

ALGUNAS INFLUENCIAS DE HERMANN COHEN EN HANS Kelsen

Ulises Schmill*

1. Un uso ilegítimo de los conceptos jurídicos

En una visita que hice a Kelsen en su bella casa en Berkeley, California, en el curso de la conversación, muy interesante, que duró un poco más de tres horas, escuché de sus labios que consideraba a la *Ética de la Voluntad Pura* (*Ethik des Reinen Willens*, ERW) de Hermann Cohen como un libro muy importante, del que él, Kelsen, había aprendido muchas cosas, más de las que podía expresarme en ese momento. Las palabras escuetas no contienen en su integridad el sentido que tuvieron en el momento en que fueron pronunciadas. Como se sabe, muchas veces las palabras tienen significados adicionales, que no puede ser descubierto o establecido por medio del análisis semántico practicado con exclusividad, pues el contexto y la entonación de la voz, así como los movimientos corporales que acompañan la emisión de las palabras, tienen una aportación muy importante, a veces predominante, en la fijación del sentido de lo que se dice. En el contexto en que fueron emitidas, las palabras dichas por Kelsen significaron, o por lo menos así lo entendí, que ese libro de Cohen fue uno de los textos principales que influyeron decisivamente en la formación de los conceptos con los que se construyó el magno edificio de la *Teoría Pura del Derecho*. Desde entonces (1963) quedó sembrada en mí la preocupación por determinar el grado de la influencia y las similitudes y diferencias que podrían encontrarse entre las teorías de Cohen y de Kelsen. El siguiente trabajo es un ensayo orientado parcialmente en ese sentido.

Antes de empezar a desarrollar el contenido de algunos conceptos similares existentes en ambas teorías, es necesario enfatizar un elemento central para distinguir las posiciones del filósofo de Marburgo y el de Viena. El primero tiene una perspectiva teórica más amplia y compren-

* Instituto Tecnológico Autónomo de México.

siva que el segundo. No es en vano que haya construido un sistema de filosofía y fuera el representante más conspicuo de una escuela neokantiana, integrada, entre otros, por pensadores tan relevantes como Pablo Natorp, Ernst Cassirer, Albert Görland, Walter Kinkel, Dmitri Gawronski, que tantas aportaciones han hecho de fundamental importancia filosófica. Es cierto, casi todos ellos, con excepción de los primeros dos, han sido olvidados por el desarrollo de la filosofía subsecuente. Quizá esto sea debido a la orientación fundamentalmente lingüística que tomo el curso de la filosofía, con base en la obra de Wittgenstein y el Círculo de Viena. Por otra parte, sólo Cassirer pudo continuar con sus investigaciones en Estados Unidos hasta mediados del siglo pasado, en un ambiente universitario tan prestigiado y conocido como la Universidad de Yale, lo que ha producido como consecuencia una sobrevivencia que los demás no han conocido. Sin embargo, muchos de los temas que se encuentran desarrollados en la filosofía posterior han sido tocados de manera muy interesante por estos filósofos, por lo que no sería una labor insignificante hacer una comparación erudita, por quien esté capacitado para ello, entre esas aportaciones neokantianas y las construcciones filosóficas posteriores.

Pues bien, esta mayor amplitud de la perspectiva filosófica de Cohen, en relación con Kelsen, lo lleva a construir conceptos específicos con una finalidad y función que no aparecen en las obras de Kelsen. Cohen intenta construir una Ética, en la forma que permite el concepto de la filosofía trascendental. Con esto quiero decir que Cohen intenta elaborar los conceptos propios de la Ética haciendo uso de los conceptos fundamentales de la jurisprudencia, los que van a servirle como instrumentos específicos para la postulación de ciertos principios normativos de carácter ético¹. Kelsen claramente está en contra de esto, por dos

¹ En relación con esto, Kelsen expresa en su carta a Renato Treves, en el punto 3 de ella, lo siguiente: “Lo que distingue efectivamente a la Teoría Pura del Derecho de la filosofía coheniana es que Cohen, en este campo, no estaba en posición de superar la teoría del derecho natural, primeramente porque él simplemente no conocía el derecho positivo y con lo que él correctamente llamaba el “hecho de la ciencia jurídica”. El factor decisivo aquí era que Cohen carecía del valor de obtener de la filosofía trascendental kantiana las conclusiones últimas en el campo de la realidad social, esto es, con referencia a los sistemas sociales existentes: el Estado existente, el derecho positivo, la moral prevaleciente...Con referencia a aquellas normas positivas determinantes de la vida social, él no estaba dispuesto a aceptar categorías puramente formales con validez *a priori*. Esto lo hubiera conducido inevitablemente a un relativismo ético, algo que Cohen —exactamente como Kant en este punto— no estaba preparado para aceptar, aunque fuera solamente por sus convicciones religiosas.

razones distintas: la primera y fundamental, porque su concepto de la filosofía kantiana lo impulsó a construir una filosofía del Derecho con base en una aplicación estricta del método trascendental, tal como aparece expuesto en la *Crítica de la Razón Pura* de Kant, lo que significa que intentó establecer las condiciones de posibilidad de la ciencia jurídica positiva y nada más; la segunda razón, debido a su concepto esencialmente relativista que tiene de los asuntos humanos, en general y éticos, en particular. Es verdad que este relativismo ético en Kelsen va a determinar una serie de posiciones frente a teorías como la del derecho natural, al negar la posibilidad de encontrar principios absolutos de justicia, válidos para todos los tiempos y lugares o pretender que existe un criterio único y universal para determinar qué es un orden social justo. Podrá esto ser o no ser aceptado, pero es indudable el hecho de que Kelsen pudo profundizar más hondamente en la definición de los conceptos jurídicos, primero, por su especialización y, por tanto, su limitación metódica específica y, en segundo lugar y derivado del anterior, su teoría no se encuentra enclavada en un sistema de filosofía, sistema que le impone una serie de restricciones y modalidades, que se convierten, en ocasiones, en camisas de fuerza, sin que con ella pretenda limitar o minimizar las ventajas que las amplias perspectivas pueden ofrecer.

2. La Ética en la filosofía de Hermann Cohen

¿Cuál es para Hermann Cohen la materia específica de la Ética, como disciplina filosófica? Lo dice muy claramente desde el principio de su obra: el problema específico de la Ética es el hombre y, por tanto, el concepto del hombre.

Como la teoría del hombre, la Ética es la teoría del concepto del hombre (Cohen: ERW. p. 3).

Considera que en la medida en que esto se acepte, no existe problema alguno sobre la Ética. Los opositores surgen en el momento en que la Ética contiene la pretensión de hacer exclusiva la posesión de ese concepto. Y se pregunta:

De hecho la expresión hombre contenía ya una manifiesta ambigüedad: ¿significa ella el singular o el plural? (Cohen: ERW. p. 4).

Es decir, puede preguntarse por el concepto del hombre considerando a éste desde la perspectiva de la unidad, como hombre individual, o desde la perspectiva de la pluralidad, es decir, como miembro de una pluralidad de hombres, por ejemplo, como perteneciente a una religión, a una raza, a una asociación, etc.

Esta es la doble ambigüedad con la que, desde el principio, está afectada la expresión hombre: que una vez el hombre individual está en cuestión, pero enseguida la significación pasa a una pluralidad de hombres (Cohen: ERW. p. 4).

La ambigüedad no termina allí: se incrementa aún más, brinca sobre sí misma y cae bajo el concepto de la totalidad de los hombres, siguiendo el camino que normalmente sigue el juicio: unidad, pluralidad, totalidad.

La pluralidad pasa a ser totalidad. Con esto se instaaura una nueva ambigüedad, que se adhiere a la expresión hombre (Cohen: ERW. p. 4).

El problema para la Ética se transforma en determinar las condiciones de posibilidad del concepto de la totalidad de los hombres, como concepto propio de la Ética, la cual no se disuelve ni en Psicología, ni en Sociología o Antropología o cualesquiera otras disciplinas que se ocupen del hombre en su individualidad o pluralidad. La totalidad del hombre es el problema específico de la Ética. ¿Cómo entiende Cohen esta totalidad? De la siguiente manera:

La pluralidad pasa a ser totalidad. Así dijimos. Sin embargo, ello no quiere decir que la pluralidad se transforme en totalidad y que en ella tenga que diluirse (o decaer). Más bien, la pluralidad se mantiene, puesto que constituye lógicamente una categoría propia, que es también válida para el hombre. La pluralidad de los hombres se mantiene como un concepto plenamente válido y necesario. Pero a su lado entra, como un concepto con valor propio, la totalidad de los hombres. Este es el máximo extremo hasta donde llega la ambigüedad de la expresión hombre (Cohen: ERW. p. 5).

Cohen comprende, siguiendo una enseñanza de Kant, que la totalidad como concepto se engendra por la síntesis de los conceptos de unidad y pluralidad. Una pluralidad concebida como unidad es el concepto de totalidad.

La unidad que se cumple en el concepto apunta siempre más allá de sí mismo. Quedarse en la individualidad sería una miopía incurable. Por mucho que los individuos se amalgamen en la pluralidad y en ella lleguen a estar contenidos, ella constituye, no obstante, sólo un paso intermedio en la transformación de los conceptos, que solamente en la totalidad concluye su curso y completa la formación de su unidad (Cohen: ERW. p. 5).

La totalidad, como unidad de una pluralidad, puede tener diferentes grados: la de una clase, la de una ciudad, la de un Estado o la de la humanidad entera (*Cfr.* p. 5). Es el cerramiento y la objetivación de la pluralidad. Dice Cohen:

¿Sería un individuo el hombre? De ninguna manera es él sólo esto, sino que se encuentra incorporado, como miembro, a una pluralidad o, mejor dicho, a diversas pluralidades. Y no es él sólo esto, sino que primariamente en la totalidad completa el círculo de su existencia. También esta totalidad tiene diversos grados y etapas hasta ella alcanza su conclusión (final) en una verdadera unidad, a saber: la humanidad, que es también un eterno nuevo comienzo. Esta perspectiva debe convertirse en el pensamiento conductor de nuestra construcción de la Ética (Cohen: ERW. p. 8).

Aparece aquí el concepto de la objetividad. El hombre no sólo es el individuo ni el miembro de una familia o una comunidad cualquiera. También existe como sujeto de una comunidad objetiva, como el Estado, por ejemplo. El problema de la Ética se convierte, para Cohen, en determinar las condiciones de posibilidad de la existencia de estas totalidades, de estas construcciones sociales objetivas. Desde un punto de vista filosófico se plantean los problemas relativos a la objetividad de la sociedad y las construcciones sociales, como independientes de la psicología y de procesos internos que se quiera. Pero no sólo este problema de la objetividad se presenta con la contundencia de un objeto, sino que también entra con pie firme el problema de la autonomía o

especificidad de estas construcciones sociales, de estas totalidades, que son más que los meros individuos, tomados en singular o en plural.

En Kelsen aparece el mismo problema, aunque con una terminología radicalmente diferente, que no permite rastrear su problemática en la de la filosofía, en general, y de la Ética coheniana, en particular. Pretende establecer la existencia objetiva del Estado, independiente de las voluntades individuales, como un objeto propio de estudio que no puede disolverse en procesos psicológicos. El parentesco con las tesis de Cohen es palmario. Se tiene que distinguir a la ciencia del Estado de la psicología y la sociología

...todos aquellos actos, hechos, acontecimientos, etc., cuyo conjunto o unidad se designa con la voz “Estado”, tienen su sede (como todos los hechos sociales) en el alma humana. El otorgamiento de una ley, de un juicio, de un mandato, su aceptación y cumplimiento, son, indudablemente, procesos anímicos que se traducen en acciones corporales. Ahora bien, si se pretende captar la esencia del Estado, no ha de dirigirse la atención a los procesos anímicos corporales que acaecen en el mundo de los seres naturales según la ley de causalidad, sino al contenido espiritual que “encierran” dichos procesos. Del mismo modo que “pensar” una ley lógica o matemática es un acto psíquico, y sin embargo el objeto de la Matemática o de la Lógica —el pensamiento “pensado”— no es psíquico, no es una “alma” lógica o matemática, sino un contenido espiritual objetivo, porque la Lógica y la Matemática extraen dicho contenido del hecho psicológico del pensar; el Estado en cuanto objeto de una consideración específica diversa de la Psicología, es un específico contenido espiritual, pero no el hecho de pensar y querer tal contenido; es un orden ideal, un sistema específico de normas, pero no el pensar y querer dichas normas (Kelsen: TGE. pp. 17-8).

En Cohen esto es expresado diciendo que el hombre en su individualidad y pluralidad es objeto de estudio de la Psicología y de la Antropología. Por lo tanto, si no se capta esta objetividad de lo social, lo primero que se intenta hacer, para considerar al Estado como un ser subsistente por sí mismo, es identificarlo con procesos causales, como acontece en la naturaleza., es concebirlo como un ser natural e, incluso, como organismo.

Para probar que el Estado es una realidad natural, se acude a la explicación de la unidad de los elementos en la cual consiste el Estado como un

caso de acción recíproca, como una interacción psíquica. Una multitud de hombres llega a constituir una unidad si estos hombres mantienen relaciones espirituales recíprocas, es decir, si el alma de uno ejerce un determinado efecto sobre la del otro, siendo a su vez influenciada por ésta (Simmel) (Kelsen: TGE. p. 9).

No nos interesa, por el momento, exponer las críticas muy certeras que opone Kelsen a este punto de vista. Lo que nos importa destacar es el hecho de que se considera al Estado como un ser, como un objeto de estudio, como poseyendo un grado de objetividad, independiente de la psique humana y de sus procesos.

Toda Psicología es justamente psicología individual... Por esta razón, y desde el punto de vista psicológico, la “unión” no puede significar nunca aquella síntesis supraindividual que constituye la esencia de todas las estructuras sociales, especialmente el Estado (Kelsen: TGE. p. 11).

Posteriormente presentaremos la solución kelseniana a esta problemática de la objetividad. Bástenos por el momento señalar que ella es el meollo, el centro de todas las consideraciones sociales: ¿cómo es posible la existencia de las sociedades y de las formaciones sociales, sin que se disuelvan en procesos psicológicos? ¿En qué consiste la objetividad de las formaciones sociales?

Otro ejemplo más:

Cuando se declara que una pluralidad de individuos, que representan una forma de la unión social, una unidad social real, constituye una comunidad (porque se constata que hay una cierta coincidencia material en su querer, su sentir o su pensar), se piensa no haber salido del dominio psicológico y, sin embargo, se cree al mismo tiempo haber llegado a comprender la esencia de lo supraindividual social. Podría hablarse aquí de un paralelismo de los procesos psíquicos, el cual existe cuantas veces se hace referencia a una “voluntad colectiva”, a un “sentimiento común”, a una conciencia o interés común o colectivo. Precisamente se acostumbra a caracterizar en este sentido al Estado como una realidad psicológico-social, como una específica “voluntad colectiva”, con la cual se le representa como un ser distinto de las voluntades y personalidades de sus componentes, situado en un plano superior al en que se sitúan los individuos que le están sometidos (Kelsen: TGE. p. 11).

Más adelante retorna sobre el mismo tema y dice explícitamente:

Añádase a esto el hecho de que aquello que se denomina “voluntad colectiva” no es más que una expresión abreviada para designar el contenido coincidente de una pluralidad de voluntades individuales, pero no es en modo alguno una voluntad supraindividual distinta de éstas. La afirmación opuesta –a la que se inclina fácilmente tanto la teoría jurídica como la sociológica– es la hipóstasis ilegítima de una abstracción conceptual, de la misma especie que la hipótesis inadmisible de un alma de las masas... (Kelsen: TGE, p. 12).

La labor de Kelsen se limita a construir una teoría que dé cuenta y razón de la existencia de esta objetividad y no es utilizada, como acontece con Cohen, para derivar una serie de principios morales y virtudes que permiten esta totalidad de los hombres. Es cierto, esta totalidad apunta hacia la existencia de las unidades sociales, aunque no solamente a ellas, pues hay un interés práctico. Veamos

Más si, por otra parte, para la vida de los pueblos no se puede prescindir del Estado, ni puede ser sustituido, entonces el problema únicamente puede ser este: ¿cómo puede realizarse la moralidad en el Estado y a través del Estado, del cual no se puede prescindir? (Cohen: ERW. pp. 63-64).

Cohen señala inmediatamente a continuación de manera muy inteligente que

Sólo por medio de él (*el Estado*: USO) tiene que ser realizada la moralidad; no puede haber dos caminos para consumir la moralidad. A esto tenemos que aferrarnos. No existe una mitad de la moralidad que pueda ser completada por otra mitad. Por esta consideración metódica se manifiesta que el camino de la religión, como Iglesia, no puede ser el camino moral de la humanidad. Pues su objetivo tiene que ser y no puede ser otro que la particularidad. El problema de la Ética es: poner al individuo en correlación con la totalidad y ejecutar en esta la unidad de los hombres (Cohen: ERW. p. 64).

Estos textos admiten la interpretación metódica que hemos dado, pero entrañan igualmente la existencia de una moralidad de la razón, que debe

ser realizada objetivamente a través del Estado, tesis de la que se apartará Kelsen de manera radical. Es bien conocida la posición kelseniana de rechazo a la ética de Kant² y, por tanto, de Cohen igualmente³, en la medida que intentan establecer criterios de moralidad que tengan validez absoluta u objetiva, distinta de la validez de las normas positivas.

La influencia positiva que Cohen tuvo sobre Kelsen fue en el sentido de que le permitió llevar a cabo la, en esa época considerada, correcta interpretación de la postura metodológica de la filosofía trascendental kantiana, tal como la había interpretado el filósofo de Marburgo. Ha sido citado muchas veces el siguiente párrafo, que vale la pena reproducir en este lugar:

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, principalmente en su *Ethik des reinen Willens*. Una crítica de mi obra, publicada en 1912 en los *Kant-Studien* y en que se reconocía esta obra nuestra como un plausible esfuerzo para aplicar a la ciencia del derecho el método trascendental, llamó nuestra atención hacia el marcado paralelismo existente entre nuestro concepto de la voluntad jurídica y los planteamientos de COHEN, que hasta entonces no había tenido yo ocasión de conocer (Kelsen: H. p. L).

El rechazo a la postura ética kantiana puede verse expuesto con toda claridad en la segunda edición de la Teoría Pura del Derecho publicada originalmente en alemán en 1960.⁴

Por lo tanto, la objetividad de las construcciones sociales es un tema en las consideraciones cohenianas y el núcleo central en las kelsenianas. Ya hemos visto que Cohen contrapone la individualidad del hombre, o sea, el hombre como unidad con la pluralidad y la totalidad de los hombres. Esta contraposición será materia de consideraciones posteriores de gran importancia para la determinación exacta del concepto de persona, como un concepto contrapuesto al concepto del hombre de la psi-

² Cfr. Kelsen, Hans "Justicia y Derecho Natural", en *Crítica del Derecho Natural*, editado por Elías Díaz, Tauro Ediciones, Madrid, 1966. pp. 46 y ss.

³ Cfr. Kelsen LNK. pp. 170-175.

⁴ El análisis de los diversos conceptos de justicia y de la Ética que se contienen en la Segunda Edición de la Teoría Pura del Derecho, ha sido vertido al español en JDN, pp. 46 y ss.

ciencia y la biología y que contiene un profundo sentido metódico. Baste por ahora señalar que, en sentido paralelo, Kelsen, para mostrar la objetividad del Estado y el derecho, presenta la contraposición entre el Estado y el individuo:

Pero el carácter normativo del Estado como unidad supraindividual se revela con la máxima nitidez en la contraposición admitida por todos los autores, incluso por aquellos que le caracterizan como realidad social, entre comunidad e individuo, en general, y entre Estado y hombre, en particular. Si el Estado fuese una realidad determinada por la ley de causalidad, situada en el mismo plano óntico que el hombre individual, una teoría orientada en ese sentido naturalista no podría admitir ni la específica contraposición ni el específico problema antes planteado. Lo único que vendría en cuestión sería la dependencia causal del uno respecto del otro; la solución, bien trivial por cierto, tendría que conformarse con decir que el Estado, es decir, el poder omnímodo que se le reconoce desde tal punto de vista, determina causalmente al individuo (Kelsen: TGE. p. 19).

3. La relación entre la Lógica y la matemática análoga a la existente entre la Ética y la jurisprudencia

Desde el punto de vista de la filosofía kantiana, tal como es interpretada por Cohen y desarrollada en su sistema de la filosofía, toda filosofía debe tener un *factum*, es decir, una ciencia dada, sobre la que va a llevar a cabo su labor reflexionante. Considera Cohen que esta referencia al *factum* de la ciencia es la enseñanza eterna de Kant.

Toda Filosofía tiene que referirse al *factum* de las ciencias. Esta referencia al *factum* de las ciencias vale para nosotros como lo eterno del sistema de Kant (Cohen: ERW. p. 67).

La lógica en Cohen se convierte en la ciencia de las ciencias, en la disciplina que tiene por objeto fundamentar los métodos y los conceptos de las ciencias naturales. Es una disciplina de segundo orden, cuyo objeto de explicación y fundamentación, *factum*, son las ciencias. En esto se distingue radicalmente de la metafísica y de todo filosofar sin un *factum*. La ausencia de éste conduce, como Kant lo enseñó claramente en la Dialéctica trascendental, a todos los falsos problemas que han

plagado a la filosofía desde siempre, cuando prescinde de esta referencia a las ciencias y pretende competir con ellas. Los fenómenos u objetos son explicados por las ciencias; éstas por la filosofía.

Sabemos cómo la Lógica está correlacionada con la matemática. Sin embargo, también para la matemática hay supuestos generales que son autónomos dentro de la Lógica misma. Pero hasta para la construcción y coronamiento de estos fundamentos, la Lógica tiene que referirse a la matemática. Esto lo hemos reconocido ya en el juicio del origen. Existe, entonces una significativa relación recíproca entre la Lógica y la matemática (Cohen: ERW. p. 66).

Para Cohen la Física y las demás ciencias naturales obtienen su objetividad del grado en el que opere en ellas el fundamento matemático, en especial, el cálculo diferencial e integral.

Ahora bien, en el sistema de Kant se echa de menos el *factum* en relación con la moralidad. Para la *Crítica de la Razón Pura* de Kant estaba presente la ciencia newtoniana y sobre ella elabora y construye sus categorías, con base en una clasificación de los juicios, y, en especial, elabora sus principios sintéticos *a priori*, que constituyen los fundamentos metódicos de ella. Para la moralidad, Kant se refiere a las “costumbres”. Estas no son ciencia alguna sobre la cual pueda llevarse a cabo una fundamentación de la moralidad y de su objetividad. Cohen intenta remediar esta carencia de *factum*, postulando como tal a la ciencia del derecho o jurisprudencia. La ciencia del derecho es la disciplina científica sobre la cual pueden construirse los fundamentos de una moralidad objetiva.

Análoga es la relación de la Ética con la jurisprudencia: la Ética puede ser considerada como la Lógica de las ciencias del espíritu (ciencias culturales) (Cohen: ERW. p. 67).

Por lo tanto, la ciencia del derecho, la jurisprudencia, se convierte en el *factum* de la Ética, cumpliéndose con ello con las condiciones metodológicas que exige la concepción que de la filosofía tiene la tradición kantiana.

En Kelsen encontramos una posición similar, aunque no idéntica, entre jurisprudencia dogmática y jurisprudencia pura. Es posible colocar de manera ortodoxa con la filosofía trascendental kantiana, en vez

de la Ética, como hace Cohen, a la jurisprudencia pura. Con ello, tendríamos que hacer la distinción entre estas dos ciencias: mientras que la jurisprudencia dogmática se dedica a ordenar y sistematizar los contenidos específicos de un orden jurídico positivo, por ejemplo, el derecho civil y penal argentino, el derecho comercial mexicano o la regulación jurídica española del turismo, la jurisprudencia pura llevaría a cabo las funciones que la filosofía trascendental atribuye a las disciplinas filosóficas: exponer los supuestos epistemológicos que presupone la ciencia dogmática del derecho. No parece, a primera vista, que esta sea la intención de Kelsen. Es muy enfático en afirmar que la Teoría Pura del Derecho es una teoría del derecho positivo en general, no de un orden jurídico en particular. Con palabras similares empieza la exposición de su teoría en TPD2. Dice:

La Teoría Pura del Derecho es una teoría del derecho positivo; del derecho positivo a secas, no de un orden jurídico específico. Es teoría general del derecho, no interpretación de normas jurídicas particulares, nacionales o internacionales. Sin embargo, ella proporciona una teoría de la interpretación (Kelsen: TPD2. p. 15).⁵

Existen, en consecuencia, la ciencia dogmática o positiva del derecho y la ciencia jurídica o general del derecho. La primera, a la que llama *Jurisprudencia dogmática*, le da la función de exponer y sistematizar normas jurídicas particulares positivas, ya sea nacionales o internacionales. Sin embargo, también afirma que la Teoría Pura del Derecho es una teoría del derecho positivo. Kelsen ha sido muy enfático en afirmar que su teoría es una teoría del derecho, no lógica ni filosofía. En esto tiene razón, aunque no es posible afirmarlo de manera tan simple, pues en sus obras existen una multitud de enunciados que permiten afirmar que su teoría del derecho es una teoría filosófica en el sentido de la filosofía trascendental de Kant, tal como la ha interpretado, en este sentido, Cohen. Cuando Kelsen explicita el sentido de la imputación, como legalidad específica para el conocimiento y descripción del

⁵ Solamente existe una versión al español de la Teoría Pura del Derecho hecha por Roberto Vernengo. En general es una buena traducción, en la medida en que vierte el pensamiento del jurista austriaco con claridad y exactitud. Nosotros tomaremos en principio la traducción de Vernengo y nos sentiremos en libertad para proponer algunas modificaciones a la traducción que consideremos más ajustadas al texto original en alemán.

derecho, dice enfáticamente que esa relación de imputación, análoga a la causalidad,

Es categoría gnoseológica-trascendental en el sentido de la filosofía kantiana, no metafísico-trascendente (Kelsen: TPD1. p. 50-1).

Esta misma expresión la repite en la segunda edición de la RR. Véase las relaciones que se encuentran consignadas en el siguiente párrafo:

En la descripción de un orden normativo de la conducta recíproca de los hombres se utiliza un principio ordenador diferente de la causalidad, que puede ser denominado *imputación*. En el curso de un análisis del pensamiento jurídico puede mostrarse que en los enunciados jurídicos –esto es, en las oraciones mediante las cuales la ciencia del derecho describe su objeto, sea un derecho nacional, o el derecho internacional– de hecho se utiliza un principio que, aun siendo análogo a la causalidad, con todo se diferencia de él en manera característica. La analogía reside en que el principio al que nos referimos cumple, en los enunciados jurídicos, una función enteramente semejante al del principio de causalidad en las leyes de la naturaleza, con las cuales la ciencia natural describe su objeto (Kelsen: TPD2. p. 90).

Si el lector tiene presente en este lugar que al principio de la imputación Kelsen lo ha denominado “categoría” en el sentido de la filosofía trascendental kantiana y, además, lleva a cabo una función análoga a la que desempeña el principio de causalidad en las ciencias naturales, es claro que la ciencia que establece que la categoría de la causalidad es utilizada por las ciencias naturales al describir su objeto, es una ciencia filosófica, la Lógica en el sentido de Cohen, *mutatis mutandis* el principio de imputación es establecido por la ciencia (a la que hay que calificar de filosófica) que tiene por objeto el estudio de la ciencia de un derecho positivo en particular, *i.e.*, la jurisprudencia dogmática. Esta ciencia filosófica no es ni puede ser otra que la Teoría Pura del Derecho.

¿Porqué entonces Kelsen insiste en darle este carácter empírico a su teoría del derecho? La razón es importante esclarecerla en este lugar. Pareciera que existe un camino muy específico que recorren los conocimientos humanos casi de manera indefectible: primeramente los problemas son planteados desde un punto de vista filosófico o metafísico

y, en algunos casos, míticamente. Se intentan dar soluciones a los problemas correspondientes y en el avance del conocimiento aquello que era una pregunta metafísica o filosófica va convirtiéndose paulatinamente en un problema de carácter empírico e, incluso, hasta de carácter experimental. Esto lo vamos a poder ver con toda claridad en el tránsito de Cohen a Kelsen, tránsito al que podríamos denominar *empirificación* de problemas filosóficos. Lo que en Cohen se encuentra planteado de manera filosófica y apriorística en Kelsen adquiere una dimensión empírica y observacional.

La disciplina filosófica de la metafísica de las costumbres (Kant) o de la Ética (Cohen) se convierte en teoría general del derecho (Kelsen). Este tránsito se opera por la posición coheniana de poner a la ciencia del derecho como el *factum* de la Ética. Si la jurisprudencia dogmática es el *factum*, entonces la teoría general del derecho es la ciencia de segundo grado que la fundamenta. Si Kelsen dice que el concepto fundamental de su teoría, la imputación (*Zurechnung*), es una categoría gnoseológica trascendental en el sentido de la filosofía de Kant, entonces por necesidad los principios que establezca que sean las condiciones de posibilidad de la jurisprudencia dogmática, serán, conforme al principio fundamental de todos los juicios sintéticos a priori de Kant⁶, las condiciones de posibilidad del objeto de estudio de la jurisprudencia dogmática, *i.e.*, del derecho positivo. Por lo tanto, la jurisprudencia pura o general proporcionará a la jurisprudencia dogmática los conceptos y principios con arreglo a los cuales ésta última va a realizar la descripción e interpretación de un derecho positivo específico, nacional o internacional, en virtud de que esos conceptos son las condiciones de posibilidad de ella, pues contienen un concepto general de lo que es su objeto de estudio: el derecho positivo. En este sentido, la teoría pura del derecho de Kelsen es una teoría del derecho positivo.

4. Método de investigación en Kelsen: partir de una ciencia de un objeto, no del objeto

En corroboración de lo anterior debemos ahora investigar cuál ha sido el camino metodológico que ha seguido Kelsen en la construcción de

⁶ Dice Kant en su Crítica de la Razón Pura: “Las condiciones de *posibilidad de la experiencia* en general constituyen, a la vez, las condiciones de *posibilidad de los objetos de la experiencia* y por ello poseen validez objetiva en un juicio sintético a priori” (p. 196).

su teoría, para comprobar que se ha ceñido estrictamente a las consideraciones hechas sobre el *factum* de las disciplinas filosóficas.

Como ya se ha señalado, toda disciplina filosófica debe tener una ciencia ya constituida sobre la cual realizar su labor de establecer sus condiciones de posibilidad. No va o no se dirige directamente al objeto de estudio de la disciplina, pues no puede intentar arrebatárle díscolamente lo que legítimamente le pertenece. Las disciplinas filosóficas deben dejar que las ciencias lleven a cabo su labor explicativa y no pretender sustituirlas o destronarlas en su dominio de conocimiento. Más bien, deben servir para traer a conciencia y claridad los métodos y procedimientos con arreglo a los cuales las ciencias especiales llevan a cabo su función. Dicen José A. Díez y C. Ulises Moulines:

En este sentido se puede considerar que teorizar es (genera) saber explícito. Ahora bien, el contenido del saber explícitamente formulado en cierta teorización *específica* no versa (en general) sobre la teorización misma, sino sobre otro objeto o dominio. El conocimiento formulado explícitamente en cierto teorizar no consiste en la explicitación de las prácticas seguidas implícitamente en *ese* teorizar, ni tampoco en la formulación de sus peculiaridades socio-históricas. Estas cosas son (o pueden ser) objeto de estudio y de formulación explícita de *otro* teorizar, que toma así al primero como su objeto. El resultado de este nuevo teorizar es también un saber en sentido estricto, pero es un saber de otro orden o nivel. Decimos que es un *saber de segundo orden*, un saber que tiene otro saber por objeto, saber-objeto que se considera en ese contexto un *saber de primer orden* (Díez y Moulines: FFC. p. 16).

Esto es lo que está implícito en la necesidad de tener una ciencia constituida, de primer orden, para proceder a establecer los conceptos y métodos que explicitan a esta ciencia específica. Ya mencionamos el concepto coheniano de ser esta una de las aportaciones centrales de la filosofía de Kant.

¿Cuál es la aportación que Hermann Cohen proporcionó fundamentalmente a Kelsen? Esta precisamente: tener como *factum* a la ciencia dogmática del derecho y, con base en ella, formular una teoría general del derecho que la fundamente y la explicita. El camino metódico que siguió para ello se encuentra claramente formulado en la *Teoría General del Estado* de 1925 (TGE en adelante) en los siguientes términos:

Ahora, al resumir y completar los resultados de mis anteriores trabajos monográficos en un sistema de Teoría general del Estado, veo con más claridad que antes hasta qué punto descansa mi labor en la de los grandes predecesores; ahora me siento más unido que nunca a aquella dirección científica que tuvo en Alemania como sus representante más ilustres a Karl Friedrich von Gerber, Paul Laband y Georg Jellinek. Esta dirección, apartándose de la nebulosa metafísica del Estado, pretendía ser una Teoría del Estado positivo, esto es, una Teoría del Estado estrictamente jurídica, sin matiz político alguno. Esta teoría era parte del gran movimiento científico-social que —paralelamente a una evolución análoga en el dominio de las ciencias naturales— se dirigía contra la especulación jusnaturalista del siglo XVIII, y aspiraba, apoyada en la escuela histórica del primer tercio del siglo XIX, a constituir una teoría de la sociedad real (Sociología) y del Derecho positivo. Su método estaba influido, más o menos consciente y consecuentemente, por la crítica kantiana de la razón: dualismo de ser y deber ser; sustitución de hipóstasis y postulados metafísicos por categorías trascendentales como condiciones de la experiencia; transformación de antítesis absolutas (por cualitativas y transistemáticas) en diferencias relativas, cuantitativas, intrasistemáticas; paso de la esfera subjetivista del psicologismo al ámbito de la validez lógico-objetiva: he aquí algunos de los momentos esenciales de este método, y **las directrices de mi labor teórica** (Kelsen: TGE. p. VII y VIII. Énfasis añadido por USO).

No puede, entonces, caber duda alguna sobre la raigambre kantiana del pensamiento de Kelsen y del condicionamiento que esta teoría produjo en los resultados de su labor científica. Explícitamente reconoce que las directrices de su labor teórica fue la crítica kantiana de la razón.

Ahora bien, ¿cómo lleva a cabo la aplicación de este método a la ciencia del derecho o del Estado? Señala el *factum* de su disciplina teórica:

Se trata de establecer el concepto de Estado propio de la *Teoría general del Estado*; y esto no es posible más que a condición de aceptar el hecho de esta ciencia en cuanto tal, de considerar esta ciencia como la unidad de un determinado complejo de problemas, tal como históricamente ha venido desarrollándose; dando como resultado el que tan sólo se eleva a concepto aquella significación verbal más adecuada precisamente a este complejo de problemas históricamente dado. Cabe esperar, sin incurrir

en ciego dogmatismo, que tal ensayo no sea totalmente estéril. De otro modo habría que confesar que, por falta de un objeto unitario, no era posible una Teoría general del Estado como disciplina unitaria (Kelsen: TGE. p. 6).

5. La Teoría del Estado como teoría jurídica: la identidad del Estado con el Derecho

Podemos comenzar nuestra exposición de este concepto fundamental diciendo que la influencia de Cohen fue decisiva y explícita, por lo que se refiere a la tesis de la identidad del derecho y del Estado y, por tanto, al condicionamiento metódico de la Teoría del Estado por la jurisprudencia o ciencia del derecho.

A partir de ahora, y como una 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, empezamos a darnos cuenta de que el Estado, en cuanto objeto del conocimiento jurídico, no puede ser otra cosa que derecho, ya que el conocer o el concebir jurídicamente no significa nunca sino el concebir algo como derecho (Kelsen: H. p. L).

Este texto es de una gran importancia. La teoría de la identidad del derecho y del Estado tiene, en consecuencia, un origen netamente filosófico. Quiero resaltar la importancia de este enfoque, por la razón de que el mismo condicionará la casi totalidad de la obra científica de Kelsen. La teoría de la identidad del derecho y del Estado se convirtió en el punto central de donde se originó la riqueza conceptual y los rendimientos de su teoría, que la separan de cualquier otra construcción científica: no hay hasta el momento una sola teoría que haya podido resolver de manera unitaria el número de problemas que pueden ser resueltos con esta tesis de la identidad del derecho y el Estado. Para darse cuenta de ello es menester tener presente la síntesis que el propio Kelsen lleva a cabo de sus rendimientos teóricos:

Si se concibe al Estado como ordenamiento jurídico, entonces hay que desarrollar y resolver todos los problemas de la Teoría General de aquél,

desde este punto de vista, es decir, como problemas de la Teoría jurídica. La exactitud de este supuesto, esto es, de la opinión que afirma que el Estado es el ordenamiento jurídico, se comprueba, no meramente porque sólo es posible obtener así las soluciones buscadas que forman un sistema unitario y cerrado; sino también, porque únicamente a la luz de este supuesto quedan claras las conexiones íntimas entre dichos problemas. Y, efectivamente, todos los problemas de la Teoría General del Estado son problemas en torno a la validez o vigencia así como a la producción del orden jurídico; son, por lo tanto, problemas jurídicos. Lo que se llama elementos del Estado: poder, territorio, pueblo, no son más que la vigencia en sí del orden jurídico y los campos espacial y personal de éstas, respectivamente: Los problemas en torno a la naturaleza de aquellos complejos jurídicos que surgen en virtud de la articulación territorial del Estado representan un caso singular dentro de la cuestión acerca del campo espacial de vigencia del orden jurídico: tales son las cuestiones acerca de la descentralización y descentralización; desde qué puntos de vista puede concebirse la descentralización administrativa; las corporaciones de administración autónoma; los Estados particulares dentro de la federación, los fragmentos del Estado, etc.; y de un modo particular las uniones entre Estados. La doctrina de los tres poderes o funciones del Estado, tiene por objeto el estudio de los varios grados escalonados en la producción del orden jurídico. Los órganos del Estado pueden ser concebidos solamente como situaciones en la producción del Derecho; y las formas del Estado no son otra cosa, más que métodos de producción del orden jurídico, el cual se llama en sentido figurado “voluntad del Estado” (Kelsen: CTGE. pp. 131-2).

El texto fundamental de Cohen mencionado por Kelsen es el siguiente:

La teoría del Estado es necesariamente teoría jurídica del Estado. El método de la teoría del Estado se encuentra en la ciencia del derecho. Aun cuando para constituir el concepto de la ciencia del Estado deben cooperar otras ciencias, el fundamento metódico está formado indiscutiblemente por la ciencia del derecho. Si se toma en cuenta la Teoría Económica y a sus ciencias auxiliares para la teoría del Estado, entonces subrepticamente las ciencias del Estado se ostentan en plural. El concepto y el método de la ciencia del Estado está condicionado preferentemente por la ciencia del derecho (Cohen: ERW. p. 64).

En consecuencia, según Cohen, la ciencia del derecho determina metódicamente a la teoría del Estado, en el sentido de que todos los

problemas planteados en ésta teoría deben ser resueltos jurídicamente. Si las ciencias del derecho y del Estado se encuentran en esta relación de condicionamiento, los objetos de ellas deben ser idénticos, porque la identidad del objeto de conocimiento sólo está garantizada por el método de la ciencia correspondiente. El Estado en cuanto objeto de conocimiento jurídico, es decir, normativo, sólo puede ser un conjunto de normas jurídicas y las funciones del Estado tienen que determinarse como funciones jurídicas, *i.e.*, sólo puede ser derecho, pues la ciencia del derecho nada más tiene por objeto de estudio a las normas jurídicas positivas.

6. La persona como unidad de una pluralidad de normas o relaciones jurídicas

El concepto de persona jurídica es un concepto clave para el entendimiento de una gran parte de la problemática tradicional que se encuentra en la teoría del derecho y del Estado. La importancia de este concepto no deriva de su trascendencia teórica, pues ésta es bien escasa en verdad. El concepto de persona no aporta la descripción de funciones específicas de las normas, pues ellas pueden ser descritas íntegramente sin necesidad de echar mano del cómodo recurso del concepto de persona. Es, dice Kelsen, un concepto auxiliar para representar y referirse a una pluralidad de normas.

Creo que el origen del concepto de persona en Kelsen se encuentra en Cohen. Para éste es de una importancia fundamental, pues en él se manifiesta la objetividad que desea exista para su Ética. La voluntad pura de la que se habla en el título del libro que comentamos es la voluntad de la persona jurídica, tema muy explorado por Kelsen desde los inicios de su larga vida teórica, pues ya aparece en los *Hauptprobleme* de 1911.

El concepto de persona se encuentra estrechamente relacionado con el concepto de la voluntad. La utilización del concepto de voluntad de una persona jurídica, relacionado con el concepto del deber, da lugar a afirmaciones como la siguiente cuyo sentido no es del todo claro:

Este deber describe y determina el querer, que constituye el contenido de la Ética. El deber no significa otra cosa que el querer conforme a la

norma; el querer de acuerdo con las prescripciones, conforme a las leyes de la Ética, las cuales hacen que la Ética sea Ética; las que, en consecuencia, condicionan el querer mismo y lo posibilitan. Sólo, pues, en el deber consiste el querer. Sin el deber no se daría ningún querer, sino solamente un apetecer. Pero sólo a través del deber, el querer completa y conquista su verdadero ser (Cohen: ERW. p. 28).

Odiosas palabras, en la primera impresión. Parecen aquella frase maldita de un general alemán sobre la “fresca y alegre guerra”. Sin embargo, tienen un significado peculiar, como veremos a continuación, útil metódicamente hablando. Este uso ha sido explicitado por Kelsen de manera brillante y clara. En Kelsen su significado es prescindible, pero aclara el sentido en el que son usados en la jurisprudencia los conceptos de deber, querer y de la persona. Los dos últimos son prescindibles para la descripción de las funciones del derecho y del Estado; el primero no lo es.

El objetivo cardinal de la presente Ética es asegurar un tal verdadero ser del contenido de la voluntad moral. Hacia él dirigirá su más profundo interés y con ello tratará de fundamentar la autonomía y la peculiaridad de la Ética. No puede subsistir duda alguna que la Ética tenga algo que hacer con algún idilio pastoril trascendente, mientras se acepta que la realidad solamente sea la de la naturaleza perceptible. Tiene que ser creada la urgente claridad y la segura exactitud sobre el valor ontológico que es inherente a las creaciones de la moralidad (Cohen: ERW. p. 28).

Este es el problema de la objetividad de las construcciones éticas, sobre el cual se eleva el concepto de la persona. Este concepto, a su vez, es relacionado por Cohen con el concepto de la totalidad del hombre, como ya hemos tenido oportunidad de exponer. En consecuencia, la situación teórica que se presenta en este desarrollo doctrinario consiste en determinar cómo es posible la realización de la totalidad del hombre, de manera que el concepto ético no quede anclado en la individualidad ni en la pluralidad de los hombres. Para ello se echa mano de los conceptos de la jurisprudencia, entre los cuales el fundamental para esta construcción es el concepto de persona. Cohen introduce este concepto de la persona con el ejemplo de las fundaciones en el Derecho Romano y las comunidades en el Derecho Alemán. La fundación y la comunidad se encuentran en una relativa contraposición con el individuo ais-

lado, con el hombre. Ello determina, también, que existan intereses distintos de los individuales y que corresponden a las fundaciones y a las comunidades. Los objetos no sirven ya a los fines individuales de los sujetos aislados, sino que están coordinados a la persona jurídica (Cohen: ERW. p. 231).

Sería fundamentalmente falso equiparar a la persona con el hombre. La persona es desde el principio una abstracción; ella aparece, pues, también en la máscara del actor como tal. El hombre puede ser dado como un ente individual; por el contrario, la persona es una abstracción del derecho, tal como lo es el sujeto de derecho (Cohen: ERW. p. 232).

¿De qué manera intenta expresar Cohen esta objetividad? ¿Cuáles son los conceptos con los que pretende explicar la validez objetiva de las normas? Lo hace pretendiendo distinguir entre pensar y querer, entre el pensamiento y la voluntad, entre el concepto del objeto y del sujeto. Veamos como lo hace.

Si debemos designar en un concepto la diferencia entre la voluntad pura y el apetito, tendría que ser el concepto de objeto. El contenido hacia el cual se dirige el apetito parece ser un objeto. En la voluntad pura el objeto se convierte en conducta. Esta conducta es el objeto de la voluntad. De esta diferencia entre voluntad pura y apetito, que se realiza en el concepto de objeto, se erige la exacta y clara diferencia entre el querer y el pensar. El pensar se dirige siempre hacia el objeto. El concepto que constituye su auténtico producto no es otra cosa que, para expresarlo una vez de manera imprecisa pero intuitiva, el símbolo del objeto. El concepto no tiene ningún valor propio, el que radica exclusivamente en el objeto que él presenta y representa. La voluntad, por el contrario, no se dirige a un objeto. El concepto, del cual tiene que servirse la voluntad, en la medida en que ella se cumple parcialmente en el pensar, se dirige, por tanto, también solamente de manera indirecta al objeto, pues ciertamente el concepto no puede ser usado para nada más que para la representación de este objeto. Pero este uso y esta representación en aquí solamente un medio para reflejar el auténtico y único contenido hacia el cual se dirige la voluntad: este es única y exclusivamente la conducta (Cohen: ERW. p. 202).

En este difícil texto se encuentra consignado lo que con posterioridad ha sido expresado sencillamente con la distinción entre enunciados

descriptivos y enunciados normativos, los cuales se distinguen por su distinta función: uno, determinar lo que es un objeto, describir cómo se comporta, otro normar la conducta humana, motivarla o impulsar a un sujeto a que actúe de cierta manera. En Kelsen es la distinción entre ser y deber ser, distinción central de toda su teoría.

En la etapa final de su vida la distinción entre ser y deber ser se convierte en el reflejo de la distinción entre pensar y querer, de manera análoga a como acontece en Cohen. Para ello son importantes las consideraciones que aparecen en *Derecho y Lógica*⁷, *Teoría Pura del Derecho*⁸ y *Teoría General de las Normas*.⁹

La distinción entre pensar y querer en Cohen se reduce a la función específica de cada uno de ellos: el pensar ofrece al objeto, lo constituye, lo origina conceptualmente, origen entendido en el sentido de su Lógica del Origen, tal como aparece en su libro de *Lógica del Conocimiento Puro*, que no es otra cosa que una teoría constructivista a partir de una hipótesis o conjetura. Los enunciados correspondientes pueden ser verdaderos o falsos. En cambio, la función del querer no es presentar y representar al objeto de conocimiento, sino dirigir la conducta humana por sí misma o en relación con ciertos objetos, los cuales son medios o intervienen subordinadamente a la función esencial de regular y dirigir la conducta. Si un contrato se ha celebrado, lo esencial es la conducta de entrega de un objeto, por ejemplo, no la presentación del objeto o cosa a ser entregado. La distinción es elemental para cualquier jurista. El derecho regula la conducta humana, no conoce el comportamiento de los objetos. La regulación de la conducta humana que lleva a cabo la norma, diría Cohen “el querer”, se refiere “indirectamente al objeto”.

Pero hay algo adicional que aparece en este texto: lo que Kelsen denominó en el final de su labor teórica el *substrato modalmente indiferente*. Los enunciados normativos, las normas, tienen que servirse de conceptos que designan objetos o que describen situaciones de hecho de manera abstracta, a los que no se refieren como aconteciendo en la realidad y a las cuales describen: se trata del *tópico* de Alf Ross y el *frástico* y el *neústico* de Hare.

⁷ Hans Kelsen *Derecho y Lógica*. Instituto de Investigaciones Filosóficas. Universidad Nacional Autónoma de México. 1978. Trad. de Ulises Schmill y Jorge Castro Valle. p. 10.

⁸ Kelsen, Hans. TPD2. p. 19, 21, 22 y otras.

⁹ Kelsen, Hans. *Allgemeine Theorie der Normen*. (ATN) Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung. Viena. 1979.

A partir de estas consideraciones se deja entender el concepto de la *autoconciencia* en Cohen, que no es otra cosa que el problema de la objetividad del orden jurídico, presentado de manera completamente subjetivista o, por lo menos, con la terminología subjetiva que caracterizó a toda la filosofía kantiana y neokantiana, aunque su intención y función era precisamente la contraria. El problema central de esta filosofía era fundamentar la objetividad de los productos de la cultura, la ciencia, la moralidad y el arte, no la de explicar como se dan en la conciencia individual esas construcciones culturales. Esta fundamentación se ofrecía al lector envuelta en terminología psicológica, aunque la referencia de sus enunciados no era psicológica, sino cultural o lógica. La forma que encontró el siglo XX de escapar de la prisión de la terminología subjetivista fue refiriendo todos los problemas de la cultura al lenguaje, natural o simbólico. Este paso en el camino correcto fue debido al enfoque lingüístico de la filosofía en las primeras décadas del siglo que acaba de terminar. Con él se pudo hacer a un lado toda la terminología psicologista utilizada para explicar las funciones de construcciones objetivas, del mundo 3, para emplear la horrible expresión de Popper. Veamos cómo lo presenta Cohen y luego como lo presenta Kelsen.

Cohen intenta separar, como hemos visto, el pensar del querer y, primeramente, lo hace con referencia a la construcción del objeto. El pensar está dirigido al objeto, lo construye, lo constituye como una unidad conceptual. El querer no se dirige a objeto alguno. Cuando mucho, el objeto es una condición del querer, pero no su finalidad esencial. La voluntad se dirige a la acción, a la conducta del hombre. Pero la voluntad es una función del sujeto, no del objeto: el hombre es el que quiere y, habiendo conseguido su objetivación en el sujeto de derecho, es la voluntad de la persona jurídica, como voluntad pura. Por lo tanto, los contenidos de la conciencia no se dirigen al objeto, en el caso de la voluntad o del querer, sino al sujeto mismo: es el sujeto el que quiere. Este doblarse la conciencia sobre el sujeto es lo que determina el uso de la expresión de “autoconciencia”. Dice Cohen:

No puede subyacer duda alguna de que en el querer puro, en última instancia, no se puede tratar sino del sujeto de este querer... El contenido de la conciencia que se realiza en la voluntad y en la conducta no debe designarse como objeto, porque él más bien, constituye al sujeto. Y aun-

que el sujeto también requiere de objetivación como contenido de la conciencia, constituye, no obstante, aquel problema que se designa como el de la autoconciencia, distinguiéndolo de la conciencia del objeto (Cohen: ERW. p. 205).

En consecuencia, el proceso de objetivación de los contenidos de la conciencia que constituye al objeto, que construye la unidad conceptual en la que se realiza el objeto, vale también para los contenidos de conciencia relativos al querer, los que por estar referidos a la acción y, por tanto, al sujeto, se denominan “autoconciencia”. Tenemos que encontrar, entonces, un proceso similar al de la construcción del objeto, pero ahora referido a la construcción del sujeto, a la construcción de la persona.

No entraremos a analizar aquí los vericuetos conceptuales en los que se enfrasca Cohen en la determinación del significado de la autoconciencia para la Ética, ni en los enredos con los conceptos de los afectos y del otro y del no-yo, por interesante e ilustrativos que sean. Importa señalar únicamente que, conforme a la metodología de Cohen, la constitución de la persona jurídica y su voluntad pura no puede ser una función del afecto, el cual se encuentra restringido por el concepto de la pluralidad, como en las comunidades familiares y en todas aquellas en las que interviene la adhesión emotiva o afectiva del sujeto que es miembro de ellas. Cohen quiere la unidad de la totalidad del hombre, del concepto del hombre entendido con la categoría de la totalidad, como unidad de todas las pluralidades. El afecto no tiene un estómago lo suficientemente grande para dar cabida a tanto alimento. Hay consideraciones muy ilustrativas sobre el otro, el prójimo, el extranjero; sin embargo, el problema de Cohen se centra, como lo hemos visto antes, en la totalidad del ser humano, en la totalidad de la humanidad y, por tanto, en las condiciones objetivas de su realización y cumplimiento. No hay afecto o pluralidad que valga para conseguirlo. No hay religión o nacionalismo que lo pueda conseguir. Sólo el derecho puede llevarlo a cabo de manera objetiva. Por lo que se presenta el problema de cómo conseguir la unidad de la humanidad, su objetivación en el derecho. Cohen diría: ¿cómo se puede objetivar la autoconciencia?

La voluntad, entendida como voluntad pura, es un concepto clave en este lugar. Cohen la comprende bajo el concepto de la unidad: existe

en la persona jurídica la unidad de una voluntad, que se contrapone a la voluntad de los individuos particulares.

La unidad del sujeto de derecho se cumple y comprueba, según esto, en la unidad de la voluntad. Esto es precisamente lo llamativo, lo interesante y lo decididamente instructivo del concepto de comunidad, de que en ella no se trata de la voluntad aislada, de la voluntad de una entidad aislada; y que precisamente esta voluntad de varias personas no vale como una voluntad desintegrada, sino que en ella y solamente en ella la auténtica unidad de la voluntad y, consiguientemente, el concepto de sujeto de derecho llega a su exacta validez (Cohen: ERW. p. 232).

No es este un problema nuevo. Está latente en la distinción rousseauiniana de la “volonté de tous” y la “volonté general”. En Cohen, es la unidad de la voluntad del sujeto de derecho. La voluntad del sujeto de derecho, de la persona, crea de la pluralidad de voluntades de los miembros de la comunidad, una voluntad objetiva, una voluntad “pura”, que es la materia de la Ética.

Estas varias voluntades se unifican en una voluntad común, con fundamento en la cual se unifican varias personas en una comunidad (Cohen: ERW. p. 232).

Cohen piensa que esta unidad supraindividual, constitutiva de una comunidad no es otra cosa que el concepto de la totalidad del hombre, pues sólo con base en las personas jurídicas esta totalidad humana puede lograrse, con independencia y autonomía respecto de cualesquiera otras formaciones sociales. Este es uno de los sentidos en los que los conceptos jurídicos son utilizados para finalidades éticas, Kelsen diría iusnaturalistas. Una última transcripción de estos conceptos que con tanta dificultad se abren paso:

Esta conducta jurídica es formada por medio de la decisión que los miembros de esta corporación tienen que tomar. La decisión es igual a la concretización de las voluntades aisladas en una voluntad unitaria. Esta voluntad unitaria no pertenece a ninguna de estas voluntades aisladas; ella es la voluntad común (Cohen: ERW. p. 233).

Como no podía ser de otra manera, esta voluntad pura construida jurídicamente es considerada por Cohen como la “auténticamente real” (*eigentlich reale*).

En Kelsen esto tiene otras dimensiones más claras y específicas, no rodeadas del patetismo que esta filosofía infunde a sus conceptos. La persona jurídica es un concepto importante de la ciencia jurídica, por medio del cual la jurisprudencia del siglo pasado acostumbraba referirse al Estado y a las personas del derecho civil, habiéndose logrado vislumbrar sus funciones dentro del conocimiento del derecho.

En su famosa carta a Renato Treves de fecha 3 de agosto de 1933, donde expresa su relación con Kant y Cohen, Kelsen dice expresamente sobre el concepto de persona:

En la resolución del concepto de persona, la Teoría Pura del Derecho se distingue también de la filosofía jurídica de Cohen, la cual retiene este concepto porque se encuentran ocultos detrás de él aquellos postulados ético-políticos a los que Cohen no quiere renunciar. La Teoría Pura del Derecho, reconociendo al concepto de persona como un concepto substancial, como la hipostatización de postulados ético-políticos (libertad y propiedad, por ejemplo), resuelve este concepto en el espíritu de la filosofía kantiana, donde toda sustancia es reducida a función. Cassirer, uno de los mejores kantianos –mientras fue kantiano– ha mostrado esto en su excelente libro (Kelsen: LNK).

En el Prólogo a la Segunda edición de los *Hauptprobleme*, en el contexto de la referencia a Cohen, Kelsen informa que también le ayudó el estudio de la obra de Vaihinger *Philosophie des Als-Ob*, en relación con las “ficciones personificadas”.

El contraste central entre Cohen y Kelsen está en que éste autor posee una clara idea de lo que constituye el objeto de estudio de la jurisprudencia: el derecho positivo. Cohen habla de la jurisprudencia como el *factum* de la Ética, pero nunca se pronuncia con claridad sobre el derecho positivo y en qué consiste. Kelsen sabe muy bien que el derecho positivo es un conjunto de normas coactivas y que los conceptos jurídicos fundamentales sólo pueden determinar las funciones inmanentes de estas normas jurídicas. En consecuencia, si la persona es un concepto jurídico tiene que resolverse en funciones jurídicas, en los modos en que operan las normas del derecho positivo. Este concepto que ahora nos parece tan simple no llegó a ser formulado con claridad

por el filósofo Cohen. Las bases estaban en él, pero es un signo de genialidad de Kelsen haber unificado los trazos gruesos de los conceptos cohenianos con los conceptos de las ficciones personificadas, obteniendo con ello un dibujo claro y específico de lo que es el concepto de persona.

Hay que reconocer que Cohen lleva a cabo, en su patética manera, una unificación parcial (y no explícita) entre el concepto de persona y el concepto de Estado, pues tuvo la intuición de una unificación entre ellos. Afirmó al Estado como una persona jurídica, lo cual también lo ha hecho Kelsen. No sabemos si las afirmaciones de Cohen en este aspecto han tenido una influencia en la obra de Kelsen; lo que sí podemos afirmar es que existe, por lo menos, una coincidencia observable entre las tesis del filósofo de Marburgo y el jurista de Viena. Véase el siguiente párrafo de Kelsen:

Este orden parcial –susceptible de personificación– está constituido, en su primer grado, por el contrato, el cual regula la conducta recíproca que en un caso determinado han de observar ciertos hombres, y es jurídicamente obligatorio por la posición que ocupa dentro de la totalidad del orden jurídico. De él parte una serie ininterumpida de órdenes y agrupaciones parciales de la más diversa índole, que desembocan –a través de la sociedad, la “corporación”, la asociación, la cooperativa, el “municipio”– en la comunidad más compleja, en el orden jurídico total: en el Estado, y más allá del Estado, en la unión de Estados, y en la comunidad jurídica internacional (si se considera que por encima de cada orden jurídico estatal hay un orden jurídico internacional que comprende a todos aquéllos como órdenes parciales) (Kelsen: TGE. p. 87. Cf. también pp. 89,93 y ss).

Una diferencia fundamental entre las tesis comentadas se encuentra en que para Cohen la persona jurídica es un concepto central e indispensable de la Ética y la filosofía del derecho, que expresa la objetividad de la moral, mientras que para Kelsen es solamente un útil concepto para expresar la unidad de una pluralidad de normas, una cómoda manera de presentar esa unidad y referirse a ella. La objetividad de la voluntad se encuentra en la validez de las normas jurídicas positivas. La lectura de los párrafos de Cohen lleva al lector a percatarse de la ausencia de este concepto de la validez de las normas jurídicas, que constituye el único fundamento posible sobre el cual puede operar la

función hermenéutica del concepto de persona. Existe en Cohen una especie de unidad objetiva que se configura en la persona jurídica, la que determina sin hacer referencia a las normas jurídicas, contentándose con hablar de un conjunto de relaciones de derecho, como si éstas se dieran con independencia de la existencia de las normas jurídicas. No hay relación jurídica alguna si no es con base en ciertas normas jurídicas específicas.

Como dijimos, en Cohen se encuentran relacionados los conceptos de persona y voluntad. La persona es la encarnación de la voluntad pura, de la voluntad objetiva. Así expresadas escuetamente, las frases tienen una dimensión críptica que no puede ocultarse a ningún lector. En cambio, Kelsen las hace explícitas, en párrafos como el siguiente:

En la idea de persona verificase únicamente la referencia a la unidad de un sistema parcial de facultades y deberes jurídicos. Pero esta referencia afecta también a la acción misma. Es la persona la que hace valer una facultad, la que cumple un deber jurídico, la que obra jurídicamente. Si en la acción de la persona se ve la expresión de una “voluntad”; si se atribuye una voluntad a la persona o – como frecuentemente ocurre – se identifica la persona con la voluntad, hay que separar esta voluntad específicamente jurídica del hecho real psíquico conocido con el mismo nombre, tan radicalmente como se separa el hombre de la persona. Que la persona “quiera” la acción, no significa otra cosa sino que esta acción es referida a ella, porque es querida por el orden parcial personificado en la persona, es decir, porque es jurídicamente debida. El querer de la persona (no la voluntad del hombre) es el “deber ser” del orden jurídico parcial (Kelsen: TGE. p. 85).

7. Relación con Kant: la paz perpetua y el derecho internacional

En los conceptos de la persona y, por tanto, de la autoconciencia, se lleva a cabo o se cumple la pretensión de hacer funcionar el concepto de la totalidad coheniana en los asuntos humanos. Con él se ha podido presentar el concepto de la voluntad pura. Esta voluntad pura no es otra cosa, si nos esforzamos en comprenderla en términos más modernos y menos patéticos, que el concepto de norma en Kelsen. Lo que lleva a confusión en la terminología de Cohen, común en el siglo pasado, es el uso de la palabra voluntad y todavía más, el uso de la expresión “vo-

luntad pura”. El concepto de persona nos ha ayudado en este camino y ha hecho claro que de lo que se trata en el fondo es comprender la función de las normas jurídicas y su aprovechamiento por una Ética universalista, por una Ética similar a la popperiana de la sociedad abierta y de la kelseniana de la democracia. Este uso ético de los conceptos jurídicos es algo que Kelsen no aceptó de la postura de Cohen, como ya lo pudimos ver en el rechazo que hace de él en la carta a Renato Treves. Kelsen fue más kantiano y coheniano que Kant y Cohen, en la medida en que restringió sus consideraciones a la fundamentación puramente explicativa de su *factum* u objeto de conocimiento, prescindiendo de toda prédica moral, política o de cualquier otra índole. Ese es el sentido de la pureza metódica. Sin embargo, no dejó de poner en claro, a la manera de Weber, los supuestos epistemológicos y caracterológicos de las posturas teóricas que se asumieran en relación con ciertas soluciones a específicos problemas de la teoría del derecho o del Estado. Esto es patente en el problema que venimos tratando de la unidad de la persona de la humanidad en Cohen, es decir, de la autoconciencia. Este problema aparece en Kelsen como el problema del primado del orden jurídico internacional y el primado del orden jurídico nacional y los supuestos epistemológicos subyacentes en la decisión metodológica favorable a cada uno de ellos.

Las dos teorías que han sido expuestas, la del primado del orden jurídico interno y la del primado del orden jurídico internacional, constituyen —en cuanto supuestos diferentes de la ciencia del Derecho— dos distintas hipótesis epistemológicas. La significación decisiva y el valor específico de cada una de ellas se advierten en cuanto se pone en claro la íntima conexión que media entre la gnoseología jurídica y la Teoría general del conocimiento, y se advierte que ambas hipótesis jurídicas, cuyas últimas consecuencias han quedado expuestas, no constituyen sino aplicaciones particulares de los dos principios fundamentales y generalísimos de la epistemología. Por eso la antítesis de la construcción jurídica se convierte en la contraposición de “subjektivismo” y “objetivismo” gnoseológicos y, en último término, en dos modos antitéticos de concebir el mundo y los valores (Kelsen: TGE. p. 171).

Hasta en la terminología que utiliza para referirse a estas dos posiciones antitéticas de la epistemología, se puede notar la influencia de Cohen. Con la tesis del primado del orden jurídico nacional, que consi-

dera al Estado como soberano y al derecho internacional como derecho externo reconocido por cada uno de los Estados,

...tenemos la imagen –más que una imagen– de aquella teoría subjetivista que, para comprender el mundo, parte del propio “yo”, y no acierta a salir de él desde el momento que declara el mundo sensible, la naturaleza, como representación, y el mundo de los valores como voluntad de ese “yo”, convirtiendo de ese modo el propio soberano “yo” en un universo, incapaz, empero, de comprender a los otros sujetos, al “no yo” que surge con idéntica pretensión de soberanía, al “tú” que aspira también a convertirse en “yo” y, por tanto, en centro del universo, porque es incapaz de hacer honor a su pretensión de soberanía; pues si la unidad radica en el “yo”, éste se convierte en el “único”. La exclusividad de la soberanía, la unicidad del “yo estatal” soberano no es más que la analogía, o más que la analogía, de la ineludible consecuencia solipsista del subjetivismo (Kelsen: TGE. p. 172).

Por el contrario, el primado del orden jurídico internacional se corresponde con una concepción objetivista del mundo y de los valores. Las siguientes palabras de Kelsen hubieran entusiasmado a Cohen:

Tenemos la imagen, el modelo de la hipótesis de un orden jurídico universal – que afirma su validez en el mundo del Derecho –, de la teoría del primado del orden jurídico internacional – basada en el carácter objetivo del Derecho –dentro del cual los diversos órdenes jurídico-estatales constituyen comunidades coordinadas y equivalentes, pero – en cuanto órdenes meramente parciales– no “Estados” en el sentido de órdenes totalitarios de sujetos soberanos, sino que son abarcados por una unidad superior, por la totalidad de la *civitas maxima*, única soberana...Y la teoría jurídica que afirma el primado del derecho internacional, porque desprende las últimas consecuencias de la objetividad del Derecho, no solo tiene que negar a cada uno de los Estados, como personificaciones de órdenes parciales, el carácter de unidades definitivas y supremas, sino que, proseguida lógicamente, tiene que llegar a reducir la persona “física”, el sujeto “natural” de Derecho a su substrato, a parte constitutiva del orden jurídico objetivo, disolviéndolo, como ya antes quedó indicado, en la personificación de un ordenamiento parcial (Kelsen: TGE. pp. 172-3).

En esta unidad de la *civitas maxima* se cumple y se realiza la autoconciencia, en el sentido de Cohen. Él relaciona esta autoconciencia con lo que denomina el método de la pureza.

Es interesante observar la relación íntima en la que coloca los problemas jurídicos con los problemas epistemológicos, que es tan sólo una forma de presentación de lo que Cohen denomina el *enunciado fundamental de la verdad*.

8. El enunciado fundamental de la verdad

El **Enunciado Fundamental de la Verdad (EFV)**, como la designaremos en lo sucesivo, no es otra cosa que el ligamen interno, la conexión esencial de la Lógica con la Ética, del conocimiento con la voluntad, entendida dicha conexión en relación con el método.

La verdad significa la conexión y la consonancia de los problemas teóricos con los éticos. Este enunciado tiene que preceder toda la construcción de la Ética. Por eso lo denominamos como el enunciado fundamental de la verdad (Cohen: ERW. p. 91).

La unidad de la Lógica y la Ética es lo que busca el EFV. Lo encuentra en el método de la pureza.

La verdad consiste en el método unitario de la Lógica y la Ética. La verdad no puede ser ofrecida como algo dado. Ella tampoco puede ser tomada como un hecho de la naturaleza o de la historia, patente o descubrible. La verdad no es un tesoro, sino un buscador de tesoros (Cohen: ERW. p. 93).

El EFV nos previene contra las cosas y en relación con cualquier consideración sobre algo dado, dado antes del conocimiento. El método de la pureza

...ante todo nos libera del prejuicio de las cosas; del falso comienzo con las cosas, sobre el cual ya Descartes nos ha prevenido, al hacer revivir el pensamiento puro. El ser dado de las cosas no debe conducirnos al error de considerarlo como si constituyese el imprescindible y correcto principio de la investigación, como si tuviese uno que ligarse a este ser dado, entendido como certidumbre irremisible. Por el contrario, la pureza enseña que las cosas, hacia las cuales está orientada la investigación de las cosas mismas y el valor de este conocimiento, no son lo primero a lo que

hay que atender; sino que el conocimiento de las cosas tiene que ser, en todo caso, lo primero, sólo en tanto que las cosas son dadas en la ciencia. La pureza no trata de esclarecer entonces las cosas, sino los conocimientos científicos. Sólo así pueden ser determinadas las cosas mismas. (Cohen: ERW. p. 95).

La filosofía moderna, observa Cohen, surgió con los conceptos de la conciencia y de la autoconciencia. Por ello, el método de la pureza no sólo debe funcionar en relación con las cosas de la naturaleza, sino también en relación con el sujeto. Y ya sabemos que este sujeto de la Ética es la persona.

No se trata tanto del sujeto anímico de la Psicología sino, por el contrario, del sujeto del derecho, de la persona de la Ética (Cohen: ERW. pp. 97-8).

Por lo tanto, una de las consecuencias de este método de la pureza consiste en el rechazo de cualquier consideración naturalista para la determinación del sujeto de la Ética, como la que puede ofrecernos la Psicología o la Antropología y las ciencias conexas. Eso sería tanto como identificar a la persona con el hombre. Como el método de la pureza es el método constructivo a partir de una hipótesis, la persona jurídica debe ser construida a partir de una hipótesis específica. Cohen no proporcionó esa hipótesis. Kelsen sí lo hizo. En Cohen encontramos la estructura lógica general de la forma en la que puede hacerse esa hipótesis y fundamentación. Él discute y ejemplifica en la ciencia natural de fundamento matemático la función de la hipótesis; exige eso mismo para la Ética, pero no proporciona la hipótesis central para originar los conceptos centrales de una teoría del Derecho. Véase el siguiente texto:

A veces es la hipótesis el comienzo y el fundamento de la teoría; también no es más que una conjetura... Toda teoría, toda ley no puede tener otro fundamento que el que la fundamentación establece. Y no puede haber ninguna otra certidumbre y seguridad que la que consiste en la fundamentación... (La hipótesis) está referida a la concordancia con los fenómenos, al resultado que puede lograr para la explicación coherente de los fenómenos y los problemas. Si no logra ella este resultado entonces no se ha acreditado precisamente como hipótesis... La hipótesis, en la medida en que cumple su concepto, tiene certidumbre y seguridad. No existe ninguna otra seguridad (Cohen: ERW. p. 100).

En estas líneas está prefigurada la tesis de Popper sobre las características esenciales del conocimiento científico: las hipótesis son conjeturas que deben someterse a contrastación y son falsables. Toda certidumbre deriva de la hipótesis que se postule, la cual está puesta para explicar consistentemente el conjunto de fenómenos que son el objeto de conocimiento de la ciencia en particular. Sea ello como fuere, lo cierto es que con base en una hipótesis o conjetura deben poder ser explicados los fenómenos que son el objeto de estudio de una ciencia.

Esta es la forma como Kelsen entendió estas tesis. Seguramente rechazaría enérgicamente una interpretación de ellas que pretendiera derivar proposiciones normativas de proposiciones descriptivas o explicativas.

9. La pureza en la teoría de Kelsen y la lógica del origen

Ya se mostró que, conforme a Cohen, la pureza del método consiste en la postulación de una conjetura o hipótesis y con base en ella construir teóricamente el objeto de conocimiento, *originarlo*, en el sentido de la filosofía de Cohen. El concepto del origen (*Ursprung*) es central y proporciona la nota característica de este neokantismo de Marburgo. Kelsen es el mejor ejemplo de toda esta metodología. Su teoría puede concebirse como una aplicación estricta de la metodología de la filosofía de Cohen.

La pureza de la teoría de Kelsen puede ser interpretada, de manera no banal, relacionándola con el sentido que Cohen le da: la exigencia de una construcción del objeto a partir del postulamiento de una hipótesis. La generación teórica del objeto, es decir, la construcción del objeto, la unificación de todos los problemas en la solución dada por una conjetura, garantiza los sentidos derivados de la pureza, a los que he calificado de banales, como independencia de consideraciones causales y la ausencia de valoraciones. La construcción del objeto de conocimiento a partir de una hipótesis postulada garantiza la continuidad en el punto de vista de la judicación y no permite las disquisiciones de carácter valorativo en que quisiera incurrir el científico.

Cohen dijo que la pureza nos previene en contra del prejuicio de tratar con cosas dadas. Las cosas son siempre construcciones teóricas, por rudimentarias que sean. La simple delimitación de una cosa respecto de

su ambiente es una determinación que hace el sujeto y es, por tanto, una construcción, si se quiere muy simple y elemental. Es esencial en la teoría de Kelsen la tesis del carácter constitutivo de todas las funciones normativas. Para Kelsen el derecho es un sistema *autopoiético* de normas, para emplear la expresión feliz de Maturana, retomada por Luhmann. Volveremos sobre esto. En este lugar solamente queremos enfatizar el hecho de que en la teoría pura no hay lugar para ningún elemento o norma “dada”.

Así como sólo puede haber una naturaleza, y todo cuanto a ella pertenece desde el punto de vista del conocimiento naturalista tiene que ser comprendido en una única síntesis, del mismo modo sólo puede haber un orden jurídico. Desde el punto de vista epistemológico, la unidad del mundo del Derecho es de la misma especie que la unidad de la naturaleza. Y así como desde el punto de vista de la realidad natural tiene que constituir “naturaleza” cuanto es dado a él (es decir, cuanto debe ser determinado según la legalidad específica de ese sistema, la ley de causalidad, y nada hay dado que no pueda determinarse según leyes naturales), y, por tanto, desde ese punto de vista sólo “hay” naturaleza y no puede haber más que naturaleza, del mismo modo, desde el punto de vista jurídico, no hay, no puede haber más que Derecho y sólo puede ser “dado” lo que puede determinarse con arreglo a la propia legalidad específica del Derecho: la ley jurídica (Kelsen: TGE. p. 137).

En este párrafo encontramos varios temas esenciales que determinan la especial estructura de la teoría pura del derecho. En primer término, lo que podríamos denominar “el punto de vista sistemático”. Las normas no se dan aisladas ni los elementos en el derecho se presentan desconectados. Ellos forman órdenes completos de normas, sistemas normativos, que determinan la existencia de las normas, su validez. Como se sabe, en Kelsen la existencia de la norma se denomina “validez”. Una norma es válida si puede encontrar su puesto, su lugar en el sistema del derecho. Una norma aislada no vale como norma, a pesar del sentido subjetivo con el que se presente. Es el problema que trata en su ensayo *Lógica y Derecho* en relación con el ladrón y el juez. Pero estos dos problemas se encuentran relacionados con el otro más importante: el de la objetividad de la validez del derecho. Es la referencia a la unidad del sistema. Sólo hay una naturaleza y sólo puede haber una naturaleza; lo

mismo con el derecho y en ello está la objetividad que se predica de la ciencia natural y del derecho.

Es una sorpresa comprobar que estas palabras de Kelsen repiten casi textualmente algunas expresiones y conceptos de la *Lógica del Conocimiento Puro (LRE)* de Cohen:

La expresión “dado” surge en el lenguaje matemático, supuestamente en el método analítico de Platón. Las condiciones para la construcción del problema se llaman dadas. Euclides escribió un libro especial con el título “Los Datos” () Lo que entiende con ello se muestra en la 4. Definición: “Puntos, líneas y espacios se llaman, según la posición, dados, cuando pueden ... ser puestos en realidad o pueden ser encontrados”. Entonces, cuando pueden ser encontrados se llaman también dados. Pueden ser encontrados solamente por el pensamiento; por eso se llaman dados. Los datos del análisis se denominan dados...*Solamente puede valer como dado al pensamiento lo que él mismo puede encontrar* (Cohen: LRE. p. 67).

Sólo lo que puede ser determinado con arreglo a la propia legalidad jurídica puede valer como dado. Esto tiene una importancia superlativa, en virtud que determina retrospectivamente a su objeto de conocimiento. El derecho vale sólo como derecho *positivo*, es decir, como derecho puesto o establecido por actos de conducta humana. Es decir, el derecho es construido en la experiencia histórica por actos de creación y aplicación. Nada es dado como derecho si no ha sido establecido por un acto *ad hoc*. Es la introducción de la pragmática o del positivismo, hasta sus últimas consecuencias. La consecuencia importantísima que se deduce de todo lo anterior y que le da un carácter empírico a la teoría de Kelsen es que los actos y los hechos jurídicos tienen que ser contruidos dentro de los procesos jurídicos, pues no pueden valer como dados al derecho: sólo están dados si puede comprobarse que han sido establecidos por actos de creación o aplicación de normas. El delito tiene que constituirse en un procedimiento con las pruebas que se aporten al mismo y con la decisión del juez de aceptarlas. En realidad, los jueces son los creadores de los delitos en sus sentencias. No puede ser negado que la legislación intenta atenerse a la verdad histórica, pretendiendo hacer coincidir en la medida de lo posible los hechos jurídicamente establecidos y probados con los hechos que se dan en la realidad. Los llamados errores judiciales son acontecimientos que demuestran el ca-

rácter constructivo de los procedimientos jurídicos. Hay un apotegma entre los jueces y juristas: “Lo que no está en el expediente no está en el mundo”. El derecho genera su propio mundo y sus propios objetos. En gran medida este mundo y estos objetos coinciden con el mundo de la ciencia natural y con los objetos naturales, pero no es necesario. El que priva de la vida a otro en la realidad natural, puede no haber cometido un homicidio y, en otros casos, en la realidad natural no se da esa privación de la vida y, sin embargo, un sujeto puede pasar veinte años de su vida en prisión por homicidio, según lo ha establecido un juez en su sentencia.

¿Cuál es el principio o hipótesis que aplica el principio de la pureza entendido de manera no banal? La contestación es inmediata para aquel que ha leído la Teoría Pura del Derecho: es la concepción del derecho como un orden dinámico de la conducta humana. Expliquemos esto.

Sabemos que Kelsen considera que las normas integrantes de un orden jurídico forman una unidad por el hecho de que todas ellas pueden referir su validez a una norma única, que por ello recibe el nombre de norma fundamental. Pues bien, la norma fundamental de un orden jurídico, dice Kelsen, tiene un carácter dinámico, en el sentido que su contenido es únicamente la instauración de un proceso (o una pluralidad de procesos) de creación de las demás normas del orden. Una formulación equivalente es la siguiente: la norma fundamental de un orden jurídico establece la primera autoridad o la autoridad originaria del orden en cuestión.

Si se pregunta la razón por la cual un determinado hecho concreto, una acción humana (por ejemplo, una orden, un contrato, un acto de coacción) es un acto jurídico; la razón por la cual ese acto pertenece a un orden jurídico determinado, al orden jurídico de un determinado Estado, es decir, por qué ha de explicarse como acto de un orden jurídico, la respuesta consiste en decir que el hecho individual es referido a una norma general, de la cual es concreción; al mismo tiempo que dicha norma es una de las proposiciones jurídicas del sistema en cuestión. Si se pregunta ulteriormente por qué esa norma es una proposición jurídica, y una proposición jurídica de determinado sistema, se va a parar, a través de un número mayor o menor de etapas intermedias, a que esa norma —es decir, la ley en sentido técnico— ha sido establecida por una determinada autoridad: por tal monarca o tal parlamento con atribuciones para hacerlo. Y si todavía se pregunta la razón por la que este hecho fundamenta

precisamente el carácter jurídico, es decir, la pertenencia al orden jurídico de determinado Estado de cuantos hechos puedan ser referidos a él, nos hallamos, como supuesto básico de toda esta argumentación, ante una “norma fundamental”, la cual califica a ese último hecho como “hecho fundamental”; con otras palabras: dicha norma establece como suprema autoridad legislativa al monarca, al parlamento, al pueblo, etc. (Kelsen: TGE. p. 135).

Como puede ser observado del párrafo anterior, que es una de las primeras presentaciones de la consideración dinámica del orden jurídico, lo que Kelsen hace es analizar los presupuestos de todas aquellas afirmaciones que determinan que un determinado acto es un acto jurídico, que pertenece a un determinado orden o sistema normativo. En este sentido, está llevando a cabo una reflexión trascendental, en el sentido de la filosofía kantiana, de los enunciados de la ciencia del derecho positiva o jurisprudencia dogmática, haciéndolos explícitos. Pero hace más que eso: está proporcionando el principio de la ciencia del derecho que nos permite comprender cómo se origina o se crea o constituye el derecho. En tanto que la norma fundamental establece los procesos de creación de las demás normas del orden jurídico particular, es una norma originaria, una norma con base en la cual se origina o se crea todo el restante orden normativo.

Se ha discutido mucho sobre el carácter de esta norma de origen. No es este el lugar para discutir todas las opiniones vertidas al efecto; lo que importa, más bien, es resaltar la influencia de la filosofía coheniana en esta tesis central de Kelsen. En la época en que se escribieron estos párrafos (1925) y antes, Kelsen acostumbraba llamar a la norma fundamental del orden jurídico *Ursprungnorm*, (norma originaria o norma de origen) con referencia muy clara a la lógica del origen de Cohen, tal como aparece expuesta en su LRE y parcialmente repetida en ERW. Es, además, significativo que esta norma de origen sea una hipótesis, es decir, que sea hipotética. Esto también es una aplicación de los conceptos filosóficos de Cohen.

No obsta en nada a la positividad del sistema el hecho de que, para ello, precise la ayuda de una hipótesis, la cual (por ser adecuada al dominio del conocimiento normativo) es una norma hipotética, que no está situada propiamente dentro del sistema de las proposiciones jurídicas positivas, porque fundamenta dicho sistema; y no es una norma “positiva” sino

“supuesta”, constitutiva de la unidad de todas las normas positivas. Es la norma fundamental o norma hipotética, la cual, en cuanto hipótesis, tiene que ser introducida por el conocimiento jurídico para poder comprender como elementos del mismo sistema de “Derecho”, tanto el material que ha de ser calificado de jurídico, como los hechos que han de ser interpretados como jurídicos. Ahora bien: la hipótesis y el material que ha de ser conocido en función de ella, se condicionan y determinan mutuamente. Es una relación de correlación, análoga a la que existe entre hecho e hipótesis en el reino del conocimiento científico-naturalista (Kelsen: TGE. p. 135).

Sólo faltó concluir el anterior párrafo con la frase “tal como lo ha postulado Cohen en su lógica del origen”. Con el concepto de la norma originaria o Norma Fundamental Hipotética se ha postulado un principio de la ciencia del derecho que permite la comprensión del orden jurídico como un sistema que se genera a sí mismo, que se autogenera. Kelsen dice que el derecho “regula su propia creación”, adelantándose con ello durante varios decenios a la tesis de la teoría de sistemas *autopoiéticos*. Ciertamente, la teoría dinámica sobre el derecho lo comprende como un sistema autopoiético, como un orden que genera sus propios elementos. La generación (u originamiento) de las normas del orden, que constituyen sus elementos, se lleva a cabo por medio de actos humanos creadores de ellas, actos que se encuentran regulados con ese carácter por las propias normas del orden. Por lo tanto, esta exigencia de la positividad de las normas jurídicas, esta exigencia de que las normas se encuentren puestas por actos humanos, es la misma hipótesis de la norma fundamental, pues ésta, como vimos, solamente considera un acto específico como el acto originario, como el acto constituyente: es el hecho fundamental de creación de las normas primeras del orden jurídico. Con ello, con el orden generado por actos humanos, se crea o se ha constituido el objeto de estudio de la jurisprudencia. El orden está “dado” a la ciencia del derecho sólo en tanto que ha sido originado a partir de la hipótesis suprema de la norma fundamental.

Estos son algunos de los temas en la teoría de Kelsen cuyas raíces pueden encontrarse en la filosofía de Cohen.

Bibliografía

- Cohen, Hermann (ERW) *Ethic des Reinen Willens*, Verlegt bei Bruno Cassirer, Berlin, 1921.
- Cohe Hermann, (LRE) *Logik der Reinen Erkenntniss*, Bruno Cassirer, Berlin, 1902.
- José A, Díez y C, Ulises Moulines (FFC) *Fundamentos de Filosofía de la Ciencia*, Editorial Ariel, Barcelona, 1997.
- Hans Kelsen, (LNK) “The Pure Theory of Law, ‘Labandism’, and the Neo-Kantianism, A Letter to Renato Treves” en *Normativity and Norms, Critical Perspectives on the Kelsenian Themes*, editado por Stanley L, Paulson and Bonnie Litschewski Paulson, Clarendon Press, Oxford, 1998, p. 173.
- Kelsen, Hans (JDN) “Justicia y Derecho Natural” en *Crítica del Derecho Natural*, Trad, Elías Díaz, Taurus Ediciones, 1966.
- Kelsen, Hans (TGE) *Teoría General del Estado*, Editorial Labor, trad. Luis Legaz Lacambra, 1934.
- Kelsen, Hans (TPD2) *Teoría Pura del Derecho*, UNAM, México, trad, Roberto Vernengo, 1979.
- Kelsen, Hans (H) *Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado*, Editorial Porrúa, México, trad, Wenceslao Roces, Notas, Revisión y presentación de Ulises Schmill, 1987.
- Kelsen, Hans (CTGE) *Compendio de la Teoría General del Estado*, Editorial Blume, Barcelona, España, trad, Luis Recasens Siches y Justino de Azcárate Flórez, 1979.
- Kelsen, Hans (LNK) “The Pure Theory of Law, ‘Labandism’, and Neo-Kantianism, A Letter to Renato Treves” en *Normativity and Norms, Critical Perspectives on Kelsenian Themes* edited by Stanley L, Paulson and Bonnie Litschewski Paulson, Clarendon Press Oxford, 1988.
- Kelsen, Hans (TPD1) *La Teoría Pura del Derecho*, Editorial Losada, Buenos Aires, Argentina, trad, Jorge G, Tejerina, 1946.