

“LA TEORÍA PURA DEL DERECHO” Y LA TEORÍA JURÍDICA EXPERIMENTAL *

Thomas A. COWAN **

Es difícil estimar la influencia que Hans Kelsen ha ejercido en la ciencia del derecho por más de cincuenta años. Es un claro honor poder ofrecer en su memoria la siguiente crítica a la parte medular de su filosofía: *La teoría pura del derecho*.

Confío en que este ensayo, publicado por primera vez hace muchos años, aún conserve relevancia; particularmente, en virtud de que la idea con respecto a que la teoría jurídica debe relacionarse con las ciencias sociales ha crecido inmensamente durante el periodo de la vida del profesor Kelsen y, en gran medida, como resultado de sus esfuerzos. También porque ha crecido la convicción de que las ciencias sociales deben realizar algunos giros en su metodología si es que quieren calificar para ser designadas como “ciencia”.

Una de las ilusiones a las que la humanidad está inevitablemente sometida es la profunda creencia de que la mente humana en su persecución del conocimiento es capaz de trascender las fronteras de la experiencia. A partir de la expresión clásica de la doctrina, en los Diálogos de Platón, donde sólo lo ideal es real, hasta las enseñanzas de los trascendentalistas contemporáneos, se ha sostenido la convicción de que, de una u otra manera, la realidad se encuentra bajo el dominio soberano del pensamiento.

La filosofía y la religión (productos ambas de la creciente toma de conciencia del ser humano de que en alguna manera profunda e importante el hombre ha perdido contacto con el universo físico y con sus semejantes, y que si esta pérdida no es remediada a tiempo está condenado al desastre) han tomado como tarea central desde la aurora del pensamiento griego, subsanar el rompimiento entre el hombre y el hombre y entre la humanidad y su medio ambiente no-humano.

* Esta es una pequeña revisión de un artículo que con el título “Experimental Jurisprudence and the Pure Theory of Law,” apareció en *Philosophy and Phenomenological Research*, vol. 11, núm. 2, diciembre 1950.

** Profesor Thomas A. Cowan Wayne University School.

Para la religión, la "tragedia" de la expulsión del ser humano, primero de su universo físico y de ahí de su grupo, plantea el problema de explicar la caída de la gracia y el camino hacia la redención. Esto es, cómo puede ser una vez más el universo cordial con el solitario y temeroso individuo, y cómo su grupo puede, una vez más, amarlo y nutrirlo. Éstas son necesidades que corresponden a la estructura emocional de la raza humana. Para la filosofía, la tarea tradicional es más bien mínima: garantizar que el universo, si no amistoso, sea por lo menos, comprensible. Se esfuerza en su propósito de satisfacer las necesidades no de la fe ni de la esperanza, sino de la razón.

Esta escisión entre el hombre y el mundo y entre el individuo y su grupo, es el elemento subyacente contra el que todas las filosofías autoconcientes de la cultura occidental se ajustan. ¿Cuánto puede el hombre influir en la naturaleza; cuánto en la naturaleza del hombre? ¿Cuánto puede el individuo imponerse a su grupo, cuánto puede el grupo imponerse al individuo? ¿Cuánto de lo que conoce el hombre de la naturaleza es resultado de la naturaleza misma; cuánto de esto es atribuible a aquella libertad de conocer las cosas cuyo propio camino ha el hombre tomado como si fuera su más preciado bien? La paradoja se superpone a la paradoja. Ya que el hombre es indudablemente parte de la naturaleza. A esta convicción él nunca se someterá. Y si él es parte de la naturaleza, entonces lo que hace, su pensamiento tanto como su acción, es natural. ¿Cómo entonces puede él decidir si es capaz de imponerse a la naturaleza o no? El instrumento que tiene que usar para determinar la parte que juega la mente humana, por un lado, y la naturaleza, por el otro, en el proceso del conocimiento, es precisamente la mente humana misma.

De la misma manera el individuo frente a su grupo sabe que es parte de él ¿Cómo solucionar racionalmente el problema de su participación en los propósitos del grupo cuando él mismo es parte del grupo, y cuando el específico proceso de pensarlo cambia tanto al problema como a él mismo?

Esta tendencia, difícil de erradicar de la mente humana, de trascender las fronteras del universo del cual es parte, y cuya creencia incorregible es que los únicos logros vitales —que la humanidad puede alcanzar— son un par de botas, y que la suposición completamente gratuita por parte de la raza humana —de que su conocimiento en tanto que distinto de su fe o de su esperanza—, puede trascender sus experiencias posibles, esto y similares fantasías y engreimientos humanos son la moraleja que ilustra la que Kant escribió en la *Crítica de la Razón Pura*, la cual

podría llevar como subtítulo: *De la vanidad de la mente humana en su búsqueda del conocimiento.*

La historia del pedante, inútil y polvoriento esfuerzo de Kant, para encuadrar la racionalidad humana dentro de los límites de la experiencia, ha sido contada a menudo. Su masivo fracaso es aún más importante. Porque si la *Critica de la Razón Pura* representa la disciplina de la mente racional la *Critica de la Razón Práctica* representa los más altos vuelos de los que la fe y la esperanza son capaces. Aquí, en la esfera de la ética y del derecho, la mente humana es su propio legislador supremo, que se da leyes a sí misma con absoluta desconsideración —lo cual puede ser también en desafío— de la experiencia humana. ¡Un acto puede ser moral aunque no haya existido nunca una sola instanciación de éste en la experiencia!

El confesado fin de la *Critica de la Razón Pura*, hemos dicho, fue mostrar que todo conocimiento se basa de la experiencia. Tan pronto como esto se establece, Kant comienza a dar los fundamentos de un instrumental *a priori* poseído de una manera misteriosa por cada experimentador y sin el cual toda experiencia sería imposible. Pero ¿es o no el *a priori* conocimiento? Ciertamente Kant sintió que parte del *a priori* eran la geometría y la lógica, y éstas son, ciertamente, conocimientos. Si esto es así, entonces, en la medida en que todo conocimiento comienza en la experiencia, el *a priori* comienza también, en la experiencia. Pero si el *a priori* comienza en la experiencia, ¿cómo puede ser poseído por el experimentador con anterioridad a toda experiencia? etcétera, etcétera.

Éste es el dilema habitual que todos los kantianos están llamados a resolver.¹ Si ellos siguen la segunda de las Críticas tienen, en última instancia, que aceptar las verdades de la fe. Y el binomio estándar de verdad basado en la experiencia y en la fe, una vez aceptado, trae como resultado alguna forma de trascendentalismo. Si, por otra parte, rechazan la autonomía de la razón sobre la experiencia en el dominio de la moralidad (y del derecho), entonces, se enfrentan con la dificultad de la doctrina del apriorismo científico y tienen que esforzarse para mostrar cómo pueden ser puros, es decir, desprovistos de experiencia, los fundamentos de la moral y de la ciencia jurídica. Los kantianos de nuestros días que aceptan este reto insisten en mantenerse fieles hasta el último momento a un positivismo o bien a alguna forma relacionada con el empirismo. El instrumental *a priori* sólo tiene que ser

¹ Este problema y su relación con el derecho es examinado plenamente en *Interpretation of Modern Legal Philosophies, Legal Pragmatism and Beyond.* (1947) pp. 133 y ss.

puro, pero si este instrumental es el fundamento de la ciencia, podría aparecer, para ser idiosincrático con ellos, que sólo los fundamentos (la verdadera estructura), de la ciencia son supuestos con anterioridad. ¿Por qué no suponer todo el cuerpo de la ciencia dentro de este proceso?

Se hizo hincapié arriba a que esta *reductio ad absurdum* de la epistemología kantiana es típica. En realidad ésta apareció simultáneamente con Kant y nada de lo que los modernos antitranscendentalistas pudieran decir ahora sobrepasaría posiblemente la crítica devastadora que la opinión común produjo en vida de Kant. Y todavía existen kantianos.

En el campo de la teoría del derecho, ellos no solamente existen sino que son altamente respetados. Stammler, al cambio del siglo, como Kelsen en la actualidad, son reconocidos como juristas eminentísimos con discípulos en todo el mundo. No obstante el hecho de que la teoría de la justicia de Stammler es una doctrina mística que nunca ha sido aplicada directamente, y que no puede, por su propia naturaleza, ser aplicada para resolver problemas prácticos de la teoría del derecho. Más aún, aunque la *teoría pura del derecho* de Kelsen tiene muchas e importantes aplicaciones, éstas resultan de su base sociológica y tienen, en mi opinión, sólo una tenue conexión con su mencionada "pureza".

Para empezar, no es difícil mostrar que ningún supuesto cuerpo de cualquier doctrina *a priori* es realmente una creatura de su tiempo. Kant dijo en la primera de sus Críticas que todo ser humano posee, necesariamente, un conocimiento de geometría con anterioridad a la experiencia, Kant, evidentemente se refiere a la geometría euclidiana; pero el desarrollo de las geometrías alternativas en el siglo pasado revelaron el defecto fatal del apriorismo kantiano. El mismo destino aguardaba a la filosofía del derecho kantiana. Para Kant la institución de la propiedad privada es una necesidad *a priori* de la existencia del orden jurídico. En efecto, la totalidad de la filosofía kantiana del derecho comparte las limitaciones de la teoría jurídica del siglo xviii. Es una versión idealizada del derecho positivo, entonces existente.

De la misma manera los kantianos modernos se enfrentan a la difícil opción siguiente: insistir, por un lado, en que las formas sintéticas y los juicios *a priori* son aspectos eternos de todo pensamiento humano y, consecuentemente, enfrentarse a la embarazosa situación de tener sus principios eternos obsoletos; o bien, por otro lado, admitir que el *a priori* cambia, y por tanto, en alguna medida, depende de la experiencia. Aquel que acepte alguno de los cuernos del dilema deja de ser kantiano; sólo aquellos que tercamente se nieguen a escoger son kantianos y, en consecuencia, permanecen atados a ambos cuernos del dilema.

Más aún, tratando de mostrar cómo el instrumental *a priori*, que en sí mismo es libre de todo contenido empírico y que puede, sin embargo, ser utilizado como la base de los juicios empíricos, Kant se vio forzado a inventar un *Tertium quid* que participa, de alguna manera, tanto de un carácter *a priori* como de uno a *posteriori*. Es un tipo de sacerdocio que media entre Dios y el hombre, esto es, entre la verdad infalible y los principios eternos del *a priori* y los elementos falibles y transitorios de la experiencia. En el *esquema*, una de las más difíciles aunque más importantes partes de la primera crítica, es donde Kant intenta esta transición.

Stammler, se enfrentó al mismo dilema. Si tomamos por ejemplo la teoría de la justicia² y seguimos el desarrollo de los juicios sintéticos del derecho *a priori* tal y como él lo hace, deberíamos esperar descubrir cómo se efectúa la transición del *a priori* a la experiencia. El patrón escogido es el "modelo del derecho justo". Este modelo participa tanto de elementos *a priori* y a *posteriori* del conocimiento. Uno es llevado inevitablemente a plantearse la pregunta de si el modelo mismo es conocido con anterioridad a la experiencia o no. Si la contestación es afirmativa, entonces, al menos un aspecto *a posteriori* de la verdad es independiente de la experiencia, lo que es una contradicción en los términos. Si la contestación es negativa, entonces, al menos un aspecto *a priori* de la verdad participa de la experiencia, lo cual es el mismo tipo de *contradictio in adjecto*.

Ciertamente este ejercicio escolar de lógica formal no dispondría del "modelo del derecho justo" ni de su prototipo, el *Esquema* kantiano. Si cualquiera de ellos fuera explicación adecuada de cómo se origina la experiencia, particularmente la experiencia científica, nos contentaríamos con someter la resolución de las paradojas que esto genera, a los lógicos formales. Nosotros sabemos ahora que la interacción de presuposición y observación en el proceso científico es algo enormemente más complicado que la explicación kantiana, valiosa cuando se llevó a cabo, y que ésta podría posiblemente haber alcanzado.³

El "modelo de derecho justo" de Stammler, queda como un primitivo

² Traducción de *Die Lehre vom dem richtigen Rechte* por Husik en *Modern Legal Philosophy Series* (1925).

³ Ver Cook *The Logical and Legal Basis of the Conflicts of Laws* 1942 pp. 68-70.

"En una iluminante revisión del reciente libro de Bertrand Russell *An Inquiry into Meaning and Truth*, el profesor Eliseo Vivas apunta cómo un pensador tan acucioso como Russell, confunde los 'postulados básicos' del lógico con los supuestos (postulados) del científico, que son 'determinados por investigaciones previas', pero que son sostenidas tentativamente y sujetas a posible reconstrucción como resultado de la total investigación, vol. 52. *The Nation*, 275, 1931" *id.*, pp. 70-64.

y ampliamente inútil sustituto de un marco formal operante para la "ciencia del derecho". Este modelo en ningún sentido es adecuado como base del análisis jurídico: y su propuesta "pureza" es alcanzada al costo de circunscribir de tal manera sus presupuestos fundamentales que llegan a ser meras generalizaciones vagas de los ideales de alto rango de la civilización occidental con referencia al "control social a través del derecho".

A Kelsen no le va mejor al tratar de superar las paradojas kantianas. En su prístina forma, al menos, la *teoría pura del derecho* afirma la pureza en dos aspectos correlativos. Es pura en el sentido de que trata sólo con los elementos *a priori* del conocimiento. "El deber ser es una categoría pura *a priori* para la comprensión del material jurídico empírico... Es una categoría epistemológico-trascendental en el sentido de la filosofía kantiana, y no metafísico-trascendental."⁴ Como tal, es lógicamente anterior a todos los sistemas jurídicos existentes. En segundo lugar la *teoría pura del derecho* es pura en el sentido de que sus proposiciones son libres de cualquier conexión intrínseca con la justicia o la realidad social. Sólo se ocupa de los órdenes jurídicos efectivamente existentes, y no de la obligatoriedad moral ni de lo socialmente condicionado.

En la medida en que se puede decir que Kelsen aun se adhiere a la primera noción de pureza formal, esto es, a la noción de la prioridad lógica del derecho puro con respecto a los contenidos empíricos de los sistemas existentes de derecho positivo, su doctrina está abierta a las objeciones que se aplicaron a Stammler, quien igualmente intentó desarrollar un sistema de teoría jurídica pura en base a la *Crítica de la Razón Pura*. Los últimos escritos de Kelsen, sin embargo, parecen indicar que el jurista perdió interés en la cuestión de saber si el carácter del sistema de derecho puro es *a priori* en el estricto sentido kantiano, esto es, el de estar aislado de cualquier contenido empírico, inclusive del jurídico. Como el interés de Kelsen se desvía más y más hacia la sociología, la antropología, e incluso la teoría política, el problema del posible carácter no empírico de las normas jurídicas pasa a segundo plano. Por ejemplo en su artículo *The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence* él dice:

La teoría pura del derecho es llamada pura, porque busca excluir del conocimiento del derecho positivo todos los elementos ajenos a éste. Los límites de este objeto y su conocimiento tienen que ser

⁴ Kelsen "La Teoría Pura del Derecho" (trad. por C. H. Wilson), 1934, 50, *Law Quarterly Review*, pp. 474, 485.

claramente fijados en dos direcciones: la específica ciencia del derecho, disciplina usual denominada "jurisprudencia", tiene que ser distinguida de la filosofía de la justicia, por una parte, y de la sociología o conocimiento de la realidad social, por la otra.⁵

No se hace ninguna mención aquí de conocimientos *a priori*. La tarea importante consiste en la diferenciación de la ciencia del derecho, de la justicia y de la realidad social. La ciencia del derecho es autónoma y universal, pero su carácter *a priori* no se advierte.

Tenemos entonces una ciencia del derecho pura, en el sentido de que su desarrollo no depende de teorías sobre la justicia o de relevancia social. Su pureza, en este sentido garantiza su carácter "no ideológico". Esto es, se encuentra liberada, desde el punto de vista de Kelsen, de toda adhesión a cualquier teoría de la naturaleza del Estado. Este intento de un sistema de derecho *apolítico, amoral y asocial*, estaba destinado a ser utilizado en un mundo desgarrado por conflictos políticos, sociales y morales. No es de sorprenderse que la doctrina de Kelsen haya dado la vuelta al mundo en el intervalo entre las dos guerras. Su pureza ahora, sin embargo, está comenzando a aparecer cada vez más estéril, más y más como la satisfacción de un deseo, a medida que la sociedad moderna tiende, progresivamente, a someter su gobierno y su derecho a la confrontación con las necesidades sociales. Kelsen reconoce este imperativo. Para citar a su discípulo el profesor Ebenstein en su lúcido estudio *La teoría pura del derecho*: "Kelsen pone el mayor énfasis en la separación lógica de las esferas de idealidad y realidad; él, sin embargo, admite que ellas, en una forma u otra, pueden ser: comparables en cuanto al contenido."⁶ Aparentemente, la correspondencia entre el ideal del derecho y su realidad, supone una serie infinita de accidentes. Esto es misticismo de riqueza casi oriental. "No obstante el abismo lógico que separa las esferas del valor y la realidad, se está casi siempre inclinado a creer que los diferentes sistemas de valor carecerían de sentido si la realidad no estuviera concebida de manera a corresponder a sus contenidos."⁷ Se debe agradecer esta concesión de sentido común. En efecto, esto nos asegura que la distinción entre lo ideal y lo real puede ser aceptada en tanto que ninguna diferencia real se produzca.

Por su parte el profesor Ebenstein hace un intento para despojarse de los aspectos místicos de la *teoría pura del derecho*, pero el esfuerzo

⁵ 1941, 55, *Harvard Law Review*, p. 44.

⁶ 1945, p. 5.

⁷ *Id.*, p. 9.

se ve igualmente condenado al fracaso. En esta fría era positivista, cuando los investigadores relativistas están deseosos de echarse sobre todo enunciado no empírico y sobre todas las formas de apriorismo como quiera que éstas se encuentren atenuadas, el camino para los kantianos es realmente difícil. Su única esperanza es posponer el asunto tanto como sea posible. Consecuentemente estamos incapacitados para comprometer al profesor Ebenstein, hasta que llegamos a la última frase de su libro. Donde, sacando tranquilidad del principio de indeterminación de la física, es llevado a asociarse con aquellos que "demandan una nueva epistemología que sea una combinación de lo conocible y de lo inconocible".⁸ Ésta es una doctrina difícil de aceptar. Epistemología es teoría del conocimiento. Lo desconocido, no lo inconocible, es, o debe ser, su campo de investigación. Una teoría del conocimiento que pretenda abarcar lo inconocible proporciona un campo de práctica para los antitranscendentalistas. Los kantianos son convictos de misticismo. Desde esta perspectiva la *teoría pura del derecho* se convierte en un desatino *puro*.

De ahí que la victoria sea demasiado fácil. Se siente que esto es una vieja controversia, es necesario recordar que el monstruo de lo inconocible ha sido asesinado una y otra vez en la historia de la filosofía. Hume, el escéptico que despertó a Kant de su "sueño dogmático", pensó que había dado el *coup de grâce* a los inconocibles. Pero un tardío estudiante de Kant repentinamente los resucita sobre la dudosa autoridad del principio de indeterminación, una revolución en los fundamentos de la física cuyas consecuencias nadie puede prever, pero la cual, puesto que aun para los indeterministas la adecuación de la teoría debe estar siempre confrontada en la experimentación, debe de verificarlas en algo que es la absoluta antítesis de los "inconocibles".⁹ Evidentemente, estos kantianos suscitan un problema fundamental sobre la naturaleza de la ciencia y aparentemente aquel que plantea una cuestión fundamental debe ser oído sin importar qué tan ridícula sea su respuesta. Quizás, sea necesaria una reinterpretación de la epistemología kantiana en general y de la filosofía del derecho kantiana. Puede ser que reinterpretado, el *a priori* pueda nuevamente entrar al campo del método científico con mayor sentido y de manera más significativa.

Para Kant los rasgos característicos del *a priori* son, por definición, universalidad y necesidad. También por definición lo empírico carece de estos rasgos. Estas definiciones fueron axiomáticas para el siglo xviii.

⁸ *Id.*, p. 206.

⁹ Reichenbach. *Experience and prediction*, 1941.

La primera (el *a priori*) es resultado del racionalismo; la segunda, del empirismo. Ahora bien, desde antes de Kant, había sido común aprender que sólo las proposiciones tautológicas, aquellas cuyos predicados analizan meramente sus sujetos, eran universales y necesarias. Sin embargo, Kant sintió justificado, por el llamado de su tiempo, admitir que ciertos aspectos no tautológicos del conocimiento fueran también universales y necesarios. Esto es así en cuanto al espacio y al tiempo. La noción de espacio es obviamente no tautológica ni se deriva de la experiencia puesto que sin ella la experiencia sería imposible; sin embargo es tanto universal como necesario. Por tanto, las nociones *a priori* no analíticas (sintéticas) son necesarias al conocimiento, y puesto que el conocimiento indubitadamente existe, esas nociones para usar el lenguaje de Kant, son "posibles".

Ahora bien, esta manera de plantear el problema muestra que Kant fue indulgente con una de las más profundas predilecciones científicas del día, a saber: que el espacio y el tiempo son nociones universales y necesarias, negación de lo cual conduciría al abandono de la ciencia contemporánea y, por tanto, a un misticismo ineludible.

Este no es lugar para seguir en detalle lo que la especulación de los siglos XIX y XX hicieron de las nociones de universal y necesario en general, ni de las nociones de universal y necesario del espacio euclidiano y de la mecánica newtoniana, en particular. Yo he hecho un estudio más extenso de este proceso histórico en otra parte.¹⁰ Es suficiente decir que los elementos tradicionalmente "Universales y necesarios" del conocimiento han sido relativizados de tal manera que lejos de ser considerados fijos, inalterables, necesarios y universales, son, por el contrario, el foco de investigaciones que los revelan como materias hartamente alterables de particular elección, dependientes de los propósitos del científico y sujetas a la investigación experimental.

Hay algo que quede en el *a priori*? ¿O acaso debemos decir que el apriorismo kantiano está tan fuera de moda como la frenología hegeliana, para tomar un ejemplo odioso del polvoriento desván de la filosofía? Pienso que no. Es innegable que toda comunicación está aún orientada en términos de espacio y tiempo. Cada juicio que nosotros hacemos es producido dentro de tal marco. Pero, ¿cuánto podemos decir que dicha orientación durará? La naturaleza del espacio ha llegado a ser el pasatiempo de los matemáticos y nuestros poetas han ofendido aún más los conceptos tradicionales del tiempo que los físicos indeterministas. No estamos tan seguros, como lo estuvieron nuestros padres,

¹⁰ "The Historian and the Philosophy of Sciences" *Isis*, vol. xxxviii. Otoño de 1947

de que todo conocimiento tenga que ser comunicado contra la idea de un marco espacio-temporal. Y ninguno de nosotros, supongo, pensaría como Kant que la geometría euclidiana y la mecánica de Newton tengan que ser los fundamentos de tal marco.

¿Se puede ajustar la explicación kantiana respecto de las condiciones *a priori* del conocimiento para favorecer la ciencia moderna? ¿Podemos decir, por ejemplo, que aunque la ciencia no acepte ningún marco como fijo e inalterable, no obstante será necesario un marco formal que sirva como el conjunto de presupuestos que el científico toma para su experimento? El científico tiene aun que presuponer alguna geometría, alguna mecánica y alguna noción del universo social, psicológico y físico antes de que su experimentación comience. Esto es lo que queda del *a priori* kantiano para la ciencia moderna. La explicación así reinterpretada nos muestra que el proceso de experimentación está dividido en dos partes: 1) lo que cualquier experimento concreto presupone y que permanece inmutable para el experimento dado; permítasenos llamar a esto, el aspecto formal de la ciencia; 2) lo que debe esperar el resultado del experimento para su determinación —los aspectos de observación del proceso.

Los presupuestos o aspectos formales de la ciencia son necesarios. Sin ellos el experimento sería imposible. Aún más, ciertos aspectos formales de la ciencia son casi universales o relativamente universales.

Ellos cambian sólo bajo grandes presiones. Son nuestros presupuestos "básicos", nuestros postulados de mayor alcance. Las civilizaciones tienen que declinar para poder observar un cambio apreciable en ellos.

Resumiendo esta fase de la discusión: si el *a priori* es considerado como el marco formal de la ciencia, necesario para la *reflexión* científica, entonces, no sería necesario aceptar la enseñanza tradicional kantiana de que el *a priori* fija las condiciones de toda experiencia, o bien, por el contrario, como podría ser el caso si se insistiera sobre la última, posición, relegar el apriorismo kantiano a un cesto de papeles.

La aplicación de esta posición al derecho es inmediata. En efecto, los iusfilósofos kantianos han estado trabajando para lograr un marco formal para la ciencia del derecho. Han estado buscando los presupuestos básicos de mayor alcance para una comprensión ordenada y sistemática del derecho. Su punto de partida han sido los postulados generales de conocidos sistemas de derecho intuitivamente abordados y confrontados en aplicaciones concretas al derecho positivo. Su dirección va de postulados a situaciones jurídicas concretas. Cuando el iusfilósofo kantiano emprende su formalización con situaciones concretas del derecho positivo según sus puntos de partida confesados al principio, llega a ser, en

uno u otro sentido, un positivista lógico o un fenomenologista y no debe sorprenderse de llegar a resultados altamente correlacionados con los de los teóricos jurídicos que originariamente tenía como sus oponentes directos: los juristas analíticos. Estos últimos, particularmente Austin, toman como punto de partida la situación jurídica concreta (no hay norma [*rule of law*] sin una definitiva y determinable sanción del soberano) y termina con lo que, en realidad, son postulados del sistema jurídico estudiado. Los juristas analíticos también terminan con un sistema de ciencia jurídico formal. Esto aclara un problema que, en general, había inquietado durante mucho tiempo al estudioso de la teoría del derecho, esto es: que Kelsen haya podido desarrollar su *teoría pura del derecho* en evidente aislamiento de los trabajos de los juristas analíticos y especialmente del de Austin.¹¹

El punto de vista arriba mencionado recibe apoyo del profesor Julius Stone en su amplio estudio *The Province and Function of Law*. El subtítulo de su trabajo es *Law as Logic, Justice and Social Control*. En la primera parte, en *Law as Logic*, Stone incluye a Austin, Roguin, Kelsen y Hohfeld. El trabajo de estos hombres es considerado como la aplicación de la lógica al derecho. "En resumen, la teoría jurídica analítica (en un amplio sentido) se refiere a la evaluación del derecho a través de la lógica."¹² La lógica considerada es tomada como una lógica deductiva o silogística, de carácter fundamentalmente aristotélico. La concepción clásica del papel de la lógica, como prueba formal de verdad, mediante procesos deductivos más o menos rigurosos, se asume como inherente en estos sistemas y la conclusión esbozada es que, inevitablemente, los "teoremas" de tales sistemas jurídicos deben participar de lo que en realidad es el carácter *ad interim* y provisional de las premisas de las cuales derivan. Las premisas, aclara Stone, emergen de las necesidades sociales comunes y deben desaparecer cuando estas necesidades cambian. De esta forma los teoremas o conclusiones tienen que cambiar con ellas. Como resultado de esto tenemos que la lógica aplicada al derecho tiene una doble función: negativamente, debe ejercitar o utilizar el veto siempre que una inferencia haya sido hecha libremente; y, afirmativamente, coacciona la opinión enfatizando los requerimientos emocionales de "entendimiento ordenado".¹³

Así vista, la teoría jurídica analítica tiene la limitada, pero extre-

¹¹ No obstante que La Teoría Pura del Derecho emerge independientemente de las famosas *Lectures on General Jurisprudence* de Austin, es correspondiente en puntos muy importantes con ésta. Kelsen, *op. cit., supra*, nota 4, p. 55.

¹² (1946), p. 138.

¹³ *The Province and Function of Law*, p. 145.

madamente importante función de insistir en las demandas racionales de consistencia. Puesto que su objetivo a desnudar los presupuestos de las reglas de derecho pone a la vista, también, los procesos de inferencia y obliga a una consciente elección de las premisas. No obstante, no puede “convertir la lógica en un medio para crear derecho ni, incluso, para decidir cuál es el derecho en un caso concreto”.¹⁴ Tampoco puede servir “como un sustituto para la apreciación de todos los aspectos de una situación dada especialmente de sus aspectos éticos y sociológicos”.¹⁵ El resultado preciso de estas reflexiones es que la lógica, en tanto aplicada al derecho, debe ser mantenida dentro de lo que se considere, más o menos, como sus límites propios; ciertamente debe ser mantenida dentro de sus límites, pero tales límites deben ser también respetados. No nos sorprende que Stone concluya diciendo que este “convencido reconocimiento del campo del análisis lógico” necesita ser balanceado “con el reconocimiento de que el más difícil e importante aspecto del orden jurídico está más allá de él”.¹⁶

Ahora bien, creo que el punto de vista arriba mencionado sobre la naturaleza de la teoría jurídica analítica depende más en lo que los analistas jurídicos dijeron estar haciendo o esperaron hacer, que en lo que, de hecho, ellos efectivamente hicieron. Es verdad, por ejemplo, que Austin se basa, hasta cierto punto, en el racionalismo de los siglos xvii y xviii, pero uno buscaría en vano pruebas de cualquier intento de su parte de utilizar el sistema deductivo que el racionalismo consideró ser el método por excelencia de la ciencia tal y como se encuentra ejemplificado en *Ethics Demonstrated After the Manner of Geometry* de Spinoza. De hecho, ningún importante tratado de Derecho que hiciera un intento de este tipo, nunca apareció después de la gargantuesca “deducción” de Wolff de normas de derecho positivo a partir de principios “eternos” del derecho natural.¹⁷ Sin embargo, autores de gran popularidad como Burlamaqui y Vattel que hicieron un pobre servicio al ideal de deducción al evadir la difícil, si no, para entonces imposible tarea de someter su trabajo a la forma deductiva rigurosa.

El vacío aparato de deducción fue transportado al siglo xix, particularmente a aquellas disciplinas más alejadas de las ciencias que usan procesos de postulación. La tarea que tomaron los autores de derecho en sus obras cuando proclamaron su adhesión a la “deducción lógica”, aunque a manera de ensayo, es muy fácil que sea equívoco. Por más

¹⁴ *Id.*, p. 146.

¹⁵ *Id.*, p. 146.

¹⁶ *Id.*, p. 146 (se hace énfasis).

¹⁷ *Jus Naturae*, pp., 1740-1748.

astuto que un jurista pueda ser, como lo fue Walter Wheeler Cook, él mismo, perfectamente bien informado con el método de postulación en ciencias exactas, sucumbió a la tentación de criticar el tratado de Story sobre *conflict of laws*.¹⁸

Story en su libro aún usa terminología tomada del periodo del derecho racionalista para reforzar su posición, Story considera ciertas de sus premisas básicas como “máximas o axiomas generales”; considera “máxima o proposición” la que es “consecuencia natural de la primera proposición”; etcétera. Este lenguaje, que en la época de Story llegó a ser no más que un accesorio del discurso científico, el profesor Cook parece tomarlo como un supuesto sistema riguroso de deducción. Cook sometió este sistema a las siguientes pruebas (entre otras):

¿Son los postulados consistentes entre sí, es decir “compatibles” como un matemático diría?

¿Pueden las normas jurídicas específicas supuestamente deducidas de estos enunciados, como simples inferencias lógicas, ser efectivamente inferidas de aquéllos?¹⁹

Ahora bien, es claro que estas pruebas son tales que ningún tratado moderno de derecho podría posiblemente satisfacer aun incluyendo los meticulosamente concebidos estudios del profesor Cook; en ninguno de ellos, al menos todos los de Story, se proponen ser un sistema deductivo. La mencionada crítica de Cook de los presupuestos básicos de Story y de sus actuales seguidores se ve afectada en razón porque, el modo irrelevante de atacar diluye la atención del específico punto de vista que el profesor Cook se esforzó en destruir.²⁰

Kelsen no se pronuncia abiertamente hacia una rigurosa deducción, aunque, implícitamente al menos, parece sentir que las normas subordinadas “se siguen lógicamente” de la norma fundamental. Es mucho más difícil para Kelsen mantener las pretensiones de rigor lógico de lo que fue para Austin. En efecto, en Kelsen el problema difícil es explicar por qué cualquier pretensión de rigor lógico, como quiera que sea, es necesario. Sin embargo, la pretensión existe y su persistencia pide una explicación. Hohfeld, por supuesto, de ningún modo afirma que su sistema sea un sistema deductivo, aunque éste también parece peculiarmente lógico.

Todos los sistemas analíticos parecen construcciones lógicas. No son sistemas deductivos. Sin embargo, son, ciertamente, más que ejercicios

¹⁸ *The Logical and Legal Basis of the Conflicts of Laws* (1942). cap. II.

¹⁹ *Id.* pp. 50 y ss.

²⁰ El profesor Cook toma cuenta de este criticismo en *Supplementary Remarks*, 1942, *id.* pp. 68 y ss.

lógicos puesto que constituyen sistemas alternativos de derecho, y producen una diferencia real, desde la perspectiva de la teoría de derecho, si se está o no de acuerdo o con cualquiera de ellos; lo cual no sería el caso si sus fundamentos fueran meros alternos tautológicos.

La dificultad, como podría imaginarse, no es sólo peculiar al derecho. Es una dificultad filosófica que corta de través a todas las ciencias y disciplinas científicas. El problema, en mi opinión, es imputable a la crisis en la naturaleza de la lógica, crisis que se ha ido acentuando desde que las lógicas alternativas del siglo XIX comenzaron a evolucionar. En 1784, Kant estaba aún en posibilidad de decir que la lógica había empezado y terminado en la mente de un solo hombre: Aristóteles. Un siglo y medio después tal punto de vista sería ingenuo. La lógica deductiva, que en el siglo XVII fue considerada como el único método de la ciencia, se convierte, con Kant, en el siglo XVIII, en la herramienta analítica principal de la ciencia. En el siglo XIX la lógica deductiva deviene, progresivamente, sólo una parte de la ciencia analítica formal. En la actualidad la verdadera naturaleza de la lógica está en discusión. Por ejemplo, ¿es la lógica un instrumento formal o es el nombre dado a la investigación científica en general?²¹ Esta cuestión señala la naturaleza de la crisis moderna en la lógica. ¿Los modernos sistemas deductivos, vastamente ampliados con respecto al sistema aristotélico simple, son aún patrones indiscutibles de la ciencia formal? ¿o debe decirse que la ciencia formal, dentro de la cual la investigación científica moderna opera, se encuentra, a su vez, bastante ampliada como para incluir, además de la lógica propiamente dicha, la totalidad del marco de presupuestos de referencia de la ciencia? En resumen la crisis consiste en: *¿cuál es la relación entre la lógica deductiva con la metodología científica?*

En estos términos podemos decir que la teoría jurídica analítica (de la que Austin es el prototipo) es una mezcla de ambas direcciones. Austin parte del hecho jurídico concreto bajo análisis. No es concebible que Austin pudiera terminar con un sistema jurídico "puro" (tautológico). Por lo tanto su sistema se basa, en este sentido, en una lógica de la investigación. Sin embargo, Austin se propuso hacer uso de procesos lógicos estrictos y, en este último sentido, se ve envuelto en la lógica del organon (sistema deductivo formal).

Desde el punto de vista de la explicación metodológica moderna, podemos observar a estos sistemas analíticos como intentos para crear un marco formal para el derecho. Al igual que en las ciencias experimenta-

²¹ Dewey, *Logic, the theory of Inquiry* (1938).

les el marco se mantiene inalterable para un experimento dado, para una serie de experimentos o para una época científica completa (como sucedió con la mecánica de Newton, por ejemplo), de la misma manera los presupuestos básicos de la teoría del derecho de Austin, una vez aceptados, se mantienen inalterables en tanto duren las exigencias jurídicas que están avocadas a resolver.

¿Qué tan cerca se encuentran los sistemas jurídicos de los marcos verdaderamente científicos de presupuestos básicos? En mi opinión son los mejores que existen en todo el campo de las disciplinas sociales. Dentro de las ciencias sociales, ni para la psicología o incluso la biología, no existe ningún sistema analítico, prácticamente operante, que rivalice con ellos. La "ciencia" jurídica se convierte en analítica en un sentido embrionario con los romanos, en la actualidad los neokantianos tratan de revivirla en base a la epistemología kantiana, sin duda más avanzada que el ingenuo empirismo que John Austin tuvo que usar. Pero el resultado, desde mi punto de vista, está destinado al fracaso precisamente porque el derecho está condenado a progresar más allá del punto de cualquier ciencia autónoma del derecho, sea kantiana o de otro tipo.

Siento que el futuro de la teoría jurídica reside en el estudio de la relación entre el derecho y la ciencia social. Ahora el punto central de la investigación crítica en psicología social y en la ciencia social consiste en el problema de determinar qué significa "experimento". Las ciencias naturales consideran el control de laboratorio como la esencia de sus técnicas; muchos científicos físicos estiman la ausencia del control de laboratorio como un signo de la actividad no científica. Sin embargo este punto de vista difícilmente puede ser sustentado; ignora el carácter no manipulativo de la astronomía y la geología. Es irrelevante para el más genuino trabajo experimental en agricultura, donde el "control" existe, principalmente, en el diseño del experimento, puesto que muchas variables importantes como el viento, la lluvia, el clima, la polinización, los insectos, horadores, etcétera, tienen que ser dejados participar libremente. La genética, igualmente, tiene que manejar sus variables holgadamente y las técnicas estadísticas mejoradas y probadas, toman el lugar de la vieja práctica de utilizar de una en una las variables, congelando todas las demás. El resultado de un control estricto de laboratorio aparecería en los artefactos del laboratorio, pero sin ninguna consecuencia en la vida real.

El problema de someter el comportamiento humano a control experimental es similar, aquí el laboratorio, tal como es actualmente conocido, es inútil, puesto que sus resultados serían construcciones artificiales que no tendrían ninguna referencia con las condiciones sociales reales. El

rigor científico experimental debe de ser logrado en el diseño del experimento y es precisamente ahí donde el derecho debe caminar. Si el experimento es un experimento genuinamente social, entonces, sus condiciones de control tienen que ser legítimas. El derecho operará como "el control de controles" según la feliz expresión del profesor Stone.²² Y la teoría jurídica analítica, teoría jurídica formal, primer principio o el punto de partida del derecho como el control de todos los diseños de experimentos sociales.

Esto no quiere decir que cese la actividad analítica práctica en el derecho. Comparar, contrastar, clasificar, así como moldear y ajustar el derecho en formas armoniosas continúa siendo la venerada ocupación del pensamiento jurídico. La teoría jurídica analítica no inventó el análisis jurídico y éste, se puede decir, sobrevivirá cualquiera que sea el destino que lleve la teoría jurídica analítica. El autor desea que el derecho siga las huellas de la medicina y llegue a ser una ciencia aplicada, incorporando los frutos de la psicología y la ciencia social, tal y como la medicina absorbe los de la biología y la psicología. Si ésta va a ser la dirección del desarrollo del derecho, entonces ciertamente la "ciencia" jurídica formal podría perfectamente llegar a atrofiarse, cuando la psicología formal y la ciencia social formal se desarrollen. Las artes técnicas del derecho se mantendrán. La práctica jurídica podrá esperar disponer del arsenal que la psicología y la ciencia social generan, tal como la práctica de la medicina en la actualidad difunde muchos de los beneficios de las ciencias físicas. La expresión "ciencia del derecho" será un anacronismo tanto como la expresión "ciencia de la medicina". "Derecho científico" y "medicina científica" serán términos obsoletos en la medida en que sus opuestos "derecho acientífico" y "medicina acientífica", pierden sentido. Y así la ciencia jurídica pura kantiana desaparecerá, dado que lo "puro" no tiene "ninguna ciencia del derecho" a la cual adscribirse.

Traducción del original en inglés
por Luis Ongay. Revisó Rolando
Tamayo.

²² *The Providence and Function of Law* (1946), p. 767.