

H A N S K E L S E N ⁽¹⁾

El jurista de la época contemporánea

I

El 11 de octubre ha cumplido 60 años de vida Hans Kelsen, personalidad genial de filósofo especializado y de infatigable polemista, que ostenta títulos universalmente reconocidos para ver en él el jurista por antonomasia de la época contemporánea y también, sin ninguna clase de dudas, uno de los casos más extraordinarios y fecundos que se conocen en la historia de las ideas jurídicas de todos los tiempos.

Autor principal de la constitución austríaca que se sancionó después de la pasada Guerra Mundial; presidente durante diez años de la Suprema Corte de Justicia de dicho país; sucesivamente profesor en las Universidades de Praga, Viena y Colonia, luego en el Instituto de Altos Estudios Internacionales de Ginebra, y, actualmente, en la Universidad de Harvard; miembro titular o miembro de honor de las más significativas academias o institutos destinados al estudio del Derecho en los países civilizados; con sus obras vertidas a diez y seis idiomas diferentes, Kelsen ha alcanzado en plena madurez de su talento todos los halagos y todas las satisfacciones de or-

⁽¹⁾ Los "Anales" se asocian mediante el presente trabajo, al homenaje rendido al filósofo, en ocasión de su sexagésimo aniversario.



den intelectual que se pueden ofrecer en un marco de vida como el que él eligió por vocación y por temperamento, con innegable autenticidad. Y a la verdad que el camino recorrido sorprende tanto por la profundidad del surco que se ha abierto, cuanto por la rapidez vertiginosa de la ejecutoria. Flanqueado por la admiración ferviente de los discípulos y la ardorosa polémica de los adversarios, la carrera comenzó en 1911, agria y dramática desde su iniciación misma, con *Los problemas capitales de la Teoría del Derecho político desplegados por la teoría de la proposición jurídica*, obra monumental de análisis y crítica de los fundamentos de las concepciones jurídicas, para seguir en forma ininterrumpida hasta el presente, jalonada en 1925 con la *Teoría general del Estado*, monumental también como obra constructiva y sistemática, y en 1934 con *La Teoría pura del Derecho*, obra maestra de síntesis, de sedimentación y de complemento de toda esta ciclópea tarea intelectual, y enriquecida además por obras menores y por innumerables artículos en revistas, donde el tono polémico ha retumbado con inusitada vehemencia en la fisonomía de una guerra sin cuartel.

No es fácil presentar al público de cultura general una visión de conjunto del pensamiento kelseniano. Constantemente se desciende al detalle cuyo interés es mensurable sólo por el científico, puesto que allí se juega la verificación de esta o aquella idea; además son demasiados los problemas de la ciencia del Derecho que han sido traídos a enjuiciamiento como para no tener, al comienzo, la sensación de que los árboles impiden ver el bosque; por último, son también demasiadas las perspectivas polémicas que cruzan la construcción, porque cuando un autor se impone la tarea de aceptar todos los retos, como ocurre en el caso de Kelsen, fuerza es que cada respuesta



esté situada en la dirección de donde viene el desafío. Sin embargo, hemos de llegar a esa visión de conjunto, en su general interés, para responder al homenaje que los juristas de los pueblos libres tributan hoy al maestro con motivo de la fecha señalada.

II

Kelsen es el descubridor de la lógica jurídica; de una lógica que no tiene contactos con la lógica tradicional y que, sin embargo, ha pasado inadvertida ante el estrépito formidable de la lógica aristotélica, única que conocieron los juristas romanos y que, incorporada por éstos a los estudios jurídicos, ha gravitado desde entonces sobre estos estudios en la medida en que aquellos jurisconsultos han sido modelos insignes para los científicos de épocas posteriores.

No se duda hoy en día que toda ciencia tiene su estructura lógica; no se puede hacer ciencia en contra de la lógica y ni siquiera al margen de la lógica. El conocimiento científico es un conocimiento conceptual y, por esto, transmisible y verificable en su objetividad. De ahí que la lógica, en tanto teoría del concepto, resulta necesaria estructura de la ciencia. No puede haber, pues, ninguna ciencia antilógica ni alógica.

Sin embargo, cuando Kelsen aparece, advierte que la ciencia jurídica es el reino del caos. Los juristas no parecen estar, como los otros científicos, en una corriente de saber acumulativo; por el contrario, en ella se sustentan los más diversos y opuestos puntos de vista que, al enfrentarse, se anulan. Es, un poco, la triste situación de la Metafísica que Kant encontró en su época y que la



Crítica de la Razón pura explicó y liquidó para siempre. Así en la Ciencia del Derecho todo venía a resultar una cuestión de opinión: para el jurista *A*, blanco y para el jurista *B*, negro. Si en los tratados de Derecho las cosas importantes eran cuestión de opinión y no de evidencia demostrativa; en particular si era cuestión de opinión el punto de partida que escogía un jurista para desarrollar su pensamiento, es claro que la ciencia del Derecho ostentaba poco título para justificar su pretensión de ciencia.

Esto no obstante, entre la situación de la metafísica pre-kantiana y la ciencia del Derecho mediaba una profunda diferencia, suficiente de por sí para impedir que a la última se la diera de baja, como había hecho Kant con la *Metafísica racional*. En efecto, ésta no presentaba ningún hecho de experiencia que fuera el objeto de su conocimiento, en tanto que la ciencia del Derecho tenía a la vista los regímenes positivos que en cada país configuraban o estructuraban la conducta de los hombres, es decir tenía a la vista el fenómeno cultural de experiencia histórica de vastos complejos de normas vigentes como algo que podía ser conocido y cuyo conocimiento debería ser explicado. De modo, pues, que resultaba altamente desconcertante tener un derecho positivo para conocer y, al propio tiempo, que el conocimiento que de él se predicara fuera, en el fondo, una cuestión de opinión.

Es obvio, por otra parte, que el científico ha de estar en actitud neutral respecto del objeto que investiga; conocer científicamente quiere decir aprehender el objeto tal cual es, en su ser efectivo, sin deformarlo ni falsificarlo con ideologías insertas en el conocimiento. El conocimiento científico se define, por lo tanto, como un acto neutral. Y si la lógica tradicional ha podido ser *organon*



del conocimiento en las diversas ciencias del ser, es precisamente porque su síntesis conceptual es neutra (meramente representativa) respecto de aquello que se investiga. Las ciencias naturales, por ejemplo, investigan la existencia efectiva de ciertas cosas, existencia que resulta pensada con la lógica tradicional pero que de ninguna manera viene presupuesta en el concepto, el juicio o el raciocinio como tales; éstos son estructuras de conocimiento adecuadas a la existencia de lo que es, pero completamente neutrales a tal respecto: ni la afirman ni la niegan por anticipado.

En este punto Kelsen descubre que el jurista no está ni nunca ha estado neutral frente a su dato. Y más todavía, que con la lógica del ser no puede estar neutral porque su dato, que es conducta humana, es de por sí un deber ser; la conducta es algo estimativo que vive prefiriendo y optando y, con ello, confiriendo valor a las cosas y valiéndolo ella misma en consecuencia.

Viendo todo esto más de cerca, resulta lo siguiente: Todo el mundo tiene la intuición de lo que es una norma jurídica y a qué se refiere; pero su concepto científico, es decir la representación intelectual de lo que a una norma la hace ser norma, o dicho de otra manera, en qué consiste la nota lógica que a una norma le da esa calidad que permite llamarla norma, esto es algo que los juristas vienen a aprender con Kelsen. Por mucho que sorprenda semejante afirmación, la que por sí sola explica en su raíz el estado caótico de la ciencia del Derecho, es una afirmación que se verifica ampliamente. No es el caso de creer que cada autor puede llamar norma a aquello que prefiera su interés intelectual, vale decir hacer de esto una cuestión más de opinión, porque hay una realidad objetiva normada que se trata de conocer y comprender,



que no quedaría representada con un concepto arbitrario. Y la verificación de que los juristas no han tenido el auténtico concepto de lo que es una norma, es cosa sencilla: Si lo hubieran tenido, hubieran podido aprehender las normas positivas en actitud neutral; conocer científicamente es precisamente este contacto neutral con el objeto a conocer, y conociendo lo que lógicamente es una norma, de hecho está expedito ese camino —que es el único camino— para aquel contacto neutral.

Sin embargo, véase ahora cómo el jurista jamás ha estado en contacto con las normas positivas en actitud neutral: Cuando él se ha preguntado qué es lo que a una norma la hace ser norma y qué funda en ésta dicha calidad, invariablemente ha invocado un valor, es decir un contenido que se le ofrecía como debiendo ser en mérito de su intrínseco y propio valer. Fuese este valor el Poder, como Calicles y Trasímaco sostuvieron en la Antigüedad, o fuese la Justicia como Sócrates enseñaba a Critón, es lo cierto que desde entonces hasta hoy, han sido la Justicia o la Solidaridad o la Cooperación o la Paz o el Poder o la Seguridad o el Orden las cosas que se han invocado para expresar o conceptuar la normatividad de las normas jurídicas. Por una o por varias o por todas estas cosas es que una norma jurídica normaba la conducta, a estar a las doctrinas de los juristas.

Es cierto que el acuerdo no reina cuando se trata de determinar en qué consiste el valor fundante, por ejemplo en qué consiste la Justicia. Pero si esto fuera una investigación axiológica ulterior (sin duda indispensable), por ser precisamente ulterior no comprometería la neutralidad científica del investigador en el punto de partida. Lo que la teoría kelseniana hace ver es que el jurista ha llegado a este punto con su neutralidad ya comprometida;



es decir que la neutralidad científica se ha perdido antes, se la ha perdido en el momento en que la normatividad ha quedado planteada como una valoración, cualquiera fuere el valor que se tenga en cuenta. Pues es claro que del hecho evidentísimo de que las normas jurídicas contienen valoraciones de Orden, Justicia, etc., no se infiere que a ellas las conozcamos por medio de ese Orden o esa Justicia. Por el contrario, el problema del jurista consiste en conocer neutralmente ese Orden o esa Justicia, es decir en conocerlos tales como son, como normas positivas, sin deformarlos con un plus o un minus ideal de naturaleza axiológica. Las valoraciones positivas de Orden, Justicia, etc., son un deber ser, pero a este deber ser no se lo toma tal como es en una norma positiva si la propia norma viene entendida como cierto Orden o cierta Justicia: el Orden o Justicia contenidos en la norma quedan indudablemente deformados por el Orden o Justicia presupuestos en la norma como su normatividad.

Así como la lógica del ser nos da conceptos neutros respecto de las existencias que investigan las ciencias correspondientes, por cuya razón esos conceptos pueden representar científicamente aquellas existencias, cualesquiera sean, tal como resultan de la investigación, así también Kelsen reclama una lógica del deber ser cuyos conceptos sean neutros respecto del deber ser axiológico (Orden, Justicia, etc.) que aparece como contenido de las normas jurídicas positivas. Y si es claro que la Lógica, en cuanto método del conocimiento, ha de ser adecuada al objeto que se investiga, resulta necesario concluir que, siendo el Derecho positivo un deber ser de conducta, la lógica del ser es inadecuada como lógica jurídica. Por el contrario, será adecuada únicamente una metodología cuyos conceptos sean a su vez un deber ser lógico, no un



deber ser axiológico; es decir no un deber ser que deba ser por su intrínseco valor, sino un deber ser que exprese como relación la desnuda y neutra relación de lo que debe ser.

Ahora bien, si estos conceptos son las normas jurídicas positivas, como se reconoce universalmente por los científicos que tratan con el Derecho positivo y no con otra cosa, la norma viene a expresarse en un juicio cuya cópula es el verbo deber ser y no el verbo ser: Dado *A*, como antecedente, debe ser *B*, como consecuente. Y con esto la normatividad de la norma no radica en ningún presupuesto axiológico; consiste simplemente en la relación imputativa que expresa la cópula *deber ser*. Cuando se pregunta qué es lo que a una norma la hace ser norma, no hay que invocar o presuponer un valor pues su calidad le viene de ser una imputación de un consecuente a un antecedente y nada más.

De esta manera Kelsen ha llevado el problema de la normatividad, en forma perfecta y completa, al dominio de la Lógica. Kelsen ha dado al jurista el instrumento de su pensar lógico desde que le revela que la norma es instrumento lógico del pensar jurídico. Con esto se colocan a cubierto los fundamentos de una ciencia positiva del Derecho, rigurosa y auténtica. Desde este ángulo es posible salvar la neutralidad que el científico ha de tener respecto de su dato y que el jurista perdía desde el comienzo porque hacía consistir la normatividad en el mismo valor que, con otro grado, se le ofrecía normado en el dato. Recién ahora, con la norma como mera imputación neutra —neutra por ser imputación lógico-conceptual y nada más— el jurista está en condiciones de pensar el deber ser del contenido estimativo normado tal como es en la realidad, sin aditamentos que lo desfiguren



en pro o en contra. Y se advierte también ahora que aquella posición inicial, con la cual el jurista perdía su neutralidad frente a las normas positivas, era un error necesario mientras careciera del instrumento conceptual adecuado; la neutralidad científica del jurista tenía que quedar comprometida cada vez que concibiera el deber ser axiológico de una norma positiva con la lógica del ser porque en este trance quedaban sólo dos caminos al pensamiento: O la estimativa positiva perdía su calidad de deber ser y se hacía un ser, un factum, una cosa rendida a la lógica que se le imponía; o la estimativa positiva se transvasaba a una valoración ideal de la cual pudiera afirmarse que su ser era una valer perenne y ajeno a los hechos, un valer que era, así, también un ser. Sociologismo y jusnaturalismo, ambos vicios metodológicos muy propios de la Jurisprudencia, que sólo la pureza metódica podía refutar en su raíz.

Fácil es comprender que una revisión tan honda de la ciencia del Derecho habría de tener repercusiones inmediatas e innumerables en los problemas particulares de la misma. A la nueva luz se han disuelto como pseudo-problemas cuestiones que han dividido y dividen a los juristas porque desde el ángulo tradicional no tienen solución. Así, es un pseudo-problema la noción de lo anti-jurídico entendida como negación de lo jurídico y colocada fuera del Derecho; son también pseudo-problemas la distinción entre derecho objetivo y subjetivo y la oposición jurídica entre individuo y comunidad; lo son también las distinciones entre derecho público y privado, entre Estado y Derecho, entre derecho positivo y derecho natural, para no citar sino los grandes tópicos en que se patentiza aquella situación de crisis de la ciencia del Derecho, antes aludida, donde todo parece cuestión de opinión y



donde el pensamiento jurídico se muestra ajeno a esa estructura del saber acumulativo, propia del saber científico. Con rigor implacable y con limpieza de cirujano, Kelsen muestra cómo todas aquellas falsas oposiciones y distinciones son productos ideológicos, no visión neutral del fenómeno jurídico, porque se generan en las valoraciones presupuestas con que ha ido el jurista a aprehender el contenido estimativo de las normas positivas, desfigurando los datos con su propio instrumento conceptual en la forma arriba expuesta.

III

Una doctrina tan magna como la Teoría pura del Derecho no podía menos que ser diversamente interpretada. La novedad de sus puntos de vista y su amplitud sistemática habrían de causar el natural desconcierto en su ámbito de repercusión; y hasta tanto no se adquiriera cierta familiaridad con ella y sus ideas no entrarán a verificarse en el contacto con los hechos y en el manejo práctico que le imprimieran los investigadores, era natural que surgieran aquí y allá, para esto o para aquello, interpretaciones fragmentarias y divergentes antes de conseguir una interpretación integral. El hecho no ha de sorprender a nadie porque es una historia que constantemente se repite en la historia del pensamiento.

A este respecto nos parece útil distinguir entre las interpretaciones del pensamiento jurídico y las interpretaciones del pensamiento filosófico de la Teoría pura del Derecho. En las primeras, fragmentarias o no, si se comete error, es un error de falsedad sobre lo que enseña esa teoría. En cambio en las segundas, fragmentarias o



no, si se comete error, es un error de falsificación de lo que es esa teoría. Naturalmente que en uno u otro caso puede haber interpretaciones verdaderas, ya respecto de fragmentos o porciones, ya respecto del conjunto.

Así, por ejemplo, se comete un error en la interpretación del pensamiento jurídico de Kelsen cuando, para combatir la identificación entre Estado y Derecho que él hace, se invoca las organizaciones jurídicas primitivas (clanes, tribus, etc.), como organizaciones pre-estatales, argumentando con ello que si el Derecho existía sin Estado, Estado y Derecho no pueden ser lo mismo porque entonces hubieran existido conjuntamente. Pero Kelsen no desconoce el carácter jurídico pre-estatal de estas comunidades primitivas a las que expresamente califica de pre-estatales. Lo que él dice es que cuando la comunidad jurídica adquiere cierta centralización, como resultado del proceso de la división del trabajo social, entonces la comunidad jurídica es un Estado, de modo que Estado y Derecho centralizado son la misma cosa porque están constituidos totalmente por los mismos elementos. Lo que Kelsen combate no es la distinción entre formas jurídicas pre-estatales y estatales (que no difieren en esencia y sí solo en el grado de centralización), sino la distinción tradicional entre Estado y Derecho como dos ordenamientos heterogéneos de existencia independiente y diferente esencia. Y en esto hace ver la intromisión de una ideología destinada a justificar moralmente al Estado en cuanto éste se sometería al Derecho y entonces adquiriría la calidad de ordenamiento *justo*.

Los errores en la interpretación del pensamiento jurídico de Kelsen, por mucho que interesen a los especialistas, es claro que no interesan en general como los errores en la interpretación de su pensamiento filosófico por-



que esto último afecta a la auto-conciencia de la cultura de nuestra época; conciencia cultural que únicamente una absurda estrechez de miras podría valuar sin reconocer en el Derecho una dimensión humana de primera magnitud, acaso un menester subalterno de técnica social cobijado en oficinas burocráticas. Basta pensar que en nuestros días se registra una de las crisis del valor jurídico más grandes de la historia y que nadie está espiritualmente indiferente ante ella.

En este sentido las desinterpretaciones filosóficas del pensamiento kelseniano han sido numerosas y, a veces, pintorescas. Pintoresca, por ejemplo, la del profesor de Historia del Derecho, de Viena, Ernst Schwind, que escribe "para demostrar con argumentos históricos", la inexistencia de lo que Kelsen llama norma fundamental y que es mera categoría lógica del conocimiento jurídico (!) en sentido kantiano. Así alguien ha querido ver los fundamentos de la Teoría pura del Derecho en el empirismo sociológico, en un *factum* de poder social; otros en el jusnaturalismo; otros, más integrales, ven en ella un logicismo normativo o norma-logicismo que destierra de su seno toda decisión de la voluntad y que, en rigor, transforman la Teoría en un logi-ontologismo confundiendo realidad y esencia; otros ven un idealismo trascendental fracasado en empirismo; etc. El propio Kelsen se queja amargamente de estas y otras desinterpretaciones en el prefacio de su *Teoría pura del Derecho*.

Pero junto con las falsificaciones anotadas, abundan las interpretaciones certeras, ya fragmentarias, ya integrales, cuya difusión entre las más conspicuas inteligencias jurídicas creadoras, permite afirmar, verificando simplemente un hecho, que nuestra época ha encontrado su jurista en Kelsen. Sin embargo, a nosotros nos parece



que la interpretación filosófica del maestro debería de ir más lejos de lo que ha ido; debería, ganando en profundidad, haber llegado hasta aquel estrato en que la hemos colocado y en donde se patentiza su creación de la Lógica jurídica en sentido concreto. No es del caso conectar, en vaga referencia, la Teoría pura del Derecho y la Lógica jurídica como si ésta fuera vieja historia conocida y aquélla sólo la ejecución rigurosa de un pensamiento consciente de sí mismo. Había que mostrar la Lógica jurídica en su radical novedad, en su cúpula privativa, en su sistematización axiomática, en su juego estructural, informando todo esto la ciencia del Derecho como fundamento de su cientificidad. Nosotros, al destacar la circunstancia de que por primera vez en la historia del pensamiento jurídico, con la Teoría pura del Derecho, las normas en cuanto conceptos son tratadas en su ser lógico, esto es, analizadas en sí mismas tal como un triángulo es tratado en su ser geométrico por la Geometría, no hacemos otra cosa que destacar el resultado más general que acarrea el pensamiento kelseniano. Pero con esto mismo, que es un hecho dentro de dicha doctrina y que por lo tanto pone a nuestra interpretación en el terreno de la más rigurosa autenticidad, se emplaza a la Teoría pura en la esfera de la Lógica jurídica, con una perspectiva inadvertida hasta hoy, acaso por ser su perspectiva más profunda.

Aparte de que la posibilidad y legitimidad de esta interpretación han sido ya, en cierto sentido, ratificadas por el propio Kelsen (ver la nota al prólogo de *La Teoría pura del Derecho*, edición del Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social), es indudable que su bondad ha de verificarse tanto en la circunstancia de tomar intacto el pensamiento kelseniano en lo que de él resulta para la



ciencia del Derecho, como en la fecundidad efectiva que acredite, así entendido, en la obra de los juristas especializados y en el factum jurisdiccional donde el Derecho vive su drama cotidiano. En este sentido nosotros creemos que el pensamiento de Kelsen tiene un valor lógico perenne, muy similar en la esfera del Derecho y en general en la esfera del deber ser de conducta, al valor que tiene la lógica aristotélica en la esfera del ser.

CARLOS COSSIO

Profesor de Filosofía del Derecho
en la Universidad de La Plata.

