

KELSEN Y EL KANTISMO

SUMARIO: I. *Sociedad y naturaleza*. II. *Kelsen entre Kant y Hume: ¿dualismo o monismo?* 1. *El dualismo kantiano*. 2. *Kelsen y Hume*. III. *Causalidad e imputación*. IV. *Ciencias naturales, sociales y normativas*. V. *Ser y deber*. VI. *Kelsen y Kant: la categoría trascendental*. VII. *Teoría del derecho y ciencias jurídicas* VIII. *La norma como "sentido"*.

El presente artículo constituye otro jalón de una investigación que tiene por objeto revisar las relaciones entre Kelsen y los marxistas. En este caso se trata de revisar las relaciones de Kelsen con Kant, debido a que si efectivamente Kelsen es un kantiano entonces poco de su pensamiento podría ser utilizado por los marxistas interesados en el estudio de las ciencias jurídicas. Mi opinión es la contraria. Opino que los marxistas harían bien en aceptar los resultados de las ciencias jurídicas contemporáneas, las cuales tienen a Kelsen como figura inicial. Y más aún: en su conjunto, es mi opinión, la teoría pura del derecho es perfectamente compatible con el marxismo, aunque tal vez esté hablando de un marxismo demasiado heterodoxo como para que sea aceptado por los custodios del legado de Marx. Todavía más: pienso que los marxistas *necesitan* incorporar ese pensamiento a la crítica jurídica e incorporar el espíritu democrático de Kelsen a su teoría política. En este artículo nos aproximaremos a algunos temas kelsenianos fundamentales de interés para revisar su relación con el marxismo.

I. SOCIEDAD Y NATURALEZA

Kelsen ha hecho grandes esfuerzos para explicar su punto de vista acerca de la distancia entre *naturaleza* y *sociedad*, y entre ciencias naturales —entre las que incluye a la sociología, la del derecho inclusive— y ciencias sociales, que para él son *normativas*. A medida que más se reflexiona acerca de esta posición kelseniana, resulta más absurdo y simplificador dejar la cuestión con el pretexto de que eso proviene del neokantismo de Kelsen. Y a medida que más se reflexiona sobre el punto, menos lejano parece de Marx.

Kelsen ha planteado este tema como una cuestión epistemológica. "Si se parte de la distinción entre ciencias naturales y ciencias sociales, y, por ende, de una distinción entre naturaleza y sociedad, como distinción entre los diferentes objetos de esas ciencias..." (*Teoría pura del derecho* —en adelante sólo *TPD*—, México, UNAM, 1982, p. 15).

Este texto se encuentra en la primera página de su obra más conocida, con lo cual se muestra la importancia que tiene en su sistema científico. En el texto se advierte que su preocupación es *ubicar a la ciencia jurídica* en un esquema de clasificación de las ciencias. Pero tal clasificación ¿se funda, para Kelsen, en una distinción entre los objetos de la ciencia? Entre *naturaleza* y *sociedad* ¿existe una distancia ontológica? En otra parte dice: "Pero Adler se cierra a esta comprensión por el hecho de que interpreta mal la oposición entre ser y deber, que es una oposición en el interior del conocimiento, y que significa dos diversas posiciones problemáticas, dos diversas direcciones cognoscitivas..." (*Socialismo y Estado*, México, Siglo XXI Editores, 1982, p. 182, nota 2).

En este texto la distancia entre naturaleza y sociedad aparece como epistemológica más que como "real". Que la diferencia existe sólo en nivel del conocimiento, parece apoyada por este otro texto:

La sociedad y la naturaleza, concebidos como dos diferentes sistemas de elementos, son los resultados de dos métodos diferentes de pensar y sólo en cuanto tales dos objetos diferentes. Los mismos elementos puestos en conexión conforme al principio de causalidad, constituyen la naturaleza, conforme a otro, a saber, un principio normativo, constituyen la sociedad (*Sociedad y Naturaleza* —en adelante sólo *SyN*—, Buenos Aires, Depalma, 1945, p. 2).

Sin embargo, en otro texto dice:

Que el significado de la relación de los elementos en el enunciado jurídico sea diferente del enlace de los elementos con la ley natural, remite a que el enlace que se expresa en el mundo jurídico ha sido establecido por la autoridad pública, es decir por una norma instaurada mediante un acto de voluntad, mientras que la conexión entre la causa y el efecto que se enuncia en la ley natural, es independiente de toda intención semejante (*TPD*, p. 91).

En este texto la diferencia entre ciencias en general y ciencias sociales-normativas, se asienta en una particularidad del objeto, no en un "punto de vista". Esta particularidad consiste en que la norma —objeto

de la ciencia social normativa—, es un objeto *creado* por el hombre, por un *acto de voluntad*, dice, mientras que el objeto de las otras ciencias “es independiente de toda intervención de esa naturaleza”. Es decir, el propio Kelsen, con las diferentes formulaciones de este problema, ha sembrado la duda acerca de si postula un dualismo ontológico, o si sólo se trata de diferencias lingüísticas y epistemológicas.

II. KELSEN ENTRE KANT Y HUME: ¿DUALISMO O MONISMO?

Desde otro punto de vista, estamos frente a la pregunta de si Kelsen es un neokantiano. Como se sabe, es casi materia no disputable que la respuesta es afirmativa. Incluso existen textos expresos del propio Kelsen que apoyan esta respuesta.¹ Sin embargo, permítaseme la duda, y aportar elementos, aunque no sea más que para matizar esa afirmación.

Sobre la cuestión de las influencias, si se dijera que Kelsen vivió un ambiente neokantiano, también podría decirse vivió un ambiente neopositivista en Viena.

Sobre los textos kantianos de Kelsen, puede comentarse que también existen textos que permiten poner en tela de juicio esa filiación. Por ejemplo, su principal obra dedicada a esta cuestión, *Sociedad y naturaleza*, no parece un texto neokantiano, cuando menos si se tiene en cuenta que lo que Kelsen hace es mostrar el origen y el desarrollo de este dualismo, para terminar indicando que fue con Hume con quien se recuperó el monismo originario. Pero este es un nuevo monismo, en que la sociedad y la naturaleza se reencuentran, pero ahora bajo el signo

¹ Kelsen, H., *El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del derecho*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, s/f (pero el Prólogo es de 1933), versión de L. Legaz y Lacambra, pp. 24 y 25: “El deber ser no significa ahí otra cosa que una categoría relativamente *apriorística* para el conocimiento del material jurídico empíricamente dado... Esta categoría tiene un carácter puramente formal, en lo cual se distingue fundamentalmente de la idea trascendente del derecho. Es aplicable cualquiera sea la especie de los actos constitutivos del derecho. A ninguna realidad social se puede discutir la compatibilidad con esa categoría jurídica alegando que su contenido es este o el otro. Es una categoría gnoseológico-trascendental, en sentido kantiano, no metafísico-trascendente... y precisamente porque la teoría jurídica pura desprende las últimas consecuencias de la filosofía y de la teoría jurídica del siglo XIX, de orientación antideológica y positivista en sus comienzos, se sitúa en la más radical oposición con los epígonos que hoy niegan la filosofía trascendental kantiana y el positivismo jurídico.” Este texto se repite casi a la letra en las dos versiones de la primera edición de la *TPD* que circulan entre nosotros: la de Editora Nacional y la de EUDEBA, como que el texto de donde cito no parece ser otra cosa que una versión más de *TPDI*. Tal vez conviene decir que no se repite un texto de esta naturaleza en *TPD*.

de la naturaleza; esto es, la ciencia natural y la ciencia social se constituyen en una sola ciencia regida por el mismo principio: el de la causalidad (en sentido humeano, desde luego, no kantiano), mientras que en el origen había habido un monismo según el cual era la naturaleza la que se pensaba como sujeta a normas jurídicas. Es decir, la gran figura filosófica de este libro, es Hume y no Kant, lo cual resulta lo contrario de lo que debería esperarse si Kelsen fuese un kantiano. Al contrario, Kelsen concluye en las antípodas del kantismo, postulando una sola ciencia, tanto para la naturaleza como para la sociedad, mientras que por el contrario, Kant es el fundador de la tendencia moderna de la separación de las ciencias en naturales y del espíritu.

Para Kant no puede menos que haber dos tipos de ciencia, puesto que incluye a la libertad como elemento que, introducido en el mundo natural, le agrega a éste algo más, un *plus*, que hace del hombre un ser distinto a todos los demás. Por lo tanto, habiendo dos objetos debe haber dos ciencias. Aceptemos que si Kelsen piensa igual, entonces piensa en un mundo dualista y en dos tipos de ciencia. Revisemos esto.

1. *El dualismo kantiano*

El dualismo kantiano es del mismo cuño que el de Santo Tomás, el de Descartes y el de Leibniz. Tiene, al igual que el de sus antecesores, el objetivo de salvar la libertad cristiana frente a la necesidad en la naturaleza. Para revisar las relaciones de Kelsen con los marxistas, esta cuestión es de la mayor importancia porque este dualismo es el que Cerroni le reprocha a Kelsen, y constituye el fundamento de su crítica. Si se echaran sombras sobre el kantismo de Kelsen, la crítica de Cerroni también resultaría dudosa. Este autor sostiene que

...se sabe que para Kelsen "la distinción entre el deber ser y el ser es fundamental para la definición del derecho" [Cerroni usa aquí una cita de *TGDE*]. Kelsen cimienta sobre la distinción antes apuntada todas las articulaciones fundamentales de su doctrina a saber: *a*) la distinción-separación entre naturaleza y sociedad, como reinos distintos por su estructura interna (causal y necesaria la una, normativa y libre la otra); *b*) la consecuente separación entre ciencias de la naturaleza y ciencias de la sociedad en virtud de la diversidad del objeto y del método; *c*) la autonomía del derecho respecto de la realidad.²

² Véase Cerroni, Umberto, *Marx y el derecho moderno*, México, Grijalbo, 1975.

En lo que sigue, pretendo demostrar que los puntos señalados como *a* y *b* son inexactos respecto de Kelsen. En cuanto al punto *c*, también veremos que no puede decirse que para Kelsen el derecho sea autónomo de la realidad, sino, lo más, que las normas son enunciados prescriptivos, no descriptivos, y que por lo tanto, no dicen que algo sea, sino que un hecho *debe ser*. Pero eso no es lo mismo que decir que el derecho es "autónomo" de la realidad. Kelsen afirma muchísimas veces que las normas son establecidas por actos "reales" de voluntad.

En Kant, además, tiene el expreso objetivo de salvar el alma frente a los embates definitivos de Hume, que lo despertó de su "sueño dogmático". En efecto, Kant advirtió que, con Hume, la religión —y la metafísica— tenían un enemigo en serio. Todo su pensamiento es un diálogo con la ciencia positiva, cuya filosofía es la de Hume,³ a la cual acepta entregándole la naturaleza, incluido el *cuerpo* del hombre, a cambio de que se le permita construir un espacio para el espíritu —la *libertad*— y la moral. Para Dios, en suma.

Luego del monismo absoluto de los griegos, la primera forma de dualismo ontológico en sentido fuerte, es el de Santo Tomás: "El hombre, en el concepto tomista... se compone de cuerpo material y alma espiritual. Por razón de su cuerpo coincide con los seres materiales y pertenece al mundo sensible. Pero se distingue de todos ellos por su alma, que es una forma de categoría superior, por la cual pertenece al mundo del espíritu".⁴

El alma es el asiento de dos "facultades", que son la inteligencia y la voluntad:

La vida intelectual marca el grado más alto de la escala de los vivientes. Es propia de los seres superiores, a partir del hombre, y lo que distingue a éste esencialmente de las plantas y de los animales, con los cuales tiene de común las dos formas inferiores de la vida, vegetativa y sensitiva. Es la diferencia específica que se expresa en su definición, cuando decimos que el hombre es un animal *racional*. . . La vida intelectual tiene dos modalidades: una *cognoscitiva*, en que entra en función el entendimiento, que es la facultad más elevada del hombre; y otra *apetitiva*, que corresponde a la voluntad, la cual,

específicamente el estudio dedicado a Kelsen, "Kelsen y Marx", pp. 145 y ss. Este pasaje está en la p. 156.

³ Nótese que Kelsen no parece ver una contradicción entre positivismo y kantismo, a estar por una suerte de identificación que hace de ambos en el texto citado más arriba de *El método y los conceptos fundamentales*. . . Volvemos sobre esto.

⁴ Fraile, Guillermo, *Historia de la filosofía II*, Madrid, Ed. BAC, 1960, p. 1010.

en el hombre, está dotada de la prerrogativa de la libertad (*idem*, p. 1018).

Aquí sí que puede verse un dualismo de naturaleza y sociedad en que la primera sea necesaria y la segunda libre, como el que Cerroni cree ver en Kelsen. Como se ve, la *libertad* es el *quid* de la cuestión. Para todos los pensadores cristianos, incluido Kant, la libertad humana ha sido el punto a defender frente al embate, tanto de la ciencia moderna como de la necesidad griega.

Respecto de Descartes, es notorio cierto desinterés suyo por el mundo ético y político. Cuando menos, a diferencia de casi todo otro pensador anterior o posterior, no nos ha dejado reflexiones que permitan incluirlo entre los filósofos políticos. No obstante ello, la fuerza de su pensamiento en la creación de este mundo mecánico y matematizado que es el mundo burgués, puso en serio predicamento a quienes, queriendo seguirlo en el mundo natural, se dieron en lo humano con un radical determinismo que ponía en peligro la libertad. De allí la hostilidad de la Iglesia católica contra Descartes, por lo demás. Su dualismo entre alma y cuerpo es el de lo extenso frente a lo inextenso; lo "material" frente al pensamiento:

Advierto en primer lugar que hay una gran diferencia entre el alma y el cuerpo en el hecho de que el cuerpo sea siempre divisible por naturaleza y el alma indivisible; ya que cuando la considero a ella o a mí mismo en tanto que soy una cosa que piensa, no puedo distinguir en mí ninguna parte, sino que veo que soy una cosa una e íntegra; y aunque el alma parezca estar unida a todo el cuerpo, al cortar un pie o un brazo o cualquier otra parte del cuerpo, conozco sin embargo que nada ha sido quitado al alma, y tampoco se puede decir que las facultades de querer, de sentir, de comprender, etcétera, sean parte de ella, porque es una y la misma alma que quiere, que siente, que comprende. Al contrario, no puedo pensar ninguna cosa corpórea o extensa que no pueda dividir fácilmente en partes con el pensamiento, y por esto mismo sepa que es divisible; y sólo esto bastaría para enseñarme que el alma es en absoluto diferente del cuerpo, si aún no lo supiese con suficiencia de otra manera.⁵

Pero si hay tal diferencia ontológica, ¿cómo actúa el alma sobre el cuerpo para evitarse el determinismo absoluto y, por lo tanto, la ausencia de la libertad necesaria para el pecado cristiano? La respuesta en

⁵ Descartes, R., *Meditaciones metafísicas*, Buenos Aires, Aguilar, 1973, p. 121.

Descartes, a diferencia de Santo Tomás, es más bien la de un racionalismo absoluto, al estilo griego o de Hegel: el conocimiento impide el error en la elección; el individuo es tanto más libre cuanto más conoce:

No es menester que pueda yo inclinarme por ambos términos opuestos para ser libre, sino al contrario, cuanto más propenso estoy a uno de ellos, ya porque veo en él la causa de lo verdadero y lo bueno, ya porque Dios dispone de tal suerte el interior de mi pensamiento, tanto más libremente elijo; y ni la gracia divina, ni el pensamiento natural la disminuyen, sino que la aumentan y la corroboran. Aquella indiferencia que experimento cuando ningún argumento me impele a una parte más que a otra, es el grado más ínfimo de libertad, y no testimonia alguna perfección en ella misma, sino tan sólo un defecto en el conocimiento. . . (*idem*, p. 92).

Preocupado por el problema del que no había salido airoso Descartes, Leibniz recurrió a la postulación de un curioso ente metafísico, la *mónada*, que "no es otra cosa que una sustancia simple, que forma parte de los compuestos; simple, es decir sin partes".⁸ "...Estas mónadas son los verdaderos átomos de la naturaleza y, en una palabra, los elementos de las cosas" (*idem*, p. 3). Sin embargo, "las mónadas no tienen ventanas, por las cuales alguna cosa pueda entrar o salir de ellas" (par. 7).

Es decir, hay muchas mónadas, pero incomunicadas entre sí. Además son distintas. Algunas se llaman *almas*. Pero las humanas son *espíritus* (par. 29) que producen razonamientos fundados en dos grandes principios, el de contradicción y el de razón suficiente (par. 31 y 32). Pero ¿cómo se explica que las almas influyan sobre el cuerpo, si las mónadas no tienen ventanas? Leibniz recurre a la *armonía preestablecida*. En suma, Dios ha dispuesto, desde el principio, un movimiento perfectamente combinado y coordinado entre las mónadas, a la manera en que un relojero perfecto hubiere construido relojes que marcan todos la misma hora, sin jamás descomponerse. "El alma sigue sus propias leyes, así como el cuerpo las suyas; y se encuentran en virtud de la armonía preestablecida entre todas las sustancias, puesto que todas ellas son representaciones de un mismo universo" (par. 78).

Y preludiando un problema que también Kant intentará resolver por vías parecidas, dice Leibniz que "Las almas actúan según las leyes de las causas finales, por apeticiones, fines y medios. Los cuerpos actúan

⁸ Leibniz, *Monadología*, Buenos Aires, Aguilar, 1964, p. 25, parág. 1.

según las leyes de las causas eficientes o de los movimientos. Y los dos reinos, el de las causas eficientes y el de las causas finales, son armónicos entre sí" (par. 79).

En rigor, el dualismo es en Leibniz *pluralismo* ontológico; pero muy particular, porque "las sustancias creadas dependen de Dios que las conserva e, incluso, que las produce continuamente por una especie de emanación, como nosotros producimos nuestros pensamientos".⁷

De modo que, aunque las mónadas son *simples*, esto es, múltiples pero individuales e incomunicadas entre sí, de todos modos emanan constantemente de Dios. Y para complicar más el problema,

... toda sustancia es como un mundo completo y como un espejo de Dios; o bien, de todo el universo que cada una de ellas expresa a su manera, algo así como una misma ciudad es vista de diferente manera según las diversas situaciones del que la contempla... toda sustancia... expresa, aunque confusamente, todo lo que sucede en el universo, pasado, presente o futuro... y como todas las demás sustancias expresan esto a su vez y se acomodan a él, puede decirse que ella extiende su poder a todas las demás a imitación de la omnipotencia del creador (*idem*, p. 35).

Es decir, en cada sustancia o mónada existe todo el universo. Todo está en todo. Y todo está preestablecido armónicamente. Entonces ¿qué hay de la libertad? En suma, queda comprometida como en todo racionalismo fuerte, a pesar de los esfuerzos de Leibniz para superar a Descartes en este problema.⁸

Esta incursión por los antecesores de Kant en el dualismo ontológico pretende demostrar que es realmente dualismo y, por lo tanto, demostrar que eso no está presente en Kelsen, como se le ha reprochado.

El dualismo kantiano es, por su parte, expreso, fuerte y claro. Lo que no quiere decir que sea fácil de explicar. Para Kant, el hombre es un ser dual, como en Santo Tomás, Descartes y Leibniz; por una parte, pertenece al mundo de los sentidos, al fenómeno; y como tal, está sujeto a la causalidad, como cualquier otra porción de materia, de "naturalidad". Pero por otra parte, posee una *facultad*, la *razón*, que no pertenece al mundo de los sentidos, y en virtud de la cual el hombre puede

⁷ Leibniz, *Discurso de metafísica*, Buenos Aires, Aguilar, 1962, p. 44.

⁸ La explicación de Leibniz para salvar la libertad humana es tan complicada, que es imposible incorporarla en este trabajo. Véase el párrafo 13 del *Discurso* (pp. 39 y 55).

ser *causa* de ciertos *efectos*. La acción humana puede estar determinada por la razón.

Tenemos, en nosotros mismos, una facultad, que no sólo está en relación con sus principios subjetivos determinantes, que son las causas naturales de su acción, y en tanto es la facultad de un ser que pertenece a los fenómenos, sino que también se relaciona con razones objetivas que son puramente ideas, en tanto que pueden determinar esta facultad. . . Tal facultad se llama razón. . . (que) puede ser causa de acciones cuyo efecto es un fenómeno en el mundo sensible.⁹

Se trata, entonces, de una concepción del hombre; de una *metafísica* que implica el reconocimiento de una dualidad cuerpo-alma. "...hay en el hombre un poder de determinarse él mismo independientemente de las contrariedades de las pendientes sensibles".¹⁰

Este hombre es, en esencia, *libre*.

Yo entiendo. . . por libertad, en el sentido cosmológico, la facultad de empezar de sí mismo; un estado cuya causalidad no está subordinada, a su vez, según la ley de la naturaleza, u otra causa. . .¹¹ La libertad en el sentido práctico es la independencia de la voluntad en relación con la *sujeción* de las pendientes de la sensibilidad.¹²

La libertad del hombre consiste en la independencia de su voluntad respecto del mundo sensible.

La voluntad puede comprender el *arbitrio*, así como el simple *deseo*, entendiendo por esto que la razón puede determinar en general la facultad apetitiva. El arbitrio que puede ser determinado por *razón pura* se llama libre arbitrio. El arbitrio que no es determinable más que por *inclinación* (*móvil sensible, stimulus*) es un arbitrio animal (*arbitrium brutum*). El arbitrio humano, por el contrario, es tal que puede ser *afectado* por móviles, pero no *determinado*, y no es por consiguiente puramente por sí (sin hábito adquirido de la razón): puede sin embargo ser determinado a la acción por una voluntad

⁹ Kant, I., *Prolegómenos* . . . , Buenos Aires, Aguilar, 1964, p. 170, parr. 53.

¹⁰ Kant, I., *Crítica de la razón pura*, Buenos Aires, El Atenco, 1961, p. 490 (en *Lógica trascendental*, cap. IX, parte III).

¹¹ *Idem*, p. 489.

¹² *Idem*, p. 490.

pura. La *libertad* del arbitrio es esta independencia de todo impulso sensible en cuanto a su *determinación*.¹³

No puede ser más claro y repetido: el hombre es esencialmente libre, a diferencia del resto de la naturaleza; y su libertad le permite ser causa de acciones que tienen efectos en el mundo sensible.

Pero ¿cómo puede la libertad actuar sobre la necesidad, el alma sobre el cuerpo, la razón sobre los sentidos? La explicación de Kant no es menos confusa, arbitraria y no convincente, que la de Santo Tomás, Descartes o Leibniz. La explicación de Kant reposa en la separación entre *fenómeno* y *noúmeno*, y en esta particularidad del hombre que consiste en participar de ambos órdenes.

Según el carácter empírico, el sujeto estará, pues, como fenómeno, sometido a todas las leyes de la determinación operada por el enlace causal, y no sería a este título sino una parte del mundo sensible, cuyos efectos, como otro fenómeno, se derivan inevitablemente de la naturaleza. . . Según su carácter inteligible, al contrario. . . el mismo sujeto debía, sin embargo, ser liberado de toda influencia de la sensibilidad y determinación por los fenómenos, y puesto que no ocurre nada en él en tanto que es *noúmeno*. . . este ser activo sería, en sus acciones, independiente y libre de toda necesidad natural, como la que se encuentra únicamente en el mundo sensible. Se dirá de él, muy exactamente, que empieza en *él mismo* sus efectos en el mundo sensible. . .¹⁴

Pero ¿cómo es esto posible? ¿Cómo es posible que un acto pueda ser al mismo tiempo libre y causalmente determinado? Esta contradicción no le parece a Kant de difícil solución. "Todo efecto en el mundo debe resultar o de la naturaleza o de la libertad, o bien si las dos pueden haber actuado juntas en un punto de vista diferente y en un solo y mismo acontecimiento" (*idem*, p. 491). "El efecto puede, pues, ser considerado en relación con la causa inteligible como libre, y al mismo tiempo, en relación con los fenómenos, como una consecuencia de estos fenómenos según la necesidad de la naturaleza" (*idem*, p. 492).

Pero ¿cómo? Kant, después de decir que todas las causas empíricas están en el tiempo, y forman parte de una cadena ininterrumpida, afirma, sin parecerle que sea una contradicción: "Ahora bien, no hace el

¹³ Kant, I., *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*, México, UNAM, 1968, p. 20.

¹⁴ Kant, I., *Crítica. . .*, cit., p. 494.

menor agravio admitir, aún por simple ficción, que, entre las causas naturales, las hay que no tienen nada más que un poder inteligible..." (*idem*, p. 496).

Es decir, hay una causa que no está en el tiempo ni es parte de una cadena; es una "causa incausada": esta causa, que es sacada de algo así como la "experiencia interna del yo", es la razón; que aparece así: de pronto. Inesperadamente. Y entonces, habiendo ya "aparecido" esta inopinada nueva "causa", a pesar de que "ninguna acción dada (puesto que toda acción no puede ser percibida más que como fenómeno) podría empezar en sí misma en absoluto" (p. 501).

...no se puede decir de la razón que el estado donde determina la voluntad es precedido de otro estado donde este mismo estado es determinado, pues la razón, no siendo ella misma un fenómeno y no estando sometida a las condiciones de la sensibilidad, no encuentra en sí misma sucesión de tiempo en cuanto a su causalidad; y por consiguiente la ley dinámica de la naturaleza que determina la sucesión según reglas, no puede serle aplicada (*idem*, p. 501).

Esto es, todo fenómeno tiene causas empíricas. Pero hay causas que no son empíricas, como la razón, la cual, como está fuera de la empiria, entonces no participa de ella: no se le puede aplicar las reglas de la causalidad natural.

Si de un acto humano preguntamos su causa, de una mentira por ejemplo, resultará que se explicará por la educación, las malas compañías, la perversidad o la falta de vergüenza (p. 502). Pero no por ello censuraremos menos al sujeto. Y no por su historia particular o sus instintos, sino porque atribuimos esta acción a su carácter inteligible: "a pesar de todas las condiciones empíricas de la acción, la razón ha sido libre" (p. 503); y por eso este acto debe serle atribuido. Como se ve, parece que toda esta alambicada disquisición no tiene otro objeto que justificar la pena o el castigo: la "retribución". Pero, si se pregunta: "¿por qué la razón no determinó de otro modo el fenómeno?", Kant dice que no hay a esto contestación posible (p. 503). Otra persona podría haber producido otro hecho (no mentir). Pero no sabemos por qué:

No podemos, pues, cuando juzgamos las acciones libres en relación con su causalidad subir más que hasta *la cause intelligible*, pero no *más allá*... ¿por qué el carácter inteligible da precisamente esos fenómenos empíricos, en las circunstancias precedentes? Esto se halla fuera

del poder de nuestra razón, y rebasa asimismo los derechos que ella tiene exclusivamente para proponer cuestiones (*idem*, p. 504).

Así es que mejor no preguntar. La conclusión, a Kant se le aparece simple, lógica:

...el problema que tenemos que resolver no nos obliga a contestar a esta cuestión; pues no era otro más que saber si la libertad se opone a la necesidad natural en una sola y misma acción, y hemos contestado suficientemente, demostrando que, puesto que puede haber en esto una relación de otra especie de condiciones que en ésta, la ley de la última no afecta a la primera y, por consiguiente, las dos pueden tener lugar independientemente la una de la otra, y sin confundirse la una en la otra (*ibidem*).

Bien visto, parece increíble que nada menos que Kant encuentre esto razonable. Ahora bien, ¿qué dice Kelsen al respecto? Precisamente lo contrario, y expresamente combate a Kant en este preciso punto de la libertad del hombre. Afirma, explícitamente, que el hombre está determinado en sus acciones por causas naturales; es decir, que las acciones humanas son explicables tal cual los demás fenómenos que suceden en el universo. Y que, precisamente, si se puede imputar moral o jurídicamente algo a alguien, es porque su conducta está determinada causalmente:

...sólo se atribuye o imputa algo a un hombre en la medida y en la extensión en que los órdenes moral y jurídico únicamente formulan exigencias para la conducta humana; y sólo lo hacen con la conducta humana porque se admite que únicamente en los hombres la representación de las normas de aquellos órdenes puede causar en ellos actos de voluntad que, a su vez, causarán la conducta requerida. La explicación no reside, pues, en la libertad, sino, a la inversa, en la determinabilidad causal de la voluntad humana (*TPD*, p. 110).¹⁵

El reproche a Kant se debe a que le adjudica creer que la libertad es una ficción. Cita otros textos kantianos próximos a los que hemos citado, según los cuales pareciera que Kant efectivamente cree en que la libertad es una ficción. Al margen de que crea o no Kant que se trata de una ficción, lo cual no condice con los textos citados más arriba en

¹⁵ Todo el párrafo 23 de esta obra está dedicado a la cuestión.

que no parece *ficción*, de todos modos resulta lo que quería mostrar: que Kelsen, si es un kantiano, es uno muy *sui generis*:

A veces no se niega efectivamente que la voluntad humana, como todo lo que acaece, de hecho está causalmente determinada, pero se afirma, sin embargo, que sería menester, para hacer posible la imputación moral y jurídica, considerar al hombre como si su voluntad fuera libre. Esto es: se cree que hay que mantener, como una ficción necesaria, la libertad de la voluntad, su indeterminación causal (*TPD*, p. 108).

Esta es la actitud de Kant... (sigue la cita de Kant, O.C.). Esto quiere decir que, desde el punto de vista del conocimiento teórico, la libertad de la voluntad, que se cree deba suponerse en la filosofía práctica, en la ética, para hacer posible la imputación moral es una pura ficción. La voluntad humana es vista como si no estuviera causalmente determinada, aún cuando, en realidad, efectivamente lo está (*TPD*, p. 109, en la nota 73).

Pero al terminar este párrafo 23, dedicado a la libertad, vuelve a la carga contra Kant en una larga nota (la 78), y aquí ya no dice que haya ficción en Kant, sino lo contrario: que hay un dualismo metafísico:

Aquí, la cosa en sí —como también la libertad, en el lugar arriba citado— es una ficción. Pero no debe negarse que Kant, en contradicción con el texto aquí citado, ha considerado necesario, para mantener la libertad de la voluntad como el fundamento de su ética, considerar como efectivamente existente a la cosa en sí, o, más precisamente: cosas en sí como transubjetivamente existentes, y no como meras ficciones (*TPD*, p. 114).

La nota de donde tomo este texto, comienza diciendo que su posición respecto del conflicto entre la causalidad natural y la libertad supuesta por la imputación normativa, se "aproxima a la solución intentada por Kant". Nada más que luego el texto deja muy mal parado a Kant, del que, lo menos que afirma, es que se contradice. La nota, que explora textos kantianos de la *Crítica de la razón pura*, termina así:

...la libertad, que de hecho está esencialmente ligada a la imputación, no significa, como supone Kant bajo el influjo del dogma teológico de la voluntad libre, una superación de la ley causal —es decir, que la voluntad del hombre creado a imagen y semejanza de Dios es causa, como la voluntad de Dios, de efectos, sin ser efecto de ninguna

causa—, sino que (supone que) el hombre... sea término final de una imputación efectuada fundándose en ese orden normativo, con respecto de otra conducta humana determinada por ese orden (TPD, p. 114).

El texto es muy complicado, pero una lectura atenta arroja como resultado un repudio total de Kelsen a la postura dualista de Kant.

2. Kelsen y Hume

Por el contrario, Kelsen aplaude el monismo de Hume. En *Sociedad y naturaleza*, Kelsen observa que allí donde haya leyes "inviolables" tiene que haber un dios que las haya dictado. Que quien postula la libertad humana frente a la necesidad natural, postula también la posibilidad de "violar" las normas. Dice que precisamente es al revés: son las normas las que son inviolables (porque no se refieren a la realidad), mientras que, cuando sacamos a Dios del medio, no hay ninguna razón para que las "leyes naturales" no puedan ser contradichas por las excepciones. Precisamente ve a Hume como quien, suprimiendo a Dios, abrió paso a la concepción relativista de la ciencia contemporánea. Al mismo tiempo, Hume abrió paso a una reconstitución del monismo primitivo, pero sobre la base opuesta: ahora es la sociedad la que es vista igual que la naturaleza. Pero, bien entendido, ya no se trata de una naturaleza *necesaria*, ineluctable, sino una naturaleza cuya ciencia se basa en la *probabilidad*, y que incluso acepta la *indeterminación*. En suma, *naturaleza y sociedad* son una misma cosa. ¿Cómo encontrar aquí un kantiano?

El verdadero logro de Hume... consistió... en el hecho de que renunció a buscar la necesidad del nexo causal en la voluntad de Dios y abandonó esta idea junto con toda la noción previa de causalidad. La ley de causalidad dejó de ser una expresión de la voluntad divina, una norma... Sólo una norma puede pretender inviolabilidad, porque una norma no es un juicio sobre la realidad y, por tanto, no puede nunca contradecirla. La realidad, empero, tal como aparece ahora al conocimiento humano, no admite como esquema de interpretación una ley inviolable. La transformación de la noción de causalidad, cuyo último paso es el reemplazo de la necesidad absoluta por la simple probabilidad estadística, es en el pensamiento moderno correctamente considerado "revolucionario" (SyN, p. 402).

En otro momento, sí, aparece Kant: "Al transformar la causalidad de una conexión objetivamente necesaria entre causa y efecto, inmanente a la naturaleza, en un principio subjetivo del pensamiento humano, Hume y Kant meramente libertaron a la ley de causalidad de un elemento que heredó como sucesora del principio de retribución" (SyN, p. 386).

El resultado es que "Después de la completa emancipación que de la retribución ha logrado la causalidad en la noción moderna de ley, la sociedad es —desde el punto de vista de la ciencia— una parte de la naturaleza" (SyN, p. 410).

Es decir, existe en Kelsen la aceptación de un monismo absoluto desde el punto de vista ontológico: sólo existe *una* realidad, a la que conocemos a través de un tipo de ciencia que utiliza enunciados de tipo descriptivo, con los cuales pretende explicar los fenómenos conforme con un tipo especial de conexión que llamamos *causalidad*. Pero esta causalidad no implica la creencia en ninguna metafísica de las que postulan la necesidad del mundo ¿y Kant?

Partiendo de este punto y continuando en la dirección indicada por Hume, llegó Kant a su propia doctrina. Afirmó que la mera observación de la realidad no podía establecer la necesidad de una conexión entre dos hechos, como causa y efecto; consecuentemente, señaló el concepto de causalidad en una noción innata, una categoría a priori, una forma inevitable y necesaria de la cognición mediante la cual coordinamos mentalmente el material empírico de la percepción sensorial (SyN, p. 384).

¿Está de acuerdo Kelsen con esto? "La causalidad no es una forma de pensamiento de la que la psique humana se halle dotada por necesidad natural; no es, como Kant la llamaba, un concepto innato" (SyN, p. 2).

¿Dónde está el kantismo de Kelsen? ¿No aparece acaso aquí como un empirista discípulo de Hume?

III. CAUSALIDAD E IMPUTACIÓN

Las dificultades que, como dijimos, provienen de algunos textos del propio Kelsen, para entender su diferencia entre *naturaleza* y *sociedad*, han comenzado a disiparse: el mundo es uno y lo que en él sucede es captado por el pensamiento conforme al principio de la *causalidad*. Lo que sucede es que no debe confundirse con otra forma mental de establecer la conexión entre dos hechos, que es el principio de *imputación*.

Según este principio, somos capaces de pensar que dado un hecho, debe suceder otro.

Ahora bien, el pensamiento en el que sucede esta conexión de *imputación*, es, sin duda, *un hecho*. Pero este hecho, *un pensamiento*, no enuncia un hecho. En cambio, cuando pensamos una conexión entre dos hechos *conforme al principio de causalidad*, enunciamos un hecho. Esta es la diferencia entre *ser* y *deber*.

Se trata de dos hechos; de dos pensamientos que suceden en el tiempo y el espacio (en realidad Kelsen dice que uno es un pensamiento y el otro un acto de voluntad). Pero uno enuncia un hecho y el otro no. El que no es un hecho, es *una norma*. Y la diferencia entre una norma y un hecho, consiste en que la norma es el *sentido de un acto de voluntad*. Eso no quita que el acto de emitir ese sentido es un hecho. Y como tal hecho, puede ser analizado conforme con el principio de causalidad, lo cual, a su vez, no quita que la norma en sí misma, no pueda ser analizada conforme con el principio de causalidad; de la misma manera que cualquier enunciado.

Dicho de otra forma, la diferencia entre *ser* y *deber* es paralela a la que existe entre el lenguaje y su referente. Los lingüistas distinguen entre una palabra —“piedra” por caso—, y el objeto al cual se le aplica. Y no por ello parece que deba pensarse que son neokantianos.

En algunos textos, Kelsen dice que la diferencia consiste en que con un enunciado como el de las leyes naturales nos referimos a sucesos en los que no interviene la voluntad humana, mientras que con un enunciado normativo nos referimos a una norma, que es *el sentido de un acto de voluntad*.

...el enlace que se expresa en el enunciado jurídico ha sido establecido por la autoridad jurídica, es decir, por una norma instaurada mediante un acto de voluntad, mientras que la conexión entre la causa y el efecto que se enuncia en la ley natural, es independiente de toda intervención semejante (*TPD*, p. 91).

La diferencia entre causalidad e imputación reside en que la relación entre la condición como causa y la consecuencia como efecto, que se expresa en la ley natural, no es establecida, como la relación entre condición y consecuencia formulada en una ley moral o jurídica, mediante una norma puesta por un hombre (*TPD*, p. 104).

En estos y otros textos, la diferencia entre *ser* y *deber* consiste en que el deber es producto humano y el ser, al parecer, no lo es. Si se interpretara esto en el sentido, ese sí que kantiano, de que en la natura-

leza no cabe la intervención voluntaria del hombre, la cual sí cabe en los sucesos humanos, estaríamos ante un Kelsen para quien las ciencias acerca de la sociedad son distintas que las naturales. Pero no es así; no puede interpretarse así, puesto que hay textos expresos en sentido contrario.

Una vez reconocido el principio de causalidad, cabe aplicarlo también a la conducta humana. La psicología, la etnología, la historia, la sociología, son ciencias cuyo objeto es el comportamiento humano en tanto está causalmente determinado; es decir, en cuanto se desarrolla en el dominio de la naturaleza o de la realidad natural (*TPD*, p. 100).

No es que en el tipo de sucesos que investiga la sociología no haya lugar para la voluntad —si es que existe algún acuerdo sobre qué sea eso—, sino que esa voluntad será analizada como determinada por otros hechos antecedentes a los que se denomina *causa*. En cambio, una norma que ha sido introducida por un hecho —por un acto de voluntad—, considerada en sí misma, enuncia algo que no es un hecho y, por lo tanto, no puede analizarse como tal.

En resumen, no cabe pensar en ningún kantismo por el hecho de que Kelsen establezca una diferencia entre *ser* y *deber*. En este punto, entonces, no existe ninguna incompatibilidad entre un pensamiento marxista y las propuestas de Kelsen.

IV. CIENCIAS NATURALES, SOCIALES Y NORMATIVAS

Designar una ciencia como “ciencia social”, porque apunta a la interacción recíproca de los hombres, y trata de explicar causalmente la conducta humana, no es suficiente para diferenciarla esencialmente, como ya se señaló, de las ciencias naturales, como la física, la biología o la fisiología. Otra cuestión es de cuál sea el grado en que es posible efectuar semejante explicación causal de la conducta humana. La diferencia que, en este respecto, se da entre las ciencias sociales indicadas y las ciencias naturales, sólo es una diferencia de grado, no una de principio (*TPD*, p. 100).

Tampoco este texto tiene nada que sea contradictorio con las pretensiones de una *sociología* inspirada en Marx. Para cualquier sociólogo, marxista o no, el problema es el grado en que puede aplicarse métodos de medición similares a los de las ciencias llamadas “naturales”.

El problema vuelve a plantearse a causa de textos del mismo Kelsen, que se obstina en encontrar ciencias *normativas*:

La sociedad, como objeto de una ciencia social normativa, es un orden normativo de la interacción entre los hombres. Estos pertenecen a una sociedad en cuanto su comportamiento está regulado por ese orden... ordenamiento y sociedad no son dos cosas entre sí distintas, sino una y la misma cosa... cuando se designa a la sociedad como una comunidad, lo común a esos hombres es esencialmente el orden regulador de la acción recíproca de los mismos (TPD, pp. 100-101).

Hay muchos textos similares. Según ellos, habría unas ciencias *normativas* diferentes de las otras. El problema es que Kelsen distingue perfectamente entre las normas y la *ciencia* acerca de esas normas. Digamos, en términos de ciencias del lenguaje, que distingue entre el discurso normativo y el metadiscurso acerca de ese discurso. Entonces, ¿cuál es la diferencia entre ambos tipos de ciencia? En realidad, ninguna. *Toda ciencia describe hechos*. Las normas no son hechos. Sin embargo, la descripción que de ellas se hace es idéntica a la descripción de hechos. Una descripción de una norma es: "en México existe una norma que dice que...". En una larga nota Kelsen se manifiesta completamente de acuerdo con el positivismo lógico, y califica a la ciencia del derecho como *ciencia empírica* aunque no tiene por objeto *hechos*. Lo que Kelsen hace, en el texto que sigue, es afiliar la *ciencia jurídica* que postula al sistema general de las ciencias, cuyas reglas han sido establecidas por el positivismo. Otra vez, nada de kantismo (dicho sea de paso, es otro expreso texto en contra de Kant).

Es correcto que las "valoraciones", vale decir, los actos con los cuales se juzga que una conducta corresponde o no a una norma, así como los actos mediante los cuales se instauran las normas constituyentes de valores, son hechos reales. Pero las normas que estos actos producen, y que se emplean en los actos de valoración, no son hechos reales, sino contenidos significativos, a saber: el sentido de los actos que establecen las normas. Ese sentido es un deber. La ética, como la ciencia jurídica, es una ciencia normativa, por tener por objeto normas obligatorias como contenido de sentido, y no los actos fácticos, relacionados causalmente, cuyo sentido las normas constituyen. Ello no significa, de manera alguna, que las normas, como pasa en la ética de Kant, sean órdenes sin nadie que ordene... Ello significa que las normas son objeto de la ética... La confusión de la ética

como una ciencia empírica. . . reposa en la falta de distinción entre el acto productor de una norma, y la norma producida como sentido de ese acto. La tentativa del positivismo lógico de exponer la ética como una ciencia empírica fáctica proviene claramente de la tendencia enteramente legítima de sacarla del territorio de la especulación metafísica. Esta tendencia queda suficientemente satisfecha cuando se reconoce en las normas, que son el objeto de la ética, los contenidos de sentido de ciertos actos ejecutados por los hombres en el mundo de la realidad, y no órdenes de entidades trascendentales. Si tanto las normas morales, como las normas del derecho positivo, son el sentido de hechos empíricos, no sólo la ética sino también la ciencia del derecho puede ser caracterizada como ciencia empírica —en oposición a la especulación metafísica—, aun cuando tenga por objeto normas y no hechos (*TPD*, p. 71, nota 46).

El texto lo dice todo. Lo único que diferencia a las ciencias normativas de las otras, es que, a diferencia de éstas, tiene por objeto normas. Pero estudia esas normas de la misma manera descriptiva que cualquier ciencia, y por lo tanto *piensa que hay una sola clase de ciencias*, aun cuando insiste en llamarle a la jurídica ciencia “normativa”. Por lo demás, no cabe duda de que considera, como veremos, que la *ciencia jurídica* no estorba en lo más mínimo la consideración sociológica del derecho.

No estará de más, nunca, precisar la relación entre leyes naturales y “leyes jurídicas” o *normas*. Las primeras son enunciados producidos por los científicos. Las segundas son enunciados producidos por los funcionarios a quienes se les reconoce la facultad de producirlas. No tienen nada en común, aparte de cierta similitud en la forma: ambas conectan un hecho como antecedente, con otro como consecuente. Pero lo cierto es que las llamadas *leyes naturales* son enunciados científicos, y las normas son *el objeto* de enunciados científicos. Por eso es que la *ciencia jurídica* que describe esas normas es un *metadiscurso*.

En tanto que *ciencias*, todas son iguales: *describen*; pero unas describen hechos y otras describen enunciados, a los que consideran como hechos. Eso es todo. Nuevamente, no es posible encontrar nada aquí que pueda excitar al más susceptible de los marxistas ni entusiasmar al más amplio de los neokantianos.

No obstante, no es posible negar que hay textos que parecen decir otra cosa: “La regla de derecho es en la ciencia jurídica, el equivalente de la ley causal en la ciencia de la naturaleza. Es el instrumento me-

diante el cual la ciencia del derecho describe su objeto constituido por las normas...".¹⁶

La equiparación no es feliz porque las leyes naturales enunciadas por los científicos son *generales*, es decir, pretenden ser verdaderas en todos los casos posibles. En cambio, la que Kelsen llama aquí "regla de derecho", constituye la descripción de *una sola* norma, como lo indica en la página siguiente cuando da un ejemplo de lo que es una *regla de derecho*: "Si un automovilista llamado a comparecer ante el tribunal consulta a un abogado, éste le dirá: 'si usted no ha obedecido al agente de policía, el tribunal debe aplicar una multa'. El abogado enunciará así una regla de derecho..." (*TPDI-fr*, p. 48).

En primer lugar, no es eso lo que dice un abogado, sino algo así como: "según la norma *x* cuando sucede *y* y debe suceder *z* (según el Código de Tránsito, si no se obedece al policía, éste debe multarlo); si el tribunal considera que usted desobedeció le aplicará la multa". La diferencia está en que en el ejemplo de Kelsen no está la referencia a la ley que el jurista declara, tácitamente, existente. En el ejemplo que damos, el jurista dice "*según* la ley vigente aquí...". En 1960 Kelsen lo dice ya de otra manera: "Los *enunciados* jurídicos son proposiciones condicionales que expresan que, conforme a un orden jurídico... dado al conocimiento jurídico, deben producirse ciertas consecuencias determinadas por ese orden..." (*TPD*, p. 84).

Como se ve, ahora sí se reconoce lo que verdaderamente hace un jurista. En el caso anterior, se confunde lo que dice el jurista con lo que hace el juez en el instante anterior a comenzar el juicio: "si usted ha hecho *x* entonces este tribunal debe aplicarle *y*".

Pero el ejemplo de *TPDI-fr* tampoco describe una norma, porque la norma no dice "si usted no ha obedecido", sino que dice "si una persona no obedece..."; es decir, en el ejemplo no hay *descripción* de una norma, sino una suposición que se basa en la norma y en que haya sucedido la conducta prevista en ella: "si usted *en los hechos* ha desobedecido, entonces...".

Es sólo en la segunda edición en donde Kelsen es más claro; sin embargo, tampoco en este caso el enunciado jurídico se compara con la ley natural, porque el enunciado según Kelsen *señala* una norma *particular*, mientras que el enunciado científico establece una hipótesis abstracta. Lo que Kelsen llama enunciado jurídico se parece al enun-

¹⁶ *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, EUDEBA, 1960 —en adelante sólo *TPDI-fr* (porque es la primera edición traducida al francés)—, p. 47.

ciado que formula el científico cuando dice: "según la ley x si yo caliente y entonces sucederá z (se dilatará)". Pero este enunciado no es una ley natural, sino una predicción fundada en esa ley y en el supuesto de que el experimento será correctamente desarrollado. Esto que el científico hace, se parece a lo que hace el abogado cuando predice lo que hará el tribunal.

Encuentro, entonces, una diferencia entre manejar leyes y describirlas, que estimo corresponde a la diferencia entre *punto de vista interno* y *punto de vista externo* según Hart, y que no aparece en *TPDI-fr*.

Esto quiere decir que aun en *TPD* de 1960 Kelsen no es totalmente claro en la diferencia entre prescribir y describir una norma, a pesar de la claridad con que lo ve, en la nota 46, cuando caracteriza a la *ciencia jurídica* como equivalente a una ciencia empírica. Parece ésta una nota agregada después de escribir el texto, sin luego corregir éste para hacerlo consistente con aquélla.

Estimo que hay que concluir que, a pesar del mismo Kelsen, de todos modos en su pensamiento están todos los elementos para desechar todo kantismo por lo que hace al dualismo, en este caso manifestado como diferencia entre ciencias normativas y ciencias de la naturaleza.

V. SER Y DEBER

Kelsen ha hecho referencia explícita a Kant respecto del problema del ser y del deber. Por ejemplo, en el prólogo a la segunda edición de *PCTJE* dice que toma como punto de partida

... la *fundamental antinomia entre el ser y el deber ser*, la primera que, en cierto modo, descubre Kant, en su esfuerzo por fundamentar la sustantividad de la razón práctica frente a la razón teórica, de la moral frente a la naturaleza. Acogiéndonos a la interpretación kantiana de Windelband y Simmel, vemos en el deber ser la expresión de la autonomía del derecho, que a la ciencia jurídica cumple determinar, a diferencia de un ser social "sociológicamente" captable, por donde la *norma* se enfrenta, en cuanto juicio del deber ser, a la ley natural y a la norma jurídica a la específica ley causal de la sociología.¹⁷

¹⁷ *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*, México, Porrúa, 1987 — en adelante sólo *PCTJE*—, p. XL.

En este texto se muestra que Kelsen no está a la búsqueda de una diferencia entre la razón teórica y la razón práctica que justifique —o se justifique por—, un dualismo que resulta necesario para salvar la libertad cristiana. Kelsen no buscaba nada de eso, sino que lo “que primordialmente interesaba, en la obra que prologamos era el dejar bien sentado que *el derecho se rige por leyes propias*, frente a la naturaleza...” (*idem*).

Luego comienza así el texto citado más arriba: “He aquí por qué la presente obra toma como punto de partida...”. Vale decir, Kelsen pensó en un principio que para mostrar la diferencia entre ser y deber necesitaba a Kant, mientras que al final lo vio como una diferencia lingüística.¹⁸ El “deber ser” que en la tradicional interpretación de Kelsen se consideraba lo otro respecto *del ser*, es en realidad una expresión para señalar esa diferencia entre los enunciados prescriptivos y todos los demás. Pero es una expresión que tiene el inconveniente de *cosificar* o *dar entidad* a lo que no es más que una característica semántica de ciertos enunciados o *actos del lenguaje*. Por lo tanto, es menester mantenerse alerta frente a un eventual uso cosificador de la expresión *el deber*. Con esta advertencia se puede hablar de *el deber* sin mayores consecuencias.

Aun la tradicional interpretación de Kelsen —en realidad más bien la escolar que la de comentaristas y seguidores serios— tampoco tiene apoyo en los primeros textos. Por ejemplo, en la primera *TPD* se lee:

La noción de imputación tiene el mismo carácter lógico que la de causalidad. Kant ha demostrado que la causalidad no es una idea trascendente,¹⁹ por lo tanto metafísica, sino una categoría de la lógica trascendental, un principio gnoseológico que permite comprender la realidad natural. También es verdad que para este filósofo el deber

¹⁸ Roberto J. Vernengo, “Nota del Traductor”, en *TPD*: “Parece evidente hoy que el giro, gramaticalmente dudoso, ‘deber ser’ no corresponde al simple verbo auxiliar *sollen*. En esta traducción se evita utilizar tal ‘deber ser’, recurriéndose, en lo posible, al verbo modal castellano ‘deber’. Ha de entenderse, pues, que cuando Kelsen habla de *das Sollen* no está refiriéndose a una misteriosa entidad: ‘el deber ser’, de alguna suerte contrapuesta a otra entidad metafísicamente muy prestigiosa: el ‘ser’, sino que está utilizando simplemente el infinitivo del verbo auxiliar ‘deber’ como sustantivo verbal” (p. 357). Creo encontrar apoyo en este texto de Vernengo acerca de que Kelsen no es un kantiano.

¹⁹ Creo que es justo decir que Kelsen se equivoca al atribuir a Kant la desmitificación de la categoría de *causalidad*, mérito que le corresponde a Hume y que él mismo le reconoce en *SyN*. A veces da la impresión de que verdaderamente Kelsen no conocía a Hume antes de su contacto directo con la cultura jurídica anglosajona. Téngase en cuenta que la primera *TPD* es anterior a *SyN*.

es una idea moral y no una categoría lógica. Tampoco supo eliminar la metafísica, a la que conmoviera en su filosofía de la naturaleza, cuando formuló su filosofía del derecho inspirada en la doctrina del derecho natural. La teoría pura del derecho, que es una teoría del derecho positivo, o sea de la realidad jurídica, traspone el principio de la lógica trascendental de Kant y ve en el deber ser, en el *sollen*, una categoría lógica... (TPDI-fr, 68).

Es decir, equipara el deber a las categorías de la razón teórica, no a las de la razón práctica. En *TGDE*, aun con más claridad, y ya sin mención a Kant, el *deber* es el sentido específico de un enunciado:

El "deber ser" simplemente expresa el sentido específico en el cual la conducta humana se encuentra determinada por una norma. Lo único que podemos hacer para describir tal sentido es afirmar que es diferente de aquél en el cual decimos que un individuo realmente se comporta en cierta forma, o que alguna cosa sucede o existe realmente.²⁰

Esto significa que la diferencia entre *naturaleza* y *sociedad*, ahora bajo la forma de diferencia entre *ser* y *deber* ha quedado instalada en el *lenguaje*. Este aporte de Kelsen es de la mayor importancia, tanto para el desarrollo de las *ciencias jurídicas*, como para el marxismo, o, si se quiere, para aquellas ciencias jurídicas que puedan practicarse a partir de la teoría marxista, como la *sociología jurídica* por ejemplo.

La última formulación de Kelsen acerca del problema de la diferencia entre *ser* y *deber* es la que se encuentra en *TGN* (capítulos 16 a 21). Aquí, ya *ser* y *deber* son, claramente, *conceptos*, enunciados: "«Ser» y «deber» son puramente conceptos formales, dos formas o modos que pueden tomar todo y cualquier contenido, pero precisan tener un contenido determinado para ser razonables."²¹

Kelsen insiste en que se trata de un insoluble *dualismo* el que existe entre *ser* y *deber*, pero este *dualismo* no es, de ninguna manera, el de Kant. Se trata de que es necesario que exista la posibilidad de la no correspondencia entre la conducta *modalizada* como debida y alguna conducta real. Esto porque no tiene sentido prohibir u ordenar lo que

²⁰ *Teoría general del derecho y el Estado*, México, UNAM, 1969 —en adelante sólo *TGDE*—, p. 43.

²¹ *Teoria geral das normas*, Porto Alegre, Fabris Ed., 1986 —en adelante sólo *TGN*—, p. 70: "«Ser» e «dever-ser» são puramente conceitos formais, duas formas ou modos que podem tomar todo e qualquer conteúdo, mas precisam ter um conteúdo para serem razoáveis."

es imposible que suceda. Luego muestra claramente que se trata de *modalidades*, esto es, que existe un sustrato “modalmente indiferente”, que es la conducta descrita y luego la “modalización” a través de la palabra “deber”.

Aquello que es y aquello que debe ser, el contenido del ser o el contenido de lo debido son un *sustrato indiferente*. En la proposición: “A paga su deuda de juego”, el sustrato modalmente indiferente “pagar deuda de juego” se inviste con el modo del ser; en la proposición: “A debe pagar su deuda de juego”, el sustrato modalmente indiferente “pagar deuda de juego” se inviste con el modo del *deber*. La norma: “A debe pagar su deuda de juego” da al sustrato modalmente indiferente el modo del deber (*idem*, p. 73).²²

Esto no puede dejar ninguna duda acerca de la total ausencia de dualismo ontológico en Kelsen. Pero si quedara alguna duda, luego trata, separadamente, la posición de algunos que han negado el dualismo entre *ser* y *deber*: Platón, Aristóteles, Santo Tomás, Bentham, Schlick, Mauthner, Félix Cohen. Dedicada, enseguida, dos capítulos a Kant, antes de hacer lo propio con Hume. Respecto de Kant, comienza haciendo notar que es normal que se le atribuya tal dualismo. Pero, dice, en realidad no se trata del dualismo que acabamos de ver (es decir, el dualismo entre la conducta debida y la posibilidad de su ejecución), sino de la pregunta acerca de si el legislador moral debe producir las leyes morales conforme al modelo de la conducta efectiva de los individuos, a lo cual Kant da una respuesta negativa. Con esto, Kant cierra el paso al dualismo, puesto que entonces quiere decir que la norma debe ser extraída de la razón práctica, que en el fondo no es más que una con la razón teórica. Y agrega: “El concepto, en sí mismo contradictorio, de la razón práctica, que es, simultáneamente, conocer y querer, con lo cual queda suprimido el dualismo entre ser y deber, es el fundamento de la ética kantiana” (p. 100).²³

En este punto hay una nota (la 65), en la que señala la contradicción de Kant, que dice haber sido influenciado por Hume, siendo que éste

²² “O que é o que deve, o conteúdo do ser e o conteúdo do dever-ser são um sustrato modalmente indiferente. Na proposição ‘A paga sua dívida de jogo’ o sustrato modalmente indiferente ‘pagar dívida de jogo’ veste-se no modo do ser; na proposição: ‘A deve pagar sua dívida de jogo’ o sustrato modalmente indiferente ‘pagar dívida de jogo’ veste-se no modo do dever-ser” (p. 73).

²³ “O conceito, em si contraditório, da razão prática, que, simultaneamente, é conhecer e querer, e no qual portanto é suprimido o dualismo do ser e dever-ser, é o fundamento da ética kantiana” (p. 100).

rechaza decididamente que haya un nexo entre razón y moral (p. 388). Con esto, Kelsen está mostrando, desde ya, hacia dónde se inclina su preferencia. También dice que el concepto kantiano de *razón práctica* es el mismo concepto del *nous praktikós* aristotélico y que el concepto de *ratio practica* de Santo Tomás, agregando lapidariamente: esta razón práctica es, en fin de cuentas, la razón divina en el hombre (p. 100). En la página siguiente dice: "El concepto kantiano de la razón práctica es, así, el resultado de una inadmisibile confusión de dos facultades del hombre, esencialmente diferentes, que incluso el mismo Kant diferencia" (*idem*, p. 101).²⁴

Por si fuera poco, en la nota 66, al terminar este texto, le atribuye a este contradictorio concepto de *razón práctica*, que implica simultáneamente una razón cognoscente y que al mismo tiempo quiere y produce normas, ser la causante de aquello que constituye el entero objetivo de toda su lucha: la existencia de una ciencia *normadora*, esto es, una que no se conforma con describir, sino que también quiere *establecer* las normas. Se trata precisamente de aquello contra lo cual dice, en el *prólogo* a *TPD*, que ha dirigido sus afanes: fundar una ciencia apolítica, o sea, una ciencia despojada de sus pretensiones políticas, esto es, de la pretensión de decir qué es el derecho y *además* cómo debe ser.

Finalmente, en el corto capítulo dedicado a Hume (capítulo 20) comienza diciendo que éste es más consecuente que Kant. Para él no hay ninguna razón práctica; y agrega dos textos humeanos. Luego dice que, para Hume, una norma, un deber ser, es el contenido de un acto de voluntad —que es precisamente la definición kelseniana de "norma"—, y agrega otro texto de Hume, al final del cual escribe: por consiguiente, un deber ser no puede ser deducido de un ser. Y luego otro largo texto de Hume. La parquedad no dice otra cosa que su total aprobación y adhesión a Hume. ¿Qué más puede pedirse para rechazar todo kantismo en Kelsen?

VI. KELSEN Y KANT: LA CATEGORÍA TRASCENDENTAL

Kelsen, sí, se ha reclamado kantiano en un punto específico: en que en la ciencia el conocimiento crea su objeto. En 1960, dice, ha-

²⁴ "O conceito da razão prática é, assim, o resultado de uma inadmissível confusão de duas facultades do homem, essencialmente diferentes uma da outra e também por Kant mesmo diferenciadas" (p. 101).

blando de la diferencia entre el científico y lo que hace el juez o el legislador que es *crear* el derecho:

Es también verdad que, en el sentido de la teoría del conocimiento kantiana, la ciencia jurídica, como conocimiento del derecho y al igual que todo conocimiento, posee un carácter constitutivo y en consecuencia, "produce" su objeto al concebirlo como una totalidad significativa. Así como el caos de las percepciones sensoriales sólo se convierte en un cosmos, es decir, en naturaleza como un sistema unitario, mediante el conocimiento ordenador de la ciencia, también la multiplicidad de normas jurídicas generales e individuales producidas por los órganos jurídicos, que constituye el material dado a la ciencia del derecho, sólo se convierte en un sistema unitario y consistente, en un orden jurídico, mediante el conocimiento de la ciencia jurídica. Pero esta "producción" tiene un carácter puramente epistemológico. Es cosa enteramente distinta de la producción de objetos... o la producción de derecho por la autoridad jurídica (TPD, p. 85).

Nótese que aquí Kelsen no se compromete con Kant; dice sólo "en el sentido de la teoría kantiana". Sin embargo, mucho antes, en *PCTJE*, había enunciado esta idea incluyéndose claramente él mismo dentro del neokantismo:

A encontrar el punto de vista epistemológico decisivo, sin el cual no habríamos podido llegar a enfocar certeramente los conceptos de Estado y derecho, nos ayudó la interpretación que Cohen da a la doctrina de Kant... a partir de ahora, y como consecuencia consciente y clara del enfoque epistemológico de Cohen, según el cual es la dirección del conocimiento la que determina el objeto del conocimiento, de tal modo que éste es creado partiendo de un origen lógico... (*PCTJE*, p. L).

Conviene decir que en la parte reemplazada por puntos suspensivos en la cita anterior, Kelsen dice que no conocía a Cohen cuando escribió el libro que ahora prologaba doce años después. Es decir, no necesitó a Cohen para formular las conclusiones a las que llegó. Inmediatamente después cita a Vaihinger, de quien dice que toma el análisis de las ficciones personificadas. Se adivina que de allí proviene lo de la ficción de la persona y del Estado, pero también lo que reconocerá en 1964: la *grundnorm* es una *ficción*, para lo cual ya no es necesario reconocerse kantiano.

Acerca de este reconocimiento de Kelsen de su deuda con Cohen y Vaihinger, Treves escribió un opúsculo, apenas diez años después de este prólogo de *PCTJE*, en el que señala esta filiación neokantiana de Kelsen.²⁵ En cuanto a la filiación respecto de Cohen, dice: "Esta conclusión nuestra según la cual la teoría normativa de Kelsen encontraría su fundamento filosófico en la lógica del conocimiento puro de H. Cohen y sería así la más fiel y consecuente aplicación de esta lógica al campo del derecho . . ." (*idem*, p. 29).²⁶

Pero luego estudia las relaciones de Kelsen con Vaihinger y Mach, pensadores en la línea de Hume, y el sentido de sus conclusiones es que, respecto de éstos (y de Windelband y Simmel), lo que toma Kelsen de ellos, diferente que el caso de Cohen, no permite decir que el pensamiento de Kelsen se inscriba en esta otra línea que Treves llama *pragmatismo* y que podría ser llamado también *empirismo* o llanamente *positivismo*. Pero no da razones todo lo convincentes que fuera de desear, para preferir inscribir a Kelsen en el kantismo con preferencia a hacerlo en el empirismo de estos otros filósofos a quienes también reconoce como fuentes del pensamiento kelseniano. En efecto, ¿se dirá que la idea de que el objeto de conocimiento es creado por el sujeto —lo cual, por lo demás también puede adscribirse a la línea positivista humeana—, es una idea más importante en Kelsen que la idea de que la *grundnorm* es una *ficción*, como lo son también el Estado y la persona jurídica? Dice Treves:

. . . Si bien la distinción entre leyes naturales y normas ha sido tomada de Windelband y de Simmel, y si bien la teoría de la norma fundante y de las ficciones personificadoras han sido tomadas del pragmatismo de Mach y de Vaihinger,²⁷ todas estas doctrinas, aunque

²⁵ Treves, R., "Il fondamento filosofico della dottrina pura del diritto di Hans Kelsen", *Atti della Reale Accademia delle Scienze di Torino*, vol. 69, 1933-1934.

²⁶ "Questa nostra conclusione con la quale la dottrina normativa del Kelsen troverebbe il suo fondamento filosofico nella logica della conoscenza pura di H. Cohen e sarebbe anzi la più fedele e conseguente applicazione di questa logica al campo del diritto . . ." (*idem*, p. 29).

²⁷ Es notable que Treves diga, en 1934, que Kelsen toma la teoría de la *grundnorm* de Vaihinger, cosa que el propio Kelsen reconocerá recién en 1964, cuando abandona la idea de que la *grundnorm* es una norma pensada (antes había dicho que era una norma supuesta), para decir que es una ficción. La perspicacia de Treves es tanto más notable, cuanto que esa precisión de todos modos no le lleva a encontrar una influencia decisiva de parte de Vaihinger. Treves por lo visto casi se adelantó al propio Kelsen, porque en la *TPD* que él tradujo al italiano, debió decir, como en la versión española (1933), que: "Con la doctrina de la norma fundamental, la teoría pura del derecho limitase a establecer las condiciones lógico-trascendentales

incorporadas en la teoría pura del derecho, fueron transformadas de tal modo por Kelsen, que, en su esencia, ya no pertenecen a los sistemas de los cuales fueron tomadas, sino que más bien deben ser reconducidas a aquella lógica del conocimiento puro en la que hemos querido precisamente hacer residir el fundamento gnoseológico del pensamiento kelseniano (*idem*, p. 30).²⁸

Sin embargo, lo mismo puede decirse, pero al revés: si con respecto del kantismo Kelsen toma distancia en decenas de textos, *con excepción de la idea de que el conocimiento crea su objeto*, idea que es originalmente de Hume, mientras que de Vaihinger toma la idea de las *ficciones*, que constituyen la firme base que hace de la *teoría pura* una crítica de la ciencia jurídica, ¿no podrá decirse que lo que toma de Cohen es lo que ya no pertenece a aquel sistema, y que es incluido en el sistema filosófico del positivismo? Pero hay más: que el conocimiento crea su objeto a partir de categorías producidas por la razón, es algo que Kant toma de Hume, pero para decir que tales categorías son *a priori*, cosa que Kelsen niega específicamente, como hemos visto (párrafo 2.2, *in fine*).

Además, el propio Treves, casi veinte años después, escribió otro ensayo en el que ya veía a Kelsen de otra manera:

Cuando... se encuentran los fundamentos filosóficos de la teoría pura del derecho en la filosofía de Cohen se puede pensar que Kelsen quiso reducir toda realidad jurídica a forma vacía y la teoría pura del derecho a filosofía del derecho entendida como simple lógica del derecho. Pero el periodo en el cual Kelsen buscaba darle a su doctrina un significado de esta naturaleza está hoy muy lejano, y en sus escritos europeos²⁹ más recientes me parece que resulta ya evidente

del método del conocimiento jurídico positivo..." (*El Método...*, *cit.*, p. 50), lo cual está expresando una concepción de la *grundnorm* en una clara jerga kantiana. Sin embargo, Treves, como dirá después el propio Kelsen, encuentra aquí las huellas de Vaihinger.

²⁸ "...sebbene la distinzione fra leggi naturali e norme sia stata tratta dal Widelband e dal Simmel e sebbene le teorie della norma fondamentale e delle finzione personificative siano state attinte dal pragmatismo del Mach e del Vaihinger tutte queste teorie, coll'essere incorporate nella dottrina pura del diritto, furono dal Kelsen trasformate in modo tale che esse, nella loro essenza, non appartengono più ai sistemi donde furono tratte, ma possono piuttosto essere ricondotte a quella logica della conoscenza pura in cui abbiamo voluto appunto far risiedere il fondamento gnoseologico del pensiero kelseniano" (*idem*, p. 30).

²⁹ Creo que debería decir "escritos no europeos", porque Kelsen ya vivía en California.

la distinción entre sus concepciones filosóficas generales por una parte (que lo aproximan a un relativismo radical derivado no sólo del neokantismo de Cohen, sino también de otras corrientes de pensamiento como el positivismo, el marxismo y la filosofía de los valores), y su teoría pura por la otra, que desde hace muchos años ya no se presenta como una filosofía, sino como una ciencia auténtica que busca exclusivamente conocer el derecho aproximando lo más posible sus resultados al ideal de la ciencia: objetividad y exactitud.³⁰

Se refiere luego a *Sociedad y naturaleza* indicando que allí ya la diferencia entre ambas no es sino epistemológica, y se refiere luego a las cada vez mayores aproximaciones de Kelsen a la *Sociología del derecho*, ya por entonces preocupación central de Treves. Se ve entonces que ya en 1952 Kelsen comenzaba a no ser leído como neokantiano, incluso por quien así lo había hecho veinte años antes. Y creo que quien lea a Kelsen comenzando por *TPD* de 1960, como pronto comenzará a suceder, a medida que se difunda aún más la última *TPD* en desmedro de las anteriores, no encontrará fácilmente el neokantismo que se le ha atribuido, más por tradición, indicada por el mismo Kelsen, que por lo que verdaderamente queda de eso al final de sus obras. Por ejemplo en 1960, más o menos en el mismo lugar temático de la cita anterior, Kelsen toma buena distancia de Kant:

...puede designarse a la norma fundante básica, tal como es representada por la ciencia del derecho, y si cabe recurrir *per analogiam* a un concepto de la teoría kantiana del conocimiento, como la condición lógico-trascendental de esa interpretación. Así como Kant pregunta cómo es posible una interpretación, libre de toda metafísica, de los hechos dados a nuestros sentidos en las leyes naturales formulada por la ciencia natural, la teoría pura del derecho pregunta:

³⁰ "Quando... si ritrovano i fondamenti filosofico della dottrina pura del diritto nella filosofia del Cohen si può ritenere che il Kelsen abbia voluto ridurre tutta la realtà giuridica a forma vuota e la dottrina pura del diritto a filosofia del diritto intesa però come semplice logica del diritto. Ma il periodo in cui il Kelsen cercava di dare alla sua dottrina pura un significato di questo genere è oggi assai lontano, e nei suoi scritti europei più recenti mi pare che risulti già evidente la distinzione fra le sue concezioni filosofiche generali da un lato (che lo ricongiungono ad un relativismo radicale, derivato non solo del neo-kantismo del Cohen, ma anche da altre correnti di pensiero come il positivismo, il marxismo e la filosofia dei valori) e la sua teoria pura dall'altro, che ormai da molti anni non si presenta più come una filosofia, ma come una scienza autentica che cerca esclusivamente di conoscere il diritto 'di avvicinare' il più possibile suoi risultati all'ideale della scienza: oggettività ed esattezza." Treves, R., "Intorno alla concezione del diritto di H. Kelsen", *RIFD*, 1952, pp. 177 y ss.

¿cómo es posible la interpretación, que no eche mano de autoridades metajurídicas, como Dios o la naturaleza, del sentido subjetivo de ciertos hechos, como un sistema de normas jurídicas válidas objetivamente describibles en enunciados jurídicos? La respuesta gnoseológica de la teoría pura del derecho es: bajo condición de que se presuponga la norma fundante básica "uno debe comportarse como la constitución lo prescribe"... (TPD, p. 209).

"Si cabe, recurrir *per analogiam*...". Y luego dice que uno puede preguntarse igual que Kant, "¿cómo es posible el conocimiento...?" Sí, pero Kant contesta diciendo que es posible gracias a categorías "a priori" *innatas*, como la *causalidad* de la que Kelsen dice expresamente que no es innata. Más aún: al final dirá que la *grundnorm* es una *ficción* ¿Cabe eso en algún kantismo? Y también dice que la *grundnorm* es un *hecho* que se da en la historia, que cuando hay una revolución la *grundnorm* *cambia*, señalando otras autoridades ¿Cómo decir que esto que es un *hecho* en tanto que *ficción* que *cambia históricamente* es una categoría kantiana?³¹

Tal vez el secreto lo aporta el mismo Kelsen, en un documento conocido sólo recientemente. Se trata de una carta de Kelsen a Treves, de 1933, en la que se lee:

*Le fondement kantien de la Théorie pure du droit peut être contesté par ceux que ne reconnaissent l'éthique kantienne que comme étant la seule authentique philosophie de Kant. Il sera sans doute facile, pour ceux qui considèrent que l'oeuvre principale de Kant réside dans sa philosophie transcendente, de démontrer que cela est dépourvue de valeur.*³²

Del contexto se desprende que Kelsen está en desacuerdo con Cohen, de quien dice que no se atrevió a llevar al kantismo hasta sus últimas

³¹ Vale observar que Vernengo trata el tema de la *grundnorm* sin ninguna referencia a Kant, y la define, sencillamente, como "un enunciado teórico de los juristas, según el cual se considera norma válida toda norma producida por una cierta autoridad y procedimiento. Suponemos que autoridad y procedimiento son válidos originalmente, por no exigirse teóricamente de otro fundamento de validez, ni de mayor investigación sobre su origen". Vernengo, R., *Curso de teoría general del derecho*, Buenos Aires, Ed. Cooperadora del Derecho y Ciencias Sociales, 1976, p. 311.

³² Esta carta fue publicada en *Droit et Société*, núm. 7, 1987, pp. 333 y ss., y tuve conocimiento de ella con posterioridad a la primera redacción de este artículo. Esta carta arroja luz sobre la cuestión y pretendo volver a la misma en un próximo trabajo.

consecuencias. Esto es, aplicar la filosofía trascendental a las normas, prefiriendo quedarse en el jusnaturalismo, como Stammler, y como el mismo Kant, del que dice que "*n'a pas été assez conséquent lorsqu'il a étendu sa pensée transcendente à l'étude de l'État, du droit, de la morale et des théories sociales. Dans ce domaine il est resté un métaphysicien*" (*idem*).

Es decir, si Kelsen está de acuerdo con Kant es únicamente con la *Critica de la razón pura*, pero no con su dualismo respecto de la moral y el derecho, es decir, con su filosofía política. Bien; pero es que la razón pura de Kant es aquello que Kant toma de Hume. Pero lo verdaderamente kantiano, su aporte, si es que hay uno, es precisamente en la razón práctica, esto es, en la diferencia entre naturaleza y libertad. Por lo menos ésta es una manera de leer a Kant. Precisamente Kelsen aclara que hay dos maneras de verlo. Pero él se instala en la otra: en la que ve la filosofía de la ciencia de Kant como su "auténtica filosofía", dice. Ahora bien, esto lo dice en 1933. Pero en *SyN* muestra saber muy bien que fue Hume quien formuló esa filosofía a la que Kelsen se adhiere.

VII. TEORÍA DEL DERECHO Y CIENCIAS JURÍDICAS

La jerga kelseniana tampoco es consistente en relación con la diferencia entre ciencia y teoría que funda una ciencia. En muchas oportunidades se refiere a su *teoría pura* del derecho como una *ciencia*. Pero en realidad, no lo es. Es la teoría que *funda* una ciencia.

En efecto, si la *ciencia normativa* es una que describe normas, si las normas son enunciados que, como actos de lenguaje se diferencian de todo otro acto de lenguaje por alguna particularidad, es necesario construir un conjunto de categorías que permitan distinguir una norma de los demás actos del lenguaje. Además, es necesario un conjunto de categorías que permitan distinguir una norma moral de una jurídica. Y otro conjunto de categorías que permita distinguir entre las normas, los hechos que las producen, y las conductas valoradas con esas normas, etcétera. En esto consiste la moderna *teoría general del derecho* que tiene en Kelsen a su fundador, y que se ha desarrollado por los carriles por él trazados, hasta niveles que envidiarían las teorías de otras ciencias sociales que pasan por más científicas que el derecho, si aquellos científicos estuvieran enterados de ese desarrollo.

Otra cosa distinta es que la *ciencia jurídica* que hoy se practica sea la ciencia para la cual Kelsen creó su teoría. Este es uno de los temas principales de este libro.

Por lo tanto, cualquier ciencia que tenga por objeto las normas, sus causas, sus consecuencias, debe fundarse en esta *teoría general del derecho* so pena de no poder distinguir su objeto. Y esto no tiene nada que ver con el marxismo. O, mejor, el marxismo no tiene nada especial qué decir en este respecto. Por el contrario, cualquier ciencia jurídica que intente inspirarse en algunos sectores del pensamiento de Marx, deberá partir de esta teoría creada por Kelsen. No veo tampoco aquí ninguna afirmación que sea contradictoria con el marxismo. Con lo cual estoy aceptando que quienes han pretendido fundar una teoría *marxista* del derecho están equivocados. Lo que puede hacerse es practicar una *ciencia jurídica* que, sobre las bases de esta *teoría general del derecho*, estudie fenómenos jurídicos que puedan recibir del análisis marxista de la sociedad capitalista, alguna consideración distinta que la que recibirían si se fundara el estudio en una teoría social diferente. Esto quiere decir que son la *sociología jurídica*, la *historia del derecho* y una ciencia que tal vez podría llamarse *semiología jurídica*, las ciencias que podrían recibir del marxismo una orientación particular, distinta de la que recibirían si, por ejemplo, fueran practicadas por científicos inspirados en la teoría social de Merton. Digo esto porque no veo de qué manera el marxismo podría contribuir en la práctica de una ciencia que se dedicara a describir normas como quería Kelsen, o en la *lógica jurídica*, o en la *informática* aplicada al derecho. En cambio sí parece evidente la contribución que el marxismo presta a ciencias como la *sociología jurídica* o la *historia del derecho*, por ejemplo. Pero de cualquier manera, la práctica de estas ciencias inspirada en el marxismo, debe aceptar la *teoría general del derecho* inaugurada por Kelsen.

VIII. LA NORMA COMO "SENTIDO"

Otro inestimable aporte de Kelsen, imprescindible para la crítica jurídica que pudiera inspirarse en el marxismo, es el perspicaz señalamiento de la diferencia entre el sentido subjetivo y el sentido objetivo de los actos humanos. Un acto —dice— puede indicar algo de sí mismo:

Un acto —en cuanto se expresa a través de palabras verbalmente formuladas, o escritas— puede él mismo enunciar algo sobre su significado jurídico. Una planta nada puede transmitir sobre sí misma, al

investigador natural que la determina científicamente. No intenta en forma alguna explicarse a sí misma, desde un punto de vista científico natural. Pero un acto de conducta humana puede llevar muy bien consigo una autoatribución de significado jurídico... (TPD, p. 17).

Se trata de lo mismo por lo cual el derecho no es "posterior" a las relaciones sociales: no hay relaciones humanas "mudas", o sea, sin llevar aparejadas un pensamiento acerca de ellas. Lo que se obtiene de esta consideración kelseniana del derecho como *sentido*, es que las normas, además de ordenar ciertas conductas, dicen "algo" acerca de cómo el legislador, la sociedad o el grupo en el poder, etcétera, ven la conducta ordenada, además, claro, de verla como debida.

Cierto es que Kelsen ha defendido que las normas no informan nada acerca del mundo, sino que sólo dicen lo que "debe" suceder. Pero esto no debe interpretarse en el sentido de que Kelsen sostenga que no pueda estudiarse la ideología inmanente en la norma a través del significado de las palabras que la componen, o el sentido transmitido por los discursos que podrían encontrarse en un análisis de ella.

Digamos que pueden distinguirse dos tipos de sentidos en las normas: el sentido deóntico y el sentido ideológico. La tarea del científico del derecho, que acepte practicar una ciencia dentro de los límites postulados por Kelsen, es decir, *describir* normas, consistiría en establecer cuáles son las conductas que, conforme a las normas analizadas, están prohibidas, obligadas o permitidas. A esto denomino *sentido deóntico* de las normas. Pero una vez establecido éste, queda un remanente, como en el cernidor, constituido por todas las demás ideas que pueden ser sugeridas por las normas. A esto denomino *sentido ideológico* de las normas.

Resulta evidente el aporte que el marxismo puede realizar en el análisis de esas ideologías portadas en las normas, que constituyen lo que llamo su *sentido ideológico*. El estudio del sentido ideológico del derecho es lo que sería materia de una ciencia jurídica que, tal vez, podría llamarse *semiología jurídica*.

El *cientista* jurídico se encuentra con una norma formulada en un lenguaje que, además de ordenar una conducta, "dice" otras cosas. La tarea del *cientista* en que piensa Kelsen es precisamente aislar el *sentido deóntico*: describir la conducta modalizada por el verbo *deber*. A esto contribuye la *lógica deóntica*: justamente a describir con precisión las conduc-

tas ordenadas, dejando de lado todo el lastre ideológico del conjunto del discurso del derecho. Pero queda a la crítica jurídica, precisamente, ese lastre no utilizado por el jurista científico de que habla Kelsen. Lo que sucede es que la *ideología jurídica* existe no sólo bajo la forma de los libros de derecho, los apuntes de clase, que hablan de las normas; no sólo en las sentencias de los jueces cuando eligen una norma para aplicar descalificando otras y dando "razones" para ello; no sólo en los discursos de los legisladores que participan en el proceso de su producción. La ideología jurídica existe *sobre todo en la norma misma*, como en cualquier otro acto del lenguaje. Este es también camino abierto por Kelsen con su insistencia en ver el derecho como sentido, como fenómeno del lenguaje.

Va casi de suyo que esto es fundamental para la crítica marxista del derecho, que no es sino una fracción, no desarrollada por Marx, de la *crítica de la sociedad capitalista*, razón de ser del marxismo tanto como fue la razón de vivir de su fundador.

Pretendo que en este repaso del problema ha quedado demostrado que la crítica de Cerroni a Kelsen no es justa. La barrera entre Kelsen y Marx, por lo que respecta al kantismo del primero, no existe en realidad.

Oscar CORREAS