

## FILOSOFÍA DEL DERECHO

### APORTES DE HANS Kelsen A LA JURISPRUDENCIA DEL SIGLO XX

Benigno MANTILLA PINEDA\*

"Sólo un hombre puede ser motivado por la representación de una norma".

"Mientras haya Derecho habrá una teoría normativa del derecho".<sup>1</sup>

La *Teoría Pura del Derecho* ha sido, es y será para mí un faro en el océano proceloso del pensamiento jurídico. Lo que puedo enunciar acerca de ella en este ensayo no es algo leído ni oído al azar, sino algo vivido y compartido con mis alumnos en el aula de clase y con mis colegas en la vida cotidiana. Aquí sí cabe decir que, para su conocimiento, he practicado la *ἐποχή* husserliana, absteniéndome, por lo menos, de las opiniones ajenas y de la consulta a expositores y críticos, sean juristas o filósofos. Mi breve exposición apunta a describir la esencia de la *Teoría Pura del Derecho* tal como se da en mi conciencia y experiencia a través del flujo de lo vivido.

Asumida de esta manera la *Teoría Pura del Derecho*, resumo su esencia en dos aportes críticos: 1º) La crítica del Jusnaturalismo, y 2º) La crítica del Sociologismo Jurídico; y en dos aportes doctrinarios: 1º) La doctrina del hiato o cesura de *ser* y *deber ser*, y 2º) La doctrina de la imputación. Ambas clases de aportes, ciertamente, han sido divulgados de manera amplia, clara y persistente,

\* Profesor emérito. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad de Antioquia.  
1 Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires : Editorial Losada, 1941 (Primera edición en Castellano), pp. 57 y 66.

durante la vida de Hans Kelsen, en las distintas versiones de su obra maestra y en sus numerosos artículos de revistas y variaciones sobre el mismo tema.

### I. LA CRÍTICA DEL JUSNATURALISMO

A lo largo de toda su labor académica y científica, preocupó seriamente a Kelsen el asunto del derecho natural. Se puede afirmar que está ya contenido implícitamente en su tesis de habilitación profesoral de 1911 titulada *Problemas fundamentales de la Teoría del Derecho y el Estado* y que retoma en el *Apéndice* de la segunda edición alemana de la *Teoría Pura del Derecho*, de 1960, con el título de *Derecho Natural y Positivismo Jurídico*. Durante el medio siglo transcurrido entre estas dos publicaciones extremas, encontramos, mal contados, cinco ensayos sobre el mismo tema y problema: dos en alemán y tres en inglés, es decir, escritos en la lengua de su país natal y de su patria adoptiva.<sup>2</sup> Este asunto es de tal envergadura en el pensamiento jurídico de Hans Kelsen que Carlos José Errázuriz MacKenna le ha dedicado un capítulo entero de la primera parte de su libro *La Teoría Pura del Derecho*, bajo el título de "El problema de la justicia y el derecho natural".<sup>3</sup>

Derecho natural en sentido estricto no existe para Kelsen, porque lo que él analiza y critica a fondo, desde su génesis hasta su estado actual, es la doctrina del derecho natural. Tampoco existe para él una doctrina del derecho natural única sino una pluralidad de doctrinas contradictorias entre sí. El así llamado derecho natural ha nacido y se ha formado en la conciencia religiosa del mundo antiguo;<sup>4</sup> luego se ha formalizado y fortalecido con los filósofos de la Academia, el Liceo y el Pórtico; y después de sobrevivir durante un milenio y medio se ha injertado en la teología cristiana de la Edad Media y en la maciza estructura de las *Sumas* del aquinatense y

2 *La idea del Derecho Natural*. Buenos Aires: Editorial Losada, 1946. "Nurrechtslehre und Rechtspositivismus" (*La Doctrina del Derecho Natural y el Positivismo Jurídico*). Texto bilingüe. Traducción de Eugenio Bulygin. En: Revista Jurídica de Buenos Aires. Buenos Aires. Volumen IV (octubre-diciembre) 1961; pp. 8-45.

*Fundamentación filosófica de la doctrina del Derecho Natural (1928)*. *La Metamorfosis de la idea de Justicia (1947)*. El actual pensamiento jurídico norteamericano. Buenos Aires: Editorial Losada, 1951. pp. 247-299.

*La Doctrina del Derecho Natural ante el Tribunal de la Ciencia (1949)*. ¿Qué es justicia? Barcelona: Editorial Ariel, 1982. pp. 64-112.

3 Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1986. pp. 329-425.

4 El mundo antiguo comprende la Grecia clásica y, a partir de Alejandro Magno, los territorios de expansión del helenismo, con Alejandría como foco de radiación y, finalmente, todos los países sujetos al Imperio Romano.

de toda la filosofía escolástica, propiciada por la concepción geocéntrica de nuestro sistema planetario, cuya grandiosa construcción poética es *La Divina Comedia* de Dante Alighieri (1265-1321) y que trasladada a la organización política mundial es su *Monarquía*.<sup>5</sup> Y finalmente, bajo la sombra del geocentrismo, porque la concepción heliocéntrica se demoró dos siglos después de la muerte de Copérnico (1543 d. C.) para implantarse en la mentalidad europea, retorna la doctrina del derecho natural con los filósofos contractualistas modernos y, muy especialmente, con la figura señera de Hugo Grocio (1583-1645). Y, de este modo, sucesivamente desde los filósofos griegos de los siglos V y IV a. de C. hasta el autor de *Jure Belli ac Pacis* (1625) se ha creído y afirmado, a pie pisado, que la naturaleza, Dios y la racionalidad humana son las fuentes primigenias y supremas del derecho natural. Y aquí, precisamente, surge para Kelsen el primer escollo de las doctrinas del derecho natural. El concepto de ley natural usado por los partidarios del jusnaturalismo es equívoco. Las leyes de la naturaleza no son prescriptivas sino descriptivas. Kelsen insiste tozudamente, pero con toda razón, en el carácter descriptivo de las leyes naturales. La fórmula muy sencilla y al alcance de cualquiera inteligencia es: *Si A es, sigue B*. Que todos los cuerpos se dilatan con el calor o que todos los metales son buenos conductores de electricidad son, tan sólo, dos ejemplos de las leyes naturales que enlazan un fenómeno como causa con otro fenómeno como efecto. La Naturaleza—el Universo—sigue la ley de la gravitación universal. Pero, en verdad, cuando la doctrina del derecho natural de orientación teológica mienta la Naturaleza no tiene en cuenta la Naturaleza de la experiencia científica—la de Galileo o Newton—sino la Naturaleza en sentido *trascendente* y personalizado. De ahí que Kelsen haya insistido en la concepción animista de la Naturaleza, que no fue rasgo exclusivo del hombre primitivo sino que pervive en la mente de hombres de cultura avanzada, a través de la religión y de filosofías especulativas.

Las doctrinas jusnaturalistas presentan un marcado acento ideológico y sirven, por lo mismo, a intereses económicos y políticos. El término ideología y sus diversos contenidos y significaciones son relativamente recientes, no obstante su remoto antecedente renacentista en los *Idola fori* de Bacon. A Hegel y los jóvenes de la izquierda hegeliana se debe su desarrollo político y social. Su significado y su uso actuales están cargados de este precedente dialéctico. Los marxistas de viejo y nuevo cuño han popularizado y puesto en boga su noción de ideología. Karl Mannheim la ha analizado como un tránsito a la sociología del conocimiento.

5 Kelsen, Hans. *Die Staatslehre des Dante Alighieri*. Leipzig und Wien: Franz Deuticks, 1905.

to.<sup>6</sup> También, Hans BARTH ha registrado sus lineamientos históricos, en relación con el problema eterno de la verdad.<sup>7</sup> KELSEN no es ajeno a estas inquietudes ideológicas ni a su significado negativo de ocultación de la verdad y encubrimiento de intereses.

Un ejemplo protuberante del carácter ideológico de las doctrinas del derecho natural citado por KELSEN es la Escuela Histórica del Derecho. En contra de lo que aparenta, el famoso manifiesto de Karl von SAVIGNY es calificado severamente de doctrina jusnaturalista conservadora y antirrevolucionaria, porque estatuye el *Volksgeist* en la fuente del derecho, del único derecho verdadero y eficaz.<sup>8</sup>

No es de extrañar esta severa crítica de KELSEN a la Escuela Histórica del Derecho, pues tampoco se libra de su análisis el Positivismo Jurídico tradicional al que, también, califica de ideológico e inconsecuente por incurrir en el mismo error de su adversario jusnaturalista, o sea la justificación del poder político. Pero, KELSEN mismo en sus artículos de política jurídica, según Albert CASAMIGLIA, "defiende una ideología de tipo liberal basada en los principios de libertad y tolerancia".<sup>9</sup>

A mi juicio, la actitud valorativa de KELSEN en sus escritos políticos no compromete la pureza metódica de su teoría jurídica. Antes, al contrario, es ahí donde encuentra su campo propicio de expresión, como en su muy conocido libro *Esencia y Valor de la Democracia* y, aun, en su misma conferencia *¿Qué es la Justicia?*, considerada como el testamento ideológico de KELSEN.

## II. LA CRÍTICA DEL SOCIOLOGISMO JURÍDICO

Primero fue el Psicologismo Jurídico o sea la reducción de los objetos ideales y valores a fenómenos psíquicos. John Stuart MILL, el padre del psicologismo, redujo los objetos lógicos—concepto, juicio y raciocinio— a meras operaciones psíquicas. Wilhelm WUND, Theodor LIPPS y otros fueron más allá y redujeron los valores estéticos, religiosos y morales a fenómenos de conciencia. PETRASIZKY redujo el derecho a fenómenos de psicología emocional y Hermann ISAY, de la Escuela Libre del Derecho, a decisiones. Por este camino continuó el Psicologismo hasta incluir los objetos matemáticos—números y figuras geométricas— como fenó-

6 MANNHEIM, Karl. *Ideología y Utopía*. México: Fondo de Cultura Económica, 1941.

7 BARTH, Hans. *Verdad e Ideología*. México: Fondo de Cultura Económica, 1951.

8 KELSEN, Hans. *La Doctrina del Derecho Natural y el Positivismo Jurídico*. Op. cit. Traducción de Eugenio BULYGIN. Texto bilingüe.

9 KELSEN, Hans. *¿Qué es Justicia?* Estudio preliminar de Albert CASAMIGLIA. Barcelona: Editorial Ariel, 1982. p. 9.

1997]

menos psíquicos. Justamente, en contra de este psicologismo extremo, reaccionó Edmundo HUSSERL (1859–1938) en los *Prolegómenos a la Lógica Pura* que introducen a sus seis investigaciones lógicas, después de haber profesado—él mismo— el psicologismo en su tesis doctoral *Filosofía de la Aritmética*.

El Sociologismo Jurídico recorrió camino análogo al psicologismo. Entre los fundadores de esta tendencia sociológica, suele citarse a Emilio DURKHEIM (1858–1917), León DUGUIT (1859–1928) y Eugenio EHRLICH (1862–1923). En la *Division du Travail Social* (1893), estudió DURKHEIM las formas de sociabilidad y las clases de derecho. Así, el símbolo de la solidaridad mecánica o de cohesión por semejanza es el derecho represivo, y el símbolo de la solidaridad orgánica o de cohesión por desemejanza es el derecho restitutivo. DURKHEIM ejerció efectiva influencia sobre su colega de cátedra y amigo León DUGUIT, el famoso Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Burdeos. Después de haberse iniciado en la sociología evolucionista de Herbert SPENCER (1820–1903), adhirió DUGUIT, definitivamente, a la Sociología Jurídica de DURKHEIM. No sólo el principio de solidaridad y la actitud antiestatista de DUGUIT provinieron de su amigo sino, también, la reducción del derecho a *fait social*. De esta manera, quedó constituido formalmente el Sociologismo Jurídico.

El caso de Eugenio EHRLICH reviste particular importancia porque con él, después de Max WEBER (1864–1922), alcanzó gran desarrollo la Sociología del Derecho en los países de lengua alemana y, en consecuencia, el Sociologismo Jurídico. El nombre y la sociología de EHRLICH tomaron relieve cuando Hans KELSEN se pronunció en contra del Sociologismo Jurídico. KELSEN se refiere concreta y directamente a este tipo de Sociologismo Jurídico como ajeno y extraño a su Teoría Pura del Derecho.

KELSEN reconoce como legítima la pretensión de una *Sociología del Derecho*, pero rechaza de plano, en nombre de la pureza metódica, el Sociologismo Jurídico, o sea la reducción del derecho a mero hecho social.<sup>10</sup> Él mismo, por su obra *Sociedad y Naturaleza*,<sup>11</sup> merece el alto honor de contarse entre los grandes sociólogos del siglo XX. En su autorizada opinión, la Sociología del Derecho no se ocupa de normas jurídicas, objeto propio de la Teoría General del Derecho, sino de hechos o fenómenos jurídicos. Muy clara y categóricamente expresa, en el *Prefacio a Sociedad y Naturaleza*, que su fin no es contestar el interrogante sobre si la

10 KÖNING, René. *Soziologie*. Frankfurt am Main: Herausgeber, Fischer Bücherei, 1965. Seiten 235 und 236.

11 KELSEN, Hans. *Society and Nature*. Chicago, 1945. Traducción de Jaime PERRIAUX. Buenos Aires: Editorial de Palma, 1945.

justicia se realiza en el derecho positivo y cómo, sino dar respuesta a la pregunta: Cómo esa idea se presenta en la religión, la poesía y la filosofía y por qué ha mantenido allí, en todos los tiempos, la más sobresaliente posición. Es un enfoque crítico ideológico y esto significa un enfoque sociológico del problema de la justicia.<sup>12</sup>

En ningún lugar de la *Teoría Pura del Derecho* desconce KELSEN que el derecho positivo sea hechura humana y social. Son los hombres de carne y hueso quienes legislan, aplican y realizan el derecho, bien en sus decisiones parlamentarias, administrativas y judiciales ora en sus negocios jurídicos. Además, son ellos mismos quienes celebran contratos en la vida intra-estatal y tratados en la coexistencia inter-estatal. En su pequeño libro titulado *El Contrato y el Tratado*, que es una joya de la literatura jurídica, utiliza el término común *convención* para ambos actos jurídicos que son, a la vez, creación y aplicación del derecho. "Convención—dice KELSEN— es la concordancia de voluntades de dos o varios sujetos, tendiente a producir un efecto jurídico, es decir a crear o extinguir una obligación y el derecho subjetivo correspondiente".<sup>13</sup> Pero lo que KELSEN excluye de manera enérgica de la *Teoría Pura del Derecho* es la reducción del derecho a hecho social, por una parte, y, por otra, la ideología.

### III. EL HIATO O CESURA DE SER Y DEBER SER

Toda la historia de la Filosofía, desde Tales de Mileto (circa 624-547/6 a. C.) hasta Alfred N. WHITEHEAD (1861-1947) es el intento del espíritu para descifrar el gran enigma de la Naturaleza. La cosmología del mundo antiguo concebía la Naturaleza como un ser viviente, por analogía con el individuo humano; la cosmología moderna, preparada por COPÉRNICO, KEPLERO, GALILEI y NEWTON, la comparaba con una máquina; y la cosmología contemporánea ha vuelto, en cierto modo, a una concepción organicista.<sup>14</sup> Tales de Mileto inició la filosofía mediante la pregunta *¿Qué es Ente?* —τί τό ὄν—, indagación que, en nuestro contexto cultural, reitera Martín HEIDEGGER por el *ser del ente señalado*, el *Dasein*. La imagen física del Universo de la cosmología racionalista prevaleciente en los siglos XVII y XVIII eludió la cuestión del ser mediante el modelo newtoniano del conocimiento. Y la cosmología de nuestro tiempo ha encontrado su

12 *Ídem*.

13 KELSEN, Hans. *El Contrato y el Tratado*. México: Editora Nacional, reimpresión, 1974. Traducción de E. GARCÍA MÁYNEZ.

14 COLLINGWOOD, R. G. *Idea de la Naturaleza*. México: Fondo de Cultura Económica, 1950.

1997]

paradigma en la obra de WHITEHEAD.<sup>15</sup> Los conceptos de cambio, evolución y desarrollo son más propios de la biología que de la física. La Naturaleza es cambio, tránsito y creación.<sup>16</sup> Los antecedentes más connotados están en la *Evolución Creadora* de H. BERGSON, *El Origen de las Especies* de Ch. DARWIN y la *Filosofía Romántica de la Naturaleza* de F. W. J. SCHELLING.

¿Qué tiene que ver la cosmología organicista, nueva y vieja, con *Sociedad y Naturaleza* de Hans KELSEN? Los meros títulos de cada capítulo son indicativos de la similitud de estos modos de pensar: La psique primitiva; La interpretación social de la naturaleza; La interpretación de la naturaleza conforme al principio de retribución; La religión y la filosofía griegas; La idea de retribución en la filosofía griega; La idea de causalidad y el principio de retribución en la filosofía griega de la naturaleza; La ley de causalidad en la ciencia moderna; Ciencia natural y ciencia social.

Expresado *grosso modo*, KELSEN sostiene la tesis siguiente: En el hombre primitivo predomina el componente emocional con ausencia total de la relación de causa y efecto; prevalece igualmente la conciencia colectiva por falta de la autoconciencia individual y afirmación del yo. El hombre primitivo percibe y trata a los animales, plantas y cosas inanimadas como semejantes a los miembros del grupo. La analogía del tú, no del yo, es la base de la cosmovisión del hombre primitivo. Interpreta la naturaleza como parte de la sociedad. De ahí que el principio fundamental de su conducta con sus congéneres y extraños sea el principio de retribución social: "ojo por ojo y diente por diente". La ley de causalidad tuvo origen en el principio de retribución. "En la especulación religiosa—*anota KELSEN*— la naturaleza era una parte de la sociedad regida según la ley de retribución. Después de la completa emancipación que de la retribución ha logrado la causalidad en la noción moderna de la ley, la sociedad es—desde el punto de vista de la ciencia— una parte de la naturaleza".<sup>17</sup>

El positivismo kelseniano es monista. Su *ser* carece de connotación metafísica. *Ser*, en su terminología, significa siempre el *ser real*, la realidad espacio-temporal, la naturaleza. Las ciencias de la naturaleza tienen por objeto de conocimiento los fenómenos físicos, químicos, biológicos, psíquicos y sociales, hechos que se producen según las leyes naturales.

15 WHITEHEAD, Alfred N. *Proceso y Realidad*. Buenos Aires: Editorial Losada, 1956. Traducción de J. ROVIRA ARMENGOL.

16 WHITEHEAD, Alfred N. *Naturaleza y Vida*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, Instituto de Filosofía, 1941.

17 KELSEN, Hans. *Society and Nature*. Chicago, 1945. Traducción de Jaime PERRIAUX. Buenos Aires: Editorial de Palma, 1945. p. 411.

to.<sup>6</sup> También, Hans BARTH ha registrado sus lineamientos históricos, en relación con el problema eterno de la verdad.<sup>7</sup> KELSEN no es ajeno a estas inquietudes ideológicas ni a su significado negativo de ocultación de la verdad y encubrimiento de intereses.

Un ejemplo protuberante del carácter ideológico de las doctrinas del derecho natural citado por KELSEN es la Escuela Histórica del Derecho. En contra de lo que aparenta, el famoso manifiesto de Karl von SAVIGNY es calificado severamente de doctrina jusnaturalista conservadora y antirrevolucionaria, porque estatuye el *Volksgeist* en la fuente del derecho, del único derecho verdadero y eficaz.<sup>8</sup>

No es de extrañar esta severa crítica de KELSEN a la Escuela Histórica del Derecho, pues tampoco se libra de su análisis el Positivismo Jurídico tradicional al que, también, califica de ideológico e inconsecuente por incurrir en el mismo error de su adversario jusnaturalista, o sea la justificación del poder político. Pero, KELSEN mismo en sus artículos de política jurídica, según Albert CASAMIGLIA, "defiende una ideología de tipo liberal basada en los principios de libertad y tolerancia".<sup>9</sup>

A mi juicio, la actitud valorativa de KELSEN en sus escritos políticos no compromete la pureza metódica de su teoría jurídica. Antes, al contrario, es ahí donde encuentra su campo propicio de expresión, como en su muy conocido libro *Esencia y Valor de la Democracia* y, aun, en su misma conferencia *¿Qué es la Justicia?*, considerada como el testamento ideológico de KELSEN.

## II. LA CRÍTICA DEL SOCIOLOGISMO JURÍDICO

Primero fue el Psicologismo Jurídico o sea la reducción de los objetos ideales y valores a fenómenos psíquicos. John Stuart MILL, el padre del psicologismo, redujo los objetos lógicos—concepto, juicio y raciocinio—a meras operaciones psíquicas. Wilhelm WUND, Theodor LIPPS y otros fueron más allá y redujeron los valores estéticos, religiosos y morales a fenómenos de conciencia. PETRASIZKY redujo el derecho a fenómenos de psicología emocional y Hermann ISAY, de la Escuela Libre del Derecho, a decisiones. Por este camino continuó el Psicologismo hasta incluir los objetos matemáticos—números y figuras geométricas— como fenó-

6 MANNHEIM, Karl. *Ideología y Utopía*. México: Fondo de Cultura Económica, 1941.

7 BARTH, Hans. *Verdad e Ideología*. México: Fondo de Cultura Económica, 1951.

8 KELSEN, Hans. *La Doctrina del Derecho Natural y el Positivismo Jurídico*. Op. cit. Traducción de Eugenio BULYGIN. Texto bilingüe.

9 KELSEN, Hans. *¿Qué es Justicia?* Estudio preliminar de Albert CASAMIGLIA. Barcelona: Editorial Ariel, 1982. p. 9.

menos psíquicos. Justamente, en contra de este psicologismo extremo, reaccionó Edmundo HUSSERL (1859–1938) en los *Prolegómenos a la Lógica Pura* que introducen a sus seis investigaciones lógicas, después de haber profesado—él mismo— el psicologismo en su tesis doctoral *Filosofía de la Aritmética*.

El Sociologismo Jurídico recorrió camino análogo al psicologismo. Entre los fundadores de esta tendencia sociológica, suele citarse a Emilio DURKHEIM (1858–1917), León DUGUIT (1859–1928) y Eugenio EHRLICH (1862–1923). En la *Division du Travail Social* (1893), estudió DURKHEIM las formas de sociabilidad y las clases de derecho. Así, el símbolo de la solidaridad mecánica o de cohesión por semejanza es el derecho represivo, y el símbolo de la solidaridad orgánica o de cohesión por desemejanza es el derecho restitutivo. DURKHEIM ejerció efectiva influencia sobre su colega de cátedra y amigo León DUGUIT, el famoso Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Burdeos. Después de haberse iniciado en la sociología evolucionista de Herbert SPENCER (1820–1903), adhirió DUGUIT, definitivamente, a la Sociología Jurídica de DURKHEIM. No sólo el principio de solidaridad y la actitud antiestadista de DUGUIT provinieron de su amigo sino, también, la reducción del derecho a *fait social*. De esta manera, quedó constituido formalmente el Sociologismo Jurídico.

El caso de Eugenio EHRLICH reviste particular importancia porque con él, después de Max WEBER (1864–1922), alcanzó gran desarrollo la Sociología del Derecho en los países de lengua alemana y, en consecuencia, el Sociologismo Jurídico. El nombre y la sociología de EHRLICH tomaron relieve cuando Hans KELSEN se pronunció en contra del Sociologismo Jurídico. KELSEN se refiere concreta y directamente a este tipo de Sociologismo Jurídico como ajeno y extraño a su Teoría Pura del Derecho.

KELSEN reconoce como legítima la pretensión de una *Sociología del Derecho*, pero rechaza de plano, en nombre de la pureza metódica, el Sociologismo Jurídico, o sea la reducción del derecho a mero hecho social.<sup>10</sup> Él mismo, por su obra *Sociedad y Naturaleza*,<sup>11</sup> merece el alto honor de contarse entre los grandes sociólogos del siglo XX. En su autorizada opinión, la Sociología del Derecho no se ocupa de normas jurídicas, objeto propio de la Teoría General del Derecho, sino de hechos o fenómenos jurídicos. Muy clara y categóricamente expresa, en el *Prefacio a Sociedad y Naturaleza*, que su fin no es contestar el interrogante sobre si la

10 KÖNING, René. *Soziologie*. Frankfurt am Main: Herausgeber, Fischer Bücherei, 1965. Seiten 235 und 236.

11 KELSEN, Hans. *Society and Nature*. Chicago, 1945. Traducción de Jaime PERRIAUX. Buenos Aires: Editorial de Palma, 1945.

justicia se realiza en el derecho positivo y cómo, sino dar respuesta a la pregunta: Cómo esa idea se presenta en la religión, la poesía y la filosofía y por qué ha mantenido allí, en todos los tiempos, la más sobresaliente posición. Es un enfoque crítico ideológico y esto significa un enfoque sociológico del problema de la justicia.<sup>12</sup>

En ningún lugar de la *Teoría Pura del Derecho* desconce KELSEN que el derecho positivo sea hechura humana y social. Son los hombres de carne y hueso quienes legislan, aplican y realizan el derecho, bien en sus decisiones parlamentarias, administrativas y judiciales ora en sus negocios jurídicos. Además, son ellos mismos quienes celebran contratos en la vida intra-estatal y tratados en la coexistencia inter-estatal. En su pequeño libro titulado *El Contrato y el Tratado*, que es una joya de la literatura jurídica, utiliza el término común *convención* para ambos actos jurídicos que son, a la vez, creación y aplicación del derecho. "Convención—dice KELSEN— es la concordancia de voluntades de dos o varios sujetos, tendiente a producir un efecto jurídico, es decir a crear o extinguir una obligación y el derecho subjetivo correspondiente".<sup>13</sup> Pero lo que KELSEN excluye de manera enérgica de la *Teoría Pura del Derecho* es la reducción del derecho a hecho social, por una parte, y, por otra, la ideología.

### III. EL HIATO O CESURA DE SER Y DEBER SER

Toda la historia de la Filosofía, desde Tales de Mileto (circa 624–547/6 a. C.) hasta Alfred N. WHITEHEAD (1861–1947) es el intento del espíritu para descifrar el gran enigma de la Naturaleza. La cosmología del mundo antiguo concebía la Naturaleza como un ser viviente, por analogía con el individuo humano; la cosmología moderna, preparada por COPÉRNICO, KEPLERO, GALILEI y NEWTON, la comparaba con una máquina; y la cosmología contemporánea ha vuelto, en cierto modo, a una concepción organicista.<sup>14</sup> Tales de Mileto inició la filosofía mediante la pregunta *¿Qué es Ente?* —τί τό ὄν—, indagación que, en nuestro contexto cultural, reitera Martín HEIDEGGER por el *ser del ente señalado*, el *Dasein*. La imagen física del Universo de la cosmología racionalista prevaliente en los siglos XVII y XVIII eludió la cuestión del ser mediante el modelo newtoniano del conocimiento. Y la cosmología de nuestro tiempo ha encontrado su

12 *Ídem.*

13 KELSEN, Hans. *El Contrato y el Tratado*. México: Editora Nacional, reimpresión, 1974. Traducción de E. GARCÍA MÁYNEZ.

14 COLLINGWOOD, R. G. *Idea de la Naturaleza*. México: Fondo de Cultura Económica, 1950.

paradigma en la obra de WHITEHEAD.<sup>15</sup> Los conceptos de cambio, evolución y desarrollo son más propios de la biología que de la física. La Naturaleza es cambio, tránsito y creación.<sup>16</sup> Los antecedentes más connotados están en la *Evolución Creadora* de H. BERGSON, *El Origen de las Especies* de Ch. DARWIN y la *Filosofía Romántica de la Naturaleza* de F. W. J. SCHELLING.

¿Qué tiene que ver la cosmología organicista, nueva y vieja, con *Sociedad y Naturaleza* de Hans KELSEN? Los meros títulos de cada capítulo son indicativos de la similitud de estos modos de pensar: La psique primitiva; La interpretación social de la naturaleza; La interpretación de la naturaleza conforme al principio de retribución; La religión y la filosofía griegas; La idea de retribución en la filosofía griega; La idea de causalidad y el principio de retribución en la filosofía griega de la naturaleza; La ley de causalidad en la ciencia moderna; Ciencia natural y ciencia social.

Expresado *grosso modo*, KELSEN sostiene la tesis siguiente: En el hombre primitivo predomina el componente emocional con ausencia total de la relación de causa y efecto; prevalece igualmente la conciencia colectiva por falta de la autoconciencia individual y afirmación del yo. El hombre primitivo percibe y trata a los animales, plantas y cosas inanimadas como semejantes a los miembros del grupo. La analogía del tú, no del yo, es la base de la cosmovisión del hombre primitivo. Interpreta la naturaleza como parte de la sociedad. De ahí que el principio fundamental de su conducta con sus congéneres y extraños sea el principio de retribución social: "ojo por ojo y diente por diente". La ley de causalidad tuvo origen en el principio de retribución. "En la especulación religiosa—*anota KELSEN*— la naturaleza era una parte de la sociedad regida según la ley de retribución. Después de la completa emancipación que de la retribución ha logrado la causalidad en la noción moderna de la ley, la sociedad es—desde el punto de vista de la ciencia— una parte de la naturaleza".<sup>17</sup>

El positivismo kelseniano es monista. Su *ser* carece de connotación metafísica. *Ser*, en su terminología, significa siempre el *ser real*, la realidad espacio-temporal, la naturaleza. Las ciencias de la naturaleza tienen por objeto de conocimiento los fenómenos físicos, químicos, biológicos, psíquicos y sociales, hechos que se producen según las leyes naturales.

15 WHITEHEAD, Alfred N. *Proceso y Realidad*. Buenos Aires: Editorial Losada, 1956. Traducción de J. ROVIRA ARMENGOL.

16 WHITEHEAD, Alfred N. *Naturaleza y Vida*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, Instituto de Filosofía, 1941.

17 KELSEN, Hans. *Society and Nature*. Chicago, 1945. Traducción de Jaime PERRIAUX. Buenos Aires: Editorial de Palma, 1945. p. 411.

A continuación expondré lo concerniente al *deber ser ideal*. La lógica formal es lógica del ser. Lógica apofántica. Es el legado de la filosofía griega a la civilización occidental. ARISTÓTELES la sistematizó en el conjunto de escritos rotulados *Organon*, porque la concebía como la propedéutica de las ciencias. Su pieza maestra es el silogismo deductivo. A través de los árabes y de la España musulmana llegó a la Europa cristiana. La escolástica cristiana, lo mismo que la escolástica islámica en sus siglos de esplendor (X-XII d. C.), torció el rol de la filosofía y, en consecuencia, de la lógica, poniéndolas al servicio de la teología —*philosophia ancillae theologiae*—. Hastiados del abuso del silogismo deductivo de la escolástica decadente, los humanistas del renacimiento ensayaron el silogismo inductivo como medio de la invención. Y, a la larga, lograron su propósito. BACON lo impulsó en el *Novum organum*. Y los filósofos empiristas continuaron en su empeño.

En el *Prólogo* de la segunda edición de la *Crítica de la Razón Pura* (1787), anota su autor que “la lógica de Aristóteles hasta entonces no ha dado un paso atrás, pero tampoco un paso adelante”. Y en el mismo prólogo habla de *su salto copernicano*, consistente en el cambio de centro de la investigación filosófica, es decir, del objeto al sujeto, de la filosofía griega y escolástica a la filosofía idealista alemana, cuyos fundamentos son suyos. Y, sin renegar de la lógica formal —de la lógica del objeto—, inaugura y aplica paralelamente la lógica *trascendental*, la lógica del sujeto con su sistema propio de categorías. Es la lógica de los *a priori* aplicable al sujeto del conocimiento, al agente moral y al creador y gustador de la obra de arte. Lo que aquí concretamente nos interesa es la lógica trascendental aplicada a la conducta moral. La *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres* y la *Crítica de la Razón Práctica* contienen la respuesta de KANT a la pregunta *¿Qué debo hacer?* Como todo el mundo sabe, la ética de KANT es formal y autónoma. Es ética formal porque no determina el *qué* sino el *por qué* de la acción; porque no determina la materia o contenido sino la forma de la acción. Y es ética autónoma porque el mismo agente moral convierte la máxima de la voluntad en ley universal. La voluntad es buena no por lo que hace sino por lo que quiere. Es buena por su querer, por su intención, cuando no está determinada por los instintos o los sentimientos o el interés. Es buena cuando obra por *deber*. Y “el deber es la necesidad de una acción por respeto a la ley”.<sup>18</sup> El deber no es un concepto tomado de la experiencia ni de la naturaleza sino un concepto moral *a priori*.

“Cada cosa, en la naturaleza, —dice KANT— actúa según leyes. Sólo un ser racional posee la facultad de obrar por la *representación* de las leyes, esto es, por

18 KANT, Manuel. *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*. Madrid : Espasa Calpe, S. A., 1942.

principios” o mandatos cuya fórmula lógica se llama **imperativo**. Todos los imperativos se expresan por medio de un *deber ser*, y se dividen en: **Imperativos hipotéticos de la habilidad** —técnicos o de las artes—; **Imperativos hipotéticos de la sagacidad** o pragmáticos; y, finalmente, **Imperativos categóricos** o morales. La observación de Helmut LAUN acerca de los imperativos hipotéticos técnicos que no se expresan mediante un *deber ser* sino un *tener que* es válida.<sup>19</sup> El imperativo categórico es propio de la ética autónoma. La ética de KANT, en opinión de SCHELER, ha sido, desde luego, criticada, corregida y completada aquí y allá, pero permanece intacta en sus bases esenciales. El *deber ser* ético de KANT ha pasado a la *Teoría Pura del Derecho* en la forma de un *deber ser ideal* para expresar el nexo que une la condición con lo condicionado.

#### IV. LA DOCTRINA DE LA IMPUTACIÓN

El concepto de imputación es conocido en el derecho, de vieja data. Ejemplos de este conocimiento encontramos en el *derecho común* que aplicaban los tribunales de los principados desde antes de la fundación del Estado alemán (1870) y en los códigos de derecho privado de Hispanoamérica, cuya fuente principal fue el Código Civil de Napoleón (1804). Pero lo que sí adviene como nuevo y original en la ciencia jurídica de nuestro siglo XX es el *Principio de Imputación* que, aplicando la pureza metódica, ha creado KELSEN deslindando, primero, las leyes jurídicas de las leyes naturales, según el esquema: *Si A es, sigue B*; y *Si A es, debe ser B*. La ley natural expresa la necesidad causal del *tener que*, al paso que las leyes jurídicas expresan la necesidad normativa del *deber ser*. Las leyes naturales y las leyes jurídicas representan dos modos diferentes de vincular fenómenos, hechos, como condición y consecuencia. Y deslindando, en segundo lugar, el derecho de la moral. “La norma jurídica no es comprendida como imperativo, a semejanza de la norma moral, como las más de las veces lo hace la doctrina tradicional, sino como juicio hipotético que expresa el enlace específico de una situación de hecho condicionante con una consecuencia condicionada”.<sup>20</sup>

KELSEN es inflexible en la sustentación de sus tesis y el principio de imputación es una de ellas. Al principio de causalidad en la Naturaleza opone el principio de imputación en el Derecho. “Así como la ley natural enlaza una determinada situación de hecho como causa con otra como efecto, así también la ley jurídica

19 LAUN, Helmut. *Derecho y Moral*. México : Centro de Estudios Filosóficos, UNAM, 1959. pp. 8 y 9.

20 KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires : Editorial Losada, 1941 (Primera edición en Castellano), p. 47.

enlaza la condición jurídica con la consecuencia jurídica. En un caso la forma de enlace de los hechos es la causalidad, en el otro la imputación, que es conocida por la Teoría Pura del Derecho como la *Legalidad particular del Derecho*.<sup>21</sup>

Resumiendo y para que no haya equívocos, enunció a continuación:

1° Que las leyes éticas o morales son mandatos imperativos;

2° Que las leyes jurídicas se expresan mediante juicios o proposiciones hipotéticas que enlazan la condición con la consecuencia, según el principio de imputación: *Si A es, debe ser B*; y

3° Que las leyes de la naturaleza se expresan mediante juicios o proposiciones según el principio de causalidad: *Si A es, tiene que ser B*.

La *Teoría Pura del Derecho* permanece como el paradigma de la Jurisprudencia del siglo XX, lo que, sin embargo, no quiere decir que sea el *non plus ultra* del pensamiento jurídico. Es un paradigma científico, no un dogma.

Medellín, 20 de noviembre de 1.996

## DERECHO, ÉTICA Y PERSONA

Lino RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE\*

### 1) EL IUSNATURALISMO Y EL COMUNITARISMO.

#### EL USO ALTERNATIVO DEL DERECHO

Hace tiempo que nosotros elaboramos la concepción filosófico-jurídica en torno al **iusnaturalismo** y al **comunitarismo**<sup>1</sup>.

De esta manera conjugamos los principios fundamentales del Derecho con las exigencias de la realidad social. A este respecto cabe señalar la posición que ha tomado cuerpo en América Latina, denominada **El uso alternativo del derecho**, que defiende los intereses colectivos mediante la organización comunitaria y la capacitación legal orientada hacia la auto-organización que se ha manifestado en el *Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos*, cuya sede se encuentra en Bogotá. Se trata de organizaciones no gubernamentales destinadas a apoyar las formas organizativas de la comunidad para defender los *derechos populares*, lo cual implica introducir el derecho en el interior de las relaciones sociales y, al **Juez**, en el ámbito de los conflictos de los distintos estamentos de la sociedad, revistiendo a la teoría de una tendencia **clasista**<sup>2</sup>, que hemos criticado en nuestra obra *Del derecho liberal al derecho comunitario (La presencia de la moral en el derecho)*

\* Director Honorario del Centro de Investigaciones Jurídicas. Universidad de los Andes. Mérida, Venezuela.

1 Lino RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE. *Ciencia y Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, Editorial Ejea, 1961, p 82.

2 Hildegar RONDÓN DE SANSÓ. *El Estado Social de Derecho, Encuentro y alternativas*. Venezuela, 1994, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, s. f., Tomo 2. pp 874-876.