecho) se da a través de la suposición de una norma fundante básica.

"Una presuposición semejante, fundante de la validez objetiva, será designada aquí como norma fundante." (168)

- 3.- Esta producción de carácter intelectual, consiste en que el derecho es concebido o pensado como una totalidad o sistema de normas jurídicas que se encuentran dotadas de significado.
- 4.- Este significado o "sentido objetivo" es proporcionado por la suposición de la norma fundante básica que es la que permite comprender los actos subjetivos del primer legislador como actos llevados a cabo conforme a derecho.

*"La pregunta: ¿quién presupone la norma fundante básica?, es contestada por la Teoría Pura del derecho: quien quiera que interprete el **sentido subjetivo** del acto constituyente, y de los actos cumplidos conforme con la constitución, como su **sentido objetivo**, es decir, como normas **objetivamente válidas**" (169).*

(168) TPD2, Op, cit. p. 22 y 23

(169) TPD2 nota 122 Op, cit. p. 213

5.- Esta norma fundante básica es por lo tanto el fundamento de validez del orden jurídico.

"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 unidad de una multiplicidad de normas, en tanto representa el fundamento de la validez de todas las normas que pertenecen a ese orden". (170)

De esta manera, la Ciencia Jurídica teniendo siempre en cuenta el primer postulado, tiene que partir de un presupuesto en el cual el pensamiento antepone una norma fundante básica que al ser supuesta como - objetiva en sí misma, faculta a la autoridad a crear derecho, razón por lo cual ella tiene que ser supuesta lógicamente como anterior a todo legislador y a todo órgano de poder primario.

6.- La comprensión del pensamiento de Kelsen implica tener una clara conciencia de los problemas básicos que su posición origina frente a otras posturas filosóficas, científicas y jurídicas.

7.- Ebenstein lleva a cabo una interpretación conceptual y funcional en la cual la validez de las proposiciones se basa en relaciones lógicas que pueden no tener una base existencial. Asegura - con ello que es la forma la que hace la contenido. Su pensamiento es muy importante para comprender este primer postulado.

(170) TPD2 Op, cit. p. 202

2.4 La Ciencia Jurídica (enunciados y proposiciones)
no se confunde con su objeto de estudio:
Derecho (normas jurídicas).

Si el primer postulado establece que es el método el que determina el objeto de estudio, hay que delimitar con toda precisión lo que es propio del conocimiento y lo que le es conveniente al universo del discurso.*

Esta labor tan importante de distinguir entre el objeto de estudio y la ciencia que se ocupa de él, es llevada a cabo, por Hans Kelsen con el rigor que lo caracteriza, en el capítulo tercero de la TPD2. **Derecho y Ciencia del derecho**, suelen ser utilizados aún hoy en día como vocablos o palabras equivalentes, pero un análisis comparativo muestra que esto no es posible entre otros aspectos porque sus funciones y sus elementos tienen que ser distinguidos con toda claridad.

"La distinción entre la función de la ciencia jurídica y la función de la autoridad jurídica -y, por ende, entre el producto de una y otra- frecuentemente es ignorada; así en el uso -lingüístico "derecho" y "ciencia del derecho" aparecen como -expresiones sinónimas." (171)

El derecho no se confunde con la Ciencia que lo estudia. A pesar de lo anterior, no hay una denominación rigurosa y precisa para esta clase de saber y tal vez la más adecuada y la que se adoptará en este trabajo sea la de nombrarla como **Ciencia Jurídica**.

Una serie de citas de la TPD2 confirmarán todo lo que se viene diciendo:

"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." (172)

(171) TPD2 Op. cit. p. 85 y 86

(172) TPD2 Op. cit. p. 86

* universo del discurso es lo mismo que objeto de estudio.

tivas. Los enunciados o proposiciones describen y explican a las normas mientras que éstas ordenan, permiten y autorizan cierta conducta. Como lo muestra el siguiente esquema:

**PROPOSICIONES O ENUNCIADOS
DESCRIPTIVOS**

NORMAS PRESCRIPTIVAS

Describen y explican a las normas.

Ordenan, permiten y autorizan cierta conducta.

La distinción entre los enunciados científicos y las normas prescriptivas, ya había sido anunciada con anterioridad en el primer capítulo de la TPD2:

"En cuanto juicio enunciativo puede, en cuanto se refiere a la norma de un orden que mantiene validez, ser verdadero o falso." (176)

"Una norma en cambio, no es ni verdadera ni falsa, sino sólo válida o no válida." (177)

**PROPOSICIONES O ENUNCIADOS
DESCRIPTIVOS**

NORMAS PRESCRIPTIVAS

Describen y explican a las normas.

Ordenan, permiten y autorizan cierta conducta.

Son verdaderas o falsas

Son válidas o no válidas.

Ahora bien, esta distinción es matizada pues las normas al igual que los hechos empíricos no se confunden con los enunciados que los describen y tratan de explicar. Además las normas y los hechos empíricos tienen en común que al ser descritos por los enunciados científicos o existen o no existen:

(176) TPD2 Op, cit. p. 33

(177) Idem.

"La diferencia se muestra en que los enunciados deónticos formulados por la ciencia del derecho, que describen el derecho y que 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 falsas, sino sólo válidas o inválidas, de igual suerte que los hechos empíricos no son ni verdaderos ni no verdaderos, sino que existen o no existen, mientras que sólo los enunciados sobre esos hechos pueden ser verdaderos o no verdaderos." (178)

Esto tiene su explicación si se recuerda la afirmación de Hans Kelsen de que:

"Con el término "validez" designamos la existencia específica de una norma." (179)

PROPOSICIONES O ENUNCIADOS DESCRIPTIVOS

Describen y explican a las normas.

Son verdaderas o falsas

No facultan a nadie ni a nada.

Creados por los estudiosos del derecho.

Informan sobre la verdad o falsedad de algo.

NORMAS PRESCRIPTIVAS

Ordenan, permiten y autorizan cierta conducta.

Son válidas o no válidas.

Si son válidas existen, si no son válidas no existen.

Obligan y facultan a los sujetos.

Creadas por la autoridad jurídica.

Pretensión de que algo - sea hecho o dejado de hacer.

(178) TPD2 Op, cit. p. 85 y 86

(179) TPD2 Op, cit. p. 23

Es posible pensar en hechos que han acontecido y dejado de ser y también en normas que han tenido validez y han dejado de tenerla, pero el que sea posible pensarlos no les da ya existencia.*

¿Cómo describe un enunciado científico a una norma prescriptiva?

"Los enunciados jurídicos son proposiciones condicionales que expresan que, conforme a un orden jurídico, nacional o internacional, dado al conocimiento jurídico, deben producirse ciertas consecuencias determinadas por ese orden, bajo determinadas condiciones que el orden jurídico determina." (180)

Los enunciados jurídicos describen a las normas en la forma de proposiciones condicionales cuya función es la de:

relacionar ciertas **CONDICIONES** con
unas determinadas **CONSECUENCIAS**
prescritas por el orden jurídico.

Este es el modelo básico de la norma jurídica recogido por el enunciado.

Se habla entonces de oraciones del lenguaje común que se traducen en manos de un experto con la terminología jurídica adecuada, en enunciados científico jurídicos que tienen la forma de proposiciones condicionales dadas al conocimiento jurídico en las que se establece que:

dadas ciertas **CONDICIONES** deben producirse
ciertas **CONSECUENCIAS** determinadas por un
orden jurídico.

Lo cual conduce al modelo básico de la norma en Kelsen, esquematizado por la proposición condicional.

(180) TPD2 Op, cit. p. 84

* Como se supone que la norma hipotética fundamental o norma fundante básica aún en su carácter de norma pensada es válida, esta norma existe. Sobre su validez se discutirá en el siguiente capítulo.

A diferencia de lo anterior:

"Las normas jurídicas no constituyen proposiciones, esto es, enunciados declarativos sobre un objeto dado al conocimiento."
(181)

Entonces Kelsen recuerda el carácter de las normas, como mandamientos, órdenes, imperativos, permisiones, - autorizaciones, y desde luego prohibiciones.

"El derecho ordena, permite, faculta; no "informa". (182)

Señala Kelsen que las normas sin embargo pueden aparecer en forma de enunciados declarativos de ciertos hechos. Pero la forma lingüística adoptada no importa, "lo que interesa es el **sentido**, el **significado** que instaura la norma", se refiere obviamente al "sentido objetivo".

¿Tiene el mismo significado la palabra "deber" contenida en un enunciado científico que en una norma prescriptiva?

Kelsen afirma que la palabra deber es ambigua y tiene que distinguirse el deber prescriptivo de la norma del deber descriptivo de los enunciados (Sollsätze)*. Los enunciados jurídicos son proposiciones deónticas que describen normas modalizadas deónticamente (Sollnormen).

(181) Idem.

(182) Idem.

En la nota 63 Kelsen menciona a Christoph Sigwart quien se refiere a la ambigüedad en la palabra deber, de ahí su distinción entre **imperativos** que pretenden sean obedecidos y **proposiciones** que pretenden ser verdaderas o falsas. El imperativo es expresión de un **querer individual**, el legislador **no pretende dar a conocer una verdad**, sino dar un mandamiento para que éste sea acatado y obedecido. Por ello, lo que importa es que el contenido no implica la transmisión de una verdad sino la pretensión de que algo sea hecho o dejado de hacer.

* y TPD2 Op, cit. p. 88 y 85. *Rechtsnorm* (norma jurídica) *Rechtssatz* (enunciado jurídico).

"En especial, el enunciado jurídico no es un imperativo; es una proposición, una declaración sobre un objeto dado al conocimiento." (183)

Kelsen se ve también en la necesidad de contestar a Harold Ofstad y para ello tiene que distinguir entre dos clases de enunciados:

enunciados declarativos descriptivos

y Ej: alguien se comporta como lo prescribe la norma, respetando la vida de los demás.

enunciados deónticos.

Ej: La norma prescribe respetar la vida de los demás.

El primero describe una conducta fáctica, el segundo una norma. Ambos pueden ser verdaderos o falsos. Esta distinción en los enunciados suele ser ignorada por los lectores de Kelsen.

NORMA

ENUNCIADOS **DEONTICOS**
DESCRIPTIVOS DE UNA NORMA.

ESTATUYE COMO
OBLIGATORIA UNA
DETERMINADA
CONDUCTA

ENUNCIADOS **DECLARATIVOS**
DESCRIPTIVOS
DE UNA CONDUCTA FACTICA.

"Los enunciados jurídicos que ha de formular la ciencia del derecho sólo pueden ser oraciones deónticas." (184)

Los enunciados deónticos son propios de la Teoría del Derecho mientras que los enunciados declarativos descriptivos son materia de la Sociología Jurídica. Los primeros se refieren a la "validez" del derecho los segundos a su "eficacia" y Kelsen los denomina más adelante enunciados declarativos **empíricos**.*

(183) TPD2, Op, cit. p. 93

(184) Idem.

* nota 65, TPD2, Op, cit. p. 93

"Cuando un hombre, a través de una acción cualquiera, exterioriza la voluntad de que otro hombre actúe en determinada manera: cuando ordena, o permite o autoriza esa conducta, el sentido de su acción no puede ser descrito por el enunciado que afirma que el otro así actuará, sino sólo con el enunciado de que el otro así debe actuar." (185)

Desde la perspectiva de la ciencia jurídica es necesario visualizar que sus enunciados descriptivos no pueden ser en el sentido que alguien así actuará, sino en el sentido de que así debe actuar. Pero los enunciados científicos no son simples repeticiones de las normas prescriptivas, tienen su propia finalidad:

"Los enunciados jurídicos formulados por la ciencia del derecho no son, por lo tanto, simples repeticiones de las normas jurídicas producidas por la autoridad jurídica." (186)

En conclusión, la palabra "deber" tiene un diferente carácter lógico: si es prescrita en una norma, a si es descrita en un enunciado deóntico.

"... al recurrir al uso de la palabra "deber", el enunciado jurídico formulado por la ciencia jurídica no adopta el significado autoritativo que posee la norma jurídica por ella descrita; el verbo "deber" tiene en el enunciado jurídico un carácter meramente descriptivo." (187)

¿Están sujetas las normas jurídicas a la lógica?

Kelsen aborda este punto crucial relativo a si los principios lógicos como los de no contradicción y las reglas de inferencias pueden ser aplicadas a las normas que **no son** verdaderas o falsas. Dice así en la TPD2:

"La respuesta a este interrogante es la siguiente: los principios lógicos, si bien no directamente, por lo menos indirectamente, pueden ser aplicados a las normas jurídicas, en tanto y en cuanto esos principios son aplicables a los enunciados jurídicos que describen esas normas jurídicas, enunciados que pueden ser verdaderos o no verdaderos" (188)

(185) TPD2 Op, cit. p. 18

(186) TPD2 Op, cit. p. 87

(187) TPD2 Op, cit. p. 93

(188) TPD2 Op, cit. p. 87 y 88

Kelsen se refiere a que en la primera edición de la teoría pura y en sus *Hauptprobleme* no distinguió con toda pulcritud entre enunciado jurídico y norma jurídica. Es decir entre la norma jurídica como función de la autoridad creadora del derecho y el enunciado jurídico como función de la ciencia jurídica que describe no sólo el derecho, sino todos los sistemas normativos.

Sin embargo, Kelsen adopta una terminología del todo desafortunada cuando más adelante compara a las leyes naturales con los enunciados científico jurídicos, como se cita a continuación:

"Dado que el enunciado jurídico, como la ley natural, formula una relación funcional, puede también -atendiendo a la analogía con la ley natural- ser designado como ley jurídica."
(189)

"...ley jurídica es el enunciado que describe el derecho, en cuanto enunciado jurídico formulado por la ciencia jurídica, pero no ella misma el objeto descrito, el derecho, la norma jurídica." (190)

En tal caso podría hablarse de ley científico jurídica, para distinguirla de la ley normativa prescriptiva. Como esta denominación de ley jurídica puede tener dos significados distintos: norma y enunciado, y prestarse por ello a múltiples confusiones, no será seguida en esta investigación.

Lo que debe quedar bien claro es lo siguiente:

- 1.- Las normas jurídicas en su calidad de objetos de estudio pueden por analogía ser comparadas con los hechos naturales. (existen o no existen)
- 2.- Los enunciados científico jurídicos utilizados por la ciencia jurídica, pueden por analogía - ser comparados hasta cierto punto con los enunciados que emplean las ciencias físicas o naturales. (son verdaderos o falsos)

(189) TPD2 Op, cit. p. 95 (190) Idem.

3.- Carece de sentido comparar una norma con una ley natural. La norma es objeto de estudio de la Ciencia jurídica, mientras que la ley natural es el medio a través del cual la Ciencia física explica los hechos. No se encuentran - por ende en el mismo "**nivel**". Las únicas comparaciones que tienen sentido son las establecidas en los dos puntos citados anteriormente. (no comparar un objeto de estudio con un enunciado).

En resumen, los elementos y las funciones de la Ciencia Jurídica no pueden ser confundidos con los de su objeto de estudio.

El conocimiento jurídico puede manejar dos clases de enunciados:

ENUNCIADOS DEONTICOS

DESCRIPTIVOS DE UNA NORMA.

versan sobre la validez de la norma.

ENUNCIADOS DECLARATIVOS

DESCRIPTIVOS DE UNA CONDUCTA FACTICA.

versan sobre el carácter empírico de la
conducta.

Los primeros son los que maneja la Teoría del Derecho, mientras que los segundos son propios de la Sociología Jurídica.

Por último, en lo que se refiere a realizar comparaciones y analogías, se debe tener cuidado en que éstas sean realizadas entre aspectos que se encuentren en el mismo horizonte, ya sea comparando objetos de estudio, o enunciados científicos relativos a ellos.

2.4.1 Diversos niveles de la Ciencia Jurídica.

Las teorías de la ciencia o doctrinas de la ciencia suelen ser entendidas como una serie de conocimientos supuestamente básicos y previos a todas las ciencias.* Con las teorías se elabora el conocimiento científico y se construyen las diversas ciencias. Las teorías tienen al principio un carácter hipotético y en la medida en que sus enunciados o proposiciones pueden ser comprobados o verificados, las teorías adquieren entonces su carácter científico.

La Teoría Pura del Derecho en esta perspectiva consiste en una serie de presupuestos (postulados) y conocimientos básicos (naciones de derecho, sistema, norma, deber, validez, etcétera) necesarios para poder pensar y comprender tanto a la Ciencia Jurídica como a su objeto de estudio: el derecho.

La Ciencia Jurídica puede ser desarrollada en diversos niveles o lenguajes científicos jurídicos y hay que establecer el lugar que ocupan las teorías jurídicas y en particular la TPD.

Hans Kelsen denomina a su teoría como "pura" en virtud del método que ésta utilizará para determinar y delimitar su objeto de estudio que es el derecho positivo. Esto será analizado con todo cuidado más adelante. Por el momento es necesario tener presente que la teoría pura del derecho es también una teoría o doctrina general.**

* Sería preferible no confundir las teorías o doctrinas con las que se **construyen** las ciencias, con la **revisión** de las mismas por parte de la **METACIENCIA O FILOSOFIA DE LA CIENCIA**, entendidas como el examen de la **estructura y función** de las propias teorías y de las ciencias, bien sea esto llevado a cabo, desde el punto de vista filosófico o desde la punto de vista científico "ciencia de la ciencia".

** Doctrina pura del derecho como la base de la Dogmática jurídica.

*"La teoría pura del derecho constituye una teoría sobre el derecho positivo; se trata de una teoría sobre el derecho positivo en general, y no de una teoría sobre un orden jurídico específico. Es una **doctrina general sobre el derecho** y no la interpretación de normas jurídicas particulares, nacionales o internacionales. Ofrece, sin embargo, también una teoría de la interpretación." (191)*

Se trata entonces de una teoría sobre el derecho positivo en general, es decir, sobre el derecho creado por los hombres que incluye también una teoría de la interpretación que también es general, aunque Kelsen no lo diga aquí expresamente.

A diferencia de lo anterior, en la cita arriba mencionada, se establece la distinción entre la Teoría Pura en su carácter de Teoría General del Derecho, con el estudio específico de un orden positivo en particular. Este estudio del derecho en un lugar y época determinada así como los problemas relativos a su aplicación, recibe diversas denominaciones, en los libros de Introducción y teoría del derecho:

Dogmática Jurídica o Jurisprudencia Técnica
o Sistemática Técnica Jurídica.

Existe entonces la clásica distinción entre la Dogmática Jurídica o Jurisprudencia Técnica o Sistemática Técnica Jurídica* que se ocuparían de estudiar un determinado orden jurídico (español, alemán, chino, etcétera) , o bien, ramas o normas específicas de ese orden (derecho civil español, derecho internacional alemán, un caso de homicidio resuelto mediante una norma penal en las cortes chinas) de la Teoría General del Derecho que en virtud del método utilizado, Kelsen la denomina Teoría pura del derecho.

Por lo pronto puede ser identificados dos niveles:

TEORIAS GENERALES DEL DERECHO.

SISTEMATICA TECNICA JURIDICA O DOGMATICA JURIDICA.

(191) TPD2, Op, cit. p. 15.

TEORIAS GENERALES DEL DERECHO.

Estudio de los aspectos necesarios para comprender cualquier derecho. Entre otros temas se señala el de la noción del derecho y el de los conceptos jurídicos fundamentales aplicables a todo orden jurídico.

SISTEMATICA TECNICA JURIDICA O DOGMATICA JURIDICA.

Estudio de un orden positivo particular (chino, alemán, ruso, mexicano). De la palabra sistemática se deriva que ese derecho es comprendido como un sistema de normas, mientras que la técnica jurídica se refiere precisamente a los problemas de aplicación de ese derecho. Hay tantas sistemáticas o dogmáticas jurídicas como derechos ha habido, hay y habrá.

Ahora bien, en otra parte (Teoría General del Derecho y del Estado, en adelante TGDE), Kelsen ha sostenido que el propósito de la teoría general del derecho es la de realizar una exposición científica de los órdenes jurídicos particulares constitutivos de las correspondientes comunidades jurídicas:

"Dicha teoría, resultado del análisis comparativo de lo distintos ordenamientos jurídicos positivos, ofrece los conceptos fundamentales que permiten describir el derecho positivo de una - comunidad jurídica determinada." (192)

* En esta investigación se utilizará a la palabra Doctrina como sinónimo de Teoría, mientras que la Dogmática será entendida en el mismo sentido de la "Ciencia del derecho". Con las Doctrinas o Teorías de carácter general se construyen las Dogmáticas y las Ciencias del Derecho de carácter particular. La Dogmática jurídica *"...puede caracterizarse como la disciplina que determina y describe el **material tenido por derecho, sin cuestionar su validez. Un claro entendimiento de las disposiciones jurídicas que constituyen una institución jurídica cualquiera, presupone el manejo de los conceptos, nociones, ideas y tradiciones jurídicas que conforman dicha institución.**"* Tamayo Salmorán, Rolando. **Diccionario Jurídico Mexicano.** Ed. Porrúa y UNAM, México, 1996. p. 1194

(192) KELSEN HANS. TEORIA GENERAL DEL DERECHO Y DEL ESTADO. (TGDE)
Ed. UNAM. México, 1988. Prólogo. p. V

* TPD2, Op, cit. 44

Con estas aseveraciones Kelsen sostiene que la Teoría General del Derecho puede ser construída vía la Ciencia del Derecho Comparado. Esto quiere decir que entre el nivel de las sistemáticas técnicas jurídica o dogmáticas jurídicas y el de las teorías del derecho, existe el de la Ciencia del Derecho Comparado en el cual se confrontan dos o más clases de derecho así como sus respectivas dogmáticas jurídicas (comparar el derecho mexicano y el derecho español) a través, de la Ciencia del Derecho Mexicano y la Ciencia del Derecho Español.

Sin embargo, el fundamento de cada uno de esos órdenes positivos no puede ser obtenido, por método comparativo y más precisamente hablando, por método inductivo. Entonces a través de la Ciencia del Derecho Comparado puede ser construída una Teoría General del Derecho, más no la Teoría Pura del Derecho que va más allá, del método inductivo-comparativo, o en palabras más claras, muy lejos de una simple generalización; pero esto será tratado con todo cuidado más adelante.

También en la TPD2* Kelsen sostiene que esta tarea puede ser llevada a cabo comparando lingüísticamente el significado de la palabra derecho en varios idiomas, pues se llega al resultado de que en todos aparece referida a los ordenamientos de la conducta humana. Con lo cual utiliza el método inductivo de comparar significados. Sin embargo, el fundamento de validez de los diversos órdenes normativos, ni los conceptos jurídicos fundamentales pueden ser encontrados por esa vía.

Los niveles científico jurídicos quedarían de la siguiente forma:

TEORIAS GENERALES DEL DERECHO.
CIENCIA DEL DERECHO COMPARADO.
SISTEMATICA TECNICA JURIDICA O DOGMATICA JURIDICA.
DERECHO U ORDEN JURIDICO

TEORIAS GENERALES DEL DERECHO.

Estudio de los aspectos necesarios para comprender cualquier derecho positivo.

Formada por enunciados o proposiciones que pueden ser verdaderos o falsos.

CIENCIA DEL DERECHO COMPARADO.

Estudio de dos o más derechos u órdenes jurídicos para encontrar sus semejanzas y diferencias e incluso ayudar a resolver casos prácticos. Sin embargo, para ser un estudio riguroso requiere del conocimiento de las dogmáticas o sistemáticas técnicas relativas a esos a esos derechos.

Formada por enunciados o proposiciones que pueden ser verdaderos o falsos.

SISTEMATICA TECNICA JURIDICA O DOGMATICA JURIDICA.

Estudio de un orden positivo particular. De la palabra sistemática se deriva que ese derecho es comprendido como un sistema de normas, mientras que la técnica jurídica se refiere al estudio de los problemas de aplicación de ese derecho. Hay tantas sistemáticas o dogmáticas jurídicas como derechos ha habido, hay y habrá.

Formada por enunciados o proposiciones que pueden ser verdaderos o falsos.

DERECHO U ORDEN JURIDICO

Es el objeto de estudio sobre el que reflexionan los diversos niveles científico jurídicos descritos arriba. Se encuentra constituido por normas que son válidas o inválidas.

Vale la pena observar que los diversos niveles científico jurídicos han sido tratados también como metalenguajes por los estudiosos del derecho. En este camino el derecho es el lenguaje objeto sobre el que se construyen los diversos metalenguajes. Cada metalenguaje reflexiona sobre el inmediato inferior, o sobre los que se encuentren hacia abajo.

La Teoría pura del Derecho en su carácter de teoría general se ocupa de todo el derecho, el que ha sido, es y será, pues trata de encontrar entre otros aspectos los conceptos fundamentales que son propios de todo derecho, en virtud de los cuales puede ser pensado algo como jurídico.

Por último, las teorías o doctrinas cuando adquieren su carácter científico vía la comprobación o verificación de sus enunciados, constituyen lo que se podría denominar la Ciencia Jurídica en General. Ahora bien, esos enunciados de carácter general muestran su grado de aplicabilidad precisamente en el nivel de la dogmática jurídica o sistemática técnica jurídica, cuando sirven para describir y explicar un determinado orden jurídico como el ruso, el chino, el canadiense, etcétera. Entonces ya no se habla del deber en general, sino del deber particular que prescribe una norma perteneciente al derecho mexicano. Al realizar esta operación se construye la Ciencia Jurídica particular y relativa a cada orden jurídico.

Precisamente los límites de las Teorías Generales del Derecho se muestran en su posibilidad de explicar los diversos órdenes normativos particulares. La TGDE es un esfuerzo de Kelsen por mostrar entre otras como su teoría pura del derecho puede explicar otros sistemas jurídicos como el anglosajón.

No se puede cerrar esta parte, sin mostrar que ella está construída desde la **FILOSOFIA DEL DERECHO** pues en su carácter de filosofía de la ciencia, reflexiona sobre todos los diversos lenguajes científicos jurídicos y también sobre el propio objeto de estudio: el derecho.

En este caso en particular, con la ayuda de la filosofía del derecho se revisan los presupuestos de los cuales parte la TPD.

2.4.2 La ciencia jurídica y su objeto de estudio.

El objeto de estudio en la TPD, llega a ser definido como el orden coactivo eficaz de la conducta humana. Para arribar a esta concepción, es necesario recordar algunos aspectos que se han venido tratando. En este contexto el derecho es para Kelsen:

"...una ordenación normativa del comportamiento humano; lo que significa: es un sistema de normas que regulan el comportamiento humano." (193)

Un sistema de normas, en las que la idea de norma conduce a la del deber:

*"Con la palabra "norma" se alude a que algo debe ser o producirse; especialmente, a que un hombre deba comportarse de determinada manera. Este es el **sentido** que tienen ciertas acciones humanas dirigidas con intención hacia el comportamiento de otros." (194)*

El deber comprende varias modalidades de la conducta:

*"Aquí empero, 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." (195)*

Con lo cual la palabra norma se convierte casi en sinónimo de la palabra deber:

" "Norma" es el sentido de un acto con el cual se ordena o permite y, en especial, se autoriza, un comportamiento." (196)

Ahora bien, con estas ideas será posible dar el siguiente paso en la determinación del objeto de conocimiento de la Ciencia Jurídica.

 (193) TPD2 Op, cit. p. 18
 (194) Idem.
 (195) TPD2 Op, cit. p. 19
 (196) Idem.

"La ciencia del derecho intenta concebir "jurídicamente" su objeto, esto es, concebirlo desde el punto de vista del derecho. Pero concebir algo como jurídico no puede querer decir otra cosa sino concebir algo como derecho, y ello implica como norma jurídica, o como contenido de una norma jurídica, como determinado por una norma de derecho." (197)

El objeto de estudio de la Ciencia Jurídica lo es el derecho y por lo que se ha dicho lo son el sistema de las normas jurídicas y el contenido por ellas regulado que es la conducta humana sujeta al deber.

"Pero, en la medida en que el orden jurídico es un sistema social, sólo regula positivamente la conducta de un hombre en tanto y en cuanto se refiere, inmediata o mediatamente, a otro hombre". (198)

La conducta humana sólo tiene sentido regularla en el camino de suponerla relacionada (relación jurídica) inmediata o mediatamente con la conducta de otro u otros hombres. El sistema de normas jurídicas solamente se ocupa de la conducta de los hombres y no del comportamiento de los animales o de las plantas, ni tampoco de los objetos inanimados pero nada impide que con relación a esos seres se regule la conducta de los humanos.

"...es el comportamiento recíproco de los hombres lo que configura el objeto de esa regulación." (199)

Las relaciones entre los hombres solamente son objeto de la ciencia del derecho en su carácter de relaciones jurídicas, es decir, en cuanto relaciones constituidas mediante las normas jurídicas.

Las conductas humanas pueden estar reguladas como condiciones o consecuencias prescritas por el orden jurídico. Recordando para ello que los enunciados jurídicos describen a las normas en la forma de proposiciones condicionales cuya función es la de:

(197) TPD2, Op, cit. p. 83

(198) TPD2, Op, cit. p. 46

(199) Idem.

relacionar ciertas CONDICIONES con
 unas determinadas CONSECUENCIAS
 prescritas por el orden jurídico.

Este es el modelo básico de la norma jurídica recogido por el enunciado. No es aún el modelo completo.

Kelsen asegura entonces que el conocimiento jurídico está dirigido a las normas que poseen la característica de ser jurídicas y se ocupa en especial de ellas en el tercer capítulo de la TPD2 dedicándoles el número catorce al darles el carácter de objeto de la ciencia del derecho.

"Una teoría del derecho tiene ante todo, que determinar conceptualmente su objeto." (200)

Esta tarea se va desarrollando de la siguiente manera:

De la noción de derecho, a la de sistema de normas pasando por la de deber y obviamente por el contenido de las normas que es la conducta regulada, se llega a la de la validez de las normas, considerada como la forma de existir de las mismas.

"...podemos expresar la validez de una norma diciendo que algo debe ser o no; o debe 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 los hechos naturales." (201)

Dos son los criterios para entender la validez "objetiva" de una norma jurídica, como se recordará.

Una norma es objetivamente válida cuando prescribe lo que debe ser. Nótese la relación entre los conceptos de norma, deber y validez. Una relación interesante y tal vez dialéctica. Si algo se debe es porque la norma

(200) TPD2, Op, cit. 44

(201) TPD2, Op, cit. p. 23

tiene validez y si la norma tiene validez entonces ella prescribe cierto deber. Recordando que la palabra deber implica las diversas modalidades de las conductas (ordena, permite, autoriza).

Una norma es objetivamente válida si se encuentra sustentada por las otras normas del sistema, haciéndose necesaria la "suposición" de una "primera norma" objetiva y válida en sí misma que es la que proporciona la significación jurídica a todas las demás normas.

Con lo cual aparece la noción de orden, el derecho es un orden de la conducta humana, o si se prefiere, el orden jurídico de la conducta humana.

"Un "orden" es un sistema de normas cuya unidad ha sido constituida en cuanto todas tienen el mismo fundamento de validez; y el fundamento de validez de un orden normativo es - como veremos- una norma fundante de la cual deriva la validez de todas las normas pertenecientes al orden." (202)

Recurre Kelsen a las noción de orden para establecer que éste es un sistema de normas jurídicas cuya unidad y validez es proporcionada por una norma fundante básica.

"Una norma aislada es norma jurídica en cuanto pertenece a un determinado orden jurídico, y pertenece a un determinado orden jurídico cuando su validez reposa en la norma fundante de ese orden." (203)

De nueva cuenta, Kelsen regresa a la relación de las siguientes nociones: orden normativo, como el sistema de normas, en las que la unidad, la pertenencia y el fundamento de validez se derivan de la norma fundante que dota a esta totalidad de una significación objetiva.

LA PRIMERA DETERMINACION CONCEPTUAL DEL OBJETO DE CONOCIMIENTO ES COMO SIGUE:

(202) TPD2, Op, cit. p. 44

(203) TPD2, Op, cit. p. 44 y 45

DERECHO ES UN ORDEN NORMATIVO QUE MEDIANTE LA SUPOSICION DE UNA NORMA FUNDANTE BASICA LE DA VALIDEZ, UNIDAD, PERTENENCIA, FUNDAMENTO, Y SIGNIFICACION OBJETIVA, AL SISTEMA DE NORMAS QUE PRESCRIBEN DEBER A LAS CONDUCTAS REGULADAS.

A continuación es necesario analizar como se llega al elemento específico del ordenamiento jurídico: la coacción

2.4.2.1 El derecho como orden coactivo eficaz de la conducta humana.

Kelsen como es de todos sabido, encuentra que lo específico de un orden jurídico frente a otros órdenes normativos, estriba en no solamente en imponer sanciones sino en el que éstas tengan un carácter coactivo.

Es necesario por lo tanto poner en claro estas dos nociones, la de **sanción** y la **coacción**, pues ni toda sanción es coactiva, ni toda coacción tiene el carácter de una sanción, a menos que se amplie el concepto de ésta última.

*"Premio y pena pueden comprenderse conjuntamente bajo el concepto de sanción. Pero corrientemente se designa sólo a la pena, es decir, el mal ocasionado como **consecuencia** de determinada conducta -a la privación de ciertos bienes como la vida, la libertad, el honor, valores económicos- y no a las recompensas, como sanción." (204)*

Se sigue entonces que la sanción es una consecuencia, el resultado de haber realizado una cierta conducta prevista en una norma. Este resultado puede ser una sanción premial o una sanción represiva. Kelsen desafortunadamente no profundiza en el terreno de las sanciones premiales jurídicas al menos en la TPD. Le interesa mucho más la sanción represiva que surge de la realización de conductas ilícitas y que como consecuencia tendrán como resultado la privación de ciertos bienes como la vida, la libertad, el honor y los valores económicos.

(204) TPD2, Op, cit. p. 39

"Acto ilícito, o delito, es una determinada acción humana, o la omisión de tal acción, que, por ser socialmente indeseada, es por ello prohibida..." (205)

Se caracterizan estas sanciones represivas en el terreno de lo jurídico porque se imponen contra la voluntad del afectado.

"En cuanto el mal que funciona como sanción -la pena en el sentido amplio de la palabra- deba inflingirse contra la voluntad del así afectado, y en caso de oposición, recurriendo a la fuerza física, tiene la sanción el carácter de un acto coactivo. El orden normativo que estatuye actos de coacción como sanción, es decir, como reacción contra determinada conducta humana, es orden coactivo." (206)

Cuando hay oposición del afectado, la **sanción se aplica por medio de la fuerza física legal** y entonces la sanción tiene un **carácter coactivo**.

Con todo esto el modelo del enunciado que recoge a la norma jurídica comienza a hacerse más específico:

relacionar ciertas **CONDICIONES** con
unas determinadas **CONSECUENCIAS**
prescritas por el orden jurídico.

se pasa ahora a que:

las **CONDICIONES** son conductas socialmente indeseadas (actos ilícitos), prohibidas y se enlazan con las **CONSECUENCIAS** que son sanciones y entre ellas las que se aplican contra la voluntad del así afectado son actos son **actos coactivos**.

(205) TPD2, Op, cit. p. 54
(206) TPD2, Op, cit. p. 40.

La conducta que es socialmente indeseada es

"...por ello prohibida, de suerte que a la misma (o mejor: ante su comprobación a través de un proceso jurídicamente determinado) se enlaza un acto coactivo; convirtiéndola el orden jurídico en condición de uno de los actos coactivos que el orden jurídico estatuye." (207)

Pero no todas las sanciones requieren llegar al empleo de la fuerza física y por ende a la coacción.

"Que el derecho sea un orden coactivo quiere decir que sus normas estatuyen actos de coacción atribuible a la comunidad jurídica. No significa que, en todos los casos, su ejecución involucre el empleo de la fuerza física. Ello sucede solamente cuando se opone resistencia a la ejecución, lo que normalmente acaece." (208)

Por otra parte hay actos coactivos estatuidos por el orden jurídico que no tienen como condición un acto ilícito o un delito. Ej: La internación de enfermos mentales o contagiosos, la expropiación de bienes en virtud del interés público, la destrucción de animales domésticos, la demolición de edificaciones por causa de derrumbamiento o de incendio, etcétera. Vale la pena hacer incapie en que todas estos ejemplos proporcionados por el propio Kelsen se refieren al deber jurídico que tienen las autoridades de velar por el interés social.

La sanción dice Kelsen podría ser entendida entonces en un sentido *amplísimo* cuando no es necesariamente una consecuencia de la ilicitud y comprender *todos los actos coactivos estatuidos por el orden jurídico*:

"...si con ello no quiere expresarse más sino que el orden jurídico reacciona con tal acto contra una situación social indeseada, expresando mediante esta reacción la indeseabilidad de la situación." (209) p. 55

(207) TPD2, Op, cit. p. 54

(208) TPD2, Op, cit. p. 47

(209) TPD2, Op, cit. p. 55

Como puede observarse ahora la sanción comprenderá todos los actos coactivos estatuidos por el orden jurídico, todos aquellos actos en los cuales se puede llegar a utilizar la fuerza física legal, bien sea como una reacción ante situaciones sociales indeseables o para imponer situaciones sociales deseables como puede ser un expropiación atendiendo al interés público.

"Mas, no es solamente, quizá, el interés del acreedor en concreto, lo protegido por la norma jurídica que obliga al deudor; es más bien el interés asumido por la autoridad jurídica de la comunidad jurídica en el mantenimiento de un determinado sistema económico." (210)

La sanción sigue siendo una consecuencia jurídica pero lo es ante condiciones que pueden ir más allá de los actos ilícitos, como lo es el deber jurídico de las autoridades de proteger el interés público. La sanción por último, puede comprender toda una serie de medidas precautorias con carácter coactivo que se implementan precisamente para evitar la comisión de delitos, la sanción entonces puede llegar incluso a ser previa a la comisión de actos ilícitos.

"Si se extiende en este sentido el concepto de sanción, ya no estará conectado con el de consecuencia de una ilíctitud. La sanción, en este sentido amplio, no es consecuencia necesariamente de una ilíctitud, puesto que puede precederla." (211)

Así llega Kelsen a la idea del monopolio de la coacción por parte de la comunidad jurídica y a la concepción del derecho como un orden coactivo de la conducta humana.

"En este sentido, los sistemas sociales designados como "derecho" son órdenes coactivos de la conducta humana. Ordenan una determinada conducta humana, en cuanto enlazan la conducta contrapuesta un acto coactivo, dirigido contra el hombre que así actúa (o contra sus parientes). Esto es: faculta a determinado individuo para dirigir contra otro individuo un acto coactivo como sanción." (212)

(210) TPD2, Op, cit. p. 46 (211) TPD2, Op, cit. p. 55

(212) TPD2, Op, cit. p. 47

El modelo del enunciado que describe a la norma jurídica pasa ahora a ser el siguiente, dada la ampliación de la noción de sanción:

las **CONDICIONES** son todos los hechos y
 las conductas previstas por las normas
 jurídicas a las cuales se enlazan las
CONSECUENCIAS que pueden implicar la
 ejecución de acto coactivos.

2.4.2.2 La coacción en la norma fundante básica.

La primera determinación conceptual del objeto de conocimiento era la de que el:

DERECHO ES UN ORDEN NORMATIVO QUE MEDIANTE LA SUPOSICION DE UNA NORMA FUNDANTE BASICA LE DA VALIDEZ, UNIDAD, PERTENENCIA, FUNDAMENTO, Y SIGNIFICACION OBJETIVA, AL SISTEMA DE NORMAS QUE PRESCRIBEN DEBER A LAS CONDUCTAS REGULADAS.

Ahora bajo el concepto de coacción esta determinación tiene que ser modificada y sobre todo en lo que se refiere a la parte de la norma fundante:

"Si el derecho es concebido como un orden coactivo, la norma fundante de un orden jurídico estatal reza en su formulación: la coacción entre los hombres debe ser ejercida en la manera y bajo las condiciones que se determinan en la primera constitución histórica." (213)

Conviene destacar que la coacción forma parte de la norma fundante de una manera general pues las condiciones de su establecimiento y la forma de su ejercicio estarán determinadas por las normas constitucionales. Pero interesa resaltar que como norma supuesta, supone también la implantación de un deber, el deber de ejercer la coacción.

"La norma fundante delega en la primera constitución histórica el determinar el procedimiento mediante el cual se dictarán las normas que estatuyen actos de coacción." (214)

(213) TPD2, Op, cit. p. 63 (214) Idem.

"Si se trata de una primera constitución histórica, ello sólo es posible si **presuponemos** que, comportándose conforme el sentido subjetivo de esos actos, **deben** cumplirse actos de **coacción** bajo las condiciones y en las maneras que determinen las normas designadas como constitución. Es decir, cuando presuponemos una norma cuya consecuencia es que el acto que deba ser entendido como acto constituyente sea considerado como un acto productor de normas objetivamente válidas, y los hombres que lo producen como la autoridad constituyente". (215)

Así pues, la presuposición de una primera norma que siguiendo el hilo conductor de esta investigación, del sentido subjetivo y objetivo de los actos, establece que el primer acto de creación de normas (constitución histórica) debe ser entendido:

- 1.- Como un acto productor de normas objetivamente válidas. (Acto constituyente)
- 2.- Los hombres que han producido esos actos como la autoridad constituyente.
- 3.- Deben cumplirse actos de coacción bajo las condiciones y en las maneras que determinen las normas designadas como constitución.
- 4.- Los actos ejecutados bajo esa constitución son actos jurídicos.

"Esa norma es -como más adelante se expondrá más de cerca- la norma fundante de un orden jurídico estatal. No ha sido establecida mediante un acto jurídico positivo, sino -como lo demuestra un análisis de nuestros juicios jurídicos-, -presupuesta **cuando** se interpreta el acto cuestionado como un acto constituyente, y los actos ejecutados con fundamento en esa constitución, como actos jurídicos." (216)

Esta primera norma actuando como esquema de explicitación o explicación es una función esencial de la ciencia jurídica. Nótese que la norma es vista desde la perspectiva de la ciencia jurídica como un esquema de explicitación, pero se sigue tratando de una norma aunque supuesta.

(215) TPD2, Op, cit. p. 59

(216) Idem.

"Establecer este presupuesto es una función esencial de la ciencia del derecho. En este presupuesto se encuentra el último fundamento del orden jurídico, un fundamento sólo condicional según su esencia, y, en ese sentido, hipotético." (217)

"Junto con la norma fundante se da por supuesta también la definición, en ella contenida, del derecho como una norma coactiva." (218)

"Pero la norma fundante no es idéntica con la definición que contiene. En cuanto norma no constituye un concepto." (219)

Es por lo tanto una norma y el deber formulado por ella es también supuesto, pero no es una definición ni un concepto. Esto es muy importante porque aunque no cambia en su formulación de carácter formal, esta norma fundante es distinta para cada orden estatal, no es la misma para todos. De ahí que no se confunda la definición que contiene, con su carácter normativo.

¿Estatuye la norma fundante la coacción?

Si no lo hiciera, no podría ser interpretado el sentido subjetivo de las demás normas jurídicas en su sentido objetivo y entonces esas normas tendrían que ser vistas como jurídicamente irrelevantes.

"Para poder ser interpretada objetivamente como una norma jurídica, la norma tiene que ser el sentido subjetivo de un acto efectuado conforme con ese procedimiento adecuado a la norma fundante, y tiene que estatuir un acto coactivo, o estar en relación esencial con una norma semejante." (220)

Los casos de irrelevancia que cita Kelsen son dos: por su forma y por su contenido.

I) Una norma que no tiene forma de norma porque no exige, permite o autorice una conducta humana.

(217) TPD2, Op, cit. p. 63

(218) TPD2, Op, cit. p. 63

(219) Idem. Nota. 40

(220) TPD2, Op, cit. p. 63

II) El contenido de la norma expresa una teoría religiosa o política y no el de una norma. Ej: el derecho se origina en Dios.

"Sucede entonces que, si la norma fundante presupuesta es formulada como una norma que estatuye un acto de coacción, el sentido subjetivo del acto en cuestión, no puede ser interpretado como su sentido objetivo; la norma que constituye su sentido subjetivo no puede ser interpretada como una norma jurídica, sino que tendrá que ser vista como jurídicamente irrelevante." (221)

Ahora bien, ¿estatuye el acto coactivo o está en relación con otras normas que lo establezcan?

Señala Kelsen en este sentido que la norma fundante es una norma **independiente** de derecho, aunque el acto coactivo no sea obligatorio porque a su incumplimiento no se ligue ningún acto coactivo posterior. El acto coactivo establecido por esta norma es **facultativo** y puede ser entendido como un poder para crear normas jurídicas e imponer los actos coactivos estatuidos por esas normas.

"Pero la norma general que, bajo esas condiciones estatuye el acto coactivo, es una norma independiente de derecho, aun cuando el acto coactivo no sea obligatorio, en cuanto a su incumplimiento no se ligue ningún acto coactivo posterior. Si se dice que el acto coactivo es facultativo, la palabra "facultativo" es empleada en un sentido extensivo. Puesto que designa no sólo la concesión de una potestad jurídica, es decir, la capacidad de producir normas jurídicas, sino también otorga la capacidad de llevar a cabo los actos coactivos estatuidos por las normas jurídicas. Si en esa capacidad se ve también un "poder", cabe considerar que esa capacidad es designada como un poder jurídico en el sentido amplio de la palabra." (222)

Al principio del párrafo de la página 63, Kelsen ha sostenido que esta norma fundante delega en las normas constitucionales el procedimiento para estatuir la coactividad. A continuación en la siguiente cita amplía su explicación:

(221) *Ibídem*, p. 65

(222) *Ibídem*, p. 70

"La definición del derecho presupuesta con la norma fundante tiene como consecuencia, que sólo pueda considerarse una conducta como jurídicamente obligatoria, o, lo que es lo mismo como contenido de una obligación jurídica, cuando el comportamiento contrario está normado como condición de un acto coactivo dirigido contra el hombre que así actúa (o contra allegados del mismo). Debe advertirse, con todo, que el acto coactivo mismo no tiene que ser obligatorio en este sentido, puesto que tanto el disponerlo como el cumplirlo pueden ser sólo facultativos." (223)

Se refiere Kelsen como ejemplo a las normas que facultan al órgano legislativo a producir normas, sin obligarlo a ello y, por lo tanto, no aparecen como sanciones necesarias.

A diferencia de la norma fundante, todas las normas constitucionales para poder ser interpretadas como normas jurídicas tienen que estatuir un acto coactivo o estar en relación esencial con una norma que lo estatuya.*

(223) TPD2, Op, cit. p. 63

* Kelsen dice que las normas constitucionales que no prevén sanciones para el caso de no ser observadas, son normas **no independientes** que sólo determinan una de las condiciones bajo las cuales han de dictarse y cumplirse, los actos coactivos establecidos por otras normas.

Las normas no independientes son las que están ligadas esencialmente a otra norma que establece la coacción. Como la condición que establece la norma no independiente puede estar contenida en la otra norma, la primera vista desde la técnica legislativa es: superflua. Así "No debes matar" es superflua frente a "Quien mate, será sancionado penalmente".

Ejemplos de normas no independientes:

Las que permiten positivamente una determinada conducta como la legítima defensa. Las normas derogatorias solamente pueden ser entendidas con otras que estatuyen actos coactivos.

Las normas que facultan una determinada conducta al individuo, el poder de producir una norma jurídica.

Las normas que determinan con mayor especificidad el sentido de otras normas, definiendo un concepto utilizado en la formulación de otra norma o interpretan auténticamente otra norma.

Las normas de la constitución que regulan la actividad legislativa. Las normas que regulan los procedimientos judiciales y administrativos. Todas estas normas son normas no independientes, puesto que sólo determinan las condiciones bajo las cuales se han de llevar a cabo las sanciones coactivas. No todas las normas que estatuyen el acto coactivo obligan, sino exclusivamente aquellas que estatuyen el acto coactivo como reacción, contra determinada conducta, obligando, pues a su contraria.

Se trata entonces para el conocedor de la obra de Kelsen desde otra perspectiva del problema de las normas primarias y las normas secundarias. Muchas han sido las críticas lanzadas contra Kelsen en este punto pero no es materia de este trabajo.

Es pertinente observar que la norma fundante básica estatuye la coacción.

Ahora se puede modificar la determinación conceptual del objeto de conocimiento.

DERECHO ES UN ORDEN NORMATIVO QUE MEDIANTE LA SUPOSICION DE UNA NORMA FUNDANTE BASICA LE DA; VALIDEZ, UNIDAD, PERTENENCIA, FUNDAMENTO, SIGNIFICACION OBJETIVA, AL SISTEMA DE NORMAS JURIDICAS Y FACULTA A ESTABLECER QUE BAJO DETERMINADAS CONDICIONES DEBEN EJECUTARSE DETERMINADOS ACTOS COACTIVOS.

Por último en la delimitación del objeto de estudio es necesario tener en cuenta a la eficacia.

"...que un orden coactivo se presenta como derecho sólo será visto como válido cuando, a grandes rasgos, es efectivo. Esto significa: la norma fundante que constituye el fundamento de validez de un orden jurídico se refiere sólo a la constitución que es el fundamento de un orden coactivo eficaz."
(224)

Sin entrar en la discusión por el momento de la eficacia, se llega a la definición del derecho como el orden coactivo eficaz de la conducta humana.

(224) *Ibíd*em, p. 59

2.4.3 Los temas de la TPD.

La TPD para obtener estas nociones no ha utilizado el método inductivo (generalización por comparación que va de lo concreto a lo abstracto) cotejando los diversos órdenes normativos para obtener una noción abstracta de derecho, porque ese método no le puede dar la unidad y el fundamento al orden jurídico, de ahí la necesidad de tener que utilizar el método deductivo (partir de lo universal a lo particular, mediante un postulado o un supuesto de una norma fundante básica) para lograr darle sentido objetivo a esa totalidad denominada derecho.

"El objeto de estudio de una teoría general del derecho consiste en las normas jurídicas, sus elementos, su interpretación, el orden jurídico como totalidad, su estructura, la relación entre los diferentes ordenamientos jurídicos y, por último, la unidad del derecho en la pluralidad de los ordenamientos jurídicos positivos." (225)

En la anterior cita de la Teoría General del Derecho y del Estado, Kelsen establece la temática de la Teoría Pura del Derecho con relación a su objeto de estudio, pero puede ser enriquecida y complementada de la siguiente manera:

- 1.- Una noción o concepto del Derecho.
- 2.- Los conceptos jurídicos fundamentales
- 3.- Estudiar a las normas jurídicas en sus elementos componentes. Una Teoría sobre las normas jurídicas. Una Teoría sobre la interpretación.
- 4.- Estudiar el orden jurídico como totalidad y en su unidad, lo que lleva a establecer un análisis de su estructura. La Teoría Pura del Derecho como teoría estática y dinámica del derecho.
- 5.- La relación y comparación de los diferentes ordenamientos jurídicos.
- 6.- La unidad del derecho en la pluralidad de los ordenamientos jurídicos positivos. (Primacía del Derecho Positivo sobre el Internacional y viceversa).

 (225) TGDE prólogo. p. V

Ahora bien, por último, es el momento de regresar al párrafo inicial de la TPD2, los autores hacen énfasis en los dos primeros párrafos que pertenecen a la parte de la "pureza metódica" que será desarrollada más adelante. En ellos Kelsen establece el objeto de estudio de dicha teoría, al explicar que ésta se ocupa del derecho que es y por lo tanto de como es el derecho positivo en general. El derecho positivo es el derecho creado por los hombres.

"La teoría pura del derecho constituye una teoría sobre el derecho positivo; se trata de una teoría sobre el derecho positivo en general, y no de una teoría sobre un orden jurídico específico. Es una doctrina general sobre el derecho y no la interpretación de normas jurídicas particulares, nacionales o internacionales. Ofrece, sin embargo, también una teoría de la interpretación." (226)

Una Teoría sobre el derecho positivo en general, es decir, sobre el derecho creado por los hombres que incluye también una teoría de la interpretación que también es general.

"En cuanto teoría pretende, exclusiva y únicamente, distinguir su objeto. Intenta dar respuesta a la pregunta de qué sea el derecho, y cómo sea; pero no, en cambio, a la pregunta de cómo el derecho deba ser o deba ser hecho. Es ciencia jurídica; no, en cambio, política jurídica." (227)

La Teoría Pura del Derecho no es Iusnaturalismo ni política jurídica, no estudia cómo el derecho debería ser o debería ser hecho, estudia el derecho tal como lo han creado los hombres. Esto será tratado más adelante, por el momento lo único que interesa es que el objeto de estudio de la TPD es el derecho positivo.

(226) TPD2, Op, cit. p. 15

(227) Idem.

2.4.4 La teoría pura en su carácter estático y dinámico.

Hans Kelsen se refiere a estos dos matices en los capítulos cuarto y quinto de la TPD2, pero hace mención de ellos desde el primer capítulo en el número quince que lleva por título:

15. Teorías estática y dinámica del derecho

La Teoría estática:

"...tiene como objeto el derecho como un sistema de normas con validez, el derecho en su estado de equilibrio;..." (228)

Son las normas jurídicas producidas, aplicadas o acatadas mediante actos de conducta humana.

La Teoría dinámica:

"..., el proceso jurídico en el que el derecho se produce y aplica, el derecho en su movimiento." (229)

Los actos de producción, aplicación o acatamiento, determinados por las normas jurídicas.

Ambas teorías apuntan a las normas jurídicas, pero la primera va directamente a ellas, mientras que la segunda a los actos de producción del derecho, determinados por las normas. Aquí hay un interesante juego, cómo se verá más adelante, entre la norma como esquema de explicitación y desde luego con el hilo conductor de esta investigación que se da entre el sentido objetivo y el sentido subjetivo.

Luego el derecho regula su propia producción y uso, a través del procedimiento legislativo previsto en la Constitución y mediante las leyes de forma o procesales que regulan la aplicación de las leyes materiales, a través de los tribunales y las autoridades administrativas.

(228) TPD2 Op, cit. p. 83 (229) TPD2 Op, cit. p. 83

En resumen:

La Teoría Pura del Derecho comprende dos formas de concebir a su objeto de estudio que se traducen en dos teorías:

La **Teoría estática** que estudia el derecho en su equilibrio, es decir, como un sistema de normas dotadas de validez.

La **Teoría dinámica** que estudia el derecho en su movimiento, es decir, la producción y la aplicación del derecho determinado por las normas jurídicas.

El derecho regula por lo tanto su propia producción y uso. Con esto vale la pena reflexionar que la creación humana denominada derecho se vuelve independiente hasta cierto punto de su creador e incluso de su posible aplicador. Se habla "**como si**" el derecho pudiera auto-crearse y autoaplicarse.

El conocimiento de la Teoría Pura del Derecho concibe a su objeto de estudio de una forma peculiar, siempre teniendo en cuenta el postulado de la tajante separación entre el "ser y el deber ser" que será analizado en la siguiente parte. La ciencia jurídica se ocupa de las conductas en cuanto son determinadas por las normas jurídicas. La Ciencia jurídica expone el significado normativo de los hechos.

"Describe las normas jurídicas producidas por actos de conducta humana, así como las normas que mediante esos actos son aplicadas y acatadas, y al hacerlo describe las relaciones consuetudinas mediante esas normas jurídicas entre los hechos por ellas determinados." (230)

(230) TPD2 Op, cit, p. 54

2.5 RESUMEN Y CONCLUSIONES

- 1.- ¿CUALES SON LAS CONDICIONES ESTABLECIDAS POR HANS KELSEN EN LA TEORIA PURA DEL DERECHO, PARA PODER PENSAR JURIDICAMENTE Y COMO MUESTRA EL AUTOR QUE ESE PENSAR ES **OBJETIVO** Y POR ENDE CIENTIFICO?
- 2.- La respuesta a esta pregunta se encuentra en el hallazgo, la constatación y la comprensión de los postulados que han permitido el desarrollo de la Teoría Pura del Derecho.
- 3.- De la lectura de la TPD puede derivarse que los postulados son los principios del conocimiento humano que valen sin excepción, dentro de determinados límites.
- 4.- En la Teoría Pura analizada desde un punto de vista deductivo que va de lo más general a lo más particular, han sido encontrados tres postulados de índole filosófica,* desde los cuales puede reconstuirse y entenderse el pensamiento de Hans Kelsen, así como el desarrollo de la mencionada teoría. Estos postulados son los siguientes:

- **CAP. 2 EL METODO DETERMINA EL OBJETO DE ESTUDIO.
- CAP. 3 LA SEPARACION ENTRE EL SER (SEIN) Y EL DEBER (SER) (SOLLEN).
- CAP. 4 LA DISTINCION ENTRE LA RAZON Y LA VOLUNTAD EN LA DESCRIPCION DE LAS NORMAS.

* Si la Filosofía es la rama del saber que se ocupa de los aspectos más generales, estos postulados pueden ser considerados como pre-jurídicos, es decir, como anteriores al conocimiento jurídico. Precisamente ellos son la condición para elaborar dicho conocimiento. En esta vía partir de que es el método el que determina el objeto de estudio, es un principio aplicable a todas las ciencias y no exclusivamente a la ciencia jurídica.

** El párrafo completo del que se obtiene el primer postulado de esta investigación, veáse página 104 de este trabajo.

- 5.- El primer postulado establece que es el método el que determina el objeto de estudio. Este postulado de carácter metodológico que recuerda el pensamiento de Rene Descartes tiene también implicaciones epistemológicas de Kant, del kantismo, del postkantismo y del neokantismo, ya que se refiere ni más ni menos al proceso del conocimiento, al modelo en el cual se parte y se privilegia al sujeto como constituyente, creador, ordenador del objeto pero "*exclusivamente para su conocimiento.*"*

En el segundo prólogo de la Crítica de la Razón Pura, Kant dice:

"Se ha supuesto hasta ahora que todo nuestro conocer debe regirse por los objetos." (231)

Este es el cambio que llevó a cabo Emanuel Kant y fué seguido por el kantismo poniendo en duda "*lo dado*" como algo externo a la conciencia, por el neokantismo previlegiando "*lo puesto*" en sentido subjetivo y por el neokantismo donde "*lo puesto*" se impondrá en sentido objetivo.

Es el conocimiento el que regirá ahora a los objetos.

"Intentemos, pues, por una vez, si no adelantaremos más en las tareas de la metafísica suponiendo que los objetos deben conformarse a nuestro conocimiento, cosa que concuerda ya mejor con la deseada posibilidad de un conocimiento a priori de dichos objetos, un conocimiento que pretende establecer algo sobre éstos antes de que nos sean dados." (232)

Es la aparición del postulado en la Crítica de la Razón Pura que establece que es el método el que determina el objeto de conocimiento. El ejemplo aportado por Kant es el de Copérnico, quien al ver que no conseguía explicar los movimientos celestes partiendo del ejército de estrellas que giraba alrede-

(231) KANT, IMMANUEL. CRITICA DE LA RAZON PURA. Op, cit. p. 20

(232) Idem.

dor del espectador, probó si no obtendría mejores resultados haciendo girar al espectador y dejando a las estrellas en reposo.

"...o bien los conceptos por medio de los cuales efectúo esta determinación se rigen también por el objeto, y entonces me encuentro, una vez más, con el mismo embarazo de saber de él algo a priori; o bien supongo que los objetos o, lo que es lo mismo, la experiencia, única fuente de su conocimiento (en cuanto objetos dados) se rige por tales conceptos." (233)

"En este segundo caso veo en seguida una explicación más fácil, dado que la misma experiencia constituye un tipo de conocimiento que requiere entendimiento y éste posee unas reglas que yo debo suponer en mí ya antes de que los objetos me sean dados, es decir, reglas a priori. Estas reglas se expresan en conceptos a priori a los que, por tanto, se conforman necesariamente todos los objetos de la experiencia y con los que deben concordar." (234)

- 6.- Kelsen no siguió a Kant en su explicación del derecho porque no puede admitir entre otras razones que exista una razón legisladora. Vía el neokantismo de Cohen acepta algunas partes de la Crítica de la Razón Pura que le parecen son aplicables en la formulación de la TPD. Por otra parte, las analogías para adaptar el esfuerzo realizado por Kant a fin de explicar los fenómenos naturales que son "dados" a nuestra experiencia, a otras áreas del saber, devienen en serios problemas porque no todo es "dado" a nuestra intuición sensible, como lo son los datos jurídicos que entrañan un significado.
- 7.- Por estos motivos entre otros, la mayoría de los autores consideran que la interpretación correcta de este postulado debe realizarse teniendo en cuenta las enseñanzas la escuela de Marburgo y en particular las de Hermann Cohen. No obstante lo acertado de esta afirmación, en el primer capítulo de esta tesis se ha visto que los antecedentes de este primer postulado siguiendo el pensamiento de Kant, provienen

(233) Idem.

(234) Op, cit. p. 21

del kantismo al sostener que es la conciencia la que se determina a sí misma determinando su propio objeto de conocimiento. Los neokantianos haciendo a un lado el elemento subjetivo de la conciencia, sostienen que todo pensamiento es una determinación y por ende un conocimiento, lo que interesa en esa determinación no es el acto de llevarla a cabo, sino los contenidos objetivamente válidos.

Estos contenidos objetivamente válidos, se construyen a través de categorías o conceptos fundamentales, de enunciados o proposiciones, de juicios, argumentos, en una palabra, de diversas operaciones lógicas. Nótese que se habla de operaciones lógicas aplicadas en la constitución del objeto de conocimiento y no de su aplicación directa al objeto de estudio, esto es, al derecho positivo.

El modelo racional así construido tiene que coincidir con el derecho positivo real que ha sido creado por la autoridad jurídica real. ¿Cuánto de ese modelo pasa constantemente a formar parte del derecho positivo?, es algo que vale la pena reflexionar en las conclusiones finales.

En este primer postulado puede notarse también la influencia de Hermann Cohen sobre el pensamiento de Hans Kelsen. Por ello a los ojos de Kelsen la Ciencia Jurídica al igual que todo conocimiento, tiene un carácter constitutivo, creador y productor del derecho considerado como su objeto de estudio.

- 8.- Partir del postulado de que el método determina el objeto de conocimiento, es asumir un principio de índole general aplicable a todo el conocimiento científico. Cada ciencia crea su propio objeto a través de una serie de principios y categorías con los cuales elabora un todo ordenado, una unidad dotada de un sentido, un sistema de conocimientos. Por esta razón un mismo objeto no puede ser producido por dos ciencias distintas. Ej: el mapa de las galaxias proveniente de la astronomía.

- 9.- Este primer postulado versa sobre una constitución, fundación, principio, comienzo, creación, ordenación de un objeto de conocimiento (en este caso el derecho positivo considerado como una multiplicidad de normas jurídicas generales e individuales producidas por los órganos jurídicos) que es descrito a través de un sistema de enunciados o proposiciones, gracias a lo cual el objeto adquiere una unidad y un significado objetivo. Esta unidad y ese significado, están dados respectivamente por una **norma fundante** y por un **hilo conductor** que serán explicados más adelante.
- 10.- Esta producción o creación tiene entonces un matiz **puramente gnoseológico**, no es la producción de objetos materiales hecha por el hombre, ni la propia producción del derecho que corresponde a la autoridad jurídica. De aquí entonces que se parta de - que es EL METODO EL QUE DETERMINA EL OBJETO DE CONOCIMIENTO.
- 11.- La ciencia jurídica a través de este postulado no se convierte en fuente del derecho, no lo crea porque de los conceptos científico jurídicos no pueden deducirse normas.

Es importante resaltar que tanto el derecho como la ciencia que lo estudia son creaciones humanas que solamente pueden ser entendidos en su relación recíproca.

Se trata entonces de dos objetos: uno es creado por la autoridad jurídica y tiene como finalidad producir un comportamiento, el otro es construido por la teoría como un modelo o instrumento para describir y explicar al anterior. La función de este último solamente puede darse si ya existe el primero y Kel sen parece reconcerlo bajo los siguientes argumentos:

- a) Los órganos jurídicos tienen que producir el derecho para que pueda luego ser conocido y descrito por la ciencia jurídica.
- b) La función de la voluntad es prescribir normas, mientras que la de la razón es una función descriptiva y cognoscitiva.
- c) Las reglas específicas de convivencia y de organización de la producción normativa que rigen en una sociedad tienen que ser eficaces y lograr la paz en esa comunidad, antes de ser dotadas de validez por la norma fundamental.

12.- Este planteamiento puede conducir sin embargo, al problema de enfrentar dos disciplinas filosóficas: epistemología versus ontología.

Dos argumentos ontológicos:

- A. El derecho es un género de realidad anterior e independiente de su conocimiento.

De este anteceder del derecho de carácter temporal e histórico que ya ha sido tratado en el punto anterior, puede seguirse la idea de que el derecho es algún género de realidad preexistente al conocimiento. Si esto fuera así, entonces en la teoría del derecho tendría que partir precisamente del postulado contrario que afirmarí­a que es el objeto el que determina los medios para su conocimiento.

Respuestas Iusnaturalistas tradicionales.

Hay un derecho que existe y vale en sí mismo independientemente de que el hombre, lo conozca o lo acate. Un derecho que tiene todo hombre por el simple hecho de serlo. Es el derecho natural.

I) Existe un derecho en la naturaleza no creado por el hombre.

Inmediatamente surgen dos problemas: a) El de cómo identificar ese derecho dentro de todos los fenómenos naturales y b) Suponiendo que eso se pudiera hacer, cómo deducir el deber ser de lo que es.

II) Existe un derecho en la naturaleza creado por una voluntad divina.

Además de los problemas anteriormente señalados se suma la imposibilidad de conocer dicha voluntad.

III) Existe un derecho creado por una voluntad divina dado o revelado a los hombres.

Son diferentes estas revelaciones y no hay un acuerdo sobre las mismas, además de los problemas señalados en el punto anterior.

IV) Existe un derecho que puede derivarse u obtenerse de la naturaleza humana.

Supondría un conocimiento objetivo de la naturaleza humana, aspecto en que los diversos autores no se han puesto de acuerdo.

Todo lo anterior dejá ver en claro que una razón más para partir del postulado "opuesto" por parte de Kelsen es la de evitar los errores a los cuales puede conducir el Iusnaturalismo tradicional.

No hay más que un resultado posible para llevar a cabo una investigación científica, solamente hay un derecho que puede ser estudiado de esta manera, el que ha sido creado por los humanos.

Ahora bien, ¿puede concebirse ese derecho creado por el hombre como algo que existe en sí mismo, una vez que ha sido plasmado en una sociedad?, ¿cómo es esa creación humana?. Estos son puntos a discutir en las conclusiones finales, pero parte de su tratamiento se verá en el desarrollo de los otros dos postulados.

B. El Sollen (Deber) tiene una esencia, una esfera de realidad que existe y es así y no de otro modo. El mundo del deber ser.

Entonces para el positivismo no hay tal esfera, ni el derecho está dado ya en una experiencia precientífica y tampoco puede llegar a ser conocido en forma completa. El positivismo jurídico de Kelsen no es el positivismo filosófico donde "lo dado" tiene una realidad empírica y se presenta a los sentidos. En el positivismo jurídico de Kelsen la ciencia es el dato básico y solamente mediante el conocimiento científico puede ser "dado" el derecho.

Se llega a la conclusión de que el Sein y el Sollen no constituyen dos realidades ontológicas preexistentes al conocimiento, sino que son dos formas de captar la realidad.

No obstante lo anterior, ni Kelsen ni sus interpretes pueden escapar al problema ontológico que la postura epistemológica lleva aparejado y con frecuencia emplean entre otras, la palabras realidad o mundo para referirse a algo que aunque creado intelectualmente tiene una forma de ser distinta de la naturaleza.

García Amado por ejemplo se da cuenta de que el mismo Kelsen habla de un material jurídico que va a ser interpretado como jurídico, es decir, ya es jurídico antes de ser interpretado, o en palabras del

autor, de un material jurídico que al mismo tiempo será la consecuencia de esta interpretación.

Se niega entonces que existe una esfera de realidad o un mundo que exista en sí mismo relativo al Deber ser y sin embargo, parece que hay algo anterior a la ciencia jurídica como se verá a continuación.

- 13.- En esta misma línea Losano sostiene la existencia real de los ordenamientos "jurídicos" anteriores a las normas fundamentales pues la validez se asume una vez dada la **eficacia**.
- 14.- Si el método determina el objeto de conocimiento, entonces esta producción intelectual o científica del derecho parte de la suposición de una primera norma denominada **NORMA FUNDANTE BASICA**. El método determina el objeto de estudio, al establecer como punto de partida "gnoseológico" más no real o histórico la suposición de una norma que *autoriza* a crear derecho a el primer legislador, quien quiera que éste sea. Aún aceptando esto, aparece la eficacia como una condición de la validez del derecho. Por eficacia puede entenderse por el momento el acatamiento de ciertas reglas de conducta por una sociedad. Luego un ordenamiento jurídico sería anterior a la norma fundamental que lo va a identificar.
- 15.- La crítica de Raz parece ser entonces bastante acertada pues si la norma fundamental no puede ser señalada con toda precisión *antes* de que la identidad del sistema jurídico sea conocida, ésta **no** puede ya resolver los problemas de identidad y unidad de los sistema jurídicos. Vale la pena agregar además que la norma fundamental ha de ser distinta para cada orden estatal.

- 16.- García Amado se da cuenta del siguiente problema, la postura gnoseológica derivada de la aceptación del primer postulado de que es el método el que determina el objeto de conocimiento, tiene que ser forzada al grado de sostener que una Constitución es válida hasta que en el pensamiento de los que conocen el Derecho, la imbuyen de juridicidad a través de la suposición de una norma fundamental.
- 17.- Esto tiene que conducir al final al análisis de la razón, pues parece difícil que todos posean una razón científica y por ende, el de si todo conocimiento es un conocimiento racional.
- 18.- En este contexto de ideas se verá ahora lo relativo a la objetividad en la ciencia jurídica desde la perspectiva de Hans Kelsen. Es necesario comprender que hay dos clases de objetividad en la TPD: una **objetividad formal** en la vía de las influencias neocriticistas las cuales han dado lugar a los tres postulados de esta investigación. Y una **objetividad empírica** en la senda del positivismo jurídico que crea el autor.

La primera objetividad también puede ser denominada filosófica científica y la segunda estrictamente científica.

La objetividad formal en la vía de Hermann Cohen comprende las leyes inmanentes al pensar, la legalidad en la producción de los objetos del conocimiento. La mayoría de los autores hablan aquí de un sistema de categorías para ordenar el material que llegará a ser determinado como jurídico. En otras palabras estriba en la coherencia de los enunciados o proposiciones que integran la unidad o el sistema construido gnoseológicamente por la teoría pura del derecho.

La objetividad empírica requiere de la correspondencia entre los enunciados o proposiciones con un determinado derecho positivo. La TPD suele referirse en este nivel a la dogmática jurídica en vía de ejemplificar sus aseveraciones.

- 19.- Hay una idea que puede funcionar como el **hilo conductor** de esta investigación, pues a la larga en su comprensión se dará la síntesis de los tres postulados propuestos para entender la TPD.

La **objetividad jurídica es el hilo conductor** para la lectura y comprensión de la TPD. En este camino la pregunta planteada en la primera conclusión de esta serie, de cómo muestra Kelsen que el pensar jurídico es objetivo y por ende científico, ahora es transformada en encontrar la relación entre **la subjetividad y la objetividad**, o en palabras más adecuadas al universo del discurso, entre la realidad y el texto legal.

¿Cómo se pasa de lo subjetivo a lo objetivo en el ámbito de lo jurídico? es la pregunta central de la TPD, porque de su contestación depende la posibilidad de pensar el derecho de una manera científica. La relación entre el hilo conductor y el primer postulado será materia de las siguientes conclusiones.

- 20.- La "**objetividad**" es el resultado de un proceso intelectual de acuerdo con lo establecido en el primer postulado de que es el método el que determina el objeto de estudio. Pero esta objetividad que se manifiesta a través de la suposición de una norma fundante básica es de un carácter filosófico-científico ya que se parte de un postulado que sugiere iniciar con una suposición.

A diferencia de esa objetividad, existe esa otra que sería estrictamente científica, donde lo objetivo es captado mediante un proceso intelectual que compara la realidad (lo que es) con las normas jurídicas (lo que debe ser).

La "objetividad" reside en el "sentido objetivo" - proporcionado por las normas jurídicas creadas por el legislador.

Este proceso intelectual explicado a través del hilo conductor que relaciona lo subjetivo con lo objetivo tiene los siguientes momentos:

- (1) La percepción de acontecimientos fácticos situados en el tiempo y en el espacio, así como la propia producción de actos, interpretándoles y enlazándoles un sentido especial que pretende ser jurídico, por un sujeto con la finalidad de que así sea entendido por los demás.
"Sentido subjetivo con autoatribución de significado jurídico".
- (2) El proceso intelectual mediante el cual los acontecimientos fácticos o los actos producidos por un sujeto son confrontados con los textos legales para que puedan adquirir significación objetiva.
"Sentido objetivo proporcionado por las normas jurídicas, funcionando como esquemas de explicación o explicación conceptual."

La objetividad con carácter filosófico-científico (lo puesto) y la objetividad con carácter estrictamente científico (lo comparado), se encuentran relacionadas, porque de la norma fundante básica (lo puesto o supuesto) depende la interpretación de los actos subjetivos del legislador como actos objetivos. Esos actos consisten en la creación de las normas jurídicas positivas que son las que serán confrontadas (lo comparado) con la realidad.

Ambas "objetividades" tiene en común considerar a la norma como esquema de explicitación o explicación que dota de **sentido objetivo al sentido subjetivo**.

El hilo conductor en la relación del sentido subjetivo y del sentido objetivo, es vital para poder comprender el pensamiento de Hans Kelsen.

Sin embargo, nunca se abandona del todo el plano filosófico porque la "subjetividad" aparece desde dos momentos, desde dos lugares distintos. Una subjetividad que establece claramente la actividad del sujeto sobre el objeto, encerrada (prescrita)* por el primer postulado de la investigación de que es el método el que determina el objeto de estudio para su conocimiento, es lo "puesto" por el sujeto. Esta subjetividad pretende ser objetiva al estar presente como el contenido del pensamiento y no como el simple acto del pensar. (Cohen) Este contenido por su carácter **lógico** se vuelve independiente del propio sujeto. Ej: La norma fundante básica necesaria para poder pensar la unidad y la validez del derecho.*

"La pregunta: ¿quién presupone la norma fundante básica?, es contestada por la Teoría Pura del derecho: quienquiera que interprete el sentido subjetivo del acto constituyente, y de los actos cumplidos conforme con la constitución, como su sentido objetivo, es decir, como normas objetivamente válidas." (235)

Una segunda subjetividad que proviene de lo "dado", considerado como los datos empíricos dotados de un significado. Es la interpretación que un sujeto puede dar a los acontecimientos fácticos, incluidos los actos de otros hombres o los suyos propios, a-

(236) TPD2, Op, cit. p. 213

* Sobre si los lineamientos establecidos por Hans Kelsen pueden llegar a tener un carácter prescriptivo, para todo aquél que quiera elaborar una investigación científica del derecho, este tema, será tratado al final de esta tesis en las conclusiones.

tribuyéndoles un significado jurídico. Es el externo acontecer de las acciones humanas en palabras de Kelsen. Esta interpretación no es aún objetiva, para que lo sea se necesita de un elemento que se lo proporcione con todo rigor. Ese elemento es la norma jurídica actuando como esquema de explicación.

La dinámica y la dialéctica de lo subjetivo y de lo objetivo en el pensamiento de Kelsen tiene que ponerse de manifiesto.

- 21.- El **hilo conductor** conduce a encontrar el principio del mismo en una cadena, serie o escalonamiento de normas jurídicas y éste se encuentra en la suposición de una primera norma que tiene que suponerse "**objetiva en sí misma**", porque ya no puede recibir su objetividad de una norma anterior. Esta primera norma es el primer esquema de explicitación o explicación del material subjetivo proporcionado por el que será designado como legislador.
- 22.- El primer postulado de esta investigación se relaciona con el segundo postulado, porque ese material subjetivo que pretende ser jurídico es la realidad que necesita ser cotejada con el texto legal, es decir lo que "es" con lo que "debe ser" y por otra parte se relaciona con el tercer postulado porque la "voluntad" del primer legislador, depende de la suposición de una primera norma.
- 23.- El hilo conductor se hace comprensible a través de varias nociones de vital importancia para comprender y pensar en la TPD. Estas nociones son las siguientes: Norma, deber, validez, validez objetiva, norma válida, sistema, sistema de normas, derecho, primera norma válida, sentido subjetivo, sentido objetivo y eficacia.

- 24.- El hilo conductor tiene también en cuenta las funciones de la norma jurídica: Prescribir, permitir, autorizar (conductas), y derogar normas.
- 25.- La comprensión de la Teoría Pura del Derecho implica una inversión en el pensamiento, en la cual en la búsqueda de la "validez" no se confundan la relación histórica de los hechos con la relación lógica entre las normas. La segunda siempre es colocada desde el punto de vista jurídico como un precedente de la primera, es decir, de los acontecimientos fácticos y de los actos llevados a cabo por el hombre.

Las normas operando como un esquema de interpretación de la realidad, son colocadas mentalmente como antecediendo y evaluando por así decirlo a la realidad, como debiendo ser en un cierto sentido. El texto legal es antepuesto en sentido lógico a la realidad.

En esta inversión del pensamiento, la Ciencia Jurídica teniendo siempre en cuenta el primer postulado (de que es el método el que determina el objeto de estudio), tiene que partir de un presupuesto en el cual el pensamiento antepone una norma fundante básica que al ser objetiva en sí misma, faculta a la autoridad a crear derecho, razón por la cual ella tiene que ser supuesta lógicamente como anterior a todo legislador y a todo órgano de poder primario.

- 26.- Detrás de esta inversión del pensamiento vale la pena hacer notar, se encuentran algunos principios derivados de la concepción científica asumida por Kelsen y ellos son los siguientes en la interpretación de Ebenstein:

- a) La ciencia en contra de las posturas metafísicas en una función desenmascadora de las verdades absolutas asumidas por aquellas. Esto puede ser ejemplificado en la propia definición de postulado derivada de la teoría pura como los principios del conocimiento humano que tienen la mayor probabilidad de ser explicativos dentro de determinados límites.
- b) El privilegio de la epistemología sobre la ontología. No interesan tanto los problemas relativos a la existencia y origen de las cosas porque en la esfera de lo puramente ideal lo que importa son las relaciones entre los conceptos y sus proposiciones las cuales pueden llegar a carecer de una base existencial. Ej: las matemáticas.
- c) Las proposiciones se dan por válidas sin ningún apoyo de la realidad externa. La forma es la que hace al contenido de un objeto y por ello lo produce como objeto de conocimiento. También se transforman los conceptos ontológicos de sustancia en conceptos de relación de carácter lógico. Ej: la persona jurídica como un centro de imputación.
- 27.- La Ciencia Jurídica se encuentra formada por enunciados y proposiciones que describen, explican e informan sobre su objeto de estudio: el derecho. Esos enunciados no se confunden con el derecho, formado por normas que prescriben la conducta humana, ordenándola, permitiéndola y autorizándola.
- 28.- El modelo básico de la norma en Kelsen es como sigue: Dadas ciertas condiciones deben producirse - ciertas consecuencias determinadas por un orden jurídico.
- 29.- La teoría del derecho en este contexto trata de encontrar los aspectos generales que son propios de todo derecho y en virtud de los cuales puede ser pensado algo como jurídico.

En particular la Teoría Pura comprende:

Una Teoría Estática es el estudio de los conceptos fundamentales y de las normas jurídicas con validez. El derecho en su estado de equilibrio.

Una Teoría Dinámica es el estudio de los actos de producción, aplicación y acatamiento determinados por las normas jurídicas. El derecho en su movimiento.

30.- Mediante la suposición de una norma fundante básica que la da validez, unidad, pertenencia, fundamento y significación objetiva al sistema de normas que prescriben deber a las conductas reguladas, el derecho puede ser concebido como el orden coactivo eficaz de la conducta humana.

El derecho es visto "como sí" regulara su propia producción y uso.

Reflexiones para dar paso al segundo postulado:

EL PROBLEMA PRINCIPAL DEL PENSAMIENTO DE HANS KELSEN PARA PODER ESTABLECER LA EXISTENCIA DE UNA CIENCIA JURÍDICA, CONSISTE EN ESTABLECER:

¿Cómo se pasa de lo **subjetivo** a lo **objetivo**?

Precisamente este es el hilo conductor de esta investigación que nunca fué abandonado por Kelsen, independientemente de los cambios sufridos por la TPD.

Para que pueda haber una ciencia jurídica es necesario que ésta encuentre aspectos objetivos en el universo del discurso. Kelsen resuelve este problema de una manera por demás sencilla, incluso dice que él no aporta nada nuevo con esta solución pues es una operación que

han llevado a cabo todos los juristas, a lo largo de la historia. Esta operación consiste en anteponer de manera intelectual, una norma jurídica a los acontecimientos fácticos a los actos llevados por el hombre para convertir lo **subjetivo** que hay en ellos en algo objetivamente jurídico, pues es la norma de derecho la que aporta el elemento **objetivo**.

La norma jurídica en su carácter de esquema de explicación de la realidad, es la que permite comprender los acontecimientos fácticos y los actos llevados a cabo por el hombre, bajo la perspectiva de lo que debe ser.

Entonces surge la pregunta de cómo los actos subjetivos del primer legislador pueden ser entendidos en un sentido objetivo, es decir, como normas jurídicas, si antes de ese legislador **no** hay una norma en sentido temporal (y positiva) que lo faculte como legislador para crear normas.

¿Esto en palabras filosóficas, se traduce en el problema de cómo es que el primer acto subjetivo se convierte en un primer acto objetivo?

La solución de Kelsen es "suponer" y anteponer aunque de hecho no la hay, una norma que autoriza a ese primer acto subjetivo a darse y a convertirse en un sentido objetivo. Se trata de una norma anterior a todo derecho positivo, razón por la cual no pertenece al sistema siendo ella el punto de partida del mismo. Es una norma pre-positiva, anterior a todo derecho positivo.

Independientemente de si esa norma es:

- a) Un a priori a la manera de la filosofía kantiana. Una condición para poder pensar el derecho.
- b) Un postulado, un primer principio que se supone verdadero dadas ciertas circunstancias.

- c) Una hipótesis científica sujeta a comprobación.
- d) Una ficción del "como si..."
- e) Una simple especulación metafísica.

En este momento es más importante entender que ante el problema de resolver cómo el primer sentido subjetivo se convierte en un primer sentido objetivo, Kelsen opta por resolverlo anteponiendo una idea de razón, una norma pensada que contiene el sentido objetivo para autorizar el sentido subjetivo del primer legislador a crear normas.

Si supongo un primer sentido objetivo (válido en sí mismo y del cuál ya no es posible seguir interrogando por su validez porque conduciría a una situación que se prolongaría hacia el infinito) anterior al primer sentido subjetivo, esta es tan sólo una manera posible de resolver el problema, pero es la única solución "científico jurídica" que encuentra Kelsen.

SENTIDO OBJETIVO	(HIPOTETICO O SUPUESTO) NORMA PENSADA QUE FACULTA A EL:
SENTIDO SUBJETIVO	(ACTO DEL PRIMER LEGISLADOR) DE CREAR:
SENTIDO OBJETIVO	(REAL) NORMAS POSITIVAS. QUE PERMITEN INTERPRETAR LOS
SENTIDO SUBJETIVO	(ACONTECIMIENTOS FACTICOS Y LOS) ACTOS SUBJETIVOS DE LAS PERSONAS COMO DEBIENDO SER.

Ahora bien, ¿Por qué Kelsen no admite que el PRIMER SENTIDO SUBJETIVO SE CONVIERTA SIN MAS EN UN PRIMER SENTIDO OBJETIVO?.

Esto tiene varias respuestas:

En primer lugar porque iría en contra de su primer postulado en el cual el FUNDAMENTO DEL OBJETO DE ESTUDIO

está dado por EL CONTENIDO OBJETIVO DEL PENSAMIENTO (Cohen), ES EL METODO EL QUE DETERMINA EL OBJETO DE CONOCIMIENTO, EL QUE LE DA UNIDAD. Es el sujeto a través del CONTENIDO OBJETIVO DEL PENSAMIENTO (GRUNDNORM O NORMA HIPOTETICA FUNDAMENTAL) el que determina el FUNDAMENTO DEL OBJETO DE ESTUDIO.

De no ser así, entonces tendría que admitir tanto explicaciones de carácter psicológico como sociológico, aunadas al postulado de que es el objeto de estudio el que determina el método.

En segundo lugar porque admitir que un hombre pueda a través de su sentido subjetivo (que es) prescribir un (deber) (sentido objetivo), sería romper con el segundo postulado que establece que de lo que es no puede derivarse lo que debe (ser) y viceversa. Una norma solamente puede tener su fundamento en otra norma.

Ese hombre tendría que estar autorizado para crear derecho y solamente podría estarlo, mediante una norma que dota de sentido objetivo a sus actos.

En otras palabras, las normas solamente pueden ser explicadas en función de otras normas pero como esto no puede prolongarse al infinito, hay que suponer una primera norma AUNQUE ESTO CONTRADIGA EL ORDEN TEMPORAL E HISTORICO DE LOS ACONTECIMIENTOS. SE TRATA DE UN ORDEN LOGICAMENTE PENSADO.

En tercer lugar porque la validez es la forma de existir de las normas y ella solamente puede derivarse de una norma. La validez únicamente puede ser explicada en una vía lógica. La pregunta por el fundamento del derecho.

En cuarto lugar porque partir del hecho real de que un hombre puede crear el primer derecho, sin la ayuda de la norma fundamental y manteniendo la observación de la

separación del ser y del deber, sería para Kelsen tanto como admitir que ese hombre tiene derechos (naturales) anteriores al derecho positivo y se encuentra facultado para crear el derecho.

Independientemente del éxito o fracaso de la TPD2 en la respuesta a este problema de lo subjetivo a lo objetivo, Kelsen optó por solucionarlo en una vía, la de suponer un primer sentido objetivo anterior a todo primer sentido subjetivo.

Ahora bien, el problema también puede ser resuelto si se trata de explicar cómo el primer sentido subjetivo creó el derecho, es decir, el primer sentido objetivo sin la solución de Kelsen, sin anteponer una norma supuesta, pero tendría que salvar la objeción del segundo postulado que entraña el peligro de llegar a cometer "***falacia naturalista***" como será explicado en el siguiente capítulo. Muchas de esas explicaciones se centran en explicar el factor del poder y de la fuerza, pero no explican como esos factores llegan a convertirse en "jurídicos". Lo anterior implicaría resolver cómo se pasa del primer sentido subjetivo al primer sentido objetivo y éste se vuelve precisamente independiente del sentido subjetivo y por ende se convierte en objetivo.

La segunda consecuencia lógica de intentar otra solución consistiría en poner límites tanto al primer postulado como al segundo postulado, o bien, en partir de otros postulados.

CAPITULO 3 **LA SEPARACION ENTRE EL SER Y EL DEBER SER.**
EL FUNDAMENTO DE VALIDEZ DE UNA NORMA SOLAMENTE PUE
DE ENCONTRARSE EN OTRA NORMA. Kelsen.

Todos los investigadores y comentaristas de la obra de Kelsen están de acuerdo junto con él, en el sentido de que la distinción entre el Sein (ser) y el Deber ser (Sollen) constituye uno de los pilares de la TPD. Así - dice García Máynez:

"Los presupuestos filosóficos del sistema son de corte kantiano o, expresado con mayor rigor, neokantiano. Punto de partida es la oposición entre ser y deber ser, que sirve luego de base al agrupamiento de las ciencias en explicativas y normativas." (236)

Sin embargo, ha sido el propio autor quien desde su primera obra ha establecido los antecedentes y la importancia que este postulado, habría de tener en el desarrollo de todos sus futuros trabajos.

*"He aquí por qué 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 sustantividad de la razón práctica frente a la razón teórica, del valor frente a la realidad, de la moral frente a la naturaleza." (237)*

Si bien en un principio ve su antecedente en Kant más adelante se señala la influencia de la escuela sudoccidental neokantiana.

*"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" captable, 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." (238)*

-
- (236) GARCIA MAYNEZ, ALGUNOS ASPECTOS DE LA DOCTRINA KELSENIANA.
 EDUARDO (CONFERENCIAS DEL AUTOR EN EL COLEGIO NACIONAL) Ed. Porrúa, México, D.F., 1978. p.10
- (237) KELSEN, HANS. PROBLEMAS CAPITALES DE LA TEORIA JURIDICA DEL ESTADO. Op, cit. p. XL
- (238) Idem.

El primer capítulo de los *Hauptprobleme*, se encuentra dedicado a dilucidar la separación entre el *Sein* y el *Sollen* y resalta el elogio, a la muy certera y expresiva fórmula de Simmel:

*"El ser no puede ser nunca probado, sino simplemente vivido y sentido; de aquí que no sea posible deducirlo, jamás de los meros conceptos, sino solamente de aquellos en que de algún modo se contiene ya el ser. Si **tratamos de probar lógicamente** nuestro deber de hacer algo, tendremos que reducirlo, necesariamente, a otro deber ser que presuponemos como seguro y que, considerado de por sí, es un hecho primario más allá del cual tal vez podamos seguir preguntando **psicológicamente**, pero no ya lógicamente."* (239)

No se pierda de vista este poder seguir preguntando psicológicamente, en el desarrollo final de la obra de Kelsen.

Lozano que es un excelente comentarista y crítico de la obra de Kelsen, sostiene que en el prefacio a la primera edición de los *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (1911), se encuentra ya el fundamento ideológico de la doctrina kelseniana con una claridad y amplitud que no se volverá a encontrar más en los grandes trabajos posteriores:

*"mis investigaciones parten del presupuesto de separar dos oposiciones fundamentales: el **Sein (ser)** y el **Sollen (deber-ser)**, el contenido y la forma. Soy consciente que una concepción monista no puede ni debe reconocer como definitivo el dualismo entre **Sein y Sollen**, entre contenido y forma. Pero examino aquí principios opuestos y estimo tener que renunciar a unir **Sein y Sollen**, forma y contenido, en un plano superior que contenga estos dos conceptos que se excluyen recíprocamente, como justificación de este punto de vista mío, no encuentro, en el fondo, otra respuesta sincera sino esta: no soy un monista. Por más que me parezca insatisfactoria una concepción dualista de la imagen del mundo, en mi pensamiento no veo otro camino que conduzca más allá de la división entre yo y realidad, entre alma y cuerpo, entre sujeto y objeto, entre contenido y forma o entre aquellas otras palabras, en las que se pueda de otra forma esconder el eterno dualismo".* (240)

(239) *Ibídem*, p. 8

(240) LOSANO, MARIO G. TEORIA PURA DEL DERECHO. Op, cit. p. 45 y 46.

De esta manera paradójicamente se tiene una postura que parte de dualismos implicados en cada uno de sus postulados para resolver y diluir otros dualismos al interior del sistema de la TPD.

El segundo postulado para entender el desarrollo de la Teoría Pura del Derecho, es tratado por Hans Kelsen en el procedimiento de separar el objeto de estudio jurídico, de los objetos naturales y sociales que pueden ser explicados mediante el principio de causalidad. Enuncia entonces Kelsen el famoso postulado de la **separación entre el ser y el deber ser** desde el primer capítulo, de la siguiente manera:

*"...y que, en consecuencia, de que algo **exista** no puede seguirse que algo **deba** existir, de igual modo a que de que algo **deba ser**, no puede seguirse, que algo **sea**." (241)*

Del hecho de que haya llovido hoy, no se sigue lógicamente hablando que deberá llover mañana. En primer lugar porque cualquiera comprende que no se trata de un deber sino de la posibilidad de que el acontecimiento se lleve a cabo. En segundo lugar porque el deber solamente tiene sentido para un sujeto con capacidad de entendimiento que pueda cumplirlo, nadie le puede ordenar a las nubes, los vientos y demás factores, que lleven a cabo el fenómeno de la lluvia. Tampoco del deber que tiene un alumno de estudiar para presentar sus exámenes se sigue que así lo hará. Se trata de la imposibilidad de pasar de lo que "es" a lo que "deber ser" y viceversa.

Este segundo postulado de la separación entre el ser y el deber, es de suma importancia para poder pensar el derecho dependiendo de la perspectiva que se adopte para analizarlo:

- a) Desde el punto de vista kantiano existe la separación entre las **categorías de ser y deber** que están inmediatamente dadas a la conciencia. Esas categorías son la posibilidad y la condición para poder pensar algo.

(241) TPD2, Op, cit. p. 19

- b) Desde una perspectiva lógico-lingüística se enuncia la **imposibilidad lógica** de pasar de enunciados de lo que es a enunciados del deber y viceversa.
- c) Desde una perspectiva ontológica se enuncia la **separación entre "dos mundos" o "dos reinos" o "dos formas de ver la realidad, el mundo del "ser" y el mundo del deber "ser"**.

Al respecto, el traductor de la TPD2 sostiene lo siguiente*:

*"Parece evidente hoy que el giro, gramaticalmente dudoso, "deber ser" no corresponde al simple verbo auxiliar sollen. En esta traducción se evita utilizar tal "deber ser", recurriéndose, **en lo posible**, al verbo modal castellano "deber". Ha de entenderse, pues, que cuando Kelsen habla de das Sollen no está refiriéndose a una misteriosa entidad: "el Deber Ser", de alguna suerte contrapuesta a otra entidad metafísicamente - muy prestigiosa: "el Ser", sino que se está utilizando simplemente el infinitivo del verbo auxiliar "deber" como un - sustantivo verbal." (242)*

Aceptando lo que dice Vernengo y sin atribuir realidad metafísica al Ser y al Deber, no cabe duda que tampoco se trata simplemente de un problema lingüístico pues sus **repercusiones ontológicas** son inminentes. Se trata por lo tanto de los efectos reales, por decirlo así del Sein y del Sollen. Por ello ni el propio Vernengo pudo cambiar la manera en que está enunciado el segundo postulado por el propio Kelsen que se refiere tanto al aspecto lingüístico como al ontológico:

*"Nadie puede negar que la afirmación de que "algo es" -esto es, el enunciado con el cual se describe un **hecho real-**, es esencialmente diferente del enunciado que dice que "algo debe producirse", esto es: del enunciado con el cual se describe una norma: y que, en consecuencia, de que algo **exista** no puede seguirse que algo **deba** existir, de igual modo a que de que algo **deba ser**, no puede seguirse, que algo **sea**." (243)*

* véase página 96 de este trabajo el problema de la epistemología versus la ontología.

(242) TPD2, Op, cit. p. 357

(243) TPD2, Op, cit. p. 19

Hans Kelsen se movería en esta cita en: b) el plano lingüístico cuando analiza la diferencia entre los enunciados que se refieren a que "algo es" y por ello describen hechos reales, de aquellos otros en los cuales se sostiene que "algo debe producirse" describiendo normas, pero también en: c) el plano ontológico al referirse claramente a la "existencia" de hechos y normas.

Con todo esto, Kelsen empieza a establecer el *dualismo* entre lo que es y lo que debe producirse así como la distinción entre la Ciencia que explica normas a través de enunciados descriptivos y el propio Derecho formado por normas prescriptivas.

En la TPD2 pueden entonces observarse claramente tres planos relativos a este problema:

En primer lugar a) "**ser y deber**" son categorías moviéndose en el nivel de los límites y las posibilidades del conocimiento, mientras el b) "**es-debe**" son enunciados que están contruidos sobre bases lingüísticas y el c) "**ser y el deber ser**" son considerados como dos realidades ubicadas en un marco conceptual ontológico.

Los problemas entre estos tres planos son paralelos pero no coincidentes. Los primeros son tratados por la filosofía trascendental kantiana y se refieren al problema del conocimiento, mientras que los segundos se abordan en la filosofía analítica y se refieren al lenguaje y los últimos se refieren a algo existente o a los efectos reales que se siguen de pensar de cierta manera, o al hecho de que tengan tal o cual propiedad y se hallen en tal o cual condición, razón por la cual son objeto de la ontología.

Se ha tratado hasta aquí lo relativo a c) la perspectiva ontológica y b) la perspectiva lingüística; A continuación se tratará lo relativo a a) la perspectiva kantiana.

*"La distinción entre ser y deber no puede ser explicada más de cerca. Se encuentra inmediatamente dada a nuestra conciencia."
(244)*

Vale la pena observar que en esta cita Kelsen remite a su primera nota a pie de página en la TPD2 y asegura que Ser y Deber por lo tanto serían categorías primigenias de la conciencia. Hasta aquí Kelsen sigue la línea kantiana, no puede decirse nada más del ser y del deber porque precisamente son las categorías que posibilitan el pensamiento. Sin embargo, Kelsen va más lejos y hace referencia a George Edward Moore en sus famosos Principios de Etica,* aclarando que no hay una facultad espiritual especial que permita reconocer en forma inmediata el contenido del deber. No hay una intuición específica para establecer lo bueno y lo malo. Al igual que bueno, deber es una noción simple no definible, no analizable.

Dos cosas se pueden resaltar:

- A) No hay una facultad espiritual que permita reconocer en forma inmediata el contenido del deber.
- B) Siguiendo la tesis de Moore, resulta que el deber es una noción simple no definible, no analizable.

En lo que se refiere al "*contenido*" del deber, Kelsen sostiene que no se le puede conocer inmediatamente, sólo se le puede conocer mediatamente, una vez que ha sido prescrito* por una voluntad y forme parte de un orden normativo positivo, moral o jurídico. Lo cual es aceptable.

*"El contenido del deber consiste en aquello que un orden positivo, moral o jurídico, prescribe; es determinado a través de actos de voluntad y, cuando es así determinado, es reconocido."
(245)*

(244) TPD2, Op, cit. p. 19 y 20 veáse también p. 25 la nota 8.
(Principia Ethica. Cambridge, 1922, pp. 7 y ss)*

(245) TPD2, Op, cit. p. 19

Habría que reflexionar que en lo que se refiere a la "forma" el deber tampoco podría ser conocido inmediatamente por ser una noción simple no definible ni analizable en el pensamiento de Moore.

Si esto fuera así, el propio Kelsen no podría aportar su concepción del deber y desarrollar la TPD. Sin embargo, en esa misma página en la parte superior Kelsen ha dicho lo siguiente:

"Aquí, empero, 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". (246)

Ahora bien, una manera de salvar lo que dice y hace Kelsen, sería la siguiente: como el deber es una noción simple no definible, ni analizable, se le puede dar por cada investigador, una definición estipulativa, determinando el sentido en el cual será entendida la palabra "deber" en su pensamiento y en su obra.

Interesante desde otra perspectiva resulta la cita hecha a George Edward Moore por lo que se ha dado en llamar la falacia naturalista. A continuación se tratará sobre ella.

3.1 La Falacia Naturalista.

La falacia es el argumento o la inferencia que no son válidos. El argumento es un razonamiento con el que se intenta probar o refutar la verdad o falsedad de una tesis mientras que la inferencia es el conjunto de los procesos discursivos. Si se comete un error de argumento o de inferencia del cual no se tiene conciencia, suele calificársele como la comisión de una falacia, pero si se sabe del mismo y se lleva a cabo, entonces se le denomina como un sofisma.

(246) TPD2, Op, cit. p. 19. véase la nota 8 de la página 25.

La falacia naturalista puede ser entendida en dos sentidos:

El clásico argumento de David Hume.
El sentido propuesto por G.E. Moore.

3.1.1 El clásico argumento de David Hume.

Hans Kelsen en su Teoría General de las Normas asegura que Hume es mucho más consecuente que Kant en la relación tocante entre el (is) es o (ser) y el (ought) deber (ser), pues para Hume no existe la razón práctica.

A continuación la cita textual de las que parte Kelsen para tales afirmaciones:

"Thus an Ought cannot be derived from an Is."

*"In every system of morality, which I have hitherto met with, I have always remark'd that the author proceeds for some time in the ordinary way of reasoning, and establishes the being of a God, or makes observations concerning human affairs; when of a sudden I am surpriz'd [sic] to find, that instead of the usual copulations of propositions, **is**, and **is not**, I meet with, no propositions that is not connected with an **ought**, or an **ought not**. This change is imperceptible; but is however, of the last consequence. For as this **ought** or **ought not**, expresses some new relation or affirmation, 'tis necessary that it shou'd be observ'd and explain'd; and at the same time that a reason should be given, for what seems altogether inconceivable, how this new relation can be a deduction from others, which are entirely different from it. But as authors do not commonly use this precaution, I shall presume to recommend it to the readers; and I am persuaded, that this small attention wou'd subvert all the vulgar systems of morality, and let us see, that the distinction of vice and virtue is not founded merely on the relations of objects, nor is perceiv'd by reason. (p.p. 469-70)" (247)*

- (247) KELSEN, HANS. GENERAL THEORY OF NORMS. Op, cit. número 20, p. 87
KELSEN, HANS. TEORIA GENERAL DE LAS NORMAS. Op, cit. número 20, p. 96. Solamente como apoyo de la traducción.

* Entre paréntesis se ha puesto el (ser) recordando lo que dice Vernengo, porque ello implica una interpretación del problema con carácter ontológico. Véase la página 194.

De este modo un deber (ser) no puede ser derivado de un es (ser)

*"En todo sistema de moralidad que hasta ahora he encontrado, he notado siempre que el autor procede durante algún tiempo según el modo corriente de razonar, y establece la existencia de Dios o hace observaciones concernientes a los asuntos humanos, y de repente me veo sorprendido al hallar que en lugar de los enlaces usuales de las proposiciones **es y no es** encuentro que ninguna proposición se halla enlazada más que con **debe o no debe**. Este cambio es imperceptible, pero es, - sin embargo, de gran consecuencia pues como este **debe o no debe** expresa una nueva relación o afirmación, es necesario que sea observada y explicada y al mismo tiempo debe darse una razón para lo que parece completamente inconcebible, a saber: como esta nueva relación puede ser una deducción de otras que son totalmente diferentes a ella, ya que los autores no usan comúnmente de esta precaución, debo aventurarme a recomendarla a los lectores, y estoy persuadido de que esta pequeña atención acabará con todos los sistemas corrientes de moralidad y nos permitirá ver que la distinción de vicio y virtud no se funda meramente en las relaciones de los objetos ni se percibe por la razón." (248)*

Queda muy claro entonces que se comete falacia naturalista cuando se pasa de proposiciones descriptivas a proposiciones prescriptivas, esto es, de expresiones de la forma "es" o "no es" a expresiones de la forma "debe" "no debe".

Hume encuentra que de proposiciones en las cuales se usan cópulas "es" y "no es", de pronto se convierten en una nuevas relaciones que son enteramente distintas a las otras, en la que se utiliza un nuevo conectivo lógico, un "debe" y un "no debe".

La interpretación de Ferrater Mora, nos lleva de la mano para comprender el cuidado que Hans Kelsen tuvo en la TPD, de no cometer este tipo de falacia, lo cual lo conduce y le impone la necesidad de proponer la norma básica fundamental.

(248) HUME, DAVID. TRATADO DE LA NATURALEZA HUMANA. Tomos II y III Ed. Gernika. S.A. México, D.F., 1992. p. 253 y 254. Como apoyo de la traducción.

"no es admisible apelar a hechos o descripciones para demostrar la validez de estas prescripciones, porque entonces se pasa subrepticamente de un nivel lógico a otro. Se apela - más bien a hechos o a descripciones, para demostrar otros - hechos, u otras descripciones. Y se apela a prescripciones para demostrar la validez de otras prescripciones, hasta que se llega a alguna prescripción, considerada «última», que se justifica por sí misma, o se estima evidente, o que se decide que es válida, o por la cual se expresa una absoluta preferencia." (249)

Nótese que se trata de dos niveles ontológicos distintos: el de los hechos y el de las normas, así como el de sus respectivos enunciados. En el primero se tiene que apelar a hechos o descripciones de los hechos como fundamento de otros hechos u otras descripciones de hechos. En el segundo se hace referencia a prescripciones y aunque Hume no lo dice, a descripciones de esas prescripciones, hasta que se llega a la prescripción considerada como ULTIMA y tendría que decir también a una última descripción de esa prescripción. Aquí valdría la pena preguntarse si la suposición de esa última prescripción y la prescripción misma coinciden, como tal vez sería el caso de Kelsen.

Esta última prescripción se justifica por sí misma y se estima evidente o se decide que es válida. Kelsen había leído a Hume y de ello se sigue que toda Teoría del Derecho tiene que tener una respuesta para no caer en la falacia naturalista, esto es, hay un argumento y una necesidad lógica para suponer una primera norma a menos que claramente se establezcan los límites de esta falacia o se diga como se evita el caer en ella.

Ahora bien, como las citas de Kelsen respecto a Hume llevan a una conexión inminente con el tercer postulado de esta investigación relativo a la separación entre la razón y la voluntad es necesario a continuación referirse a ellas y luego regresar al tratamiento de la falacia.

(249) FERRATER MORA,
JOSE.

DICCIONARIO DE FILOSOFIA. 4 tomos.
Editorial Ariel, S.A. Barcelona, España.
1994. p. 1051

"Since morals...have an influence on the actions and affections, it follows, that they cannot be deriv'd from reason... Reason of itself is utterly impotent in this particular. The rules of morality, therefore, are not conclusions of our reason' (Treatise of Human Nature, p. 457)(NOTE 69). 'Reason is the discovery of truth or falshood. Truht or falshood consists in an agreement or disagreement either to the real relations of ideas, or to real existence and matter of fact. Whatever, therefore, is not susceptible of this agreement or disagreement, is incapable of being true or false, and can never be an object of our reason' (p. 458)." (250)

Puesto que la moral... tiene una influencia sobre las acciones y afecciones, se sigue, que éstas no puede derivarse de la razón... La razón por sí misma es completamente impotente en este particular. Las reglas de la moralidad, por consiguiente, no son conclusiones de nuestra razón. (Tratado de la Naturaleza Humana, p. 240). La razón es el descubrimiento de la verdad o falsedad. La verdad o falsedad consiste en la concordancia o discordancia con las relaciones reales de las ideas, o con la existencia real y los hechos. Todo lo que, por consiguiente, no es susceptible de esta concordancia o discordancia, es incapaz de ser verdadero o falso, y no puede ser nunca objeto de nuestra razón. (251)

Me parece que Kelsen escoge precisamente estas citas porque son congruentes con la función que desde su punto de vista tiene la razón: establecer lo que es verdadero o falso, basado en la concordancia o discordancia de las relaciones reales de las ideas, con la existencia real de los hechos. Destaca la afirmación de que las reglas morales **no** son conclusiones de la razón, por lo que más tarde se analizará.

A continuación Kelsen se refiere a lo que dice Hume acerca de los actos volitivos, conectando sus afirmaciones con el tercer postulado de esta investigación, pues asegura Kelsen que una norma, un deber (ser), es el sentido de un acto volitivo:

-
- (250) KELSEN, HANS. GENERAL THEORY OF NORMS. Op, cit. número 20, p. 87
 KELSEN, HANS. TEORIA GENERAL DE LAS NORMAS. Op, cit. número 20, p. 96
- (251) HUME, DAVID. TRATADO DE LA NATURALEZA HUMANA. Op, cit. p. 240 y 241

"Now 'tis evident our passions, volitions and actions are not susceptible of any such agreement or disagreement... 'Tis impossible, therefore, they can be pronounced either true or false, and be either contrary or comfortable to reason... Moral distinctions, therefore, are not the offspring of reason. Reason is wholly inactive, and can never be the source of so active a principle as conscience, or a sense of morals. (p. 458)" (252)

Ahora bien: es evidente que nuestras pasiones, voliciones, y acciones no son susceptibles de una concordancia o discordancia... Es imposible, por consiguiente, que puedan ser estimadas como verdaderas o falsas y por ello contrarias o conformes a la razón. La Razón es completamente inactiva y no puede ser jamás la fuente de un principio activo, como la conciencia o el sentido moral. (253)

Hume acepta que la filosofía tradicional se divide comunmente en especulativa que comprende los juicios del entendimiento y la práctica que se refiere a la moralidad. De esto se siguen dos usos de la razón, el especulativo y el práctico. De hecho, Hume no acepta a la razón en sentido práctico, para él hay un principio activo que lo denomina como moral, moralidad, conciencia o sentido moral que es el principio que influye y excita las pasiones y produce o evita acciones.

La moral no puede ser descubierta ni deducida por la razón, porque la razón es pasiva pues no tiene influencia en nuestras pasiones y acciones. Luego un principio activo no puede fundarse jamás en uno inactivo.

Aquí vale la pena reflexionar varias cosas:

- 1) Las pasiones y las acciones de ellas derivadas - pueden darse sin intervención de la moral o conciencia como bien señala Hume. La moral no es la

 (252) KELSEN, HANS. GENERAL THEORY OF NORMS. Op, cit. número 20, p. 87

KELSEN, HANS. TEORIA GENERAL DE LAS NORMAS. Op, cit. número 20, p. 96

(253) HUME, DAVID. TRATADO DE LA NATURALEZA HUMANA. Op, cit. p. 240, 241 Y 242

fuente de las pasiones y de las acciones pero puede tener influencia en ellas. Ej: se dejó llevar por la pasión.

- 2) La conciencia o el sentido moral puede influir en las pasiones y las acciones.

"Si la moralidad no tuviese naturalmente influencia sobre las pasiones y las acciones humanas sería inútil tomarse - tantos trabajos para inculcarla, y nada sería más estéril que la multitud de reglas y preceptos en que todos los moralistas abundan". (254)

Aquí Hume admite que la moral consiste en reglas y preceptos. Valdría la pena preguntarle cómo la conciencia o el sentido moral pueden discernir al margen o sin la razón, las reglas y los preceptos cuya influencia él mismo asegura, tienen sobre las pasiones y las acciones humanas.

- 3) Sí puede haber una ciencia que estudie esas reglas y esos preceptos, es decir, una ética.

Habría sin embargo, que tener en cuenta que el sistema filosófico de Hume, parte fundamentalmente de las percepciones que comprenden las impresiones y las ideas. Las primeras son las sensaciones, las pasiones y las emociones, las segundas son copias o imágenes de las primeras. Mediante la asociación de ideas es posible dar cuenta de los hechos pero siempre teniendo en cuenta la experiencia, para no caer en entidades ficticias producidas por la metafísica.

En esta vía la percepción moral lo es de los gustos o sentimientos y **no de principios absolutamente evidentes propuestos por el entendimiento**. La razón por lo tanto es esclava de las pasiones (placer, dolor, miedo, esperanza, amor, odio, etcétera). Se trata entonces de

(254) *Ibíd*em, p. 239.

que las reglas que guían la conducta se formen en virtud del principio de expectación de la aparición de un sentimiento de placer o en la desaparición o eliminación de un elemento de desplacer. Gracias a la simpatía, entendida ésta como la tendencia o inclinación que tienen los hombres de participar de los sentimientos y las inclinaciones de otros, se puede dar una uniformidad en los modos de sentir y pensar de una comunidad, lo que resulta básico para formular los juicios morales.

Con todo esto, es posible poner en duda que el propio Hume no haya llegado a cometer falacia naturalista pues el placer o desplacer "es", y formular juicios morales en base a ello, implica forzosamente un "deber".

Por ello sostiene John Finnis que hay dos posibles interpretaciones que son las más plausibles acerca del famoso párrafo del Tratado de la Naturaleza Humana de Hume, que versa sobre el "is" and "ought".

a) La primera anuncia una verdad lógica de no poder pasar de premisas no morales a conclusiones morales. Este principio es verdadero y tiene un gran significado. Incluso asume Finnis que Aristóteles y Tomás de Aquino estarían de acuerdo en que un deber, no puede ser deducido de un ser.

*"...(i) Aristotle and Aquinas would readily grant that **ought** cannot be deduced from **is** (whether or not Hume really formulated and adhered to that principle). (255)*

En una nota siguiendo a otros autores, aclara que el mismo Hume no respetó el principio de que no puede ser derivado un deber 'ought' de un ser 'is' pues su sistema de ética esta fundado en hechos y observaciones, en la aprobación o desaprobación por cada uno en particular o por la gente en general.

(255) FINNIS, JOHN. NATURAL LAW AND NATURAL RIGHTS.
Ed. University Press. United States.
1980. p. 37 y 47

"I should have to add that Hume himself conspicuously offends against the principle that 'ought' cannot be derived from 'is'...Hume plainly attempts the logically illegitimate derivation...by discovering the principle 'no **ought** from an **is**', themselves fall into the same inconsistency as their master: The **fact** that one has opted for, adopted, chosen, or decided upon some practical principle is no more a logically legitimate ground for asserting that ϕ ought to be done than is the fact (which Hume fixed upon) that ϕ arouses sentiments of approval or disapproval in oneself or in people in general). (256)

Ahora bien, aceptando lo que dice Finnis, el que Hume no haya respetado su propio principio de no cometer falacia naturalista, eso no implica que éste principio no sea válido, pero establece la necesidad de llegar a precisar sus límites y alcances.

b) La segunda es un ataque contra la pieza central en la argumentación de Hume y Samuel Clarke, en el sentido de que la percepción racional de las cualidades morales de la acción no puede por sí misma proveer una guía que motive la acción. De estas dos interpretaciones se sigue la conclusión de Hume, de que la *razón no puede percibir la diferencia entre el vicio y la virtud*, lo cual desde luego no es aceptado por Finnis y no es nuestro tema por el momento.

Para terminar de profundizar más en este punto, Finnis sostiene que Kelsen tiene la imagen más popular y común del derecho natural pero que ésta ha sido abandonada. Los principios acerca de la moral y las normas morales no han sido deducidos de:

- 1) Posiciones metafísicas acerca de la naturaleza humana.*
- 2) Tampoco de la bondad o maldad de esa naturaleza.
- 3) Ni de la función del ser humano.
- 4) Menos de las concepciones teológicas de la naturaleza o de ninguna concepción natural.
- 5) No han sido inferidos ni derivados de nada y tampoco son innatos.

(256) *Ibíd*em, p. 37 y 38. * Véase página 177 de este trabajo.

Las normas morales no pueden ser deducidas de los hechos naturales porque los iusnaturalistas no necesitan hacerlo. Los deberes, las obligaciones del hombre no pueden ser inferidas de proposiciones acerca de la naturaleza. Los principios básicos del derecho natural no necesitan ser deducidos, inferidos o abstraídos de la naturaleza porque son **autoevidentes** (self-evident). Más bien los principios acerca de lo correcto y de lo incorrecto han sido derivados de estos principios autoevidentes.

El argumento es que cuando se discierne acerca de lo bueno o de lo malo la inteligencia utiliza una diferente clase de lógica de la que utiliza histórica, científica o metafísicamente. Esto no quiere decir que esta operación de la inteligencia sea mucho más racional que la anterior.

Siguiendo a Tomás de Aquino sostiene que la razón práctica actúa no mediante la comprensión de su naturaleza desde afuera en la vía de la psicología, la antropología, o las observaciones metafísicas y los juicios y definiciones acerca de la naturaleza humana. Actúa experimentándose a sí misma, es decir, comprendiéndose desde adentro, escuchando sus inclinaciones. No hay inferencia, no hay juicio acerca de las inclinaciones. (257)

Sobre esto último vale la pena observar sin embargo que Finnis siguiendo a Tomás de Aquino, admite que hay un conocimiento formulado por la **razón práctica** y esto es precisamente, lo que Kelsen va a criticar como se verá a continuación.

Afirma Kelsen que ha habido intentos de negar directa o indirectamente el dualismo Ser (es) - Deber (ser), por ejemplo, pretenden que un Ser (es) está implícito en un deber (ser) o viceversa, o bien, que el

(257) *Ibíd.*, p. 31,32,33 y 34.

Ser (es) está fundando en un Deber (ser) o viceversa, o bien, que un determinado Deber (ser) se encuentra conectado o relacionado con un Ser (es), de manera tal que uno de los dos está correlacionado, coordinado o en paralelo con el otro, o puede ser traducido o transformado en el otro. Como es expresado a continuación:

"...there have been attempts, and still are attempts...to deny directly or indirectly the duality of Is and Ought: for instance, claims that an Is is implicit in an Ought, or an Ought in an Is, or that Is is founded on an Ought, or Ought on an Is, or that a certain Ought is connected with a certain Is in such a way that one of the two is 'correlated - with' or 'co-ordinated with' or 'parallel to' the other, or can be 'translated' into the other." (258)

Kelsen analiza los intentos de diversos autores para evitar el dualismo, así son tratados entre otros Platón, Aristóteles, Tomás de Aquino, Jeremy Bentham, Moritz Schilk, Fritz Mauthner, Félix Cohen, Kant y Hume. Aquí solamente nos ocuparemos de Aristóteles y Emanuel Kant advirtiéndole que en ambos casos Kelsen muestra que detrás de sus argumentos se encuentra el argumento teológico, el cual no será tratado.

Se refiere Kelsen a la entelequia (ἐντελέχεια) de Aristóteles, como el movimiento continuo que hay dentro de todas las cosas, que está dirigido a un determinado fin (τέλος). Entelequia significa entonces en este filósofo griego, un movimiento inherente de las cosas que las dirige al bien. Es una interpretación teleológica de la naturaleza que es básica en la filosofía aristotélica que presupone consciente o inconscientemente una visión teológica de las cosas. Esto lleva al otro sentido de la entelequia, al de la perfección, es decir, a la necesidad de un primer motor que nos mueve al bien, un motor que mueve sin ser movido que es Dios.

(258) KELSEN, HANS. GENERAL THEORY OF NORMS. Op, cit. número 17, p. 63

KELSEN, HANS. TEORIA GENERAL DE LAS NORMAS. Op, cit. número 17, p. 75

Distingue Aristóteles entre la *razón teórica* y la *razón práctica*, ésta última a diferencia de la pensante se caracteriza por la imposición de fines. Esta razón tiene como función esencial prescribir, ordenarle a la *voluntad* que es el impulso, la acción a seguir, la voluntad debe obedecer. Pero Kelsen encuentra aquí una contradicción, se trata de un pensamiento que quiere algo. Kelsen sostendrá como **argumento central** que mientras la función de la razón es **pensar**, describir, conocer, la función de la voluntad es **querer** y por ello, mandar, ordenar.

"If commands issue from practical reason, then the concept of practical reason involves a contradiction: thought which -wills. The resolution of the duality of Is and Ought is implicit in the contradiction, for as thought, practical reason es concerned with Is, and as will, with Ought." (259)

Si los mandatos son un asunto de la razón práctica, entonces el concepto de una razón práctica envuelve una contradicción: pensamiento que quiere. La solución del dualismo del ser y del deber es implícita en está contradicción, pues como un pensamiento, la razón práctica tiene que ver con el Ser, y como voluntad, con el Deber.

Mas adelante vuelve Kelsen a recalcar que la *razón práctica* al prescribir una determinada acción, es un querer que define lo que es bueno, pero es también un pensamiento y como tal es un conocimiento de la verdad.

"What is good from the point of view of practical reason is also true, and what is true from the point of view of theoretical reason is also good." (260)

Lo que es bueno desde el punto de vista de la razón práctica es también verdadero, y lo que es verdadero desde el punto de vista de la razón teórica es también bueno.

(259) KELSEN, HANS. GENERAL THEORY OF NORMS. Op, cit. número 17, p. 69

KELSEN, HANS. TEORIA GENERAL DE LAS NORMAS. Op, cit. número 17, p. 81

(260) *Ibíd*em, p. 70. En la obra en español que sirve de apoyo aunque no se sigue su traducción, 82

Con esto se llega al final a este resultado: tanto la *razón teórica* como la *razón práctica* son una y la misma **razón** una consecuencia que Kant obtuvo explícitamente y que Kelsen va a criticar.

No hay dualismo de lo que es y debe (ser) en la filosofía de Kant por la simple razón de que las normas morales, las leyes morales, los deberes morales parten de la misma razón que solamente difiere a la hora de su aplicación: el conocimiento de lo que es (ser) en el caso de la razón teórica y el legislador moral en el uso de la razón práctica.

"But the difference is not only in the application of reason, but is between the essence of theoretical reason and the essence of practical reason. The former is pure knowing of that which Is, the latter is a willing whose meaning is the Ought of human behavior" (261)

Pero la diferencia es no solamente en la aplicación de la razón, sino lo es entre la esencia de la razón teórica y la esencia de la razón práctica. La anterior es conocimiento puro de lo que es (ser), la última es un querer, cuyo sentido es el deber (ser) del comportamiento humano.

No es entonces la diferencia en la aplicación sino en la esencia que las hace diferentes una de otra. Kelsen encuentra varios aspectos oscuros y contradictorios en la teoría del conocimiento kantiana porque la razón práctica simultáneamente es un conocer y un querer. Como el orden del deber ser solamente puede ser producido por la *voluntad* cuya función es el *querer*, eso lleva a Kant a identificar la *razón práctica* con la *voluntad*. La ley moral es válida para todos los hombres, porque ha surgido de nuestra voluntad como inteligencia y por lo tanto de nosotros mismos.

Pero Kelsen encuentra que Kant también distingue entre la razón como **facultad de conocimiento** (faculty of cognition) y la voluntad como **facultad del querer**, del deseo o apetito (faculty of appetite). El ser humano se

(261) *Ibidem*, número 18 p. 79. En español número 18, p. 89 y 90

le presenta como dotado de estas dos facultades. Kelsen a mi modo de ver expresa dos argumentos importantes para mostrar esta separación:

- a) La facultad de razón solamente puede influir en la voluntad si es algo distinta de ella.
- b) La razón práctica se ocupa de conocer a la voluntad como un objeto dado a ella.

"Reason can influence the will only if they are two different faculties, and not if they are identical....that is, it seek to know the will as an object given to it". (262)

Al final se llega a este resultado:

"Thus the Kantian concept of practical reason is the result of an unacceptable confusion of two essentially different human faculties, two faculties Kant himself distinguishes (note 66). (263)

Por consiguiente el concepto de una razón práctica es el resultado de una inaceptable confusión de dos facultades humanas esencialmente diferentes, dos facultades que Kant por sí mismo distingue. (nota 66)

En la nota 66 Kelsen hace ver que la noción de *razón práctica* conduce a la creencia de una *ciencia normativa* es decir, una ciencia que crea e impone normas. Es la clásica confusión entre ética y moral, jurisprudencia y derecho.

Siguiendo con su análisis Kelsen analiza el principio de la autonomía de la voluntad para mostrar que la mayoría de las normas morales son de carácter heterónomo por lo que se refiere a su fuente de creación externa y que solamente existe autonomía interna en la imposición por parte del destinatario de la misma. Luego continúa con la *conciencia* como autoridad moral, sosteniendo que

(262) *Ibíd*em, p. 80. En español p. 90.

(263) *Ibíd*em, p. 81. En español p. 91

la conciencia encuentra su fundamento en la razón práctica. De nueva cuenta a Kelsen se le presenta esta noción como contradictoria porque:

"The theory that conscience is the moral legislator fails for - the basic reason that conscience -either as feeling or as knowledge- is unable to posit norms, since norms prescribing how we ought to behave can only be the meaning of acts of will." (264)

La teoría en la que la conciencia es el legislador moral falla por la razón básica de que ella, como sentimiento o como conocimiento no puede imponer normas, dado que las normas prescriben como debemos comportarnos pueden ser solamente el sentido de actos de voluntad.

Por otra parte en la conciencia aparece también el sentimiento como vergüenza o arrepentimiento y la conciencia es también un saber acerca de lo bueno o de lo malo. Surge de nuevo una contradicción porque la conciencia es a la vez sentimiento y conocimiento.

Kelsen concluye por último, que tanto la autonomía de la voluntad como la teoría de la conciencia fracasan porque no se puede evitar por un lado la aceptación de normas que surgen del exterior y por el otro porque no hay normas inmanentes en la realidad psíquica del hombre.

Para finalizar es prudente terminar con la última parte de la nota 66:

"No form of argument can ever overcome the fact that descriptive cognition (which expresses itself in statements which are true or false) and prescriptive volition directed to the behaviour of others (which expresses itself in norms which are neither true nor false) can be performed only by two mental powers which are psychologically completely different. To call them both by the same word -'reason', 'raison' - is misleading, to say the least." (265)

Ninguna forma de argumento puede vencer o superar el hecho

(264) *Ibíd*em, número 19 p. 85. En español número 19 p. 95

(265) *Ibíd*em, p. 314. Solamente como apoyo, en español 297.

de que el conocimiento descriptivo (que se expresa en proposiciones que son verdaderas o falsas) y el querer prescriptivo dirigido directamente al comportamiento de otros (que se expresa en normas que no son verdaderas o falsas) pueden ser llevadas a cabo solamente por los dos poderes mentales que son psicológicamente, completamente diferentes. Denominarlas a ellos con la misma palabra razón, es al menos algo que puede conducir a conclusiones erróneas.

Todo esto conduce en la perspectiva de Kelsen, al infortunio de tratar de evitar el dualismo del ser y del deber ser.

La respuesta de Kelsen a Finnis sería la siguiente:

Si esos principios autoevidentes (self-evident) son de carácter formal, entonces terminarían por ser fórmulas vacías mediante los cuales es posible justificar cualquier cosa, como puede estudiarse en su libro *¿Qué es la Justicia?*.

Si estos principios tienen un contenido, entonces además de los problemas de subjetivismo y relativismo que podrían darse, se sigue que muchos de estos principios surgen del exterior y por ello tienen un carácter heterónomo, lo cual implica que **no** han sido obtenidos en una experiencia interior de la *razón práctica*.

Por último, admitir la existencia de una *razón práctica* en la vía de Aristóteles y Tomás de Aquino independientemente del argumento teológico al que conduce, implica confundir la razón con la voluntad como ya ha sido analizado.

Varias observaciones muy fructíferas pueden ser obtenidas de todo esto:

- I) En opinión de Kelsen todos los intentos por evitar el dualismo de lo que es (ser) y del deber (ser), conducen a un fracaso.

- II) Hay dos facultades humanas distintas, la razón y la voluntad. Los productos de estas facultades - son respectivamente el conocimiento y el querer. El conocimiento se expresa en proposiciones que son verdaderas o falsas, mientras que la voluntad crea normas que son válidas o inválidas.
- III) No se puede emplear la palabra razón o razón práctica para denominar a ambas facultades pues eso conduce a conclusiones equivocadas.

Lejos está sin embargo Kelsen de haber resuelto el problema, porque ahora el autor se enfrentaría a los siguientes cuestionamientos, los cuales al menos no parecen tener una solución satisfactoria, más que recurriendo al hilo conductor de esta investigación entre el sentido subjetivo y objetivo de los actos. Pero ¿No es ésta una forma de unir el ser con el deber?.

- IV) Hay comunicación entre estas dos facultades humanas o siempre se encuentran incomunicadas. ¿Cómo es esa relación?.
- V) Admitiendo la voluntad como una facultad psicológica, no se cae en el mismo problema de que algo que "es" produce un "deber". ¿Como logra la voluntad salvar este escollo?. La voluntad es una facultad humana que "es" y crea normas que implican un "deber".
- VI) Esta voluntad psicológica que crea el derecho lo hace mediante elementos racionales, es decir, "sabe lo que quiere", o es un contrasentido y "no sabe lo que quiere". ¿Cómo le hace la voluntad para producir un querer "racional" que se traduce en normas objeto de estudio de diversas ciencias y por ende de la razón?. Porque cuando produce normas que no tengan ese carácter de prescribir un deber, el propio Kelsen llegará a admitir que no lo son, que no tienen ese carácter como se verá en el siguiente capítulo.

Ahora lo más importante:

- VII) Kelsen deja entrever que el **fundamento** del dualismo lógico del ser y deber se encuentra en el dualismo ontológico de dos facultades humanas: la razón y la voluntad.
- VIII) La única manera de solucionar el dualismo del ser y del deber es resolviéndolo el **dualismo de las facultades humanas que lo producen**: la razón y la voluntad. Los diversos intentos analizados por Kelsen en la TGN, propuestos por diversos autores, han fallado rotundamente. Nociones como las de razón práctica y conciencia, implican a los ojos de Kelsen, serias contradicciones.
- IX) No puede Kelsen argumentar que esa investigación no puede ser objeto de la TPD:
 - (1) Porque él mismo la ha llevado a cabo estudiando a diversos filósofos.
 - (2) Debido a su trascendencia en la temática normativa.
 - (3) Precisamente, porque rompe con el dualismo de ser y deber, al admitir que una facultad humana psicológica que "es" crea "deber", produce normas.
 - (4) Porque las normas no pueden ser al menos en su mayoría irracionales y formar un sistema.

Ahora bien, ya había sido tratado que entre el ser y el deber pueden ser asumidas las siguientes posiciones:

- a) "Ser y Deber" son categorías del pensamiento.
- b) "es-debe" son el nivel analítico de las proposiciones o enunciados.
- c) "Ser y el Deber ser" son considerados como dos realidades o mundos ubicados en un marco conceptual ontológico.

Lo expresado por Kelsen daría lugar a vislumbrar otra posible posición que serían las de seguir preguntando psicológicamente como decía Simmel.

- d) Ser y deber ser son el resultado o producto de - dos facultades humanas: la razón y la voluntad. Estas facultades tienen que ser entendidas en las distintas funciones que llevan a cabo respectivamente: conocer y querer.

No obstante lo anterior, una investigación psicológica de esta clase rompería con la pureza metódica. Ahora bien, en vez de una vía psicológica podría sugerirse una vía ontológica, una pregunta más radical en la línea de Heidegger referida al Dasein. El ente que en el ser le va su ser. El ser ahí.

La solución la problema del Sein y el Sollen podría darse en un marco óntico-ontológico. Me explico a continuación.

La manera más sencilla que encuentro para explicar esto, estriba en que antes de considerar ser y deber ser bajo las posiciones a) b) y c), habría que tener en cuenta que forman parte de la estructura óntica y ontológica del ser humano. Ser y deber constituyen uno de los modos integrales de presentarse y abordar la vida. Se trata de los "existenciarios" que son anteriores a las "categorías" desde el punto de vista ontológico. Como ejemplo de los existenciarios se encuentra el "cuidado" inicial que cada uno tiene que tener de sí mismo, sin el cual no podría sobrevivir. Este cuidado implica forzosamente la unión del conocimiento y el querer. Por ello, antes de la moral, el derecho, la religión, las reglas del trato social, estarían las reglas básicas del cuidado de lo humano.

En palabras más accesibles, no es posible concebir al ser humano sin la *interrelación* de sus facultades y lo que éstas producen. Se trata de un "ente" que está hasta cierto punto consciente de sus capacidades y posibilidades.

La descripción que suele hacerse de sus facultades es óntica porque se refiere a él en su carácter de "ente" y ontológica en virtud de que ese ser humano se pregunta por el sentido de su "ser". Todavía arriesgando más, ser y deber son separados **después** por el pensamiento, al establecer las facultades de las que se compone todo ser humano, pero forman una estructura indisoluble, a menos que se muestre un humano no enfermo psicológicamente hablando que pueda vivir integralmente y ser, sin esa estructura.

Kelsen tiene razón en lo relativo al postulado de la separación entre el Sein y el Sollen en el nivel lógico, pero no contempla el nivel óntico-ontológico que no es el nivel psicológico, es decir, no se refiere al comportamiento o a la conducta, sino a la estructura, a lo propio y más íntimo del ser humano. Kelsen también acierta en el problema de la terminología, la razón práctica puede prestarse a equívocos, lo mismo que la conciencia. En lo que no puede estar acertado es en que las facultades humanas trabajen u operen siempre al margen unas de la otras. Que puedan hacerlo es una cosa, que lo hagan siempre sería otra cosa muy distinta.

La pregunta por el fundamento del deber, no puede quedarse únicamente en el nivel lógico de otro deber, sino que tiene que ir al nivel óntico-ontológico.

No es posible terminar esta parte sin observar que Kelsen no puede reducir su discurso a un nivel estrictamente analítico o del lenguaje, aunque como todo gran filósofo moderno, se cuida de caer en esquemas metafísicos ya superados.

3.1.2 El sentido propuesto por G.E. Moore.

Sostiene este autor que hay objetos que son simples, indefinibles e inanalizables como "bueno". A esta clase de objetos mentales pertenecen el ser y el deber como lo hace notar Kelsen.

"El más importante sentido de "definición" es aquel en que una definición establece cuáles son las partes de que invariablemente se compone un cierto todo, y, en este sentido, "bueno" no tiene definición, porque es simple y sin partes. Es uno de aquellos innumerables objetos de reflexión que no son definibles, por ser términos últimos en relación con los que todo lo que es susceptible de ser definido debe definirse. Que debe haber un sinnúmero de semejantes términos es obvio, si se reflexiona en eso." (266)

Obviamente se comete falacia naturalista cuando se emplea un género de propiedades para definir otro radicalmente distinto e irreductible. Así, bueno no puede ser definido mediante una propiedad como la de ser lo placentero. Lo bueno no es en este caso ni definible, ni reducible a lo placentero.

"Con todo, comúnmente se cometen errores de esta clase por lo que toca a "bueno". Puede ser verdad que todas las cosas que son buenas son también algo más, tal como es verdad que todas las cosas amarillas producen una cierta clase de vibración lumínica. Y es un hecho que la ética pretende descubrir cuáles son aquellas otras propiedades que pertenecen a todas las cosas buenas. Pero un enorme número de filósofos ha pensado que, cuando nombran esas otras propiedades, están definiendo "bueno" realmente, y que no son, de hecho, "otras" sino absoluta y enteramente iguales a la bondad. A esta posición propongo que se la llame "falacia naturalista", y me esforzaré ahora en ponerle fin. (267)

Bueno tendría entonces un carácter no analizable, no reducible y no natural, como se verá a continuación:

(266) MOORE, G.E. PRINCIPIA ETHICA. Instituto de Investigaciones Filosóficas. UNAM. México, D.F., 1997. p. 86

(267) *Ibíd*em, p. 87

"Pero si confunde "bueno", que no es, en el mismo sentido, un objeto natural, con cualquier objeto natural, hay razones entonces para llamar a esto falacia naturalista."
(268)

Un ejemplo podría ser el de confundir bueno con la atmósfera porque es necesaria para la vida y la salud.

"Podemos, digo, describir sus relaciones con otras cosas, pero no podemos definirla. Y si alguien trata de definir el placer como si se tratará de algún objeto natural, si alguien dijera, por ejemplo, que placer significa la sensación de rojo y procediera a deducir de ahí que el placer es un color, tendríamos derecho a reírnos de él y a desconfiar de sus futuras afirmaciones acerca del placer. Bien; ésta sería la misma falacia que he denominado falacia naturalista." (269)

Estos argumentos los tiene en cuenta Kelsen cuando desarrolla su libro de ¿Qué es la justicia?, en donde muestra que ésta no puede ser definida mediante su desplazamiento a la felicidad, la satisfacción de necesidades individuales, colectivas o sociales, la libertad, la igualdad, la vida, la seguridad, la verdad, etcétera.

Ahora bien, Moore ha sido acusado de cometer falacia naturalista. En la traducción al español de su obra, aparece en la introducción una indicación de que no debe confundirse su argumento con el de Hume:

"Esta última cuestión se asocia normalmente con **Hume** y la posibilidad, o imposibilidad, de derivar un "debería" de un "es". En la literatura crítica la negación de Hume de que tal derivación sea posible se ha vinculado en ocasiones a la tesis de Moore de que lo bueno no es analizable. Pero la teoría de Moore muestra que ese vínculo constituye un error, por lo menos en vista de la argumentación ulterior: pues si bien sostenía que el valor intrínseco no es analizable, también combinaba su explicación utilitarista ideal de la obligación con la tesis de que el valor intrínseco de una situación depende de sus propiedades naturales, y consideraba que esta dependencia descansaba sobre conexiones necesarias entre las propiedades natura-

(268) Ibídem, p. 90

(269) Ibídem, p. 89

les y el valor intrínseco. De suerte que, para Moore, sí es posible derivar un "debería" de un "es". (270)

Ante este problema, de la supuesta imposibilidad de pasar de lo que es a lo que se debe, dice Ferrater Mora que algunos han llegado a sostener que se comete la "*falacia de la falacia naturalista*" cuando se sostiene que no se puede construir un puente lógico, o una deducción lógica entre lo "que es" y lo "que debe ser".

Algunos otros han aceptado el carácter lógico de la falacia como innegable, si se establece una separación tajante entre las «proposiciones que enuncian hechos simples» y las «proposiciones que expresan normas simples". Pero si se considera que hay otras clases de posibles proposiciones, se sale de la incomunicación entre el "es" y el "debe". (271)

Tiene que haber una relación entre el lenguaje prescriptivo y el lenguaje indicativo y por ello entre el reino o mundo del deber ser y el reino o mundo del ser. Así como también entre el reino del deber ser y el reino del valor. Porque las siguientes relaciones son paralelas: "es" - "debe", "es" - "vale", "hecho" - "norma", "hecho - valor". Aunque desde luego siempre se tendrá que diferenciar entre el ser de la naturaleza o realidad natural, de algo que no es una entidad o una propiedad, sino un deber ser que se origina en una **voluntad** moral o jurídica.

Incluso el mismo Kelsen en el intento de superar el dualismo entre el ser y el deber (ser) llegará a hablar de un substrato modal indiferente. Esto se tratará en el siguiente punto.

 (270) Ibídem, p. 14 y 15

(271) Ferrater Mora, Op, cit. "es-debe" p. 969

* Ken Witkowsky sostiene en esta vía que se tiene que distinguir entre una **deducción lógica** y una **justificación moral** como dos operaciones lógicas distintas.

** George Henrik von Wright ha encontrado «expresiones mixtas» y Ota Weinberger ha llamado «la norma condicional hipotética» del tipo de «Si p, entonces es obligatorio que q».

3.2 La relación entre el ser y el deber.

En la TPD2 Kelsen hace referencia a una importante cita de Arthur N. Prior, en su libro *Logic and Basis of Ethics*:

"Es imposible deducir una conclusión ética a partir de premisas completamente no éticas." (272)

Kelsen reafirma el segundo postulado de la separación del ser y del deber ser. Sin embargo, ser y deber ser tienen que tener alguna relación:

"Este dualismo entre lo que es y lo debido no significa, con todo, que lo que es y lo debido se encuentren lado a lado sin relación alguna. Se sostiene que "lo que es puede corresponder a lo debido"; vale decir: algo puede ser tal como debe ser; ..."algo", que por un lado "es", corresponde al algo - que, por el otro lado, "debe ser",..." (273)

El autor de la TPD sostiene que hay relación entre lo que es y lo que deber ser, habla de una correspondencia pero siempre manteniendo la distinción entre ambos planos y las conductas implicadas en esos planos. Sostiene que se tiene que cotejar entre el comportamiento y el contenido de la norma. La conducta que "es" tiene existencia, la que "debe ser" debería producirse.

Aparecen entonces dos cosas separadas, "dos algos" pero que guardan una relación. Uno se corresponde y tiene que ser cotejado en el otro.

"La conducta debida en cuanto contenido de la norma no puede, con todo, ser el comportamiento fáctico, correspondiente a la norma." (274)

Curiosamente como ya fue mencionado, se tiene una Teoría que parte entre otros aspectos de un dualismo y quiere hacer a una lado otros dualismos provenientes del Iusnaturalismo o bien de la Ciencia tradicional del derecho como se verá más adelante. Vale la pena pregun-

 (272) TPD2, Op, cit. p. 20 nota de pie de página.
 (273) TPD2, Op, cit. p. 20
 (274) TPD2, Op, cit. p. 20

tar. ¿Es absoluto este dualismo, o es relativo?. Kelsen en otra obra, afirma que es relativo, pues para la ciencia no puede haber nada absoluto.

"Sin embargo, el problema se resuelve tan pronto como se reconoce que la oposición entre ser y deber ser, entre lo que "realmente" es y lo que deber ser, es una oposición relativa. Desde un punto de vista de la ciencia no existe ninguna realidad absoluta." (275)

Alf Ross es citado por Hans Kelsen en torno al reproche que éste le hace acerca del dualismo expuesto entre el ser y el deber, realidad y valor, hechos entitativos y normas de deber. Kelsen sostiene:

"...el valor como lo debido se contrapone a lo real como lo entitativo; valor y realidad -así como ser y deber- se escinden en dos esferas distintas." (276)

Frente a esta afirmación el propio Kelsen cita a Alf Ross quien le hace ver, lo siguiente:

"La norma de deber, no sería, empero, posible si el ser y el deber constituyeran dos dominios distintos." (277)

Este reproche es incorrecto responde Kelsen. A lo cual Ross opina que:

"...si se pretende verificar la existencia, entre el ser y el deber, de una relación de correspondencia o falta de correspondencia (agreement o disagreement), es necesario "que los dos sistemas sean comparables y, por ende, que tengan algo en común." (278)

Kelsen contesta que lo que tienen en común es ese **"algo"** que es debido y que simultáneamente, puede existir o puede no existir.

(275) KELSEN, HANS ¿Qué es la Teoría Pura del Derecho?.

Ed. Fontamara, S. A., México, D.F., 1991, p. 15

(276) TPD2, Op, cit. p. 32

(277) La nota 14 de la página 32 de la TPD2.

Alf Ross, Towards a Realistic Jurisprudence, Copenhagen, 1946 p. 42 y ss.

(278) Ibídem, p. 32 y 33. nota 14.

"Así como en la proposición que enuncia que algo es, corresponde distinguir aquello que es, del ser que de ese algo se predica, también en el enunciado que afirma que algo debe ser, corresponde distinguir el "algo" que es debido, del ser debido que de él se predica." (279)

En esta afirmación puede observarse que el pensamiento de Hans Kelsen se mueve tanto en el plano lingüístico de los enunciados como en el plano ontológico de la realidades. Mientras el es y el es debido se refieren a los enunciados, el ser y el ser debido se refieren a realidades.

Ya ha sido visto en las páginas 97 y 196 de este trabajo, la posibilidad de que Kelsen pretenda moverse exclusivamente en un nivel analítico o lingüístico de los enunciados o proposiciones. Aquí claramente Kelsen se refiere a entidades que podrían llegar a calificarse de ontológicas. Porque distinguir aquello que es, del "ser" que de ese algo se predica y del deber ser aquello que es un "ser debido", parecen indicar la preocupación del autor por moverse en su discurso en dos planos distintos: uno lingüístico y otro ontológico.

Me parece que el propio Kelsen no quedo conforme con ese párrafo en el que habla de "algo" que es debido. En la TGN vuelve a retomar el asunto para aclarar que "algo debe ser" es una frase común que se presta a confusiones.

"It creates the impression that Ought involves an Is. We can avoid this impression by saying 'Something is obligatory'." (280)

Crea la impresión de que un Deber envuelve a un Ser. Podemos evitar esta impresión diciendo 'algo es obligatorio' o debido.

Apoyaría esto la interpretación de Vernengo de que

(279) *Ibídem*, p. 33

(280) TGN, Op, cit. p. 59. En la traducción al español que solamente sirve de apoyo, p. 73

Kelsen no se refiere a una famosa entidad metafísica denominada el "Ser" frente a otra misteriosa entidad del "Deber ser", pero no cabe duda de que Kelsen se refiere con sus enunciados a hechos reales y a normas positivas reales como fué visto en la página 196 y 197 de este trabajo. También en la página 100 y 101 de esta investigación se muestra como los propios filósofos analíticos llegan a reconocer que de ninguna manera el lenguaje kelseniano es tan claro que dé lugar a una sola interpretación.

Por otra parte, Dante Cracogna en relación con la ubicación y la importancia asignada al análisis del lenguaje en el campo de los estudios jurídicos, piensa que hay dos grandes líneas, la que considera esta preocupación como la más relevante -o exclusiva- de la ciencia jurídica y luego la que encara este estudio en forma complementaria...

"...integrándola con los demás enfoque teóricos que abordan la temática jurídica, tanto científica como filosófica. Dentro de esta última corriente ha de ubicarse el pensamiento de Kelsen." (281)

Letizia Gianformaggio dice que en una época Kelsen en su acercamiento a la lógica, pretendió hacer a un lado los argumentos trascendentales:

"Un kelsenismo sin neo-katismo: un simulacro nacido del flirteo con la lógica y la filosofía del lenguaje. Un intento sin éxito. De hecho el autor desistió del él inmediatamente." (282)

-
- (281) CRACOGNA, DANTE. CUESTIONES FUNDAMENTALES DE LA TEORIA DEL DERECHO.
Ed. Fontamara, S.A. México, D.F., 1998.
p. 83 y 84
- (282) GIANFORMAGGIO. ESTUDIOS SOBRE KELSEN.
LETIZIA.
Ed. Fontamara, S.A. México, D.F., 1994.
p. 61

Al finalizar el párrafo de la TGN Kelsen aclara lo siguiente:

"The expression 'something ought to be' supports the erroneous assumption that an Ought is directed to an Is, or that every ought-norm, every imperative, contains an is-statement, an assumption which plays a decisive part in some answers to the question whether and how the principles of logic apply to norms or imperatives." (283)

La expresión algo debe ser soporta la errónea presunción de que un deber es dirigido a un ser, o de que cada norma de deber, cada imperativo, contiene una declaración del ser, una presunción que juega una parte decisiva en algunas respuestas a las preguntas de; si y cómo los principios lógicos son aplicables a las normas y los imperativos.

El deber no se encuentra dirigido a un ser porque no tiene una intención, es el hombre el que la tiene al dirigir una prescripción a otro hombre. Lo que contiene cada norma y cada imperativo es la posibilidad de un ser.

Kelsen no es estrictamente un filósofo analítico, no se mueve exclusivamente en el nivel del lenguaje, se encuentra también preocupado por los hechos y por los postulados neokantianos que establecen las directrices de su trabajo. Incluso en la última etapa de su pensamiento calificada de voluntarista o irracionalista por llevar hasta sus últimas consecuencias el postulado de la separación del Sollen y del Sein, al insistir en que las normas son el sentido de los actos de voluntad, no sujetos a las leyes de la razón, llevará a autores como Weinberger a sostener que:

"a causa de su orientación irracionalista frente a la lógica de las normas, la nueva concepción kelseniana bloquea toda posibilidad de desarrollo de la filosofía analítica del derecho." (284)

(283) Ibídem, p. 59 y 60. En la traducción p. 77 y 74.

(284) LOSANO, MARIO. G. TEORÍA PURA DEL DERECHO. Op, cit. p. 64 y

Como ya ha sido visto, la fuente del dualismo entre el Sollen (deber) y el Sein (ser) se encuentra a su vez en otro dualismo de dos facultades, la voluntad y la razón. Pues bien, Kelsen en su TGD plantea una posible solución basada en un enlace o relación entre el querer y el pensar: dos funciones esencialmente diferentes, derivadas de esas facultades.

Mientras algunos encuentran que el pensar está esencialmente unido a un querer, porque quien quiera algo, debe saber lo que quiere, Kelsen sustenta la tesis de que el querer y el pensar son dos funciones esencialmente diferentes y ningún pensamiento puede ser inmanente en un acto del querer. Es cierto dice el autor que la persona que quiere algo debe saber lo que quiere; pero el acto de pensar precede al acto de querer y no es inmanente en él. En el numeral 57, en la parte relativa a esta posible solución, se encuentra la nota 144 de la TGN, donde Kelsen al final de ella, cita el pensamiento de Christoph Sigwart:

"The representation of a future state of affairs, which precedes the willing, must be distinguished from the willing since it is a different psychological function." (285)

La representación de un futuro estado de cosas, el cual precede al querer, debe ser distinguido del querer puesto que es una función psicológica diferente.

Me permito señalar antes de analizar la solución de Kelsen, que si bien pueden distinguirse y separarse el el pensar y el querer en dos momentos distintos, no puede seguirse la absoluta y tajante separación de estas dos funciones, en el constante desenvolvimiento de un ser humano. Error en el que parece no reflexionar Kelsen.

Llevemos su tesis al extremo y veamos que resulta de ello, por un lado se tendría una razón que constantemente propondría a la voluntad basada en una visión del fu-

(285) TGN, Op, cit. p. 388. Kelsen cita a Christoph Sigwart.

En Español solamente como apoyo a la traducción, p. 351

turo estado de cosas, las órdenes o mandatos que deberían guiar la conducta propia y una voluntad que nunca las seguiría. ¿Se puede dar esto en una persona considerada mentalmente sana?. ¿No es una exageración de la tesis de la separación de las facultades?. No más bien lo que se tendría que explicar es la generalidad de los casos y no las excepciones.

Por otra parte, en esta absoluta y tajante separación, la voluntad se manifestaría siempre sin saber lo que quiere. Si bien estas situaciones podrían darse aisladamente, ningún ser humano estaría en posibilidades de vivir de esta manera. No debe perderse de vista además, que el problema central es el de las normas como resultado de actos de voluntad y ellas no pueden ser siquiera entendidas sin elementos racionales.

Entonces Kelsen encuentra una solución que no es ni el querer ni el pensar, es una tercera cosa en la que se encuentran unidos tanto el querer como el pensar formando **algo modalmente indiferente**. Ahí se analizan dos posibilidades. La primera versa sobre la orden o mandato dirigido por nosotros mismos a nuestra conducta.

- 1) Si el querer se refiere a nuestra propia conducta, entonces el querer es un **sustrato modal indiferente** y como tal no es ni verdadero ni falso y por ello no le pueden ser aplicados los principios de la lógica proposicional tradicional.
- 2) Si el querer es acerca del comportamiento de otra persona, tenemos una norma: en la que lo querido aparece en el modo de un Deber. Es por ésta importante razón, que una norma nunca es verdadera o falsa.

Losano sostiene que el «sustrato» común, no es ni un ser ni un deber ser, es decir, que sería «modalmente indiferente», pero difícilmente podría esta solución conciliar el dualismo del Sein y del Sollen, cuyas categorías son consideradas por Kelsen como exhaustivas y excluyentes, desde el conocimiento.

3.3 El fundamento del deber ser.

Si se separan radicalmente el ser del deber ser, entonces el fundamento de la explicación de su existencia no puede ser el mismo para ambos. El fundamento de la explicación de la realidad de los hechos, no puede servir para explicar el fundamento de validez de las normas, su forma de existir (jurídica). Decir que una norma es válida para Kelsen, es sostener que existe y por lo tanto en la medida que establece un deber, también pertenece necesariamente a un sistema de normas, como ya fué analizado.

"...ya que el fundamento de validez de una norma no puede ser semejante hecho. De que algo sea, no puede seguirse que algo deba ser; así como, de que algo sea debido, no puede seguirse, que algo sea. El fundamento de validez de una norma sólo puede encontrarse en la validez de otra norma." (286)

El fundamento de validez de una norma solamente puede estar en la validez de otra norma. Sostiene Kelsen que la búsqueda por el fundamento de validez de una norma no puede proseguir hasta el infinito, como la indagación de las causas de un efecto. Tiene que existir una primera norma válida en sí misma.

La búsqueda:

"Tiene que concluir en una norma que supondremos la última, la suprema. Como norma suprema tiene que ser presupuesta, dado que no puede ser impuesta por una autoridad cuya competencia tendría que basarse en una norma aún superior. Su validez no puede derivarse ya de una norma superior, ni puede volver a cuestionarse el fundamento de su validez. Una norma propuesta como norma suprema, será designada aquí como norma fundante básica (Grundnorm)." (287)

Se obtienen las primeras características de esa norma:

 (286) TPD2, Op, cit. p. 201
 (287) TPD2, Op, cit. p. 202

- 1.- Es una norma presupuesta.
- 2.- Es una norma suprema, independiente y autónoma.
- 3.- Vale en sí misma por lo que su validez no puede derivarse de una norma superior, ni puede volver a cuestionarse el fundamento de su validez.
- 4.- Es fundante de la validez objetiva. Objetiva en sí misma.
- 5.- Es la norma fundante básica.

La norma fundante básica aparece con relación al segundo postulado que separa el ser del deber ser, como el "fundamento" de la explicación de la existencia de las normas, y por ello de su validez.

Aquí Kelsen remite a ciertas páginas donde ya anunciaba la aparición de esta norma fundante básica.

"Una presuposición semejante, fundante de la validez objetiva, será designada aquí como norma fundante." (288)

El surgimiento de esta norma con motivo del primer postulado que establece que es el método el que determina el objeto del conocimiento, fue analizado en la parte anterior siguiendo el hilo conductor que explica la relación entre el sentido subjetivo (interpretación de acontecimientos fácticos y actos llevados a cabo por el hombre) y el significado objetivo proporcionado por las normas a esas interpretaciones. La suposición de esta primera norma se muestra en la necesidad de contar con un primer esquema de explicación que proporciona la objetividad a los actos subjetivos del primer legislador.

*"En su réplica a Julius Stone afirma Kelsen que "la función de la norma básica es, como he manifestado frecuentemente, permitir que se considere el **sentido subjetivo** de los actos creadores de derecho -que es un deber ser- como su **sentido objetivo**, y, por lo tanto, como normas objetivamente válidas. (itálicas del original). Y concluye censurando a Stone por cuanto al mencionar esta función de la *Grundnorm* "demuestra que no entiende la teoría que critica"." (289)*

(288) TPD2, Op, cit. p. 22

(289) Cracogna, Dante. Op, cit. p. 60. Citando a Hans Kelsen en, *El profesor Stone y la Teoría Pura del Derecho.*

Valga la cita para mostrar la importancia del hilo conductor de esta investigación.

Mientras en el primer postulado la primera norma aparece con motivo de la **objetividad**, en el segundo postulado surge en razón del **fundamento** de esa objetividad. Ambos aspectos no pueden ser separados, se encuentran íntimamente relacionados y con ello se da una armonía entre los dos primeros postulados propuestos en esta investigación.

La importancia de este segundo postulado para la TPD2 que implica la búsqueda de un fundamento propio para el deber, es tal, que Hans Kelsen entra en un terreno peligrosamente metafísico como lo es el de la religión.* Incluso llega a sostener que se obedece a Dios, al Hijo de Dios y sus mandatos no por el hecho de que ellos lo sean, sino porque hay QUE SUPONER LA EXISTENCIA DE UNA NORMA QUE ESTABLECE QUE DEBEN SER OBEDECIDOS O BIEN Y ESTO NO LO DICE KELSEN, PORQUE HAY UNA NORMA QUE PRESCRIBE QUE ELLOS SON LAS AUTORIDADES FACULTADAS PARA PODER IMPONER NORMAS.

"En ambos casos el fundamento de validez, por cierto no formulado expresamente, pero sí presupuesto, no es el hecho de que Dios, o el Hijo de Dios, haya promulgado en determinado tiempo y en determinado lugar una norma determinada, sino una norma: la norma según la cual deben obedecerse los mandamientos divinos, y la norma según la cual debe obedecerse lo que su Hijo mande." (290)

Ahora resulta, que Dios es Dios porque hay que suponer una norma (¿ajena a él?) que lo faculta como una autoridad con personalidad, capacidad y competencia para poder establecer normas. Esto es llevar características humanas a Dios y caer en el **antropocentrismo** criticado por el propio Kelsen en la TPD1.** Entonces Dios se en-

(290) TPD2, Op, cit. p. 201

* "Alf Ross ha criticado a Kelsen en el sentido de que la validez objetiva pertenece al depósito de trastos de la metafísica religiosa moral." nota 4 p. 22

** Antropocentrismo la explicación que se hace de las cosas tomando como modelo al hombre y proyectando hacia ellas las cualidades humanas.

cuentra sujeto a la norma que lo faculta a dictar normas. Esto recuerda el jusnaturalismo de corte protestante de la escuela clásica.***

"Sólo una autoridad competente puede establecer normas válidas, y esa competencia sólo puede basarse en una norma que faculte a imponer normas. A esa norma se encuentran tan sujetos la autoridad facultada para dictar normas, como los individuos a obedecer las normas que ella establezca." (291)

Antes de Dios por lo tanto se supone hay una norma, este es un ejemplo de la inversión del pensamiento en el cual primero se ponen los aspectos lógicos y después los reales e históricos. Se parte siempre de una norma y después se encuentra la autoridad facultada por esa norma para imponer normas.

El comentario de Losano es el siguiente:

*"El propio Kelsen se encuentra hablando de una "norma fundamental propuesta que **autoriza** a Dios a establecer normas" (ed. alemana, págis 211 y ss.; trad. italiana, págs. 437 y ss.). Sin embargo, si las palabras "autorizar" y "Dios" tienen el sentido que se les atribuye comúnmente en la cultura occidental, cabe preguntarse quién puede "autorizar a Dios". ¿Kelsen, quizá? (292)*

Llama la atención esta nota en el libro de G. Amado:

"«Dios no puede dictar una norma que autorice a Dios a dar órdenes, porque Dios mismo ya es la autoridad suprema. En consecuencia, la norma según la cual los hombres deben obedecer los designios de Dios no puede haber sido dictada por una autoridad; solo puede ser una norma presupuesta por la Teología, puede ser su hipótesis metafísica, su norma básica». (Obedecer, 187-188). (293).

Esta aseveración seguramente pertenece a una etapa anterior a la TPD, porque se habla de una hipótesis. Resalta en ella que es presupuesta por la Teología.

(291) TPD2, Op, cit. p. 202

*** Dios queda sometido al derecho natural. Ni Dios puede hacer que lo intrínsecamente malo no lo sea y que dos y dos no sean cuatro.

(292) LOSANO, MARIO G. Op, cit. p. 83

(293) GARCIA AMADO, J.A. Op, cit. p. 19. nota. 13

3.3.1 La necesidad lógica de una primera norma.

Como ya ha sido tratado, los dos postulados apuntan a la necesidad lógica de una primera norma, pero cada uno de ellos resalta un aspecto distinto de las normas relacionado con los criterios de validez de las mismas:

El primero de ellos se refiere al aspecto interno de la norma, al deber que ella prescribe (ordenar, permitir y autorizar una determinada conducta). Se mueve por lo tanto en la vía de encontrar la objetividad (el sentido objetivo) indispensable para el desarrollo de una ciencia jurídica.

Esta operación se lleva a cabo suponiendo un primer esquema de explicación (la norma funciona como esquema de explicación que dota de sentido objetivo a los acontecimientos y actos subjetivos), una primera norma que sea "**OBJETIVA EN SI MISMA**", pues ya no puede recibir su objetividad de una norma anterior.

En el segundo se refiere al aspecto externo de la norma, a la pertenencia de una norma a un sistema de normas. Se trata de hallar el fundamento del deber ser y de la objetividad que no puede provenir del ser. Es la necesidad de suponer una norma "**VALIDA EN SI MISMA**".

"Un "orden" es un sistema de normas cuya unidad ha sido constituida en cuanto todas tienen el mismo fundamento de validez; y el fundamento de validez de un orden normativo es -como veremos- una norma fundante de la cual deriva la validez de todas las normas pertenecientes al orden. Una norma aislada sólo es norma jurídica en cuanto pertenece a un determinado orden jurídico cuando su validez reposa en la norma fundante de ese orden." (294)

La noción de orden es explicada en virtud de la idea de un sistema de normas y en ésta se hace alusión

(294) TPD2, Op, cit. 44 y 45

al fundamento de validez de las mismas que es la norma básica, fuente común y unidad de la multiplicidad de las normas.

"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 unidad de una multiplicidad de normas, en tanto representa el fundamento de la validez de todas las normas que pertenecen a ese orden" (295)

Las características de esta norma se enriquecen y precisan, junto a las ya vistas* a lo largo de esta investigación, pues ella es:

- 6.- Fundamento y por ello fuente de validez de todas las normas pertenecientes a un orden normativo.
- 7.- Constituye un sistema de normas al ser la unidad de una multiplicidad de ellas.
- 8.- Un orden normativo es un sistema de normas con - una norma fundante básica.

A continuación en la siguiente cita se empieza a vislumbrar el problema de esta norma, de una norma supuesta y no impuesta por una autoridad.

"Finalmente corresponde advertir que una norma puede ser, no sólo el sentido de un acto volitivo, sino también -como contenido significativo- contenido de un acto de pensar. Una norma puede no sólo ser querida sino también meramente pensada - sin ser querida. Entonces ya no es una norma impuesta, ya no es una norma positiva. Es decir, no es necesario que una norma sea impuesta; puede que sea supuesta solamente en el pensamiento." (296)

Se anuncia desde este párrafo que puede existir una norma que no proviene de la voluntad y **no** tiene por ello las características de ser una norma querida, impuesta

(295) TPD2, Op, cit. 202

(296) TPD2, Op, cit. p. 23

* véase página 230.

y positiva. Es una norma supuesta por la razón es decir, una norma pensada. Es muy importante tener esto en cuenta, pues en el siguiente postulado de esta investigación se tratará con más rigor, lo concerniente a la separación de la voluntad y la razón en la imposición y en la explicación de las normas.

"Sobre todo, corresponde tener presente que las acciones mediante las cuales se producen normas, sólo entran en consideración desde el punto de vista del conocimiento jurídico en la medida en que han sido determinadas por normas jurídicas; y - que la norma fundante que constituye el último fundamento de validez de esas normas, de manera alguna ha sido establecida por un acto de voluntad, sino que está presupuesta en el pensamiento jurídico." (297)

Solamente se acepta una norma pensada, la primera de la serie anterior a todas las normas positivas. Esa norma no ha sido establecida por un acto de voluntad, es una norma presupuesta y propuesta por la razón, por el pensamiento jurídico pero que habría que preguntarse si no termina por ser una norma impuesta por ese mismo pensamiento.

*"La pregunta: ¿quién presupone la norma fundante básica?, es - contestada por la Teoría pura del derecho: **quienquiera** que - interprete el sentido subjetivo del acto constituyente, y de los actos cumplidos conforme con la constitución, como su sentido objetivo, es decir, como normas objetivamente válidas. Esta interpretación es una función del conocimiento, no una función volitiva." (298)*

Aparece el **hilo conductor** de esta investigación, todo aquel que quiera desarrollar una teoría científica del derecho, tiene que presuponer el sentido objetivo de la primera norma que permite interpretar el sentido subjetivo de los actos del primer constituyente. Es una necesidad lógica y por ello es una función del conocimiento y no de la voluntad que impone normas. Hasta aquí todo coincide con lo que se ha venido tratando en esta investigación.

(297) TPD2, Op, cit. p. 36

(298) TPD2, Op, cit. p. 213. Nota 122 de vital importancia.

3.3.2 ¿Quién presupone la norma fundante básica?

Para entender el problema que se presentará más adelante, hay que regresar a la nota anterior y preguntarse a qué se refiere Kelsen con la palabra "**quienquiera**". Supongamos que se refiere a todo ciudadano que acepta la Constitución de su país, como el sistema de normas que regulan su conducta. Si a ese ciudadano se le pregunta por qué esas normas le obligan, las respuestas podrían ser, muchas y muy variadas;

- a) Porque la autoridad tiene instituciones como el ejército y me las puede imponer por la fuerza.
- b) Porque la autoridad tiene el poder para hacerlas obedecer mediante la policía.
- c) Porque la autoridad fué elegida democráticamente para crear y aplicar las normas.
- d) Porque son el resultado de un proceso revolucionario por el cual pasó el país.
- e) Por factores políticos, económicos, religiosos, etcétera.*

pero, todas esas respuestas irían en la vía de describir procesos sociales y por lo tanto en el camino de lo que "es" y "son": los factores reales de poder. Ninguno respondería como lo pretende Kelsen imaginando un "debe", es decir, un "deber" y con ello una norma que faculta a la autoridad a crear e imponer normas.

"*Quienquiera*" entonces, no puede ser cualquier ciudadano por dos razones:

- a) Porque ningún ciudadano va a invertir el proceso lógico de su pensamiento, anteponiendo por un lado un "deber ser" (una norma) a lo que "es" y por el otro suponiendo un orden lógico anterior a lo real e histórico.
- b) Porque la misma cita indica que ese quienquiera, piensa de una manera especial, interpretando el

* nota. Todos cometerían falacia naturalista. Luego sólo alguien que quiera y sepa evitarla.

sentido subjetivo de los actos del constituyente y los actos cumplidos bajo la constitución, como su **sentido objetivo**, mediante la suposición de una primera norma. (el hilo conductor)

Esta norma cumple entonces una FUNCION DEL CONOCIMIENTO. ¿De que clase de conocimiento?. Ese conocimiento tiene que ser científico, no es el conocimiento de una gente común. Es presupuesta esta norma por la propia Ciencia del Derecho, porque ningún ciudadano la tiene en mente, ellos más bien piensan en el poder que alguien tiene de imponerles normas, no en una norma que faculta a alguien a prescribirlas.

De esto se sigue que "quienquiera" no puede ser otro más que un hombre de ciencia que conoce la Teoría del Derecho y acepta sus planteamientos, es decir, los postulados de los cuales ésta parte. Tendría como científico que estar interesado por encontrar los aspectos objetivos necesarios para constuir una explicación racional y objetiva del derecho. "Quienquiera" queda reducido desde luego a los interesados en estos temas y que no son otros sino los teóricos del Derecho.

¿Quién presupone la norma fundante básica?, el teórico del derecho que quiere comprender el derecho como un orden, es decir, como un sistema de normas con una unidad. Luego es una presuposición de la Ciencia Jurídica.

Sin embargo, aparece un problema precisamente en la segunda parte de esta famosa cita a pie de página, que vale la pena analizar con todo cuidado.

*"Dado que la ciencia del derecho, como conocimiento, sólo describe normas, y no las **prescribe** -es decir, no implanta normas- he formulado en alguna ocasión ("Was ist ein Rechtakt", en Oesterreichische Zeitschrift fur Oeffentliches Recht. t. IV, 1952, p. 271) reservas con respecto de la tesis de que la norma fundante básica sea presupuesta también por la ciencia del derecho. Esta reserva queda eliminada mediante la distinción expuesta en el texto entre el imponer y el presuponer una norma." (299)*

(299) Ibídem, p. 213 nota 122.

No puedo partir de la hipótesis de que exista un error en la traducción al español de la TPD2 en la palabra "**presupuesta**" porque a continuación citaré la famosa nota en la edición en inglés:

*"The question: "Who presupposes the basic norm? is answered by the Pure Theory as follows: The basic norm is presupposed by whoever interprets the subjective meaning of the constitution-creating act, and of the acts created according to the constitution, as the objective meaning of these acts, that is, as objectively valid norma. This interpretation is a cognitive function, not a function of the will. Since the science of law, as cognition, can only describe norms, and not prescribe anything, hence cannot create norms, I have occasionally expressed doubt against the view that the basic norm is also **presupposed** by the science of law ("Was ist ein Rechtsakt?" Oesterreichische Zeitschrift für Oeffentliches Recht, 1952). These doubts are eliminated by the distinction, presented in the text, between positing and presupposing a norm." (300)*

Sin embargo, las últimas líneas dan lugar a varias sospechas. Obviamente la ciencia jurídica no puede imponer o crear una norma positiva. Ahora bien, podría resultar que entonces la ciencia jurídica describe la presuposición de cualquiera que interpreta el sentido subjetivo de los actos del constituyente como su sentido objetivo. Pero la ciencia jurídica entonces estaría en condiciones de verificar que ese supuesto aparece en la mente de las personas precisamente como lo dice Kelsen, como una condición para entender jurídicamente el material fáctico que se le presenta. Incluso podría concederse que en la mayoría de la gente hubiese esa presuposición. Si así fuera Kelsen no tendría que llegar en la TGN a sostener que esta norma es una ficción doblemente contradictoria, porque sería una hipótesis que se podría comprobar.

(300) KELSEN, HANS. PURE THEORY OF LAW.

(Published by arrangement with Hans-Kelsen Institute). Ed. University of California Press. Printed in United State of America. 2002. p. 204

Sigo pensando que si a Kelsen lo asaltan las dudas, es porque la aseveración respecto de la ciencia jurídica correctamente debió decir, acorde con las funciones de la voluntad y del conocimiento lo siguiente:

"...reservas con respecto de la tesis de que la norma fundante básica sea "impuesta" también por la ciencia del derecho..."

Esta redacción le daría sentido a la siguiente afirmación, contenida en el mismo párrafo al final:

*"Esta reserva queda eliminada mediante la distinción expuesta en el texto entre el **imponer** y el **presuponer** una norma."*

La ciencia jurídica no puede imponer nada solamente puede ayudarse de una suposición en su explicación. Pero si la traducción es correcta y en vez de la palabra imponer se coloca la palabra "presuponer", Kelsen se metería en un callejón sin salida porque la norma fundante básica desde luego que es presupuesta por la ciencia del derecho y nada más que por ella. ¿Quién más la va a presuponer?.

En esta misma vía G. Amado dice:

"Se da cuenta Kelsen de que esto puede llevar a entender que la ciencia del Derecho crea la norma básica, lo cual contradiría su papel meramente descriptivo y no normativo, no creativo..."..."El presuponer es distinto del imponer. La ciencia del Derecho no impone norma alguna, sino que presupone la norma fundamental, y esto último es «una función del conocimiento, no una función volitiva». (tpd2, 213, n. 122)" (301)

No se olvide además que esta norma fundante básica es la aplicación o el resultado de los dos primeros postulados de los que parte esta investigación. Sobre su congruencia con el tercer postulado, se tratara en su debido momento.

(301) G. AMADO. Op, cit. p. 103

La confrontación con otro párrafo anterior de la propia TPD, sustenta la interpretación de que es la Ciencia Jurídica la que presupone esa norma fundante básica:

*"Dado que esa norma fundante básica no es una norma querida y, por ende, tampoco una norma querida por la ciencia del derecho (es decir, por el **sujeto que profesa en la ciencia jurídica**), y dado que esa norma (o mejor: su enunciación) es **lógicamente imprescindible para la fundamentación de la validez objetiva de las normas jurídicas positivas**, sólo puede ser una norma pensada. Y por ende, una norma que es pensada como **presupuesto** cuando se interpreta un orden coactivo, eficaz en términos generales, como su sistema de normas jurídicas validas." (302)*

Esta cita confirma en primer lugar que "quienquiera" se reduce al **sujeto** que profesa la ciencia jurídica y que no es otro más que el teórico del derecho. No quiere la norma pero le es imprescindible lógicamente para la fundamentación de las normas jurídicas.

Por otra parte ya había sido visto que Kelsen mismo había hablado de la teología como la rama del saber que presupone una norma que sería su hipótesis metafísica, su norma básica para comprender los mandatos de Dios. En esta misma senda la ciencia del Derecho tendría que presuponer una norma básica fundamental.*

Otros autores, han llegado a una conclusión semejante de que es la Ciencia la que presupone tal norma, entre ellos se encuentra el profesor J. Stone a quien Kelsen dedicó un artículo.

Por su parte, G. Amado cita a Ulises Schmill como uno de los autores que parece inclinarse por la respuesta afirmativa de que la ciencia del Derecho es la que convierte en sistema jurídico, el conglomerado de normas y la que a tal efecto aporta el elemento ordenador y unificador, que es la norma fundamental.

"Este principio, indudablemente, es proporcionado por la ciencia del Derecho, que constituye su objeto como un conjunto or-

(302) TPD2, Op, cit. p. 211 y 212

* veáse página 232.

denado de normas. Por tanto, es este principio una hipótesis fundamental de la jurisprudencia, no del Derecho [...]. El supuesto principio ordenador es proporcionado por la ciencia del Derecho, sí, su hipótesis central."
(SCHMILL, 1984, p. 38) (303)

¿Cuál es la importancia de establecer si el supuesto proviene de la ciencia jurídica o no?.

En primer lugar que en esa presuposición habría una cierta creación y la función de la ciencia jurídica solamente es la de describir el derecho positivo. En tal caso la creación de la ciencia como ya ha sido visto es solamente para el conocimiento de acuerdo con el primer postulado. La duda radica en que esa creación cruza el límite del pensamiento científico y da validez al derecho positivo real a través de la norma fundante básica.

En segundo lugar si la ciencia jurídica supone una primera norma fundante básica, esta norma es en realidad o una condición, o una hipótesis o un presupuesto o un postulado o una ficción, pero en todos estos casos es algo que proviene de la ciencia jurídica y entonces no puede ser una norma. La ciencia está creando una cierta realidad o existencia.

Muy reveladora resulta también la siguiente cita de G. Amado.

"En lo que Kelsen variará, como pronto comprobaremos, será en su descripción de cómo la ciencia jurídica sienta ese postulado o condición del pensamiento: primeramente dirá que la ciencia presupone la norma básica, entendiendo que ese presuponer implicar dotar a dicha norma de algún género de realidad o existencia; posteriormente sostendrá que se trata de una ficción y no de la afirmación de algo de alguna manera real, ya que la ciencia no puede crear normas, y presuponer una norma es de alguna manera crearla o afirmarla como existente." (304)

(303) G. AMADO. Op, cit. p. 112. nota. 152.

(304) *Ibíd*em, p. 100.

El postulado es el que la ciencia solamente describe o explica el derecho positivo, no el de que pueda a través de una suposición dotar de validez al derecho. Si esto no fuera así, ¿cuál sería entonces el límite del primer postulado?.

También en el magnífico libro de G. Amado viene un comentario de R. Walter.

"Walter mantiene que en este párrafo no responde Kelsen con claridad a la pregunta acerca de quién establece la norma básica, ni muestra cómo en realidad la presuposición de esa norma responde también a un acto de voluntad, no de mero conocimiento. «El "quienquiera que interprete" de Kelsen esconde esto: quienquiera interpretar. La cuestión "¿quién presupone la norma fundamental?" se responde, por tanto, así: quien quiera interpretar el sentido sujeto del acto constituyente, y de los actos cumplidos conforme con la Constitución, como su sentido objetivo, es decir, como normas válidas». Por consiguiente, también el presuponer la norma básica responde, como la creación de las demás normas, a un acto de voluntad (Walter 1964, p. 33 n.70)."
(305)

El preludeo o antecedente del cambio de la norma fundamental, de ser un presupuesto del pensamiento al sentido ficticio de un acto de voluntad, se encuentra en este comentario de Walter. Cabe destacar que el acto de voluntad al que se refiere Walter, es el de la voluntad del interprete y no al de una supuesta voluntad ficticia que crea la norma fundante básica, como Kelsen sostendrá en la última etapa de su pensamiento.

Lo que me gustaría resaltar aquí es que Walter podría estar poniendo en duda sin proponérselo la existencia de actos puros de conocimiento. También se necesita voluntad para llevar a cabo el conocimiento. Pero Walter no toma en cuenta que no solamente es el que *quiera* sino también el que *pueda* hacerlo, ya que para poder llevar a cabo esta interpretación se necesita de conocimiento. "*Quienquiera*" es el que *quiera* y *sepa* como hacerlo.

(305) G. AMADO. Op, cit. p. 114 nota 155.

Por último siguiendo estrictamente a Kelsen, algunos autores como el propio G. Amado, han interpretado que la ciencia del Derecho no tiene el monopolio del presupuesto de la norma básica, que ese conocimiento existe fuera de la ciencia jurídica en la praxis del derecho. El autor ha denominado a esta característica de la norma fundante como su disponibilidad.

El papel de la ciencia jurídica no sólo es hacer explícito lo que todo jurista tiene en mente, pues es un presupuesto del método aplicado siempre por los juristas positivistas aunque no hayan reflexionado sobre él.

La función esencial de la ciencia del Derecho sería la de desvelar ese presupuesto y no la de legislarlo. Pues sostiene que Kelsen más adelante limita el papel de la ciencia jurídica a

*"«traer esta presuposición a la conciencia» (Rechtsajt, 1391)
(306)*

Como Kelsen llegará a abandonar su postura de que la norma fundamental es un producto del conocimiento, por la del sentido de un acto de voluntad, valdría reparar en que los ciudadanos al sentirse obligados por las normas que ven como jurídicas, presuponen con ello la norma fundamental.

Quienquiere dice Amado es la sociedad:

"Quiere decir que esa sociedad ve un determinado sector de normas como jurídicamente obligatorias, como elemento dotado de su propia razón de obligar." (307)

Pero más adelante afirma que:

Esa «fe» en que el Derecho es el Derecho y no se confunde con otras cosas tiene un presupuesto lógico que la teoría o la ciencia del Derecho explicita como norma fundamental. Y ese presupuesto late en el razonamiento de cualquiera que comparte esa fe, que vea el Derecho como Derecho válido y no como cualquier otro tipo de realidad." (308)

(306) G. AMADO. Op, cit. p. 113

(307) Ibídem, p. 114 (308) Idem.

Y concluye diciendo:

Seguramente una sociedad tiene diferentes maneras de identificar el derecho y diversas razones para acatarlo pero de ahí ha establecer que "quienquiera" es la sociedad misma, parece que hay un gran paso.

"En consecuencia, tanto en la sociedad en que el ordenamiento es eficaz como en la ciencia que estudia ese ordenamiento, - como parte de esta sociedad, se presupone la norma fundamental; lo que la ciencia hace es sacar a luz su carácter de - condición o presupuesto y caracterizarla «jurídicamente»."
(309)

Se trataba de explicar lo jurídico como algo que no eran actos de fuerza ni ninguna otra cosa y ahora terminamos en actos de fe de la sociedad. Además la ciencia ya no construye su objeto de estudio mediante este presupuesto, sino que ahora lo saca a la luz utilizando un método que seguramente tendría que ser sociológico y psicológico e incluso teológico. Me parece que la TPD queda totalmente desdibujada en este argumento. La norma fundante como el sentido de un acto de "fe".

Con este planteamiento surge también la duda de si lo jurídico es algo que la sociedad inscribe en el derecho para distinguirlo de todo lo demás, o bien, es un plus que agrega la ciencia del derecho para delimitar su objeto de estudio. Esto nos regresa al problema de la ontología versus la epistemología, es decir, si el derecho es una realidad independiente de la ciencia o es una realidad construída por aquellos que tienen el conocimiento y la voluntad para imponerlo.

Es preferible entonces continuar este análisis en la vía de que "quienquiera" interpretar los actos subjetivos del primer legislador con un sentido objetivo y por ende jurídico, es desde luego una persona que tiene conocimientos jurídicos y además quiere interpretarlos de esa manera.

(309) Ibídem, p. 214

3.3.3 Enunciado y norma básica fundamental.

En seguida Kelsen tiene otro problema, ha sostenido que la razón describe con sus enunciados a las normas positivas que son creadas por la voluntad. Pero si la ciencia supone que hay una norma pensada, ahora tiene que distinguir entre esa **norma y el enunciado** que la describe, ya que en la cita Kelsen dice:

"...y dado que esa norma (o mejor: su enunciación) es lógicamente imprescindible para la fundamentación de la validez objetiva de las normas jurídicas positivas, sólo puede ser una norma pensada." (310)*

La razón supone algo que es producto de ella misma y tiene a su vez que describirlo mediante un enunciado. Sin embargo, lo supuesto (la norma pensada) y su enunciado parecen confundirse en un sólo producto aunque más adelante se analizarán las diversas exposiciones que de la norma fundante básica hace Kelsen en la TPD.

Como es necesario un sujeto, se tiene un **ser presuponiendo un deber ser**, ésta es una observación dirigida al segundo postulado que separa tajantemente el ser del deber ser. Es desde luego una observación de carácter ontológico. El deber ser no se autopresupone.

Por otra parte dado que la ciencia jurídica solamente describe las normas positivas impuestas por una autoridad como será analizado en el tercer postulado,

¿COMO DESCRIBE LO QUE ES SUPUESTO POR ELLA MISMA, POR LA PROPIA CIENCIA JURIDICA?, es decir,

¿NO SE CONFUNDE LA DESCRIPCION DE LA NORMA BASICA CON LA MISMA NORMA BASICA?.

(310) TPD2 Op, cit. p. 211

* De que algo sea lógicamente imprescindible para pensar algo, no se sigue que eso que se piensa exista. Así puede ser lógicamente imprescindible la idea de la existencia de Dios para explicar el universo y no por ello se sigue que Dios existe filosóficamente hablando. (Recordar el argumento contra San Anselmo)

Los enunciados o proposiciones pertenecen a la ciencia jurídicas y las normas al derecho. Una confusión entre enunciado y norma lo encontramos en la siguiente cita de Cracogna:

"En otra obra expresa: "El enunciado básico del orden jurídico estatal reza: los actos coactivos deben realizarse bajo las condiciones y en la manera que lo estatuye la primera constitución histórica del Estado y las normas impuestas de conformidad con ella...en forma abreviada: uno debe comportarse como la constitución lo prescribe." De esta forma, el enunciado es siempre prescriptivo, como auténtica norma." (311)

Entonces hace falta distinguir entre la norma pensada y el enunciado científico que describe esa norma. En el segundo capítulo se denominó a este enunciado como deóntico al ser descriptivo de una norma.

En el caso de la TPD se tiene que tener una descripción de la norma pensada pero todo este proceso sucede en la mente humana, aunque pueda llegar a tener un carácter intersubjetivo.

Vale la pena preguntarse si esta norma, ¿es una norma o es un postulado científico, derivado de la coherencia sistemática del pensamiento de la TPD, es decir, resultado de la aplicación de los dos postulados que se vienen analizando?.

Antes de contestar esta pregunta es necesario recordar el análisis de la cita 122 de la TPD, llevado a cabo en el apartado anterior. Solamente el teórico del derecho puede necesitar de una norma pensada que es lógicamente imprescindible para la fundamentación de la validez objetiva de las normas jurídicas positivas y por otra parte constituye el primer esquema de interpretación.

Pero es de vital importancia observar que esa nece-

(311) CRACOGNA, DANTE. Op, cit. p. 59

sidad lógica solamente se da dentro de los postulados aceptados por Hans Kelsen.

Si la norma pensada es norma, entonces tiene las siguientes funciones:

- 1.- Dota de sentido objetivo, al sentido subjetivo de los actos constituyentes.
- 2.- Da validez a todas las demás normas y con ello constituye la unidad del ordenamiento jurídico.
- 3.- Faculta el primer constituyente a crear normas y por ello establece el sujeto que puede prescribir el derecho.
- 4.- Obliga a acatar esas normas.

Sobre estas funciones Cracogna dice que Vernengo concluye que son propiedades que sólo milagrosamente podrían cumplir y las trae a colación de la siguiente manera:

"En cuanto a las funciones de la norma básica apunta Kunz que son múltiples, a saber: presupuesto de la posibilidad de interpretación del material jurídico; condición gnoseológica del conocimiento del derecho; fuente común de todas las normas de un mismo ordenamiento; otorgante del poder de crear normas al primer legislador." (312)

Me parece que la condición gnoseológica del conocimiento del derecho estriba precisamente en el presupuesto de la posibilidad de interpretar el material (jurídico). Eso equivale a decir que sirve como un *esquema de interpretación* de la realidad, razón por la cual esto queda comprendido dentro del número uno, con una salvedad, lo jurídico es aportado por la interpretación y no reconocida por ella de acuerdo al primer postulado. El material se vuelve jurídico gracias a la interpretación, no es que ya sea jurídico puesto que la interpretación puede negarle ese carácter.

La fuente común de todas las normas se refiere a la validez que proporcionará esta norma básica por lo que

(312) *Ibíd.*, p. 60

queda comprendida en el número dos, mientras que el número tres consiste en otorgar el poder que es lo mismo que facultar.

En la siguiente cita Kelsen muestra que realmente lo único que hace esa norma con toda propiedad es la función marcada con el número uno de la página anterior.

*"Puesto que la norma fundante básica no es una norma querida, ni tampoco una norma querida por la ciencia del derecho, sino solamente una norma pensada, la ciencia jurídica no se arroga, al establecer la norma básica, una autoridad normadora. No prescribe ella que deban obedecerse las órdenes del constituyente. Permanece siendo conocimiento, inclusive en su tesis gnoseológica de que es la condición bajo la cual el **sentido subjetivo** de los actos constituyentes, y de los actos realizados conforme a la constitución, es interpretado como el **sentido objetivo de normas válidas**, aun cuando se autointerpreten de ese modo." (313)*

Antes que nada, nótese la afirmación de que es la Ciencia Jurídica la que establece la norma básica, luego no es "quienquiera" como ya ha sido analizado. De nueva cuenta aparece el hilo conductor de la investigación.

Ahora bien esta norma, no puede llevar a cabo las funciones tres y cuatro (3.- y 4.-) antes vistas, porque no es una norma querida, no proviene de la voluntad. Entonces no faculta ni obliga a nada. Pero si no prescribe nada, no es norma por no cumplir con los requisitos de validez.*

Por no ser parte del sistema sino el fundamento del mismo, como se ve en la función número dos (2.-) Kelsen puede contestar que la norma fundante básica no es una norma positiva y por ende no se le aplican los **requisitos de validez** que solamente tienen sentido para las normas que son creadas por la voluntad.

* Es el momento de recordar el primer postulado que establece que es el método el que determina el objeto de estudio. ¿Tiene límites la aplicación este postulado?. ¿Hasta dónde puede intervenir en el objeto de estudio?. ¿Una norma pensada no altera el objeto de estudio?. Porque el objeto de estudio que es el Derecho positivo no es una creación de la ciencia jurídica.

¿Pero la pregunta continúa, por qué es una norma, la norma fundante básica?

"Comencemos por lo más obvio. La norma fundamental es, en primer lugar, norma. Por trivial que la afirmación pueda parecer. es una característica esencial cuya ausencia privaría a la construcción de todo sentido en la teoría de Kelsen. Tiene la norma fundamental que ser norma porque es un postulado crucial de la epistemología kelseniana que «sólo una norma puede ser el fundamento de validez de otra norma» (ATN, 206) y no un hecho o una situación fáctica." (314)

A mi me parece que la norma fundante básica es el postulado lógico que se deriva del desenlace de los dos primeros postulados de esta investigación.

Recordando el hilo conductor, la Ciencia Jurídica Kelseniana necesita del aspecto objetivo y por ello lógicamente se ve en la necesidad para estar acorde con sus postulados y continuar su

TESIS GNOSEOLOGICA DE CONSTITUIR EL OBJETO DE ESTUDIO,
 (PRIMER POSTULADO) ES DECIR,
 DE CONSTITUIR LA OBJETIVIDAD DE LA SUBJETIVIDAD,
 (HILO CONDUCTOR)
 MEDIANTE LA INTRODUCCION UN SUPUESTO DE UNA
 PRIMERA NORMA.

y a su vez de cumplir con el segundo postulado pues la validez solamente puede provenir de la suposición de

UNA NORMA SUPREMA

Sin embargo, esta suposición de una norma pensada es **antes que** una norma, un postulado científico resultado de los dos postulados filosóficos ya analizados.

Ahora bien, alguien podría decir que se está confundiendo lo que se presupone con lo presupuesto, pero eso

 (314) G. AMADO. Op, cit. p. 27

llevaría a la larga a dotar de existencia a lo presupuesto. Ese presupuesto que sería la norma fundante básica no está sujeta a ninguna clase de comprobación pero es algo imprescindible lógicamente hablando para la TPD.

Sin embargo, la validez de una norma implica su forma de existencia, el prescribir un deber, razón por la cual la salida de Kelsen es decir que la validez de la norma fundante básica es presupuesta. Entonces, tiene que ser presupuesta como "válida en sí misma", lo que equivaldría a decir que se fundamenta a sí misma, porque ya no puede seguirse preguntando acerca de su fundamento y con ello se evita el regreso al infinito. Ella inicia la cadena de validez de todas las de más normas.

Para evitar esta característica muy semejante a las propuestas iusnaturalistas de considerar a la norma fundante como válida en sí misma, G. Amado cita a Vernengo quien propone una solución analítica. La norma fundante básica es el enunciado que proviene de un metalenguaje y la validez atribuída a esta norma no es la misma que la predicada de las normas positivas. En esa interpretación Vernengo ve a la norma fundamental como una categoría epistemológica. En vía semejante Hoffe sostiene que es una axioma del pensamiento jurídico.

Por su parte el propio G. Amado en esta misma línea dice que es un postulado no objetivo sino epistemológico que permite optar entre ver el derecho como Derecho y no como otra cosa (poder, fuerza moral, etcétera). (315)

En la misma línea habría que preguntarse si esta norma es jurídica, porque de lo contrario no podría dar esa *cualidad* a las demás normas del sistema. Al no ser una norma de derecho positivo, no forma parte del sistema jurídico, entonces solamente podría ser jurídica en su función del papel que ella desempeña. Se trataría entonces de que todas las características de esta norma son también presupuestas, aseguran los teóricos.

(315) G. AMADO, Op, cit. p. 37 y 38. nota 44

Esto sólo conduce a lo siguiente: o es una norma o es un postulado científico. Veamos primero a la norma fundante básica, en su carácter de norma, es una norma sui generis.

Como la norma fundante básica no es una norma querida, es decir, creada por la voluntad de un legislador o de un constituyente, no puede tener las características de las normas positivas. Esas normas son válidas si cumplen con los dos siguientes criterios:

- a) Prescriben cómo deben realizarse las conductas.
- b) Pertenecen a un sistema de normas.

Una norma pensada no cumple con esos criterios por tres razones:

- 1) No proviene de la voluntad, es decir, de alguien facultado para crear normas.
- 2) No prescribe conducta, no implica un deber.
- 3) No pertenece al sistema, por el contrario lo funda.

Sus características y funciones de la norma fundante básica son por el contrario:

- 1.- Es una norma presupuesta y es por lo tanto pensada. (Por la ciencia jurídica)
- 2.- Es una norma suprema, independiente y autónoma. (de las normas positivas)
- 3.- **Objetiva en sí misma** porque es el primer esquema de explicación de la realidad y ya no puede recibir su objetividad de una norma anterior. Dota de sentido objetivo, al sentido subjetivo de los actos constituyentes.
- 4.- **Vale en sí misma** por lo que su validez no puede derivarse de una norma superior, ni puede volver a cuestionarse el fundamento de su validez. Evita el regreso al infinito e inaugura la cadena normativa.

(Su criterio de validez es único pues no es el mismo de las normas positivas)

Es por ello fundamento y fuente de validez de todas las normas pertenecientes a un orden normativo.

Constituye un sistema de normas al ser la unidad de una multiplicidad de ellas.

- 5.- En base a 3.- y 4.- es fundante de la validez objetiva.
- 6.- Un orden normativo es un sistema de normas con una norma fundante básica.
- 7.- Se presupone que faculta al primer constituyente a crear normas y por ello establece el sujeto que puede precribir el derecho.
- 8.- Se presupone que obliga a acatar esas normas.

Al ser la norma pensada una norma "**sui generis**" a la cual no se le pueden aplicar los requisitos de validez de las normas positivas, por ser ella precisamente la fuente de su validez objetiva, aparece entonces la duda de su carácter normativo.

Dice G. Amado al respecto:

"...viendo que esa fundamentación es lógica y materialmente - imposible, se opta por presuponer que es posible, recurriendo a una categoría, la norma fundamental, de la que se predicen todos los caracteres (juridicidad, validez...) que se dice no puede tener, puesto que ni es positiva ni proviene de una autoridad autorizada por una norma, etc. Estamos, así, ante un imposible necesario (necesario para la coherencia de una teoría con tan fuertes exigencias), y esa imposibilidad se obvia afirmando que todos esos caracteres no se dan objetivamente pero se presuponen como hipótesis o ficción". (316)

Ahora bien, ¿a quién obliga esta norma?. A nadie, porque es una norma pensada y no es una norma impuesta, ni siquiera puede obligar a pensar en una determinada manera. ¿Entonces por qué es norma?. Este es el problema del primer postulado intervenir en el objeto de estudio, introduciendo algo ajeno al propio objeto de estudio (Derecho positivo) como lo es una norma pensada, pero cumpliendo con las necesidades lógicas impuestas por el entramado de los postulados.

(316) G. AMADO, Op, cit. p. 38 y 39

Ante todas estas características y funciones se vuelve a afirmarse que esta norma fundamental no es presupuesta por "**quienquiera**" sino solamente por aquel sujeto que profesa la ciencia jurídica, es decir, el teórico del derecho que sigue los lineamientos kelsenianos. Luego la norma fundante básica es "presupuesta" por la ciencia jurídica.

Como esa norma no prescribe nada y solamente es la continuación de la tesis gnoseológica asumida por Hans Kelsen vía el sostenimiento de los postulados ya analizados y del hilo conductor en el cual aparece la condición de que el sentido o significado objetivo proporcionado por esa norma, es lógicamente imprescindible para poder interpretar el sentido subjetivo de los actos del constituyente como normas objetivamente válidas, se concluye afirmando que esta norma es un postulado científico.

Con todo lo que se ha venido diciendo, los postulados primero y segundo entran en contradicción con el tercer postulado. El tercer postulado establece que las normas son creadas exclusivamente por la voluntad y la razón solamente las describe y explica. Si la ciencia describe normas y no las prescribe, cómo es que presupone una norma, pues las normas o son normas o son presupuestos.

O la norma proviene de la voluntad o la norma proviene de la razón y una norma exclusivamente **pensada** en la cual no interviene la voluntad solamente puede provenir de la razón.

Kelsen tendrá que modificar su concepción de la norma básica fundante como se verá en el siguiente capítulo. En el desarrollo del tercer postulado se verá también que esa razón de la que habla Kelsen es una **razón científica**, no es la razón en general.

3.3.4 La norma básica y sus etapas.

Por último habría que reflexionar que la norma fundante básica ha pasado por diversas concepciones.

a) Como condición lógico trascendental.

Bajo la influencia de Kant y el neokantismo que ve en ella una analogía con una condición lógico trascendental. Kelsen propone denominarla "*Constitución en sentido lógico trascendental*".

Es una de las denominaciones más acabadas porque ella comprende el hilo conductor de esta investigación, a través de la cual, son interpretados los actos subjetivos de los Padres de la Constitución como normas en sentido objetivo.

Primero un análisis de esta norma y su posibilidad de constituir un conocimiento a priori al estilo de Kant. Hay que advertir que sobre dicho autor ya han sido vistas varias nociones en el análisis de lo "dado" y lo "puesto".* Pero ahora es necesario recordar bajo otra perspectiva alguna de ellas,

A priori, es el conocimiento independiente de la experiencia, lo que aporta la razón en el proceso del conocimiento. A posteriori es el conocimiento empírico que procede de la experiencia.

Valdría la pena pensar si la norma fundante básica es un conocimiento a priori, porque constituye un conocimiento independiente de la experiencia y reúne las características establecidas por Kant para esta clase de conocimientos.

"Necesidad y universalidad estricta, son pues, criterios seguros de un conocimiento a priori y se hallan inseparablemente ligados entre sí." (317)

* veáse pág. 16 y ss. de esta investigación

(317) KANT, IMMANUEL. CRITICA DE LA RAZON PURA. Op, cit. p. 44

Es *universal*, cuando se aplica a todos los casos. Es *necesario* cuando no depende de otros conocimientos. Es *puro* cuando es un conocimiento absolutamente independiente de toda experiencia.

"Por ejemplo: la proposición «Todo cambio tiene su causa» es a priori, pero no pura, ya que el cambio es un concepto que sólo puede extraerse de la experiencia." (318)

Mientras la eficacia no era una condición necesaria para que la norma fundante básica pudiera ordenar el material que le era presentado, se podría incluso llegar a pensar que en su calidad de conocimiento trascendental constituiría un conocimiento *a priori* puro.

Kant sostiene que en las ciencias tiene que haber razón en sus conocimientos, entonces debe conocerse en ellas algo *"a priori"* y este conocimiento puede poseer dos tipos de relación con su objeto:

*"...o bien para **determinar** simplemente éste último y su concepto (que ha de venir dado por otro lado), o bien para **convertirlo** en realidad." (319)*

*"La primera relación constituye el conocimiento teórico de la razón; la segunda, el conocimiento práctico. De ambos conocimientos ha de exponerse primero por separado la parte **pura** —sea mucho o poco lo que contenga—, a saber, la parte en la que la razón determina su objeto enteramente **a priori**, y posteriormente lo que procede de otras fuentes, a fin de que no se confundan las dos cosas." (320)*

A) Para determinar un objeto de estudio y su concepto, se encuentra el conocimiento teórico de la razón. Aporta Kant como ejemplo de conocimiento teórico la matemática que determina su objeto de forma enteramente pura y la física que lo hace de manera parcialmente pura. Me parece que la Ciencia Jurídica desde la perspectiva kelseniana estaría en este caso, con la diferencia de que su objeto de estudio el derecho, es una creación humana.

(318) Ibídem, p. 43

(319) CRP, Op, cit. p. 16

(320) Idem.

B) Para convertirlo en realidad se encuentra el conocimiento práctico. La Metafísica de las Costumbres (Ética) y la Ciencia Jurídica serían ejemplos de esta clase de ciencias en Kant.

Emanuel Kant se propone en la *Crítica de la Razón Pura*, renovar y revolucionar la *metafísica* mediante un importante desarrollo de la *teoría del conocimiento* y de la *metodología*. La Metafísica tendrá entonces como su principal objeto de estudio a la Razón, constituye lo anterior una tarea de *autoconocimiento* pues es la propia Razón la que llevará a cabo esta labor. Pero esta empresa tiene que fructificar en encontrar las **leyes eternas e invariables** que la razón posee. (321)

Es importante señalar que estas leyes eternas e invariables son obviamente las condiciones de todo conocimiento obtenidas por la propia razón de sí misma, mediante el empleo del método trascendental. Si Kelsen siguiera estrictamente los pasos dados por Kant en la obra referida, se llegaría a lo siguiente:

La Teoría Pura del Derecho tendría como finalidad establecer las **leyes eternas e invariables** que la *razón jurídica* posee.

Esto podría ser posible, recordando la tajante separación entre el ser y el deber ser como categorías trascendentales del pensamiento que se encuentran dadas inmediatamente a la conciencia como lo manifiesta el propio Hans Kelsen. En esta vía, la causalidad y la imputación aparecen como los enlaces lógicos que permiten pensar en la naturaleza y en la sociedad.

En contraste, Hans Kelsen en la segunda edición de la Teoría Pura del Derecho manifiesta explícitamente la influencia de la filosofía de Emanuel Kant en el desarrollo de su pensamiento, como ya ha sido analizado en el primer postulado. En particular tal influencia es situada en la *Crítica de la Razón Pura* en relación con el método trascendental que de ella se deriva.

(321) CRP, Op, cit. p. 9

"Es también verdad que, en el sentido de la teoría del conocimiento kantiana, la ciencia jurídica, como conocimiento del derecho y al igual que todo conocimiento, posee un carácter constitutivo y, en consecuencia, "produce" su objeto al recibirlo como una totalidad significativa." (322)

Ahora bien, relativo a la norma básica fundamental Kelsen dice lo siguiente en relación con el pensamiento de Kant:

*"Dado que la norma fundante básica, como se mostró, en tanto norma pensada para fundar la validez del derecho positivo, - sólo es condición **lógico-trascendental** de esa interpretación normativa, no desempeña ninguna función ético-política, sino una función teórica del conocimiento." (323)*

Entonces la norma fundante básica es una norma pensada, es una **condición lógico-trascendental**, es una función teórica del conocimiento.

De todo lo anterior se seguiría que la norma fundante básica en su carácter de condición trascendental, sería en realidad, una **ley eterna e invariable** que la razón jurídica posee. Sin embargo, no parece ser éste el tratamiento dado por Hans Kelsen a la norma fundante básica. Kelsen sostiene que dicha norma puede ser presupuesta pero no que tenga que ser presupuesta.

"Decir que la norma fundante de un orden jurídico positivo sólo puede ser presupuesta, pero no que tenga que ser presupuesta, significa que pueden interpretarse las relaciones que interesan entre los hombres, como obligaciones, facultamientos, derechos, competencias, etcétera, constituidos mediante normas jurídicamente válidas, pero que no es necesario interpretarlos así. Cabe interpretarlos incondicionadamente, es decir, sin presuponer la norma fundante básica, como relaciones de poder, como relaciones entre hombres que mandan, y hombres que obedecen o que no obedecen; es decir, cabe interpretarlas sociológicamente, no jurídicamente." (324)

(322) TPD, Op, cit. p. 85

(323) TOD2, Op, cit. p. 228

(324) TPD2, Op, cit. p. 229

La norma fundante básica es la condición para poder pensar jurídicamente, es la que permite entonces decidir cuando algo es de derecho y cuando no lo es, y más propiamente, establecer cuando un orden normativo es considerado como objetivamente válido.

G. Amado menciona a Norbert Leser entre algunos de los que han llegado a interpretar esta norma en sentido kantiano.

"La norma fundamental -dice Leser-, como presupuesto lógico-trascendental de la aprehensión de la realidad jurídica, es comparable con las categorías y también con las formas de la pura percepción de la filosofía kantiana, formas y categorías que tienen carácter apriorístico y posibilitan la constitución de la experiencia.» (325)

Pero la norma fundante básica en la vía kantiana tendría que tener el carácter de UNA LEY ETERNA E INVARIABLE que la razón posee, más que la de un supuesto. Porque es la CONDICION PARA PODER PENSAR EL SENTIDO OBJETIVO QUE PROPORCIONA LA NORMA JURIDICA A LOS ACTOS DE LA CONDUCTA SUBJETIVA DEL HOMBRE.

En la terminología kantiana podría llegar a constituir una *verdad apodíctica*, es decir, un conocimiento a priori puro, jurídico y formal. Es **a priori** porque es una creación de la razón jurídica, aportada por esa razón en el proceso del conocimiento, es **puro*** porque no se ha obtenido de la experiencia jurídica y no solamente es independiente de ésta sino que en realidad la posibilita, ella permite denominar a algo como jurídico, es por lo tanto anterior a toda experiencia jurídica en sentido lógico. Es también **formal** porque puede ser llena con diversos contenidos, es decir, no dice quién es el primer legislador u órgano de poder primario, no dice cómo llegó al poder, ni si el contenido de las normas que éste dicte serán justas. Es por lo tanto la condición de posibilidad de todo el conocimiento jurídico y la del propio objeto de estudio. Además es **universal** porque se aplica a cualquier legislador originario y es

(325) G. AMADO. Op, cit. p. 106 n. 141. *Podría estar a discusión.

necesario porque no depende de ningún otro conocimiento.

Parecería entonces que Kelsen podría moverse respecto de la norma fundante básica entre la Filosofía trascendental y la ciencia contemporánea, pero además de que Kelsen no pretende encontrar una ley eterna e invariable la palabra **supuesto o hipótesis** no tiene cabida en la razón pura, como se verá a continuación, y si bien podría tenerlo en el caso de una razón científica, dicha norma no se encuentra sujeta a ninguna clase de comprobación.

Ahora bien, qué dice Kant en su investigación trascendental de lo que aporta la razón por sí misma en el proceso del conocimiento, respecto de las hipótesis.

Las dos exigencias fundamentales de su investigación son la certeza y la claridad. Respecto de la primera dice:

CERTEZA

"Por lo que se refiere a la certeza, me he impuesto el criterio de que no es en absoluto permisible el opinar en este tipo de consideraciones y de que todo cuanto se parezca a una hipótesis es mercancía prohibida, una mercancía que no debe estar a la venta ni aun al más bajo precio, sino que debe ser confiscada tan pronto como sea descubierta." (326)

Y más adelante Kant sostiene que la hipótesis se asemeja a buscar la causa de un efecto.

Si la Teoría Pura del Derecho fuese la aplicación de la Crítica de la Razón Pura al pensamiento jurídico, entonces, de acuerdo con Kant, la norma hipotética fundamental no podría tener este carácter, porque solamente podría ser comprensible como un CONOCIMIENTO A PRIORI PURO que implica universalidad y necesidad. Tendría entonces una certeza apodíctica y sería evidente por sí misma. En este sentido no es una interpretación posible

(326) CRP. Op, cit. p. 11

como sostendría Kelsen sino que sería la única interpretación plausible para poder explicar el derecho.

Pero la razón corre un peligro nos dice Kant, quiere ir más allá de toda experiencia y en este caso nos diría de toda experiencia jurídica, hay "algo" que la impulsa en ese sentido

"Pues lo que nos impulsa ineludiblemente a traspasar los límites de la experiencia y de todo fenómeno es lo incondicionado que la razón, necesaria y justificadamente, exige a todo lo que de condicionado hay en las cosas en sí, reclamando de esta forma la serie completa de las condiciones." (327)

La norma hipotética fundamental como norma estrictamente pensada y no creada por un legislador, es lo **incondicionado de toda la serie de condiciones**, ella es la que le da la unidad al sistema de normas jurídicas.

Kelsen sabía que se enfrentaba a este mismo problema aún rechazando la idea de la razón práctica, porque no hay una cadena infinita de normas ni hacía atrás ni hacía adelante. La norma fundante básica es lo incondicionado que la razón necesita para explicar el derecho. Es la norma incondicionada que condiciona a todas las demás normas.

G. Amado ve también como Goyard-Fabre se refiere a la norma fundamental de Kelsen en términos trascendentales kantianos, denominándola como hipótesis trascendental:

"...como condición [...] incondicionada que es presupuesta para que pueda ser puesta la pirámide jurídica y que permite comprender el Derecho siendo ella misma incomprendible»." (328)

Sin embargo, el terreno de las cosas en sí, es el terreno de lo suprasensible y no pertenece a la razón especulativa sino a la razón práctica. Mientras que el conocimiento empírico se encuentra regido por los fenó-

(327) CRP, Op, cit. p. 22

(328) G. AMADO. Op, cit. p. 106

menos y no por las cosas en sí, lo incondicionado por su parte se da en las cosas que no conocemos, en cuanto son en sí y no nos son dadas.

Kelsen al igual que muchos neokantianos **no** podían aceptar este planteamiento de una razón práctica y de las cosas en sí, porque el propio avance filosófico como ya fué visto lo había puesto en duda y superado, además porque no era consistente con el continuo avance que llevaba la ciencia.

No obstante lo anterior, la razón necesita de ese incondicionado y por ello Kelsen alejándose de Kant en su obra póstuma, trata de encontrar una solución en el pensamiento de Hans Vaihinger.

La norma fundante básica no puede tener el carácter de un presupuesto ineludible y trascendental, porque no es una categoría a priori que necesariamente se encuentre en la mente humana para captar la realidad del derecho.

En este sentido afirma G. Amado que

"Las categorías de la lógica trascendental kantiana no son hipótesis o ficciones, presuposiciones que consciente o inconscientemente se sientan cuando se asume que algo debe ser visto de determinada manera; son elementos inherentes a la razón cognoscente sobre los que no existe disponibilidad alguna." (329)

Otros autores como Pascher han rechazado también el que la norma fundamental pueda ser considerada como un presupuesto lógico trascendental, porque según Kelsen esa norma se puede rechazar, modificar o sustituir lo que no sería posible si fuera un presupuesto apriorístico. (330)

(329) G. AMADO. Op, cit. p. 109 y 110

(330) Ibídem, p. 110. nota 149.

b) Como hipótesis.

Designando a la norma básica como una norma hipotética fundamental, Kelsen dió a entender diversas cosas. En primer lugar para mostrar que si bien se encontraba de alguna manera relacionada e inspirada con el sistema filosófico trascendental de Kant, de ninguna manera podría ser confundida con el imperativo categórico y tampoco constituía el incondicionado de todas las condiciones pues ambas nociones pertenecen al ámbito de la razón práctica, concepto que como ya hemos visto Kelsen critica arduamente.

En segundo lugar y seguramente siguiendo a la ciencia positiva, la norma hipotética fundamental es considerada como una hipótesis científica aunque desde luego se sabe de antemano que no puede estar sujeta a comprobación pero tiene la finalidad de constituir la unidad de un sistema de normas. Muestra entonces su carácter de relatividad.

En tercer lugar como una hipótesis del pensamiento para distinguirla de las normas positivas provenientes de la voluntad. No es por lo tanto una norma dictada sino el una hipótesis del pensamiento. Esta formulación dará lugar a la de presupuesto y dejará de tener el carácter de hipotética que se podría prestar a ciertas confusiones dados sus múltiples significados.

c) Como presupuesto.

La norma básica es designada como un presupuesto para dar a entender que no es una norma dictada por el legislador, que no es el sentido de un acto de voluntad sino una norma pensada, con todos los problemas de confundirla con un producto de la ciencia. Esta es la denominación que tiene en la TPD2. Aquí se vuelve a retomar el hilo conductor de esta investigación entre lo subjetivo y lo objetivo así como el carácter de la norma fundamental de ser un concepto lógico trascendental.

d) Como una ficción.

Por ultimo, como una ficción doblemente contradictoria. En una famosa conferencia impartida en 1962 y publicado en 1963, «Die Grundlage der Naturrechtslehre», nos dice G. Amado, Kelsen da a conocer su nuevo enfoque de la norma fundamental en el cual negará que puedan haber normas pensadas, todas las normas son el *sentido de un acto de voluntad*. (331)

"Yo he hablado en mis anteriores escritos de normas que no son el sentido de actos de voluntad. He presentado mi teoría de la norma fundamental como si fuera una norma que no es el sentido de un acto de voluntad, sino que es supuesta por el pensamiento. Ahora debo, lamentablemente, aceptar, señores, que a esta teoría no la puedo sostener, que debo renunciar a ella. Me pueden creer que no es para mi fácil renunciar a una teoría que yo he representado por decenios. He renunciado a ella en el convencimiento de que un deber tiene que ser el correlato de un querer. Una norma fundamental es una norma ficticia, que presupone un acto de voluntad ficticio que establece esta norma. Es la ficción de que debe ser lo que una autoridad quiere. Me reprochan con razón que yo hable contra una teoría propia que he representado durante años. Esto es, completamente correcto: tengo que modificar mi teoría de la norma fundamental y su representación correspondiente. No puede haber una norma puramente pensada, es decir, normas que no son el sentido de actos de voluntad, sino que son el sentido de actos de pensamiento. Lo que se piensa con la norma fundamental es la ficción de una voluntad que no existe." (332)

En este camino la voluntad Wollen siempre es la creadora del deber Sollen, el pensamiento solamente puede producir enunciados descriptivos (deónticos o declarativos) pero no normas. En el caso de la norma básica fundamental se finge la existencia de una voluntad que obviamente no existe en la realidad. Vale la pena apuntar que Kelsen se había opuesto siempre a considerar la Grundnorm como una ficción porque eso conducía a pensar en una autoridad trascendente, lo cual era opuesto a los requerimientos de una ciencia positivista.

(331) G. AMADO. Op, cit. p. 104. nota 138.

(332) SCHMILL ULISES Y VERNENGO. Op, cit. p. 36+

The Basic Norm Is a Fictitious Norm

"As is obvious from the foregoing, the Basic Norm of a positive moral or legal system is not a positive norm, but a merely thought norm (i.e. a fictitious norm), the meaning of a merely fictitious, and not a real, act of will. As such, it is a genuine or 'proper' fiction (in the sense of Vaihinger's philosophy of As-if) whose characteristic is that it is only contrary to reality, but self-contradictory. (333)

La Norma Básica es una Norma Ficticia

"Como es obvio por lo anterior, la norma básica de un ordenamiento positivo moral o de un sistema legal, no es una norma positiva, sino simplemente una norma pensada, una norma ficticia, el sentido de una simple ficción de un acto de voluntad que no es real. Como tal, ella es una auténtica o 'verdadera' ficción (en el sentido de la filosofía del como-sí de Vaihinger) , cuya característica es la de que no solamente contradice la realidad, sino que es contradictoria consigo misma."

De esta manera Kelsen trata de resolver el problema que ha surgido entre los dos primeros postulados de la TPD con el tercer postulado de la misma. Las normas son ahora el sentido de un acto de voluntad y también lo es la norma fundamental. Kelsen trata de poner fin a aquellas sospechas de que es la ciencia jurídica la que partiendo de una suposición, termina en realidad ocultamente por crear la validez del derecho. Habría que preguntarse ahora, si la validez es también una ficción por provenir de esa clase de norma ficticia.

"...not only contradicts reality, since there exists no such norm as the meaning of an actual act of will, but is also self-contradictory, since it represents the empowering of an ultimate moral or legal authority and so emanates from an authority -admittedly, a fictitious authority- even higher than this one." (334)

"...no solo contradice la realidad, ya que no existe tal norma como el sentido de un acto de voluntad real, pero es también contradictoria consigo misma, porque representa la **autorización** de la última autoridad moral o legal, surgida de este modo de una autoridad -reconocida como ficticia- que se encuentra más arriba que esa última autoridad moral o legal."

(333) TGD. Op, cit. p. 256 (334) Idem.

La norma básica es contradictoria con la realidad porque es una hipótesis no comprobable en ella, es decir, no ha sido establecida por una voluntad real, con lo cual la voluntad a la que se refiere Kelsen en la creación del derecho aunque ficticia es también forzosa-mente una voluntad de carácter psicológico. Tengase esto presente en el desarrollo del último postulado que separa la razón de la voluntad.

Es también contradictoria porque expone la autorización de una una autoridad más alta, ideal, podría decirse, que obviamente no existe. Termina por ser entonces contradictoria consigo misma porque no existe esa voluntad en la realidad y finge una voluntad de una autoridad superior que obviamente no puede darse.

"According to Vaihinger, a fiction es cognitive device used when one is unable to attain one's cognitive goal with the material at hand (1935:13)." (335)

"De acuerdo con Vaihinger, una ficción es un recurso del conocimiento que se usa cuando no es posible alcanzar el objetivo del pensamiento con el material a la mano."

Pero la racionalidad continúa presente porque una ficción es una estratagema de la razón cuando no le ha sido posible alcanzar el objetivo que se propone con los recursos que tiene a la mano. De esta manera, habría que volver a preguntar si "quienquiera" es todo aquel que ahora va a utilizar una ficción para identificar el derecho.

"The cognitive goal of the Basic Norm is to ground the validity of the norms forming a positive moral or legal order, that is, to interpret the subjective meaning of the norm-positing acts as their objective meaning (i.e. as valid norms) and to interpret the relevant acts as norm-positing acts. This goal can be attained only by means of a fiction." (336)

 (335) Idem.
 (336) Idem.

"El objetivo del conocimiento de la norma básica es encontrar el fundamento de validez de las normas que forman una moral positiva o un orden legal, esto es, interpretar el sentido subjetivo de los actos positivos como su sentido objetivo. (es decir, como normas válidas) e interpretar los actos así instituidos como actos que establecen normas. Este objetivo solamente puede ser alcanzado bajo el significado de una ficción."

Aún hasta este momento el hilo conductor de esta investigación no ha desaparecido, se sigue hablando de interpretar el sentido subjetivo de los actos positivos bajo la norma que les proporcionará el sentido objetivo.

"A fiction differs from a hypothesis in that it is accompanied -or ought to be accompanied- by that reality does not agree with it. (pp.85ff) (337)"

"Una ficción difiere de una hipótesis en que ella es acompañada -o debe ser acompañada- con la conciencia de que ella no concuerda con la realidad."

Pues bien, esta norma ficticia no resuelve los problemas de Kelsen sino que de alguna manera los agudiza. En primer lugar porque aunque es una voluntad fingida es una voluntad de carácter psicológico e implica quierase o no el pasó fingido del ser al deber (ser). En segundo lugar esta solución abre la puerta al regreso al infinito porque ahora hay que volver a preguntar y ¿quién autoriza a esa voluntad fingida a crear la norma básica?, porque esa voluntad fingida produce de nueva cuenta actos subjetivos que necesitan de una norma para poder ser interpretados como objetivos, porque de lo contrario se tiene el inminente paso del ser al deber (ser) y con ello la tan temida falacia naturalista.

Mientras la norma básica como un presupuesto del pensamiento podía ubicarse en el Deber (ser) y con ello fundamentar la cadena de validez sin incurrir en falacia naturalista, ahora al sostener que incluso esa norma básica es el resultado de una voluntad fingida, abre la -

(337) Idem.

puerta a preguntar por la norma que autoriza a esa voluntad a crear la norma básica, porque de lo contrario se tendría un indebido paso del ser al deber (ser).

Comenta Losano llegando a este punto:

"Es lícito, sin embargo, preguntarse en este punto, qué valor puede reconocérsele a una teoría que se basa en una ficción"
(338)

Se tiene pues la confrontación del segundo postulado con el tercero que será tratado en el siguiente capítulo, porque de una voluntad entendida psicológicamente se obtendrá un deber.

(338) LOSANO, MARIO G. Op, cit. p. 82

3.4 RESUMEN Y CONCLUSIONES

El segundo postulado de esta investigación establece una separación entre: el Sein ser (es) y el Sollen deber (ser)

y que en consecuencia:

- 1.- El postulado puede ser entendido en la obra de Kelsen desde las siguientes perspectivas:
 - a) Kant y el neokantismo.
Como categorías trascendentales de **"ser y deber"** que están inmediatamente dadas a la conciencia. Son la posibilidad y la condición para poder pensar algo.
No se puede utilizar lo que proporciona una categoría en el campo de la otra.
 - b) Filosofía analítica o del lenguaje.
En su carácter de enunciados relativos a lo que **"es"** y a lo que se **"debe"**. Existe la imposibilidad lógica de pasar de unos enunciados acerca de lo que **"es"** a enunciados acerca de lo que **"debe"** y viceversa.
 - c) Ontología.
La separación de dos mundos o dos reinos o dos formas de ver la realidad, el **"mundo del ser"** y el **"mundo del deber ser"**.
 - d) Psicológico.
Ser y deber (ser) son el resultado o el producto de dos facultades humanas: la razón y la voluntad. Estas facultades tienen que ser entendidas en las distintas funciones que llevan a cabo respectivamente: conocer y querer.

Los enunciados o proposiciones son el resultado del conocimiento, mientras que las normas provienen del querer de la voluntad.

e) Ontico-ontológico.

Ser y Deber ser forman parte de la estructura original humana de un ser que se comprende precisamente bajo esta forma dual de ser: siendo y debiendo ser como el mismo traza su existencia.

Si bien es posible separar estos sentidos, es necesario reconocer las implicaciones que se dan entre ellos.

- 2.- La imposibilidad de pasar del Sein al Sollen ha sido tratada en la literatura filosófica como el problema de la **falacia naturalista**.
- 3.- La falacia naturalista consiste en emplear un falso razonamiento que establece un paso entre lo que es y lo que debe ser y viceversa.

Esta falacia se presenta en dos versiones: el clásico argumento de David Hume y el sentido propuesto por G.E. Moore.

- 4.- El clásico argumento de David Hume. Se comete este razonamiento erróneo cuando se pasa de enunciados descriptivos de la forma "es" o "no es" a enunciados prescriptivos de la forma "debe" o "no debe".
- 5.- Para evitar la falacia naturalista en ese sentido y teniendo en cuenta por lo tanto que el fundamento de un deber solamente puede encontrarse en otro deber, entonces se tiene que partir siempre de una primera prescripción que se justifica por sí misma y se estima evidente o se decide o presupone que es válida, para derivar de ella todas - las demás prescripciones y así evitar utilizar proposiciones con cópulas "es" y "no es".

- 6.- Toda teoría del derecho que admite el postulado de la separación entre el Sein y el Sollen y por ende toma en cuenta el problema de la falacia naturalista tendría que partir de la formulación de una primera norma, a menos que establezca los límites de la falacia y muestre la forma de pasar del Sein y al Sollen.
- 7.- En su última etapa, Kelsen encuentra mucho más acorde con su pensamiento, el dualismo entre el - Sein y el Sollen establecido por Hume que el de Kant. Se da esta afinidad por la separación entre la razón y la voluntad así como el rechazo de la razón práctica llevada a cabo por Hume.
- 8.- John Finnis siguiendo a Aristóteles y Tomás de Aquino acepta el principio de que un deber no puede ser derivado de un ser, pero no está de acuerdo en de esto se siga otro principio bajo el cual la razón no puede dar reglas y principio para guiar la acción.

Sostiene que la razón práctica encuentra una nueva lógica bajo la cual, comprendiéndose desde adentro, halla los principios básicos del derecho natural que son autoevidentes (self-evident).

- 9.- Kelsen en su obra póstuma se manifiesta en contra de la razón práctica porque dicha noción envuelve la contradicción de un *conocimiento* que *quiere* - algo. Desde su punto de vista, se confunden dos facultades humanas la razón y la voluntad cuyas funciones y productos son distintos: pensar y querer, elaborar enunciados o proposiciones y normas respectivamente. Argumentos similares pueden ser aplicados a la conciencia pues ella es a su vez conocimiento y sentimiento.

- 10.- Agrega además otros dos argumentos para mostrar que esencialmente la razón se distingue de la voluntad. No se trata por lo tanto únicamente del empleo del principio de "no-contradicción" sino de la esencia de la razón y la voluntad.
- a) La voluntad es un objeto de conocimiento dado a la razón.
 - b) La razón solamente puede influir en la voluntad si ésta es algo distinta de ella.
- 11.- Se llega con todo lo anterior a la creencia inaceptable de ciencias normativas que pueden producir e imponer normas: Ética la moral, Jurisprudencia el derecho. Bajo estas contradicciones se trata de resolver el dualismo entre el Sein y el Sollen.
- 13.- Kelsen respondería a Finnis rechazándole la noción de razón práctica por los argumentos ya expuestos. Pero agregaría que los principios autoevidentes (self-evident) terminarían por ser fórmulas vacías similares a las definiciones de justicia, bajo las cuales es posible justificar cualquier cosa. Además en la moral hay una buena dosis de heteronomía que pondría en duda estos principios.
- 14.- La falacia naturalista también puede ser entendida en el sentido propuesto por G.E. Moore. Consiste en confundir un género de propiedades con otro radicalmente distinto e irreductible a él. Al igual que bueno, el deber no puede ser ni definible, ni reducible a ningún otro género de propiedades, razón por la cual no se puede emplear lo que "es" para determinar lo que "debe ser".

Lo cual da lugar a la indefinición de la palabra "deber". Kelsen no admitiría lo primero al menos

en sentido formal puesto que establece mediante definición estipulativa lo que habrá de entenderse por deber en la TPD2.

- 15.- Se ha criticado la "falacia naturalista" por algunos estableciendo que se comete a su vez **"la - falacia de la falacia naturalista"** cuando se sostiene que no hay un puente lógico entre lo que "es" y lo que "deber ser", incluso a nivel del lenguaje.

Se ha propuesto entre otras cosas que hay proposiciones intermedias y la no confusión entre la deducción lógica y la justificación moral.

- 16.- El propio Kelsen se ve en la necesidad de reconocer que entre el dualismo del ser y el deber ser tiene que haber una **relación**, una correspondencia. Hay un "algo" que por un lado es, corresponde al "algo" que, por el otro lado, "debe ser". Se tiene que cotejar entre el comportamiento y el contenido de una norma.
- 17.- El dualismo entre el ser y el deber ser es relativo porque para la ciencia no existe ninguna realidad absoluta, sostiene Kelsen. Esto confirma que los postulados de los que parte la TPD2, valen sin excepción dentro de determinados límites, como ya fué analizado en la definición de postulado en la primera parte.
- 18.- Alf Ross le crítica a Kelsen su dualismo establecido entre el ser y el deber, pues se necesita para poder comparar dos sistemas, que éstos tengan algo en común. Kelsen responde que eso en común es ese **"algo"** que es debido y que simultáneamente puede existir o no puede existir.

- 19.- Kelsen no se mueve exclusivamente en el plano de de la filosofía analítica en la TPD2. Se encuentra preocupado por mantener la coherencia lógica que se deriva de los postulados de origen neokantiano que establecen las directrices de su trabajo, en base a ellos construye los conceptos de su teoría para explicar el derecho positivo real.
- 20.- Como la fuente del dualismo entre el Sein y el Sollen se encuentra fundada en el dualismo de dos facultades humanas que son la razón y la voluntad, Kelsen encontrará una posible solución - entre el pensar y el querer, es una tercera alternativa en la cual se encuentra algo modalmente indiferente.
- 21.- El segundo postulado en su dualismo, conduce a encontrar el fundamento del deber ser en el propio deber ser. El fundamento de validez de una norma solamente puede encontrarse en otra norma. Es necesario la suposición de una primera norma con las siguientes características:
- a) Es una norma **presupuesta** y por ende se le considera en el proceso lógico como anterior a toda autoridad pues precisamente ella confiere la autoridad para crear normas.
 - b) Se le presupone como una norma suprema, independiente y autónoma.
 - c) Se le supone válida en sí misma porque su validez no puede ser derivada de otras normas, por el contrario de ella se deriva la validez de todas las demás normas.
No se puede volver a cuestionarse el fundamento de su validez.
 - d) Es fundante de la validez objetiva.
 - e) Es la norma fundante básica.

- 22.- En relación con el primer postulado de esta investigación, esta norma constituye el *primer esquema de explicación*, mediante el cual es posible interpretar los actos subjetivos del primer legislador en un sentido objetivo y por ende jurídico.
- 23.- En ella aparece claramente el hilo conductor de esta investigación al recoger el sentido subjetivo y objetivo de los actos humanos. Implica una cierta inversión del pensamiento al poner primero los aspectos lógicos sobre los aspectos histórico-reales.
- 24.- En este terreno Kelsen incursiona en el terreno de la metafísica y llega a suponer la existencia de una primera norma del orden religioso que facultaría o autorizaría a Dios a crear normas. Es importante señalar que sería la Teología la que supondría esta norma.
- 25.- De los dos postulados de esta investigación, se deriva la necesidad lógica de una primera norma. Cada uno de ellos resalta un aspecto distinto de las normas relacionado con los dos criterios de validez de las mismas.
- 26.- En el primero de ellos la norma es considerada como *Objetiva en sí misma*, pues ya no puede recibir su objetividad de una norma anterior. La norma funciona como el primer esquema de explicación de la realidad. Entonces, se trata de que el sentido subjetivo de los primeros actos de un legislador se interpreten como su sentido objetivo, siempre y cuando estos prescriban un deber. Es la validez interna de una norma.

27.- En el segundo se refiere a la validez externa de una norma, a la pertenencia de la misma a un sistema de normas. La norma ahora es considerada como *Válida en sí misma*, porque el fundamento de validez dada la separación del Sein y del Sollen solamente puede ser encontrado en presuponiendo un primer Sollen. Pero esta norma no pertenece al sistema de normas, sino que lo funda.

28.- Como la norma fundante básica es una norma pensada surge la pregunta sobre quién la presupone. Kelsen contesta apoyado en el hilo conductor de esta investigación, que "*quienquiera*" - que interprete el sentido subjetivo de los actos del constituyente como su sentido objetivo.

Así como nadie supone que Dios es Dios porque hay una norma que lo autoriza a serlo, los ciudadanos explicarían que obedecen la Constitución de su país por diversas razones, tales como la costumbre, el miedo a un castigo o el conocimiento de procesos sociales, políticos, económicos, religiosos, etcétera. Pero difícilmente alguien respondería con la respuesta que Hans Kelsen encuentra.

29.- Esta norma fundamental no es presupuesta por "*quienquiera*" sino solamente por aquel sujeto que profesa la ciencia jurídica, es decir, el teórico del derecho. Luego la norma fundante básica es "presupuesta" mas no "impuesta" por la ciencia jurídica. Pero esto tiene inconvenientes.

31.- Se correría el peligro de exceder los límites y alcances de la ciencia y del primer postulado porque la ciencia estaría dando validez al derecho. Por otra parte no puede confundirse una condición, hipótesis, supuesto, postulado o ficción con una norma.

Siguiendo con la misma lógica empleada por Kelsen: o es norma o no lo es, pero no puede ser al mismo tiempo algo científico y algo jurídico.

- 32.- Sin embargo, en la presuposición de la norma fundante existe cierta creación o afirmación de su existencia, razón por la cual Kelsen se ve en la necesidad de eximir a la propia ciencia de la exclusividad en la suposición de la norma fundante básica. Sugiere Kelsen entonces a "*quienquiera*" interpretar lo subjetivo del constituyente como algo objetivo y por ende jurídico.
- 33.- Walter hace ver que "*quienquiera*" solamente puede ser el que *quiera* interpretar en la manera que lo sugiere Kelsen. Hay que agregar que no basta con querer; es necesario también *saber* - hacerlo. Lo que sugiere que no puede haber conocimiento puro separado de la voluntad.
- 34.- G. Amado asegura interpretando a Kelsen que la ciencia del Derecho no tiene el monopolio del presupuesto de la norma fundante básica y denomina a esta característica como disponibilidad. Sugiere entonces que la ciencia solamente devela este presupuesto que ha estado siempre en la mente de los juristas. Agrega que "*quienquiera*" es la sociedad que lleva a cabo un acto de fe, de que el derecho es el derecho.
- 35.- Sin embargo, este argumento iría en contra del método de la pureza metódica y solamente podría ser comprobado mediante investigaciones sociológicas o psicológicas, las cuales difícilmente llegarían a establecer la creencia en una norma fundante básica.

- 36.- Kelsen se enfrenta a otro problema, como es el de distinguir entre dos productos de la razón. Por un lado se encuentra la norma básica fundante y por el otro la descripción en un enunciado de esa misma norma.
- 37.- De esto se sigue que la norma pensada y el enunciado que la describe parecen confundirse en un sólo producto. De lo que se tendría que seguir un juicio excluyente, o es norma o es un postulado científico.
- 38.- La pureza de la ciencia jurídica se puede ver afectada pues por un lado tiene que describir su objeto de estudio; el derecho positivo y por el otro, debe constituir su objeto para el conocimiento. Esta constitución del objeto tiene un sentido epistemológico y sin embargo, parece incidir en el objeto real mediante la presuposición de una norma fundante básica que dota de validez jurídica a todas las demás normas. Su función era sólo describir normas, no presuponerlas.

En este punto se tendría que considerar si la Ciencia no llega a confundirse con su objeto de estudio: el derecho.

- 39.- Ahora bien, como el deber no se autopresupone se tiene un ser presuponiendo un primer deber ser, lo cual muestra que el segundo postulado de la tajante separación entre el ser y el deber tiene al menos un límite: el inicio. No se ve como factible una simultaneidad de ambos. Resultaría que al principio de la cadena y al final de la misma se encuentra el ser con todo lo que esto implica.

- 40.- Kelsen tendrá que distinguir entre la norma - pensada y el enunciado que la describe, porque esa norma parece ser el resultado de la aplicación de los dos primeros postulados de la TPD.
- 41.- Entre todas las funciones adjudicadas a la norma fundamental la que parece cumplirse con todo rigor, es la recogida en el hilo conductor de esta investigación de transformar el sentido subjetivo de los actos de un legislador en su sentido objetivo.
- 42.- Como es difícil establecer si es una norma o postulado científico, esta norma resulta ser sui generis, porque siendo la primera norma, no puede tener las características de las demás normas positivas y sin embargo, si no las tiene no se comprende como pueda dárseles. Ej: validez y juridicidad.
- 45.- Se termina por seguir la línea de que esta norma es supuesta por el modelo de ciencia jurídica creado por Kelsen, ya que le resulta lógicamente imprescindible dada la coherencia que deben guardar sus postulados.
- 46.- La norma básica fundante cumple con las expectativas de los dos primeros postulados de esta investigación porque funciona como el primer esquema de explicación de la realidad, facilitando la interpretación del sentido subjetivo en un sentido objetivo, e iniciando la cadena de validez de todas las demás normas, con lo cual se evita caer en la falacia naturalista.
- 47.- La norma fundante básica es un postulado científico jurídico como resultado de los dos postulados de índole filosófica ya analizados.

- 48.- Esta norma entra en conflicto con el tercer postulado que define a la norma como el sentido de un acto de voluntad, porque esa voluntad es considerada desde el punto de vista psicológico.
- 49.- La norma fundante básica en la TPD2 no es entonces una norma querida por la voluntad y por ello no puede tener todas las características de las normas positivas.
- 50.- La norma básica fundamental ha pasado por diversas denominaciones. Primero fue una condición el sentido de la filosofía trascendental kantiana. Una condición para ordenar un material y darle su carácter de jurídico.

Esta denominación y la concepción que la acompaña es uno de los productos más acabados del pensamiento kelseniano pues encierra el hilo conductor de esta investigación que ve en la norma el esquema de interpretación de la realidad.

- 51.- Sin embargo, solamente por analogía puede encontrarse parecido con las categorías y los conceptos empleados por Kant, por las siguientes razones: 1) No constituye una ley eterna e invariable, 2) No es lo incondicionado que la razón busca en el sentido de la razón práctica kantiana. 3) No es una verdad apodíctica que pertenezca a la naturaleza humana. 4) No es por lo tanto, el presupuesto ineludible, a priori y trascendental que la razón posee, porque esa norma básica puede llegar a ser una hipótesis o una ficción, lo que no puede decirse nunca de un elemento apriorístico.

- 52.- En su carácter de hipótesis llega a tener varios significados. Hipótesis trascendental, hipótesis científica para organizar el conocimiento, hipótesis que se refiere a una norma pensada y no dictada.
- 53.- Como un presupuesto es la versión que maneja la TPD2, en la cual se vuelve a retomar el hilo conductor de esta investigación, al ser el esquema de interpretación de los actos subjetivos del legislador para traducirlos en actos objetivos. Es todavía una norma pensada.
- 54.- Es su última etapa en la TGN la norma básica fundamental intenta resolver la contradicción entre la definición de norma como sentido de un acto de voluntad y la Grundnorm como norma pensada. Entonces es considerada por Kelsen como una norma ficticia doblemente contradictoria.

Es contradictoria con la realidad porque no hay voluntad real que haya creado esa norma y es a su vez contradictoria consigo misma porque finge la existencia de la voluntad de una autoridad más alta, sabiendo de antemano que no hay tal voluntad y que tampoco es la más alta.

Se distingue de una hipótesis porque la ficción es acompañada por la conciencia de lo que se finge, es decir, la doble contradicción que se sabe de antemano. Es por lo tanto un recurso más de la razón cuando no tiene un material fuerte del cual echar mano.

- 55.- Cabe destacar que la concepción de la norma fundante como una norma ficticia, mantiene el hilo conductor de esta investigación.

56.- Esta solución sin embargo crea varios problemas a la TPD2, porque enfrenta los dos primeros postulados con el tercer postulado de esta investigación. El deber ser ya no comienza en una norma sino en una voluntad fingida y con ello hay un ser psicológico fingido que crea el deber. Además no cierra la cadena normativa porque de nuevo hay que preguntar quien autoriza a esa voluntad fingida a crear la norma fundamental, con lo cual el proceso sigue al infinito.

CAPITULO 4. **LA DISTINCION ENTRE LA RAZON Y LA VOLUNTAD EN LA DESCRIPCION Y PRESCRIPCION DE LAS NORMAS.**

*Puesto que la ciencia es función cognoscitiva y descripción, y no función volitiva y prescripción.
Kelsen.*

El último postulado de esta investigación que completa la serie, de los denominados de índole filosófica por ser entre otros aspectos más generales y anteriores a los postulados de índole jurídica, se refiere a una nueva dualidad establecida por Hans Kelsen como necesaria para pensar el derecho, al distinguir entre la "función volitiva" por la cual se crean las normas y la "función cognoscitiva" por la cual se les describe y explica.

Ya fué tratado en el capítulo anterior con motivo de la falacia naturalista que Kelsen en su obra póstuma distingue siguiendo a Kant y Hume entre la facultad de conocimiento y la facultad de querer, refiriéndose ambas respectivamente a la razón y a la voluntad.*

También se vió que el segundo postulado cognitivo básico del cual parte la TPD, bajo la influencia del neokantismo se encuentra en el irreductible dualismo lógico entre el Sein y el Sollen, dualismo cuyo fundamento se encuentra en el dualismo ontológico de dos facultades humanas: la razón y la voluntad.

Este dualismo da lugar al tercer postulado de esta investigación y requiere ahora de un profundo análisis

4.1 El voluntarismo de Hans Kelsen.

La TPD tiene en sus cimientos los dos primeros postulados ya desarrollados en este trabajo, de hecho la mayoría de los autores se refieren a ellos como los dos principios de los cuales parte la mencionada teoría. Sin

* veáse págs. 211 y 212 y siguientes.

embargo, en la segunda edición de ésta, aparece una nueva concepción acerca de la norma jurídica, se le habrá de entender a partir de este momento como el sentido de un acto de voluntad y no como un producto de la razón.

Es fácil suponer siguiendo los antecedentes kantianos de los dos postulados anteriores que esta distinción entre la voluntad y la razón, encuentre su punto de partida en la obra de Kant. Así lo manifiesta Enrique Bocardó:

"De nuevo la idea proviene de Kant. La frase con la que abre el primer capítulo de la Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres dice así: "Nada hay en el mundo que sin limitación pueda ser tenido por bueno sino la buena voluntad... [...] El deber tal y como lo entiende Kant, y seguramente Kelsen, es el principio subjetivo de la voluntad... [...] la voluntad es una facultad para elegir solamente aquello que la razón, independiente de la inclinación, entiende como prácticamente necesario, e.d., como bueno. [...] la voluntad resulta no ser otra cosa que una razón práctica:..." (339)

No obstante esta afirmación de una voluntad pura y buena, Kelsen como también ya ha sido visto no acepta la idea de la razón práctica kantiana y seguramente su concepción acerca de la voluntad ha de pasar por el filtro reconstructivo del neokantismo.

Así lo manifiesta Losano siguiendo a Oscar Ewald pues a partir de la crítica en los *Kant-Studien* [Estudios de Kant] de 1912, Kelsen entra al estudio de la obra neokantina: *Ethik des reinem Willens* [Ética de la voluntad pura] de Hermann Cohen. Asegura Ewald que:

"...la voluntad no es en este caso (es decir, en los Hauptprobleme der Staatsrechtslehre) un procedimiento concreto, real, sino una construcción conceptual" (pág. 397), Ewald observa: "El concepto kelseniano de voluntad coincide en modo notable con el de Cohen, expuesto en su Kant-interpretation y en la Ethik des reinen Willens (pág. 398)." (340)

(339) BOCARDO, ENRIQUE. **TRES ENSAYOS SOBRE KELSEN.**

Ed. Universidad de Sevilla. Salamanca, España 1993. p. 123 y 124, nota 30.

(340) LOSANO G. Op, cit. p. 20 y la nota 27.

Hay entonces por el momento dos posibles conceptos acerca de la voluntad, uno *metafísico* propuesto por Kant en el sentido de su sistema trascendental que se refiere a la facultad de la razón y a la facultad de querer o voluntad. Kelsen parece aceptar la existencia de estas dos facultades pero no su unión en una razón práctica.

El otro concepto acerca de la voluntad es funcional o estructural y proviene de la concepción neokantiana de Hermann Cohen el cual es utilizado por Kelsen para explicar la voluntad del Estado. Utilizando esta creación conceptual y la aplicación de los dos primeros postulados llega Kelsen a elaborar la fundamentación filosófica de la identidad entre Estado y Derecho.

En la TPD2 aparece un nuevo significado de la voluntad, propuesto desde una perspectiva psicológica:

"...y muy especialmente, cuando se le otorga el poder de establecer él mismo normas. Se trata - en este sentido - de actos volitivos. Cuando un hombre, a través de una acción cualquiera, exterioriza su voluntad de que otro hombre actúe en determinada manera: cuando ordena, o permite o autoriza esa conducta, el sentido de su acción no puede ser descrito por el enunciado que afirma que el otro así actuará, sino sólo con el enunciado que el otro así debe actuar." (341)

La norma es ahora el sentido de un acto de voluntad y esto traera muchas consecuencias para la interpretación del pensamiento de Hans Kelsen. La primera de ellas consiste en hablar del último Kelsen, de su período de voluntarismo o de escepticismo e incluso del irracionalismo de la TPD.

Stanley L. Paulson uno de los principales comentaristas de la obra de Kelsen ha llevado a cabo un estudio de las diversas fases que comprende su trabajo. Este sumario es presentado en la siguiente página en un esquema que comprende diversos períodos. En ese resumen vale la pena observar que muchas de esas fases terminan en la

(341) TPD2, Op, cit. p. 18

In summary, the periodization of Kelsen' work looks like this.

En resumen, los períodos del trabajo de Kelsen lucirían de la siguiente forma:

Critical Constructivism	(circa 1911-21)
Constructivismo Crítico	(circa 1911-21)
Transition	(circa 1913-21)
Transición.	
Fase Clásica	(circa 1921-60)
Classical Phase	(circa 1921-60)
Neo-Kantian Period	(circa 1921-35)
Período Neo-Kantiano.	(circa 1921-35)
Kelsen introduces certain empiricist and analytical doctrines	(1930)
Kelsen introduce ciertas doctrinas empiristas y analíticas.	(1930)
Hybrid Period, with both neo-Kantian and analytical elements	(circa 1935-60)
Período híbrido, con ambos elementos neo-Kantianos y elementos analíticos.	(circa 1935-60)
Sceptical Phase	(circa 1960 to Kelsen's death 1973)
Face escéptica	(de 1960 hasta la muerte de Kelsen 1973)

(342) STANLEY L. PAULSON

NORMATIVITY AND NORMS.

Critical Perspectives on Kelsenian
Themes. Ed. Clarendon Press - Oxford.
Published in United Sates 1998.
Introduction p. XXVI y XXVII.

aparición de la segunda edición de la teoría pura del derecho de 1960. A partir de esa fecha el autor denomina al último período del pensamiento de Kelsen como una fase escéptica. En la fase híbrida en mi concepto tendrían que haber aparecido también los elementos empíricos.

En esa última etapa asegura Paulson, se caracteriza por el abandono de las familiares doctrinas kantianas de su fase clásica, así como por las ideas que surgen de su correspondencia con Ulrich Klug y por la defensa de su voluntarismo también denominado teoría o doctrina del derecho voluntarista o fase escéptica. Es importante destacar dice Paulson que algunas de las posiciones asumidas ahora por Kelsen, habían sido arduamente criticadas en fases anteriores por el mismo.

Por su parte Losano G. señala que en esta etapa aparecen varias obras como *Derogation* (Derogación de 1962), *Law and Logic* (Derecho y Lógica de 1965) y el fundamental *Recht und Logik* (Derecho y Lógica de 1966) así como otras publicaciones, que constituyen trabajos preparatorios a su Teoría General de las Normas. El problema central de estos trabajos junto con la correspondencia Kelsen-Klug, es la posible aplicación de los principios lógicos bien sea a las normas o a las proposiciones que describen esas normas.

Culmina Kelsen por concluir la inaplicabilidad de la lógica al derecho, es decir, de los principios lógicos de no contradicción, reglas de inferencia, analogía y demás argumentos lógicos. No hay deducción lógica entre las normas porque son actos de voluntad; en el caso de normas generales de la voluntad del legislador y en el caso de normas particulares de la voluntad del juez. Negará también que haya un paralelismo entre la verdad de una proposición y la validez de una norma.

Dice Losano al respecto:

"Si se identifica la racionalidad con la utilización de la lógica, esta tercera parte de la obra legitima la afirmación de que la teoría pura del derecho es, hoy, una teoría irracionalista del derecho." (343)

La obra a la que se refiere Losano G. es la Teoría General de las Normas donde la voluntad desplaza el logicismo de la TPD.

Así pues de una postura voluntarista se pasa ahora a calificar la teoría de Kelsen de irracionalista.

Más importante por el momento que los calificativos, es la comprensión de esta forma de entender la voluntad y al respecto dice Losano G:

"La voluntad a la que alude Kelsen es de tipo psicológico y se refiere a personas empíricas: aquel que establece la norma y el destinatario de la misma. El "sentido" es una de las aportaciones neokantianas características de la teoría pura del derecho, pues se trata de un nexo no empírico, sino inmanente a acontecimientos y aserciones. Esta concepción neokantiana del "sentido" de un acto es, en Kelsen, de naturaleza ontológica..." (344)

Ahora no cabe ya duda alguna, se trata de las personas empíricas y de su voluntad psicológica, Kelsen parece dejar a un lado las construcciones conceptuales para arribar a la realidad.

Aunque desde luego sigue operando el hilo conductor de esta investigación pues no todo acto de voluntad puede establecer una norma, se requiere en primer lugar que tenga la forma del deber como se verá mas adelante y que ese acto subjetivo de la voluntad de ordenar se encuentre autorizado por una norma del ordenamiento que le da su sentido objetivo.

Reconoce entonces Losano G. que se requiere además que la norma sea efectivamente aplicada y al respecto agrega:

 (343) LOSANO, G. Op, cit. p. 71 y veáse también p. 53
 (344) Ibídem, p. 74

"Este «ser» que condiciona la existencia de un «deber ser» crea no pocos problemas en la teoría kelseniana: el propio Kelsen, en sus primeras obras, rechazaba el requisito de la eficacia, ignorando así la realidad del derecho, pero respetando la coherencia de una teoría basada en el dualismo de ser y deber - ser." (345).

Llegado a este punto y teniendo en cuenta lo que dice Losano, vale la pena preguntarse si ese cambio en la concepción de la norma jurídica es impuesto por el propio objeto de estudio, al no ser posible aplicarle los principios lógicos. Si esto es así, entonces el primer postulado ha sufrido no solamente un abandono sino un réves, porque el:

"objeto real ha determinado el método de su conocimiento."

También es necesario tener presente que la voluntad psicológica de una persona empírica pertenece a lo que es y el segundo postulado establece que de un ser no puede derivarse un deber. Kelsen se había manejado hasta el momento con una voluntad construída o conceptual. En otras palabras el postulado que separa la razón o el pensamiento de la voluntad o el querer, entra en contradicción con los **dos** postulados anteriores, porque ahora se tiene un querer, una voluntad psicológica que genera normas y esta doble contradicción no la ve Losano.

Desde luego que la parte en la que tiene que darse la mayor crisis será precisamente en la norma básica fundante que requerirá de una voluntad fingida, pero hay que observar que aunque fingida tendrá que ser una voluntad psicológica como la de todas las demás normas.

4.2 La aparición del tercer postulado en la TPD2.

Este postulado comienza a aparecer hasta el tercer capítulo de la TPD2 cuando Kelsen diferencía también a la **moral** de la **ética**, como ya lo ha hecho con el derecho y la ciencia jurídica.

(345) *Ibíd*em, p.

"Así como el derecho es identificado con la ciencia jurídica que lo describe, también en los usos del lenguaje se identifica la moral, un orden normativo, con la ciencia de la ética. La ética describe las normas de una determinada moral; nos informa - sobre cómo debemos comportarnos." (346)

Sostiene que el ético no es una autoridad moral que establece y prescribe normas morales, sino que solamente las describe en sus enunciados deónticos. Si se dedica a prescribir algún mandato moral, entonces excede el uso de sus funciones. Iría más allá en el uso de su función racional científica. Hay que recordar que lo mismo ha dicho de la ciencia jurídica en relación con la norma fundante básica.

"Así excede de su competencia como representante de la ciencia, planteándose la cuestión de qué sea lo que lo faculta a dictar normas morales, un interrogante al que no podría ni siquiera dar una respuesta suficiente. Responder que es la misma ciencia ética la que lo faculta para dictar una norma moral, en su nombre, sería en todos los casos falso. Puesto que la ciencia es función cognoscitiva y descripción, y no función volitiva y -prescripción." (347)

Kelsen adjudica a la voluntad la propiedad de poder crear las normas, mientras que a la razón le corresponde la función de describirlas y conocerlas objetivamente creando para ello a la Ciencia. Ninguna ciencia entonces ni aún las denominadas como normativas pueden **facultar** a un investigador a dictar normas en su nombre. Ni la Ciencia Jurídica ni la Etica pueden arrogarse ese ministerio.

"Cuando la teoría racionalista del derecho natural intenta derivar de la Naturaleza normas para la conducta humana, se apoya en un sofisma. Lo mismo puede decirse del intento de -deducir tales normas de la razón humana. Normas que prescriban la conducta humana pueden tener su origen únicamente en la voluntad...La razón humana puede comprender y describir pero no prescribir. Pretender encontrar en la razón normas de conducta humana es una ilusión semejante a la de querer obtener tales normas de la Naturaleza." (348)

(346) TPD2, Op, cit. p. 86. (347) Idem.

(348) KELSEN, HANS. ¿QUÉ ES LA JUSTICIA?. 13A. Ed.

Ed. Fontamara. México, D.F., 2001 p. 71 y 72

Las ciencias normativas son obra de la razón, mientras que el derecho, la moral, y las reglas del trato social en su carácter de órdenes normativos son creación de la voluntad humana. La religión por su parte es una obra de una voluntad divina. Esta distinción entre la voluntad humana en su función de ordenar la conducta humana y la razón en su función de describir y de conocer se aplica por lo tanto a todo ámbito normativo, al igual que la suposición de una primera norma que fundamenta cada orden normativo.

La última afirmación de Kelsen en la cita antes mencionada que sostiene que las normas no pueden provenir de la razón, es desde luego bastante cuestionable, porque parecería entonces que la voluntad por sí sola puede crear normas **sin la intervención de elementos racionales**.

Ahora bien,

¿SI LAS NORMAS PROVIENEN DE LA VOLUNTAD, NO TENDRIA LA TEORIA PURA DEL DERECHO EN SU SEGUNDA EDICION QUE OCUPARSE EN BUENA PARTE DE ELLA?. Y ¿COMO PODRIA SER DESARROLLADA UNA CIENCIA JURIDICA SI EN EL DERECHO NO HUBIERA ELEMENTOS OBJETIVOS Y RACIONALES?.

Para poder separar tajantemente la razón de la voluntad, Kelsen tendría que profundizar en un análisis filosófico de ambos conceptos, ésto no es llevado a cabo en el desarrollo de la TPD2 y tampoco ha sido muy convincente en sus escritos posteriores a decir de sus críticos.

En esta investigación se mostrará que lo que pretende realmente Hans Kelsen es separar a la **razón científica** de la voluntad. Entonces, de la razón científica no es posible derivar normas porque esa razón no se arroga una función prescriptiva sino una función descriptiva y de conocimiento en palabras del propio Kelsen. De esto surge una pregunta ¿la única razón que hay es la razón científica?. Al menos ya ha sido visto por parte de Kelsen el rechazo a la razón práctica, pero toda razón ¿habrá de ser científica para ser razón?.

4.2.1 Todo deber es correlato de un querer.

"Aquel que ordena o autoriza quiere; aquel que recibe la orden, o al que se da permiso o la autorización, debe." (349)

Si, pero ese que ordena o autoriza a la vez tiene que estar facultado por una norma para poder ordenar o autorizar. La voluntad se expresa a través de su querer, pero ese querer necesita ser manifestado racionalmente y además estar autorizado en una norma para manifestarse en ese sentido.

El querer proviene de la voluntad, ésta quiere que alguien se comporte de determinada manera, pero Kelsen aclara que esa determinada manera consiste en un deber el cual proviene de la norma y ésta no solamente surge de la voluntad sino también de la razón que ayuda a la voluntad a saber lo que quiere.

Ahora bien, como ese querer tiene que estar a su vez **autorizado** por una norma para poder querer, ese querer tiene que estar **objetivado** por una norma válida al igual que el deber, **ambos** provienen entonces de la validez objetiva de la norma jurídica.

*"El valor en sentido subjetivo, esto es: el valor consistente en la relación de un objeto con el deseo o voluntad de un hombre, se distingue del valor en sentido objetivo -es decir, del valor consistente en la relación de una conducta con una norma **objetivamente válida**-, también en cuanto al primero puede tener diversos grados, dado que el deseo o la voluntad del hombre es capaz de distintos grados de intensidad; mientras que una gradación del valor en sentido objetivo no es posible..." (350)*

Por lo cual la voluntad por sí sola no tiene relevancia en el derecho. La tiene en función del sentido objetivo aportado por la norma jurídica.

"El acto de voluntad cuyo sentido objetivo es la norma, es en esto irrelevante." (351)

(349) **TPD2** Op, cit. p. 18

(350) **TPD2** Op, cit. p. 34

(351) **TPD2** Op, cit. p. 34

Porque el sentido objetivo que determina la conducta debida, es independiente de lo que los hombres deseen o quieran con su conducta o su opuesta.*

"Sobre todo, corresponde tener presente que las acciones mediante las cuales se producen normas, sólo entran en consideración desde el punto de vista del conocimiento jurídico en la medida en que han sido determinadas por normas jurídicas; y que la norma fundante que constituye el último fundamento de validez de esas normas, de manera alguna ha sido establecida por un acto de voluntad, sino que está presupuesta en el pensamiento jurídico." (352)

Recuérdese que se está analizando la TPD2 en donde la norma fundante básica todavía no es concebida como una ficción. Entonces la creación de las normas no depende totalmente de la voluntad, pues **siempre hay dos normas**, una al principio del proceso que autoriza o faculta a la voluntad a crear normas y otra que es el resultado de lo que la voluntad quiere. Ahora bien eso que la **voluntad quiere** tiene que tener un **sentido subjetivo prescriptivo** para poder crear una norma como va a ser analizado posteriormente. Esta es la importancia del hilo conductor de esta investigación.

Por eso se dijo en su oportunidad que una norma ficticia en la cual se finge el querer de una supuesta voluntad superior, tiene el problema de volver a abrir el regreso al infinito, porque esa supuesta voluntad superior en su sentido subjetivo prescriptivo vuelve a requerir de otra norma que la autorice y por ende le proporcione el sentido objetivo y en esto no parece reparar Kelsen.**

* *"En cuanto función cognoscitiva siempre tiene el juicio que ser objetivo; es decir, debe producirse sin consideración del desear y querer de quien enjuicie." TPD2 Op, cit. p. 35*

El deber se asemeja a la objetividad científica, se vuelve independiente frente a todos.

(352) TPD, Op, cit. p. 36

** veáse página 266 de esta investigación.

El querer en síntesis tiene que reunir dos requisitos:

- a) Manifestarse racionalmente en sentido prescriptivo.
- b) Estar autorizado por una norma para poderse manifestar en ese sentido.

Se sigue de todo esto que las normas positivas no surgen totalmente de la voluntad, sino que tienen su origen de validez en una suposición de la razón científica.

Conclusión, si esa primera norma "es" norma, y ya ha sido visto con anterioridad que tiene que serlo, se ha roto con el tercer postulado, porque es de la razón científica de donde se ha obtenido el sentido objetivo que posibilita a pensar y hablar de un orden jurídico y de un sistema de normas jurídicas. Pero de la razón científica según el tercer postulado **no podían obtenerse normas** y de ella surge nada menos que la norma principal de toda la argumentación kelseniana.

"Una norma puede no sólo ser querida sino también meramente pensada sin ser querida. Entonces ya no es una norma impuesta, ya no es una norma positiva. Es decir, no es necesario que una norma sea impuesta; puede ser supuesta solamente en el pensamiento." (353)

En este camino aparece de nuevo la duda por esa primera norma, la norma fundante básica, la norma pensada, la norma supuesta por la Ciencia Jurídica que proviene de una tesis gnoseológica y por lo tanto más que una norma, es un postulado lógicamente imprescindible en la explicación de un orden normativo y en particular de un orden jurídico.

Entonces se tiene por un lado en la formulación de la norma fundante básica supuesta por el pensamiento en la TPD2, una contradicción entre una norma pensada y la

(353) TPD2, Op, cit. p. 23

aseveración por parte de Kelsen de que las normas provienen de la voluntad y son queridas. Una contradicción de los dos primeros postulados con el tercero. Con el primero porque el método ya no parece determinar el objeto de estudio. Ahora la voluntad psicológica empieza a determinar el método. Con el segundo porque del ser no puede obtenerse un deber ser. La voluntad es algo que pertenece al ser.

La norma pensada en la TPD2 no proviene de la voluntad ni es una norma querida, es una norma pensada y surge de la razón, pero el tercer postulado establece claramente que de la razón no pueden derivarse ni encontrarse normas.

Kelsen no explica esta contradicción en su obra, pero tal vez podría defenderse estableciendo que el tercer postulado solamente se aplica a las "normas positivas" y que la norma pensada es una norma "**sui generis**", a la cual no se le puede aplicar ese postulado, como ya también fué tratado.

¿Pero es realmente una norma?

*"Con la palabra "norma" se alude a que algo debe ser o producirse; especialmente, a que un hombre **deba** comportarse de determinada manera. Este es el sentido que tienen ciertas acciones humanas dirigidas con intención hacia el comportamiento de otros." (354)*

La norma se caracteriza entonces por prescribir deber, es decir, por ordenar un cierto comportamiento. Pero también está presente el elemento de la voluntad humana que se dirige intencionalmente a otra para que aquella se comporte de determinada manera. Como la primera norma es supuesta por la ciencia del derecho y al igual que la ética no puede facultar a nadie a dictar normas en su nombre, además de no prescribir ningún deber, no es una norma y si un postulado científico. La razón científica interviene en la voluntad originaria y creadora de las normas jurídicas

(354) TPD2, Op, cit. p. 18

4.3 La Ficción produce sincretismo metódico.

Sosteniendo que la norma básica fundamental no es una norma pensada sino una ficción en la cual se finge la existencia de una voluntad más alta que autoriza al primer legislador a crear normas, Kelsen aparentemente ha resuelto la coherencia lógica de sus afirmaciones, pero ha caído en incoherencias en relación con muchas de sus anteriores aseveraciones. De uno de sus artículos relativo a el *método jurídico y el sociológico* es posible obtener algunas de ellas.

En dicho artículo Kelsen lleva a cabo una clasificación de las ciencias en disciplinas explicativas y disciplinas normativas cuyas denominaciones son bastante criticables, porque las primeras no se ocupan de explicaciones sino de hechos y las segundas que obviamente también explican, se ocupan de normas.

*"...el fin de las últimas, las así llamadas ciencias normativas o disciplinas normativas, es el acontecer -no lo que realmente acontece sino lo que **debe** acontecer; **construyen reglas que prescriben** un comportamiento, que exigen un ser o no-ser, es decir, que fijan un deber ser." (355)*

En el mismo escrito en el párrafo siguiente corregirá su error asegurando que ni la ética, ni la jurisprudencia, ni la gramática son potencias legisladoras, no dictan normas no son ninguna clase de autoridad y por ello lo normativo tiene que ser entendido en otro sentido:

*"Como se trata en este caso de una función de la **voluntad**, no del pensar, nunca una ciencia en este sentido originario de la palabra puede ser denominada normativa." (356)*

(355) CORREAS, OSCAR.
(Compilador)

EL OTRO KELSEN.

El artículo de HANS KELSEN: Acerca de las fronteras entre el método jurídico y el sociológico.

UNAM. México, D.F., 1989. p. 289

(356) *Ibíd*em, p. 290

Las mal denominadas ciencias explicativas son en realidad las ciencias causales mientras que las mal denominadas ciencias normativas serían para ser congruentes con lo que dice Kelsen las ciencias imputativas, atendiendo al principio explicativo de cada una de ellas.

Pues bien, mientras el Kelsen anterior se esforzaba por liberar la construcción conceptual jurídica de determinados elementos de carácter psicológico y sociológico, para evitar el *sincretismo metodico* que consiste en emplear métodos y conceptos de otras ciencias para estudiar el derecho, mostrando por el contrario que estas ciencias muchas veces operan con conceptos jurídicos, el último Kelsen ha dado marcha atrás al sostener un concepto de norma basado en el sentido de una voluntad psicológica.

El primer Kelsen ve en el deber ser la forma y el contenido psicológico pertenece al ser y así afirma:

"Si se toma el deber ser en un sentido estrictamente lógico, como forma en contraposición total al ser, entonces no debe identificársele con ninguno de sus contenidos, no se deberá dar ningún ser, de cualquier tipo que fuere, por un deber ser. No se deberá hacer valer, sobre todo, el deber ser por un querer, o sea, hacer valer un proceso psíquico-real, lo que, por cierto sucede a menudo. El querer no puede ser un deber como tampoco lo es el actuar. Porque el querer puede constituir el contenido de un deber ser, como el actuar, pero nunca puede ser el deber ser mismo."
(357)

Incluso Kelsen manifiesta que a nivel interno puede haber contradicción entre mi querer y mi deber:

"Tal como deber actuar, puede deber querer. Puedo querer algo sin deberlo. Puedo deber algo sin quererlo. En esto me puede volver consciente perfectamente la contradicción entre mi querer y mi deber." (358)

(357) Ibídem, p. 288

(358) Idem.

Se puede querer algo que de antemano se sepa que no puede ni debe ser.

Kelsen en esta vía, criticará en primer lugar a las doctrinas iusnaturalistas por caer en sincretismo metódico, al sostener como base de la explicación del Estado, el pacto social o teoría del acuerdo entre los miembros de una sociedad:

*"Como una manifestación de este tipo carece totalmente de base empírica, es más, como por varios motivos es probable lo contrario, la teoría del acuerdo constituye una **ficción**. Es - decir: la afirmación de un proceso real, de una realidad, en contradicción consciente con la realidad. Y esta ficción, esta mentira piadosa científica está radicada pues en el sincretismo inadmisibles de los métodos, en la amalgama inaceptable del punto de vista normativo con el punto de vista explicativo."* (359)

Resalta que la ficción es una mentira piadosa científica y se encuentra radicada en un sincretismo inadmisibles de los métodos. Aquí uno tiene que reflexionar si la posterior norma ficticia del Kelsen es también una mentira piadosa científica así como si una teoría puede fundarse en esa mentira y si todavía la teoría pura del derecho lo es, al caer en sincretismo metódico por reunir los mal llamados puntos de vista explicativo y normativo. En palabras más adecuadas por reunir el método de la teoría del derecho con métodos de otras ciencias como la sociología y la psicología.

Después en este mismo artículo arremete contra los sociólogos pues su teoría del reconocimiento del derecho, es decir, el que éste valga en tanto es reconocido por aquellos a quienes va dirigido, es también una ficción.

*"Creo no extralimitarme si afirmo que esta teoría del **reconocimiento** de nuestra moderna teoría del derecho positivo es casi idéntica a la ridiculizada teoría del derecho natural; que contiene en especial el mismo error metódico y que por lo tanto ella conduce necesariamente a la misma vituperable ficción"* (360)

(359) *Ibíd*em, p. 292 (360) *Ibíd*em, p. 293

El único problema a estas alturas es la eficacia que más adelante en el desarrollo del pensamiento de Kelsen, se convertiría en una condición de validez de la norma. Para finalizar esta parte, la opinión del propio Kelsen acerca de entender la voluntad del Estado como un hecho psíquico real:

*"Cómo debe calificarse metodológicamente toda esta teoría, que interpreta la voluntad de Estado como un hecho psíquico real, como voluntad total, no queda lugar a duda después de todo lo que hemos expuesto; es el ejemplo paradigmático de una - **ficción**: ¡La afirmación de una existencial (Realität) en contradicción consciente con la realidad (Wirklichkeit)! Y la **ficción**, como tablero de alarma, señala siempre el lugar donde fracasó la construcción jurídica. A partir de lo dicho - hasta ahora quizás se pueda adivinar ya, qué y cómo también esta **ficción** nace de la aglutinación de concepción explicativo y normativo." (361)*

Ahora queda muy claro por que los comentaristas de la obra de Kelsen observan que en su última etapa cae en posiciones que él mismo combatió. Una norma ficticia doblemente contradictoria es un sincretismo metódico de la ciencia jurídica con la psicología. Es la alarma de que fracasó la construcción jurídica.

4.3.1. La voluntad en el nivel de la Dogmática Jurídica.

Admite Kelsen que la noción de voluntad pertenece al campo de la psicología:

"La voluntad es un hecho de la vida espiritual, y su investigación le corresponde a los psicólogos. El jurista debería conformarse con los resultados que le brinda la psicología en la medida en que debe operar con este concepto de la voluntad." (362)

Sin embargo, la noción obtenida por los psicólogos no tiene aplicación en el terreno jurídico:

"Y éste radica simplemente en que la jurisprudencia no supo aprovechar los resultados obtenidos por la psicología porque el concepto de la voluntad, tal como lo fija la psico-

(361) *Ibíd.* p. 299 (362) *Ibíd.*, p. 295

logía, resulta inservible para los fines específicos de la jurisprudencia." (363)

Sospecha Kelsen que es muy probable que la voluntad fué al principio un punto ideal de construcción ético-jurídica que pasó al campo del ser y de las investigaciones psicológicas, en forma semejante al proceso que siguió el concepto de ley pasando de concepciones político jurídicas a las ciencias naturales explicativas.

Recaséns Siches quien llevó a cabo uno de los mejores resúmenes de la obra de Kelsen, dedica varios apartados para tratar el concepto de voluntad que maneja Kelsen en su pensamiento, sin llegar a analizar el empleo en su obra póstuma. Si alguien al clavar un clavo se aplasta el dedo, es obvio que el movimiento es causado por la voluntad, pero el resultado no ha sido querido. Hay que distinguir entonces entre el fin querido y lo causado realmente por la voluntad.

"Para que se dé voluntad es indispensable la conciencia de dichas representaciones: una voluntad inconsciente es una condictio in adjecto." (364)

Entonces mientras que en la noción psicológica de voluntad hay que tener en cuenta los medios conducentes y el fin representado que se espera alcanzar con esos medios, en la ciencia jurídica no se trabaja con representaciones de lo que un sujeto quiere, sino con normas jurídicas y hechos exteriores positivos y reales. Lo importante para el jurista es constatar si esos hechos sociales coinciden o no coinciden con el contenido de una norma jurídica.

(363) *Ibíd*em, p. 296

(364) RECASENS, SICHES. PANORAMA DEL PENSAMIENTO JURIDICO EN EL SIGLO XX. Tomo I.
Editoria Porrúa, S.A. México D.F., 1963
Cap. 11. p. 151.

MOLINA PIÑEIRO, EL PENSAMIENTO FILOSOFICO-JURIDICO Y POLITICO EN LUIS RECASENS SICHES. Ed. Unam.
LUIS Y OTROS y Porrúa. México, D.F. 2003. p. 243 a 267.
(COMPILADORES) veáse mi artículo: LOS SUPUESTOS FUNDAMENTALES DE LA TEORIA PURA DEL DERECHO EN INTERPRETACION DE LUIS RECASENS SICHES.

Así por ejemplo, en un negocio jurídico hay que distinguir entre la *voluntad de declarar y la voluntad de cumplir*, ésta última es imposible constatarla objetivamente, y, sin embargo, la definición que se combate se funda en ella, y de ella se pretende deducir todos los fenómenos jurídicos. Un ejemplo, alguien sabe desde el principio que no quiere o no puede cumplir, esta reserva mental entre lo que se declara y la ausencia de la voluntad de cumplir, no anula los efectos del negocio jurídico.

Aporta por su parte Kelsen en el campo de la dogmática jurídica varios ejemplos en varias áreas del derecho. Aquí se mencionaran solamente dos para mostrar como el concepto de voluntad es una construcción jurídica.

En el campo del derecho civil, Kelsen se opone al dogma de la voluntad a través del cual se asegura que de la manifestación de la voluntad psicológica, se siguen los efectos jurídicos pues esto es una grave ficción.

Por ejemplo una mujer obrera que lleva un aparato doméstico al prestamista, ella en su interior desea conscientemente lo contrario de lo que declara como su intención legal y sin embargo recibe el dinero a pesar de estar convencida interiormente de *no* hacerlo, esta reserva mental resulta por completo irrelevante para la validez del negocio jurídico.

El negocio jurídico es válido porque se presume, se finje jurídicamente, la voluntad, a pesar de que no está demostrada su existencia, y aún a pesar de que incluso se afirme su ausencia.

"Con todo, esta presunción de que la voluntad no es que signifique que la jurisprudencia prescinda de la existencia de una voluntad verdadera en sentido psicológico, sino justamente que en el ser deseado legal (rechtlichliche Gewolltheit) de un negocio jurídico no reviste importancia la voluntad psíquica." (365)

(365) CORREAS, OSCAR. EL OTRO KELSEN. Op, cit. p. 300 y 301

La conclusión de todo esto es por lo tanto la inversa de lo que se plantea en el área civil, nos dice Kelsen, un negocio es deseado o puede ser deseado jurídicamente, en virtud de la calidad de su validez.

Recaséns por su parte agrega:

"Se equipara indebidamente la validez del negocio con los contenidos reales de la voluntad." (366)

"...jurídicamente un negocio es querido, en tanto o porque es válido." (367)

luego, la voluntad en el campo del derecho es una construcción jurídica.

En materia penal se ve todavía mas claro el papel que juega esta voluntad jurídica en los hechos que son castigados y Recaséns los clasifica en tres clases:

"...a) Actos cuyo resultado fue plenamente **querido** por su autor. b) Hechos que **no fueron queridos, pero sí previstos**. c) Resultados que **no fueron queridos ni previstos, pero que debieron ser previstos y evitados**." (368)

El resultado es que la responsabilidad penal es común a los tres casos y no puede estar ni en el querer, ni en la previsión ni en la carencia de ambos.

Kelsen aporta el siguiente ejemplo en el que no hay voluntad (willen) ni deseo (wollen). En el derecho romano, el propietario de una casa deberá ser castigado, si del techo de su casa cayó un objeto matando un hombre. Es un buen ejemplo de una culpa por negligencia, donde la característica es que el resultado no es deseado ni previsible, pero sí debería haber sido previsto y evitado. Aquí claramente no hay ninguna relación entre

(366) RECASENS, SICHES. Op, cit. p. 153

(367) Ibídem, p. 154

(368) Idem.

el propietario y el peatón, pero existe un vínculo jurídico específico a través de una norma legal: la imputación.

Llega Recaséns siguiendo a Kelsen a la misma conclusión que había sido encontrada en materia civil, jurídicamente hablando las cosas son inversas a lo habitualmente pensado.

*"Así pues, dentro de la estructura lógica del Derecho, es inexacto afirmar que por virtud de que exista una culpa por eso se da una pena. Se impone la **conclusión inversa**: porque la ley impone una pena, por esto el actor es culpable."* (369)

Tanto en materia civil como en la penal lo importante es la ley y no la voluntad psicológica. Como el juez no dispone de medios para llegar a captar la intención puramente psicológica en su calidad de hecho interno, entonces atendiendo a las circunstancias de índole exterior y cuando la norma establece como condición la validez del acto en materia civil o la pena en materia penal, el juez presume jurídicamente al acto como habiendo sido voluntario.

Por ello Kelsen sostiene que en los sistemas normativos la imputación es entendida de esta forma:

"Más aún; se denomina "imputación directamente al juicio que hace valer los hechos como si éstos hubieran sido deseados (gewollt) por un sujeto." (370)

Precisa entonces Recaséns:

*"El concepto jurídico de voluntad no es más que un caso u objeto especial de una operación mental llamada **imputación normativa**, característica de todos los planos normativos, pero muy especialmente del derecho."* (371)

(369) RECASENS, SICHES. Op, cit. p. 154

(370) CORREAS, OSCAR. EL OTRO KELSEN. Op, cit. p. 311

(371) RECASENS, SICHES. Op, cit. p. 155

La imputación jurídica dice Recaséns es el enlace de dos o más elementos de una norma establecida por el vínculo del deber ser.

*"Fundamentalmente hay que distinguir **dos clases** de imputación:
a) La imputación de un hecho (la consecuencia jurídica) a otro hecho (la condición jurídica); y b) La imputación de un hecho a una persona." (372)*

Para finalizar, es muy fácil comprender ahora que la voluntad del Estado y la voluntad de las personas físicas son consideradas ambas como puntos centrales y comunes de imputación, bajo la siguiente definición:

"Voluntad, jurídicamente, es, pues, una construcción normativa, que representa un punto final o término de imputación." (373)

La imputación es uno de los más grandes logros y aportaciones de la construcción kelseniana, semejante a lo que el principio de causalidad representa en el reino de la naturaleza.

"Una serie de actos realizados por determinados individuos (órganos) no son atribuidos a dichas personas individuales, sino a un sujeto ideal supuesto tras de las mismas, esto es, al Estado." (374)

No hay pues una diferencia esencial en el concepto jurídico de personas físicas y colectivas porque la personalidad es determinada por la norma jurídica.

Como puede observarse Kelsen ha logrado prescindir de la voluntad en sentido psicológico, mostrando que en el derecho se opera con una noción jurídica de voluntad. La ciencia jurídica por ende tiene que trabajar con esa noción jurídica de voluntad cuyo nombre ha sido propuesto por Kelsen como imputación (Zurechnung).

(372) Idem.

(373) Idem.

(374) Ibídem, p. 156

4.3.2 La voluntad en la Teoría del Derecho y del Estado.

A continuación se seguirá profundizando en la noción de voluntad que Kelsen tenía antes de desarrollar la TPD2. Para este propósito se analizará ahora la concepción jurídica a la que llegó Kelsen en la Teoría General del Derecho y del Estado, en adelante (TGDE).

De la lectura de este texto, es posible concluir no solamente que la voluntad termina por jugar un papel muy insignificante en la creación de las normas jurídicas, como ya había sido constatado en la parte anterior, sino también que Kelsen finaliza creando un concepto de voluntad que ya nada tiene que ver con la voluntad psicológica y real de cada individuo, la voluntad se convierte también en un concepto auxiliar tanto para la elaboración de la Teoría Pura del Derecho, como para poder pensar el derecho.

Kelsen lleva a cabo primero un análisis provisional de la norma como mandato, esto es, como expresión de la voluntad. Se refiere a Austin y dice textualmente que:

"Un mandato es la expresión de una voluntad (o de un deseo) individual y tiene por objeto la conducta de otro individuo."
(375)

Pero no todo mandato es una norma válida, solamente es una norma cuando obliga a quien se dirige, o sea, cuando éste debe hacer lo que el mandato reclama. A su vez, el mandato resulta obligatorio solamente si el mandante se encuentra **"autorizado"** o **"facultado"** para formular el mandato. Por ello el mandato de un ladrón no puede ser considerado como una norma.

(375) KELSEN, HANS. TEORIA GENERAL DEL DERECHO Y DEL ESTADO.
2a. Ed. Ed. UNAM. México, D.F., 1988.
p. 36. En adelante TGDE.

"Y está "autorizado" o "facultado" únicamente si un orden normativo, que se presupone obligatorio, le concede tal capacidad, es decir, la competencia para expedir mandamientos obligatorios." (376)

Son entonces dos los elementos, de un mandato obligatorio:

- 1.- Que el mandato para ser una norma válida tiene que "obligar" a quien se dirige.
- 2.- Que el mandato resulta obligatorio solamente si el mandante se encuentra autorizado o facultado por un orden normativo que se presupone obligatorio.

Si se relaciona el primer punto con lo que será expuesto más adelante, el mandato debe contener para ser una norma válida un "sentido subjetivo prescriptivo", es decir, el de imponer un deber y obligar por tanto a quienes se dirige, pues como se verá hay actos subjetivos carentes de sentido prescriptivo y carentes incluso de sentido.*

Luego, en relación con el segundo punto, el "sentido objetivo" lo proporciona una norma que autoriza o faculta al mandante. La fuerza obligatoria del mandato nos dice Kelsen "deriva" de las **condiciones en las cuales se encuentra formulado** y no del mandato mismo. Esto lleva a Kelsen a distinguir entre cualquier mandato y el "mandato obligatorio" que es formulado bajo el "sentido objetivo" de una norma que autoriza o faculta a prescribirlo.

Ahora bien, la fuerza de un mandato obligatorio "subsiste" aun cuando el acto de voluntad haya dejado de existir. Ej: El mandato de un testador.

De aquí que Kelsen afirme lo siguiente de vital importancia para este trabajo:

(376) TGDE Op, cit. p. 37

* veáse página 321 y 323 de esta investigación.

"Aquello en lo cual reside en este caso la fuerza obligatoria tiene que ser, por tanto, algo distinto del acto de voluntad del testador. Si un acto real de voluntad de parte del testador es necesario para la validez del testamento, entonces la fuerza obligatoria no puede pertenecer a tal voluntad, sino a algo que es "creado" por ella, y cuya "existencia" o "validez" sobrevive a la existencia de esa voluntad real." (377)

Analizando este párrafo con todo cuidado se tiene lo siguiente:

- A) Se requiere de un acto real de voluntad del testador, de la manifestación de su voluntad para que tenga validez el testamento. No puede prescindirse de la manifestación de la voluntad.
- B) Pero la fuerza obligatoria no reside en el acto de voluntad del testador, en su manifestación.
- C) Sino en algo que la voluntad **"crea"**.
- D) Esa creación se vuelve independiente y sobrevive a la existencia de la voluntad real.
- E) Lo creado por la voluntad que se vuelve independiente y sobrevive a la existencia de la voluntad real es la "validez" o "existencia" que solamente puede predicarse de la norma.
- F) Esto solamente lo puede hacer una voluntad que se encuentra a su vez, facultada por una norma.

Surgen entonces las siguientes preguntas:

- 1.- ¿Cómo puede la voluntad **"querer"** que algo se vuelva independiente de ella y que ese algo la sobreviva si no es, a través de su **unión con la razón?**.

Me refirió tanto a la voluntad del creador de las normas como a la voluntad del testador.

- 2.- ¿Cómo puede la voluntad **crear** algo así como la "validez" o "existencia" de una norma, si ésta se encuentra **totalmente separada de la razón**, vía el tercer postulado de esta investigación?.
- 3.- ¿No es la **validez** una noción totalmente racional, es decir, construída por la razón con la finalidad de mostrar que algo se vuelve independiente de ella, y por ende, válido para toda razón y por ello **objetivo**?.

Hay que considerar tanto la razón en general que pretende que esa validez se vuelva obligatoria, como la razón científica que ve a esa obligatoriedad como algo que puede ser un conocimiento objetivo.

- 4.- ¿No hay un círculo vicioso racional, cuando se sostiene que una primera voluntad para poder crear una norma necesita a su vez, estar autorizada por una norma pensada que se supone no ha sido creada por otra voluntad?.

No es necesario contestar estas preguntas, por el momento pues para los fines de este trabajo, en ellas se muestra claramente que la voluntad no puede ser separada de la razón. Sin embargo, todo esto podría ser entendido suponiendo una voluntad psicológica que quiere algo.

Por su parte Kelsen para reforzar su tesis, analiza el caso del contrato como el producto de la voluntad de los contratantes que conserva su fuerza aunque una de las partes después de celebrado el contrato cambie de opinión. Por ello dice Kelsen hay que distinguir el procedimiento en el cual es creado un contrato, es decir, el consentimiento de las partes, del propio contrato que tiene una fuerza obligatoria.

"Es dudoso, por otra parte, que el procedimiento por el cual el contrato es creado implique necesariamente que en la mente de cada una de las partes haya una intención real, una "voluntad" que tenga por objeto el contenido del contrato." (378)

Kelsen minimiza todavía más el papel de la voluntad, expresando que en muchos contratos los contratantes no tienen un claro conocimiento de lo que acuerdan.

A continuación Kelsen centra su atención en la llamada "voluntad" del legislador para asegurar que:

*"Una ley que debe su existencia a una decisión parlamentaria, obviamente no empieza a existir sino en el momento en que la decisión ha sido ya hecha y cuando **-suponiendo que sea la expresión de una voluntad-** ésta última ha dejado de existir"*
(379)

Solamente cuando la voluntad real de los legisladores o de los miembros del parlamento ha dejado de existir entonces comienza a tener validez. Porque entonces esa voluntad real en el caso de que haya existido dice Kelsen, deja de querer los contenidos de la ley y vuelve a otras cuestiones.

Además un jurista considera una ley como "existente" a pesar de las siguientes hipótesis:

- a) Los individuos que la crearon ya no quieren el contenido de la misma.
- b) Los que la crearon han dejado de existir.

Desde luego que para crear la ley se necesita de un acto volitivo real pero la existencia de la ley y por ende, la validez de la misma ya no depende de ese acto, ni de la voluntad que le dió origen.

Kelsen se esfuerza por mostrar que la voluntad tampoco puede ser entendida en sentido psicológico.

"Pero es obvio que esto no significa que el Parlamento quiera la ley en sentido psicológico de que cada miembro del mismo desee los contenidos de aquélla." (380)

(379) Idem.

(380) **TGDE**, Op, cit. p. 39

Y aun cuando todos estuvieran de acuerdo:

*"Incluso en este caso, la afirmación de que los miembros de tal mayoría **"quieren"** la ley es claramente una **ficción**."* (381)

El querer de la voluntad de los legisladores, ya no es un querer psicológico sino que es "ficticio".

Porque Kelsen asegura que votar una ley no es lo mismo que querer la ley.

"En un sentido psicológico únicamente se puede "querer" aquello de lo que se tiene una representación. Es imposible "querer" algo que se ignora." (382)

Kelsen asegura y es una práctica frecuente aún hoy en día que quienes votan un proyecto de ley tienen cuando más un conocimiento muy superficial del contenido de ésta.

La Constitución exige solamente que voten con un sí o un no.

"Y esto pueden hacerlo sin conocer el contenido del proyecto o sin haber hecho de tal contenido el objeto de su "voluntad"..." (383)

"Baste decir que el consentimiento para la aprobación de un proyecto no implica necesariamente "querer" el contenido de la ley, y que ésta no es la "voluntad" del legislador -si entendemos por "voluntad" una voluntad real, un fenómeno psicológico-, por todo lo cual la ley no es un mandato en el sentido propio del término." (384)

Otro argumento contra la voluntad psicológica se encontraría en las normas del derecho consuetudinario, es decir, en la costumbre, en donde no puede haber la "voluntad real" de ningún legislador.

(381) Idem.

(382) Idem.

(383) TGDE, Op, cit. p. 40

(384) Idem.

En este sentido Kelsen sostiene que la "voluntad" bien del Legislador o del Estado, es una forma figurada de expresión, una expresión figurativa que corresponde a una analogía cuando un individuo quiere que otro se conduzca de determinada manera.

*"La única diferencia está en que cuando decimos que una cierta conducta se halla "estipulada" "establecida" o "prescrita" por una regla de derecho, empleamos una **abstracción que elimina** el acto psicológico de voluntad que se expresa en todo mandato." (385)*

Esto viene a confirmar que Kelsen termina por hacer a un lado a la voluntad al menos en su sentido psicológico, en la interpretación y comprensión de las normas jurídicas. La voluntad queda entonces solamente como un impulso, un motor, se hace abstracción de la misma.

*"Si la regla de derecho es un mandato, entonces se trata, por decirlo así, de un mandato no psicológico, de un mandato que **no** implica una "voluntad" en el sentido psicológico del término. La conducta prescrita por la regla de derecho es "exigida" sin que haya ninguna voluntad humana que "quiera" tal conducta en sentido psicológico." (386)*

Kelsen explica esto gracias al lenguaje impersonal en el que se transforma lo establecido por la voluntad.

"Esto se expresa diciendo que uno "está obligado a" o "debe" observar la conducta prescrita por el derecho." (387)

Así pues la voluntad solamente juega un papel de impulso de creación de algo que se vuelve independiente de ella misma, se trata además de una voluntad que puede llegar a manifestarse exclusivamente en el sentido de votar una ley. Pero cuando cesa esa voluntad es precisamente cuando tiene sentido la ley.

"Una "norma" es una regla que expresa el hecho de que alguien debe proceder de cierta manera, sin que esto implique que otro realmente "quiera" que el primero se comporte de tal modo." (388)

(385) TGDE, Op, cit. p. 41 (386) Idem. (387) Idem.

(388) TGDE, Op, cit. p. 42

Esto cambia totalmente la explicación de la cual se parte en la Teoría Pura del Derecho del concepto de norma y voluntad, pues la norma es el sentido de un acto de voluntad, hay que confrontarlo:

"Cuando un hombre, a través de una acción cualquiera, exterioriza la voluntad de que otro hombre actúe en determinada manera: cuando ordena, o permite o autoriza esa conducta, el sentido de su acción no puede ser descrito con el enunciado que afirma que el otro así actuará, sino sólo con el enunciado de que el otro así debe actuar. Aquel que ordena o autoriza, quiere; aquel que recibe la orden, o al que se le da permiso o la autorización, debe." (389)

Mientras que en la Teoría General del Derecho y del Estado sostiene que la norma es un mandato impersonal y anónimo:

"La afirmación de que un individuo "debe" comportarse de cierta manera no implica ni que otro "quiera" o "mande" tal cosa, ni el que debe comportarse en cierta forma realmente lo haga. La norma es la expresión de la idea de que algo debe ocurrir, especialmente la de que un individuo debe conducirse de cierto modo." (390)

Termina Kelsen por señalar que las normas no pueden ser identificadas con los mandatos por las siguientes razones:

- a) El testamento no puede ser descrito como el mandato porque el mismo individuo sería el autor del mandato y se encontraría ligado por él. (Se mandaría a sí mismo). En cambio una norma puede ser creada por los que están sujetos a ella.
- b) Las leyes creadas democráticamente que obligan a los mismos sujetos que las crean no pueden ser entendidas como mandatos.
- c) Se tendría que considerar a las normas como "mandatos impersonales y anónimos."

(389) TPD2, Op, cit. p. 18

(390) TGDE, Op, cit. p. 42

"Ni una afirmación sobre la conducta real de quienes crean la norma, ni el juicio sobre la conducta real de los sujetos a ella, puede entregarnos el sentido específico de la norma."
(391)

Concluye Kelsen estableciendo por lo tanto la diferencia entre "valer" y "querer". Una norma es válida incluso cuando ya no exista la voluntad de que otros se conduzcan de tal o cual manera. Lo que Kelsen no se da cuenta es que la voluntad en unión con la razón eso quería precisamente, volver el valer independiente del querer. Termina Kelsen por afirmar que la distinción entre el ser y el deber ser es fundamental en la descripción del derecho.

Es importante ahora volver a examinar con todo cuidado cada uno de los argumentos aportados por Hans Kelsen para prescindir de la voluntad psicológica o real en la explicación de las normas jurídicas.

"Si un acto real de voluntad de parte del testador es necesario para la validez del testamento, entonces la fuerza obligatoria no puede pertenecer a tal voluntad, sino a algo que es "creado" por ella, y cuya "existencia" o "validez" sobrevive a la existencia de esa voluntad real." (392)

En términos estrictamente filosóficos, esto tiene una gran relevancia para este trabajo porque se admite que desde lo **subjetivo** se crea algo **objetivo** para que se vuelva independiente de lo subjetivo. La voluntad aunque esto no lo dice Kelsen, "quiere" crear algo que se vuelva independiente de sí misma, algo que pueda valer y existir independientemente de ella, algo que la trascienda, pero eso solamente lo puede hacer en estrecha relación con la razón.

Sin embargo, si es la voluntad psicológica la que crea la validez, sería tanto como afirmar que es el ser (la voluntad) el que crea el deber ser (las normas). Por

(391) TGDE, Op, cit. p. 43

(392) TGDE, Op, cit. p. 38

ello es el momento de analizar la relación de este tercer postulado que separa la voluntad de la razón con el segundo postulado que establece el dualismo del ser con el deber ser. Kelsen tiene que mantener la coherencia entre ambos postulados.

Para lograr lo anterior Kelsen establece en esta etapa que en sentido lógico antes que el ser, se encuentra, el supuesto del deber ser, y por ende, hay una norma básica pensada que proporciona la objetividad a la subjetividad de la voluntad, pues se trata de una voluntad autorizada o facultada para crear normas.

Independientemente de esta solución vía la suposición de una norma básica, la aportación inconsciente de Kelsen en el sentido de que el deber ser es una creación realizada desde el ser con toda la intención de que ese deber ser se vuelva independiente de lo que es, tiene que ser resaltada. En este proceso, desde luego que hay una absoluta y sobrada intervención de la razón pues no podría ser éste explicado de otra manera.

En el caso de la creación de las primeras normas jurídicas de la humanidad, la voluntad no puede estar facultada por ninguna norma, porque simplemente no la hay. De tal manera que se descubre que al inicio de la serie normativa forzosamente hay un paso del ser al deber ser. El primer deber ser es una creación de una voluntad que no se encuentra autorizada por una norma. Esto en una explicación que se atenga a la vía histórica o real.

En una explicación lógica como la que sigue Kelsen a diferencia de la histórica o real, en la cual se pregunta por el fundamento de validez, es necesario pensar siempre que la voluntad ha podido crear esa validez o existencia porque está facultada por una norma.

No obstante lo anterior sigue siendo importante destacar en principio la afirmación de Kelsen de que la VOLUNTAD crea algo (esta facultada para crear algo) que incluso sobrevive a la existencia de esa voluntad real.

Ahora bien, que Kelsen necesite para mantener el rigor lógico del segundo postulado y la coherencia con el tercer postulado, de la suposición de una norma que autoriza a esa primera voluntad a crear normas, es un problema de lógica versus la ontología real de lo que sucede y la propia ontología inherente al humano. Es decir, se tendría que pensar si ser y deber ser son categorías o forman parte de la esencia o de la estructura humana como ya fué visto en en el capítulo anterior.

EL DEBER SER SE VUELVE INDEPENDIENTE DEL SER PORQUE ASI LO ESTABLECE EL **SER**, ESA ES LA INTENCION DE LA VOLUNTAD, "CREAR" ALGO QUE LE SOBREVIVA, QUE SE VUELVA INDEPENDIENTE DE ELLA E INCLUSO DE OTRAS VOLUNTADES. La suposición de una primera norma, es realizada desde el ser para poder imaginar la línea del deber ser.

LA VALIDEZ CREADA POR UNA VOLUNTAD SOBREVIVE A LA EXISTENCIA DE ESA VOLUNTAD REAL, SIEMPRE Y CUANDO HAYA OTRAS VOLUNTADES DISPUESTAS A RESPETARLA. Esto estaría en la problemática de la validez versus la eficacia.

Ha sido visto hasta aquí que en el pensamiento de Kelsen hasta la formulación de la TPD2, se ha tratado de prescindir hasta donde eso ha sido posible de la voluntad en sentido psicológico. Lo que no ha aclarado Kelsen ni en tal caso sus comentaristas como Recaséns, es si realmente se puede prescindir totalmente de la voluntad en sentido real.

Me parece en mi particular punto de vista, que no es posible lo anterior, aunque desde luego hay que aceptar que la voluntad psicológica y real es siempre contemplada desde la óptica de lo jurídico como ya fué visto en la parte de la dogmática jurídica.

Respecto de los otros argumentos de Kelsen en contra de la voluntad en sentido psicológico es necesario llevar a cabo otras consideraciones:

- 1.- ¿Qué pasaría si en la celebración de todos los contratos o en la mayoría de ellos no hubiese la intención real de la voluntad de convenir el contenido o las cláusulas del mismo, es decir, no se tuviera el conocimiento y el deseo de lo que se está pactando?.
- 2.- ¿No es lógico pensar en una ley, que si bien no responde al sentido psicológico del deseo de cada uno de los miembros del parlamento que han votado por ella, SI RESPONDE AL DESEO DE LA VOLUNTAD O VOLUNTADES QUE HAN PRESENTADO LA INICIATIVA DE LEY, Y QUE ADEMAS ESE PROYECTO DE LEY PARA SER TAL TIENE QUE TENER UN SENTIDO SUBJETIVO QUE PUEDE LLEGAR A SER INTERPRETADO COMO SENTIDO OBJETIVO?
- 3.- ¿La voluntad del poder constituyente era solamente en el sentido de facultar al poder legislativo a votar leyes o más bien a que éstos conozcan y sepan aquello en lo cual emitirán su voto?.
- 4.- ¿Si todas las leyes fueran únicamente votadas por el poder legislativo ignorando su contenido, no podrían aquellos que estén facultados para promover iniciativas de ley; bajar los sueldos y las canonjías de diputados, senadores o miembros de un parlamento e incluso ordenar su desaparición?
- 5.- ¿Qué clase de Estado y orden jurídico se llegaría a tener si un poder legislativo votara y aprobará leyes sin conocer su contenido?

- 6.- ¿Cuál sería entonces el juego político de los partidos que nada tienen que ofrecer a sus electores porque sus representantes desconocen el contenido de las leyes que se han expedido?.
- 7.-. ¿Cómo se explicaría el trabajo de las comisiones legislativas, con representantes de las diversas fracciones políticas?.
- 8.- ¿Por qué en los sistemas jurídicos se establecen a través de normas, recursos para que el ciudadano pueda defenderse precisamente de esas leyes que han sido aprobadas sin reflexionar su contenido e incluso suelen contradecir a otras leyes del mismo sistema, no será porque de lo que se trata es que los legisladores sepan y conozcan lo que van a aprobar en un ordenamiento jurídico y no simplemente de que emitan un voto?.
- 9.- ¿Si no existiera el deber de conocer el contenido del proyecto de ley, cómo es que los propios legisladores llegan a admitir que aprobaron un proyecto de ley sobre sus rodillas (como vulgarmente se dice), aunque desde luego tengan una facultad discrecional?.
- 10.- ¿En el caso del derecho consuetudinario y por ello de la costumbre, no hay la voluntad de aquellos que la iniciaron, de que algo se haga o se deje de hacer de cierta manera y sea considerado como obligatorio para todos los demás?.

En conclusión final, no puede prescindirse de la voluntad psicológica o real que desea una ley y que para ello tiene que tener* una representación y un conocimiento de lo que quiere, porque dentro del querer de esa voluntad está desde luego, **el "crear" algo que se vuelva independiente de ella.** La ciencia jurídica en su explicación de las normas puede interpretar cómo esa voluntad se convierte en una "ficción o presunción" jurídica" o bien, eliminarla aparentemente bajo una abstracción, empleando las palabras: estipulada, establecida, prescrita o en el lenguaje impersonal, de el estar obligado o deber algo, como señala Kelsen. Pero no cabe duda que esa voluntad psicológica no puede ser entendida sin la razón en general y que la misma está presente en la creación de las normas jurídicas, lo cual pone en duda el tercer postulado de la tajante separación entre voluntad y razón.

Con lo anterior de ninguna manera se sostiene que las normas sean mandatos como bien lo ha demostrado Kelsen, pero sí se afirma que hay una intervención de la voluntad psicológica o real y de la razón en la creación de las normas jurídicas.

Ahora bien, si no la hay como llega a sostener Kelsen y tan sólo queda una presunción, éste es un producto totalmente racional como ya se vió anteriormente. Si se le denomina "ficción", el mismo Kelsen se ha encargado de establecer que se puede caer en secretismo metódico ante el fracaso de la construcción jurídica.

Hasta aquí se llega a la conclusión de que en los procesos de creación, aplicación e interpretación de leyes interviene con mucho mayor preponderación la razón.

* y desde la perspectiva jurídica, debe tenerlo.

4.3.3 La voluntad, la razón en general y la razón científica.

Todo lo anterior expuesto conduce a preguntarse seriamente por la precisión de este tercer postulado.

1) Por una parte se ha visto como Kelsen había rechazado que el concepto de una voluntad real y psicológica pudiera tener algún papel en el ámbito formal de lo jurídico, reduciéndola tan sólo al contenido. Por ello ha creado un concepto de voluntad jurídica que es la noción y el principio de imputación.

2) Ha dicho también que la voluntad desde la perspectiva jurídica dado el sentido objetivo de la norma llega a ser irrelevante o bien, que el elemento racional prevalecerá sobre la voluntad.

3) Por último, ha sostenido que la voluntad llega a crear algo cuya existencia sobrevive a la existencia de esa voluntad real, aunque desde luego al amparo de la norma jurídica.

Lo primero que se tiene que averiguar es si la voluntad es separada de "toda" la razón y no de uno de sus usos como podría ser el científico. Aquí cabe una observación intermedia que consistiría en poder hablar de usos de la razón. O visto de otro modo, si la razón solamente es aceptable en su uso científico.

Entonces a continuación se analizará la posibilidad de separar radicalmente la voluntad de la razón en general y de la razón científica en particular.

No se puede olvidar por el momento que la importancia de este dualismo entre la razón y la voluntad consiste en ser fuente del dualismo entre el Sollen y el Sein, lo cual ya fue tratado en esta investigación.*

* veáse de esta investigación, páginas 227 y ss.

Kelsen encontró una solución al dualismo irreductible entre el Sollen y el Sein en un sustrato modal indiferente. Ahora bien, este dualismo entre la razón y la voluntad tiene que tener un carácter relativo, porque no hay nada absoluto como principio de la filosofía postivista seguida por Kelsen.

Me parece que puedo partir del supuesto de que no toda la gente tiene una razón científica, sino una razón general formada por su desarrollo cultura y social, la cual se manifiesta en un sentido común que desde luego va cambiando y enriqueciéndose por diversos factores: edad, educación, medio socio-económico, etc.

También parece cuestionable el imaginar una voluntad que no necesita de elementos racionales para expresar su deseo o querer, tales como el lenguaje, el habla, la escritura, para poder hacerse entender. Ello implica además que esa voluntad haya aprendido el uso de todos esos elementos. La voluntad muy difícilmente puede llegar a ser separada totalmente de la razón en general salvo en casos de enfermedades mentales.

Siendo este el caso es mucho menos concebible una voluntad o una serie de ellas, que no saben lo que quieren pero que son capaces de crear todo un sistema de normas jurídicas.

Esto todavía se ve mucho más complejo en el caso del derecho porque cuando en una norma jurídica positiva no aparece claramente su carácter prescriptivo, es decir, el de imponer un deber, ésta no es una norma, asegura Kelsen, con lo cual el "**elemento racional prevalecerá**" sobre la **voluntad** de los legisladores y de los jueces.

*"Puesto que la norma fundante básica no otorga a todo acto el **sentido objetivo de una norma válida**, sino solamente al acto que tiene un determinado sentido, a saber: **el sentido subjetivo** de que los hombres **deben** comportarse de una determinada manera." (393)*

Expone Kelsen como ejemplos de **actos subjetivos** carentes de sentido los siguientes:

- a) enunciados declarativos como es el caso de una - teoría expuesta en la ley.
- b) palabras sin sentido en la ley.
- c) disposiciones entre sí incompatibles.

*"...no entra en juego ningún **sentido subjetivo** que pueda ser interpretado como **sentido objetivo**; no tenemos ningún acto cuyo **sentido subjetivo** sea capaz de ser legitimado por la - norma básica." (394)*

Más adelante sostiene Kelsen que en un conflicto en una misma sentencia judicial por perturbación mental del juez, se tendría un acto carente de sentido, no se contaría con una norma jurídica objetivamente válida.

Entonces no basta la voluntad, sino la forma en la cual esa voluntad se manifiesta, dicha manifestación tiene que tener un "sentido subjetivo prescriptivo" de que otra persona se comporte de determinada manera.

Por otra parte ya ha sido visto que el propio Kelsen llegará a sostener a la voluntad como un elemento subjetivo que al final no es el más importante en una consideración científica del derecho, pues distingue entre:

la validez o existencia de una norma positiva y la existencia de el acto de voluntad cuyo sentido constituye y le da su sentido objetivo.

"La norma puede valer aún cuando el acto de voluntad, cuyo sentido constituye, ha cesado de existir. Más: ella adquiere validez justamente cuando el acto de voluntad, cuyo sentido constituye, ha cesado de existir." (395)

(394) TPD2, Op, cit. p. 216 y 217

(395) TPD2, Op, cit. p. 24. (Más) hubiera sido preferible: más aun.

Esto es muy importante porque la norma se vuelve independiente de la voluntad que la creó, pero si subsiste dicha norma no es por el elemento subjetivo de la voluntad que pudiera ella tener, sino por el elemento racional objetivo que conlleva y constituye el sentido subjetivo.

En otra parte de este trabajo, Kelsen ha dicho que la voluntad crea algo cuya existencia y validez sobrevive a la existencia de esa voluntad real como es el caso del testamento. Pero también se vió en otro lugar que ni siquiera es necesaria la presencia de la voluntad para la creación de un vínculo como es el caso de la culpa por negligencia en la situación del ladrillo que cae de una casa y mata a una persona.

Además, es necesario hacer notar que la razón científica a través de sus descripciones y explicaciones puede influir en la voluntad y por ello en la **creación** de las normas positivas, aspecto en el cual no profundiza Kelsen. Desde el momento en que los abogados han estudiado una carrera, sus conocimientos influyen en legisladores y jueces, sin olvidar que ellos mismos pueden llegar a ocupar esos cargos. A este punto lo denominaré la dialéctica entre el derecho y la ciencia jurídica.

Por último, la razón científica supone la existencia de una norma que le da fundamento de validez a los actos subjetivos de un primer legislador, siendo anterior a la voluntad de ese legislador. Esto implica que la voluntad mantiene una cierta relación muy particular con esa razón.

Con fundamento en lo anteriormente expuesto, puede afirmarse que la voluntad no lo es todo en la creación de las normas jurídicas, aunque desde luego sin ella no habría derecho, porque esa voluntad tiene que tener el sentido subjetivo de prescribir conductas, de establecer un deber, lo cual va más allá de la simple voluntad.

Ni la voluntad del legislador, ni la voluntad del juez son suficientes en la creación de las normas jurídicas porque hace falta además el sentido subjetivo prescriptivo que pueda ser interpretado como sentido objetivo.

El **hilo conductor** de esta investigación del sentido subjetivo y del sentido objetivo analizado al inicio de esta investigación sigue mostrando su importancia en la explicación del pensamiento de Hans Kelsen.

No se ve posible separar la voluntad ni de la razón en general ni de la razón científica en ciertos aspectos del derecho. La voluntad no puede ser separada de la razón en general porque necesita manifestar un sentido subjetivo prescriptivo que solamente puede estar establecido en forma racional. La voluntad por otra parte necesita saber lo que quiere imponer y para poder expresarlo racionalmente, necesitará de la razón científico jurídica para saber como hacerlo.

Desearía observar y preguntar si el propio Kelsen subrepticamente ha unido la razón con la voluntad, porque las normas que proporcionan el sentido objetivo, de nada serviría si no llega a haber por parte de la voluntad el querer de manifestar su sentido subjetivo prescriptivo.

Entonces no es comprensible una norma jurídica sin una voluntad que la quiera imponer pero tampoco lo es si no contiene elementos racionales prescriptivos. Esto modifica substancialmente el tercer postulado expuesto.

DE LA VOLUNTAD TAMPOCO PUEDEN SER OBTENIDAS LAS NORMAS JURIDICAS, SOLAMENTE DE LA VOLUNTAD CUYO SENTIDO SUBJETIVO PRESCRIPTIVO PUEDA SER INTERPRETADO MEDIANTE UNA NORMA COMO UN SENTIDO OBJETIVO.

En conclusión la voluntad no puede ser separada de la razón en general porque necesita manifestar un sentido subjetivo prescriptivo que solamente puede estar establecido en forma racional. La voluntad necesita saber lo que quiere imponer y necesita expresarlo racionalmente.

¿De dónde obtiene la voluntad ese sentido subjetivo prescriptivo?

Es algo que Kelsen no investiga, pero que seguramente mostraría la dinámica entre el derecho y la ciencia jurídica. Como ejemplo basta un botón, un legislador que presenta un proyecto de ley si no es abogado, necesita estar asesorado, de tal manera que el sentido subjetivo prescriptivo de su voluntad, es decir, la intención de su voluntad de que su proyecto se convierta en ley ha partido de una base de conocimientos de diversa índole, en los cuales desde luego ha intervenido la razón.

Si la voluntad no puede ser separada de la razón en general, es el momento de indagar en que grado puede ser separada al menos de la razón científica.

El papel de la razón científica es la de suponer que el elemento objetivo por el que vale una norma es racional e incluso en eso consiste la existencia de una norma en la imposición de un deber.

La razón científica no solamente describe y explica el derecho positivo en general, para comprenderlo SUPONE LA EXISTENCIA DE UNA PRIMERA NORMA FUNDANTE BASICA que proporciona la validez a todas las demás normas del sistema.

Aunque desde luego aquí aparece el problema temporal y lógico en relación con el segundo postulado de esta investigación que separa el ser del deber ser.

¿qué es primero?

LA VOLUNTAD QUE ORDENA ALGO O LA NORMA QUE AUTORIZA A LA VOLUNTAD A ORDENAR ALGO.

Por un lado Kelsen siempre supuso que primero tenía que haber una norma al inicio de la cadena de la validez en sentido lógico. Después una ficción que tuviera presente la concepción de la norma como el sentido de un acto de voluntad. En ambos casos, hay una sobrada participación de la razón científica.

4.3.4 El sentido subjetivo prescriptivo de un acto y la autoatribución de significado jurídico.

Finalizando con el análisis de este tercer postulado es necesario recordar algo de lo ya visto en capítulos anteriores de esta investigación.

*"Por cierto que el hombre que actúa racionalmente, que produce el acto, **enlaza a su acto un determinado sentido** que, de alguna manera, es expresado y será comprendido por otros." (396)*

¿La pregunta inmediata es de dónde toma el hombre ese determinado sentido que como ya ha sido tratado es subjetivo y prescriptivo?

¿De dónde obtiene la voluntad ese sentido subjetivo prescriptivo?

Es algo que Kelsen no investiga pero la respuesta es sencilla, solamente lo puede tomar o quererlo tomar del derecho reconocido en la sociedad.

Nótese por otra parte que dice que el hombre actúa "racionalmente". Esto es importante porque cuando el hombre crea una ley y le enlaza un cierto sentido, habría que preguntarse si solamente es un acto de voluntad o hay razón en ello.

Kelsen manifiesta que se le enlaza a un acto un determinado sentido, y este sentido, es expresado y com-

prendido por otros. ¿No tendría el legislador que hacer lo mismo al crear leyes?, si éstas no fueran expresadas y comprendidas por otros ¿cómo podrían ser leyes?.

Lo anterior estaría en contra del postulado de la voluntad como prescriptora de normas separada del aspecto racional. Claro que Kelsen no habla aquí de creación de la ley sino de producción de un acto. Pero la creación de la ley es también la producción de un acto humano y el sentido subjetivo prescriptivo sería tomado o bien, de leyes anteriores o de nuevos proyectos de ley.

*"Un acto -en cuanto se expresa a través de palabras verbalmente formuladas, o escritas- puede él mismo **enunciar algo sobre su significado jurídico**. En ello se encuentra una peculiaridad del material dado al conocimiento jurídico." (397)*

Por otra parte, para la ciencia jurídica tiene esta autoatribución de sentido una gran importancia porque a diferencia de otros objetos de estudio, el derecho se encuentra ya lleno de significados creados por el propio hombre.

*"Pero un acto de conducta humana puede llevar muy bien consigo una **autoatribución de significado jurídico**; es decir: contener enunciación sobre lo que significa jurídicamente." (398)*

En esa autoatribución de sentido jurídico (sentido subjetivo prescriptivo) interviene la voluntad y desde luego la razón.

*"El conocimiento conceptual del derecho encuentra a veces ya una **autocaracterización jurídica del material**, que se anticipa a la explicitación que cumplirá el conocimiento jurídico." (399)*

(397) TPD2, Op. cit. p. 17

(398) Idem.

(399) Idem.

Entonces hay una dialéctica entre la Ciencia Jurídica y la realidad en la que Hans Kelsen no profundiza. Hay una dialéctica entre la voluntad, la razón en general y la razón científica.

*"Este **sentido subjetivo** puede coincidir con la **significación - objetiva** que el acontecimiento puede tener por el lado del derecho pero no es necesario que coincidan." (400)*

El sentido objetivo es proporcionado por la norma jurídica como ya ha sido analizado.

Kelsen tiene que aceptar que un Legislador pretende atribuir un sentido subjetivo prescriptivo a las normas o reglas de conducta por el creadas (independientemente de si son justas o injustas, buenas o malas sus intenciones) para hacerlas comprensibles a los demás. Pero ese sentido subjetivo prescriptivo va más allá de la simple voluntad.

Es el momento de preguntarse por una VOLUNTAD IRRACIONAL en la creación de las normas jurídicas. Si la voluntad crea las normas con independencia de la razón, ¿no podrían ser las normas y el sistema por ellas formado un todo irracional?.

Es necesario sin embargo distinguir en la racionalidad el problema axiológico. No se trata de si las normas son justas o injustas, se trata de si tienen que tener un mínimo de elementos racionales, pues los actos subjetivos carentes de sentido no pueden ser legitimados por las normas jurídicas, es decir, no pueden recibir un sentido objetivo.

¿Podría una **voluntad irracional** crear un sistema de normas jurídicas y un orden susceptibles de ser el objeto de estudio de la Ciencia Jurídica?.

(400) TPD2, Op. cit. p. 16

Para responder a esta pregunta habría que seguir a Kelsen en una línea de argumentación semejante a la empleada por él, en el problema de la validez y la eficacia del derecho. Es obvio, que la mayoría de las normas de un sistema jurídico tienen que tener un carácter racional, aunque algunas de ellas pudieran tener elementos irracionales. ¿Cuál sería el grado de irracionalidad que se le puede admitir a la voluntad en la creación de las normas jurídicas?.

Toda la TPD2 y la Ciencia Jurídica esta desarrollada sobre la base de la racionalidad de la voluntad, no sobre su irracionalidad.

Basta reflexionar en que "la expresión de una norma y su comprensión por parte de los destinatarios es un acto lleno de racionalidad."

La persona que hace su testamento puede describir lo que está haciendo, los hombres que crean una ley pueden explicarla, dos personas declarar que inician un negocio jurídico. Todo esto quiere decir que el derecho se mueve desde el inicio en la esfera de lo racional y no de la mera voluntad. Nadie podría hacer a un lado a la voluntad en la creación de las normas pero tampoco puede hacer a un lado a la razón.

En conclusión, la autocaracterización o autoatribución del significado jurídico, admitida por el propio Hans Kelsen, es la última pieza para poner en duda la tajante separación entre la voluntad y la razón en general.

Es sencillo imaginar en que si toda la autocaracterización o autoatribución de significado jurídico no coincidiera con la normatividad del derecho o lo jurídicamente estipulado, se tendría un caos jurídico, empezando por los propios legisladores que no sabrían lo que quieren imponer con su voluntad.

"Con la palabra "norma" se alude a que algo debe ser o produce; especialmente, a que un hombre **deba** comportarse de determinada manera. Este es el **sentido que tienen ciertas acciones humanas dirigidas** con intención hacia el comportamiento de otros." (401)

Desde la primera concepción de la norma que aparece en la TPD2, está presente la voluntad humana en la intención dirigida a los otros, pero también aparece el elemento racional del deber, de un cierto comportamiento. Por otra parte, la suposición de una norma básica fundamental es del todo racional, por lo que Kelsen no se puede mover exclusivamente en el campo de la voluntad libre de toda racionalidad. Precisamente el aspecto objetivo lo da la razón no la voluntad.

(401) TPD2, Op, cit. 18

4.4 RESUMEN Y CONCLUSIONES:

- 1.- El tercer postulado de esta investigación de índole filosófica necesario para comprender el desarrollo de la TPD2, es aquel que versa sobre la tajante separación de dos facultades: la voluntad en su carácter de creadora de normas y la razón en su función descriptiva de las mismas.
- 2.- Este dualismo ontológico de la voluntad y de la razón es la base del irreductible dualismo lógico entre el Sein y el Sollen como fué visto en el capítulo anterior.
- 3.- La TPD fué edificada fundamentalmente sobre los dos postulados de origen neokantiano pero en esta segunda edición de 1960, la norma es entendida como el sentido de un acto de voluntad y con ello empieza a cobrar importancia la voluntad de carácter psicológico y real.
- 4.- El último período del pensamiento de Kelsen en el cual se incluye esta segunda edición de la TPD es calificado por Paulson como la fase escéptica o voluntarista. En ella Kelsen asume posiciones que habían sido criticadas arduamente por él mismo, lo cual da margen a la calificación de su teoría de irracionalista.
- 5.- El hilo conductor de esta investigación se refiere al sentido de los actos subjetivos y objetivos. Sobre el particular asegura Losano que es una aportación del neokantismo, el cual establece un nexo no empírico, sino inmanente a los acontecimientos y aserciones. Tiene por lo tanto un carácter ontológico.

- 6.- La voluntad deja de ser vista para ciertos aspectos de la teoría como una construcción conceptual de carácter jurídico para dar lugar a la voluntad entendida en la vía psicológica y real.
- 7.- Lo anterior implicaría un cierto rompimiento o abandono del primer postulado de esta investigación, porque ahora el *objeto estaría determinando el método*. Ya que la admisión de una voluntad psicológica así como de las personas empíricas traen consigo la necesidad de que el método sea adecuado a cierto datos reales.
- 8.- También pone en crisis el segundo postulado porque la voluntad o el querer psicológico pertenece al ser y ahora de ello se obtendrá el deber ser.
- 9.- El postulado aparece en la TPD2 con toda claridad con motivo de la diferencia entre la moral y la ética. La ciencia es una función cognoscitiva y no faculta a nadie ni a nada mientras la voluntad tiene una función prescriptiva.
- 10.- Surge la duda de como una voluntad puede crear, es decir, prescribir normas sin la intervención de elementos racionales. ¿Cómo podría ser desarrollada una ciencia jurídica si en el derecho no hubieran elementos objetivos y racionales?
- 11.- La voluntad puede prescribir normas, solamente si se encuentra facultada por una norma para poder crearlas. Es la norma como se recordará la que aporta el elemento objetivo. La voluntad por sí sola no tiene relevancia jurídica, la tiene en función del sentido objetivo aportado por la norma que la faculta.

- 12.- Lo anterior implica que una voluntad siempre se encuentra entre dos normas, la que la autoriza y la que ella produce. Ello implica un problema en la norma fundante básica al ser considerada - como norma ficticia, porque abre el regreso al - infinito al requerir que la voluntad fingida requiera a su vez de otra norma que la faculte a crear la norma ficticia.
- 13.- Una norma pensada es algo que la razón científica requiere por serle lógicamente imprescindible para explicar el derecho. Sin embargo, el tercer postulado cancela la posibilidad de que puedan haber normas pensadas. Todas las normas tienen que ser producidas por la voluntad.
- 14.- Siempre quedará la duda de si esa norma fundante básica es una norma o un postulado científico.
- 15.- La voluntad o querer que son un ser, en opinión del anterior Kelsen, solamente pueden constituir el *contenido* del deber pues en sentido estrictamente lógico y dado el segundo postulado jamás un deber puede ser derivado de un querer en lo relativo a la *forma*. Además entre el querer y el deber interno puede haber contradicción.
- 16.- La ficción es la afirmación consciente de un proceso que no se da en la realidad. Es una mentira piadosa científica y en ella se muestra claramente el sincretismo metódico de reunir el método de la ciencia jurídica con los métodos de otras ciencias. Como ejemplo se encuentran la - teorías del pacto social o del acuerdo, la del reconocimiento del derecho y la de la voluntad del Estado como un hecho psíquico real. La ficción es la alarma de que fracasó la construcción jurídica y se cayó en el sincretismo metódico.

- 17.- En las primeras etapas Kelsen consideraba a la voluntad como un objeto de la psicología cuyo concepto es inservible para los fines específicos de la jurisprudencia.
- 18.- En la dogmática jurídica aparecen muy claros ejemplos de que la voluntad en el campo del derecho es un concepto construido, resultado de una operación mental denominada imputación normativa por la TPD. La persona jurídica es el punto final de la imputación (Zurechnung) y por ende un concepto auxiliar.
- 19.- Kelsen establece la diferencia entre un mandato y el mandato obligatorio que se caracteriza tanto por obligar a quien se dirige, como por haber sido emitido por alguien facultado por un orden normativo que se presupone obligatorio. Lo importante son las condiciones en las cuales el mandato se encuentra formulado y no del mandato mismo. Con ello se minimiza el papel de la voluntad.
- 20.- Un acto de voluntad real "crea" algo que se vuelve independiente de ella pero Kelsen no explica como logra hacerlo la voluntad sin la razón. Eso que crea la voluntad es nada menos algo que existe, vale y sobrevive a la voluntad.
- 21.- Después vuelve Kelsen a arremeter contra la voluntad de carácter psicológico y real, para mostrar que aunque los sujetos que crearon una ley ya no quieran el contenido de la misma o hayan dejado de existir, la validez de esa ley no depende de esas voluntades. Culmina esta distinción asegurando que no es lo mismo votar una ley que querer esa ley.

- 22.- Asegura entonces Kelsen que mediante un acto de abstracción se elimina el acto psicológico de voluntad expresado en todo mandato. Así pues el mandato obligatorio sería en realidad impersonal y anónimo, lo cual es incompatible con la esencia de la norma jurídica.
- 23.- Sin embargo, algo muy importante se obtiene de la lectura de ciertos pasajes de Kelsen, porque en ellos se muestra que el deber ser es algo que se vuelve independiente del ser porque así lo quiere y establece la voluntad, esa es precisamente su intención, "crear" algo que le sobreviva y se vuelva libre de ella y de otras voluntades. Este querer no puede estar separado de la razón en esta empresa.
- 24.- Surge la duda de si es posible prescindir totalmente de la voluntad en sentido psicológico en el ámbito de lo jurídico, pues con todo ella actúa como impulso o motor.
- 25.- Llegados a este punto es sumamente difícil aceptar que la voluntad se encuentra separada de la razón en la prescripción de normas jurídicas.
- 26.- Ya que no toda la gente puede poseer una razón científica, se tendría que convenir que hay o una razón general o diversos grados de la razón. Ahora bien, indudablemente la voluntad necesita de elementos racionales para expresar su deseo o querer.
- 27.- Los actos subjetivos tienen que tener un sentido prescriptivo para poder ser interpretado como su sentido objetivo. No es entonces de la voluntad de donde pueden ser o obtenidas las nor-

mas, sino solamente de aquellas que manifiesten un *sentido subjetivo prescriptivo* que pueda ser interpretado mediante una norma como su sentido objetivo. Esto delimita el tercer postulado.

- 28.- La voluntad para expresar este sentido subjetivo prescriptivo necesita de la razón en general y en aspectos mucho más precisos de la razón - científico jurídica. Ej: Crear una iniciativa de ley.
- 29.- Kelsen no investiga de donde se obtiene ese sentido subjetivo prescriptivo, pero ello lo llevaría a establecer la dialéctica entre la ciencia jurídica y el propio derecho. Este estudio se extraña en la TPD2.
- 30.- La razón científica no solamente describe y explica el derecho positivo en general, supone además la existencia de una norma fundante básica.
- 31.- Cualquiera que sea la formulación de la norma básica fundamental hay una sobrada participación de la razón.
- 32.- El hombre que actúa racionalmente, no solo voluntariamente, enlaza a su acto un determinado sentido, el cual ha sido reconocido por Kelsen como una autoatribución de significado jurídico. Vale la pena observar que aquí aparece un material jurídico anterior a la ciencia del derecho.
- 33.- Este sentido subjetivo prescriptivo que puede llegar a manifestarse como una autoatribución de significado jurídico, solamente puede provenir del propio derecho reconocido por la sociedad o incluso del conocimiento de la propia ciencia jurídica.

- 34.- Si la voluntad creará las normas con total independencia de la razón, a lo más que se podría llegar por parte de la ciencia jurídica sería a un conglomerado de ellas. Difícilmente podría esto llegar a ser el objeto de la ciencia jurídica.
- 35.- Kelsen quería separar la razón científica en su función de descriptora de las normas de la voluntad en su función creadora de las mismas, pero ésta última no puede ser separada de la razón en general.

CAPITULO 5. REFLEXIONES Y CONCLUSIONES SOBRE ESTOS TRES POSTULADOS.

En el último capítulo de este trabajo es necesario mostrar la importancia que tienen estos tres postulados de índole filosófica que se han venido tratando en esta investigación, mediante un reflexión acerca de su enunciación, alcances, límites así como de la coherencia que se da entre ellos.

A partir entonces de estos postulados, es posible comprender como Kelsen en función de ellos dotará a la ciencia jurídica de un método propio que mediante ciertas directrices que van a ser explicadas a continuación, le proporcionarán su verdadera autonomía frente a todas las demás ciencias. El punto de partida vuelve a ser el de los siguientes postulados:

EL METODO DETERMINA EL OBJETO DE ESTUDIO.
 LA SEPARACION ENTRE EL SER Y EL DEBER SER.
 LA DISTINCION ENTRE LA RAZON Y LA VOLUNTAD
 EN LA DESCRIPCION Y PRESCRIPCION DE LAS NORMAS.

Es en la síntesis de estos tres postulados cómo aparecerá el **método de la pureza metódica** con sus postulados de índole científico jurídicos así como toda la serie de categorías o conceptos jurídicos fundamentales y en sus relaciones el sistema de enunciados que estructuran la teoría pura del derecho. Este será el inicio del marco conceptual con el cual podrá ser desarrollada la Dogmática jurídica, considerada como la ciencia que es construída a través de la teoría pura del derecho.

Esta reflexión no fué llevada a cabo por Kelsen en forma sistemática, pero es imprescindible desarrollarla para obtener no solamente los resultados finales de esta tesis, sino mostrar los aspectos originales de este trabajo.

5.1 EL METODO DETERMINA EL OBJETO DE ESTUDIO O DE CONOCIMIENTO.

La tarea se inicia con el primer postulado como se verá a continuación:

*"En este punto la afirmación clave es, quizá, la tesis de que "el método crea el objeto", es decir, que en nuestro caso el método para conocer el derecho "creará" a éste como objeto de conocimiento. La tesis, no es muy clara, afirma que el objeto y el método de una ciencia son inseparables. "Objeto" y "método" no designan dos conceptos diferentes, sino dos aspectos de la misma función cognoscitiva." (402)**

La única manera de volver nítido este postulado es el de hacer claro el modo en que es enunciado. El problema parece estar en que a la palabra objeto se le pueden dar dos acepciones distintas que pueden llegar a confundirse: una proviene de la teoría de los objetos u ontología y otra de la teoría del conocimiento o epistemología.

Por una parte objeto puede ser entendido como la materia o asunto del que se va a ocupar la ciencia o el estudio. Ej: las galaxias, los hoyos negros, el nanospacio, la sociedad, la conducta humana, los números, las figuras, los valores, el derecho positivo. Este sentido tiene un visible aspecto ontológico, se refiere al objeto real.

Pero hay otro significado de la palabra objeto, en el cual se trata de lo que el científico hace o elabora precisamente para llegar a conocer esos objetos reales y eso se puede denominar como el "*objeto-modelo o sistema teórico*". Se le puede llamar así porque el *objeto-modelo* es la representación, el punto de referencia o de vista, el esquema para imitar, reproducir, reconstruir o facilitar la comprensión o estudio de algo. Ej: en es-

 (402) ESQUIVEL PEREZ. KELSEN Y ROSS, FORMALISMO Y REALISMO EN LA TEORIA DEL DERECHO.

ED. UNAM. México, D.F., 1980 p. 23

* ver página 49 nota (67) y (68) de esta investigación.

ta vía la astrofísica, la nanociencia, la sociología, la psicología, las matemáticas, la geometría, la axiología y la ciencia jurídica elaboran *objetos-modelos* o sistemas teóricos para comprender su objeto de estudio real. Este sentido a diferencia del anterior es epistemológico, se refiere a un *objeto-modelo*.

Luego para evitar cualquier confusión entre el objeto producido por la ciencia y el objeto real o materia del conocimiento y por lo tanto entre epistemología y ontología, en este trabajo se le designara al primero como el "*objeto-modelo*" o sistema teórico constituido por la ciencia para explicar el segundo que es un objeto real, dejando esta denominación de objeto real para usos exclusivamente ontológicos.

Gracias a esta distinción es posible comprender la cita del Maestro Esquivel en la página anterior, en la que interpretando a Kelsen y la influencia claramente neokantiana del primer postulado asegura que el método y el ahora denominado (*objeto-modelo*) son dos aspectos de la misma función cognoscitiva.

Con ello en esta tesis se logrará comprender la aclaración realizada por el mismo Kelsen, de que la creación de ese *objeto-modelo* lo es para el conocimiento, es decir, diferenciar entre el sistema de enunciados construido por la teoría pura del derecho y el derecho positivo conformado por normas y producido por la autoridad jurídica.

Entonces el primer postulado debe tener un cambio en su enunciación para evitar cualquier confusión:

EL METODO DETERMINA O CREA EL *OBJETO-MODELO* DEL CONOCIMIENTO.

5.1.1 Cada ciencia tiene su propio método y *objeto-modelo* de conocimiento.

Con este postulado aparece ya la primera directriz de lo que vendrá a ser *la pureza metódica* para prevenir el *sincretismo metódico* (el empleo de varios métodos para estudiar un mismo objeto). Cada ciencia tiene que tener su propio método y *objeto-modelo* o sistema teórico para abordar su objeto real y no podrán existir dos ciencias que tengan el mismo punto de vista epistemológico a la hora de construir su sistema de conocimientos.

"El uso de diversos métodos "crearía", en consecuencia, diversos objetos de conocimiento y por tanto ciencias diferentes."
(403)

En esta vía la teoría pura crea un *objeto-modelo* u objeto de conocimiento, mediante un sistema de enunciados para describir el sistema de normas jurídicas, el de recho positivo.

Esto implica un alejamiento del postulado de su interpretación neokantiana así como de su pretensión de una lógica creadora y productora hasta cierto punto de la realidad y sobre todo del problema de comprender una ciencia jurídica como fuente y creadora del derecho.*

Me parece que hay varios indicios de que al inicio de sus trabajos Kelsen influido por el neokantismo de Cohen, llegó a hacer coincidir** el *objeto-modelo* con el objeto real. Entre ellas vale la pena citar solamente algunos:

- 1.- No distinguir con toda claridad entre los enunciados científicos y las normas jurídicas. De esto se sigue no separar con toda claridad la ciencia jurídica del derecho.

(403) Idem.

* veáse página 91 de esta investigación.

** veáse página 63 la cita 92.

- 2.- Comparar normas con las leyes naturales, cuando las normas tendrían que ser comparadas con los hechos naturales y las leyes naturales con leyes científico jurídicas.
- 3.- La certera crítica de Sander en la cual le hace ver la identificación de los juicios de la ciencia con los juicios del derecho.*
- 4.- La confusión de Treves en su interpretación de Kelsen acerca de este primer postulado y que - luego el mismo Treves rectificaría hablando de un objeto teórico elaborado por la ciencia jurídica.**
- 5.- La propia aclaración de Kelsen haciendo ver que se trata de una construcción o constitución de un objeto exclusivamente para el conocimiento***
- 6.- El tercer postulado de esta investigación en el que Kelsen va a distinguir las normas como el - sentido de actos de la voluntad, de los enunciados deónticos producidos por la razón para describir esas normas.

Para finalizar este asunto, se trata como dice Ebenstein de la prioridad kantiana de la epistemología sobre la ontología, del triunfo del pensamiento puro sobre el objeto sustancial que no tiene cualidades intrínsecas (porque estas habrían sido puestas por la propia razón y no reconocidas en el objeto) y es resuelto en la objetiva validez de las relaciones lógicas.****

Lo anterior tiene el peligro inminente señalado por Schulz en el primer capítulo, del indebido salto del pensar al ser, entre el pensamiento y la realidad, de que lo así pensado existe en ese modo y sólo de ese modo. De la reducción de la realidad al pensamiento.*****

* veáse página 55 de esta investigación.

** veáse página 57 y siguientes de esta investigación.

*** veáse página 91 de esta investigación.

**** veáse página 134 de esta investigación.

***** veáse página 25 y 26 de esta investigación.

Sin embargo, muy pronto Kelsen encontraría que el derecho positivo que es el objeto real se resistía a la unidad del *objeto-modelo* construido por su teoría, pues por mencionar tan sólo un aspecto, se presentaban casos de contradicción entre las normas jurídicas, los cuales no podían ser resueltos como quería Ebenstein en la objetiva validez de las relaciones lógicas.

5.1.2 Tanto el método como su *objeto-modelo* se caracterizan por ser formales para ser objetivos.

Ya había sido visto en otra parte que la objetividad en el nivel de la TPD tiene que ser entendida en sentido formal. Kelsen se apoya en Cohen* haciéndo ver que sólo lo formal es objetivo, que eso es precisamente lo que le interesa al conocimiento científico pues lo formal implica la validez universal y necesaria de sus afirmaciones. Por ello tanto más formal sea un método y su *objeto-modelo* tanto más objetivo llegará a ser.

Mediante las leyes lógicas inmanentes al pensar, es posible en toda ciencia elaborar toda una serie de categorías para ordenar un determinado material. Se trata obviamente de las leyes formales de la lógica clásica.

5.1.3 Las teorías dada su formalidad son neutrales en la producción de su *objeto-modelo*. Las ciencias construidas con esas teorías deberán ser neutrales (no valorativas) frente a su objeto real.

Este principio metódico constituye lo que algunos han denominado un postulado de neutralidad bajo el cual tanto las teorías como las ciencias que se construyen con ellas, tendrán que abstenerse de evaluar su objeto de estudio.

* véase página 92 de esta investigación

Esto se vuelve muy claro para la TPD, la cual no puede justificar o legitimar la materia que ha conformado para su conocimiento. No podrá entonces ni como teoría pura ni como dogmática jurídica que es la ciencia que describe un derecho positivo en particular, ni aprobarlo ni reprobarlo.

Por otra parte, hay que tener en consideración que la propia formalidad del método le impediría hacer eso en coherencia con los principios metodicos que se van apuntando.

5.1.4 La creación y determinación del *objeto-modelo* u objeto de conocimiento requiere de la aplicación de las leyes lógicas.

En esta creación tendrán que intervenir los otros dos postulados de esta investigación. Es necesario por el momento, mostrar cómo se generará y delimitará el material sobre el cual se llevará cabo la creación lógica y metódica.

"En tanto teoría del método específico del conocimiento jurídico se ocupa de problemas de lógica." (404)

Para aplicar esa lógica será necesario utilizar el segundo postulado que separa el Sein del Sollen. Sobre el Deber (ser) la creación lógica elaborará conceptos categoriales, juicios, argumentos, razonamientos, tesis hasta conformar la teoría pura con los cuales elaborar todo una estructura que sea sistemática, coherente, unificada y con límites precisos pero que muestren sus relaciones y diferencias con otros objetos semejantes.

Uno esperaría entonces que la elaboración del *objeto-modelo* fuera la construcción de un sistema deductivo, pero las cosas pueden no ser así y llevar a Kelsen a expresar algo muy curioso:

(404) KELSEN, HANS. ¿QUE ES LA TEORIA PURA?. Op, cit. p. 9

"Partiendo del factum de la ciencia del derecho, somete a un análisis lógico las proposiciones con las cuales esta ciencia describe su objeto: es decir, constata los presupuestos que hacen posible las proposiciones sobre deberes y derechos jurídicos, responsabilidad jurídica, sujeto jurídico, personas físicas y jurídicas, órganos jurídicos, competencia, jurídica, etc." (405)

De esto se sigue un proceso totalmente inverso al esperado, pues se parte de un objeto real descrito por la ciencia del derecho, para llevar a cabo un análisis lógico de las proposiciones que utiliza esa ciencia y constatar los presupuestos que hacen posibles los enunciados o proposiciones. En otras palabras Kelsen estaría admitiendo la existencia tanto de un derecho positivo como la de una ciencia, anterior a su teoría.

La teoría tendría entonces la función de haber elaborado nuevos presupuestos para hacer posible nuevos enunciados o proposiciones con los cuales construir una nueva ciencia jurídica: la dogmática jurídica que tiene como objeto describir un derecho positivo particular. También esto dice algo acerca del problema de la simultaneidad entre la ciencia y el derecho.

El *objeto-modelo* tiene que tener la serie de presupuestos con los que se construye la ciencia jurídica, empezando desde luego por los postulados y siguiendo con las categorías y sus relaciones.

"De esta manera, obtiene el concepto fundamental de todo conocimiento jurídico: el concepto de norma que afirma que algo, o más exactamente, una determinada conducta humana, debe ser." (406)

Aquí vale la pena una reflexión, si el concepto de norma es la categoría más importante empleada por la teoría pura, es imprescindible sin embargo, distinguir entre esa categoría y la norma real porque una categoría no puede obligar a nada ni a nadie, es tan sólo el presupuesto de que una determinada conducta que debe ser.

(405) Idem.

(406) Idem.

* veáse página 93 de esta investigación.

Kelsen se verá entonces, en la necesidad de distinguir entre los diversos significados de la palabra deber porque no puede confundirse la norma con el enunciado que la describe, ni el deber prescrito en una norma con el deber contenido en un enunciado científico. Luego llevará a cabo la diferencia entre la norma fundante básica de la definición por ella contenida.

El problema a considerar aquí, es si el *objeto-modelo* tendría que tener para cada elemento que describe del objeto real un concepto distinto. La respuesta tal vez iría en el sentido de la azarosa duplicación de nociones así como de la necesaria economía del pensamiento. Se dejaría entonces al intelecto del jurista tener siempre en claro esta distinción.

Regresando a la noción de norma:

"Constata que tal conducta debe ser pero únicamente bajo determinadas condiciones e investiga el sentido específico de la vinculación entre condición y consecuencia en las proposiciones jurídicas (que han de ser caracterizadas como juicios hipotéticos)..." (407)

Partiendo del concepto fundamental de norma, Kelsen agregará una de sus magistrales creaciones: la relación de imputación.

"...en la proposiciones jurídicas, la vinculación de condición y consecuencia se realiza según un principio para el cual la ciencia no ha encontrado hasta ahora ningún nombre que sea universalmente reconocido y para el que la teoría pura del derecho ha propuesto el de imputación (Zurechnung)" (408)

En torno del concepto fundamental de norma y de la relación de imputación, habrán de encontrarse y girar otras nociones básicas, como las de deber, derecho, validez, sistema de normas, sanción, coacción, eficacia persona jurídica, órganos jurídicos, competencia jurídica, etcétera.

(407) Idem.

(408) Op, cit. p. 10

5.1.5 El *objeto-modelo* es producido como una totalidad significativa, mediante un principio metódico ordenador.

Cada ciencia tiene que encontrar un principio metódico que le permita ordenar el material al cual le va a dar un sentido. De esta manera como ya fué visto, Kelsen compara el caos de las percepciones sensoriales que se convierten mediante la aplicación de ciertos principios científicos en un cosmos ordenado, con la multiplicidad de normas jurídicas producidas por los órganos jurídicos que también a través de la aplicación de estos postulados y de los principios metódicos serán convertidas en un sistema unitario y consistente; el ordenamiento positivo, visto así por ciencia.

En el caso de la teoría pura, el principio unificador es el **primer postulado de índole científico jurídica** y se encuentra representado en la suposición de la norma fundante básica.

Como se recordará esta norma es el primer esquema de explicación conceptual de la realidad jurídica. En ella adquiere relevancia el problema de la objetividad porque siguiendo el "hilo conductor" de esta investigación, es posible llevar a cabo la operación intelectual a través de la cual, se dota de -significado objetivo- a los actos subjetivos del primer legislador.

Es por lo tanto, el presupuesto que establece el orden y la unidad del sistema de las normas jurídicas al ser fundante de la validez objetiva.

En el caso de la teoría pura del derecho, el método produce un *objeto-modelo*, algo que la misma teoría supone: **un derecho positivo en general**. En esto consiste precisamente la producción del objeto del conocimiento.

De aquí que el derecho positivo en general sea considerado como un orden normativo mediante la suposición de una norma fundante básica que le da; validez, unidad, pertenencia, fundamento, significación objetiva, al sistema de normas jurídica y faculta a establecer que bajo determinadas condiciones deben ejecutarse determinados actos coactivos eficaces.

Para finalizar este punto, es del todo conveniente recordar a Recaséns Siches, pues él encuentra dos sugestivas aplicaciones de este primer postulado en el campo de la teoría pura. Pero primero su visión del mismo.

*"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."*
(409)

Estas dos aplicaciones son dos postulados filosófico-jurídicos que seguramente Kelsen preferiría denominar científico jurídicos:

- 1) *La norma fundante básica.* (es el método de conocimiento normativo)
- 2) *El Derecho y el Estado.* (su objeto)

Respecto de la *norma fundamental* Recaséns dice lo siguiente:

*"La norma fundamental es el **principio ideal** que reduce a unidad absoluta todos los elementos jurídicos y que, por tanto, crea, posibilita, condiciona, o explica, el objeto de conocimiento, es decir, el Derecho."* (410)

Por lo que se refiere a el Derecho y el Estado afirma que son un mismo objeto:

"La unidad del orden jurídico total, concebida como un centro común de imputación de todas las acciones estatales, es lo -

(409) RECASENS, SICHES. PANORAMA DEL PENSAMIENTO JURIDICO EN EL SIGLO XX. Op, cit. p. 176

(410) Idem.

que constituye la llamada persona del Estado. Esta o, lo que es lo mismo, el Estado como persona, consiste, ni más ni menos, en el Derecho considerado como una totalidad." (411)

Entonces concebir el Estado, aparte del Derecho y como creador y soporte del mismo, es convertir arbitrariamente una relación lógica (en la cual se sostiene que el derecho positivo no puede subsistir sin el Estado) en una relación génética, olvidando que a su vez el Estado no puede ser pensado sin el Derecho.

No hay que olvidar que Kelsen parte de un principio elemental de la unidad de todo conocimiento científico. Luego atendiendo al postulado que establece que el método determina el objeto del conocimiento, se obtiene lo que sigue:

"Si un método específico de conocimiento produce un objeto determinado, otro método específico diferente del primero no puede producir el mismo objeto de otra manera. Por eso -sostiene Kelsen-, no es legítima la opinión de que el Estado pueda ser conocido de dos maneras, jurídica y sociológicamente. Si el correlato del método jurídico es el Estado, -el correlato del método sociológico no puede ser ya el Estado, sino algo diferente." (412)

Porque el Estado sería lo mismo que el Derecho un producto del conocimiento jurídico y por ello sería el mismo *objeto-modelo*.

"Nótese que esta argumentación de Kelsen es de puro tipo kantiano; el objeto de conocimiento no es algo que se dé más allá del mismo, sino una determinación de éste; el objeto es, pues, un correlato del conocimiento. Y el Estado aparece como el producto del conocimiento jurídico" (413)

Recaséns expresamente hace ver el problema que existe de convertir una **relación de carácter lógico** que se está dando entre el conocimiento jurídico y su objeto, en una **relación real u ontológica**, pues asegura a todos aque-

*véase también mi artículo citado en la página 300 de este trabajo.

(411) *Ibídem*, p. 169

(412) *Ibídem*, p. 173

(413) *Idem*.

llos que ven en el Estado una realidad, es decir como un ser, en base a ciertos elementos reales, olvidan que éstos solamente tienen sentido y adquieren significación estatal en la medida en que se encuentran concebidos como elementos de las normas jurídicas.

La identidad entre Estado y Sistema de Derecho Positivo ya tenía también un precedente germinal en el neokantismo, hace ver Recaséns, pues Cohen ya sostenía que la Teoría del Estado es necesariamente una teoría jurídica y Stammler mantenía la idea de que la vida social ha de ser pensada, bajo la condición de una regulación normativa.

"Pero es Kelsen quien ha formulado en términos absolutos la identificación entre Estado y Derecho, llevando esta tesis - hasta sus últimos extremos, y sacando de ella todas sus consecuencias." (414)

El Estado para Kelsen es la expresión conceptual de la unidad del orden jurídico y por ello Estado y Derecho son dos expresiones que denotan un mismo objeto. El Estado es un producto de la construcción jurídica.

"Kelsen afirma taxativamente: la palabra Estado es una expresión personificadora del orden jurídico total: la persona del Estado es sólo una expresión hipostática para designar el sistema del orden jurídico." (415)

Conviene agregar aquí algunos de los argumentos que el propio Kelsen ha esgrimido en otra parte, para sostener que el dualismo estado y derecho, es decir, la existencia de dos entidades diferentes, no puede apoyarse en conocimiento científico alguno, porque en realidad quienes sostienen lo contrario persiguen las siguientes funciones políticas:

"...que esencialmente el estado está colocado por encima del derecho que produce o garantiza, y que en tanto el estado está sujeto al derecho, a su derecho, este derecho como derecho público o derecho internacional "no" es verdadera-

(414) Ibídem, p. 172 y 173

(415) Ibídem, p. 172

mente derecho en el sentido estricto de la palabra como puede serlo el derecho privado, sino una especie de moral jurídica no obligatoria." (416)

Pero Kelsen es más agudo y todavía va más lejos:

"...liberar, según las necesidades políticas, de los lazos del orden jurídico, al gobierno falsamente identificado con el estado (ya que en realidad, aquél solo es un órgano del estado es decir, un órgano de creación y aplicación del derecho instituido por el orden jurídico) y justificar actos de gobierno que desde el punto de vista de la ciencia jurídica no podrían ser considerados como aplicación del derecho material existente." (417)

Se crea así dice Kelsen otro dualismo, el de **derecho y orden**, porque el gobierno pretende crear **nuevo** derecho al margen del derecho existente, haciéndolo pasar sin embargo, como parte de ese derecho mediante la famosa expresión "estado de derecho".

En síntesis, se ha visto hasta aquí como del postulado de que es el método el que determina el *objeto-modelo* de conocimiento, se sigue el sostenimiento de varios principios metódicos con los cuales se va a construir el método de la pureza metódica.

Cabe apuntar aquí que la necesidad de distinguir entre el *objeto-modelo* y el objeto real, aleja al primer postulado de la inspiración neokantiana, pero lo hace aparecer mucho más comprensible al pensamiento.

A continuación un necesario resúmen de los principios metódicos hasta aquí vistos:

EL PRIMER POSTULADO de índole filosófica.
EL METODO DETERMINA O CREA EL OBJETO-MODELO DEL CONOCIMIENTO.

(416) KELSEN, HANS. ¿QUE ES LA TEORIA PURA?. Op, cit. p. 37 y 38

(417) Ibídem, p. 40

Comprende los siguientes principios metódicos:

- a) Cada ciencia tiene su propio método y *objeto-modelo* de conocimiento.

En el caso de la teoría pura, es un método normativista y el *objeto-modelo* es el derecho positivo en general.

- b) Tanto el método como su *objeto-modelo* se caracterizan por ser formales para ser objetivos.

Es la objetividad entendida en sentido formal derivada del pensamiento de Cohen, pues lo formal implica la validez universal y necesaria de sus afirmaciones.

- c) Las teorías dada su formalidad son neutrales en la producción de su *objeto-modelo*. Las ciencias construidas con esas teorías deberán ser neutrales (no valorativas) frente a su objeto real.

La teoría pura dada su formalidad ya lo es, la dogmática jurídica se tiene que concretar a describir un derecho positivo particular.

- d) La creación y determinación del *objeto-modelo* u objeto de conocimiento requiere de la aplicación de las leyes lógicas.

La teoría pura emplea una lógica normativa general, una lógica del deber ser. Con ella aparecen los conceptos jurídicos fundamentales y el vínculo o relación de imputación.

El *objeto-modelo* es producido como una totalidad significativa, mediante un principio metodico ordenador. Aparecen aquí

DOS POSTULADOS índole científico jurídica:
LA NORMA FUNDANTE BASICA Y
LA IDENTIDAD DEL DERECHO Y EL ESTADO.

"...la identificación del Estado con el derecho, el conocimiento que el Estado es un orden jurídico, es presupuesto de una ciencia jurídica auténtica." (418)

Antes de pasar a estudiar todavía más a fondo este primer postulado, es preferible seguir con el análisis de los otros dos postulados de esta investigación y estudiar los principios metodicos que los acompañan a fin de explicar el *método de la pureza metódica*.

5.2 LA SEPARACION ENTRE EL SER Y EL DEBER SER

El método determina o crea el *objeto-modelo* de conocimiento para llegar a describir un objeto real y esto no puede perderse de vista.

"Así, la teoría pura precede lógicamente a la ciencia jurídica particular y constituye una teoría del derecho posible." (419)

Para llegar a esa meta, la teoría pura necesita partir de otras suposiciones, de otras condiciones a saber, de otros principios metodicos y éstos solamente podrán ser obtenidos mediante el segundo postulado de esta investigación que establece el ámbito en el cual se aplicará todo lo que se ha obtenido del primer postulado.

"Sin embargo, dentro de las cuestiones que la teoría denomina *metódicas*, el énfasis es colocado más bien en las condiciones que "hacen posible" la ciencia jurídica, o en términos menos kantianos, que constituyen o determinan su ámbito. Tal delimitación del objeto de una ciencia se obtiene a base de criterios proporcionados por postulados o definiciones." (420)

Nótese que la delimitación es llevada a cabo en base a criterios proporcionados por postulados más que por definiciones.

(418) TPD2, Op, cit. p. 320. Véase también p. 93 la cita 113.

(419) ESQUIVEL, PEREZ. Op, cit. p. 19

(420) Ibídem, p. 167

Esto conduce al segundo postulado de esta investigación y por ende al dualismo entre el Sein y el Sollen.

"La distinción lógica entre ser y deber ser y la imposibilidad de pasar mediante deducción lógica del campo del uno al otro, es una de las posiciones esenciales de la teoría pura del derecho." (421)

Es en el ámbito del Sollen en donde Kelsen habrá de aplicar el primer postulado. De esto se sigue que el método determina un *objeto-modelo* que se construye sobre la idea del Deber. En torno a esta categoría se aplicaran los principios metódicos ya vistos y esto dará por resultado: el postulado de la pureza metódica.

*"De esta división entre ciencias jurídicas normativas y ciencias causales en general y especialmente, de las ciencias sociales orientadas por el principio de causalidad, tales como la psicología social y la sociología, se deduce uno de los postulados esenciales que constituyen la **pureza** de la teoría del derecho que, en tanto ciencia, no tiene que investigar la conducta reglada por el orden jurídico, según el principio de causa y efecto, sino según aquella vinculación que se establece mediante la imputación fundada en este orden jurídico." (422)*

o bien, el postulado de evitar el sincretismo metódico.

*"Es el postulado de evitar el **sincretismo** de una consideración científico normológica con una científico causal, de no confundir el problema de cómo los hombres deben conducirse de acuerdo con un orden jurídico positivo con el problema de cómo se conducen realmente en tanto están determinados por leyes causales". (423)*

Se trata entonces de iniciar un proceso de depuración, en el que se lleva a cabo una separación de las ciencias en atención al *objeto-modelo* que producen para su conocimiento. Sin embargo, como será analizado más adelante, hay también oculto un problema ontológico relativo a los objetos reales.

(421) KELSEN, HANS. ¿QUE ES LA TEORIA PURA?. Op, cit. p. 14

(422) *Ibíd*em, p. 17

(423) *Idem*.

5.2.1 La distinción del objeto de conocimiento mediante el Sollen. El inicio del proceso de depuración.

Mediante la aplicación del segundo postulado de la separación entre el Sein y el Sollen, se dará inició a un proceso de depuración tanto del método como del objeto de conocimiento. Se trata no hay que olvidar de la teoría pura del derecho, no de un derecho puro, es la teoría la que es pura, el derecho se encuentra cargado de diversos contenidos y así lo ha asegurado Kelsen. De esto se sigue que el derecho positivo considerado como un objeto real se encuentra lleno de los más diversos materiales, pero el *objeto-modelo* construido por la teoría pura que es el derecho positivo en general, habrá de ser depurado de todos ellos.

El proceso de depuración consiste en separar las diversas ciencias de la ciencia jurídica.

- I) Las ciencias físicas y las sociales se ocupan del Sein. La ciencia jurídica del Sollen.

En este proceso, la ciencia jurídica en virtud de *objeto-modelo*, de su perspectiva desde la cual produce ese objeto, tiene que ser separada de todas las demás ciencias.*

Mientras las ciencias físicas y sociales emplean el principio de causalidad (si a es b), a determinadas causas se producirán siempre los mismos efectos bajo determinadas condiciones, la ciencia jurídica utiliza el principio de imputación (si a es debe ser b) dado un supuesto debe producirse una consecuencia jurídica.

- II) La ciencias sociales tratan sobre el contenido del derecho positivo. La ciencia jurídica se ocupa de la forma.

* Ninguna otra ciencia puede crear el concepto del derecho positivo en general.

En este caso la sociología se ocupa de estudiar la conducta real de los individuos en la sociedad, mientras que la ciencia jurídica estudia como deben comportarse los individuos conforme a lo prescrito por el derecho, sin importarle si dicha conducta se da o no se da en la realidad. Esto último desde luego, sujeto a la eficacia como una condición de la validez.

En lo relativo a la psicología que estudiaría las causas internas del comportamiento, tales como miedos, temores, entusiasmos, creencias, inclinaciones, tendencias, etcétera, es decir, los motivos de las conductas humanas, la ciencia jurídica por principio requiere de que esas conductas se exterioricen y tengan trascendencia para la sociedad al estar previstas en el ordenamiento positivo. Se llegarán entonces a considerar esos aspectos internos bajo una óptica jurídica en las nociones de buena fe, mala fe, dolo, intencionalidad, etcétera.

En materia de la ciencia económica que podría llegar a estudiar el lugar del derecho en la estructura socio-económica y su importancia en esa clase de procesos, la ciencia jurídica estudia por el contrario la estructura de los ordenamientos jurídicos y los aspectos económicos que formarían parte del contenido de un derecho y solamente en ese sentido podrían llegar a ser tomados en cuenta.

III) La Filosofía del derecho que comprende una axiología y teleología jurídicas, estudiarían los aspectos relativos al contenido, valores y fines del derecho. La ciencia jurídica se ocupa del derecho positivo tal como es, sin emitir juicios de valor.

La separación entre la Filosofía del Derecho y la ciencia jurídica se encuentra dada desde la teoría pura que ha establecido como un principio metodico la no valoración del objeto de conocimiento.

La Filosofía del derecho propondría el derecho que debería ser y con ello llegaría a identificar el derecho con la justicia, la ciencia jurídica no lleva a cabo esta operación sino que estudia lo que debe ser que ha sido establecido por la autoridad jurídica y esto puede ser justo o injusto.

IV) La ciencia política estudia las diversas ideologías que en su búsqueda y conservación del poder, llegan a proponer diversos modelos de justicia. La ciencia jurídica al no ocuparse de los contenidos del derecho y al no emitir juicios de valor, se ocupa del derecho positivo tal como es.

Mientras las teorías políticas como el capitalismo, el marxismo, el nacionalsocialismo, etcétera, se ocupan del arte de gobernar prescribiendo como deberá ser el derecho, la teoría pura alejé a la ciencia jurídica de todas esas ideologías pues no hay valores absolutos en los cuales puedan sustentarse.

V) La ética o estimativa de la moral también estudia normas pero esas normas no se confunden con normas jurídicas. La ciencia jurídica estudia normas que integran un ordenamiento positivo coactivo.

La ética estudia un deber que debe ser mientras que la ciencia jurídica estudia un deber que es y cuyo cumplimiento puede obligarse aún en contra de la voluntad del obligado, una distinción bastante conocida expuesta con todo rigor por Kelsen.

"A partir de la distinción entre ser y deber ser formula Kelsen otro principio metódico supremo de su primera obra. Se sostiene allí que los conceptos jurídicos fundamentales sólo pueden derivarse del derecho positivo y no de otro sistema de normas como la moral o el derecho natural." (424)

 (424) ESQUIVEL, PEREZ. Op, cit. p. 21 y ver nota 13 de la página 17.

Esto implica el problema de que los conceptos fundamentales o son **construídos** por la teoría pura y son anteriores a la ciencia jurídica, o como ya ha sido visto es la teoría la que constata sus supuestos a través de la ciencia tradicional y dichos conceptos son **derivados** del derecho positivo que ya tiene una realidad independiente de la ciencia que lo va a describir. El propio maestro Esquivel se ha dado cuenta de este problema y por principio de cuentas lo atribuye a la confusión entre el nivel de la teoría pura del derecho y el de la Dogmática jurídica, agregando que "obtener", "derivar", "establecer", etcétera, son variaciones que tienen distintas consecuencias metodológicas. (425)

La conclusión de este proceso de depuración culmina en otro postulado científico jurídico que es una aplicación del primer postulado y sus principios metodicos. Lo que importa en el *objeto-modelo* es la **forma** y no el **contenido**, como lo son entre otros aspectos, la estructura de la norma jurídica (principio de imputación) y la estructura jerárquica del orden jurídico, que no cambian y por lo tanto constituyen elementos universales y necesarios requeridos por el conocimiento científico, lo cual implica a su vez que en la Dogmática jurídica lo relevante a fin de cuentas en la descripción del derecho positivo, será la de tomar como base esos elementos formales y aplicarlos.

"Así, la norma que prohíbe en todos los casos el suicidio o la mentira, puede tener tanta validez como la norma que, en determinadas circunstancias, permite, o incluso directamente obliga, al suicidio o la mentira, sin que sea posible demostrar, por vías racionales, que sólo la una, y no la otra, debe ser tenida como válida." (426)

En conclusión a este punto puede observarse que la pureza metódica implica tres grandes depuraciones. La primera está dada en la separación de las categorías del Sein y el Sollen. La segunda implica separar a la ciencia jurídica y su objeto de todas las demás ciencias y

(425) ESQUIVEL, PEREZ. Op, cit. p. 17 la nota (13)

(426) **TPD2**, Op, cit. p. 32

la tercera estriba en profundizar en la noción del deber, para separar la ciencia jurídica de la filosofía del derecho, de las ideologías políticas y de la ética. Este proceso culmina en un postulado de la separación entre la forma y el contenido, siendo el primer factor el preponderante en la construcción de la teoría.

5.3 LA DISTINCION ENTRE LA RAZON Y LA VOLUNTAD EN LA DESCRIPCION Y PRESCRIPCION DE LAS NORMAS.

Este postulado incorporado en la teoría pura en su segunda edición, podría llegar a ser entendido como un complemento de los dos postulados anteriores, en el sentido de marcar la diferencia entre el objeto real que es el derecho positivo creado por la voluntad y el *objeto-modelo* producido por la razón.

El primer principio metodico que podría ser obtenido de él, sería el de no admitir como objeto de la ciencia jurídica ningún derecho que no haya sido creado por el hombre, sino precisamente admitir solamente el que proviene de un autoridad facultada por una norma básica fundamental.

El segundo principio metodico tiene como finalidad mostrar que la ciencia jurídica no puede ser fuente del derecho, es decir, que ella no crea el derecho pues su finalidad es describirlo.

Con todo lo anterior en esta tesis se prueba la hipótesis fundamental de mostrar que el método de la pureza metodica es el resultado de la aplicación de los tres postulados de índole filosófica ya analizados, así como de sus principios metodicos dando lugar a la construcción de postulados de índole científico jurídica.

En conclusión los principios metodicos aportados por este postulado son dos: el de reconocer únicamente como derecho el positivo y por ende como el objeto real de estudio, el derecho creado por una autoridad jurídica y el de la función de la ciencia jurídica de concretarse a describir el derecho.

5.4. HACIA LOS LIMITES DEL PRIMER POSTULADO DE ESTA INVESTIGACION.

Una vez que ya ha sido probada la hipótesis de que el método de la pureza metódica es el resultado de la aplicación de los tres postulados de índole filosófica y de los principios metodicos relacionados con ellos, es pertinente volver a reflexionar sobre estos postulados.

El primer postulado de la TPD en el cual se afirma que es el método el que determina el objeto de conocimiento presenta desde sus orígenes kantianos y neokantianos un grave peligro, a saber: el de establecer con todo rigor sus límites. En otras palabras y volviendo al espíritu del pensamiento de Kant, es necesario siempre tener presente los alcances y las fronteras de la razón.

¿Puede la razón en el proceso del conocimiento llegar a distorsionar la realidad?, pero ¿es concebible la realidad al margen de la razón?, ¿es primero la realidad o es primero el sujeto, son simultáneos?.

Cierta epistemología reduce la realidad a las ideas del pensamiento, la ontología reclama que la realidad no puede ser reducida al mismo. Por una parte se sostiene que lo posible es más amplio que lo real, siendo lo real tan sólo una de sus posibilidades, a ello se opone un principio similar que establece que la realidad es mucho más rica que lo que pueda pensarse de ella y lo posible es tan sólo un aspecto de la realidad.

Los límites al primer postulado de esta investigación se fueron dando a través de su desarrollo y entre ellos pueden citarse los descubiertos por Schulze, Sander y Gierke.*

Schulze había señalado el peligro que existe en el salto entre el pensamiento y la realidad, de algo pensado en un cierto modo, se sigue que existe de ese modo en

*veáse página 26, 55 y 78 de esta investigación.

que es pensado. Ahora podría explicarse en el campo de la ciencia jurídica diciendo que puede darse un peligroso salto entre el objeto modelo construido por la ciencia y el objeto real creado por el legislador, entre el derecho positivo en abstracto y el derecho positivo en concreto. De algo pensado de un modo y es lo que pretende la teoría pura se sigue que existe de ese modo que es pensado.

Después Sander vería esto con mucho mayor claridad y le reprocharía a Kelsen el reducir el derecho a una simple forma conceptual pura, identificando los juicios del derecho con los juicios de la ciencia jurídica y considerándolo a esta última como la fuente del derecho. Aunque no lo dice Sander, la fuente es el postulado científico jurídico de una norma fundante básica.

Gierke remataría mostrando una crítica frecuentemente realizada al racionalismo y en particular a los que parten de este primer postulado en el cambio de la dirección del conocimiento, pues modifican la relación que ha de existir entre el derecho y la ciencia porque reducen la esencia del derecho a su formulación científica, olvidando que el derecho tiene una existencia real antes que la jurisprudencia nazca y sin ella. La teoría y la ciencia se convierten de medios auxiliares en fines.

Pero en este mismo trabajo se ha visto la postura opuesta de García Amado y Vernengo, negando primero que el deber ser sea una esfera de la realidad que existe en sí misma, lo cual es desde luego aceptable pues es una creación humana. Sosteniendo después que tampoco es aceptable pensar que el el derecho preexiste al conocimiento de la ciencia, o bien, que está ya dado en una experiencia precientífica, o que el ser del derecho sería algo accesible teóricamente en forma completa.

Como también ya fué visto esto conduce a la siguiente problemática:

I) La simultaneidad de la ciencia jurídica y su objeto de conocimiento el derecho positivo en una relación de influencia recíproca, siguiendo el pensamiento de Kant, o bien, de Schmill.*

II) De la anterioridad de la ciencia jurídica en la vía de Cohen produciendo el objeto de conocimiento. Las aportaciones funcionalistas de Ebenstein pueden ser también situadas aquí.**

III) La posterioridad de la ciencia jurídica en la senda de la sociología y sobre todo de la eficacia aceptada por Kelsen como una condición de la validez, de la que se seguiría que la norma fundamental tiene un carácter retrospectivo o retroactivo.***

No puedo compartir el punto de vista de Vernengo y G. Amado por varias razones, la primera es por los peligros que encierra la aceptación sin más del primer postulado en la vía crítica de Schulze y Sander ya expuesta. La segunda es histórica, pues sería tanto como decir que el derecho empieza con la teoría pura. El derecho positivo es desde luego una creación humana, serían en tal caso los romanos los que habrían creado la jurisprudencia siguiendo las directrices de los griegos. No obstante esto, todas las grandes civilizaciones han tenido su propio derecho y seguramente desarrollaron un conocimiento sobre el mismo, aunque no siempre llegó a constituirse en una ciencia.

En ambos casos como el de los romanos y el de Kelsen, habría que tener presente que la ciencia jurídica surgiría porque se habría dado a su vez una mayor racionalidad teleológica tanto en la producción como en la aplicación de las normas y en el funcionamiento de sus órganos, como bien ha visto Weber.****

* veáse página 93 y siguientes de esta investigación.

** veáse página 131 y siguientes de esta investigación

*** veáse página 101 y siguientes de esta investigación.

**** veáse página 81 de esta investigación.

La tercera razón va a surgir de considerar que Kelsen trata de amalgamar dos corrientes de pensamiento bien distintas: el neokantismo de Hermann Cohen bajo el postulado de que es la razón la que determina el objeto de conocimiento y el positivismo propugnando por los datos empíricos, por un objeto real que es el derecho positivo, lo cual implicará para la teoría pura en la búsqueda de alcanzar sus objetos, la necesidad de utilizar el postulado opuesto al de su punto de partida, es decir, el de que el **objeto real determinará el método de su conocimiento.**

Algunos indicios de que furtivamente el postulado opuesto ha sido reconocido por la propia TPD, se encuentra en el reconocimiento a la autoatribución o autocaracterización jurídica del material presentado al conocimiento, lo cual implicaría la existencia de un derecho positivo anterior a la ciencia.* El otro viene dado por las propias afirmaciones de Kelsen en el sentido de que la autoridad jurídica tiene que producir el derecho para luego poder ser descrito por la ciencia.**

Este es el argumento que a continuación pretendo probar, el de una teoría que utiliza un método normativo dada la idealidad de las normas, dado sus contenidos significativos pero que tiene que reconocer que esas normas han sido creadas en un determinado tiempo y espacio por una voluntad y las cuales al ser referidas a hechos y conductas, llevarán a la ciencia a la necesidad de emplear un método inductivo y con ello a utilizar el otro postulado, si es que esta ciencia será también empírica como quiere el propio Kelsen.

Se podría pensar que es la teoría la que ha de ser normativista, mientras que la Dogmática jurídica que es la ciencia que se construye con esa teoría, es la que tiene que ser empírica. No hay sin embargo, esta distinción en Kelsen.

*veáse página 108 cita 140.

** veáse página 130 citas 159 y 160.

Agregaría aquí para terminar este punto, la crítica del maestro Preciado Hernández quien asegura que el método de Kelsen, se esconde o se oculta bajo la falsa tesis del idealismo moderno, según la cual es el pensamiento humano el creador y la medida de la realidad.

"El expediente es hábil, porque mediante unas sencillas consideraciones metodológicas, se elude el planteamiento y la resolución del problema fundamental del derecho: el que consiste precisamente en determinar a base de un conocimiento objetivo, el ser del derecho, su naturaleza o esencia y sus propiedades. La actitud de Kelsen es típica de los idealistas que se inspiran en Kant y en Descartes. No parte de una primera aprehensión del objeto que se propone conocer, para determinar en función de las características descubiertas en esta intuición elemental de dicho objeto, cuál es el método más adecuado para alcanzar su conocimiento, cómo se manifiesta en los llamados fenómenos jurídicos. No es el ser, la realidad, el objeto, la medida del conocimiento es más bien el conocimiento el que determina, creando por decirlo así, su objeto, y a través del objeto, el ser mismo, la realidad de las cosas. Es como si queriendo conocer al hombre comenzáramos por suponer que es sólo una estructura o entidad material, una unidad biológica, un organismo corporal; de antemano habríamos deformado, mutilado, el objeto de nuestro conocimiento; sólo conoceríamos del hombre su aspecto fenoménico, sus leyes biológicas y fisiológicas, pero ignoraríamos su ser espiritual, los principios de su inteligencia, de su voluntad de su libertad." (427)

Expone el maestro Preciado con toda claridad el enfrentamiento que se da entre la gnoseología y la ontología y la disyuntiva de los dos postulados, o el objeto determina el método o el método determina el objeto.

"Así la realidad no es algo trascendente al pensamiento y que determine la actividad del entendimiento, sino una creación o proyección del espíritu. Lo ontológico, el ser real, queda desvinculado y no puede ser aprehendido inmediatamente por la inteligencia." (428)

Aunque difícilmente podría ser aprehendido inmediatamente el ser real, la necesidad del enfoque ontológico salta a la vista.

 (427) PRECIADO HERNANDEZ, LECCIONES DE FILOSOFIA DEL DERECHO.
 RAFAEL. UNAM. México, D.F., p. 51 y 43

(428) *Ibíd.*, p. 15

5.4.1 Una concepción monista o dualista de la realidad en Kelsen.

En la búsqueda de los límites al primer postulado aparece el enigma acerca de las ideas que tiene Kelsen en torno de la realidad. En un principio su postura es radicalmente dualista pero de la interpretación de sus obras, los conocedores han obtenido una posición monista.

Dentro de la rica variedad de puntos a través de los cuales puede ser abordada la TPD2, resalta el problema de la cosmovisión del universo que Kelsen dejó ver, así como el papel de la ciencia y del objeto real de conocimiento que se sigue de ella.

El juego de los observadores pueden ayudar a entender la importancia que la concepción de la realidad tiene en la comprensión de una teoría científica y la posibilidad de asumir dos posibles perspectivas que lejos de excluirse se complementan.

Para un observador externo que teóricamente pudiera contemplar este universo sin llegar a involucrarse con él, en su explicación de la gran variedad de los fenómenos y procesos que lo conforman, tendría que utilizar múltiples y distintos enfoques. Ello lo llevaría a exponer lo infinitamente grande como el origen, desarrollo y papel de los hoyos negros en la autocreación del universo a partir de la teoría de la relatividad complementada (Albert Einstein y Stephen Hawking) o a mostrar lo inmensamente pequeño de los quarks partiendo de la mecánica cuántica (Werner Heisenberg) o bien, la nueva frontera del nanoespacio y sus aplicaciones en nanotecnología (Richard Feynman) así como los diversos grados o niveles intermedios en los que aparecerían las sociedades humanas en su complejidad y en ellas el derecho como un factor importante en su comprensión.

Aún en esta perspectiva preponderantemente epistemológica, tendría este observador que tener un control sobre sus enfoques y métodos de conocimiento que le indicarán cuando estos fallan o introducen aspectos que no son propios y adecuados para la comprensión de los fenómenos y procesos. Con ello siempre estará presente la existencia de un objeto real que se resiste a los embates de la razón. Se trataría sin embargo, de una sola realidad captada desde una multiplicidad de puntos de vista.

Pues bien en el desarrollo de este trabajo G. Amado en su interpretación de Kelsen, ha manifestado que éste es monista en su concepción de la realidad, pues aunque ésta puede ser pensada bajo dos ópticas distintas, como lo son las del Sein y las del Sollen, se trataría de dos objetos constituídos por el conocimiento, pero no de dos realidades subsistentes por sí mismas, pues solamente hay una misma realidad para esos dos puntos de vista. Sin embargo, esto más bien podría indicar un cambio de postura en el pensamiento de Kelsen en etapas posteriores a su desarrollo, porque él inicialmente se declara dualista.

Muy diferente es el enfoque para un observador interno que se encuentra realmente dentro de ese universo y esa realidad, las cosas parecen ser las mismas aunque con un cierto matiz. Este observador de entrada se sabe afectado por el entorno y por ello entre otras causas se siente diferente de lo que lo rodea y obviamente ve con toda claridad que sus creaciones son distintas de las del medio ambiente que lo envuelven. En esta tendencia de saberse y sentirse diferente tiende a dividir la realidad en dos, la realidad que la sociedad crea y la otra realidad que sigue indefectiblemente su curso y dentro de la cual está inserta la suya. Esta forma de ver las cosas conduce forzosamente a un dualismo, en palabras de Ortega y Gasset, al del yo y mis circunstancias.

Así de una sola realidad que puede ser contemplada desde múltiples enfoques, aparece la otra perspectiva en la cual no hay punto de comparación entre estas dos realidades: la naturaleza y la cultura. En esta perspectiva prevalece el punto de vista ontológico porque son los objetos reales los que marcan la pauta del conocimiento, aunque desde luego interviene la razón.

Al inicio del tercer capítulo se veía claramente que Kelsen sostiene una concepción dualista de la imagen del mundo y aunque le parece insatisfactorio asumir esa posición no ve otro camino que lo conduzca a un monismo. Así el Sein es diferente del Sollen, como el yo y la realidad, el sujeto y objeto, la forma y el contenido. Esta declaración no parece ser únicamente gnoseológica sino también ontológica, pues claramente se ve que los hechos físicos no tienen punto de comparación con las normas jurídicas razón por la cual necesitan de una ciencia que los describa bajo un principio propio como lo es el de imputación.

En mi opinión ambas perspectivas no tendrían que volverse problemáticas pues son complementarias. Quién dudaría que todo lo que lo rodea y él mismo forman parte de una misma realidad y quién también no llega a dividir esa realidad en dos mundos diferentes, el de lo físico y el de lo cultural, sabiéndose afectado y diferente del primero.

El asunto no tendría que adquirir mucha relevancia, ni causar mucho revuelo, salvo por un tema a saber. El de si los objetos reales existen o pueden llegar a existir independientemente de la razón humana o si su existencia esta directamente relacionada o en función del conocimiento que se tiene de ella. Sin embargo, desde los griegos Prótagoras de Abdera un ilustre sofista ya había lanzado la sentencia:

"El hombre es la medida de todas las cosas, de las cosas, de las que son en cuanto son y de las que no son en cuanto no son".

Era entre muchas cosas y posibles interpretaciones, el anuncio del enfrentamiento entre dos ramas de la filosofía, en donde se ha dicho que Descartes y luego Kant pero sobre todo sus seguidores han llegado a privilegiar la epistemología sobre la ontología.

En palabras sencillas y acordes con esta investigación, es el problema de resolver si el derecho positivo es algo independientemente de su conocimiento o no lo es y forzosamente se encuentra directamente relacionado con éste.

Si el derecho positivo creado por el hombre es algo independiente del conocimiento que se pueda tener de él, entonces el postulado que no podría ser excluido de una teoría del derecho aunque pudieran seguirse otros, sería el de que:

"ES EL OBJETO REAL EL QUE VA A LLEGAR A DETERMINAR EL METODO DE SU CONOCIMIENTO".

Obsérvese que es precisamente el contrario del que parte Kelsen en su teoría pura.

Si opuestamente el derecho positivo no es nada sin el conocimiento que pueda brindar la ciencia de él, entonces prevalecería y podría llegar a ser excluyente el postulado que establece:

"ES EL METODO EL QUE DETERMINA EL OBJETO DE CONOCIMIENTO."

La pregunta radical que hay que formularle entonces a Kelsen y por ende a la teoría pura, es:

¿Si ésta teoría puede asegurarse desarrollarse completamente y llegar a su objetivo sin recurrir al empleo del postulado opuesto?.

Nótese que este problema es anterior e independiente del uso del método de la pureza metodica, blanco de todas las críticas.

La respuesta puedo anticiparla, la teoría pura del derecho al establecer que su objetivo es el estudio del derecho positivo y al aclarar también que el objeto que el método crea lo es solamente para el conocimiento, distingue dos cosas y parte forzosamente de un dualismo de objetos:

un OBJETO TEORICO u objeto modelo
que tiende a la unidad y a la coherencia (de las normas)
el derecho positivo en general.
Construído por el jurista o estudioso del derecho.

contrastado con

un OBJETO REAL,
con muchos aspectos contradictorios (entre ellos los conflictos de normas)
los derechos positivos en particular.
Creados por los legisladores o la autoridad jurídica

El objeto modelo tiene que coincidir en la unidad de su sistema con el objeto real, dados los requerimientos gnoseológicos de la concepción científica seguida por Kelsen.

"Que el significado de la relación de los elementos en el enunciado jurídico sea diferente del enlace de los elementos con la ley natural, remite a que el enlace que se expresa en el mundo 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 intención semejante." (429)

(429) TPD2, Op, cit. p. 91

Al respecto dice Oscar Correas:

*"En este texto la diferencia entre ciencias en general y ciencias sociales-normativas, se asiente en una particularidad del objeto, no en un "punto de vista". Esta particularidad consiste en que la norma -objeto de la ciencia social normativa-, es un objeto **creado** por el hombre, por un **acto de voluntad** dice, mientras que el objeto de las otras ciencias "es independiente de toda intervención de esa naturaleza". (430)*

Esto en mi opinión muestra que Kelsen no puede prescindir del punto de vista ontológico en la TPD2. Pero de esto no se sigue como bien muestra Correas que el derecho se encuentre al margen de la realidad, como si la única realidad fuera la natural y la voluntad que lo produce no fuera también real, ni tampoco que en la naturaleza no pueda darse la intervención voluntaria del hombre pues el simple hecho de intentar conocerla ya implica esa intervención. Mucho menos envuelve la visión de Kant en la Crítica de la Razón Práctica acerca de la voluntad libre que ha sido rechazada por Kelsen.

Lo que si tiene que quedar bien claro es que mientras la naturaleza no ha sido creada por el hombre, el derecho positivo si es una creación suya y de esto se sigue una importante diferencia para la ciencia jurídica entre el *objeto modelo* construido formado por enunciados y el objeto real formado por las normas jurídicas.

También el maestro Esquivel ha visto el empleo de la ontología:

"La diferencia entre ser y deber ser no coinciden exactamente con descriptivo y prescriptivo, ya que Kelsen hace una nueva distinción entre los enunciados descriptivos usando como criterio el tipo de objetos que describen. La descripción de los fenómenos -naturales o humanos- por una ciencia conduce a su conexión causal, en tanto que la descripción de las normas, consiste en la vinculación de conductas humanas vinculadas mediante el deber ser." (431)

(430) CORREAS, OSCAR. KELSEN Y LOS MARXISTAS.

Ed. Coyoacán. México, D.F., p. 51

(431) ESQUIVEL, PEREZ. Op, cit. p. 167

Si la función del objeto modelo construido por la teoría pura es ayudar a la dogmática jurídica a describir el objeto real que es el derecho positivo,

¿Por qué la teoría pura del derecho no acepta también el empleo del postulado contrario, si a la larga tiene que admitir la existencia de un objeto real producido por la autoridad jurídica?

Parte de la respuesta que seguramente daría Kelsen iría en el sentido de que las posturas científicas y iusfilosóficas a las cuales él se opone, se basan y sostienen precisamente ese principio y entre ellas se encuentran el iusnaturalismo así como el positivismo filosófico entre otras. En el caso del iusnaturalismo resulta del todo claro que esta corriente sostiene como el derecho auténtico, al denominado derecho natural que existe independientemente de que el hombre lo conozca o reconozca, es el derecho que vale por su contenido valioso y se tiene la pretensión de presentarlo como absoluto. Aquí el objeto determina el conocimiento porque existe en sí mismo con anterioridad. Ante esto:

"...la conclusión lógica es el criticismo, el positivismo y el empirismo, entendiéndose por tales aquella dirección de la filosofía y de la ciencia que parte de lo positivo, esto es, de lo dado en la experiencia sensible, de lo que los sentidos pueden percibir y la razón comprender, de la experiencia eternamente cambiante, rechazando, en consecuencia, la hipótesis de un absoluto trascendente." (432)

Pero no cualquier positivismo, porque aquel que supone el derecho como algo "dado", como hechos que conforman una realidad empírica que se presenta a los sentidos, de tal manera que puede ser descrito sin recurrir a los postulados de la TPD2, no es aceptado.

(432) KELSEN, HANS. ESENCIA Y VALOR DE LA DEMOCRACIA. Ed. Colofón. México, D.F., 1982. p. 153 y 154.

* véase página 99 de esta investigación.

Sostendría Kelsen en esa misma línea de argumentos, el que todas esas posturas conforman la jurisprudencia tradicional se caracterizarían por su *sincretismo metódico*, es decir, por el empleo de varios métodos para conocer el derecho. Si ha de haber una ciencia jurídica autónoma, ésta tendrá que partir de postulados distintos a los de la jurisprudencia tradicional, en la cual Kelsen asegura no hay tampoco una clara distinción entre el derecho y la ciencia.

En síntesis hay una oposición a considerar un derecho que exista independientemente del hombre y al sincretismo metódico de la jurisprudencia tradicional.

Sin embargo, si se considera que el derecho del que ha de ocuparse la teoría pura es el derecho positivo creado por el hombre, deja de tener razón de ser el primer argumento y en lo que se refiere al segundo, es importante hacer notar que impide la interdisciplinariedad.

Las principales críticas realizadas a la teoría pura del derecho, estriban en la imposibilidad de mantener la pureza metódica. Si estas objeciones son ciertas, entonces resulta que hay todavía una crítica más profunda a la TPD pues resultaría que esta teoría al no poder emplear solamente el primer postulado filosófico, para alcanzar las metas que se ha propuesto, habría echado mano subrepticamente del postulado opuesto del que ha partido en su fundamentación.

Una teoría pura del derecho que tiene como pretensión describir el derecho positivo en sus aspectos formales, es totalmente congruente con el primer postulado. Sin embargo, en el momento en que introduzca otros factores como condiciones de la comprensión de su estudio, tendría que admitir que ha rebasado sus propios límites o bien, que requiere de ese otro postulado: el objeto determina el método de su conocimiento.

A continuación se analizará otra vez el primer postulado de índole filosófica para asegurar que hay una adecuada comprensión de él, en palabras del Mtro. Esquivel:

"Sin embargo, los alcances filosóficos de su teoría son bastante obvios. Sostiene, como sabemos, que el conocimiento - "crea su objeto". A partir del material dado a los sentidos, el proceso cognoscitivo opera conforme a sus "leyes inmanentes" y es esta legalidad del conocimiento la que garantiza la validez objetiva de sus resultados. Estas leyes son las condiciones objetivas del conocimiento, en sentido kantiano, sus condiciones de posibilidad. Al proporcionar tales condiciones la teoría pura aspira a ser una teoría del conocimiento jurídico y, en este sentido, no puede negar su carácter filosófico trascendental." (433)

Una de las consecuencias de que "el método crea al objeto", como bien lo ve el Mtro. Esquivel es que no puede haber dos ciencias que tengan el mismo objeto y diferente método, aunque Kelsen llega a admitir que la sociología y la ciencia jurídica lo tienen.

Por esta razón entre otras en esta tesis se ha establecido una diferencia, como la ciencia jurídica no crea el derecho positivo sino un *objeto-modelo* del mismo (el derecho positivo en general), luego si es posible que haya el mismo objeto real un derecho positivo particular más no el mismo método ni el mismo *objeto-modelo*. No es función de la sociología estudiar el derecho positivo considerado en sus aspectos generales.

"Trátandose de métodos diferentes e incluso incompatibles, - las disciplinas así constituídas y sus respectivos objetos de conocimiento no podrían tener nada en común, a no ser que se postulara un tercer método unificador. El abismo infranqueable y la consecuencia más grave para la teoría pura sería que se quedaría condenada a considerar entidades normativas ideales desconectadas ad initio y ad eternum del mundo de la conducta real." (434)

Como salva Kelsen este problema en opinión del Mtro. Esquivel:

(433) ESQUIVEL PEREZ, Op, cit. p. 176 (434) Ibídem, p. 22

"El recurso de Kelsen es nuevamente la introducción de notas específicas, en este caso la eficacia y la positividad, como parte de la definición del derecho. Los principios metodológicos aparecen claramente como definiciones que delimitan el área de estudio y cuya justificación no es puramente epistemológica, trascendental y a priori, sino que contiene una alta dosis de pragmatismo" (435)

La introducción de esas "notas específicas" en realidad son la oculta aceptación del postulado opuesto del que ha partido la teoría pura, entre ellas pueden citarse las siguientes: la eficacia como condición de la validez, la voluntad como el sentido de las normas jurídicas, la coacción como la aplicación de la fuerza física legal, las decisiones del juez creando normas jurídicas a través de sus sentencias, así como las contradicciones reales entre las normas, el derecho considerado por Kelsen en sus última etapa como un posible sistema abierto, son entre otras, la prueba de la intervención de un postulado ajeno al de partida de la teoría pura, a saber: el objeto real determina el método de su conocimiento.

En este mismo sentido Martín Díaz inicia por reconocer los postulados de índole neokantiana en el pensamiento de Kelsen y dice:

*"...adoptando la idea de que un diseño racional de la herramienta metodológica garantiza la construcción del objeto de estudio. (No es la peculiaridad de lo enfocado lo que determina la naturaleza del método, sino esta última la que delimita el campo analítico de acción para el científico). En segundo término, del neokantismo procede también el corte cognoscitivo entre sein (ser) y sollen (deber ser) que impregnó de manera definitiva a la **Teoría pura del Derecho.**" (436)*

Inmediatamente advierte que el "enfoque-objeto" al

(435) Ibídem, p. 22

(436) DIAZ Y DIAZ, MARTIN. DERECHO Y ORDEN. Ensayos para el análisis realista de los fenómenos jurídicos. Ed. Fontamara. S.A. México, D.F., 1988. p. 72

resolverse en el claro predominio del primero, conduce a Kelsen al *constructivismo*, en cuya concepción se explica la realidad como producto de los procesos cognoscitivos y lo ejemplifica con la coacción como la forma en que la fuerza es concebida y con la identificación del derecho y el estado, en la cual la materialidad del del segundo es disuelta en el primero.

De esta manera Martin Díaz ve primero una inversión pues los procesos reales (fuerza física y el juego material de fuerzas que dan origen al estado) son transformados en procesos cognitivos (coacción e identificación derecho-estado) y luego la realidad es vista como un producto de esos procesos cognitivos.

Luego nos dice, tratar de mantener una barrera infranqueable a través de la pureza metódica que mantenga la división entre las formas normativas y los contenidos fácticos llevará a que:

"La rigidez de esta disyuntiva alberga riesgos inminentes de infidelidad metodológica, pues la explicación jurídica difícilmente podrá obviar al derecho como fenómeno material."
(437)

En la terminología seguida aquí, esto equivale a enfrentar el objeto real con el *objeto-modelo*, el derecho positivo con la ciencia jurídica, llegando a ocasionar una infidelidad metodológica al tener que emplear el postulado opuesto la inicial.

Pasa advertir entonces que:

"En la Teoría Pura no son extraños los pasajes en los que se presenta al objeto de la ciencia jurídica como realidad autónoma y también como principio explicativo de ciertas realidades sociales, sin considerar el flujo inverso; o sea, que la realidad social puede también determinar el sentido de las instituciones normativas." (438)

No solamente puede sino que es un hecho que deter-

(437) *Ibíd*em, p. 76

(438) *Ibíd*em, p. 72

mina el sentido de las instituciones normativas y el flujo inverso reclama precisamente el postulado opuesto al que ha servido de base a la TPD.

El flujo inverso del que habla Martín D, señala los vínculos que tendrían que presentarse entre la sociedad y el derecho, así como entre el derecho y la ciencia. Ellos muestran lo que se extraña en la teoría pura, la ausencia de dialéctica en los procesos explicativos.

Con todo lo anterior ya es posible concluir que el postulado de una teoría general del derecho tiene que ser el que reconozca la influencia recíproca del objeto real y el *objeto-modelo*, del derecho positivo y de la ciencia jurídica y por lo tanto:

EL METODO DETERMINA EL *OBJETO-MODELO* EN LA MISMA MEDIDA EN QUE EL OBJETO REAL DETERMINA ESE METODO Y POR ENDE ESE *OBJETO-MODELO*.

Este es el postulado del que tiene que partir cualquier teoría que pretenda llevar a cabo una explicación general del derecho.

No se trata de negar el primer postulado con el cual se construye la autonomía de la ciencia jurídica y mucho menos los aspectos formales que son necesarios para dar estructura a su sistema de enunciados, pero si de indicar los límites de su aplicación.

5.4.2 De los límites lógicos del primer postulado.

Don Gregorio Robles excelso profesor español que ha visitado nuestro país en varias ocasiones tiene un interesante artículo sobre los límites de la TPD publicado por nuestra máxima casa de estudios. No es posible abordar como en el caso de los otros autores, todos los importantes aspectos que Don Gregorio abarca, solamente se citarán los relativos a este trabajo.

"Cuando el método y el sistema de la teoría se adaptan al objeto, entonces decimos que la teoría es adecuada; también puede decirse que está bien enfocada,..." (439)

En este artículo, el autor entre otras cosas, paradójicamente trata sobre del problema de la adecuación de la TPD al objeto por ella elegido. Digo paradójicamente por dos razones:

a) La primera la proporciona el propio Kelsen quien ha sido muy claro en su primer postulado de carácter epistemológico que guía su investigación de que:

Es el método el que determina el objeto de conocimiento.

Si el profesor Robles no hace referencia a este - postulado es porque seguramente no lo comparte del todo, o al menos piensa que éste no es suficiente para dar una explicación del derecho, dada la crítica integral que lleva a cabo de la teoría pura.

Sostener por el contrario como lo hace Robles que el método y el sistema de la teoría se *adaptan* al objeto implica partir del postulado que afirma que es:

El objeto real el que determina el método de su conocimiento.

b) La segunda porque otros interpretes de Kelsen han asegurado en este mismo trabajo que no puede haber derecho que exista al margen de la determinación de la ciencia jurídica, que la ciencia es el dato básico y fuera de ella no hay objeto alguno.*

A su manera el profesor Robles también va a distinguir entre el *objeto-modelo* y el objeto real.

(439) ROBLES, GREGORIO. LAS LIMITACIONES DE LA TEORIA PURA DEL DERECHO.

ED. UNAM. México, D.F., 1989. p. 22

veáse página 97 y ss. de esta investigación.

Supone Robles que entre una teoría (método y sistema) y el objeto acotado, es decir, por ella determinado tiene que haber una correspondencia. Sería desde luego preferible denominarlo en vez de objeto acotado, el *objeto-modelo* de la TPD o en palabras del propio Robles el sistema construido por ella.

"...y el objeto acotado. Este no tiene que ser confundido con la realidad fenoménica. El objeto de una teoría es siempre una acotación artificial de la realidad llevada a cabo desde determinada perspectiva. La perspectiva la proporciona el método. El sistema es lo construido a partir de la reflexión, siguiendo las pautas marcadas por el método, sobre el objeto acotado." (440)

Se trata entonces de dos cosas distintas aunque relacionadas, por un lado el objeto acotado que es una construcción artificial de la realidad, un *objeto-modelo* que Kelsen en la TPD elabora para explicar un objeto real que en el caso de la esa teoría en palabras de su propio autor es el derecho positivo y más específicamente las normas jurídicas.

El método dice Robles que ha de estudiar ese objeto es el descriptivo-normativista, con el cual se describe la estructura de las normas jurídicas así como la estructura típica del derecho positivo. Pero ese derecho positivo es a su vez un sistema de normas jurídicas susceptibles de descripción, en ello asegura el profesor Robles salta a la vista el círculo vicioso en el que cae la TPD.

"Antes al contrario, su posición inicial contiene ya la respuesta dada de antemano: el derecho es un conjunto de normas, esto es, de proposiciones de deber ser, y esto es así porque el único método idóneo es el normativista. Pues que sólo se puede estudiar normativamente el derecho, éste ha de ser por necesidad un conjunto de normas. Y viceversa: ya que el derecho es un sistema de normas, sólo podrá ser estudiado normativamente." (441)

(440) *Ibíd*em, p. 22

(441) *Ibíd*em, p. 23

En otras palabras se presupone lo que se define y se define lo que se presupone. El círculo vicioso aunque no es explicado por Robles sino solamente mostrado, consiste en que hay dos proposiciones las cuales se demuestran una por la otra y viceversa. Un problema semejante analizado en esta tesis, se da entre las nociones kelsenianas de norma y deber.

Lo que no alcanza a ver Robles es que este círculo vicioso puede llegar a ser congruente con el postulado en el cual se establece que es el método el que determina el objeto de estudio. Kelsen ha decidido que el único método que puede determinar el objeto de estudio es aquél que al mismo tiempo está creando ese *objeto-modelo* de conocimiento y por ello no puede ser otro que el normativista.

Con esto aunque sin proponérselo, Robles pone al descubierto uno de los grandes problemas y límites a los cuales se enfrenta el postulado epistemológico del cual ha partido Kelsen.

El postulado que reza el método determina el objeto de conocimiento puede caer en círculo vicioso, sofisma o falacia, en el cual sin un previo análisis crítico dice Robles se suprime la heterogeneidad lingüística de las reglas.

Robles va más lejos y dice que hay una imposibilidad epistemológica y una petición de principio en el método asumido por Kelsen.

Por mi parte indicaría los problemas de no haber establecido con toda precisión los límites de aplicación del primer postulado y los problemas derivados de su herencia kantiana y neokantiana, por lo cual se llega a confundir y no ha coincidir, el modelo teórico con el propio objeto real, veámoslo:

"La imposibilidad epistemológica se deduce de la frase "la ciencia del derecho intenta comprender su objeto jurídicamente, esto es, desde el punto de vista del derecho". Según esta sentencia, la ciencia del derecho intenta conocer el derecho desde el punto de vista del derecho. De esta manera el derecho no sólo es objeto de conocimiento, sino también punto de vista, perspectiva metódica. El derecho es el objeto que la ciencia del derecho conoce, y al mismo tiempo es el punto de vista adecuado para conocer aquel objeto." (442)

Y comenta Robles que sería tanto como decir que la ciencia de los animales intenta conocer los animales desde el punto de vista de los animales y sería lo mismo para la ciencia de las estrellas. Así pues el error de Kelsen es considerar el objeto real al mismo tiempo como el punto de vista o perspectiva de conocimiento.

Aunque no es la misma crítica, vale la pena recordar páginas atrás la del maestro Preciado quien sostiene que Kelsen mediante una sencilla consideración metodológica presupone que el derecho es solamente una estructura formal de normas, con lo cual de antemano ha deformado, mutilado, el objeto de conocimiento.

Regresando con el profesor Robles nos ayuda a descubrir los límites a los cuales puede conducir el primer postulado, la de asumir el propio objeto real como punto de vista y con ello se sigue la imposibilidad epistemológica de este postulado, en una posible mala aplicación del mismo.

Si recordamos Kelsen nos dice que este primer postulado es exclusivamente una creación para el conocimiento, pero ahora resulta de acuerdo con Robles que esta creación desde el inicio tuvo su base en un objeto-real que es el derecho positivo, a tal grado que toma ese mismo objeto real como su punto de vista pero lo hace aparecer como el objeto teórico u *objeto-modelo* construído por la teoría, para hacernos ver que existe de ese modo en el que es pensado.

(442) *Ibíd.*, p. 40 y 41

Lo cual nos regresa de nuevo a Schulze y el salto entre el pensamiento y la realidad pero con una variante, se trata en primer lugar de que hay una creación humana denominada derecho positivo. Esa creación está integrada por normas jurídicas y así es reconocida, entonces al querer conocer científicamente esas normas, se les toma a su vez como el punto de vista, para sostener que de acuerdo con ese punto de vista así existen y son.

"La petición de principio se revela cuando Kelsen sostiene que comprender algo jurídicamente no puede querer decir otra cosa que comprenderlo como norma jurídica o como contenido de una norma jurídica. [...] Se da por supuesto que sólo hay normas, esto es, proposiciones de Sollen, y también que hay un método "normativo" que conoce las normas. Dos suposiciones que constituyen, en mi opinión, el máximo exponente de la quiebra de la teoría pura del derecho." (443)

La misma crítica vuelve a ser aplicable porque la normas no pueden ser el objeto real de estudio y a la vez una perspectiva de conocimiento. Sostiene Robles que estas suposiciones de las que parte la TPD se vuelven punto de partida intocable, dogmas evidentes e incontrovertibles.

El párrafo anterior podría ser interpretado de otra manera si se distingue entre enunciados deónticos elaborados por la ciencia jurídica y las normas que integran el derecho positivo.

Dice Robles muy claramente que:

"En caso contrario, esto es, cuando la teoría (método y sistema) no se adapta al objeto, la teoría es inadecuada o desenfocada." (444)

Dos son la razones por las cuales sostiene el profesor español que la teoría pura del derecho se encuentra desenfocada.

(443) Idem.

(444) Ibídem, p. 22

La primera es la positividad del derecho que consiste en el *hecho* de que las normas jurídicas han sido *puestas* por un conjunto de actos de voluntad. El denominado método normativista de Kelsen no puede ocuparse de *hechos*, de la positividad sino de la estructura normativa del sistema jurídico.

La segunda, una teoría que instrumentaliza tal método tendría que ser una Teoría de las normas y no la teoría de las normas jurídicas, que no es representativa de una ciencia jurídica autónoma, sino todo lo más una *parte* de la ciencia de las normas o de la teoría general de las normas.

Por otra parte asegura Robles que tampoco hay una *adecuación* del sistema teórico construido al objeto real que había prometido describir la estructura interna formal del derecho pues

"...ya que introduce elementos ajenos a la estructura interna del derecho positivo, tales como el concepto de positividad, el de eficacia, y el de la norma fundamental." (445)

Y con ello Kelsen va más allá pues inserta en el estudio las condiciones reales de la existencia del derecho positivo, trascendiendo los límites del objeto de la teoría. La positividad se refiere a la condición previa, al hecho de como las normas son puestas, la eficacia a la condición posterior, al hecho de cómo las normas una vez puestas son acatadas o cumplidas. Además del positivismo, agrega un tema de origen kantiano, una norma fundamental que no es una norma positiva.

"Puede concluirse, por tanto, en que estos tres elementos señalados son manifestación de un desenfoque o inadecuación entre el sistema construido por la teoría pura del derecho y su objeto. Los dos primeros porque pertenecen al campo de lo psicosocial y el tercero (la norma fundamental) porque supone una ficción ajena al derecho positivo. En los tres casos estamos en presencia de elementos irrelevantes para conocer la estructura interna de éste." (446)

(445) *Ibíd*em, p. 25

(446) *Ibíd*em, p. 26

Para los efectos de esta investigación, al introducir Kelsen las condiciones reales de la existencia del derecho positivo, como bien señala el profesor Robles y otro autores ya analizados, en realidad la teoría pura tiene que emplear subrepticamente el postulado opuesto al suyo, a saber:

de que es el objeto real el que determina el método de su conocimiento.

El profesor Robles sin embargo, ha aportado además a este trabajo en su crítica a las limitaciones de la teoría pura del derecho, los problemas de carácter formal que pueden seguirse de un mal empleo en la aplicación del primer postulado de esta investigación como lo son: la petición de principio y el círculo vicioso.

En su magistral crítica, Robles hace ver que el calificativo de "general" no afecta a "Derecho", sino a "teoría". Aunque habría que observar que el Derecho así tratado por la teoría lo es en carácter general.

*"Es la teoría la que ha de manifestarse como "general", lo - cual no puede querer decir otra cosa sino que esta disciplina ha de abordar adecuadamente, en su generalidad, **todos** los los problemas teóricos que atañen **directamente** a los juristas, y por tanto no sólo el problema de una definición del derecho o de una descripción de sus elementos estructurales." (447)*

La TPD no es una teoría general del derecho dice el profesor Robles, porque si bien tiene una teoría de los conceptos jurídicos fundamentales y una teoría del sistema jurídico, carece de una teoría de la dogmática jurídica sobre la interpretación de los textos jurídicos y una teoría de la decisión jurídica para la creación y aplicación del derecho ya creado. Su teoría de la interpretación es negativa, escéptica, es un marco abierto a posibilidades interpretativas. Todo esto que dice el profesor Robles implicaría la necesidad de utilizar el postulado opuesto, del cual parte la teoría pura.

(447) *Ibíd*em, p. 14

5.5. DE LOS LIMITES DEL POSTULADO QUE ESTABLECE EL DUALISMO ENTRE EL SEIN Y EL SOLLEN.

Es el propio Kelsen quien señala los límites de este postulado pues siguiendo a Simmel expresa que en sentido lógico solamente puede probarse un deber reduciéndolo a otro deber que se presupone seguro, más allá del cual se puede seguir preguntando psicológicamente, pero no ya - lógicamente.*

Esta afirmación puede tener varias vías de investigación. La primera es cuestionar por la lógica a la que hace referencia Kelsen. La segunda es preguntar cómo se origina el deber y si esa respuesta es solamente psicológica como afirma Simmel. La tercera es la de tratar de delimitar la aplicación del dualismo. Todas ellas serán tratadas a continuación.

La lógica formal clásica o proposicional tradicional es el punto de partida para la comprensión de este dualismo del Sein y del Sollen. Es al interior de esa lógica en particular como la separación se vuelve tajante y hasta podría decirse absoluta, pues en caso de no respetarla se corre el peligro de cometer falacia naturalista, al tratar de derivar un deber de un ser y viceversa, pues ambos conceptos fundamentales en opinión de Kelsen se excluyen recíprocamente. Sin embargo, quedan abiertos los caminos para otros tratamiento lógicos.

No hay que olvidar que Kelsen da al Sein y al Sollen un tratamiento de categorías que son inherentes al ser humano, razón por la cual posibilitan el conocimiento y no puede preguntarse nada acerca de ellas.

Sin embargo, acorde con el positivismo Kelsen indica que la separación entre el Sein y el Sollen es relativa pero no absoluta, porque para la ciencia no hay nada absoluto, aunque él mismo trató de solucionar el dualismo sin llegar a conseguirlo.

* veáse página 194 de esta investigación.

El Sollen tiene como característica la de ser considerado como válido, independientemente de su realización o acatamiento por la sociedad, pues siempre entraña la posibilidad de su incumplimiento o inobservancia. De otra manera, si se diera su cumplimiento indefectiblemente entonces tendría que ser explicado causalmente y no en una relación de imputación como bien ha visto Kelsen.

Es obvio sin embargo que si lo que debe ser nunca llegará a ser o en palabras de Kelsen, si un algo que es debido no llegara a coincidir con otro algo real, entonces no tendría ningún valor, ni ninguna utilidad el tratamiento del deber. Esto no es así, pues hasta el propio Hume acepta que hay una gran preocupación por inculcar la moral en la sociedad debido al gran influjo e impacto que tiene sobre la misma. Luego hay órdenes normativos porque éstos en buena medida llegan a ser observados por aquellos a quienes van dirigidos.

Kelsen en la vía formalista de su pensamiento se limita a indicar que el contenido del deber solamente puede ser conocido mediatemente cuando ya ha sido prescrito, pero no dice que ocurrió en la persona o en las personas que lo prescribieron, cómo es que llegaron a formularlo pues siguiendo a Simmel y a Windelband seguramente considera esa investigación de carácter psicológico.

Aquí vale la pena señalar que no se encontró algún autor dentro de los comentaristas de Kelsen que se haya hecho la pregunta de cómo se origina o surge el deber ser, tal vez, por pensar que su respuesta, siguiendo a Kelsen, sería al margen de la pureza metódica.

Sin embargo, ante la pregunta de por qué se debe acatar una norma, la respuesta de Kelsen es insuficiente, no convence la contestación de que hay otra norma ideal o ficticia que establece que hay que respetar las normas que derivan formalmente su validez de ella, pues esa respuesta está basada en encontrar el fundamento lógico del deber. Podría ensayarse otra camino en una vía ontológica y eso se presentará a continuación.

5.5.1 El otro fundamento de la separación entre el (Sein) ser y (Sollen) deber.

Ya fué visto en el análisis anterior que el método determina un *objeto-modelo* que se construye sobre la idea del deber con base en principios metódicos que darán lugar a la pureza metódica. No hay que perder de vista que la finalidad de la teoría es la de proporcionar la base conceptual con la cual la Dogmática Jurídica llegará a describir un derecho positivo en particular.

Fué necesario entonces distinguir dos clases de objetos: uno teórico y otro real, creados ambos por el hombre, el primero por la razón y el segundo en opinión de Kelsen por la voluntad así como dos postulados opuestos pero complementarios, el método determina el *objeto modelo* y el objeto real determina el método.

Tomando como antecedente todas estas ideas es necesario ahora pasar a analizar el segundo postulado de esta investigación. Al inicio de este trabajo se vió que un postulado en su carácter de principio o proposición fundante puede ser entendido en dos sentidos: como un *principio de realidad* mostrando el origen real de una cosa o de un ser, o bien, como un *principio de razón*, dando a entender cómo algo puede ser considerado lo que es mediante la coherencia de las proposiciones.

Kelsen partirá de este segundo sentido lógico de la proposición fundante en la aplicación del dualismo entre el Sein y el Sollen para desarrollar la teoría pura y en base a ello se cuestionará por el fundamento de validez de ambos. De esta manera asegura que la razón de un deber solamente puede encontrarse en otro deber hasta llegar a uno que se supone necesario. Así el fundamento de un hecho solamente puede encontrarse en otro hecho y el fundamento de una norma solamente puede encontrarse en otra norma, hasta llegar a la norma fundante básica.

Puesto que el deber ser no se encuentra en lo que rodea el hombre, ni tampoco existe en sí mismo porque no es algo metafísico, solamente puede encontrarse en lo humano. Kelsen siguiendo a Kant vió en el Sein y el Sollen el papel de categorías para poder pensar las cosas, pero siguiendo a Heidegger podría indagarse si tienen un nivel por decirlo así, más profundo y son "existenciarios" que forman parte de la estructura óptica del ser humano y se relacionan con el cuidado que éste se debe a sí mismo. De esta manera son básicos para poder sobrevivir y las reglas de conducta habrían surgido en primera instancia de esta necesidad inherente al ser humano.

Considerado que el Sollen es una proyección de lo humano y por ello una creación que solamente tiene sentido para alguien que pueda interpretarlo, comprenderlo y si fuera el caso acatarlo, es conveniente entonces investigar el proceso ontológico, psicológico y social en el cual el hombre crea el deber. Esto solamente es posible hacerlo indagando el otro sentido del postulado en su carácter de principio o proposición fundante y preguntarse:

¿Cómo surge el Sollen, el deber (ser)?.

La respuesta que encuentro es que el Sollen al ser parte de la estructura óptica del hombre, proyectado hacia sí mismo y hacia otros, se origina en contraste con el Sein, con la realidad. Se trata de una operación mental en la cual el hombre puede vislumbrar cómo sería el futuro de un cierto estado de cosas que afectan sus intereses vitales y los de la sociedad y de ahí evaluar la conveniencia de regular su conducta propia o la de los demás. Es un proceso que se viene desarrollando desde el hombre primitivo hasta el hombre contemporáneo.

El deber no puede derivarse del ser porque es una creación humana.

Este también podría ser el punto de partida para explicar en el dualismo entre el Sein y el Sollen, cómo es que el segundo es llegado, a ser visto o comprendido como algo independiente del primero, algo que obliga tanto individual como colectivamente y tiene por ello una cierta objetividad semejante a la verdad científica.

Desde luego que se podría aceptar en la vía de Kelsen que el deber surge de una voluntad, pero no de cualquier voluntad y mucho menos de una voluntad separada de la razón porque ésta última no puede ser reducida a la razón científica descriptiva como pretende Kelsen en la vía de Hume y el positivismo.

El hombre reflexiona y evalúa si un cierto estado de acontecimientos debería o no debería producirse y en los casos considerados favorables, decide prescribir una cierta conducta, hacía sí mismo al principio y luego hacía los demás. El deber deviene en contraste siempre frente a un estado de cosas.

Me parece que una voluntad introduce en el mundo cultural el deber* (ser) con los siguientes propósitos - siempre relacionados con la conducta humana:

- 1.- Para que un estado de cosas, siga dándose de esa misma forma, siendo tal como es. Entonces se prescribe u ordena que el estado de cosas debe ser mantenido, debe seguir siendo así y no de otro modo. Conservar.

Ej: Un sujeto establece la regla de levantarse temprano para seguir alcanzando un buen lugar para poder pescar.

Ej: Una tribu fija los límites de su territorio para evitar la entrada de extranjeros y mantener su estatus.

Ej: Los partidos políticos piden que continúe el Tribunal Federal Electoral para garantizar una justicia imparcial en los fallos sobre esa materia.

*deber es utilizado en el sentido propuesto por Kelsen y comprende lo ordenado, lo prohibido y lo autorizado.

- 2.- Para que un estado de cosas, no siga dándose de esa misma forma, cambie o no vuelva a ser j́amas. Entonces se prohíbe que siga ese estado de cosas, o que las cosas cambien o se tomen las medidas para que no vuelvan a darse j́amas.
Prevenir, modificar y extinguir.
Ej: Un sujeto establece la regla de aplicarse en las mañanas un filtro solar para evitar verse afectado por el ćncer de piel.
Ej: Los hombres celebran un pacto social en el cual ceden sus derechos a fin de obtener la garantía por parte del Estado del derecho a la vida.
Ej: Se ordena la cura y vacunaci3n de todos los miembros de una sociedad a fin de prevenir y erradicar el sarampi3n.
- 3.- Para que un estado de cosas que aú n no es, lo sea en el futuro. Se prescribe lo necesario para que é ste se dé. Crear
Ej: Un sujeto pasado de peso, se impone como regla propia de conducta el de mejorar su condici3n f́sica a trav́s de la realizaci3n de ejercicios.
Ej: Una naci3n impone un impuesto a sus habitantes con la finalidad de recaudar fondos para crear barreras que impidan las inundaciones.
Ej: Un Estado ofrece alicientes econ3micos para las parejas que tengan hijos.
- 4.- Para que un estado de cosas que podrían darse en el futuro, no lo sean. Se prescribe lo necesario para impedir que se den. prevenir y modificar.
Ej: Un sujeto se impone como regla no aceptar ninguna invitaci3n a consumir drogas, pues teme terminar de esa manera con su vida.
Ej: Una Naci3n impone medidas para impedir la llegada de terroristas.
Ej: Se establece un cerco sanitario a fin de impedir la llegada de una enfermedad contagiosa.

Luego, el deber ser surge del contraste con un estado de cosas, en una reflexión mental que valora si una situación ha de mantenerse, ha de evitarse, ha de surgir o es preciso impedir que llegue a darse, o bien, una combinación de estas posibilidades.

También tendrían que estar los ejemplos negativos, es decir, cuando la razón se equivoca y le presenta a la voluntad un contraste erróneo del estado de cosas real o del que se seguirá una vez impuesto el deber y desde luego cuando de una estimación del futuro estado de cosas se opta por prescribir una situación injusta.

Lo anterior constituye un breve ensayo acorde con la primera visión del fundamento en la cual ha de indagarse su origen, su fuente y la forma en que surge el deber. A diferencia de Kelsen que vería en ese origen un carácter psicológico, aquí se ha mostrado su posible comprensión ontológica.

No hay que perder de vista también que en este trabajo se encontró que el propio Kelsen manifiesta que el fundamento del dualismo entre el Sein y el Sollen, tiene su base en un dualismo anterior de las funciones de la voluntad versus la razón. Siguiendo a Christoph Sigwart, Kelsen distinguirá entre la "representación de un futuro estado de cosas," (como las que fueron tratadas antes) que es un acto del pensamiento que **precede** a la voluntad, y el querer que se sigue de esta reflexión. Esta distinción lo lleva a asegurar que ese pensamiento no es inmanente al querer y no se confunde con él. Lo que Kelsen no nos dice es qué pasaría sin ese pensamiento que precede a la voluntad. Si hubiese reflexionado sobre esto, vería que eso conduce a un irracionalismo.

En este sentido, Kelsen comete un error al separar tajantemente la voluntad de la razón, optando por resaltar las excepciones y no por mostrar las generalidades.

Al proceder de esa manera no se da cuenta de que una voluntad que se manifiesta sin saber lo que quiere y algo más radical, una voluntad que elabora normas sin saber lo que manda, permite o autoriza lleva ya una contradicción en sí misma. Efectivamente pueden darse estos casos en que una voluntad o varias voluntades actúen de esta manera, pero muy difícilmente esas voluntades podrían llegar a sobrevivir y mucho menos estarían en posibilidad de crear un derecho positivo.

Si bien es cierto entonces que la voluntad no piensa y la razón no quiere, lo cual en el fondo nos llevaría a un problema de un querer puro y un conocimiento puro, a una voluntad práctica y a una razón teórica, lo cierto es que aceptada la distinción entre la voluntad y la razón, **éstas no funcionan una al margen de la otra** y aunque pueden llegar a hacerlo, no es la manera habitual en la que se desenvuelven los humanos.

Llegados a este punto es necesario delimitar el postulado del Sein y del Sollen. Kelsen llega a emplearlo para separar los objetos naturales y sociales que pueden ser explicados mediante el principio de causalidad, de los objetos normativos que pueden ser descritos mediante el principio de imputación. Pero haciendo a un lado a toda la naturaleza incluida la del hombre considerada desde un punto de vista físico, el dualismo tiene que ser referido exclusivamente a las conductas humanas y a los hechos relacionados con esas conductas humanas. En otras palabras no se trata de todo lo que es, sino solamente de aquello que puede tener sentido y relación con las conductas debidas para emplear la expresión del propio Kelsen.

Resulta entonces que el deber solamente tiene sentido para los seres humanos. De esta manera queda también delimitada la falacia naturalista pues en ella se pone de relieve que se pasa de proposiciones referidas a las conductas que son o no son, a proposiciones en las cua-

les se prescriben que esas conductas deben o no deben ser. Hume argumenta que imperceptiblemente en la falacia naturalista se pasa de unas proposiciones a otras y esto quiere decir que solamente hay dos situaciones:

- 1) Se comete falacia naturalista sin estar consciente de ella.

Este falso argumento se resuelve si el que ha incurrido en este error lógico, está dispuesto a mostrar las razones que lo llevaron a contrastar un cierto estado de cosas para crear un deber. Se deja a un lado la deducción lógica y se pasa a su justificación moral.

- 2) Se comete falacia naturalista estando consciente de ella.

En base a una postura filosófica o ideológica se sostiene que no hay falacia naturalista, o bien, no se está dispuesto a la justificación moral.

Si bien es cierto que las normas son normas y no guías de conducta, lo cierto es que aquí solamente se está tratando el problema relativo a la falacia naturalista que consiste en derivar de unas proposiciones acerca de la conducta humana que es o no es, otras proposiciones de como debería o no debería ser.

Lo que se está diciendo es que una manera de evitar la falacia naturalista es mostrando la intervención humana, para explicar porqué un estado de cosas deberá ser creado, mantenido, modificado o evitado. No pueden confundirse sin embargo las razones por las cuales surge el deber, con el deber mismo, así como no se confunden las razones para la acción con las mismas normas.

También se está argumentando acerca de la razón, ésta no puede ser reducida como quiere Kelsen siguiendo

a Hume, al descubrimiento de la verdad y la falsedad pues se acaba de mostrar al menos otra de sus operaciones como lo es la justificación.

En el mismo sentido la voluntad tampoco puede ser reducida a querer prescribir normas, porque para poder describir algo se necesita la voluntad de quererlo describir. Luego en el conocimiento también interviene la voluntad.

Por último, como el deber no se autopresupone, ni se autocrea, aunque Kelsen utilizando una ficción pueda hablar de autocreación del derecho, es necesario el sujeto que presupone o que crea el deber. Incluso la norma básica fundante o la norma ficticia es presupuesta por alguien. Al menos desde el punto de vista ontológico hay un ser en el que se da el tránsito del Sein al Sollen y en ese terreno no es posible aplicar el punto de vista lógico, en el cual opera la falacia naturalista.

Por ello dice el Maestro Preciado:

"...los adictos a esta tendencia de la filosofía moderna, afirman dogmáticamente que hay una separación irreductible entre el ser y el deber ser, entre la realidad y el valor. Si procedieran filosóficamente, deberían comenzar por preguntarse: ¿es cierto que son irreductibles el ser y el deber ser?; ¿es falsa la posición que considera al deber ser como una proyección del ser, como una finalidad implícita en el ser?. (448)

Desde el punto de vista de la filosofía de la ciencia, solamente hay un objeto hasta el momento que pueda dar cuenta de sí mismo y ese es el hombre, así también solamente hay un ser que puede crear el deber como posibilidad y luego como una realidad.

Tratar de mantener la coherencia lógica de los postulados con los cuales se crea el sistema de la teoría pura, llevará a Kelsen a enfrentar el problema del contacto de ésta con la existencia del propio derecho positivo.

5.6 DE LOS LIMITES DEL TERCER POSTULADO RELATIVO A LA VOLUNTAD Y LA RAZON.

La función de la razón es la de conocer y describir, la de la voluntad es querer y prescribir reza este tercer postulado. Es un dualismo establecido por Kelsen para responder entre otras críticas, a la de Sander quien hace ver que en la teoría pura, aparece el dogma de la ciencia jurídica como fuente y creadora del derecho.

Sin embargo, este postulado que en alguna forma intenta mantener la coherencia lógica de la teoría pura, llegará a provocar serias contradicciones con los dos primeros postulados.

Por lo que se refiere a la voluntad en su función prescriptiva es necesario hacer ver que ni de la "voluntad construída conceptualmente", ni de la simple "voluntad psicológica" será posible obtener normas jurídicas y ello será deducido de la propia argumentación de Hans Kelsen como será analizado más adelante. En lo relativo a la razón Kelsen pretende como ya ha sido visto, reducirla a la razón científica siguiendo los dictados positivistas, lo cual desde luego no es aceptable.

"Para la mentalidad positivista sólo hay un modo de racionalidad cognoscitiva, que es la representada por la razón científica descriptivista." (449)

Al inicio de esta investigación* se estableció la necesidad de comprender el **hilo conductor** del sentido subjetivo y objetivo de los actos humanos. El primero es la manifestación de la voluntad empírica y el segundo es - proporcionado por la norma en el reconocimiento de que lo manifestado por esa voluntad tiene un carácter jurídico.

(449) ROBLES, GREGORIO. Op, cit. p.17

* veáse página 102 de esta investigación.

Lozano reconoce en lo que aquí se ha denominado el hilo conductor de esta investigación, que el "sentido" es una aportación neokantiana y tiene una naturaleza ontológica, se trata de un nexo empírico inmanente a los acontecimientos y aserciones. Su función es unir la realidad con lo pensado, la voluntad psicológica con el texto legal y viceversa.

Este hilo conductor aparece en la TPD2 no así en las primeras obras de Kelsen en las cuales se maneja una noción distinta de la voluntad.

5.6.1 La voluntad construída conceptualmente y la voluntad psicológica.

Mientras Kelsen había partido en sus primeros escritos de una concepción de la voluntad, semejante a la neokantiana de Cohen, en la cual ésta es una "construcción conceptual" que debe ser entendida al interior del sistema jurídico y nada tiene que ver con la "voluntad psicológica", la cual se encuentra fuera de la comprensión de lo jurídico, en sus últimas obras poco a poco irá cambiando esta concepción hasta aceptar que la norma jurídica es el sentido de una voluntad psicológica que se dirige a otra.

Este cambio posiblemente se deba entre otras razones a la imposibilidad que encuentra Kelsen de aplicar los principios de la lógica clásica tanto a las normas como a los enunciados que describen esas normas, porque las normas son consideradas ahora el sentido de actos de voluntad.

Al inicio siguiendo el postulado de evitar el sincretismo metódico, Kelsen sostiene que la forma del deber es totalmente independiente del querer, éste solamente podría constituir el contenido de un deber pero nunca ser el deber mismo. Esta equiparación entre ser y contenido por un lado y deber ser y forma por el otro, será abandonada por Kelsen.

Sostiene también la posible contradicción que puede darse entre el querer y el deber: como deber actuar sin quererlo y querer algo sin deberlo. A lo cual agrega que se puede querer algo que de antemano se sepa que no puede ni debe ser.

Kelsen encuentra más adelante varios argumentos para mostrar que la noción de voluntad obtenida por los psicólogos era inservible para los juristas.*

Esta voluntad como construcción conceptual no funciona como la psicológica teniendo en cuenta los medios conducentes con los que se espera alcanzar un fin determinado, opera a través de las normas tomando en cuenta los hechos exteriores positivos y reales. La voluntad como construcción conceptual es el punto final o término de la imputación.

El problema resulta en que esta voluntad construída conceptualmente o normativamente, es una voluntad elaborada y entendida totalmente bajo los auspicios de la razón.

Un problema sin embargo, ya salta a la vista, no se puede construir conceptualmente la voluntad psicológica de los primeros creadores de las normas, ni la voluntad psicológica de los que acatarán esas normas.

De esta concepción en la cual la voluntad al igual que la persona jurídica son conceptos construídos por la razón para auxiliarse en la descripción del derecho positivo, pasará Kelsen a reconocer a la voluntad como algo psicológico perteneciente a las personas empíricas que ahora tendrán su lugar en el derecho.

El primer paso para reconocer una voluntad psicológica se encuentra en la TGDE cuando Kelsen acepta que la voluntad crea algo cuya validez y existencia sobrevive a la existencia de esa voluntad real.**

* veáse página 300 y ss.

** veáse página 307 de esta investigación.

Ahora será la voluntad psicológica de las personas empíricas la que establecen las normas y también serán sus voluntades psicológicas de esas personas las destinatarias de las mismas.

Sin embargo, esta voluntad psicológica por sí sola no puede crear normas, necesitará de varios elementos y entre ellos destacan los racionales.

5.6.2 Los límites de la voluntad psicológica en la creación del derecho.

La voluntad psicológica no puede ser separada de la razón por los siguiente motivos:

a) La voluntad necesita saber lo que quiere.

Una voluntad que no sabe lo que quiere es una contradicción en términos. Necesita saber lo que quiere y expresarlo racionalmente.

Entre las cosas que la razón le propone querer a la voluntad, es que la norma se vuelva independiente de ella, es decir valga incluso cuando la voluntad haya cesado. La voluntad por ello crea algo cuya existencia debe sobrevivirla pero siempre bajo el sentido objetivo de la norma jurídica, lo cual equivale a decir, bajo el amparo de otra razón y de otra voluntad, la del legislador.

b) La expresión de la voluntad y su comprensión requieren de elementos racionales.

Si la norma es el sentido de un acto de voluntad, ésta expresa la intencionalidad de que otras personas deben comportarse de cierta manera y esa intencionalidad tiene que ser comprendida por esas personas. Tanto la expresión como la comprensión requieren de elementos racionales. La voluntad por lo tanto no puede ser separada de la razón en lo relativo a su actividad de prescribir normas.

- c) La expresión tiene que ser referida a una prescripción y por ende implicar un deber.

Los actos carentes de sentido subjetivo **prescriptivo** como las palabras sin sentido en la ley, disposiciones entre sí incompatibles, la perturbación mental del emisor, no pueden llegar a tener ese sentido subjetivo susceptible de ser legitimado por una norma jurídica. No implican un deber en sentido kelseniano.

Por ello ni de la voluntad del legislador, del juez o del ciudadano pueden ser obtenidas normas jurídicas, si no reúnen la característica de expresar un sentido subjetivo prescriptivo que pueda ser interpretado mediante una norma como un sentido objetivo.

Si las normas son el sentido de un acto de voluntad como lo dice Kelsen, no lo son de cualquier voluntad sino solamente de una voluntad que manifieste un sentido subjetivo prescriptivo. Con ello, la voluntad no puede ser separada tajantemente de la razón aunque no se confunda con ella. La voluntad necesita expresarse racionalmente.

La manifestación necesita ser en sentido subjetivo prescriptivo y para ello requiere bien de la razón en general, bien de una razón científico jurídica que le diga específicamente como hacerlo.

- d) La voluntad necesita estar reconocida y autorizada para poder crear normas

La voluntad psicológica aún expresando un sentido - subjetivo prescriptivo, no puede por sí sola crear normas porque necesita estar reconocida y autorizada para poderlo hacer. Ese reconocimiento y esa autorización nos regresan al problema de la razón, porque el sentido objetivo es proporcionado por la norma, recuerdese el hilo conductor de esta investigación.

- e) La autoatribución o autocaracterización del material jurídico que se le presenta a la ciencia jurídica.

Son una prueba más de que la voluntad no puede ser separada de la razón.

Desde el momento en que hay un objeto real de conocimiento distinto del *objeto-modelo*, el material aportado al conocimiento jurídico puede traer consigo una autoatribución de significado jurídico, es decir, ser el sentido subjetivo prescriptivo en el cual han intervenido tanto la razón como la voluntad. Podrá coincidir o no con la significación objetiva que tendrá por el lado del derecho, pero son los elementos racionales los que al final van a prevalecer.

- f) Aún en el sostenimiento de una norma ficticia doblemente contradictoria interviene la razón.

Supone la existencia de una voluntad psicológica que no existe. Kelsen había dicho antes que las ficciones son mentiras piadosas tales como las iusnaturalista del pacto social, la ius sociológica del reconocimiento del derecho (eficacia) y la voluntad del Estado como un hecho psíquico real. En palabras de un Kelsen anterior, estamos frente a un fracaso en la construcción jurídica que muestra un inadmisibile sincretismo de los métodos.

- g) Sostener que la voluntad psicológica separada de la razón crea el derecho puede conducir a la irracionalidad.

Resulta insostenible a todas luces un postulado en el cual la voluntad es separada tajantemente de la razón, porque de eso se sigue que la voluntad puede elaborar normas irracionales y ellas además lleguen a constituir un derecho positivo, objeto de estudio de la ciencia jurídica. Kelsen dejó de ver la actuación del todo (ser humano) por las partes (sus facultades).

5.7 EL CONFLICTO ENTRE LOS POSTULADOS.

Mientras la teoría pura funcionó bajo una concepción de una voluntad construida conceptual o normativamente, lo cual equivale a decir, bajo una noción de voluntad creada por la razón, pudo mantener hasta cierto punto la coherencia de sus dos primeros postulados. No obstante lo anterior, la introducción de elementos provenientes de la realidad como lo son la eficacia y la voluntad psicológica, así como la tajante separación entre la razón y la voluntad que dan lugar al tercer postulado, pondrán en crisis los cimientos de la teoría pura.

La incompatibilidad en la teoría pura se muestra claramente en la afirmación de que además de las normas queridas por una voluntad, puede haber una norma pensada lo cual viola el postulado establecido por el propio Kelsen de que las normas solamente pueden provenir de la voluntad y no de la razón.

Kelsen ha criticado a Kant respecto de la noción de una razón práctica que quiere y piensa a la vez, admitir que las normas sean queridas y pensadas sería caer en el mismo error de confundir las funciones de dos facultades humanas distintas: la voluntad y la razón.

Luego de acuerdo al principio de no contradicción o las normas son queridas (voluntad) o las normas son pensadas (razón), no puede aceptarse entonces que las normas sean pensadas y queridas a la vez. Aplicando entonces el principio de tercero excluido o las normas son queridas o las normas son pensadas, pero solamente una de las dos posibilidades.

Sin embargo, de acuerdo al primero y al segundo postulado, lógicamente se vuelve imprescindible contar con una norma fundante básica que sea tanto el primer esquema de explicitación del sentido subjetivo del le-

gislador para interpretarlo como su sentido objetivo, así como el primer fundamento del cual derivar la validez de todas las demás normas. Operaciones racionales que son llevadas a cabo en la búsqueda de la objetividad.

De esta manera, van a llegar a surgir las contradicciones entre los dos primeros postulados de esta investigación y el tercer postulado.

- 1) Del primer postulado con el tercero. No hay normas ni pensadas ni ficticias.

Si los principios de la lógica clásica no pueden aplicarse al derecho, ni directamente a las normas ni indirectamente a los enunciados que describen esas normas, entre otras razones porque las normas son el sentido de un acto de una voluntad psicológica y a esa voluntad como tal no es posible aplicarle la lógica, en su querer, entonces el primer postulado que establece que es el método el que determina el *objeto-modelo* del conocimiento, sufre un serio revés, ya que:

su objeto real como lo es el derecho positivo se encuentra creado y acatado por las voluntades psicológicas que "son".

Estos hechos de creación y de acatamiento u observancia de las normas, llegarán a su vez a determinar el método del conocimiento del derecho positivo.

En el primer postulado, el método determina el *objeto-modelo* a través de una norma pensada que le resulta lógicamente imprescindible, pero el tercer postulado exige que todas las normas provengan de la voluntad psicológica y por ello que no puede haber más que normas queridas, como las que constituyen el objeto real, el derecho positivo. En el *objeto-modelo* se introduce algo que no hay en el objeto real. Por ello Kelsen sostiene que dicha norma es la Constitución en sentido lógico-formal a diferencia de la Constitución en sentido positivo.

Ahora bien, aún en la suposición de que la norma pensada no provenga de la razón científica, por alguien es pensada y por lo tanto proviene de la razón pero de la razón no pueden derivarse y encontrarse normas. Primer postulado versus tercer postulado.

G. Amado se da cuenta de que se puede forzar el argumento de la necesidad de esta primera norma, hasta el extremo de asegurar que una Constitución no es válida, en tanto el concededor del derecho no realice en su conciencia la operación de sentar el presupuesto de la norma fundamental.* Y luego tratando de darle una elegante salida jurídica a este argumento, advierte de la retroactividad de esa norma, sobre una situación de hecho: la existencia de un derecho positivo eficaz.

Pero la noción de una voluntad psicológica entra también en contradicción con la voluntad concebida como una construcción conceptual que se desprendía del primer postulado, precisamente porque ésta última es una construcción de la razón. Prescribir es una función de la voluntad en su querer asegura Kelsen y la norma fundante básica tendría también que ser querida por esa voluntad, lo cual no es posible.

La última solución de Kelsen, el artilugio de una norma fundante básica, concebida como una norma ficticia doblemente contradictoria, en la cual hay también un doble fingimiento, pues se finge "como si" hubiera esa voluntad y "como si" eso quisiera esa voluntad, es también a todas luces una operación racional muy distante de la voluntad psicológica real.

En este sentido, el problema de la validez versus eficacia, es no solamente un problema de pureza metódica sino en el fondo un antagonismo de dos formas distintas de concebir el método y por ello de dos postulados:

* veáse página 102 y 103 de esta investigación.

O el método determina el *objeto-modelo* de conocimiento.

O el objeto real, el derecho positivo determina el método de su conocimiento.

Esto implica que el primer postulado siendo necesario para crear una teoría no es del todo suficiente para completarla porque el *objeto-modelo* puede quedar en su formulación lógica, desconectado de la realidad.

2) Del segundo postulado con el tercero. Una voluntad psicológica "es".

También había sido visto en esta investigación que el dualismo ontológico de dos facultades humanas, la razón y la voluntad son la fuente a su vez del dualismo entre el Sein y el Sollen. Estas dos facultades como ya ha sido visto tienen las funciones respectivamente de conocer y describir y la de querer y prescribir.

Por ello la introducción de una voluntad psicológica en el sistema de enunciados previsto por la teoría pura para describir el derecho positivo, le ocasiona problemas tanto al principio como al final, es decir, en sus extremos. Pues reconocer una voluntad psicológica al principio del sistema de las normas jurídicas, es decir, en el momento de su creación, es pasar sin más del Sein al Sollen, y por otra parte aceptar la eficacia de las voluntades psicológicas al final como una condición de la validez de las normas del sistema, es decir, en el momento de la observancia de las normas, es pasar otra vez del Sein al Sollen. Esto último causará la incompatibilidad del segundo postulado con el tercero postulado, en el compromiso asumido con la falacia naturalista que impide derivar de un es o un no es, un debe o un no debe.

A los ojos de Kelsen son dualismos irreconciliables pero además el último implica una inaceptable reducción de la razón a la razón científica descriptiva.

El problema radical para Kelsen es el de respetar la coherencia del sistema formado por la teoría pura o atender a la realidad del derecho positivo.

Muchos han sido los reproches que se le han hecho a Kelsen por mantener hasta el final los postulados de origen neokantiano, algunos incluso los han llegado a considerar dogmas.

Calsamiglia por su parte afirma que:

"Sus presupuesto gnoseológicos y su epistemología neokantiana -mantenida prácticamente hasta el final de su vida- resultan ya anticuados, no sólo hoy sino en la época de su madurez intelectual." (450)

Al respecto Recaséns opina:

"Estimo que los supuestos neo-kantianos sobre los cuales Kelsen construyó su "teoría pura del derecho y del Estado" han caducado por virtud de los nuevos progresos de la filosofía del siglo XX" (451).

"Paréceme oportuno hacer aquí otra advertencia. Como lo he apuntado ya, estimo que procede una crítica a fondo de los supuestos filosóficos neo-kantianos de los que partió Kelsen." (452)

Esta investigación ha tratado de constituir un profundo análisis de estos postulados filosóficos, para mostrar sus alcances, límites y posibilidades en la construcción de una teoría pura del derecho y en su explicación del derecho positivo.

(450) KELSEN, HANS. COMPENDIO DE TEORIA GENERAL DEL ESTADO. Op, cit. p. 18

(451) RECASENS SICHES, Op, cit. p. 196

(452) Ibídem, p. 202

APORTACIONES ORIGINALES Y CONCLUSIONES FINALES.

Una tesis doctoral sobre la Teoría Pura del Derecho parecería insistir sobre un asunto que muchos consideraran ya agotado. Sin embargo, lo que se acaba no son los temas sino los enfoques, las perspectivas y los puntos de vista desde los cuales puede ser abordada una materia de conocimiento.

De esta manera, las ideas y facetas originales de esta investigación, las cuales no fueron encontradas en la lectura de otros autores sobre la obra de Kelsen son:

1.- Proponer tres postulados básicos en la comprensión de la teoría pura del derecho y no los dos clásicos a los que hacen mención la mayoría de los comentaristas. El tercer postulado es agregado por el propio Kelsen en la etapa denominada por los concedores de su obra como voluntarista.

2.- Desentrañar de la TPD2 dos posibles nociones de postulado aplicables al pensamiento kelseniano y básicas para esta investigación. Estas son:

- a) Los postulados son principios del conocimiento humano que valen sin excepción, dentro de determinados límites.
- b) Los postulados son los principios del conocimiento humano que tienen la mayor probabilidad de ser explicativos dentro de determinados límites.

3.- Encontrar los antecedentes del primer postulado en las obras de los comentaristas contemporáneos de Kant. Será Salomón Maimón quien claramente lo establezca al afirmar que la conciencia se determina a sí misma determinando su propio objeto de conocimiento. Señalar enton-

ces los antecedentes de la crítica del primer postulado en el pensamiento de Ernest Gottlob Schulze quien al criticar la "cosa en sí" en Kant, muestra el salto que puede darse entre el pensamiento y la realidad, al establecer que algo para poder ser pensado tiene que serlo en un cierto modo determinado y de ahí se concluye que existe de ese modo.

Se da entonces el problema de reducir la realidad a la conciencia, porque de acuerdo con Kant la razón solamente reconoce lo que ella misma produce según su bosquejo. Aún bajo el matiz de Hermann Cohen, de sustituir a la conciencia por el método a fin de eliminar del pensamiento y del conocimiento todo elemento subjetivo, en busca de los contenidos objetivamente válidos en los cuales el ser y el pensamiento coinciden, esta transformación de la conciencia subjetiva en método objetivo no acabará de eludir el problema señalado por Schulze de establecer los límites entre la razón y la realidad. Pues aunque ahora el postulado utilizado por Kelsen establece que es a través del método como se determina el objeto de conocimiento al crearlo en una unidad, orden y validez sometidos al imperio de las leyes de la razón humana, será necesario confrontarlo con la realidad.

Fué Fritz Sander el primero que acusó a Kelsen de confundir el pensamiento con el conocimiento y con el ser real, al identificar los juicios de la ciencia con los juicios del derecho y al despojar a este último de toda materia y reducirlo a una simple forma normativa, ingresando de esta manera en un iusnaturalismo que hace a un lado las objetivas y concretas instituciones humanas.

Cuando la TPD2 se arroga en la pureza metódica, el único modo científico en el cual puede ser comprendido y estudiado el derecho positivo, se sigue que el derecho llegará a ser como lo establece dicha teoría y no podrá serlo de otro modo.

4.- El denominar como el "hilo conductor" de las ideas de Kelsen, al argumento con antecedentes neokantianos, en el cual el autor sintetiza la operación de los postulados que guían su pensamiento y que consiste en establecer con todo rigor el sentido subjetivo y objetivo de los actos, en el cual se contrasta lo que es con lo que deber ser, es decir, se coteja la realidad con el texto legal. Hilo conductor que resulta básico para la lectura y comprensión del raciocinio kelseniano.

5.- Precisar el primer postulado para hacerlo comprensivo y no incurrir en errores, pues el método determina o crea un *objeto-modelo* del conocimiento, para abordar un objeto real. Pero el objeto real requiere de un enfoque ontológico así como de un método inductivo en el cual se reconozca el postulado opuesto del que ha partido la teoría pura, a saber de que es el objeto real el que determinará el método de su conocimiento.

6.- Mostrar con el debido respeto a Kelsen que no tiene sentido comparar las normas con las leyes naturales porque las primeras son objeto de estudio y las segundas son enunciados científicos que precisamente versan sobre un determinado objeto. No se encuentran por lo tanto en el mismo nivel. Pueden contrastarse las normas con los hechos o fenómenos naturales en su carácter de objetos sujetos a descripción, mientras que los enunciados deónticos o científicos jurídicos pueden cotejarse con las leyes físicas o enunciados científico naturales. Las normas y los hechos o fenómenos naturales existen, mientras que los enunciados científicos o son verdaderos o son falsos, como el mismo Kelsen lo reconoce.

7.- Poner el acento en que el fundamento del dualismo lógico entre el Sein y el Sollen se encuentra a su vez en otro dualismo ontológico de las facultades humanas: la razón y la voluntad. Resolviendo este dualismo sería posible solucionar el primero pero los intentos analizados por Kelsen han fracasado. No obstante lo anterior, se propone indagar una vía óntico-ontológica para tratar de vislumbrar la solución a este problema.

8.- Proponer una cuarta perspectiva en la comprensión del Sein y del Sollen:

- a) Como categorías del pensamiento (ser-deber).
- b) En su carácter de enunciados construídos sobre bases lingüísticas (es-debe).
- c) Realidades ubicadas en un marco conceptual ontológico (mundo o realidad del ser y el mundo o realidad del deber ser).
- d) Existenciarios que forman parte de la estructura óntica del ser humano, en el cuidado que éste se debe a sí mismo.

9.- Resaltar la importancia de preguntar ¿cómo surge el Sollen, el deber (ser)? en la vía de encontrar el otro sentido del principio o la proposición fundante, que no es únicamente lógico. Solamente puede surgir el deber de un contraste entre lo que es y lo que podría llegar a ser, en caso de prescribirse un cierto estado de cosas.

10.- Establecer con rigor qué la norma fundante básica tiene que suponerse tanto "objetiva en sí misma" y como "válida en sí misma" para poder llevar a cabo las funciones que le son asignadas en la teoría pura.

11.- Indicar la necesidad de distinguir entre la norma fundante básica y el enunciado que la describe, con lo cual se tiene una doble actividad de la razón. De esto se sigue que hay un sujeto que "es", presuponiendo un "deber" y describiéndolo. Ahora bien, como el deber no se autopresupone ni existe por sí mismo, resulta que así como a Kelsen se le presenta lógicamente imprescindible la enunciación de la norma fundante básica en la vía tanto del primer postulado (sentido subjetivo y objetivo de los actos) como del segundo postulado (separación del ser y deber) para mantener la coherencia de la teoría, así también resulta lógica y ontológicamente imprescindible un sujeto que "es" presuponiendo y creando un "deber", con lo cual aparece un límite a la falacia naturalista.

12.- Argumentar que "*quienquiera*" interpretar la norma fundante básica en el sentido propuesto por Hans Kelsen, solamente puede ser aquél que quiere, conoce y maneja la ciencia jurídica o en su caso, la teoría pura del derecho.

13.- Se concluye que la norma fundante básica es un postulado científico resultado de la coherencia lógica de la aplicación de los dos primeros postulados en la vía del hilo conductor de esta investigación, de poder interpretar el sentido subjetivo de los actos de un órgano de poder primario como normas objetivamente válidas. Con la inclusión del tercer postulado resultaría ser un postulado científico ficticio.

14.- Exhibir que una norma ficticia doblemente contradictoria no resuelve el problema de encontrar el fundamento de la validez del derecho, porque hay que volver a preguntar: ¿quién autoriza a esa voluntad fingida a crear la norma básica?.

15.- Mostrar que Kelsen tiene dos visiones acerca de la ficción. En una etapa de su vida le parece que produce sincretismo metódico y el fracasó de la construcción jurídica. Al final de su vida siguiendo a Vaihinger es el recurso que la razón utiliza cuando no es posible alcanzar el objetivo del pensamiento con el material a la mano.

16.- Reformular el tercer postulado para señalar que de la voluntad no pueden ser obtenidas las normas jurídicas, solamente de la voluntad cuyo sentido subjetivo prescriptivo pueda ser interpretado mediante una norma como un sentido objetivo, en la vía del hilo conductor ya citado de esta investigación. Este es ya un claro indicio de la imposibilidad de separar la voluntad de la razón como pretende Kelsen. Por ello la autoatribución o autocaracterización jurídica del material que se anticipa a la explicitación que cumplirá el conocimiento jurídico es una prueba más de la imposibilidad de separar tajantemente la voluntad y la razón.

17.- La improcedencia de que las facultades de la razón y la voluntad funcionen cada una la mayor parte del tiempo, una al margen de la otra. Ni la voluntad ni la razón tienen únicamente las funciones que Kelsen les asigna. Por ello es insostenible la aceptación de un dualismo que separa la voluntad de la razón, porque de él puede seguirse la contradicción de una voluntad irracional creando un sistema de normas jurídicas, objeto de una ciencia.

Estas son algunas de las aportaciones originales de esta investigación, ahora bien, en las conclusiones finales a las que llega esta tesis, tiene que tenerse en cuenta que Kelsen escoge los postulados de los cuales habrá de partir la teoría pura, en función no solamente de las posturas filosóficas por él asumidas, sino también de aquellas otras a las cuales quiere oponerse porque no permiten desarrollar una ciencia jurídica autónoma.

De esta manera, un estudioso de estos temas puede darse inmediatamente cuenta de que dichos principios son los opuestos de los que parte el Iusnaturalismo. Así, la naturaleza no puede ser el objeto que determine el método de conocimiento, de la naturaleza que es no puede ser obtenido ningún deber y de la razón no pueden extraerse las normas.

Se llega entonces a una serie de dualismos* en el cual se corre el peligro de asumir en caso de no estar de acuerdo con los postulados de los cuales ellos derivan, o la postura opuesta o la caída en el clásico eclecticismo, en donde se pretende asumir lo mejor de las posiciones contrarias sin resolver antes, las inminentes contradicciones que esas posturas representan.

 (*) Dualismo la doctrina metafísica que supone la existencia de dos principios o realidades irreductibles entre sí y no subordinables, que sirven para la explicación del universo. Ahora bien, habría que considerar cuando de la oposición de los principios surge la explicación de las cosas, asumiendo una actitud dialéctica. Ej: El dualismo moral entre el bien y el mal para la explicación del mundo humano, manteniendo la oposición. Muy diferente del monismo que es la identificación de los opuestos mediante la subsunción de los mismos en un orden o principio superior. Ferrater Mora, Op, cit. p. 941-42

A continuación un cuadro de los dualismos que se dan en los postulados propuestos por Kelsen:

Dualismo Gnoseológico y Metodológico.

EL METODO DETERMINA EL OBJETO DE CONOCIMIENTO.

En el primer postulado se encuentran dos puntos de partida: el sujeto y su **objeto-modelo** frente a la realidad y el **objeto real**. La razón y la realidad, la **ciencia** y el **objeto de estudio**.

Dualismo Lógico, Analítico y Ontológico.

LA SEPARACION ENTRE EL SER Y EL DEBER (SER)

En el segundo postulado dos categorías, dos clases de enunciados, dos formas de ver el mundo y dos - niveles ontológicos: **Ser** y el **deber**. **Es** y el **debe**. El **mundo del ser** y el **mundo del deber ser**.

Dualismo Psicológico y/o Metafísico.

LA DISTINCION ENTRE LA RAZON Y LA VOLUNTAD EN LA DESCRIPCION Y PRESCRIPCION DE LAS NORMAS.

En el tercer postulado dos facultades humanas como lo son la **razón** y la **voluntad**.

Ahora bien, por una parte estos postulados muestran que hay una separación entre estos dos aspectos, separación que es en un primer término radical, podría llegar a decirse que hay una relación excluyente de un aspecto frente al otro. En un comienzo la separación tiene como finalidad distinguir y no confundir estos aspectos. Sin embargo, poco a poco en el fondo se ve que hay una relación incluyente entre cada pareja de aspectos, porque no puede haber objeto de estudio sin la correspondiente ciencia, ni tampoco deber (ser) sin un ser en el que se pretende aplicar y mucho menos voluntad sin razón y viceversa. Relación a la que el propio pensamiento de Hans Kelsen no puede escapar.

Por estos motivos entre otros, fué muy importante cuestionar a la teoría pura en el sentido de la garantía que ésta podía aportar, de que nunca tendría que recurrir a los postulados contrarios para llevar a cabo la explicación del derecho positivo. En caso de no poderlo hacer, entonces no fracasaría el método de la pureza metódica pues toda ciencia al inicio necesita elaborar sus propias categorías, sus definiciones, sus conceptos, en una palabra su marco conceptual de referencia basado en aspectos lógicos y formales. Sin embargo, los límites de dicho método estarían ya delimitados en los alcances de los principios de los cuales habría partido.

No hay que olvidar, sin embargo, que la razón de ser de una ciencia jurídica en el planteamiento de la teoría pura es la de explicar la validez objetiva del derecho.

Desde el punto de vista de la filosofía este problema se plasma en la siguiente pregunta:

¿Cómo se pasa de lo **subjetivo** a lo **objetivo**?, ¿cómo se convierte el **conocimiento subjetivo** en **conocimiento objetivo**?

Este es a mi juicio el **problema central** al que se enfrenta Hans Kelsen para poder establecer la existencia, el fundamento y la razón de ser, de una ciencia jurídica.

Desde el punto de vista de la filosofía del derecho y de la ciencia jurídica que necesita de los aspectos objetivos, la pregunta es:

¿Como se pasa de lo subjetivo a lo objetivo en el ámbito de lo jurídico?. ¿Cómo se convierten las acciones humanas subjetivas en acciones humanas objetivas y por ende, en obligatorias?.

Kelsen convierte esa pregunta, en otra:

¿Cómo es que el primer acto subjetivo del primer legislador se convierte en un primer acto objetivo, si antes de él no hay una norma en sentido temporal (y positiva) que lo faculte como legislador a crear normas?.

La solución de Kelsen es "suponer" y "anteponer" aunque de hecho no la hay, una norma pensada que autoriza a ese primer acto subjetivo a darse y a convertirse en un sentido objetivo. Se trata de una norma anterior a todo derecho positivo, razón por la cual no pertenece al sistema siendo ella el punto de partida del mismo. Es una norma pre-positiva, anterior a todo derecho positivo, es una norma pensada, o bien, una norma ficticia.

Vale la pena preguntar:

¿Por qué Kelsen no se enfrenta al problema directo de explicar COMO SE PASA DE UN PRIMER SENTIDO SUBJETIVO A UN PRIMER SENTIDO OBJETIVO?, es decir ¿Por qué no se parte directamente del HOMBRE como creador del derecho?. ¿POR QUE TIENE QUE ANTEPONER ALGO OBJETIVO A LO SUBJETIVO, SI DE TODAS MANERAS ESO OBJETIVO ES UNA CREACION HUMANA?.

Porque tiene que observar los postulados que guían su investigación, ellos son los límites dentro de los cuales se tiene que mover la Teoría Pura del Derecho, comprendidos en el hilo conductor del pensamiento kelseniano que relaciona la norma objetiva con los sentidos subjetivos interpretados por cualquier hombre y porque la TPD2 implica una inversión en el pensamiento, en la cual no se confunda la relación histórica de los hechos con la relación lógica entre las normas que tiene que prevalecer sobre la primera.

CONCLUSIONES FINALES:

- 1) Se comprobó la hipótesis planteada al inicio de esta investigación, consistente en establecer la existencia de dos clases de postulados al interior de la teoría pura los de índole filosófica:

EL METODO DETERMINA EL OBJETO DE CONOCIMIENTO.
 LA SEPARACION ENTRE EL SEIN Y EL SOLLEN.
 LA VOLUNTAD CREA NORMAS, LA RAZON LAS DESCRIBE.

y los de índole jurídica ejemplificados por:

LA NORMA FUNDANTE BASICA
 LA IDENTIFICACION DEL DERECHO Y DEL ESTADO.

Así mismo se hace patente también que con los primeros Kelsen establece una serie de principios metódicos para formar la pureza metódica.

- 2) El primer y tercer postulado de índole filosófica necesitan ser reformulados para su mejor comprensión.

En el primero para no provocar una confusión, ya que la razón no puede crear el objeto real de conocimiento como tal. Por ello se requiere una nueva exposición donde claramente se manifieste que lo que crea la teoría es un *objeto modelo*, un sistema con el cual abordar un objeto real. Ese *objeto modelo* es el punto de vista o la perspectiva desde la cual la ciencia ha partido para elaborar un sistema de enunciados con los cuales abordará un objeto real de estudio. Así el *objeto modelo* es el derecho positivo en general, mientras que el objeto real es un derecho positivo en particular.

La teoría pura del derecho a menos de quedarse - en el limbo de lo formal, no pudo mantenerse empleando el primer postulado, pues tuvo que introducir elementos que no solamente rompían o eran infieles a la pureza metódica, sino que implicaban obscuramente, la presencia de postulado opuesto del que se había partido.

No se trata por lo tanto de una simple solución ecléctica, sino de constatar que no hay conocimiento científico sobre el derecho que pueda ser desarrollado partiendo exclusivamente del primer postulado.

Una teoría general del derecho con la cual se - construya una ciencia jurídica, tendrá que seguir el siguiente postulado:

En la misma medida en que el método determina el *objeto modelo* con el cuál será comprendido el objeto real de conocimiento, en esa misma medida - ese objeto real condicionará el método con el que se elaborará el *objeto modelo*.*

La teoría dota a la dogmática jurídica de los elementos para describir un derecho positivo real. La teoría no puede describir el derecho positivo porque éste no existe en forma general. Si la dogmática jurídica describe el derecho positivo, ésta condiciona a la teoría irremediabilmente porque la única manera de comprobar si los requerimientos establecidos en la teoría sirven para - describir un derecho, es mediante su confrontación con el derecho positivo real. De ahí la importancia de distinguir estos dos niveles.

* El método determina un *objeto modelo* de conocimiento con el - cual abordar un objeto real y ese objeto real a su vez condicionará el método que forma el *objeto modelo* de conocimiento.

La racionalidad científica pura, autónoma e impersonal ha sido rechazada desde diversos frentes y con ello la idea de la pureza metódica solamente podría ser aceptada en el inicio de la formación del marco conceptual de referencia de la ciencia jurídica, pues siendo los seres humanos - los sujetos activos del conocimiento del mundo, hay una relación dialéctica en la cual se da una penetración intrínseca entre los sujetos cognoscentes, el mundo y las creaciones humanas. Esto último es lo que se extraña en la teoría pura, el estudio de la influencia recíproca que se da entre el derecho y la ciencia jurídica, ambos inventos del hombre. De esta manera, el postulado de la pureza metódica además de los límites tratados en esta investigación resulta ser un impedimento para fomentar la interdisciplinariedad, dejando a la saga el conocimiento jurídico.

- 3) Sobre el segundo postulado relativo al dualismo entre el Sein y el Sollen, en esta tesis se ha hecho ver que si bien es un principio basado en la lógica formal, es comprobable en la realidad. Para su mejor comprensión tendría que ser delimitado refiriéndolo exclusivamente a las conductas humanas: "De que ciertas conductas humanas se den no se sigue que deben darse y viceversa."

Ahora bien, si las conductas que deben observarse nunca lo fueran, los órdenes normativos no tendrían ninguna razón de ser. Lo cual implica que lo que interesa al hombre, es precisamente lo contrario y apunta hacia la relatividad del postulado ya vislumbrada por el propio Kelsen.

Mientras la teoría pura se pregunta por la validez del derecho y de las normas jurídicas, no explica cómo surge el deber, al considerar esa investigación de carácter psicológico. En esta tesis se ha propuesto una respuesta ontológica para mostrar que el Sein y el Sollen pudieran ser considerados no sólo como categorías del conocimiento sino también como existenciarios que formarían parte de la estructura humana y por ende del cuidado primordial y básico para conservar la vida. Se sigue entonces que el deber es una creación humana y por ello solamente puede surgir en contraste con lo que es.

Siendo algo indispensable para el desarrollo de la vida humana, el deber surgido de ese contraste es visto y entendido como algo "objetivo" en el sentido de volverse independiente de su creador y válido tanto para él como para todos los demás.

La falacia naturalista en la formulación de Hume puede ser evitada mostrando el contraste a través del cual se ha pasado de proposiciones acerca de la conducta humana que es o no es, a otras proposiciones de cómo debería o no debería ser. De la deducción se ha pasado a la justificación y eso es precisamente lo que no quizó ver Hume.

Por lo que respecta a la falacia naturalista en el sentido propuesto por Moore, lo cual conduciría a la indefinición del deber por ser una noción simple, no definible ni analizable, Kelsen resolvió este problema creando una definición estipulativa, determinando el sentido en el cual será entendida la palabra deber en su pensamiento y en su obra.

- 4) Sobre el tercer postulado, aquí se concluye que no es aceptable ni su enunciación, ni en lo que propone. En lo primero porque de la voluntad no pueden obtenerse normas, ya que ella necesita - manifestarse en un sentido subjetivo "prescriptivo" para poder ser tomada en cuenta y ese sentido solamente lo puede proporcionar la razón. En lo segundo porque desde el momento en que la voluntad necesita saber lo que quiere y contar con elementos racionales para poder manifestarlo, se ve claramente que no puede ser separada de la razón en general.

De tal manera que la voluntad tiene que saber lo que quiere y aunque no se confunda con la razón, no puede concebirse sin ella, pues como ha sido demostrado en esta tesis no puede haber una separación tajante entre estas dos facultades y aún si la hubiera, la voluntad por si sola no podría crear el derecho.

¿Cómo podría ser desarrollada una teoría pura - del derecho, si en éste no existieran elementos objetivos y racionales?.

Valdría la pena reflexionar si el derecho es del todo una creación humana, porque así como Kurt Gödel (1906-1978) refiriéndose a las matemáticas sostiene que si estas fueran un producto de la mente humana, toda verdad matemática podría ser conocida y demostrada, lo cual no es el caso, y que un creador siempre es capaz de conocer su - propia obra e incluso modificarla como mejor le parezca, lo cual tampoco sucede en el terreno de las matemáticas pues nadie se suelta modificando los teoremas a su antojo, así si el derecho fuera totalmente un producto de la mente humana,

todas las posibles formas de regular la conducta humana, podrían ser conocidas y demostradas por la ciencia jurídica, lo cual no es el caso. (Desde luego no prescritas por la Ciencia Jurídica pues su función es explicativa) y los legisladores y los jueces serían no solamente capaces de conocer su obra, sino también de modificarla a su buen parecer, lo cual tampoco se sigue.

Como ejemplos baste que el propio Kelsen encuentra tanto la imposibilidad de prescribir lo imposible, o la de prescribir comportamientos naturalmente necesarios, tales como los de ordenar le a una persona que no vuelva a dormir en su vida, o bien, mandarle que no envejezca, además de otros aspectos ya tratados en este trabajo.

Lo único rescatable de ese postulado es la separación entre la razón científica que intenta describir y explicar el derecho, de la razón que lo imagina y lo crea aunado a una voluntad que lo imponga.

- 5) Una exposición crítica de la teoría pura del derecho que promueva su abandono, modificación o superación tendría que partir de una análisis de sus postulados porque es en ellos, en donde surgen las primeras contradicciones desde las cuales Kelsen se debate entre tratar de mantener la coherencia lógica de la teoría pura o en atender a la realidad del derecho positivo.

BIBLIOGRAFIA.

- ABBAGNANO, NICOLAS. HISTORIA DE LA FILOSOFIA. VOL. 3
4a. Ed. Ed. Hora. S.A. Barcelona, España.
1994.
- COLOMER, EUSEBI. EL PENSAMIENTO ALEMÁN DE KANT A HEIDEGGER.
VOL. II. Ed. Herder. Barcelona, España.
1986.
- CORREAS, OSCAR.
(Compilador) EL OTRO KELSEN.
El artículo de HANS KELSEN: Acerca de las
fronteras entre el método jurídico y el
sociológico.
UNAM. México, D.F., 1989.
- CRACOGNA, DANTE. CUESTIONES FUNDAMENTALES DE LA TEORÍA DEL
DERECHO.
Ed. Fontamara, S.A. México, D.F., 1998.
- DIAZ Y DIAZ, MARTIN. DERECHO Y ORDEN.
Ensayos para el análisis realista de los
fenómenos jurídicos.
Ed. Fontamara. S.A. México, D.F., 1988.
- EBENSTEIN, WILLIAM. LA TEORÍA PURA DEL DERECHO.
Ed. Fondo de Cultura Económica.
México, D.F., 1947.
- ESQUIVEL PEREZ,
JAVIER KELSEN Y ROSS, FORMALISMO Y REALISMO
EN LA TEORÍA DEL DERECHO.
ED. UNAM. México, D.F., 1980.
- FINNIS, JOHN. NATURAL LAW AND NATURAL RIGHTS.
Ed. University Press. United States.
1980.
- GARCIA AMADO,
JUAN ANTONIO HANS KELSEN Y LA NORMA FUNDAMENTAL.
Marciel Pons. Ediciones Jurídicas y Socia-
les. Madrid, España. 1996.
- GARCIA MAYNEZ,
EDUARDO ALGUNOS ASPECTOS DE LA DOCTRINA KELSENIANA.
(CONFERENCIAS DEL AUTOR EN EL COLEGIO NACIO-
NAL) Ed. Porrúa, México, D.F., 1978.
- GIANFORMAGGIO.
LETIZIA. ESTUDIOS SOBRE KELSEN.
Ed. Fontamara, S.A. México, D.F., 1994.

- HUME, DAVID. TRATADO DE LA NATURALEZA HUMANA. Tomos II y III Ed. Gernika. S.A. México, D.F., 1992. p. 253 y 254.
- JELLINEK, G. REFORMA Y MUTUACION DE LA CONSTITUCION Estudio Preliminar de Pablo Lucas Verdu. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, España. 1991.
- KANT, IMMANUEL. CRITICA DE LA RAZON PURA. 11a Ed. Ed. Alfaguara. S.A. Madrid, España. 1995.
- KELSEN, HANS. COMPENDIO DE TEORIA GENERAL DEL ESTADO. 3a.Ed. (Estudio Preliminar de Luis Recaséns Siches. Prólogo de Albert Calsamiglia). Ed. Blume. Barcelona, España. (También en Editora Nacional)
- KELSEN, HANS. ESENCIA Y VALOR DE LA DEMOCRACIA. Ed. Colofón. México, D.F., 1982.
- KELSEN, HANS. GENERAL THEORY OF NORMS. (Translated by Michael Hartney) Ed. Clarendon Press. Oxford University Press. New York, United States. 1991.
- KELSEN, HANS. LA TEORIA PURA DEL DERECHO. (Introducción a la Problemática Científica del Derecho). 2a. Ed. Editora Nacional. México, D.F., 1981.
- KELSEN, HANS. PROBLEMAS CAPITALES DE LA TEORIA JURIDICA DEL ESTADO. (Desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica) Ed. Porrúa, S.A., México, D.F., 1987.
- KELSEN, HANS. PURE THEORY OF LAW. (Published by arrangement with Hans-Kelsen Institute). Ed. University of California Press. Printed in United State of America. 2002
- KELSEN, HANS. ¿QUE ES LA JUSTICIA? (Núm. 10)* Editorial Fontamara, S.A. México, D.F., 1991.
- KELSEN, HANS. ¿QUE ES LA TEORIA PURA DEL DERECHO? (Núm. 11)* Editorial Fontamara, S.A. México, D.F., 1991.

- KELSEN HANS. TEORIA GENERAL DEL DERECHO Y DEL ESTADO.
Ed. UNAM. México, 1988.
- KELSEN, HANS. TEORIA GENERAL DE LAS NORMAS.
Ed. Trillas. México, D.F., 1994.
- KELSEN, HANS. TEORIA PURA DEL DERECHO.
Trad. Roberto J. Vernengo.
Editorial Porrúa, D.F., 1998.
- KRAUSE, ROSA. INTRODUCCION A LA INVESTIGACION FILOSOFICA.
Ed. UNAM. México, D.F., 1978.
- KUNZ, JOSEF L. LA TEORIA PURA DEL DERECHO.
CUATRO CONFERENCIAS EN LA ESCUELA NACIONAL DE
JURISPRUDENCIA. (Prólogo por Luis Recaséns
Siches). Editoria Nacional. México, D.F.,
1948
- LOSANO, G.
MARIO. TEORIA PURA DEL DERECHO.
(Evolución y Puntos Cruciales).
Ed. Temis. S.A. Bogotá, Colombia. 1992.
- MOLINA PIÑEIRO,
LUIS Y OTROS
(COMPILADORES) EL PENSAMIENTO FILOSOFICO-JURIDICO Y POLI-
TICO EN LUIS RECASENS SICHES. Ed. Unam.
y Porrúa. México, D.F. 2003.
veáse mi artículo: LOS SUPUESTOS FUNDAMENTA-
LES DE LA TEORIA PURA DEL DERECHO EN INTER-
PRETACION DE LUIS RECASENS SICHES.
- MOORE, G.E. PRINCIPIA ETHICA. Instituto de Investigacio
nes Filosóficas. UNAM. México, D.F., 1997.
- NATORP, PABLO. KANT Y LA ESCUELA DE MARBURGO.
Prólogo y traducción de Miguel Bueno.
Colección Opúsculos, núm. 5.
UNAM. México, D.F., 1956.
- NATORP, PABLO. KANT Y LA ESCUELA DE MARBURGO.
Presentación de Francisco Larroyo.
Ed. Porrúa, México, D.F., 1963.
- PRECIADO HERNANDEZ,
RAFAEL. LECCIONES DE FILOSOFIA DEL DERECHO.
UNAM. México, D.F.,
- REALE GIOVANNI Y
DARIO ANTISERI HISTORIA DEL PENSAMIENTO FILOSOFICO Y CIEN-
FICO. Vol. III. Ed. Herder. Barcelona, Es-
paña. 1992.

- RECASENS, SICHES. LUIS PANORAMA DEL PENSAMIENTO JURIDICO EN EL SIGLO XX. Tomo I.
Editorial Porrúa, S.A. México D.F., 1963
- RENATO TREVES. EL FUNDAMENTO FILOSOFICO DE LA TEORIA PURA DEL DERECHO DE HANS KELSEN.
Artículo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- RENATO TREVES. EN ANALES DE JURISPRUDENCIA. NEO-HEGELISMO ITALIANO Y NEO-KANTISMO ALEMAN EN EL PENSAMIENTO JURIDICO CONTEMPORANEO.
Artículo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- ROBLES, GREGORIO. LAS LIMITACIONES DE LA TEORIA PURA DEL DERECHO.
ED. UNAM. México, D.F., 1989.
- SCHMILL, ULISES. PUREZA METODICA Y RACIONALIDAD EN LA TEORIA DEL DERECHO. (Tres ensayos sobre Kelsen)
Ed. UNAM. México, D.F., 1984
- STANLEY L. PAULSON NORMATIVITY AND NORMS.
Critical Perspectives on Kelsenian Themes. Ed. Clarendon Press - Oxford.
Published in United Sates 1998.
- DICCIONARIOS
- ABBAGNANO, NICOLA. DICCIONARIO DE FILOSOFIA.
Fondo de Cultura Económica.
México, D.F., 1993
- BRUGGER, WALTER. DICCIONARIO DE FILOSOFIA.
Ed. Herder. Barcelona, España. 1994.
- FERRATER MORA, DICCIONARIO DE FILOSOFIA. 4 TOMOS.
Editorial Ariel. S.A. Barcelona, España.
- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS. DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO.
Ed. Porrúa y UNAM, México, 1996.
- MAUTNER, THOMAS. THE PENGUIN DICTIONARY OF PHILOSOPHY.
Ed. Penguin Books. London, England. 2000.

BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTARIA:

- KELSEN, HANS. **CONTRIBUCIONES A LA TEORIA PURA DEL DERECHO.**
(Num. 8)* Editorial Fontamara, S.A. México,
D.F. 1991.
- KELSEN, HANS. **DERECHO Y LOGICA.**
(Cuadernos de Crítica 6)
Insituto de Investigaciones Filosóficas de
la UNAM. México, D.F., 1978.
- KELSEN, HANS. **EL CONTRATO Y EL TRATADO.**
(Analizados desde el punto de vista de la
Teoría Pura del Derecho).
Imprenta Universitaria. México D.F. 1943.
- KELSEN, HANS. **EL ESTADO COMO INTEGRACION.**
Una controversia de principio.
Col. Grandes Obras del Pensamiento Contemporá-
neo. Ed. Altaya S.A. Barcelona, España. 1999
(Reimpresión).
- KELSEN, HANS. **EL METODO Y LOS CONCEPTOS FUNDAMENTALES DE
LA TEORIA PURA DEL DERECHO.**
(Versión del Alemán por Luis Legaz y Lacambra)
Ediciones Aporia. (sin país de origen). 1976.
- KELSEN, HANS. **ENSAYOS SOBRE JURISPRUDENCIA Y TEOLOGIA.**
Ed. Fontamara, S.A. México, D.F. 2003
(Núm. 81)
- KELSEN, HANS. **ESCRITOS SOBRE LA DEMOCRACIA Y EL SOCIALISMO.**
Editorial Debate, S.A. Madrid, España. 1988.
- KELSEN, HANS. **ESTUDIOS SOBRE HANS KELSEN.**
Colección de Estudios y Monografías N. 28
CLAUDIO OLIVA EDITOR. UNIVERSIDAD DE
VALPARAISO. 1996
- KELSEN, HANS.
FULLER, LON F
ROSS, ALF. **FICCIONES JURIDICAS.**
(núm 94)* Ed. Fontamara. S.A., México,
D.F., 2003.
- KELSEN, HANS. **GENERAL THEORY OF NORMS.**
(Translated by Michael Hartney)
Ed. Clarendon Press. Oxford University Press.
New York, United States. 1991 (fotocopia)

- KELSEN, HANS. INTRODUCTION TO THE PROBLEMS OF LEGAL THEORY.
(A translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre of Pure Theory of Law).
Translated by BONNIE LITSCHESKI PAULSON
and STANLEY L. PAULSON.
Ed. Clarendon Press. Oxford University Press.
New York, United States. 1992
- KELSEN HANS,
KLUG ULRICH NORMAS JURIDICAS Y ANALISIS LOGICO.
(PROLOGO DE BULGYN)
CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES.
Madrid, España. 1988.
- KELSEN HANS, ¿QUIEN DEBE SER EL DEFENSOR DE LA CONSTITUCION?
(118) CLASICOS DEL PENSAMIENTO 2a Ed. Ed.
Tecnos. Madrid, España. 1999
- KELSEN, HANS. WHAT IS JUSTICE? 2a. Ed.
Justice, Law and Politics in the Mirror of
Science. Collected Essay.
The Lawbook Exchange, LTD.
UNION, NEW YERSEY. 2001
- HART, H.L.A. UNA VISITA A KELSEN
(Versión castella de Javier Esquivel).
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES FILOSOFICAS.
Ed. UNAM. Col. Cuadernos de Crítica. 4
México D.F., 1977
- HERRENDORF,
DANIEL E. EL ESTADO ACTUAL DE LA TEORIA GENERAL DEL
DERECHO.
Cardenas Editor y Distribuidor.
1990.
- PAULSON, L.
STANLEY
BONNIE
LITSCHESKI
PAULSON. NORMATIVITY AND NORMS.
CLARENDON PRESS OXFORD. 1998.
- RABASA, EMILIO O. INTRODUCCION A LA TEORIA PURA DEL DERECHO.
Ed. UNAM. México, D.F, 1960.
- Vaihinger, Hans THE PHILOSOPHY OF 'AS IF': A SISTEM
OF THE THEORETICAL PRACTICAL AND
RELIGIOUS FICTIONES OF MAKIND.
Tr. by c. k. ogden.
New york: Hancourt.

UNIVERSITY OF
CALIFORNIA

ENSSAYS IN HONOR OF HANS KELSEN

Fro B. Rothman & Co. South Hackensack, N.J.
Ed. The California Law Review. 1971.

WALTER ROBERT

LA DOCTRINA DEL DERECHO DE HANS KELSEN

Universidad Esternado de Colombia.
Bogota, Colombia. 1999

WOLFANG, SCHILD.

LAS TEORIAS PURAS DEL DERECHO.

(Reflexiones sobre Hans Kelsen y Robert
Walter).

Ed. Temis. Librería Bogotá-Colombia. 1983.