

ANOTACIONES SOBRE KELSEN

Alfonso García Isaza

Doctor en Derecho U. P. B.

Director Departamento de Humanidades.

EAFIT - Escuela de Administración y Finanzas, Medellín.

Hace ya varios años que el pensamiento jurídico filosófico de Hans Kelsen ha logrado señalarse en el ámbito dilatado de las disciplinas dentro de las cuales se mueve hasta el punto de que su autor sea considerado como una de las figuras más imponentes en varios aspectos del mundo de la abstracción del derecho en nuestros días.

Introducción

Original en muchos de sus planteamientos, vigoroso en la dialéctica de su doctrina, con dedicación indeclinable a profundizar en los problemas que el derecho puro suscita, la avasalladora faena de su actividad crítica lo constituye indudablemente como maestro glorioso de la teoría jurídica.

La magnitud de la obra de Kelsen reside no tanto en la originalidad de su doctrina cuanto en haber hecho repensar los grandes temas de la filosofía del derecho. Ha sacudido los viejos sillares quizás como ningún otro pensador lo haya hecho al menos en el presente siglo. Hasta dónde esa conmoción los derruye, falsea o agrieta, qué queda de perenne de la doctrina kelseniana, sería apresurado determinararlo con precisión en un sumario estudio dedicado a tres temas como el presente.

Someter toda la enseñanza del maestro a un estudio profundizado impone una amplia labor de análisis, confrontación, búsqueda de sus antecedentes históricos y doctrinarios, obra que por varias razones se nos escapa y no es nuestra intención elaborar un tratado que, ni más ni menos, es lo que correspondería a un aliento semejante. Parécenos que suscitar la inquietud mental entre nosotros sobre la consistencia de la fuerza lógica de los radicales principios de la teoría kelseniana es más interesante en nuestro medio como tarea de divulgación que la iniciada hace tiempos en cátedras y revistas para explicar la notable teoría.

A este propósito se encamina el presente estudio, así sea muy apretado, pero con elementos críticos suficientes para la demostración de lo que para nosotros son fallas lógicas internas del sistema, de los tres principios fundamentales que vamos a estudiar, a saber, el de la imputación, el de la plenitud hermética y el de la norma fundamental.

Déjanse de lado otras tesis desarrolladas dentro de la Teoría Pura de gran importancia en el derecho público e internacional, en la interpretación de la ley y el sugestivo análisis de las dicotomías jurídicas hecho por Kelsen.

Franco adversario del derecho natural la posición intelectual del gran maestro a este respecto es por lo demás respetable, aguda y seria en muchas ocasiones, increíblemente superficial y desprovista del rigor científico tan característico en Kelsen, en otras, v.gr. como en las célebres conferencias que dictó en Buenos Aires. Los diversos puntos de vista sobre el tema del derecho natural que brevemente expuso allí adolecen por lo menos de ligereza. Habrá oportunidad, Dios mediante, de atender a los planteamientos que el maestro hace en este campo del derecho siempre actual y siempre debatido.

Así, pues, estas observaciones o apostillas se contraen a un esquemático estudio de tres elementos fundamentales de la imponente estructura para advertir algunas contradicciones internas, flojos ensamblajes y hasta algo de *flatum vocis* dentro del proceso mismo de su dialéctica, demostración y análisis que en parte ya han sido formulados al través de dilatado y enérgico debate que la teoría pura ha desatado.

Obviamente estas consideraciones no presumen de ser ni la más acabada ni la más profunda refutación del pensamiento kelseniano en relación al área de los principios citados; son, como ya se dijo, observaciones, apostillas que pueden servir de estímulo a más dilatado estudio y en todo caso a un empeño mayor, entre nosotros, en puntualizar los aciertos y errores, los logros o las frustraciones de la doctrina del egregio pensador.

El principio de imputación

Ha de tenerse presente, ante todo, que Kelsen en su Teoría Pura del Derecho desaloja el principio de causalidad; lo rechaza y considera que la formulación del Derecho gira sobre el principio que él denomina de imputación. "La norma jurídica —dice— no es comprendida como imperativo, a semejanza de la moral. Es, según su pensamiento, un juicio hipotético compuesto por una situación de hecho o sea la condición y una consecuencia, lo condicionado. La consecuencia es imputada a la condición: "si matas, debes ir a presidio". El deber ser aquí es simplemente una correspondencia en la proposición jurídica. Su carácter es formal no trascendente. Todo lo contrario de principio de causalidad, del tener que ser. La norma jurídica es una prescripción creada por los hombres donde una sanción (lo condicionante) se imputa a una conducta humana (lo condicionante) sin que aquélla sea el efecto y ésta la causa. La imputación es pues una conexión que hace el hombre y no la naturaleza.

Conforme a esta posición la sanción proviene en forma diferente de la ley física donde el efecto se produce necesariamente, con independencia del hombre. El deber ser en la norma jurídica, el "sollen", tiene un sentido lógico carente de otro valor. El deber ser, el "sollen" limítase a existir como una categoría relacionante apriorística para la aprehensión del material jurídico empírico. La conducta humana no es, pues, la causa de la sanción. El mundo psicológico, el mundo del comportamiento, ruedan por cauces diferentes a los del orden jurídico. La norma está incontaminada por la naturaleza que es "lo que es" en cambio del derecho, la moral que es "lo que debe ser". "Lo que es" es inexorablemente, "lo que debe ser" puede serlo, no necesariamente ha de realizarse en el orden fáctico.

Todo este análisis lo fundamenta el maestro, como puede notarse, en la consideración de que la norma que sanciona es cosa distinta del acto síquico en que es querida o representada. "La ciencia del Derecho no pretende dar una explicación causal de las conductas humanas a las cuales se aplican las normas jurídicas. Y argumenta: "la causalidad no conoce punto final, la idea de una causa primera, análoga al punto final de la imputación es incompatible con la noción de causalidad, al menos como la física clásica la concibe". El encadenamiento de causas no existe en la imputación. Es la conducta humana, que vale como mérito o como transgresión, el punto final de la imputación.

Otra diferencia, repitémosla, que establece Kelsen entre el orden jurídico y el natural consiste en que en el juicio jurídico normativo lo condicionado puede no darse a pesar de verificarse lo condicionante, contrariamente a la ley de la naturaleza donde el efecto ha de cumplirse necesariamente dada la causa.

Puede captarse del pensamiento kelseniano su intención enderezada a destruir el sentido "metafísico-trascendente" del Derecho; por eso afirma: "Las normas del derecho natural y las de la moral, son ... deducidas de una norma fundamental que, en razón de su contenido, está considerada como si apareciera inmediatamente evidente, como una emanación de la voluntad divina, de la naturaleza, o de la razón pura.

La atenta consideración de estos presupuestos y del resto de la doctrina kelseniana conduce a establecer algunas observaciones sobre el principio de imputación que no carecen de importancia por lo menos como un llamado a la crítica sobre los puntos que vamos a precisar a este respecto.

En primer lugar es importante tener presente cómo el maestro vienés no es muy consecuente con su argumento de la no transferencia de la imputación. Conforme a una primera instancia, fundamental para la crítica del principio de causalidad en el ámbito jurídico, la imputación muere, se agota en la conducta del sujeto sancionado como no acontece con la causalidad que busca una primera causa diversa de la inmediata. Pero esta diferencia desaparece en la doctrina kelseniana cuando entra a explicar la diferencia entre obligación y responsabilidad individual y colectiva. Veámoslo.

Al analizar "los casos en que hay responsabilidad por la conducta ajena, es decir, los casos en que la sanción está dirigida contra un individuo cuya conducta *no se encuentra entre las condiciones de la sanción*". En tal situación veremos que siempre hay una relación particular entre el individuo cuya conducta está entre las condiciones de una sanción (transgresor) y el individuo contra quien se dirige la sanción (responsable)" (subrayé). Pues bien, esta relación entre el transgresor y el responsable permite al legislador identificar al uno con el otro, al suponer que la sanción, dirigida directamente contra uno, indirectamente tendrá el efecto querido sobre el otro, v. gr., cuando los súbditos pagan las cargas del Estado vencido en guerra. Estado y súbditos se identifican.

"Un individuo soporta la responsabilidad jurídica de una determinada conducta en cuanto que una sanción está dirigida contra él. Pero la conducta por la cual es responsable puede ser tanto la propia como la de otro individuo. La responsabilidad jurídica de un individuo puede referirse a la conducta ajena; pero la obligación jurídica de un individuo no puede referirse sino a su propia conducta. En el caso de la obligación, el individuo es el sujeto. En el de la responsabilidad es el objeto de la conducta jurídicamente pertinente, es el objeto de la conducta de un tercero. La noción de obligación se enlaza a la de la transgresión, la noción de responsabilidad a la de sanción. La transgresión y la sanción están ligadas en la regla de derecho por el principio de imputación".

Repitamos: "La noción de obligación se enlaza a la de transgresión, la noción de responsabilidad a la de sanción". Pero, cabe preguntar, ¿la sanción no es la consecuencia de la transgresión? Si, porque "la transgresión y la sanción están ligadas en la regla de derecho por el principio de imputación" como lo afirma el mismo Kelsen. Sin embargo un tercero es el sancionado.

No se necesitan muchas lucubraciones para comprender, de acuerdo con esta transcripción, cómo el maestro en el fondo desvirtúa su argumento de no transferencia. La inconsecuencia de la doctrina kelseniana se precipita en la última frase transcrita cuando liga la transgresión y la sanción gracias a la imputación. Es una afirmación que no ha sido demostrada. El maestro describe el fenómeno sin explicarlo. Coloca las ideas en el esquema del juicio hipotético pero no suministra la razón de su acomodo formal. ¿Por qué la identificación entre el transgresor y el responsable? ¿Cuál la razón para esta asimilación dada por la Teoría Pura?

En segundo lugar no aparece muy clara la diferencia entre el juicio hipotético de la norma jurídica y el juicio con base en las leyes naturales, conforme al planteo de Kelsen. La necesidad de las leyes físicas no se da en el juicio hipotético jurídico. "Lo que expresa esta autonomía normativa del Derecho frente a la legalidad de la naturaleza es el "deber ser". La ley jurídica dice: si a es, "debe ser" b; mientras que la ley natural dice: si es a, "es" también b. Y esta distinción expresa lo siguiente: la condición jurídica no es la "causa" de la consecuencia jurídica, ni la consecuencia jurídica es el "efecto"; la consecuencia del acto coactivo sigue al hecho de la condición por vía jurídica, del Derecho, no por necesidad de la naturaleza".

Pero es un hecho de experiencia que en las leyes naturales, en las leyes físicas, los efectos pueden no darse en virtud de factores extraños a su proceso. Si hay fuego habrá humo pero puede acontecer que por circunstancias ajenas al proceso físico el humo no se produzca. Kelsen no tiene presente esta posibilidad, la descarta.

Es Maritain quien ha observado que "las leyes de la naturaleza son necesarias pero el curso de los acontecimientos en la naturaleza es contingente. La necesidad propia de las leyes no hace necesarios los acontecimientos, porque las leyes se refieren, de alguna manera, a esencias universales puestas de manifiesto por abstracción, mientras los acontecimientos tienen lugar en una realidad existencial; concreta e individual, que permanece abierta a la mutua interferencia de las líneas independientes de causalidad, y que está compuesta de naturaleza y aventura".

Conforme a esta consideración del ilustre filósofo francés las leyes físicas no son necesarias sino en el plano de la pura abstracción, en la realidad el proceso natural es contingente. Por tanto en el plano meramente lógico, abstracto, una ley física tiene, en cuanto a su cumplimiento, perfecta identidad de contingencia con el juicio hipotético

jurídico; hay una necesidad apenas lógica en la ley física en nada diferente de la necesidad lógica del juicio hipotético jurídico. Descender del orden de la abstracción al de la realidad fáctica para ver cómo lo condicionado a veces no se cumple es involucrar la realidad lógica con la natural y sólo en esta forma falsa es posible quitarle la necesidad a la formulación hipotética de la norma jurídica.

Y es el mismo Kelsen quien ha afirmado que la norma jurídica tiene un sentido lógico y nada más. Se acentúa entonces su inconsecuencia al trastocar el plano lógico con el meramente natural. La lógica no sería lógica si no estuviera fundamentada en la necesidad.

Puede concluirse entonces que por lo menos no es muy exacta la diferencia entre el "tener que ser" y el "deber ser" en la teoría pura del Derecho. La diferencia hay que hallarla en otra instancia, en un campo distinto al dentro del cual Kelsen plantea la diversidad del juicio jurídico y la ley física.

Plenitud hermética del derecho y determinación jurídica de toda conducta.

La teoría que cobija este título se sintetiza en el siguiente principio: "Lo que no está jurídicamente prohibido está jurídicamente permitido".

Si no hay una norma prohibitiva de un acto éste puede realizarse dentro del Derecho sin que los demás puedan impedirlo. Es la determinación jurídica indirecta de la conducta. Establecidas las normas prohibitivas que directamente conforman la conducta en el orbe del derecho, queda a su vez establecida jurídicamente toda posible conducta no impedida por la ley. Así las cosas, "si alguien me impide hacer algo que no está prohibido, comete una transgresión; esto quiere decir que una sanción debe dirigirse contra él".

Es consecuencia de este principio la ausencia de lagunas en el Derecho, en el orden jurídico. Toda conducta está determinada directamente por la norma o indirectamente conforme a este último principio.

Para analizar la forma como Kelsen lo defiende, o mejor, lo demuestra, la manera como la Teoría Pura llega a su formulación, ha de recordarse lo que para esta teoría son normas primarias y secundarias. Hagámoslo con las mismas palabras del sabio: "Para que una norma pertenezca a la esfera del derecho es necesario que defina

la conducta que constituye la condición de una sanción y determine esta sanción; por ejemplo: el que no cumple con el servicio militar debe ser condenado a una pena de dos a cinco años de prisión. Aquí tenemos una norma jurídica completa, que contiene todos los elementos necesarios. Una norma que se limitara a imponer la obligación de hacer el servicio militar sería incompleta, dado que no indicaría cuál es la sanción en caso de violación de esta obligación. Llamamos norma primaria a la que establece la relación entre el hecho ilícito y la sanción y norma secundaria a la que prescribe la conducta que permite evitar la sanción. Paralelamente, la ciencia del derecho describe estas dos clases de normas formulando reglas de derecho primarias o secundarias, pero una regla de derecho secundaria es de hecho superflua, pues supone la existencia de una regla de derecho primaria, sin la cual no tendría ninguna significación jurídica, y esta regla de derecho primaria contiene todos los elementos necesarios para la descripción de la norma jurídica completa".

Kelsen no acepta que la norma secundaria sea una consecuencia de la primaria, las considera idénticas. "En realidad hay identidad entre la proposición que afirma que un individuo está jurídicamente obligado a cumplir el servicio militar y la que dice que debe ser sancionado si no lo cumple. La primera expresa exactamente la misma idea que la segunda, y esta identidad es la consecuencia de nuestra definición del derecho que hemos considerado como un orden coactivo, y de nuestra definición de la regla del derecho, en la cual vemos una proposición según la cual en ciertas condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado con carácter de sanción".

Esta identidad la establece el maestro no obstante que la norma secundaria, como él mismo lo afirma, supone la existencia de la primaria, necesariamente, pues de lo contrario la secundaria sería superflua, "no tendría ninguna significación jurídica".

El fundamento del orden jurídico es, pues, ante todo, la norma primaria donde la sanción o sea lo condicionado está imputada a la conducta o sea lo condicionante, en el juicio hipotético de toda norma jurídica. Es precisamente en la norma primaria donde resalta el elemento coactivo, la sanción, como esencial al derecho. Es lo que establece la diferencia entre la norma moral, de simple carácter ético y la jurídica. El derecho es una organización, un empleo de la fuerza para inducir a los hombres a comportarse de determinada manera. "Para que una norma pertenezca a la esfera del derecho —son palabras de Kelsen— es necesario que defina la conducta que constitu-

ye la condición de una sanción y determine esta sanción". De donde se concluye que a conducta determinada, sanción determinada; de no, la norma sería inocua. Si algo debe ser determinado es la sanción.

Con estos presupuestos tomados directamente del pensamiento de Kelsen es posible entrar al estudio crítico del principio de la plenitud hermética y la determinación jurídica de toda conducta.

Ante todo ha de considerarse la forma esquemática del mismo principio. Para ello reduzcámoslo formulándolo como una norma primaria: una conducta determinada condicionante y una sanción condicionada determinada. ¿Cuál sería ese esquema? El más aproximado podría ser el siguiente: "Si alguien me impide hacer algo que no está prohibido jurídicamente, debe ser sancionado".

A primera vista se advierte que de ninguna manera este esquema tiene la precisión, la determinación de los ejemplos de norma primaria traídos por el maestro, v.gr.: "Si no pagas el servicio militar, pagarás presidio de dos a cinco años". Obviamente la determinación está ausente, que es lo que le da valor jurídico a la norma. Podría aceptarse gratuitamente por supuesto, que en el esquema existe una conducta determinada, pero es evidente que la sanción no lo es. Lo condicionado, es decir, el segundo miembro del esquema, de la norma, o sea la sanción, en una palabra la coacción, no está definida. Es manifiesta su indeterminación. La frase "debe ser sancionado" equivale a decir que debe imponerse una sanción sin que exprese precisamente cuál.

De esta forma se cae en la indeterminación haciendo incompleta la norma ya que "no indica cuál es la sanción en caso de violación. . ." como lo exige Kelsen. Sin esta determinación el principio de plenitud hermética no se diferencia de una norma ética. El célebre principio carece, pues de norma primaria y por tanto dentro de la Teoría Pura no halla fundamento.

Es pertinente afirmar además que dicho principio, aceptándolo dentro de la Teoría Pura, no puede crear derecho. Las normas prohibitivas circundan el ámbito jurídico, eso es cierto, pero por el hecho de limitarse algo, no surge por ensalmo su entidad. Un lote de terreno, por ejemplo, no puede aceptarse que al limitarse la tierra surge de inmediato, que aparece entonces la realidad física como consecuencia de la delimitación, del deslinde, por arte de birlibirloque. Se limita, se circunscribe lo que ya existe, los límites son perfilados por el ser de la cosa misma, no al revés.

Es obvio que dentro de la teoría clásica y tradicional vale la plenitud hermética precisamente porque afirma que no todo lo jurídico está en la ley, en la norma positiva, que hay un derecho no escrito, una justicia, una equidad natural que es base del orden jurídico. Kelsen desecha esta tesis. Su doctrina trata de purificar el derecho de esos contenidos con carácter de trascendencia, como ya es bien sabido.

Pero dentro de la Teoría Pura el principio que nos ocupa es, ni más ni menos, que efecto de un salto lógico, una afirmación que no casa con los presupuestos formales de la doctrina. Y en la forma como Kelsen afianza el principio equivale a un artificio, hábil estratagemma carente de sentido científico riguroso.

La norma fundamental.

Todo el andamiaje jurídico, según Kelsen, descansa sobre la norma fundamental, que es la fuente de la validez del derecho. Si las normas de derecho natural, de la moral, se deducen de una norma fundamental evidente como una emanación de la voluntad divina, de la naturaleza, de la razón pura, "la norma fundamental del orden jurídico tiene otra naturaleza. No es válida por sí misma sino en cuanto es sólo expresión del supuesto necesario de toda concepción positivista, ya que no es producida en el procedimiento jurídico positivo". Carece pues de creación jurídica, es, ni más ni menos, como el mismo maestro lo afirma, "una norma presupuesta por la ciencia del Derecho". Es esta norma fundamental un a priori al que eslabona todo el proceso posterior del derecho. Es el fundamento de la creación del derecho "y su carácter es esencialmente formal y dinámico". La base de la validez jurídica.

Así pues "referir las diversas normas de un sistema jurídico a una norma fundamental significa mostrar que han sido creadas conforme a esta norma". Encarcelar a un ciudadano carece de toda juridicidad si ese acto de coacción no está vinculado al través de una cadena a la norma fundamental. Todo el poder jurídico del encarcelamiento sólo radica cuando es una derivación de un mandato en conformidad con el ordenamiento penal que por su parte finca su validez en la constitución del Estado donde se halla el procedimiento para la formación de las leyes y señala el órgano competente para su aplicación.

La conclusión de esta tesis de la Teoría Pura sin duda alguna coincide con la doctrina tradicional. Lo inaceptable es el carácter apriorístico de la norma fundamental que en Kelsen, como vamos a verlo, es, en el fondo, una especie de contradicción con ciertos elementos de su doctrina.

Todo el orden jurídico tiene su validez en la norma fundamental, eso no se discute. Pero, ¿la validez de la constitución, la validez de ese a priori? Su fuerza constitutiva radica en la eficacia sean cualesquiera sus orígenes. "Si el orden antiguo deja de ser eficaz y comienza a serlo el nuevo, se opera entonces con éste como con un orden jurídico". Y entonces "debemos comportarnos de la manera prescrita por la constitución como una norma cuya validez no descansa en otra superior". Es un imperativo que manda acatar y obedecer la norma fundamental como un presupuesto, una hipótesis.

El rigor lógico de Kelsen flaquea también en este punto. Podría decirse que el "debemos obedecer la constitución" llega como un *deus ex machina* a la doctrina del maestro vienés. Aparece repentinamente sin que nada lo anuncie dentro de los lineamientos y principios que ella establece.

Por ejemplo: Kelsen no deja de insistir en mantener limpio de metafísica el principio de imputación, que para él carece de carácter ético. Todo esto ya está dicho con anterioridad. Sin embargo cuando el maestro entra a afianzar la validez del orden jurídico busca un imperativo, un acto de voluntad al que hay que obedecer con un "debemos" que a su vez es un acto de voluntad de quien obedece, muy diferente este "debemos" del "sollen" lógico del principio de imputación. Son dos "debemos" de naturaleza distinta. No puede decirse que quien viola la constitución primitiva debe ser castigado porque aquí "la norma fundamental no es una definición, la definición de la validez jurídica". Simplemente "la voluntad del primer constituyente debe considerarse como poseedora de un carácter normativo".

Así pues, este "debemos" con que el derecho se vincula a la norma fundamental se escapa al principio de imputación por lo que la obediencia a la primera norma, a la constitución original, llamémosla así, se deriva del "reconocimiento de una autoridad suprema. Ella no es la significación de un acto de conocimiento". Como sí lo es el de la imputación. Es la enseñanza explícita de Kelsen.

En este mismo orden de ideas ha de tenerse en cuenta que el "debemos obedecer la constitución" no puede reducirse al esquema

del juicio hipotético jurídico o norma primaria con una conducta condicionante y una sanción condicionada pues ésta última carece de determinación. Una constitución que conlleve la sanción de su violación sólo deriva su fuerza de la voluntad originaria que bien puede ser la de un usurpador como que en último término en él radica la norma fundamental.

Debe anotarse que lo que deja de ser para Kelsen un problema de la voluntad en la persona sujeta a la ley, —el derecho no se basa en psicología, la imputación sólo tiene valor lógico—, es transferido a la base de la norma fundante del proceso del derecho. El "debemos obedecer la constitución" es pura psicología.

Afirma Kelsen que una de las victorias del positivismo contra el derecho natural consiste en haber delimitado lo jurídico de lo sociológico y por lo tanto determinar el método correspondiente a cada una de esas áreas científicas. No puede involucrarse el ser del acontecer social con el deber ser jurídico. Anota el maestro que sin embargo el positivismo se contradice dentro del campo del derecho cuando como respuesta a la pregunta sobre la validez del derecho positivo formula la teoría del reconocimiento o sea que "las normas jurídicas son válidas porque, y en cuanto, son reconocidas por aquellos a quienes están dirigidas".

Pues bien, contra esta tesis del reconocimiento argumenta Kelsen que esa forma de validez de la norma tiene una significación fáctica y por lo tanto no puede dar ninguna respuesta. El fundamento de un deber o de una norma "conduce siempre, exclusivamente, a un deber o a una norma, la cual guarda una situación de supraordinación en relación con la primera...". Es, pues, dentro de un mismo circuito, el de la supraordinación en el deber ser, donde ha de hallarse la respuesta exacta. Y a continuación afirma: "Solamente si con la teoría del reconocimiento se tiende a expresar el pensamiento de la autonomía moral, entonces la validez de las normas jurídicas encuentra su fundamento en la autoridad de los sujetos que la reconocen, y la teoría del reconocimiento significa lo siguiente: dado que se coloca el fundamento de validez de las normas jurídicas en la autoridad del sujeto que la reconoce, y la teoría del reconocimiento sostiene que las normas jurídicas deben ser obedecidas en tanto que reconocidas por el individuo, es decir, que son impuestas por el individuo a sí mismo, debe concluirse que las normas jurídicas tienen un carácter autónomo. Pero esto significaría la negación total de un orden jurídico independiente cuya subordi-

nación a la moral autónoma significaría el abandono total del punto de vista del positivismo, el cual es caracterizado precisamente en función de la hipótesis de la existencia de normas jurídicas independientes de las normas morales. La doctrina del reconocimiento se colocaría con esto en la más aguda contradicción a la naturaleza heterónoma del derecho, y se situaría desde todos los ángulos dentro de la tesis del derecho natural, cuya mezcla de derecho y moral se considera hoy como superada”.

El error lógico que Kelsen descubre, sin duda que con acierto dentro del campo del positivismo jurídico cuando acepta la teoría del reconocimiento, es de la misma índole que el maestro padece al sustentar su doctrina sobre la norma fundamental. El “debemos obedecer la constitución” es un imperativo que no está sujeto a una norma, carece de raíz, ya no hay para él supraordinación. Es un a priori de saber psicológico unido al a priori de la eficacia del nuevo orden jurídico, eficacia que necesariamente se verifica en el acontecer social o sea en el estadio ajeno al del deber ser. Lo jurídico y lo sociológico quedan sin delimitación.