

Método
Grupo Transdisciplinario de Investigación
en Ciencias Sociales
www.grupometodo.org

Borradores de Método

Área de Metodología
ISSN: 1692-9667

La teoría pura del Derecho y la
secularización incompleta del Derecho.
Una interpretación del trabajo de Kelsen y
su relación con algunas reflexiones de Max
Weber

Isaac De León Beltrán

Documento 39
Abril 15 de 2006

BORRADORES DE MÉTODO es un medio de difusión de las investigaciones del Grupo Método. Estos documentos son de carácter provisional, de responsabilidad exclusiva de sus autores y sus contenidos no comprometen a la institución.

Borradores de Método. No 38. Abril 15 de 2006.
Editor Fundación Método
Colección Metodología.

© Isaac De León Beltrán

La teoría pura del Derecho y la secularización incompleta del Derecho. Una interpretación del trabajo de Kelsen y su relación con algunas reflexiones de Max Weber

© Fundación Método. Carrera 8ª. No 37-10. ofi: 501. Telefax: (571) 4005765
2006. Todos los derechos reservados.
Primera edición 2006.
Impreso en Colombia.

La teoría pura del Derecho y la secularización incompleta del Derecho.

Una interpretación del trabajo de Kelsen y su relación con algunas reflexiones de Max Weber

Isaac De León Beltrán*

Resumen

Este trabajo trata de mostrar algunas similitudes entre el pensamiento teórico de Hans Kelsen y Max Weber en torno a la noción de Derecho-Estado. El escrito muestra que la discusión en torno a la validez y el valor del Derecho se puede plantear en términos de consolidación del Estado moderno. También se propone una explicación de las tensiones entre el iusnaturalismo al que se enfrenta Kelsen y lo que he denominado la secularización incompleta del Derecho.

* Agradezco las sugerencias de Ingrid Bolívar, investigadora de Cinep y la U. Javeriana. De igual modo, agradezco las valiosas observaciones del profesor Diego Eduardo López. Una primera versión de este trabajo fue presentada en el Seminario Retos al Derecho de la Maestría en Derecho de la Universidad de los Andes. I Semestre de 2005. Agradezco la cuidadosa lectura de mi amigo Diego Jaramillo Restrepo.

El objetivo de este ensayo es hacer una interpretación de la comprensión histórica de Hans Kelsen en torno a las relaciones entre Derecho y Estado. Algunos quizás afirmen que dicho objetivo guarda poca relación con las tesis del mismo Kelsen en el sentido de que la teoría pura del Derecho (TPD) evita intromisiones sociológicas, y por lo tanto también históricas, en lo referente a la descripción del orden jurídico.¹ Como se verá, nada más lejos de la realidad en la medida en que el mismo Kelsen presenta su teoría como un desarrollo del positivismo moderno, por no decir Ilustrado. De este modo, y de acuerdo con la interpretación propuesta, Kelsen sitúa la TPD en el centro del problema de la dominación del Estado-Derecho burocrático. En especial, el trabajo pretende mostrar que la teoría pura del Derecho se basa en una forma muy específica de constitución del Estado, a saber, el Estado moderno. Del mismo modo, se quiere hacer ver que el positivismo de Kelsen puede ser inscrito en un movimiento espiritual de gran alcance como es el positivismo europeo de finales del siglo XIX, y más específicamente el positivismo de A. Comte. No estoy seguro de si Kelsen aceptaría estar al lado de Comte, pero creo que algunas semejanzas justifican ver la TPD como el desenvolvimiento en el campo de lo estrictamente jurídico de las ciencias de la Ilustración, es decir, como el avance de la secularización. Sin embargo, al mismo tiempo, Kelsen se separa de los Ilustrados en la medida en que toma distancia de las referencias al “derecho que ha nacido con nosotros”², es decir, al iusnaturalismo de corte burgués. Un supuesto detrás de esta interpretación es que la teoría pura del Derecho es más fácil de entender en la medida en que se le reconoce inscrita en el desenvolvimiento de un conjunto de fuerzas políticas en el contexto de la consolidación de los

¹ La pureza de la TPD radica en aislar al objeto de estudio: para Kelsen la TPD se ocupa estrictamente de normas positivas sin importar los juicios de valor en torno a estas. Una característica de la TPD es su pretensión de independencia frente a ciencias sociales preocupadas por el “ser”. Esto es lo que Kelsen señala como la separación entre las ciencias sociales de corte empírico en las que la *causalidad* juega un papel central (psicología, sociología, etc.) y la ciencia jurídica en la que lo importante es la noción de *imputación*, es decir la relación entre una conducta y una consecuencia jurídica. En cada uno de estos reinos, de acuerdo con la epistemología de Kelsen, se utilizan métodos distintos de conocimiento. En el primero lo que se persigue es la explicación en términos causales o, para ser un poco más flexibles, el descubrimiento de regularidades empíricas que eventualmente puedan permitir la formulación de enunciados legales – es decir, leyes naturales o sociales –, y en el segundo lo que se busca es la descripción del orden jurídico positivo, esto es, la descripción y coherencia del derecho que “es”, no la descripción del derecho que “debería ser”. A Kelsen no le interesa, desde la TPD, modificar el derecho dado. En la descripción de las normas, y en general del orden jurídico, radica uno de los aspectos positivos de la teoría pura del Derecho. Por lo tanto, para dicho autor no es correcto contestar “sociológicamente” a cuestiones jurídicas; esto precisamente disminuye la “pureza” de la teoría. El Derecho no es una ciencia explicativa sino normativa; lo cual la hace una ciencia, en términos de Bobbio, un tanto *sui generis*. La TPD investiga «...la estructura lógica de los órdenes jurídicos dados y llega de esta manera a la concepción esencial del derecho». Cfr. Hans Kelsen. *¿Qué es la Teoría pura del Derecho?*, pág 19; 20-22. Cfr. Carl Hempel. “La función de las leyes generales en la historia”, págs 233-246. De todos modos, conviene tener en cuenta que un sistema de normas no se estructura en función del contenido sino en función de la delegación de autoridad. Esto para evitar pensar el orden jurídico como un sistema con total coherencia lógico-formal. Se hace esta advertencia para no concebir el orden jurídico como un conjunto de normas con carácter axiomático. De este modo, la noción de *norma fundamental* (*norma fundante*, prefieren algunos para evitar insinuaciones metafísicas) no puede ser concebida como la “premisa básica” del sistema sino más bien como la regla que regula la producción de otras normas. Cfr. Hans Kelsen, *Contribuciones a la Teoría pura del Derecho*, págs 78-79.

² Cfr. Ernst Cassirer, *Filosofía de la Ilustración*, págs 261-303. Cap VI. Derecho, estado y sociedad.

Estados nacionales europeos. En cualquier caso, quiero resaltar el hecho de que la disputa de Kelsen es más fuerte con las ideologías, entendidas como teorías que complacen intereses,³ que con las ciencias sociales de hechos. «La pureza de la ciencia del derecho reside mucho más en la separación de la ciencia del derecho de la política, que en la distinción entre el conocimiento normativo de la ciencia del derecho y el conocimiento causal de la ciencia natural».⁴ En últimas, la ciencia del derecho – entendida como TPD – no sólo procura su independencia con respecto a las ciencias sociales sino también con respecto a ciertos proyectos políticos. El ensayo se divide en tres partes. En la primera de ellas se presenta al Estado moderno como el tipo ideal que utiliza Kelsen en la formulación de su concepto Derecho-Estado. En esta sección se muestran las convergencias entre Kelsen y Weber en torno a la dominación legal burocrática. En la segunda parte se propone la idea de secularización incompleta del Derecho con el fin de explicar la fuerza del iusnaturalismo y sus compromisos metafísicos y a la vez políticos. En esta sección se utiliza el concepto de estadios de pensamiento de Comte para ilustrar la noción de secularización incompleta. En la tercera parte se plantean unas breves conclusiones. No me ocupare de las críticas a la TPD de formalistas y del problema de la efectividad del Derecho en Kelsen. De las críticas formalistas no me ocupo porque, siguiendo a Kelsen, la TPD en la medida en que trata de ser ciencia debe hacer también esfuerzos por ser formalizar el lenguaje con el cual se refiere a su objeto. En ese sentido las críticas formalistas pueden ser consideradas improcedentes. En cuanto al problema de la efectividad, trataré de mostrar que la efectividad es eje central del discurso de Kelsen y que dicha efectividad reposa, en gran medida, en la concentración de los medios de coerción en manos del Estado. La idea de este ensayo es mostrar al lector el continuo llamado de Kelsen a ser “modernos”, es decir, a reconocer que el Derecho, principalmente, como convención social, es decir, proceder a su desnaturalización; dicho en otras palabras, para Kelsen no hay Derecho natural sólo hay Estado.

1. El Estado moderno como experiencia para la formulación de la teoría pura del Derecho

Hans Kelsen reconoce al Estado moderno como una expresión específica de la dominación política. Es la concentración creciente del poder de coacción en manos del Estado lo que caracteriza al Estado moderno. La gran capacidad de coacción física, o la amenaza de su uso, por parte del estado, es una diferencia importante al momento de comparar grupos humanos ordenados entorno a la dominación estatal y grupos humanos ordenados alrededor de otras formas de dominación (por ejemplo, parentesco, sexual, etc.). El ejercicio de la dominación, que en el estado moderno coincide con la ejecución de los actos jurídicos, es, tal vez, la diferencia relevante entre los órdenes jurídicos preestatales y los estatales. En el orden jurídico

³ Cfr. Hans Kelsen. *La Teoría pura del Derecho. Introducción a la problemática científica del derecho*, pág 22.

⁴ Hans Kelsen, *¿Qué es la Teoría pura del Derecho?*, pág 30.

preestatal la ejecución de las normas descansa en manos de los directamente afectados; no suele haber un tercero mediador. De este modo, el *deber ser* de las normas se cumple por la presión y la amenaza de violencia de las personas inmediatamente afectadas. El surgimiento de un aparato burocrático, en el Estado moderno, encargado de la ejecución del derecho, es decir actos coactivos o normas, sirve para mediar entre las acciones jurídicas y sus consecuencias. Desde este punto de vista, la especialización y división del trabajo es una precondition para la dominación estatal; solo mediante la división del trabajo pueden algunas personas ser luego contratadas por el Estado para ejercer de modo permanente la coacción y la adhesión general al Derecho por parte de todas las personas en la sociedad. El mismo Kelsen muestra que el paso de una economía natural a una monetaria es una condición para el desarrollo de funcionarios especializados y que además de la concentración de los medios físicos de coacción, parece importante también el desarrollo de un monopolio fiscal.⁵ En el estado moderno ya no son las personas lesionadas en sus intereses las encargadas de buscar compensación; ya hay un tercero que se encarga de ello. De esta manera, la diferencia entre las sociedades sin Estado y aquellas con Estado es el grado de concentración de los medios físicos de coacción en un territorio dado y con respecto a un conjunto específico de conductas. La regulación estatal, es decir la regulación jurídica, «...no pretende valer en todas partes, y ...no aprehende todas las relaciones humanas...», El Estado, «...tiene la capacidad, no limitada por algún orden jurídico superior, de extender su validez tanto en el aspecto territorial como en el material».⁶ En este punto, hay una notable coincidencia entre los desarrollos de Hans Kelsen y Max Weber. Algunas similitudes podrían explicarse en gran medida porque el objeto social *Estado* es también, al mismo tiempo y a finales del siglo XIX y comienzos del XX, el objeto social *Derecho*. Para estos dos autores la concentración y el uso de la fuerza en el actor Estado es el elemento distintivo de la dominación estatal. Weber describe la dominación legal como una de las formas de dominación legítima.⁷ Nótese que lo importante es el grado de concentración, es decir, la tendencia del Estado por monopolizar la fuerza; no se afirma, por lo tanto, que el “Estado deba tener el monopolio de la fuerza”.⁸ A continuación cito por extenso

⁵ Al respecto Kelsen afirma que “El órgano estatal que realiza una tarea distribuida se convierte, como titular de la función jurídica centralizada, en funcionario del Estado. Tal es el órgano jurídicamente calificado en determinada forma. La evolución que está ligada al tránsito de la economía natural a la monetaria, supone un fisco del Estado, que es un patrimonio central, cuya provisión y empleo, incremento y merma, son regulados en forma especial, y por el que son remunerados los órganos empleados del Estado, del mismo modo que se pagan los gastos de su actividad”. Hans Kelsen. *La Teoría pura del Derecho. Introducción a la problemática científica del derecho*, pág 162.

⁶ Hans Kelsen, *La Teoría pura del Derecho. Introducción a la problemática científica del derecho*, págs 159. Conviene resaltar que esta forma de pensar el Derecho permite disolver algunas distinciones en el ejercicio del Derecho tales como la separación entre “derecho privado” y “derecho público”. En cualquier situación jurídica siempre hay un proceso de formación y ejecución de la voluntad estatal. Por lo tanto, la mencionada distinción puede ser vista más bien como algo pertinente para las asociaciones profesionales y no para la esencia del Derecho. El Derecho es siempre Derecho del Estado, es decir Derecho-Estado. *Cfr.* Hans Kelsen, *La Teoría pura del Derecho. Introducción a la problemática científica del derecho*, págs 150.

⁷ *Cfr.* Max Weber, *Economía y sociedad*, pág 707.

⁸ *Cfr.* Max Weber, *Economía y sociedad*, pág 45. Es notable la frecuencia con la cual se afirma que el “Estado debe tener el monopolio de la fuerza”. Esta es una proposición que no cae en la esfera de la investigación científica sino en la esfera de los juicios políticos. De acuerdo con Weber, el Estado «... pretende

la comprensión de Kelsen en torno a la distinción entre el orden preestatal y el estatal y su relación con el Derecho.

El Estado es un orden jurídico. Pero no todo orden jurídico es ya designado como Estado; lo es sólo en caso de que el orden jurídico constituye, para la producción y ejecución de las normas que lo integran, órganos que funcionan según el principio de la división del trabajo. Llámanse Estado al orden jurídico cuando ha alcanzado cierto grado de centralización. En las comunidades jurídicas primitivas, preestatales, la producción de normas jurídicas generales se realiza por vía de la costumbre, es decir, por la práctica de parte de sus miembros; y no existen en su origen tribunales centrales para la institución de la norma individual, ni tampoco, en particular, para su ejecución en el acto coactivo. La comprobación de la situación de hecho antijurídico, lo mismo que la realización de la consecuencia antijurídica, es librada a aquellos cuyos intereses – protegidos precisamente por el orden jurídico – son lesionados. Es el hijo el que, a raíz de la muerte de su padre, ha de tomar venganza sobre el asesino y sobre su familia; es el acreedor mismo el que puede poner su mano sobre el deudor moroso, para resarcirse tal vez por medio de la prenda. Tales son las formas primitivas de la pena y de la ejecución. Al realizar estos hechos, los miembros de la comunidad obran como órganos del orden jurídico y de la comunidad por él constituida; pues obran autorizados para ello por el orden jurídico. Sólo porque, en virtud de tal autorización, pueden ser imputados estos actos coactivos a la comunidad, y porque es ésta la que reacciona contra lo antijurídico, no son considerados a su vez como nueva antijuridicidad. Sólo en el curso de un desarrollo muy prolongado se forman órganos centrales, como resultado del proceso de la división del trabajo social; y esto debe señalarse: mucho antes, órganos judiciales y ejecutivos que órganos legislativos. Pero por muy pujante que pueda ser este paso desde el punto de vista de la técnica jurídica, es sólo cuantitativa y no cualitativa la diferencia que existe entre el orden jurídico descentralizado y el centralizado, entre la comunidad jurídica primitiva y la comunidad jurídica estatal.⁹

Quizás una de las cosas más sobresalientes de las observaciones de Kelsen es que el la relación entre el Derecho y el Estado es primordialmente un problema de ejecución. No importa de dónde emana el Derecho, no importa si es el resultado de la deliberación racional. No. El Derecho es, básicamente, una cuestión de ejecución. No importa si se está hablando de Estado absolutista o de democracias liberales; lo importante es hacer cumplir la Ley, no interesa de dónde emane. Max Weber hace similares observaciones en torno a la centralización del poder de coacción. De este modo, la coacción se ordena cada vez más – por no decir burocráticamente – y el Estado restringe y regula su uso (otros autores afirman que la coacción es guardada en los cuarteles). Así, la concentración de la coacción, que es un hecho histórico, serviría luego para que Kelsen la utilice como la diferencia esencial entre Derecho y moral. Para Kelsen el Derecho es coactivo, la moral no. La moral es también un sistema de normas pero no es un sistema coactivo. La diferencia entre Derecho y moral no es el contenido sino el modo mediante el cual se prohíbe cierta conducta.¹⁰ El Derecho es, por lo tanto, una forma particular de dominación en la que la amenaza del uso de la fuerza es la característica fundamental, lo cual permite ver la coincidencia entre el Estado y el Derecho. En Weber se encuentra también la importancia del orden jurídico estatal como precondition para la dominación moderna de corte burocrático-administrativo. El uso de la fuerza sólo es “legítima” (y el entrecomillado de Weber es muy importante) en la medida en que se respeten

validez...», es decir, es un actor que se disputa con otros actores el monopolio de la coacción en un territorio dado.

⁹ Hans Kelsen, *La Teoría pura del Derecho. Introducción a la problemática científica del derecho*, págs 158-159.

¹⁰ Cfr. Dante Cracogna, *Cuestiones fundamentales de la Teoría pura del derecho*, págs 31-32.

las normas que la regulan. La legitimidad es, por lo tanto, un procedimiento de adecuación entre lo que Estado hace y las normas que él mismo produce. El uso de la fuerza es la *ultima ratio*, por no decir, el fundamento mismo del Derecho-Estado.

Es de suyo evidente que en las asociaciones políticas no es la coacción física el único medio administrativo, ni tampoco el normal. Sus dirigentes utilizan todos los medios posibles para la realización de sus fines. Pero su amenaza y eventual empleo es ciertamente su medio específico y, en todas partes, la *ultima ratio* cuando los demás medios fracasan. No sólo han sido las asociaciones políticas las que han empleado como medio legítimo la coacción física, sino, asimismo, el clan, la casa, la hermandad y, en la Edad Media, en ciertas circunstancias, todos los autorizados a llevar armas. Al lado de la circunstancia de que la coacción física se aplique (por lo menos como *ultima ratio*) para el mantenimiento y garantía de sus “ordenaciones”, caracteriza también la asociación política el hecho de que la dominación de su cuadro administrativo y de sus ordenamientos mantengan su pretensión de validez para un territorio determinado, y que esta pretensión esté garantizada por la fuerza. (...) Es conveniente definir el concepto de *estado* en correspondencia con el moderno tipo del mismo – ya que su pleno desarrollo es enteramente moderno –, pero con abstracción de sus fines concretos y variables (...). Caracteriza hoy formalmente al estado el ser un orden jurídico y administrativo...el cual pretende validez no sólo frente a los miembros de la asociación...sino también respecto de toda acción ejecutada en el territorio a que se extiende la dominación... Es, además, característico: el que hoy sólo exista coacción “legítima” en tanto que el orden estatal la permita o prescriba...¹¹

Una cuestión importante del trabajo de Weber es que el Estado puede tener una gran variedad de fines. No hay ningún fin que sea natural o intrínseco al Estado. El Estado no ha surgido para proteger y promover los Derechos fundamentales, y tampoco para disminuir la desigualdad. A pesar de que estos hechos puedan causar desagrado a la sensibilidad moral de principios del siglo XXI, lo cierto es que el Estado, entendido como una organización social – es decir, como una forma de organizar y ordenar la vida en sociedad – no nace con fines altruistas ni con mayores preocupaciones morales. Podría decirse que el Estado no es más que un resultado no intencional del aumento de la complejidad de la vida social, y en especial, el resultado no intencional de la consolidación del capitalismo industrial y comercial posterior a las revoluciones burguesas. El Estado tiene una gran variedad de intereses y ninguno de ellos le es esencial. La evidencia histórica ha mostrado que el Estado se puede interesar prácticamente por cualquier cosa. El Estado no surgió, por poner un ejemplo, para ser “justo”. Esa fue luego una tarea que ciertos intereses en pugna le han ido asignando. No son los intereses lo que permiten ver las semejanzas entre los Estados porque dichos intereses pueden ser muy disímiles. Los fines de los Estados ocupan un amplio espectro de intereses. Algunos van desde cuestiones aparentemente triviales (la construcción de ciertas obras civiles que mejoren la belleza de una región) hasta los aparentemente más graves como la búsqueda de la salvación del alma. La única semejanza importante que tienen en común los Estados es que comparten similitud en los medios usados en la consecución de sus fines, y entre los cuales, la coacción física juega un papel central.

No es posible definir una asociación política – incluso el “estado” – señalando los fines de la “acción de la asociación”. Desde el cuidado de los abastecimientos hasta la protección del arte, no ha existido ningún fin que ocasionalmente no haya sido perseguido por las asociaciones políticas; y no ha habido

¹¹ Max Weber. *Economía y sociedad*, pág 44-45.

ninguno comprendido entre la protección de la seguridad personal y la declaración judicial del derecho que todas las asociaciones hayan perseguido. Sólo se puede definir, por eso, el carácter político de una asociación por el medio – elevado en determinadas circunstancias al fin en sí – que sin serle exclusivo es ciertamente específico para su esencia indispensable: la coacción física.¹²

La adscripción de ciertos fines al Estado moderno es una cosa más bien reciente. En el sentido común de las personas – ciudadanos, camaradas – reposa la idea de que el Estado debe ser Justo y debe perseguir la satisfacción de ciertos derechos inalienables. Esto es lo que se podría denominar como la consolidación del iusnaturalismo de los siglos XVII y XVIII, en el sentido común burgués. La lucha de Kelsen contra el iusnaturalismo no es sólo una lucha por aclarar los límites entre el conocimiento racional y la política sino también una lucha por hacer ver que la ciencia del derecho es independiente de las preferencias políticas. La ciencia del derecho es neutral valorativamente en cuanto ciencia; y esa es quizás su más grande disputa contra aquellos que opinan que la TPD debería estar al servicio de algunos intereses. Esta disputa no es sólo contra los juristas entusiasmados ética y políticamente sino también contra los científicos sociales y los ciudadanos en general que tienen dificultades para mantener escindidos las categorías del *ser* y del *deber ser*. Los fines del Estado pueden ser cualquier cosa, lo cual, en términos de la TPD significa que puede haber derecho justo y derecho injusto, según los intereses políticos en juego y los criterios con los cuales se evalúa la Justicia de las normas. No hay, desde el punto de vista de Kelsen, ningún Derecho que sea esencialmente moral.¹³ En ese sentido, el trabajo de Kelsen reconoce que las discusiones sobre la Justicia tienen un carácter no racional porque lo que allí está en juego es una concepción de lo que es deseable para cada quien. En la medida en que lo deseable puede llenarse con diversos contenidos arbitrarios, ya que el Estado puede perseguir cualquier fin, las discusiones sobre Justicia son, necesariamente, discusiones políticas; es muy difícil – por lo demás imposible – hacer de la Justicia un problema del conocimiento científico. «Desde el punto de vista del conocimiento racional sólo hay intereses y, por tanto, conflictos de intereses cuya solución es dada por un orden de intereses que, o bien satisface un interés contra el otro y a costa del otro, o bien instituye una compensación, un compromiso entre intereses contrapuestos. Más por vía del conocimiento racional no puede fundarse que sólo uno de los órdenes tenga valor absoluto, es decir, que sea “justo”». ¹⁴ Y ello tiene que ver con que el Estado siempre se puede “llenar” con cualquier cosa, es decir, con cualquier clase de fines. La variabilidad de los fines depende de la composición y la lucha de los intereses (la mayor de las veces intereses de clase pero bien pueden responder a otra clase de ordenamientos). Por lo tanto, la defensa de ciertos fines no necesita los argumentos de la ciencia del Derecho sino las herramientas propias del debate político. El problema del contenido del Derecho, que es similar al problema de los fines históricamente arbitrarios del Estado, es cuestión que no se puede enfrentar con herramientas científicas. De acuerdo con Kelsen, el problema de qué es la Justicia está más allá del alcance

¹² Max Weber. *Economía y sociedad*, pág 44.

¹³ Sin embargo, esto no significa indiferencia frente a ciertos valores morales. Esta no es una posición escéptica sino más bien una posición relativista. Lo que se quiere resaltar aquí es que puede haber un orden jurídico injusto, desde ciertas valoraciones, pero ello no implica que dicho orden deje de ser un “orden jurídico”. *Cfr.* Dante Cracogna, *Cuestiones fundamentales de la Teoría pura del derecho*, págs 33.

¹⁴ Hans Kelsen, *La Teoría pura del Derecho. Introducción a la problemática científica del derecho*, págs 41.

del conocimiento de la ciencia, es decir, más allá del conocimiento racional. El problema de la Justicia se encuentra, por lo tanto, por fuera de la TPD...

En su auténtico sentido, diverso del de Derecho, “Justicia” significa un valor absoluto. Su contenido no puede ser determinado por la Teoría pura del Derecho. Es más, en ningún caso es asequible al conocimiento racional, como lo prueba la historia del espíritu humano, que desde hace siglos se afana en vano por la solución de este problema. (...) Toda tentativa de esa índole sólo ha conducido hasta ahora a fórmulas completamente vacías, como: “has el bien y evita el mal”, “a cada uno lo suyo”, “guarda el justo medio”, etc. También el imperativo categórico está totalmente desprovisto de contenido. (...) Esta desnaturalización del problema es la consecuencia inevitable de la logificación de un objeto de antemano extra-lógico.¹⁵

2. Los problemas del iusnaturalismo vistos como una secularización incompleta del Derecho

Kelsen hace una distinción entre valor y validez del Derecho. Esta distinción es central en la ciencia del Derecho ya que permite separar ciencia y juicios de valor. Los juicios sobre el valor del Derecho son aquellos en los que al asumir una cierta noción de Justicia se procede a juzgar como “justa” o “injusta” una determinada norma. Como no hay una noción ni un criterio único de Justicia los juicios de valor son, necesariamente, como vimos, juicios políticos, es decir juicios en los que se hace explícita la preferencia por un orden deseado de cosas en el mundo de los intereses sociales. El problema de la validez del Derecho consiste en estudiar simplemente las normas que existen. De este modo, ha separado Kelsen la cuestión de la valoración de las normas, es decir si son justas o injustas, del problema de su existencia. La ciencia del Derecho, al igual que cualquier otra ciencia, no debe ocuparse de la justicia o injusticia de un ordenamiento jurídico – y en general se debe evitar la valoración del objeto de estudio – sino de la existencia o inexistencia de las normas.¹⁶ La separación entre el objeto y la valoración del objeto es lo que hace de la ciencia del derecho una disciplina positiva.¹⁷ Esta

¹⁵ Hans Kelsen, *La Teoría pura del Derecho. Introducción a la problemática científica del derecho*, págs 39-40.

¹⁶ Cfr. Norberto Bobbio, “La teoría pura del derecho y sus críticos”, págs 120-123

¹⁷ De todas maneras, conviene tener en cuenta que si bien la distinción entre “ser” y “deber ser” es producida por la categoría, Kelsen la llama visión cuasi intuitiva de la esencia, el positivismo hace unas exigencias más severas con respecto al método. Los objetos del “ser” existen y son accesibles por medio de la experiencia. En cambio, los objetos del “deber ser”, es decir las normas, no son aprehensibles por medio de la misma. Desde este punto de vista, los objetos del “deber ser” no existen. Esto se soluciona, no sin dificultades, por medio del “hacerse valer” de las normas y a condición de que las personas la presupongan como debida. La existencia en el caso de las normas exigen una extraña mezcla de voluntad y coacción. Este parece ser uno de los problemas epistemológicos centrales en la TPD. Cfr. Wolfgang Schild, *Las teorías puras del derecho*, pág 12 y 23. Las pretensiones de formalidad de Kelsen utilizan como ejemplo el silogismo normativo en el que el “deber ser” aparece dentro de las premisas lo cual preserva la distinción entre el “ser” y el “deber ser”. Por ejemplo: premisa 1 de carácter normativo: Los contratos deben ser respetados – *pacta sunt servanda* –; premisa 2: El matrimonio es un contrato; por

distinción le sirve a Kelsen para mostrar que el iusnaturalismo mezcla las cuestiones de validez con las de valor. Los juicios de valor del iusnaturalismo provienen de pensar que por encima del ordenamiento jurídico positivo hay un orden divino o superior efectivamente justo.¹⁸ Quizás, en términos más recientes, el Derecho natural pueda ser visto como un metasistema, es decir, algo así como un “derecho del derecho”. De todos modos, parece bastante problemático en términos filosóficos y formales intentar construir un sistema de normas teniendo en cuenta las premisas del Derecho natural.¹⁹ El mismo Kelsen plantea la tesis principal de las limitaciones del iusnaturalismo en términos conceptuales pero reconociendo la importancia histórica del problema...

La Teoría general del Derecho tal como fue desenvuelta por la jurisprudencia positivista del siglo XIX está caracterizada por un dualismo que domina al sistema íntegro, desdoblando todos sus problemas. ... El dualismo iusnaturalista consiste, ..., en que se admite sobre el orden estatal del derecho positivo, un orden jurídico superior, divino, racional o natural, cuya función...fue esencialmente conservadora y legitimista, por lo menos en los representantes clásicos de la teoría de Derecho natural de los siglos XVII y XVIII.²⁰

...La doctrina del Derecho natural parte del dualismo entre Derecho positivo y Derecho natural: “Por encima del Derecho positivo imperfecto creado por el hombre, existe un Derecho natural perfecto (absolutamente justo) establecido por una autoridad divina. Por tanto, el Derecho positivo queda justificado y es válido sólo en la medida en que corresponde al Derecho natural”.²¹

El problema del iusnaturalismo es que puede elegir a su gusto el orden divino que mejor se acomode a los intereses sociales en cuestión. De este modo, se puede dar el paso para descalificar al adversario de modo “racional”, por no decir “científico”. Sin embargo, se debe reconocer que el iusnaturalismo fue útil para justificar muchos movimientos sociales (tanto reaccionarios como revolucionarios) y es menester tener en cuenta su influencia en ciertas nociones de universalidad jurídica. A pesar de que el iusnaturalismo despierta más entusiasmo que otra cosa, conviene tener en cuenta su gran influencia en la conciencia jurídica moderna. Aún todavía hoy algunos autores se remiten al iusnaturalismo – pero quizás a versiones menos metafísicas – para llamar la atención sobre el hecho de que la “...naturaleza humana de los hombres, aunque diversa y sujeta al cambio, debe poseer cierto carácter genérico para que

consiguiente: El matrimonio debe ser respetado. *Cfr. Cfr. Ulrich Klug, Problemas de filosofía del derecho*, pág 12.

¹⁸ Los iusnaturalistas se caracterizan porque suponen la existencia de principios morales y de justicia universales que se pueden conocer por medio de la razón y que las normas que contradicen dichos principios no pueden ser llamadas “jurídicas”. *Cfr. Carlos Santiago Nino, Introducción al análisis del Derecho*, pág 27-28. Citado por E. Fernández, en “El Iusnaturalismo”, pág 55.

¹⁹ Algunos trabajos muestran que es necesario plantear una serie de tesis, o supuestos, para poder construir un sistema de derecho natural ordenado. Los siguientes son algunos supuestos, por lo demás bastante discutibles porque suponen que ciertos contenidos son esenciales al objeto: 1) Las normas de derecho resultan de la naturaleza de las cosas (argumento del derecho natural), 2) El contenido de las normas está prescrito por la esencia de las cosas (argumento fenomenológico), ..., etc. *Cfr. Ulrich Klug, Problemas de filosofía del derecho*, págs 7-29.

²⁰ Hans Kelsen, *La Teoría pura del Derecho. Introducción a la problemática científica del derecho*, pág 68

²¹ Hans Kelsen, “La doctrina del Derecho natural ante el tribunal de la ciencia”, págs 70 y ss.

pueda llamársele humana”.²² Así planteado, se puede notar en esta postura una pretensión de universalidad Ilustrada; si algo caracteriza al iusnaturalismo es su versatilidad política y su, tal vez, predisposición para la beligerancia. Es conveniente hacer esta aclaración para no desconocer el papel fundamental de esta corriente de pensamiento en la conciencia del ser moderno. La limitación del iusnaturalismo es que no permite estudiar el Derecho sin valorarlo. Esto es lo que dificulta la comprensión y el análisis científico del mismo. Quizas, el mismo hecho de pensar que todos los hombres nacen iguales frente al Estado, en medio de tantas guerras, no dejaba mucho tiempo para estudiar el fenómeno con un poco de frialdad.

A pesar de que el iusnaturalismo se ha separado de la religión, sobreviven en él algunas importantes cuestiones metafísicas que dificultan el estudio del Derecho. Kelsen afirma que el proceso de separación entre religión y Derecho dejó de todos modos unos residuos metafísicos que todavía tienen un gran peso en la concepción del Derecho. El ideal de *Justicia* es el más importante de estas referencias metafísicas. No significa que esto sea algo malo de suyo; el problema de la metafísica es que no permite separar al objeto de su valoración moral, o lo que es quizás peor, ni siquiera permite controlar los impulsos valorativos relacionados con el estudio de este u otro ordenamiento jurídico. Weber también llama la atención sobre la importancia de la neutralidad valorativa al momento de iniciar el estudio científico del objeto de conocimiento. Hoy en día algunos prefieren llamarlo *distancia frente al objeto*, y al respecto habría que recordar que incluso las recientes ciencias del espíritu todavía se pelean con el distanciamiento frente al objeto²³; ¿qué decir de los retos para la ciencia del Derecho en donde sólo hay normas, es decir, ni siquiera “hechos”? La cuestión es altamente problemática en la medida en que en la ciencia la personalidad, por no decir la historia personal, es también un instrumento de investigación, lo cual hace que nuestras investigaciones se vean influidas por nuestra perspectiva particular de intereses. No es que se pueda alcanzar la neutralidad valorativa, éste es un ideal en la investigación científica, pero si se pueden hacer públicas las limitaciones y las preferencias políticas antes de investir los argumentos políticos con las ropas de la ciencia.

Coincidiendo con el progreso de las ciencias empíricas de la Naturaleza y con una disolución crítica de la ideología religiosa, se ejecuta la virada de la ciencia jurídica burguesa desde el iusnaturalismo hacia el positivismo. Empero, por radical que fuera, esta mudanza nunca fue completa. Es cierto que ya no se supone más que el Derecho sea una categoría eterna y absoluta; se reconoce que su contenido está sometido a una mutación histórica y que, como Derecho positivo, es un fenómeno condicionado por circunstancias de tiempo y de lugar. (...) Pero el pensamiento de un valor absoluto del Derecho no se ha perdido del todo, sobrevive en la idea ética de Justicia...²⁴

El giro iusnaturalista, el mismo que empujó a cientos de miles a la revolución, todavía se encuentra prendado a una noción metafísica de la Naturaleza, por lo cual no es posible todavía un acercamiento que se restrinja únicamente a la descripción y explicación de lo existente, es decir, de los hechos en la jerga positivista. Es por eso que desde el punto de vista

²² Isaiah Berlin, *El fuste torcido de la humanidad. Capítulos de historia de las ideas*, pág 9. Citado por E. Fernández, en “El Iusnaturalismo”, pág 63.

²³ Cfr. Norbert Elias, *Compromiso y distanciamiento*, págs 11-60.

²⁴ Hans Kelsen, *La Teoría pura del Derecho. Introducción a la problemática científica del derecho*, pág 45.

de A. Comte, el iusnaturalismo podría ser visto como la secularización incompleta del Derecho. En otras palabras, Kelsen se enfrenta a una corriente de pensamiento en la que ciertas nociones guardan todavía alguna relación con la divinidad, es decir, todavía la secularización es incompleta. Comte afirma que la humanidad atraviesa por una serie de estadios en el desarrollo de su pensamiento. El primer estadio es el llamado estadio teológico-religioso, el cual consiste en explicar los fenómenos como producto de la divinidad. Este estadio alcanza su máximo desarrollo cuando las explicaciones utilizan una única divinidad o un único Dios. El segundo estadio es el metafísico, el cual Comte considera como una simple modificación del primero. En este estadio las fuerzas sobrenaturales son reemplazadas por fuerzas abstractas. Este estadio, a su vez, alcanza su más alto desarrollo cuando utiliza el concepto de Naturaleza; esta naturaleza es la que sirve para explicar la totalidad de los fenómenos observados. Por último, el estadio positivo o científico, en el cual el pensamiento sólo se ocupa los hechos observables. En este estadio «...se renuncia a buscar el origen y el destino del universo y a conocer las causas íntimas de los fenómenos, para dedicarse únicamente a descubrir, con el uso bien combinado del razonamiento y de la observación, sus leyes efectivas, es decir, sus relaciones invariables de sucesión y similitud». En este estadio se reconoce que no es posible conocer cosas absolutas.²⁵ Si se utiliza la propuesta de Comte, es posible pensar que el estudio científico del Derecho también ha tenido que atravesar por estas tres etapas. De acuerdo con Kelsen, en el estudio del Derecho todavía hay importantes vínculos metafísicos que impiden el análisis científico del fenómeno jurídico (llamense hechos o normas). Este es un problema que se presenta en gran medida en la sociología en general y en la sociología del derecho en especial y es todavía peor en el caso de la TPD. Así, es posible de una secularización incompleta del Derecho, la cual ha impedido analizar al objeto tal cual como es, o por lo menos, tal cual ha sido construido. Si la modernidad se caracteriza por la separación de los juicios de autenticidad (estética), los juicios de corrección moral (ética) y los juicios de verdad (ciencia),²⁶ y su creciente independencia de la religión, entonces tal vez habría que reconocerle también al Derecho una esfera de independencia dentro del proyecto Ilustrado. Quizás esta independencia se pueda justificar en la medida en que también él mismo cuenta con criterios y procedimientos cada vez más propios que sirven para evaluar su desenvolvimiento. No sé cual podrían ser los criterios para estudiar y evaluar las proposiciones jurídicas – utilizo esto en un sentido ambiguo –, lo único que sé es que conviene reconocer la fortaleza de los procedimientos jurídicos, es decir las normas, en la consolidación de diversas consecuencias no intencionales del Derecho-Estado pero que son políticamente defendibles tales como la Libertad; de nuevo, políticamente defendibles.

²⁵ Cfr. Augusto Comte, *Curso de filosofía positiva*, págs 26-30.

²⁶ Cfr. Jürgen Habermas, “Modernidad versus postmodernidad”, pág 17-31.

3. Conclusiones

En la consolidación del Estado-Derecho moderno el iusnaturalismo ha llenado de contenido las nociones de Justicia. En general, el iusnaturalismo se ha ocupado de formulaciones de carácter absoluto con respecto a la relación entre Derecho y moral y Derecho y Justicia. En la medida en que los fines del Estado pueden ser muy variados, el iusnaturalismo trató de darle algún sentido moral al Derecho moderno, y en especial al Derecho del siglo XIX. Sin embargo, creo que en esa discusión, y siguiendo a Kelsen, se desbordó el alcance y los límites de la razón. La razón no puede dar cuenta de la Justicia entendida como una noción absoluta. El problema del conocimiento de los ordenamientos jurídicos es, por lo tanto, independiente del problema de las preferencias de nuestros criterios de Justicia. La distinción entre valor y validez de las normas da vía libre al estudio científico del Derecho. Sin embargo, esta no parece ser una distinción muy popular. La misma distinción permite separar el problema político relacionado con los criterios de Justicia al momento de la constitución y creación de las normas, del problema del estudio positivo de las mismas. En cualquier caso, el hecho de que todavía algunos confundan Derecho y Justicia es indicio de que hay en el Derecho importantes vestigios metafísicos que impiden separar nuestros juicios de valor sobre las normas de los enunciados en los que se describen y analizan las mismas. Este es quizás uno de los problemas más recurrentes en el proyecto de la Ilustración; se vacía de contenido moral el Derecho pero por otro lado no se reconoce la importancia de la actividad política por sí misma, porque, de modo semejante en la relación ciencia jurídica e ideología, la política también puede y debe aclarar sus relaciones con la ciencia y la metafísica.

Referencias bibliográficas

- Bobbio, Norberto. "La teoría pura del derecho y sus críticos". En: *Contribución a la teoría del derecho*. Ed Fernando Torres. Valencia. España. 1980.
- Cassirer, Ernst. *Filosofía de la Ilustración*. Fondo de Cultura Económica. Bogotá. 1994. (1932)
- Comte, Augusto. *Curso de filosofía positiva*. Ed Orbis. Buenos Aires. 1984. (1830)
- Cracogna, Dante. *Cuestiones fundamentales de la Teoría pura del derecho*. Ed Fontanamara. México. D.F. 1998.
- Elias, Norbert. *Compromiso y distanciamiento. Ensayos de sociología del conocimiento*. Ed Península. Barcelona. 1990. (1983)
- Elias, Norbert. *El proceso de la civilización. Investigaciones psicogenéticas y sociogenéticas*. Fondo de Cultura Económica. México: 1994. (1939).
- Fernández, Eusebio. "El iusnaturalismo". En *El derecho y la justicia*. Ed Trota. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Madrid. 1996. Edición de Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta.
- Habermas, Jürgen. "Modernidad versus postmodernidad". En: *Colombia, el despertar de la modernidad*. Ed Foro. Bogotá. 1991.
- Hans Kelsen. "La doctrina del Derecho natural ante el tribunal de la ciencia". En: *¿Qué es Justicia?*. Ed Ariel. Barcelona. 1982.

- Hattenhauer, Hans. *Los fundamentos histórico ideológicos del derecho alemán. Entre la jerarquía y la democracia*. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid: 1981. (1980)
- Hempel, Carl. "La función de las leyes generales en la historia". En *La explicación científica. Estudios sobre la filosofía de la ciencia*. Paidós. Buenos Aires. 1979. (1965)
- Kelsen, Hans. *Contribuciones a la Teoría pura del Derecho*. Ed Distribuciones Fontamara. 1995.
- Kelsen, Hans. *¿Qué es la Teoría pura del Derecho?*. Ed Distribuciones Fontamara. 1998. Primera edición en alemán en 1953. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Primera edición en español en 1958, del mismo traductor.
- Kelsen, Hans. *La Teoría pura del Derecho. Introducción a la problemática científica del derecho*. Ed. Nacional. 1981. Segunda edición. (1934)
- Schild, Wolfgang. *Las teorías puras del derecho*. Temis. 1983. Bogotá. (1975)
- Weber, Max. *Economía y sociedad*. Fondo de Cultura Económica. Bogotá: 1997. (1922)