

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
CENTRO UNIVERSITARIO DE ORIENTE
DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
DOCTORADO EN DERECHO

**“ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA TEORÍA PURA DEL
DERECHO Y LA TEORÍA ECOLÓGICA DEL DERECHO”**

TESIS DOCTORAL

M.Sc. MARÍA ROSELIA LIMA GARZA

CHIQUMULA, GUATEMALA, JULIO DE 2016

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
CENTRO UNIVERSITARIO DE ORIENTE
DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
DOCTORADO EN DERECHO

**“ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA TEORÍA PURA DEL
DERECHO Y LA TEORÍA EGOLÓGICA DEL DERECHO”**

Informe final de tesis para la obtención del grado de DOCTORA EN DERECHO, con base al NORMATIVO DE TESIS DE MAESTRÍA Y DOCTORADO, aprobado por el Consejo Directivo del Centro Universitario de Oriente, en el punto quinto del acta once guion dos mil catorce (11-2014), en la sesión ordinaria celebrada el dos de abril de dos mil catorce.

M.Sc. MARÍA ROSELIA LIMA GARZA

CHIQUMULA, GUATEMALA, JULIO DE 2016

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
CENTRO UNIVERSITARIO DE ORIENTE
DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
DOCTORADO EN DERECHO



RECTOR

Dr. CARLOS GUILLERMO ALVARADO CEREZO

CONSEJO DIRECTIVO DEL CENTRO UNIVERSITARIO DE ORIENTE

Presidente:	M.Sc. Nery Waldemar Galdámez Cabrera
Representantes de docentes:	M.Sc. José Leonidas Ortega Alvarado Lic. Zoot. Mario Roberto Suchini Ramírez
Representante de graduados:	Lic. Zoot. Oscar Augusto Guevara Paz
Representantes estudiantiles:	Br. Carla Marisol Peralta Lemus PAE. Alberto José España Pinto
Secretaria:	Licda. Marjorie Azucena González Cardona

COORDINADOR DEL DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

M.Sc. Mario Roberto Díaz Moscoso

JURADO EXAMINADOR

Presidente:	Dr. René Arturo Villegas Lara
Secretaria:	Dra. Gabriela Patricia Portillo Lemus
Vocal:	Dr. Melvin Giovanni Portillo Arévalo
Asesor de Tesis:	Dr. Jorge Mario Rodríguez Martínez

Guatemala, 20 de Septiembre de 2015.

MSc. Mario Roberto Díaz Moscoso
Director del Departamento de Postgrado
Centro Universitario de Oriente
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su despacho.

Estimado Maestro Díaz Moscoso,

El motivo de la presente es informarle, en mi calidad de asesor de tesis, que la doctoranda María Roselía Lima Garza ha concluido de manera satisfactoria su trabajo de tesis doctoral. Dicho trabajo, que lleva por título: **"Análisis Comparativo de la Teoría Pura del Derecho y la Teoría Ecológica del Derecho,"** esta listo para ser defendido por la doctoranda Lima Garza.

Me es grato compartirle que considero que dicha tesis defiende un punto digno de ser atendido en el campo de la teoría del derecho, en general, y de la historia del derecho, en especial en Latinoamérica. La autora aclara un punto que muestra el desarrollo del derecho latinoamericano: la polémica entre Hans Kelsen y Carlos Cossio. La aclaración de esta diferencia de opiniones es necesaria para comprender el desarrollo del derecho argentino, uno de los referentes de desarrollo del pensamiento jurídico latinoamericano.

La maestra Lima Garza trata de establecer las líneas de desarrollo que marcan la filosofía del derecho de Hans Kelsen y la del jurista argentino Carlos Cossio. Esta tesis hace evidente las dificultades que supone integrar, como quiso hacerlo Cossio, el enfoque ecológico con el enfoque kelseniano. El trabajo hace evidente que dicha dificultad deriva de que ambos enfoques hacen uso de paradigmas filosóficos que no son asimilables el uno al otro. En efecto, la filosofía del derecho de Kelsen demuestra la preeminencia del enfoque neokantiano, que busca las condiciones de posibilidad de un fenómeno, mientras que el acercamiento de Cossio se base en el paradigma fenomenológico, el cual se basa en un intento de acceder a la experiencia misma de las cosas. En el curso de su investigación, la maestra Lima Garza presenta detalles históricos y biográficos que permiten comprender el trasfondo de la polémica Kelsen-Cossio.

Para sostener el andamiaje de su disertación, la doctoranda Lima Garza presenta no sólo consideraciones doctrinales en el campo jurídico, sino también evidencia bibliográfica que entra en los detalles de su trabajo. Tratar estos temas no es fácil, debido al carácter sumamente abstracto de los puntos discutidos por Kelsen y Cossio.

Soy de la opinión de que la disertación doctoral de la maestra Lima Garza llena los requisitos metodológicos para su aprobación. Se investiga y se argumenta de manera adecuada para una tesis de doctorado. La bibliografía es adecuada y actualizada. Se presenta además, una narrativa histórica que permite situar el contexto del debate entre estos dos grandes autores del derecho universal.

Es necesario recalcar que este tema es de relevancia para nuestro contexto jurídico, más aun en una época como la nuestra, en la que es importante aclarar que el derecho latinoamericano ha brindado contribuciones al desarrollo del derecho mundial.

En este sentido, el trabajo de la maestra Lima Garza contribuye a una de las misiones de la Universidad de San Carlos de Guatemala: la aportación a la cultura nacional. Puede decirse, por lo demás, que el enfoque adoptado por la doctoranda Lima Garza promete contribuir al desarrollo de las ideas jurídicas en el ámbito latinoamericano.

En virtud de lo anterior, me permito entregar esta carta con el fin de que la doctoranda Lima Garza prosiga con los procedimientos establecidos en el departamento de estudios de Postgrados del Centro Universitario de Oriente, a fin de que se nombre al tribunal examinador respectivo.

Sin otro particular me suscribo de usted,

Atentamente,



Dr. Jorge Mario Rodríguez Martínez
Asesor de Tesis
Departamento de Escuela de Estudios de Postgrado
Centro Universitario de Oriente
Universidad de San Carlos de Guatemala

"Id y enseñad a todos."



UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
CENTRO UNIVERSITARIO DE ORIENTE
DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

CERTIFICACIÓN.ACTA.EPT.DEPG-15-2016

El Director del Departamento de Estudios de Postgrado del Centro Universitario de Oriente de la Universidad de San Carlos de Guatemala, **CERTIFICA:** que ha tenido a la vista el Libro de Actas de Exámenes Privados de Tesis, del Departamento de Estudios de Postgrado, del Centro Universitario de Oriente de la Universidad de San Carlos de Guatemala, folios veinticinco y veintiséis donde se encuentra el Acta EPT guion trece guion dos mil quince (ACTA EPT-13-2015), que copiada literalmente dice:-----

“Acta EPT-13-2015: En el salón J-9 de las instalaciones del Centro Universitario de Oriente, nos reunimos los miembros del Tribunal Examinador, integrado por: Doctor René Arturo Villegas Lara, (Presidente), Doctora Gabriela Patricia Portillo Lémus (Secretaria) y Doctor Melvin Giovanni Portillo Arevalo (Vocal), el día viernes seis de noviembre de dos mil quince (2015), siendo las diecinueve horas, para practicar el **EXAMEN PRIVADO DE TESIS DOCTORAL**, de la Maestra en Derecho Constitucional María Roselia Lima Garza, (Postulante), inscrita con carné No. **100007983**, en el programa de Doctorado en Derecho del Centro Universitario de Oriente, como requisito previo a optar el grado de **Doctora en Derecho en el Departamento de Estudios de Postgrado del Centro Universitario de Oriente.**-----

PRIMERO:Procedimos a efectuar el referido examen de conformidad con el **NORMATIVO DE TESIS DE MAESTRÍA Y DOCTORADO**, aprobado por el Consejo Directivo del Centro Universitario de Oriente, en el Punto Quinto del Acta once guion dos mil catorce (11-2014), en la sesión ordinaria celebrada el dos de abril de dos mil catorce y haber revisado que el informe de tesis cumple con lo establecido en el artículo sesenta y tres (63), Literal C, numeral uno (1) del Estatuto de la Universidad de San Carlos de Guatemala

SEGUNDO: El examen privado de tesis doctoral fue oral y consistió en la evaluación de los elementos técnico-formales y de contenido científico del informe final de la tesis intitulado: **“ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA TEORÍA PURA DEL DERECHO Y LA TEORÍA ECOLÓGICA DEL DERECHO”**, elaborado por la postulante Maestra en Ciencias María Roselia Lima Garza.-----

TERCERO: El resultado del examen fue **APROBADO** por **UNANIMIDAD** de votos. En fe de lo cual firmamos la presente acta, en el mismo lugar, siendo las veinte horas del día seis de noviembre de 2015. Damos fe”. Firmaron el acta Doctor René Arturo Villegas Lara, Doctora Gabriela Patricia Portillo Lémus, Doctor Melvin Giovanni Portillo Lémus y Maestra en Ciencias María Roselia Lima Garza.



**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
CENTRO UNIVERSITARIO DE ORIENTE
DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO**

Para los efectos que al interesado convengan, extendiendo y firmando la presente en la ciudad de Chiquimula, a tres días del mes de junio de dos mil dieciséis.


M.Sc. Mario Roberto Díaz Moscoso
Director

Departamento de Estudios de Postgrado
Centro Universitario de Oriente



D-TG-DD-053/2015

EL INFRASCRITO DIRECTOR DEL CENTRO UNIVERSITARIO DE ORIENTE DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, POR ESTE MEDIO HACE CONSTAR QUE: Conoció el Informe Final de Tesis de la maestra **MARÍA ROSELIA LIMA GARZA** titulado **“ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA TEORÍA PURA DEL DERECHO Y LA TEORÍA EGOLÓGICA DEL DERECHO”**, cumpliendo con lo establecido en el Capítulo III del Doctorado, Artículo 63 inciso c) numeral 3 del Estatuto de la Universidad de San Carlos de Guatemala y que cuenta con el aval de su Asesor y Coordinador del departamento de Estudios de Postgrados de esta Unidad Académica. Por tanto, la Dirección del CUNORI con base a las facultades que le otorga las Normas y Reglamentos de Legislación Universitaria **AUTORIZA** que el documento sea publicado como **Informe Final de Tesis** a Nivel de Grado, previo a obtener el título de **DOCTORA EN DERECHO**.

Se extiende la presente en la ciudad de Chiquimula, a uno de junio de dos mil dieciséis.

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”



MSc. Nery Waldemar Galdámez Cabrera
DIRECTOR
CUNORI - USAC



c.c. archivo

NWGC/ars

DEDICATORIA

A María Corina Garza Martínez, mi madre quien ha desempeñado los roles de padre y madre a lo largo de mi vida, gracias porque a través de tu esfuerzo y dedicación pude tener una formación académica a la cual ella nunca tuvo acceso.

A Rosdbin Evelio Corado Linares, mi esposo, gracias por el apoyo que siempre has sabido brindarme y la paciencia demostrada para tolerar mi temperamento.

A Diego Andrés, mi hijo y Liza Fernanda, mi hija, que mi esfuerzo continuo de formación académica, sea un ejemplo a seguir.

A mis primos, especialmente a Carlos Armando Escobar Garza, primas, sobrinos, sobrinas, tíos y tías.

A mis maestros del Doctorado en Derecho, especialmente al Dr. René Arturo Villegas Lara y al MSc. Ronaldo Porta España.

Al Doctor Jorge Mario Rodríguez Martínez, quien asesoró este trabajo.

A mis compañeras y compañeros de Maestría en Derecho Constitucional y del Doctorado en Derecho.

A la gloriosa Universidad de San Carlos de Guatemala
y al Centro Universitario de Oriente.

ÍNDICE GENERAL

Introducción	iv
--------------	----

CAPITULO I

Antecedentes de la Teoría Pura del Derecho y de la Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad

1. Antecedentes	1
1.1 Kant como antecedente de Kelsen	2
1.1.1 Principios básicos de la filosofía del derecho kantiana	6
1.1.2 Temas centrales de la filosofía del derecho de Kant	12
1.1.3 Influencia de la filosofía kantiana en el pensamiento kelseniano	21
1.2 Husserl y la fenomenología	26
1.2.1 Actitud fenomenológica de Husserl	27
1.2.2 Fenomenología del yo	29
1.2.3 Heidegger discípulo de Husserl	31
1.2.4 Influencia de la fenomenología Husserl en el pensamiento de Cossio	32

CAPITULO II

Hans Kelsen y su Teoría Pura del Derecho

2. Hans Kelsen y su Teoría Pura del Derecho	34
2.1 Reseña biográfica de Hans Kelsen	34
2.2 La Teoría Pura del derecho	41
2.2.1 Derecho y naturaleza	41
2.2.2 Derecho y moral	45
2.2.3 El Concepto de derecho y la teoría de la proposición jurídica	49
2.2.4 El dualismo de la teoría del derecho y su superación	58
2.2.5 El ordenamiento jurídico y su estructura jerárquica	68

2.2.6 La interpretación	79
2.2.7 Los métodos de creación del derecho	84
2.2.8 Derecho y Estado	86
2.2.9 Estado y Derecho Internacional	88

CAPITULO III

Carlos Cossio y su Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad

3.1 Reseña biográfica de Carlos Cossio	93
3.2 Influencias ideológicas en el pensamiento de Carlos Cossio	95
3.3 La Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad	98
3.3.1 El Juez y el Derecho	104
3.3.2 Intuición y conceptualización jurídica	109
3.3.3 La tarea de la filosofía del derecho en la Teoría Ecológica	110
3.3.4 La lógica jurídica trascendental	111
3.3.5 La aporía de la positividad en la teoría jurídica	112
3.3.5.1 La antinomia de la personalidad	115
3.3.5.2 La antinomia de la libertad	115
3.3.5.3 La antinomia de la vigencia	116
3.3.6 La egología en la ciencia del derecho	117
3.3.7 La axiología jurídica pura	122
3.3.8 La idea de la ciencia del derecho a través de sus concepciones históricas	123
3.3.9 Las especificaciones de la libertad en el derecho (dualidad del racionalismo)	124
3.3.10 Conducta y Derecho	125
3.3.11 Facultad y entuerto	126
3.3.12 Señorío e inordinación	127
3.3.13 Comisión y Omisión	128

CAPITULO IV

Teoría Pura del Derecho y Teoría Ecológica del Derecho “un enfoque comparativo”

4.1 Aspectos introductorios	135
4.2 ¿Cómo interpretó Cossio, la Teoría Pura del Derecho?	138
4.3. ¿Cómo interpretó Kelsen, la Teoría Ecológica del Derecho?	140
4.4. Aportes de la Teoría Pura del Derecho	146
4.4.1 Postulados o fundamentos teóricos inmersos en la obra Teoría Pura del Derecho	149
4.5 Aportes de la Teoría Ecológica del Derecho	151
4.6 Similitudes y diferencias entre ambas teorías	154
4.7 Consolidación de ambas teorías en el Derecho Contemporáneo	159
CONCLUSIÓN	165
BIBLIOGRAFÍA	168

INTRODUCCIÓN

La presente investigación tiene por objeto realizar un análisis descriptivo del contenido de las teorías denominadas “Teoría Pura del Derecho” y “Teoría Ecológica del Derecho”, para identificar sus diferencias y concordancias respecto a qué debemos entender por derecho y cuál debe ser el contenido de éste, partiendo del aporte de cada una de ellas.

La hipótesis planteada consiste en, establecer si la Teoría Pura del Derecho y la Teoría Ecológica del Derecho de Kelsen y Cossio, respectivamente, gravitan en el campo del derecho positivo; que sus postulados son complementarios; sin embargo, Cossio, minimiza el aporte de Kelsen a la solución del problema de la definición y contenido del Derecho; por su pretensión de purificarlo o apartarlo de estimaciones extralegales. Kelsen maximiza el formalismo jurídico, reduciendo el fenómeno jurídico, a la voluntad del Estado, expresado en normas formales, positivas, válidas y vigentes; así como el rigorismo metodológico, al eliminar todo elemento “metajurídico” del mundo del derecho, con la finalidad de lograr su autonomía de otras ciencias, entre ellas la moral y la sociología.

Hans Kelsen, autor de la Teoría Pura del Derecho indicó que, el derecho no lo produce la gente en sus relaciones espontáneas y cotidianas de convivencia, sino que se impone desde arriba, desde una institucionalización de la autoridad por encima de los individuos; por ello la normatividad social no estatal no es derecho.

Por el contrario, para Cossio, autor de la Teoría Ecológica del Derecho, el derecho es conducta espontánea y el Estado interviene en segunda instancia cuando falla la convivencia; el Estado debe sancionar y de ahí que la estructura de la norma es disyuntiva.

La Teoría Pura del Derecho y la Teoría Ecológica del Derecho son dos aportes teóricos que vienen del siglo pasado, siendo de referencia necesaria para los actuales estudiosos del Derecho, que continúan investigando en éste campo del conocimiento humano, con la pretensión de encontrar una definición más precisa y acabada de su contenido.

La estructura de esta investigación consta de cuatro capítulos. En el número I, se realiza un breve esbozo de los antecedentes de la Teoría Pura del Derecho y la Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad.

El capítulo II, denominado “Hans Kelsen y su Teoría Pura del Derecho”; desarrolla una breve reseña biográfica de uno de los máximos representantes del positivismo jurídico del siglo XX, jurista de origen judío, de nacionalidad vienesa; quien en el año de 1934 publicó una de sus contribuciones más importantes a la ciencia del Derecho, la cual denominada: *Teoría Pura del Derecho* (en alemán *Reine Rechtslehre*), obra que posteriormente reelaboró y publicó en el año de 1960 en los Estados Unidos de Norteamérica.

Desde sus inicios la Teoría Pura del Derecho ha tenido sus seguidores, críticos y opositores; sin embargo, aún es un referente teórico -filosófico de trascendencia, para los estudiosos del Derecho, respecto al contenido y finalidad del mismo.

Una de sus críticas más severas la soportó después de finalizada la Segunda Guerra Mundial, (conflicto militar a nivel global acaecido entre 1939 y 1945), por las diversas violaciones a los derechos humanos y abusos cometidos durante la misma, con especial referencia al conocido: “holocausto judío” cometido por los alemanes (nazis, al mando de Adolf Hitler), al aseverarse que dichos actos eran legales, es decir jurídicamente correctos, por su contenido y creación, lo cual no es aceptable para muchos estudiosos y especialmente para la comunidad internacional.

Aunado a ello también se le critica que dicha teoría es inaplicable en la realidad, al ser imposible abordar una ciencia social como lo es el Derecho, como ciencia natural, eliminando los elementos meta jurídicos del Derecho.

La Teoría Pura contiene IX capítulos en los que se abordan los temas: Derecho y Naturaleza, Derecho y Moral, El concepto de Derecho y la Teoría de la Proposición jurídica; el Dualismo de la Teoría del Derecho y su Superación; El Ordenamiento Jurídico y su Estructura Jerárquica; La Interpretación; Derecho y Estado; Estado y Derecho Internacional. En ellos el

autor pretende crear una teoría general del derecho “purificada”, por medio de su postulado de “pureza metodológica,” mismos que son analizados en el capítulo II de ésta tesis.

En el Capítulo III de éste trabajo, realizo una breve historia biográfica del Doctor Carlos Cossio y se analiza el contenido de su obra “La Teoría Egológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad.” En esta obra Cossio esboza su teoría denomina: “Teoría Egológica del Derecho”, la que es producto de su innegable intelecto, estudio crítico y riguroso de las obras filosóficas contemporáneas y que fue publicada por primera vez en el año de 1944, en la Ciudad de Buenos Aires, República de Argentina.

El Dr. Cossio, reconoce que su teoría es un producto ecléctico (a diferencia de Kelsen que pretendió que la suya fuese pura); en virtud que consideró necesario tomar aportes de distintos planteamientos filosóficos, entre ellos: el aporte fenomenológico de Husserl, en cuanto al concepto de “egología”; la clasificación y distinción de los objetos entre ideales y culturales; la importancia del “ego” o yo como ingrediente del existencialismo; y de la teoría pura del derecho, la que considera importante en el ámbito de la lógica jurídica formal.

Cossio pretende superar las imprecisiones o inconsistencias de que según él, adolece la Teoría Pura del Derecho de Kelsen, especialmente lo relativo al contenido del derecho, pues a diferencia de Kelsen, para Cossio el contenido del derecho no lo constituyen las normas jurídicas, sino la conducta humana en interferencia intersubjetiva.

Finalmente, en el capítulo IV se realiza un enfoque comparativo entre ambas teorías, además de exponer la interpretación que realizó Cossio de la Teoría Pura del Derecho y la respuesta de Kelsen a dicha interpretación.

CAPITULO I

ANTECEDENTES DE LA TEORÍA PURA DEL DERECHO Y DE LA TEORÍA EGOLÓGICA DEL DERECHO Y EL CONCEPTO JURÍDICO DE LIBERTAD

1. Antecedentes

Previo a realizar el análisis de la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen (1934) y la Teoría Ecológica del Derecho de Carlos Cossio (1944), daremos un panorama general del pensamiento filosófico-jurídico que incidió en el pensamiento de éstos dos juristas, que se relacionan con el filósofo alemán Immanuel Kant y con la filosofía alemana de los siglos XVIII y XIX.

La filosofía, entendida como la reflexión metódica que refleja la articulación del conocimiento, de los límites de la existencia y de los modos del ser, en su origen etimológico, posee un antecedente griego y se compone de dos vocablos: *philos* (“amor”) y *sophia* (“pensamiento, sabiduría, conocimiento”); significando: “amor por el conocimiento”.¹

Para los fines de la presente investigación nos circunscribimos a uno de los campos de estudio de la filosofía, como lo es “el derecho”.

Pero ¿qué es la filosofía jurídica o filosofía del derecho?

La Filosofía del Derecho en principio, es una rama de la filosofía general, por presentar los mismos caracteres. En ella se estudian las cuestiones más profundas y generales del derecho, accionando en una sistematización general del conocimiento humano, lo que nos permite comprender no sólo el sentido y significación de

¹ Definicion.de 18 diciembre 2015. <<http://definicion.de/filosofia/2010>>

lo jurídico, así como una concepción total del mundo y de la vida, para precisar el carácter y fundamentación de las disciplinas que lo toman por objeto.

1.1 Kant como antecedente de Kelsen

Por considerar, que en la filosofía de Kant encuentra su fundamento la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen, se expone en éste capítulo los rasgos más importantes de la filosofía kantiana.

No es posible, en el ámbito de la filosofía jurídica, abordar el tema de la Teoría Pura del Derecho sin hacer referencia al filósofo alemán, nacido en 1724, Immanuel Kant, quien se inicia con su conocida hipótesis relativa a establecer que la tierra y algunos otros planetas del sistema solar, nacieron de una nebulosa primaria, provocando una contradicción con el mito religioso de la creación del mundo por Dios, aunque posteriormente hizo una concesión a la religión, admitiendo la existencia de Dios y que éste finalizó su tarea en cuanto puso en movimiento las fuerzas de la naturaleza.

Kant, formuló un sistema filosófico que se caracterizó por una tendencia contradictoria igualitarista, que reunía preferencias heterogéneas y contradictorias, pretendiendo conciliar el materialismo y el idealismo y conseguir una alianza entre ambas corrientes del pensamiento. Algunos críticos consideran que, en principio, se presentaba como materialista, cuando afirmaba que fuera de nosotros existen cosas que excitan los órganos de nuestros sentidos y nos producen las tentaciones. Sin embargo, posteriormente argumentó que tales cosas (a las cuales el llamó “cosas en sí”) no podían ser conocidas ni concebidas por la razón humana. Desde luego, con esta opinión, es factible aseverar que se configuraba como un agnóstico e idealista.

Para Kant, la conciencia no puede conocer, sino que construye el objeto de su conocimiento. Al respecto, formuló un sistema propio de categorías lógicas de los conceptos más generales del pensamiento, entre ellos los de la causa y efecto, necesidad y causalidad, posibilidad y realidad, sosteniendo que los mismos no

reflejan la realidad, porque únicamente son categorías de nuestro intelecto. Partiendo de sus ideas se puede entender que el hombre da leyes y un orden determinado a la naturaleza a través de estos conceptos.

Para la dialéctica las contradicciones no pertenecen al mundo material, sino exclusivamente a la razón humana. Además, las contradicciones no pueden resolverse, tal el caso del entendimiento el cual es incapaz de distinguir si el mundo es finito o infinito.

Según Víctor Afanasiev, es válido aseverar que para Kant estas contradicciones irresolubles para el razonamiento, son una prueba de su incapacidad para conocer el mundo objetivo; considerando que el filósofo no supo entender la dialéctica objetiva de la realidad y tampoco pudo responder la cuestión de la existencia de Dios y de la inmortalidad del alma, porque dichas interrogantes gravitan en el ámbito de la fe.

En resumen, la filosofía kantiana redujo los límites de la ciencia para conservar la religión, la fe, lo que aceptó cuando dijo: “Me vi obligado a limitar la esfera del conocimiento para dar un sitio a la fe”.

Según Afanasiev, pese a esas limitaciones y contradicciones, Kant representa un trascendental avance en el pensamiento filosófico. Su hipótesis cosmogónica, sus investigaciones para llegar a determinar la capacidad cognitiva de la mente humana, su sistema de categorías lógicas y especialmente sus pensamientos dialécticos, influyeron decisivamente en el desarrollo filosófico posterior.²

No es exagerado indicar que ningún otro filósofo ha dado tanto a la filosofía, a la ciencia natural y a la ciencia del derecho como Kant; tampoco lo es afirmar que “la filosofía contemporánea debe ser fechada a partir de Kant”.³

² Víctor Afanasiev. Fundamentos de Filosofía. (México: Editorial Mexicanos Unidos, S.A. 1990). Págs. 33-35.

³ Herman Jean de Vleeschauwer, Historia de la Filosofía, La Filosofía Alemana de Leibniz a Hegel tr. por José María Artola Barrenechea (México: Editorial Siglo XXI, 1987) p. 166.

Un aporte fundamental a la ciencia del derecho que se debe de reconocer dentro del vasto aporte de la filosofía kantiana, fue su intento de comprobar que no puede haber un derecho natural racional válido, para todos los tiempos, ni para todos los seres humanos, porque el derecho en su contenido proviene, aunque sea parcialmente, de una realidad empírica, pues su fundamentación se realiza a través de términos racionales, esto es, en criterios derivados directamente de la razón que valen con total independencia de la realidad empírica.

En la actualidad, ocupa un lugar importante el movimiento filosófico denominado: “neokantismo,” que debe su aparecimiento a los excesos del positivismo, planteando regresar a Kant; es decir, retomar las tesis básicas del idealismo trascendental y tratar de explicar la realidad humana sobre la base de esos presupuestos.

Los planteamientos más relevantes del neokantismo son:

- a)** La concepción según la cual la realidad sólo puede concebirse como realidad del ser (empírica) o como realidad del deber ser (ideal), entiéndase sólo de una manera, nunca de las dos formas al mismo tiempo (tesis dualista del ser y deber ser);
- b)** La dirección del conocimiento determina el objeto de conocimiento, es decir, que el método crea, epistemológicamente, el objeto de conocimiento; a éste método, Kant lo denominó trascendental, el cual es tomado por los neokantianos como una de sus tesis más importantes; y,
- c)** Reconocer que no sólo la razón es fuente de conocimiento, sino también la experiencia; aseverando que los hechos empíricos son un medio importante para alcanzar la verdad.

Este último planteamiento del neokantismo coincide con el positivismo, al considerar que los hechos empíricos son parte esencial para alcanzar la verdad; tendiendo un puente al positivismo.

Continuando con el aporte de Kant a la ciencia del derecho, nombró a su filosofía como “crítica,” en oposición a la dogmática, la cual se forma de una crítica teórica, una crítica práctica y una crítica del juicio, expuestas en las tres obras publicadas entre 1781 y 1790, tituladas respectivamente: *Crítica de la Razón Pura* (*Kritik der reinen Vernunft*) publicada en 1781, con una segunda edición corregida en 1787), *Crítica de la Razón Práctica* (*Kritik der praktischen Vernunft* publicada en 1788) y *Crítica del Juicio* (*Kritik der Urteilskraft* publicada en 1790).⁴

Para José Ortega y Gasset, las tres obras anteriores son: “... las que mayor influjo han ejercido en los últimos ciento cincuenta años y *los libros en que ha bebido sus más fuertes esencias el mundo contemporáneo*”.⁵ Ello debido a que Kant supo ponerse a la altura de una época que para finales del siglo XVIII apenas comenzaba su gestación, tratando de ofrecer una respuesta integral y sistemática a las interrogantes que plantearon los grandes movimientos intelectuales de aquel momento: la Filosofía política de la Ilustración; la teoría del conocimiento del Empirismo representada básicamente por Hume y la física de Newton.

Uno de los temas importantes en la filosofía kantiana lo constituye el concepto de “las categorías”; las cuales se definen como esquemas con las cuales podemos pensar las cosas o formas universales de la actividad cognoscitiva del sujeto, representando el objeto pensado; es decir, el mundo exterior pensado de manera necesaria, como aparece en la conciencia después de haber sido aprehendido por los órganos de los sentidos y de las formas *a priori* del pensamiento.

Kant no ofrece un sistema de categorías, sino únicamente el proceso para que puedan ser creadas, ya que lo más importante no es el sistema en sí, sino los principios para crearlo. Tampoco expone la lógica sino los principios más generales y los contornos del objeto de la lógica.⁶

⁴ De Vleeschauwer, Op. Cit., p. 166.

⁵ José Ortega y Gasset. “Reflexiones de Centenario en: Kant, Hegel, Scheller”. Revista de Occidente :20, abril-mayo de 1924.

⁶ Ortega y Gasset, Op. Cit., p. 20.

Según Rojas Amandi, el conocimiento científico tropieza con la tarea de la síntesis teórica de los juicios experimentales. Entendiendo por juicios, las expresiones lingüísticas de las representaciones intelectuales; si estos pretenden ser universales y necesarios; es decir, si aspiran a poder ser confirmados por la experiencia de toda la humanidad y no poder ser refutados por la misma, deben ser, apriorísticos, es decir, susceptibles de ser confrontados con cualquier experiencia futura y no sólo con la pasada. Por otra parte, deben ser sintéticos, es decir, capaces de unir distintas ideas y de comprender la variedad en un solo acto de conocimiento. Kant no dudó que esos juicios existan, un ejemplo de los mismos son las matemáticas y ciencias naturales que se practican con base en las matemáticas.

1.1.1 Principios básicos de la filosofía del derecho kantiana

Herman Jean, citado por Rojas Amandi, refiere que Kant, al igual que Descartes, Pascal y Vico, llegó a la conclusión de que la conducta humana no puede ser estudiada partiendo de los mismos supuestos que la naturaleza. Ello porque los acontecimientos generados con base en las conductas, presuponen la existencia de reglas conforme a las que actúa la voluntad.⁷

Para Hegel, esos **principios** prácticos son juicios que contienen una determinación general de la voluntad, que tiene varias reglas prácticas. Los **orígenes** prácticos presuponen un objeto del deseo como el fundamento de la determinación de la voluntad, por lo que, son empíricos y de ellos no puede derivarse ninguna ley práctica, porque al ser prácticos, están bajo el **fundamento del** amor propio o de la propia felicidad. Por el contrario, una esencia racional piensa sus máximas como leyes generales prácticas, que sólo pueden pensarse como **inicios** que no contienen a la materia, sino, según la forma contienen el fundamento de determinación de la voluntad.

⁷ Víctor Manuel Rojas Amandi. “La filosofía del derecho de Immanuel Kant”. Instituto de Investigaciones Jurídicas, de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. (242):170, 2004.

Derivado de lo anterior, Kant dice que la razón no puede sustituir a la experiencia en la forma en que se puede aprender a ser más feliz, satisfacer mejor los deseos; por el contrario, indica de qué forma nos tenemos que comportar, aunque no tengamos la experiencia y sin consideración de las ventajas y desventajas que de tal comportamiento pudiera derivarse, coligiéndose que para él la filosofía no puede ofrecer una teoría de los aspectos estrictamente prácticos de la conducta, sino una teoría moral práctica.⁸

Cabe recordar que la teoría moral práctica kantiana pretendió encontrar el fundamento racional del fenómeno moral y no construir un nuevo sistema de moral. Por ello no abordó los problemas objetivos materiales, los que sí fueron estudiados por la escuela del derecho natural racionalista; sino que, por el contrario, estudió los problemas de la moralidad subjetiva, teniendo como principio de todas las leyes morales la autonomía de la voluntad del ser humano, además de considerar a la persona moral como un fin en sí misma y no como medio para objetivos externos.

Para Kant, las “leyes” son los principios *a priori* de las reglas que rigen las conductas; y sólo serán válidas cuando puedan ser vistas y fundamentadas *a priori*. Por ello, “la ley moral” es como un principio formal del uso práctico de la razón.

En razón de lo anterior, es válido indicar que, para Kant, la experiencia no es una fuente de conocimiento necesario y por lo tanto no puede servir en el orden moral, para proporcionar una base suficiente al pensamiento normativo; es decir, la moral no es una ciencia social, sino una disciplina racional; por ello, no analiza los principios de las relaciones sociales entre los individuos de un grupo social que se encuentran condicionadas por factores de tipo político, económico o religioso.⁹ Sin embargo, estableció los principios bajo los cuales se pueden relacionar los entes racionales cuyo único contenido es la libertad.

⁸ Jorge Guillermo Federico Hegel. Lecciones sobre la historia de la Filosofía III, tr. Por Wenceslao Roces. (México: Fondo de Cultura Económica, 1985), p. 447.

⁹ De Vleeschauwer, Op. Cit., pp. 74, 208-9, 215.

Descrito el panorama general en el cual se desarrolla la filosofía del derecho de Kant, es importante hacer un análisis de los principios básicos o fundamentales de su teoría moral práctica y de los tres conceptos inmersos en ella: La libertad, el imperativo categórico y la autonomía de la voluntad.

Los tres principios básicos de la teoría moral práctica de Kant, se explican así:

a) La libertad

Según Rojas Amandi, en Kant el concepto de libertad¹⁰ es un concepto de razón puro que tiene una realidad trascendente, que no posee un valor como principio constitutivo, únicamente como principio regulador; es decir, la libertad, tiene que ser presupuesta como propiedad de la voluntad de toda esencia racional. Si se analiza el aspecto moral y el jurídico, la libertad siempre será concebida como la facultad independiente de otra persona, consistente para la razón práctica en la cual puede coexistir con la libertad de cada uno según una ley general.

La libertad, como traducción del **término** griego autonomía, si se la toma literalmente, significa “auto legislación”; lo cual no elimina la ambivalencia que tiene lugar cuando se refiere a lo que aparentemente es su contrario: “nomos” que significa, ley. Ello obedece a que el carácter forzoso de la ley parece dar lugar a la ausencia de libertad. En el mundo del derecho la ley obliga a conductas u omisiones, y en el derecho natural son determinismos causales en los cuales existe una sucesión de causa y efecto. Para la voluntad no existe otro fin que el obtenido de ella misma, el fin de su libertad.

¹⁰ Rojas Amandi. Op. Cit. p. 172

Según Hegel, Kant arriba a esa conclusión cuando se apropia de la idea de Juan Jacobo Rousseau, de que la voluntad es libre en y para sí; además, el hombre lleva en sí mismo la ley moral cuyo principio es la libertad y la autonomía de la voluntad.¹¹

Hegel indica que la autonomía en el pensamiento kantiano es concebida como una libertad garantizada, dependiente del reconocimiento y plausibilidad a través de otra persona, la cual puede verse lesionada cuando otra la utilice como objeto de su interés particular, es decir, que no la respete como un objeto en sí mismo. Además, la libertad puede ser considerada de tres formas frente a la razón práctica. 1) La voluntad libre para sí que se determina; pero este algo concreto es todavía abstracto"; 2) La relación entre el concepto de la voluntad y la voluntad particular del individuo. Esto es lo mismo que el individuo sea un hombre nuevo; y 3) "Lo supremo concreto, el concepto de la libertad de todos los hombres, de tal modo que el mundo natural debe hallarse en armonía con el concepto de libertad".¹²

Rojas Amandi, en lo que respecta a las relaciones entre la libertad y la moral, en la filosofía de Kant, indica que, "la libertad es la razón de ser que constituye la moralidad, en cambio la ley moral es la razón de conocer, que nos revela la libertad; de lo anterior resulta que, la moralidad se asemeja más a ser el resultado y no el factor decisivo de la libertad; porque la moral finaliza en la idea del bien; por ello todos los sistemas morales principian con esta idea de deducir de ella la ley moral"¹³.

b) El imperativo categórico

El concepto y la medida más elevada de todas las conductas sociales responde al imperativo categórico y cuando se pregunta por la última causa, por la que el concepto y dicha medida pueden actuar, responde con la auto legislación o autonomía de la voluntad. La condición de posibilidad para actuar moralmente, es el

¹¹ Hegel, Op. Cit., pp. 443-445.

¹² Hegel, Op. Cit., pp. 443-447.

¹³ Rojas Amandi, Op. Cit., P. 174.

principio de subjetividad moral, que radica en la capacidad de determinarse así mismo de acuerdo con principios autolegisados. Afirma que el imperativo categórico contiene el concepto y la ley bajo las cuales se encuentra la autonomía de la voluntad, que hace posible el cumplimiento de las exigencias que impone el imperativo categórico. Para Kant, el imperativo es la expresión lingüística de un deber ser a través de la cual se muestra la relación de una ley objetiva de la razón con una voluntad. Todo imperativo se expresa a través de un deber ser; de manera que el categórico se constituye como una regla cuya representación hace necesaria una conducta subjetiva y causal. Todos los imperativos mandan algo ya sea en forma hipotética o categóricamente.

Los imperativos hipotéticos presentan la necesidad práctica de una posible acción por sí misma sin referencia a otro fin; el categórico ordena una acción que es buena en sí misma y que por lo mismo es objetivamente necesario. El imperativo tiene validez a priori e incondicionada, por ello constituye una regla la cual hace necesaria una conducta subjetiva y causal, donde el sujeto representa y donde necesariamente llega a ser por dicha regla. La totalidad de imperativos mandan u ordenan algo en forma hipotética o categórica. Los imperativos hipotéticos poseen la necesidad práctica de una acción posible como un medio para lograr algo más que queremos y no tenemos.

Los imperativos categóricos, son aquellos que se presentan en forma objetiva y necesaria en una acción por sí misma, sin referirse a otro fin. Entonces, el imperativo categórico ordena una acción que es buena en sí y que, por tanto, es objetivamente necesaria; tiene validez *a priori* e incondicionada; no es aquello que se representa en forma mediata un objetivo que puede ser alcanzado con la conducta, sino, por el contrario, el que piensa la conducta a través de la simple representación de la conducta misma, entiéndase, en forma inmediata como objetiva la cual convierte en necesaria.¹⁴

¹⁴ Immanuel Kant, La Metafísica de las Costumbres, (Madrid : Editorial Tecnos 1989), p. 57.

El imperativo categórico kantiano, posee cuatro formulaciones:

1. “Actúa siempre de tal manera que la máxima —o el motivo subjetivo— de tus actos pueda convertirse en principio de legislación universal”; 2. “Actúa de tal forma como si la máxima de tu conducta debiera llegar a ser por medio de tu voluntad una ley natural general;” 3. “Actúa siempre de tal modo que no trates la naturaleza humana, ni en ti ni en los demás, como un medio, sino como un fin en sí;” y 4. “No realizar ninguna conducta con base a otra máxima, más que con la que pueda existir la posibilidad de que pueda llegar a ser una ley general”.¹⁵ Estas cuatro formulaciones son una especie de teoría procesal de la justicia, porque únicamente representan un procedimiento formal del pensamiento y no un principio de contenido moral. Además, por medio de su imperativo, Kant convierte a todo hombre en legislador; lo que es posible a través de la idea de que la libertad transforma al ser humano, en parte de un mundo de sentido, según el cual debe suceder lo que establece un deber categórico en un juicio sintético a priori.

c) La autonomía de la voluntad

Kant, soluciona el dilema de la estructura de la voluntad moral en dos momentos. En su “Crítica de la Razón Pura”, elimina todas las máximas que provienen de una voluntad no ética; por la otra, para las demás máximas desarrolla el contenido positivo: la autonomía. Esta aseveración en dos orientaciones es el sentido estricto trascendental, la cual persigue las condiciones a priori que hacen realizable a la moralidad.

Supone que el deseo y el ánimo no se encuentra únicamente en el campo sensorial: la comida, la sexualidad, entre otros; también se encuentran en las alegrías del espíritu, las actividades del intelecto, creativas o sociales. Por ello considera que es necesario marcar la diferencia entre las apetencias inferiores –sensoriales- de las superiores –espirituales- para poder fundamentar la ética. Concluye que todas las conductas que se experimentan a través de la esperanza de satisfacción y el temor

¹⁵ Rojas Amandi, Op. Cit., p.176

al sufrimiento, dolor o frustración, las recibe la voluntad desde afuera, a través de lo sensorial, no de la razón, por eso son empíricas. Únicamente por medio de la experiencia podemos saber lo que deseamos y si hemos alcanzado el objeto del deseo: la salud, la riqueza, las actividades recreativas, artísticas o deportivas vienen fusionadas a la satisfacción o, a la decepción y al sufrimiento. Estas experiencias aunque pueden ser en el mejor de los supuestos generales, jamás ostentarán validez universal, en consecuencia de los fundamentos de determinación general no se puede derivar ninguna ley práctica para la que resulte necesaria la universalidad estricta.

1.1.2 Temas centrales de la filosofía del derecho de Kant

Los grandes temas que aborda Kant para la Filosofía del Derecho, se encuentran, además de la ley; la obligación, el concepto de derecho, la justicia, el derecho y la moral, el derecho natural y el derecho positivo, derecho y fuerza, ser y deber ser y legalidad y legitimidad.

a) La ley

La ley es concebida como un imperativo categórico contenido en un juicio.¹⁶ Establece una diferencia entre ésta y la máxima, al asegurar que de la voluntad deriva la ley y de la arbitrariedad la máxima. Según Kant, es un principio moral el que nos obliga a obedecer la ley; estando pendiente definir lo que la ley es en sí y si un ser humano será considerado como moral únicamente porque respeta la ley.

De lo anterior, se puede asumir, que para Kant, la ley tiene tres características fundamentales: universalidad, mandato y esencia formal. Además, la ley posee la característica de universalidad, lo que implica que debe aplicarse sin excepción en todos los casos, (verbigracia, la ley natural, tiene que ser válida para todos los sucesos, para todos los tiempos y todos los países). La orden o el mandato como segunda característica de la ley según Kant, puede ser analizada como un objeto de

¹⁶ Kant, Op. Cit., p. 63.

observancia o de respecto, llevando implícita una orden, y ésta el hombre moral buscará obedecerla, independientemente del efecto material que dicho cumplimiento pudiera traer en su perjuicio.

b) La obligación

La obligación es definida como la necesidad de una conducta libre por respeto a la ley; es decir, con base en un imperativo categórico de razón. En consecuencia, una conducta que se realiza porque es obligatoria tiene su valor moral no la intención que determina que la misma debe ser realizada, sino, por el contrario, en la máxima que la motiva; es decir, no depende de la realidad de la existencia de la conducta, sino del principio de la voluntad según el cual se realiza la conducta.

La obligación jurídica ostenta tres elementos: **a)** relación de cómo las acciones de una persona pueden tener influencia sobre otras acciones; **b)** relación del arbitrio de uno con el arbitrio de otro **y**; **c)** no se toma en consideración la materia del arbitrio. Sin embargo, los deberes únicamente pueden ser de dos clases, de derecho y de virtud; los primeros se caracterizan porque su legislación es exterior y los segundos no pueden someterse a una legislación exterior pues su fin es al mismo tiempo un deber. No siendo deseable el choque entre deberes y obligaciones, y cuando ocurra debe subsistir la obligación más fuerte.

c) El concepto de derecho

Según Kant, debe vincularse a la conducta externa de los hombres con la razón. Siendo este en consecuencia un concepto de las condiciones bajo las cuales pueden ser unidos el arbitrio de uno con el arbitrio de otro, según una ley general de libertad. Aquí se pueden reconocer tres elementos del derecho: el arbitrio, la ley general de la libertad y las condiciones de la unión entre el arbitrio y la ley general de la libertad.

c.1) El Arbitrio, debe ser entendido como la capacidad de hacer u omitir a placer una determinada conducta Kant denomina “arbitrio”, asegurando que el arbitrio propio no es independiente del arbitrio del ajeno y que el derecho no es una relación

unilateral sino un compromiso con respuesta recíproca; por lo que no constituye poder de un sujeto, sino convergencia de por lo menos dos albedríos libres.

c.2) La ley general de libertad la define como lo general que se coloca bajo lo especial de las pretensiones o aspiraciones humanas que al hombre se le dan por razón. Se puntualiza que para la relación jurídica los motivos y los fines de las partes son indiferentes; se pretende acoplar dos libertades, de modo que el acoplamiento sea expresión de la libertad.¹⁷

c.3) Las condiciones de unión entre el arbitrio y la ley general de libertad, constituyen el tercer elemento del concepto derecho y consiste en la capacidad de obligar; ello porque el arbitrio se determina en el derecho con fundamento en el principio de la posibilidad de una fuerza exterior que puede coexistir con la libertad de cada individuo según una ley general. Por su parte la fuerza es la que mantiene el libre arbitrio dentro de los límites que establece la ley general de libertad, siendo la motivación exterior de las conductas jurídicas. Kant concluye por ello que: “El Derecho está unido con la potestad de obligar”. En consecuencia, el derecho y la facultad de obligar son una y la misma cosa.

El único derecho originario del hombre, que le corresponde debido a su naturaleza humana, es la libertad y las demás facultades existen en el principio de la libertad y en efecto no son fuera de la misma nada, no se pueden diferenciar de ella. Las leyes para Kant proceden de la voluntad, la ley no es ni libre ni no libre, pues sólo se relaciona a la legislación de las máximas para las acciones, por lo que sólo sería necesaria.

Las máximas jurídicas de Ulpiano a las que Kant reconoce un valor racional *a priori* en el Derecho son: 1. “Sé hombre honrado” —*honeste vive*—. “La honradez en el Derecho consiste en mantener en las relaciones con los demás hombres la dignidad humana” — “No te entregues a los demás como instrumento puramente pasivo;

¹⁷ Norbert Brieskorn, Filosofía del Derecho, tr. por Claudio Gancho. (Barcelona : Editorial Herder. 1993), p. 50.

procura ser para ellos al mismo tiempo un fin”—. 2. “No hagas daño a tercero” —*nemienem loede*—. 3. “Entra con los hombres en una sociedad en que cada uno pueda conservar lo que le pertenece” —*suum cuique tribue*—.¹⁸ Según el pensamiento de Kant el derecho puede ser clasificado a nivel macro o científico y a nivel micro o empírico. Al concebir el derecho como ciencia lo divide en derecho natural y derecho positivo, considerando que el primero se fundamenta en principios a priori y el segundo en principios a posteriori. Al referirse al derecho como facultad, distingue entre el natural y el adquirido, considerando que al primero se refiere a un aspecto interno y el segundo presupone un acto de derecho externo.

d) La justicia

Según Kant toda acción será justa si es capaz por sí misma o por su máxima, no ser un obstáculo a la conformidad de la libertad del arbitrio de todos con la libertad de cada uno según leyes universales. De lo anterior se colige que para Kant, la determinación si las leyes son justas no podrá resolverla un jurista, a menos que se separe de principios empíricos y se busque el origen de estos juicios en la razón, porque solo de esta forma, se pueden establecer los fundamentos de una legislación positiva posible.

e) El derecho y la moral

Estos se distinguen, no a través de la diferencia de la naturaleza o del contenido de sus obligaciones, sino a través de las peculiaridades de la legislación de cada una de ellas. Esto lo hace con el diferente tipo de relación que se establece entre la motivación, que representa objetivamente y de manera necesaria la conducta que debe suceder; en consecuencia la legislación está conformada por la ley y la motivación.¹⁹

Según Kant, siendo el concepto del deber la fuente de las obligaciones morales y jurídicas que establece la ley, es ésta la determinación más importante de la razón

¹⁸ Rojas Amandi, Op. Cit., p. 187.

¹⁹ Kant, Op. Cit., p. 52.

práctica, porque el deber es la forma *a priori* de todo juicio moral y del derecho y de toda valoración ética y jurídica,²⁰ no pudiendo sostenerse ninguna conducta por obligatoria debido a que se trate de mandamientos divinos, a que nosotros nos encontramos internamente obligados.

Así mismo, considera que la obligatoriedad de una conducta en ningún sentido implica una realización necesaria y causal de la misma, que elimine de antemano la posibilidad de contradicción a lo exigido, en virtud que ello eliminaría la posibilidad de hablar de una moral. Es aquí cómo la libertad para la auto legislación (autonomía) representa el punto fundamental de la moral kantiana, sosteniendo que la autonomía de la voluntad es el único principio de todas las leyes morales.²¹ En consecuencia, es la ley fundamental de la razón práctica (autodeterminación y autolegislación), la que nos remite a la libertad de contradicción formal de la razón y se mantiene libre de criterios externos.

La diferencia que según Kant existe entre moral y derecho, es a través de las peculiaridades de la legislación de cada una de ellas y no diferencia de la naturaleza o del contenido de sus obligaciones. Es decir, con fundamento en el diferente tipo de relación que se establece entre la motivación que vincula subjetivamente el fundamento de la determinación de la arbitrariedad de la conducta con la razón del sujeto y con la ley (que representa objetivamente y de manera necesaria la conducta que debe suceder). Además, la fuente de donde se inspira la motivación debe ser llamada legislación y el diferente tipo de legislación es lo que diferencia el derecho de la moral. Para él, debido a que la legislación moral encierra la motivación de la conducta en la ley, no puede ser algo exterior, como lo son las obligaciones que tenemos frente a los demás, que lo prescriben las legislaciones externas. Por el contrario, toma a las obligaciones en su legislación como motivación de la conducta. Además, contrapone a la legislación interior de la moral, fundamentada en la razón, la legislación exterior del derecho válido que tiene el poder de obligarnos

²⁰ Hermann Kantorowicz, La definición del derecho, (México: Colofón, 1994), p. 209.

²¹ Rojas Amandi, Op. Cit., p. 188.

forzosamente. Porque tanto en el derecho, la ley y la obligación figuran como dadas pues han sido creadas e impuestas por autoridades externas y diferentes del individuo.²²

El contacto entre el derecho y moral se establece cuando en la filosofía práctica se acostumbra denominar a la moral como la teoría de las obligaciones y no como teoría del derecho, debido a que esta tiene su fundamento en aquella. En consecuencia, para Kant la legislación moral es la que no puede ser externa y la jurídica sí. Entonces se puede aseverar que, entiende al derecho como elemento complementario de la moral, lo que no implica que pretendió construir un sistema jurídico autónomo y despojar de moralidad al derecho, sino por el contrario, despojar al derecho del cometido de tener que servir directamente a la moralidad.

f) El derecho natural y derecho positivo

Kant pensó que una teoría puramente positiva del Derecho es insuficiente para demostrar en su real magnitud la esencia del Derecho. Sostuvo que, “una teoría del Derecho empírica es una cabeza que puede ser bella pero que desgraciadamente no tiene cerebro.”²³

Consideró que una legislación externa puede contener leyes positivas; pero el contenido de las mismas debe estar precedido de una ley natural, la que debe servir de fundamento a la autoridad del legislador, es decir, la facultad de hacer su arbitrio obligatorio para otros.

Por ello asegura que, el legislador es el autor de la obligación por la ley, pero no autor de la ley; ello porque encuentra la facultad moral de obligar a los demás por su simple voluntad. Cuando, en cambio, la obligación no obligaría sin una ley exterior

²² Kant, Op. Cit., pp. 52-54.

²³ Kant, Op. Cit., p. 98.

real estamos ante las leyes positivas. En este caso el legislador es autor de la ley y de la obligación, por lo que ésta es arbitraria y contingente.

g) El derecho y fuerza

Para Kant, el uso de la fuerza se justifica para hacer respetar al derecho; señala además que, cuando el ejercicio de la libertad de uno significa un límite a la libertad de otro según una ley general, la fuerza que se opone a dicha conducta tiene como finalidad hacer posible el ejercicio de la libertad según una ley general.

En este caso la resistencia que se le opone a una conducta que se determinada por el arbitrio, pero que no es conforme con una ley general de libertad, debido a que se dirige a ser ceder el obstáculo a la libertad se encuentra conforme a la libertad según leyes generales y por lo tanto es justa.

Siendo entonces que, el ejercicio de la fuerza en el derecho es coincidente necesariamente con el principio de la libertad universal; por lo anterior el derecho y más concretamente la posibilidad del uso de la fuerza, es un instrumento de garantía de la libertad.²⁴

En consecuencia, se observa que para Kant la fuerza del derecho adquiere el carácter de medio, alrededor del cual se cohesiona una sociedad, con lo cual pretendió fundamentar que, tanto en el estado de naturaleza, como en el de anarquía, cada quien tiene tanto su libertad de acción como la facultad de ejercer la fuerza y cuando dicha fuerza es utilizada por cada persona esta se vuelve juez de su propia causa, lo que implicaría arribar al mayor estado de injusticia, lo cual impediría la cohesión o unión social; derivando esto en la causa que propicia el nacimiento del Estado.

Es decir que para Kant, el Estado surge por la transición que se da del estado natural al estado de predominio del derecho público, donde el derecho se determina

²⁴ Rojas Amandi, Op. Cit., pp. 191-194.

mediante una justicia pública distributiva y se asegura por el uso de la fuerza; misma que se configura como la motivación exterior de las conductas jurídicas; porque el derecho tiene por objeto limitar las conductas externas y, por lo tanto, sólo se piensa como instrumento de la fuerza.

h) Ser y deber ser

Es un dualismo que afirma la existencia de dos principios supremos. Para Kant no existe un dualismo radical entre los dos conceptos del “ser” y “deber ser,” porque para él la norma moral, es válida para los hombres, porque surge de su voluntad como inteligencia. Las normas sólo pueden ser impuestas por un acto nacido del querer: de la voluntad surgen las leyes. Por ello la razón práctica es voluntad y se representa como legisladora; ordena, manda como debe actuarse y solamente ella prescribe al ser sensato el deber ser.

El deber ser moral es un querer necesario, propio del hombre como miembro de una mundo accesible. Sobre esto Kant reconoce que las normas sólo pueden ser impuestas por un acto que nace del querer. El deber ser moral, entonces, se erige en un querer necesario propio del hombre. Además, la razón práctica es voluntad. Por ello puede representarse como legisladora. Esta es la que ordena y nos manda cómo debemos actuar, siendo ella la única que prescribe al ser sensato el deber ser.

i) Legalidad y legitimidad

Según Kant, en su obra “Metafísica de las Costumbres”, existe una relación entre legalidad y legitimidad, estableciendo que la coincidencia de una conducta con la obligación legal es lo que se denomina: legalidad. Para la legitimidad debemos recurrir al concepto de la moralidad; es decir, a la consideración de las conductas que resulten conformes con las normas de la moral, siendo de esta manera que la legalidad tendrá que ver con las consecuencia de las conductas según lo prescrito en la ley producto de la voluntad y la legitimidad con las máximas de las conductas que derivan del libre arbitrio.²⁵

²⁵ Kant, Op. Cit., p. 61.

Estos dos conceptos en la filosofía guardan una relación muy estrecha porque debe existir coincidencia de una conducta con la obligación legal, la cual denomina el autor, legalidad. Por legitimidad se debe entender un concepto que tiene relación con la moralidad; esto es, a la consideración de las conductas que resulten conformes con las normas de la moral. Por otra parte, la legalidad tiene que ver con los resultados o consecuencias de las conductas según lo prescrito en la ley producto de la voluntad y la legitimidad con las máximas de las conductas que derivan del libre arbitrio. Se puede afirmar que, la legitimidad tiene la pretensión de la validez de los valores y la dimensión jurídica de la legalidad y la pretensión de la validez de las leyes. Entonces la legalidad siempre será una instancia subordinada a la legitimidad, que ordena el juicio moral a través de la valoración de la conducta.

En consecuencia, para Kant la legalidad se relaciona con las consecuencias de las conductas prescritas legalmente, producto de la voluntad y la legitimidad con las máximas de la conducta que derivan del arbitrio. Con la anterior diferencia se puede aseverar que la legitimidad tiene la pretensión de la validez de los valores; y la dimensión jurídica de la legalidad, la pretensión de validez de la ley.

Según el tratadista, Virgilio Ruiz Rodríguez, la corriente filosófica denominada racionalismo jurídico aplicó al derecho el método matemático propuesto por Descartes, básicamente en las progresiones matemáticas cuando se conocen los dos o tres primeros términos, es fácil determinar los restantes. Este fue el método que utilizó también la escuela racionalista del derecho natural, la que partió de principios inmutables del orden natural, intentando construir racionalmente un orden de derecho, como si la ciencia jurídica pudiera prescindir de la realidad histórica y social.

Dentro de esta corriente del racionalismo jurídico, se puede ubicar al filósofo alemán Immanuel Kant, pues para él toda ciencia es producto de nuestra razón y la misma no responde a relaciones objetivas de las cosas. Además, la filosofía kantiana arriba

a un subjetivismo radical y evidente individualismo. Para Kant, el hombre no conoce otro legislador de sus normas de conducta que así mismo, porque la autonomía de la voluntad es el principio que constituye la voluntad por lo cual es ella para sí misma una ley. Además, la autonomía es el fundamento de la divinidad de la naturaleza humana y de toda naturaleza racional. Considera que el orden jurídico toma su fuerza de la ley humana la cual no obliga en conciencia, sino jurídicamente.²⁶

1.1.3 Influencia de la filosofía kantiana en el pensamiento kelseniano

Entre los autores que consideran que, la Filosofía de Kant influyó en la tesis de Kelsen expuesta en su Teoría Pura del Derecho se encuentra el profesor Oriester Abarca Hernández.

El autor citado indica que Kant, trabajó arduamente por superar todo dualismo existente entre racionalidad y práctica; consideró que la práctica debe fundarse en la primera y que todo pensar filosófico debe girar en torno al sujeto y no al objeto, indicando que no se puede concebir en el sistema crítico un dualismo razón-práctica, porque éste adopta un punto de vista de totalidad, siendo este el gran aporte de esta filosofía y el motivo de su actualidad, pese a que en muchas ocasiones ha sido interpretada en forma errónea.

Dentro de los puntos de encuentro o convergencia entre Kant y Kelsen, tenemos en que éste último también basó su teoría del derecho en una epistemología y antropología. Por ejemplo, consideró que el concepto es una función del conocimiento como componente racional de la conciencia, mientras la norma no es sino una función del componente emocional de la conciencia, es decir, de la voluntad.

²⁶ Virgilio Ruiz Rodríguez. Filosofía del Derecho. (1 ed., México : Instituto Editorial del Estado de México, 2009), pp. 56-57

Sin embargo, también es de tener en cuenta que para Kelsen la norma pertenece a la conciencia como volición y no a la conciencia epistemológica; esto abre un ineludible abismo entre voluntad y razón, una separación inconcebible desde la perspectiva kantiana. La voluntad aparece entonces como algo exclusivamente irracional. Además, el concepto de razón práctica es contradictorio e intrínsecamente inconsecuente, resultando ser en este punto, un autor antípoda del criticismo, al negar cualquier posibilidad a la razón práctica como fundamento de una teoría del derecho.

Kelsen se acerca a Kant en cuanto al formalismo que asume su teoría del derecho, pero, a la vez, se distancia notablemente al desterrar el derecho del ámbito de la ética mientras Kant ubica el derecho en la moral; para éste el derecho es una forma pura, pero al ser una obligación racionalmente deducida pertenece a la ética y, al poder cumplirse lo establecido por la norma por el solo sentido del deber, puede también ser moral.

Para Kelsen un ordenamiento jurídico injusto continúa siendo válido sustancialmente, porque puede ser considerado justo *desde otro punto de vista*. En consecuencia, carece de todo sentido hablar de *derecho natural*, porque si es derecho pertenece al *deber ser* y si es natural, pertenece al *ser*, coexistencia que resulta imposible en la teoría pura del derecho. En Kant, y especialmente en Hegel, por ser su planteamiento idealista, no resulta pensable una disgregación de la razón y la voluntad, si bien Kant y Kelsen coinciden en cuanto reciben la tradición alemana de la obediencia a la legalidad, independientemente de que ésta sea justa o no. Se diferencian, no obstante, en cuanto a su fundamentación.

Kant afirma que la legitimidad de todo derecho positivo radica en que el pueblo pueda dar su consentimiento; en que ese derecho pueda representar la voluntad popular. Igualmente la legitimidad es formal y no se refiere al contenido del derecho positivizado sino a la sola posibilidad (no al hecho) de que el pueblo pueda también haberlo acordado. La insistencia ilustrada de que el derecho positivo debe emanar de

la voluntad popular representada fue, lo que dio origen al planteamiento de que basta con que el legislador siga un procedimiento preestablecido para que la norma jurídica sea también legítima. En cierto modo, Kelsen también es un *descendiente* de Kant.²⁷

Otro antecedente kantiano en el pensamiento kelseniano lo podemos encontrar en la pureza del método para estudiar el derecho siendo esta una idea que se encuentra en el marco de las cuestiones metodológicas y epistemológicas. El kantismo fue quien introdujo la idea de que todas las formas de conocimiento, especialmente el de las ciencias, tienen la necesidad, si no quieren caer en la confusión, en el tratamiento de sus respectivas materias, delimitar perfectamente su objeto de conocimiento y su método para conocer dicho objeto.

En otras palabras, para el kantismo toda forma de conocimiento y concretamente el de la ciencia, se encuentra obligado por las exigencias de rigor y de la precisión a presentar primero su método propio, depurado de cualquier contaminación con los métodos de otras ciencias, y a partir del método perfectamente definido; en segundo lugar y en íntima conexión con él, **encuadrar** el objeto de su actividad en el campo de observación y análisis, línea de pensamiento que se materializa en la obra *Teoría Pura del Derecho* de Kelsen, en la cual se enfatiza que se trata de **definir** claramente el objeto de su conocimiento enfrentándose a las dos direcciones en que el sincretismo metódico ha dañado su independencia.

Lo anterior fue justamente el propósito de Kelsen, al crear una teoría depurada del derecho; aplicando para ello el método normativo que tiene como objeto el derecho entendido como un sistema de normas.

Respecto al nexo lógico existente entre el supuesto ilícito y la consecuencia jurídica, ser o deber ser, es el deber o el deber-ser el verbo que caracteriza a toda norma de cualquier género que sea y también a la norma jurídica.

²⁷ Oriester Abarca Hernández. “Influjo de Kant en algunos pensadores políticos del siglo XX: Luhmann, Habermas y Kelsen”. *Revista Intersedes Universidad de Costa Rica*. 7(10): 7-14. 2005.

La norma moral es categórica, incondicionada. La norma jurídica es condicionada o hipotética. La norma jurídica supone una valoración de la conducta humana pero esa valoración no es la subjetiva de cada cual sino la que se presupone en el legislador que ha establecido la norma; por tanto, tiene carácter social, objetivo que se refleja en la proposición jurídica. En este punto también se advierte que Kelsen hace la conexión y a la vez distinción entre la norma moral y la jurídica, difiriendo de Kant únicamente respecto a que la norma moral no debe corresponder necesariamente con la jurídica.

Desde esa perspectiva filosófica, Kelsen mantuvo siempre la diferenciación entre ser (sein) y deber (sollen) de inspiración neokantiana, aseverando que existen dos mundos: el mundo del ser o de la facticidad de los hechos; y el mundo del deber o deber ser, también denominado mundo normativo. Entre ambos existe un abismo intraspasable de tal modo que no se puede saltar de uno a otro como lo asevera Kant. Para Kelsen no es posible “saltar de lo que es a lo que debe ser” ni de lo que debe ser a lo que es. Por ello el derecho como conjunto de normas no puede fundarse o fundamentarse en un hecho sino en una norma, lo que nombra como “norma fundamental” o “norma básica”.

Kant, al definir el derecho, lo consideró como: “el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio del otro según una ley universal de libertad.” Ésta idea influyó en el pensamiento de Kelsen, que aunque definió el derecho como una ordenación normativa del comportamiento humano, un sistema de normas que regulan el comportamiento,” según Gregorio Robles, el uso del calificativo “puro” o “pura” y del sustantivo “pureza” estaba muy extendido en los ambientes científicos de la época por influencia de la filosofía kantiana y neokantiana.

Agrega Abarca Hernández que Kelsen utilizó el término de “pura”, adicionado al nombre de su teoría del derecho, el cual según Eucken, en su obra: Las Grandes

Corrientes del Pensamiento contemporáneo, versión española, de N. Salmerón y García, Daniel Jorro, ese término de “pura” o “puro”, posee en la filosofía una larga historia, destacando que desde Anaxágoras, significa, en el antiguo uso de la lengua, el carácter simple, puro, sin mezcla, del elemento espiritual, en oposición a la mezcla que existe en el mundo sensible.

Por su parte, Kant utilizó el término “razón pura” como equivalente al término a priori, el cual destaca Eucken, también se emplea en un segundo sentido, como sinónimo de depurado o libre de elementos que no son propios de la perspectiva adoptada.

Aunado a lo anterior fue Kant, quien introdujo la idea que, todas las formas de conocimiento y especialmente las diversas ciencias tienen la necesidad, (sino quieren caer en la confusión en el tratamiento de sus respectivas materias), de determinar nítidamente su objeto de conocimiento y su método para conocer dicho objeto.

Además, Kelsen siempre sostuvo la diferenciación entre “ser” y “deber ser” la cual es definitivamente de inspiración neo-kantiana, en la cual existen dos mundos o universos, el del ser o facticidad de los hechos y el mundo del deber o deber ser, que se refiere al mundo de las normas. Entre ambos mundos existe un abasto intraspasable, de manera que, no se puede pasar de uno a otro.

Siendo que las ciencias empíricas, como la física y la química entre otras, investigan el ser, lo fáctico, lo que sucede en la realidad fenoménica, las ciencias normativas, como la ética y la ciencia jurídica, investigan el deber ser de las normas. En consecuencia, como se indica anteriormente, es imposible saltar de lo que es a lo que debe ser ni viceversa; por ello el derecho como conjunto de normas no puede fundamentarse en un hecho, sino en una norma, a la que Kelsen denominó norma fundamental o norma básica.²⁸

²⁸ Gregorio Robles Morchón. Presentación de la obra Teoría Pura del Derecho. (Madrid: Editorial Trotta, 2011), pp. 17-18, 21.

Se sabe que Kelsen a temprana edad, cuando estudiaba la preparatoria, tuvo oportunidad de leer las obras de Schopenhauer, luego a Kant, reconociendo como núcleo de la filosofía kantiana, la idea del sujeto que crea el objeto en el proceso del conocimiento, en la cual encontró satisfacción la concepción subjetivista que colocaba al yo como centro del mundo.

1.2 Husserl y la fenomenología

Al igual que el fundamento de la Teoría Pura de Kelsen, se encuentra en la filosofía de Kant, la Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad de Carlos Cossio lo tiene en la fenomenología de Edmund Husserl.

Según el Doctor Sergio Sánchez-Migallón Granados;²⁹ la “fenomenología”; es factible definirla como una corriente filosófica nacida a partir de Edmund Husserl³⁰ (1859-1938) a comienzos del siglo XX, la cual ha tenido seguidores como Martín Heidegger (1889-1976). El autor citado coincide con otros tratadistas contemporáneos en que el estudio de la fenomenología va necesariamente unido al pensamiento husserliano, porque a partir de él ha evolucionado, generando otros modos de filosofar que incluso han adoptado nuevos nombres entre ellos: existencialismo, hermenéutica o deconstruccionismo; desarrollo que se vio influido, además, en diversos sentidos, por las dos guerras mundiales que convulsionaron sobre todo el continente europeo. Considera que no es fácil determinar de modo preciso cuál es el perfil de la fenomenología —que Husserl pensó en realidad como un método y, si acaso, un

²⁹ Es Decano de la Facultad Eclesiástica de Filosofía de la Universidad de Navarra, licenciado en Filosofía por la Universidad Complutense de Madrid. Doctor en Filosofía por la Facultad Eclesiástica de Filosofía de la Universidad de Navarra, y doctor en Filosofía por la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Navarra, ambos con premio extraordinario.

³⁰ Su nombre completo es Edmund Gustav Albrecht Husserl, fue un filósofo de origen judío, nacido en Prosznit, Moravia, el 8 de abril de 1859, cuando esa comunidad pertenecía al Imperio Austro-Húngaro, hoy República Checa. Se le considera el fundador del movimiento fenomenológico y el primer gran filósofo del siglo XX. Antes de estudiar filosofía, se dedicó al estudio de la matemática en la Universidad de Berlín, estudios que continuó en Viena en 1881, donde fue nombrado Doctor cuando realizó una tesis sobre el cálculo de variaciones, pudiéndose afirmar que Husserl dedicó su vida a la investigación y a la docencia, falleció en Friburgo el 27 de abril de 1938, dedicando sus últimos días al examen de sus escritos y a dar conferencias en Viena y Praga.

conjunto de problemas—, ni qué autores pueden y deben llamarse propiamente fenomenólogos. Por ello, opta por exponer la fenomenología combinando las perspectivas temática e histórica, ofreciendo una visión de conjunto.

Cabe aclarar que Husserl no creó el término “fenomenología”; este fue utilizado por Kant, Fichte y Hegel con anterioridad; sin embargo, aparece ya con el sentido original y propio de la corriente filosófica en Franz Brentano (1838-1917) quien fue maestro de Husserl. El sentido fenomenológico de la expresión “a priori” difiere radicalmente del kantiano; en el cual, lo a priori es lo pensado, no el pensar.

La fenomenología llega al convencimiento de que en la conciencia de nuestro vivir podemos descubrir —gracias a la intencionalidad— esencias y sentidos ideales e intemporales. Frente al naturalismo materialista o vitalista y al racionalismo que pretende imponerse ciegamente (como el hegeliano), pero también frente a la actual posmodernidad cínica, la fenomenología apuesta por la inteligibilidad y por la posibilidad del conocimiento suprasensible, tanto para comprender el mundo como para dirigir la vida, dedicando su empeño a extraer esa inteligibilidad ideal de la vida de la conciencia, lo cual conecta con la esencia misma de la filosofía tal como la entendieron Sócrates y tantos otros con y a partir de él.

Algunas críticas a éste planteamiento filosófico lo consideran un nuevo idealismo, por tener confianza en contenidos ideales; o la considera un racionalismo ajeno a la vida y existencia personales, hasta llegar a considerarlo como un intento de algo ya demostrado históricamente como imposible e incluso peligroso. También es válido aseverar que dicha corriente constituye una alternativa real y consistente tanto al positivismo cientificista como al escepticismo del discurso posmoderno.

1.2.1 Actitud fenomenológica de Husserl

La fenomenología exige que para descubrir esas verdades ideales, que sostienen toda inteligibilidad teórica y práctica, hay que cambiar de actitud intelectual e incluso

vital; requiriendo un explícito y esforzado ejercicio para advertir que nuestro vivir cotidiano y natural se alimenta por verdades propiamente, y no por meros hechos mecánicos; ejercicio reflexivo que pretende la contemplación de la vida humana para dejar que se nos aparezca en su verdad y sentido.

Por ello, esa actitud que contempla lo que se aparece, es una actitud fenomenológica (aparecer en griego *phainesthai*, verbo del que proviene la palabra fenómeno); y es también una actitud que trasciende el escenario material, es una actitud trascendental.

Para Husserl, se pasa de la actitud natural a la fenomenológica o trascendental, por medio de la reducción fenomenológica, la cual consiste, en la reflexión sobre la actitud natural en su contemplación, para hacerse cargo de ella y poder descubrir su sentido, lo cual requiere distanciarse de dicha actitud natural, suspender o neutralizar la potente creencia en las cosas mundanas que la constituye, ponerla entre paréntesis para observarla en sí misma sin que nos remita inmediata e inevitablemente a la realidad material.

La reducción fenomenológica no implica dudar de las creencias de la actitud natural, ni las niega. Si se introdujera la duda o la negación de la actitud natural, ésta se modificaría y ya no podría contemplarse tal como es, que es de lo que se trata. Es más, en realidad esa supuesta duda o negación supondría una modificación de nuestra relación con las cosas, una transformación dentro de la actitud natural. Y precisamente lo que se pretende es retroceder, salir de la actitud natural.

Para Husserl, con la llamada intuición eidética la fenomenología no se refiere a una extraña percepción poco menos que mística. Se trata sencillamente de la captación inmediata o directa de algo en su esencia, de la esencia de algo, por oposición a generalización por inducción a partir de varios casos y a deducción a partir de otros conocimientos; exactamente del mismo modo que por aquellos años proponía también el francés Henri Bergson.

La actitud y reducción fenomenológicas descubre, en primer lugar, sentido; y además advierte que todo sentido lo es de posibles experiencias originarias en distintas modalidades, según las cuales los sentidos aparecen diversamente.

1.2.2. Fenomenología del yo

Según Husserl, al volver la mirada al propio yo, percibimos inmediatamente una doble y peculiar realidad. Por un lado, el yo es una cosa del y en el mundo como las demás cosas (el ego empírico) y por otro, al mismo tiempo, el yo es el centro al que se da el mundo como correlato necesario, el yo que conoce (el ego trascendental, porque trasciende las cosas mundanas conociéndolas). Desde sus inicios, la fenomenología lucha constantemente por no reducir lo trascendental a lo empírico, lo espiritual a lo material, según la permanente y recurrente tentación de todo empirismo, naturalismo, psicologismo, biologismo, sociologismo, etc.

Dicho de otra manera, la fenomenología quiere respetar e incluso defender los fenómenos humanos como tales. De ese modo, ve en el reconocimiento del yo trascendental y de sus operaciones racionales o espirituales algo decisivo para hacerse cargo de lo propiamente humano. Y no se trata sólo del plano cognoscitivo teórico, conceptual y discursivo, sino también de la percepción de presencias y ausencias, del establecimiento de partes y todos, del recordar y anticipar humanos, del verificar, del proponerse fines, del decidir moralmente, del percibir sentimentalmente valores, del amar, entre otros.

El yo trascendental únicamente se percibe tras ejercer la reducción fenomenológica o trascendental, es decir, en actitud fenomenológica. Pero como se vio, esta reducción no pierde sino que gana contenido. Así, mientras el yo en actitud natural simplemente tiene mundo en el que cree, en la actitud o reflexión fenomenológica vemos además la actividad en la que ese mundo se constituye ante nosotros y la que constituye al propio yo como cognoscente o trascendental. El yo trascendental ve el

mundo en sí mismo y se ve a sí mismo de un modo nuevo, enriquecido de sentido. Sin embargo —y esto es esencial para la fenomenología—, ese yo y actividad trascendentales no se alejan del yo empírico y su actitud natural y menos aún pretenden sustituirlos, como tiende a hacer el racionalismo.

De lo contrario, se alejaría de su intención de contemplar y aclarar lo que realmente ocurre en la actitud natural. Es más, el yo trascendental descubre que él mismo está operando ya en la actitud natural, en cada intelección, en cada acto de significar, en cada decisión, etcétera, sólo que sin contemplarse a sí mismo como así operante. De modo que el yo se va reconociendo e identificando a sí mismo en niveles sucesivos: primero se reconoce como el mismo que vive diversas percepciones; después, el yo que ejerce intelecciones esenciales o eidéticas (o categoriales) se vive como idéntico al yo que percibe sensiblemente; finalmente, se advierte que es el mismo yo el que reflexiona sobre su actividad natural y trascendental.

A propósito de los actos prácticos, el yo no es sólo un sujeto puntual y vacío, puro polo de actos cognoscitivos. En el yo se van sedimentando los actos que realiza. El yo va adquiriendo hábitos y disposiciones, pasado e historia. Es un yo que se va modificando, que va creciendo; pero manteniendo su identidad. Es un yo idéntico que se actualiza en sus distintos actos, no detrás de ellos. Estas estructuras antropológicas fueron analizadas como tales ya con gran precisión por Husserl y Scheler y más tarde serán fuente de inspiración para los filósofos existencialistas (aunque algunos llegarán paradójicamente a disolver el yo mismo).

Otra dimensión del yo humano cuyo estudio en el seno de la fenomenología ha sido muy fecundo es la corporalidad. El yo no sólo se experimenta o vive como sujeto de actos, sino también como cuerpo. Y dicha vivencia es desde luego única. El propio cuerpo se experimenta simultáneamente de una doble manera (sobre todo mediante el sentido del tacto): como algo exterior igual a otros cuerpos y como algo propio y vivido desde dentro. De un modo curioso, el cuerpo se percibe como localizado en el

espacio y tiempo mundanos y, a la vez, como centro de toda percepción y “lugar” del yo trascendental.³¹

1.2.3 Heidegger discípulo de Husserl

En este apartado haré una breve referencia al filósofo alemán Martin Heidegger, quien fue en principio seguidor de Husserl, como fenomenólogo, pero de un modo distinto al husserliano. Sin embargo, se le clasifica así por la gran influencia del principal tema husserliano: la intencionalidad como relación de la conciencia básica y previa a toda objetivación. Algo importante de acentuar en este filósofo, catalogado gracias a ello por existencialista, es el carácter vital y existencial del estilo y contenido de sus escritos. Este rasgo hace su filosofía más atractiva e interpelante, pero también más confusa al no distinguirse a veces entre reflexión y exhortación, entre filosofía y religión.

Heidegger concebía la intencionalidad ya no como una característica de la conciencia (que aún sigue siendo algo ontológicamente presupuesto), sino la relación ya ontológica del hombre con el mundo. Por eso, mientras que Husserl buscaba cómo se constituye la objetividad en y a través de la conciencia subjetiva, Heidegger indaga cómo se aparece el ser al hombre como lugar donde éste se desvela (el hombre es, por eso, el ahí del ser, el “ser-ahí”).

Pero ambos, como se ve, se esfuerzan por desentrañar cómo el mundo se aparece al ser humano; ambos tienen claro que sólo existe objetividad-para-la-subjetividad. Una diferencia fundamental entre Husserl y Heidegger es que, mientras para Husserl la subjetividad es más que temporalidad (es también hábitos, creencias, deseos, etc.), para Heidegger es sólo temporalidad y pura posibilidad práctica. También considera que se distancia de Husserl por ser éste un intelectualista, en el sentido de que no se comprometía con el mundo, o al menos no suficientemente; ello porque el

³¹ Sánchez-Migallón Granados, Sergio. (2004). *Fenomenología*. Recuperado 20 de Diciembre de 2015 de <http://www.philosophica.info/archivo/2014/voces/fenomenologia/Fenomenologia.html>

existencialista ve al hombre más involucrado en el mundo —es el “ser-en-el-mundo” —y como tal debe comprometerse con él, con su transformación, con su salvación.

1.2.4 Influencia de la fenomenología de Husserl en el pensamiento de Cossio

El pensamiento de Edmund Husserl, influyó en el pensamiento filosófico de Cossio. De la lectura de la obra: “La Teoría Ecológica y el Concepto Jurídico de Libertad,” que se analizará en el capítulo III de éste informe final, se advierte que Cossio tomó de Husserl lo relativo a la teoría de los objetos (las ontologías regionales), la teoría de los actos y la diferencia entre lógica jurídica formal y lógica jurídica trascendental.

Para Husserl, fenomenología significa la fenomenalización del ser de los entes. En forma similar, egología, en la Teoría Ecológica del Derecho, significa la egolización del logos jurídico, es decir, la egolización del ser jurídico (dada la equivalencia fenomenológica entre el logos y el ser). Como el ego del que allí se habla es el ego trascendental de la acción, el “yo actúo” de toda acción, en vez del “yo pienso” de todo juicio, el “yo actúo” de la conducta en vez del “yo pienso” del intelecto, con egología significa la fenomenalización como conducta del ser jurídico.

Cossio, siguiendo a Husserl, distingue entre objetos ideales, naturales, culturales y metafísicos a base de una triplicidad de caracteres. Los objetos naturales, estudiados por las diversas ciencias de la naturaleza, son reales; tienen existencia, están en la experiencia; son el tiempo y son neutros al valor; en si su ser no es bueno ni malo, justo ni injusto, hermoso ni feo, útil ni inútil. Verbigracia una piedra o un pájaro.

Los objetos ideales —según Cossio— son irreales, lo que implica, que simplemente son de esta o aquella manera, consisten en esto o aquello, pero no tienen existencia; además, no están en la experiencia; son ajenos al tiempo y por último son neutros al valor; su consistir no implica ninguna calificación axiológica. Entre ellos están los objetos a que se refiere la lógica y la matemática. Por ejemplo, el objeto triángulo,

que estudia la geometría, consiste simplemente en el espacio puro cerrado por tres lados, pero no existe en ninguna parte.”

Los objetos culturales o bienes, creados de alguna manera por el hombre, actuando según valorizaciones, son a su vez reales, tienen existencia; están en la experiencia, son en el tiempo pero son valiosos con signo positivo o negativo; justo o injusto; hermoso o feo; útil o inútil, son propiedades que pueden calificar su ser, y este ser ha de tener siempre por lo menos una calificación de esa clase. Una estatua, una herramienta, una sentencia verifica ampliamente estas características.

Por último, los objetos metafísicos son reales, tienen existencia, no están en la experiencia y son valiosos. Así por ejemplo, Dios que es concebido como la realidad realísima y la suma bondad, no está en la experiencia, pues no se le puede ver en ninguna parte ni se puede acceder a él por el conducto de ninguno de nuestros sentidos sensibles.³²

En consecuencia, Cossio tomó de la fenomenología de Husserl, el vocablo “egológico”, con el que denominó a su teoría; fue la incorporación más destacada que realizó, estimulando su estudio crítico por parte de los filósofos del Derecho.

³² Aníbal Bascañán Valdés. Introducción al estudio de las Ciencias Jurídicas y Sociales. (2 ed., Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1960), p. 125.

CAPITULO II

HANS KELSEN Y SU TEORÍA PURA DEL DERECHO

2.1 Reseña biográfica de Hans Kelsen

Previo a introducirnos en el análisis de la Teoría Pura del Derecho, una breve reseña bibliográfica del autor, sobre la que existe abundante información de cuatro estudiosos de la obra kelseniana, siendo ellos: Rudolf Aladár Métall, Gregorio Robles, Albert Calsamiglia y Ulises Schmill Ordóñez.

Según Aladár Métall, en la frontera luxemburguesa-alemana, ubicada al sudoeste de Saarburg hasta Rernich, entre el Sarre y Mosela, se encuentra una pequeña comunidad que en 1953 contaba únicamente con ciento treinta y nueve habitantes, la cual según el gran diccionario geográfico alemán Müller (10 edición de 1953), ostenta el nombre de “Kelsen” sobre Saarburg, Distrito de Trie, a la cual se cree que llegaron en épocas antiguas mercaderes judíos que viajaron con legionarios romanos, encargados de proteger las fronteras del imperio; estos mercaderes emigraron siglos más tarde hacia el este, cuando las persecuciones medievales contra los judíos hicieron que buscaran nuevos refugios.

En contexto histórico, es sabido que a finales del siglo XVII se dieron apellidos a las familias judías que habitaban en Austria y muchas de ellas escogieron el nombre del lugar de su procedencia como patronímico; por lo tanto, es posible que de esta manera hayan obtenido su apellido los antepasados de Hans Kelsen.

Hans Kelsen nació el 11 de octubre de 1881 en Praga, su padre fue Adolf Kelsen y su madre Augusta Lowy, el idioma materno de la pareja fue el alemán, procrearon tres hijos y una hija, Kelsen fue su hijo mayor. Se sabe que la familia nunca practicó la religión judía, sino la religión mosaica.

En 1905, apareció su primera obra, “La Teoría del Estado de Dante Alighieri por Hans Kelsen,” en el cuaderno número tres del volumen sexto de estudios vieneses de ciencia política, editado por Bernatzik y Phillipovich; trabajo terminado dentro de su época de estudiante, mismo que tuvo un éxito literario relativamente grande y que, según lo indicó en su autobiografía, fue el único de sus libros que no experimentó una crítica negativa. El 18 de junio de 1906, (próximo a cumplir 25 años de edad) recibió Kelsen el título de Doctor en Derecho por la Universidad de Viena.

En 1907, un año después de haberse graduado de doctor en derecho, había publicado un comentario al nuevo orden electoral del Parlamento Imperial Austriaco, introduciendo el derecho al voto universal y directo, así como dos pequeños ensayos de derecho constitucional, desarrollados a partir de sus trabajos en el seminario de Adolfo Menzel.

En 1908, recibió una beca para estudiar tres semestres en la Universidad de Heidelberg,³³ escogencia que obedeció al interés por ser alumno de Georg Jellinek, quien en aquel tiempo era considerado como la más alta autoridad en la teoría general del Estado y con el cual esperaba poder concluir su trabajo de habilitación. Antes de ello y siendo aún pasante de derecho, había cubierto ya el llamado “año de práctica judicial” en los tribunales de Viena, el cual era indispensable para una posible futura ocupación como abogado o juez.

En Kelsen tuvo influencia la filosofía kantiana de Marburgo, la cual tendía a la pureza metódica, lo que agudizó su visión para descubrir las numerosas y graves confusiones que experimentaba la teoría jurídica, debido a tendencias políticas conscientes o inconscientes.

Con el estallido de la Primera Guerra Mundial, Kelsen en su calidad de Oficial de la Reserva tuvo que integrarse a su Brigada. Continuó de manera limitada sus cursos

³³ Ciudad situada en el valle del río Neckar, noroeste de Baden-Wurtemberg, Alemania, famosa por su centro histórico con el palacio de Heidelberg y ser la sede de la Universidad más antigua del país.

hasta 1918, cuando al finalizar la guerra se separó definitivamente de la academia. Su sucesor en los cursos de teoría constitucional y administrativa sería su discípulo Fritz Sander.³⁴

Por su parte, el doctor Gregorio Robles, en la presentación de la obra *Teoría Pura del Derecho* (primera edición de 1934) comparte algunos breves rasgos biográficos de Hans Kelsen, advirtiéndole que el clima intelectual de la Viena del inicio de siglo XIX fue especialmente brillante. Es la Viena de los epígonos de una sociedad ordenada y milenaria en la que triunfaba el principio básico de la seguridad y del orden. Una Viena con un pasado político, militar, artístico e intelectual, pero al mismo tiempo una Viena que era consciente de la crisis que se avecina con la llegada del siglo XX.

Las premoniciones pesimistas se convirtieron en realidad, cuando con el estallido de la Primera Guerra Mundial, llegó el fin del Imperio milenario y la desaparición de un modo de vida. Pero, poco antes de la catástrofe la ebullición de una sociedad muy ordenada, pero muy contrastada, da uno de sus últimos frutos: una apertura hacia el futuro en muchos ámbitos del pensamiento, de la literatura y el arte.

En 1914 cuando estalló la primera guerra mundial, Kelsen es movilizado y después de muchas vicisitudes designado como “Experto Asesor” del Ministro de Guerra, general Stöger-Steiner; circunstancia que le facilitó su acceso definitivo a la enseñanza universitaria. Con el apoyo de Karl Renner, en 1918 inició los trabajos orientados a redactar una nueva constitución para Austria, diseño que concluyó en 1920. En 1919 consiguió una cátedra de derecho constitucional y administrativo en la Universidad de Viena; en 1921 fue nombrado Magistrado Vitalicio del Tribunal Constitucional Austriaco, cargo que era compatible con su cátedra.

Al hundirse el Imperio Austrohúngaro en la Primera Guerra Mundial y fin de la misma en 1918, nació el nuevo Estado de Checoslovaquia, constituyéndose Praga en su capital. En marzo de 1939 Praga fue invadida por el ejército nazi que creó un

³⁴ Rudolf Aladár Metall. Hans Kelsen, vida y obra (México: Editorial Coyoacán, 2009), pp. 9-24.

protectorado. Al finalizar la Segunda Guerra Mundial se reanudó la historia de Checoslovaquia bajo el régimen comunista.

Gregorio Robles también hace referencia especial a las publicaciones más importantes de Kelsen. Considerando que éste dio un paso importante a dicha construcción, con la publicación en 1911 de: “Problemas Capitales”, obra de carácter epistemológico y crítico. Epistemológico, porque se plantea en ella la necesidad de distinguir con nitidez el método jurídico de otros métodos, como el sociológico y psicológico; convirtiéndose en un paso decisivo en la dirección de la pureza del método, aunque en el libro no aparezca la expresión “Teoría Pura del Derecho”.

En las décadas de los años 1920 y 1930, Kelsen mantuvo un seminario privado, al que se incorporaron teóricos austriacos y extranjeros. *Entre los primeros se cuenta con Adolfo Julius Merkl, quien era también catedrático en la Universidad de Viena y se le considera “cofundador” de la Teoría Pura del Derecho. Kelsen dijo de él “es un genio del pensamiento jurídico,” quien siguiendo los pasos de Bierling, desarrolló la teoría de la estructura jerárquica del ordenamiento jurídico, que posteriormente y hasta la fecha en algunos sectores académicos, se le atribuye a Kelsen.*

Además de Merkl, el jurista Alfred Verdross, quien fue catedrático de la Universidad de Viena, realizó importantes aportaciones a la Teoría Pura, especialmente incluyendo el Derecho Internacional en la construcción jerárquica del derecho, considerado como unidad así como en lo referente a la norma fundamental.

Además de su conocido “Tratado de Derecho Internacional” y breves ensayos sobre la relación entre el Derecho Internacional y el derecho estatal, destacan sus aportaciones a la Teoría Pura y finalmente Fritz Sander, quien era Catedrático de la Universidad de Praga, discípulo de Kelsen, relación que se deterioró cuando acusó a su maestro de plagio. En consecuencia, a Merkl y Verdross, se les considera cofundadores de la Teoría Pura del Derecho. Entre los seguidores extranjeros más

renombrados de Hans Kelsen sobresalen los españoles Luis Recaséns Siches y Luis Legaz y Lacambra.

En lo atinente a la participación de Kelsen en el Parlamento Austriaco, esta tuvo lugar cuando se generó un intenso debate político derivado de una cuestión relativa a las dispensas matrimoniales, el Parlamento Austriaco reformó la Constitución y el Tribunal Constitucional; a consecuencia de ello, Hans Kelsen fue removido de su puesto a inicios de 1930, esta circunstancia y el hecho de crearse un clima adverso a su persona, le impulsó a aceptar una oferta de cátedra, en la Universidad de Colonia, siendo profesor de Derecho Internacional.

Hans Kelsen, fue destituido de su cátedra en Colonia cuando los nazis tomaron el poder a comienzos de 1933 razón por la que emigró a Suiza donde le ofrecieron la cátedra de Derecho Internacional, en el Instituto Universitario de Estudios de Derecho Internacional, cargo en el que permaneció hasta 1940, año en que emigró hacia los Estados Unidos de Norteamérica.

Es importante acotar que una de sus producciones científicas más importantes o conocida en el mundo jurídico la realizó en Ginebra, Suiza, en 1934, la cual denominó: *“Reine Rechtslehre,”* cuya traducción al español es: *Teoría Pura del Derecho*. El análisis que se realiza en ésta tesis, corresponde a la primera edición de una obra que, posteriormente en 1960 verá su segunda edición, donde se advierte que el pensamiento de su autor, se ha influenciado por el derecho anglosajón.

A partir de 1942 se instaló en la Universidad de Berkeley, California, donde es nombrado en 1945 profesor de tiempo completo en el Departamento de Ciencia Política para impartir docencia e investigar Derecho Internacional, Teoría General del Derecho y Orígenes de las Instituciones Jurídicas. En 1945; fue nombrado “Asesor Legal” de la Comisión de las Naciones Unidas para los crímenes de guerra relacionados con los Juicios de Núremberg, en ese año también se firmó la Carta de

las Naciones Unidas, en California; y aunque en forma oficial Kelsen no tomó parte, se sabe que asesoró a algunas delegaciones de distintos países.

En 1952 dictó su último discurso en la Universidad de Berkeley, jubilándose posteriormente y quedando como profesor emérito. En 1964 esa Universidad le dedica la Biblioteca de la Escuela de Ciencias Políticas, la cual lleva desde entonces su nombre. En 1965, con casi 85 años de edad, se dedica, en Berkeley, a escribir la última de sus grandes obras: *“Teoría general de las normas”* la cual quedó incompleta cuando murió en Orinda, cerca de Berkeley el 19 de abril de 1973.

Con carácter póstumo han sido publicados algunos trabajos, entre ellos, sus libros: *“Teoría general de las normas”*, obra de gran interés para conocer la última fase de su pensamiento jurídico, también se debe citar su amplia monografía sobre Platón, *La ilusión de la justicia*, *Investigación crítica de la filosofía social de Platón*. Sus obras completas están siendo editadas por Matthias Jestaedt en cooperación con el Instituto Hans Kelsen.³⁵

Indagando más sobre la vida de Kelsen, el tratadista Albert Calsamiglia, considera que la biografía de éste es muy amplia; se sabe de más de 600 trabajos donde abordó gran variedad de temas, desde la teoría del derecho hasta la filosofía política, la historia del pensamiento o la antropología jurídica. Pero toda su obra tiene un hilo conductor marcado por la rigurosidad metodológica y por el uso coherente de sus herramientas hasta las últimas consecuencias.

Kelsen poseía, según Calsamiglia, una ideología personal, fue un hombre liberal; inclinado hacia la social democracia. En su autobiografía expresó: “Aquello que no concedo al Estado –el derecho de limitar la libertad de investigación y de expresión de ideas- no puedo concederlo a un partido político sometiéndome a su disciplina.” Fue un defensor del ideal liberal y consideró que un estado justo es aquel en el cual

³⁵ Hans Kelsen. Teoría Pura del Derecho; Introducción a los problemas de la Ciencia Jurídica. Presentación de Gregorio Robles. Primera Edición de 1934 (España : Editorial Trotta, 2011), pp.9-16.

la búsqueda de la verdad puede progresar; sin embargo no fue un metafísico, ni un iusnaturalista, sino un defensor del relativismo.

La Justicia para Kelsen es un ideal irracional porque no es cuestión de razón sino de sentimiento. Por necesaria que sea desde el punto de vista de las voliciones y de los actos humanos, no es accesible al conocimiento. Defendió ser partidario de esa concepción de justicia, al mismo tiempo sostuvo que no existe ninguna ciencia, que nos pueda decir lo que es justo o injusto, por ser un ideal irracional.³⁶

La primera, data de 1911 hasta 1933; época vienesa de donde surgen sus principales ideas críticas y constructivas, tiempo en el cual crea la Escuela de Teoría del Derecho y empalma dicha actividad teórica con tareas jurídicas importantes, tales como la redacción de la Constitución Austriaca -que introduce un Tribunal Constitucional como legislador negativo- y es miembro del Tribunal de más alta jerarquía de Austria. Es un jurista que no sólo ofrece aportaciones importantes a nivel teórico, sino que colabora en decisiones jurídicas importantes.

La segunda, inicia a partir de 1930, fecha en la cual tiene desacuerdos políticos importantes en Viena y decide aceptar una cátedra en la Universidad de Colonia. Concretamente es el año de *1933 el que marca una segunda etapa en su vida y también de toda Europa*. La ascensión del nazismo al poder le obliga a dejar Alemania y trabaja en Ginebra en la redacción de su Teoría Pura del Derecho. En dos ocasiones fue a Praga, el último reducto liberal de habla alemana, donde sufrió insultos y afrentas. Finalmente decidió emigrar a Estados Unidos. Primero fue acogido por la Universidad de Harvard de la mano de Roscoe Pound y, después, por la de Berkeley, ciudad en la cual vivió hasta su muerte.

El traslado de Kelsen a los Estados Unidos de América, le desligó del mundo en el que había vivido y, a pesar de que hizo esfuerzos para ofrecer versiones de la Teoría Pura del Derecho teniendo como punto de referencia el pensamiento jurídico americano, no tuvo nunca una gran influencia. El clima del empirismo filosófico que

³⁶ Albert Calsamiglia. En defensa de Kelsen (España : Editorial Universitat Pompeu Fabra, 1997), pp. 5-8

domina el ámbito anglosajón no ha apreciado -como merecía- la gran aportación del jurista austrohúngaro.

2.2 La Teoría Pura del Derecho

La citada obra que contiene la Teoría Pura del Derecho fue publicada condensada en nueve (IX) capítulos, los que Kelsen distribuyó así: Derecho y naturaleza, derecho y moral, el concepto de derecho y la teoría de la proposición jurídica; el dualismo de la teoría del derecho y su superación; el ordenamiento jurídico y su estructura jerárquica; la interpretación, los métodos de creación del derecho; derecho y estado; estado y Derecho Internacional, respectivamente. A continuación un análisis de los temas indicados.

2.2.1 Derecho y naturaleza

Este primer capítulo lo distribuye el autor en siete puntos: La “pureza”, El hecho natural (acto) y significado; La auto interpretación del material social (en el sentido objetivo y subjetivo), La norma como esquema interpretativo; La norma como acto y como contenido dotado de sentido; Validez y ámbito de validez de la norma y El conocimiento normativo del derecho y la sociología jurídica.

La Teoría Pura del Derecho es definida por el autor como una teoría del derecho positivo simplemente, y no de de un ordenamiento jurídico determinado. Como teoría indica que se propone única y exclusivamente conocer su objeto. Intenta además responder qué es y cómo se forma el derecho, no de cómo debe ser o cómo debe formarse. Argumenta que es ciencia del derecho y no política jurídica.

En lo que respecta al autocalificativo de teoría “pura”, es porque se propone asegurar un conocimiento dirigido sólo a lo jurídico y eliminar de ese conocimiento todo lo que no pertenezca al objeto delimitado como derecho. Es decir, pretende liberar a la

ciencia jurídica de todos aquellos elementos que le son extraños. El anterior es su principio metódico básico.

Asevera el autor que una doctrina “pura” pretende obtener un conocimiento orientado hacia el derecho, excluyendo lo que no pertenece al objeto determinado como jurídico; ya que la jurisprudencia, se ha confundido con la psicología y la sociología, con la ética y la teoría política, pues se relacionan con el Derecho, lo cual no se ignora, sino se evita un sincretismo metódico que oscurezca la esencia de la ciencia jurídica y borre límites que traza la naturaleza de su objeto.

Kelsen indica que, para establecer la diferencia entre ciencias naturales (naturaleza) y ciencias sociales, (sociedad) y distinguir el objeto de las mismas, debemos preguntarnos si la ciencia jurídica es una ciencia natural o social; si el derecho es un objeto natural o social. Esta contraposición no es posible porque la sociedad como convivencia fáctica de seres humanos puede ser pensada como una parte de la vida en general, y por ello, es una parte integrante de la naturaleza; así el derecho pareciera tener una existencia plenamente natural.

Al referirse al significado de un acto indica que, éste no puede verse ni oírse como si fuese un hecho externo, como sucede con un objeto del que se perciben sus propiedades y funciones naturales, como por ejemplo el color, la dureza o el peso. Lo anterior porque el acto al expresarse en palabras o por escrito, puede enunciar algo sobre su significado, es decir, proporcionar su propio sentido. La anterior característica es propia del material social y, particularmente, del jurídico. Un árbol no puede comunicar nada sobre sí mismo a quien lo investiga. No hace el esfuerzo de explicarse a sí mismo desde la perspectiva de la ciencia natural. Sin embargo, un acto social puede llevar incorporado una autointerpretación, es decir, un enunciado sobre lo que dicho acto significa; porque la persona que realiza un acto lo relaciona a un determinado sentido que expresa de algún modo y que es comprendido por aquellos a los que el acto va dirigido.

De lo anterior se deriva la necesidad de diferenciar el sentido subjetivo del objetivo de un acto. El sentido subjetivo puede coincidir con el sentido objetivo que a dicho acto le corresponde dentro del sistema de todos los actos, aunque esa correspondencia no es necesaria. El autor cita, entre otros ejemplos, para explicar el sentido objetivo y subjetivo de un acto y que algunas veces pueden coincidir aunque no siempre sea necesario, el siguiente: "... Una organización secreta, con la intención de librar de elementos subversivos a la patria, condena a muerte a uno por traidor y la que tuviere subjetivamente por una condena a muerte fuera ejecutada por un hombre de confianza, se estaría objetivamente- en el marco del sistema de derecho objetivo- ante un asesinato y no ante una ejecución de la pena capital;" lo anterior aunque el hecho puramente externo consiste en un asesinato no puede diferenciarse en absoluto de una ejecución de la pena de muerte. Por el contrario, la persona que dispone por escrito de su patrimonio para el caso de su muerte. El sentido subjetivo de esta acción es un testamento. Objetivamente, desde el punto de vista jurídico, puede quizás -en razón de algún defecto de forma- que no lo sea.

En lo que respecta a la norma como esquema interpretativo, ésta actúa como tal cuando los hechos externos tienen un lugar en el tiempo o en el espacio y constituyen un evento perceptible, los cuales están determinadas por leyes causales; sin embargo; ese acontecer, como elemento de sistema de la naturaleza, no es el objeto del conocimiento jurídico; es decir, no es algo jurídico, lo que lo convierte en acto jurídico o antijurídico, no es su facticidad, ni su ser natural, ni estar determinado causalmente en el sistema de la naturaleza, sino el sentido objetivo que va vinculado a ese acto.

Al referirse a la validez y dominio de la validez de la norma, indica que este término designa la existencia específica de una norma. Al describir su sentido o el significado de un acto que instituye una norma, cierto comportamiento humano es ordenado, mandado, prescripto, preceptuado, prohibido; o bien, admitido, permitido, autorizado. La "existencia" de la norma positiva su validez, diferente a la existencia del acto de voluntad cuyo sentido objetivo ella es.

Siendo que la validez de una norma no es algo real, corresponde distinguir la validez de la eficacia. La validez implica que es aplicada y obedecida en los hechos, aun cuando entre la validez y la efectividad pueda constituirse cierta relación; siendo objetivamente válida cuando el comportamiento humano que ella regula, se le adecua en los hechos, por lo menos en cierto grado. Cuando no es aplicada nunca, ni en ningún lugar, ni obedecida, no alcanza eficacia y no es considerada como válida. Un mínimo de efectividad es una condición de validez. La validez y eficacia tampoco coinciden temporalmente. Una norma adquiere validez antes de ser eficaz es decir antes de ser obedecida y aplicada y dejará de ser considerada válida cuando permanezca sin eficacia duraderamente. Por ello la eficacia es condición de validez en la medida que ella debe aparecer en la imposición de la norma jurídica para que no pierda su validez.

En general, las normas se refieren a comportamientos futuros, pero también a pasados. Además, se debe considerar el dominio de validez personal y objetivo (material). La validez personal se refiere al elemento personal de la conducta determinada en la norma el cual puede estar limitado o no. Se refiere también al dominio objetivo (material) de validez en la medida en que las diversas orientaciones del comportamiento humano son normadas.

Según Kelsen, cuando se define al derecho como norma y se restringe la ciencia jurídica al conocimiento normativo, se delimita el derecho respecto de la naturaleza, y también se pone límites a la ciencia jurídica. Es decir, la ciencia jurídica queda delimitada con respecto a la ciencia, la que tiene por tarea investigar las causas y los efectos de fenómenos naturales, que cuando son interpretados desde la óptica de las normas de derecho, conforman actos jurídicos. Para el autor a este tipo de investigación se le designa sociología y más específicamente, sociología del derecho.

La Teoría Pura del Derecho, enfoca su atención en las normas jurídicas, no como hechos de conciencia, no como volición o representación mental de dichas normas, sino como contenidos de sentido. En consecuencia, la Teoría Pura del Derecho focaliza el problema en la legalidad propia y específica de una determinada esfera de sentido.³⁷

2.2.2 Derecho y moral

La ciencia jurídica es una ciencia del espíritu y no de la naturaleza. No es posible negar que el derecho, al ser considerado como norma, es una realidad espiritual y no una realidad natural. Planteada aquí la tarea de diferenciar el derecho de la naturaleza y de otros fenómenos espirituales, particularmente de otros géneros de norma. El autor se esfuerza por desvincular el derecho de las conexiones que tradicionalmente ha mantenido con la moral, lo que no implica que rechace la exigencia que éste deba ser moral o bueno, lo cual es admisible, aunque signifique cuestión aparte.

Indica Kelsen que lo anterior no significa rechazar la exigencia que el derecho deba ser moral o bueno. Exigencia que es admisible, aunque signifique una cuestión aparte. Lo que él considera inadmisable es la concepción que sostiene que el derecho sea parte de la moral, que todo derecho, sea en algún sentido y en algún grado moral. Porque de ser así se está concibiendo el derecho como parte de la moral y se deja en incertidumbre si ello significa tan solo una exigencia, de que el derecho debe formarse de acuerdo a criterios morales o si el derecho tiene carácter moral por ser parte de la moral, igual, por cualquiera de las dos vías, la pretensión es otorgar al derecho valor absoluto que la moral reclama para ella.

Para Kelsen si se considera al derecho como una categoría moral, éste equivale a justicia y ésta es únicamente una expresión del orden social corrector, cuya meta se alcanza dando satisfacción a todos. Ello porque desde el punto de vista psicológico,

³⁷ Kelsen, Op. Cit., pp. 41-47

el ansia de justicia es el eterno anhelo del ser humano por la felicidad que no puede alcanzar individualmente, por ello a la felicidad social se le conoce como “justicia.”

En lo que respecta al término “justo”, se usa como adecuación al derecho positivo, a la legalidad. Injusto es un término que significa que se aplica una norma general a un caso, pero no a otro que presenta iguales características, lo cual ocurre con independencia del valor que se le atribuye a la norma aplicada. Por ello, de conformidad con el significado lingüístico, el juicio que se emite sobre la justicia expresa solamente el valor relativo de la adecuación a la norma. Entonces, justo significa jurídico.

El término justicia en sentido propio es diferente del estrictamente jurídico, en el cual tiene un significado de valor absoluto; por ello, la Teoría Pura del Derecho no tiene la posibilidad de definir el contenido de la justicia, al no ser esta susceptible de conocimiento racional; así lo ha demostrado la historia del espíritu humano que desde hace milenios intenta encontrar una solución a dicho problema.

Entonces, la justicia se deberá entender según Kelsen: *“como un orden superior al derecho positivo y diferente de él, que en su validez absoluta, trasciende toda experiencia, al igual que la idea platónica trasciende el mundo real y al igual que la trascendente cosa en sí va más allá de los fenómenos”*³⁸

El análisis de Kelsen sobre “la justicia” indica que si esta existiera, con la pretensión de que unos intereses valen más que otros, el derecho positivo sería innecesario y no podría concebirse su existencia. Ello porque si tenemos un orden social absolutamente justo, proveniente de la naturaleza, de la razón o de la voluntad divina, la función del legislador sería algo tan tonto como encender luz artificial teniendo la del sol.

³⁸ Kelsen, Op. Cit., p. 49.

Según Kelsen se objeta que si existe la justicia pero, no es posible determinar su contenido; es decir, no es posible definirla inequívocamente. Esta aseveración engendra una postura contradicción que esconde un encubrimiento de carácter ideológico, el cual constituye una verdad muy fuerte: el ser la justicia un ideal irracional. Por lo tanto, aunque ese ideal sea algo de lo que no puedan prescindir la voluntad y las acciones humanas, también es verdad que es inaccesible al conocimiento. A este solo le es permitido el derecho positivo, o dicho en otras palabras el conocimiento solo tiene la tarea de conocer el derecho positivo.

Es por demás interesante la conclusión que obtiene Kelsen al respecto de la fusión que se pretende entre derecho y justicia, al indicar que cuanto menos sea el esfuerzo en separarlos y se continúe aspirando por parte del poder legislativo de que se tenga al derecho positivo como derecho válido desde la perspectiva de la justicia, se cede más a la tendencia ideológica y conservadora del derecho natural. La concepción del derecho natural, trata de justificarlo, logrando tal transfiguración con el argumento que, el derecho positivo representa un orden justo, correcto, que deriva de un orden natural, de carácter divino o racional y no se preocupa por conocer qué es derecho.

Cuando Kelsen hace referencia a la vertiente revolucionaria del derecho natural, la que según él, no ha impactado tanto como la conservadora, pretende un objetivo contrario, al poner en duda la validez del derecho positivo, lo cual engendra una flagrante contradicción entre el derecho y el orden que se alguna forma supone como absoluto; y es por ello que presenta la realidad jurídica desde una perspectiva más desfavorable de la que merece.

La justificación que proporciona el autor de la Teoría Pura del Derecho, respecto por qué su teoría, posee una tendencia anti-ideológica, contraria a las ideologías o concepciones antes explicadas; es que, al indicar que es anti ideológica, significa que su única pretensión es describir el derecho tal y como es, sin intención de legitimarlo por justo o deslegitimarlo por injusto; se cuestiona sobre el derecho real y posible, no por el correcto. Por ello además, se configura como una teoría realista.

Se niega valorar al derecho positivo. Al considerar al derecho como una ciencia, la Teoría Pura del Derecho, únicamente está obligada a captar al derecho positivo en su esencia y entenderlo a través del análisis de su estructura.

La Teoría Pura del Derecho, por ser una teoría del derecho positivo, pretende describir su objeto, que es un sistema de normas, sin considerar ningún tipo de valoración, porque, todo juicio referente a valores es subjetivo y no tiene cabida en la ciencia ni en la Teoría Pura. La política y la ética, no caben por lo tanto no cabe dentro de la misma la expresión de juicios políticos o morales, esto no significa que el derecho carezca de contenidos políticos o morales; únicamente implica que, la ciencia jurídica no debe permitirse análisis o valoraciones de tipo político o moral.

Kelsen indica que por su carácter anti ideológico, la Teoría Pura del Derecho demuestra ser una verdadera ciencia jurídica, porque ésta como mero conocimiento, aspira únicamente descubrir el objeto que conoce. Por el contrario las ideologías, encubren la realidad, desfigurándola con la finalidad de conservarla y defenderla, o desenfocándola con el propósito de destruirla y sustituirla por otra. Las ideologías tienen su origen en la voluntad y no en el conocimiento, responden a intereses diferentes: al de la verdad. Lo anterior sin juzgar el valor o dignidad que puedan tener esos intereses, distintos al de la verdad. Para Kelsen: el velo que la voluntad extiende sobre las cosas, es destruido por el conocimiento.³⁹

Para Kelsen, es a la ciencia a la que se le exige la pureza metódica y no al derecho, que constituye el objeto de conocimiento, el fenómeno que la ciencia ha de conocer, por lo tanto la Teoría Pura del Derecho no es una teoría del derecho “puro”; tal cosa no existe, porque el derecho siempre tendrá contenidos políticos, morales, económicos, entre otros. Indica que la Teoría Pura puede prescindir de juicios políticos o morales, porque su objeto de estudio es la investigación de los conceptos y estructuras formales del derecho en general y no de contenidos concretos de uno o

³⁹ Kelsen, Op. Cit., pp. 51-52.

varios ordenamientos jurídicos particulares. En este punto, se configura como una teoría formalista del derecho.⁴⁰

2.2.3 El Concepto de Derecho y la Teoría de la Proposición Jurídica

El carácter ideológico propio de la teoría tradicional del derecho, es a la que se contrapone la Teoría Pura, lo cual se evidencia en la habitual definición del concepto “derecho”. Toda vez que el “iusnaturalismo” conservador maneja un concepto trascendental del derecho, básicamente metafísico de la filosofía, en la cúspide del derecho natural, dentro de un período que políticamente coincidió con el desarrollo del Estado policía, característico de la monarquía absoluta.

Sin embargo, con el triunfo de la burguesía liberal en el siglo XIX ocurre una fuerte reacción contra la metafísica y la teoría “iusnaturalista”. A la par del progreso de las ciencias empíricas y naturales, y con una crítica de la ideología religiosa, se realiza el tránsito del iusnaturalismo al positivismo. Sin embargo para Kelsen por importante que haya sido este cambio, no fue completo. Aunque ya no se concibiera al derecho como una categoría eterna y absoluta, y se reconozca que sus contenidos están sometidos al cambio histórico y que al ser derecho positivo es un fenómeno condicionado por circunstancias de tiempo y lugar. Pese a todo lo anterior, la idea de un valor absoluto no desapareció, sobrevive como idea ética de la justicia, fundamentada y también por la jurisprudencia positivista.

Lo dicho, pese a que se enfatiza sobre la distinción entre justicia y derecho, ambos conceptos continúan únicos a través de nexos o vínculos más o menos perceptibles, y se mantiene que, para ser “derecho”, un orden social positivo necesariamente tiene que participar de algún modo de la justicia, para realizar un mínimo ético, aunque resulte un intento insuficiente para ser un derecho correcto o justo. En síntesis, para ser “derecho” el derecho positivo tiene que poseer cierta concordancia, con la idea de derecho. Además, al presuponer que todo orden estatal tiene carácter jurídico, se

⁴⁰ Kelsen, Op. Cit., pp. 51-52.

garantiza su legitimidad a través de la teoría del mínimo moral, lo que significa una concepción minimizada del derecho natural.

Sin embargo, hay que advertir que ese mínimo de garantías resulta insuficiente en el tiempo apacible, cuando la burguesía tiene consolidado su poder y las fuerzas sociales mantienen un evidente equilibrio

Cuando Kelsen se refiere al deber “sollen” como categoría del derecho, lo analiza desde estos dos puntos de vista: a) El deber como idea trascendente; b) el deber (sollen) como categoría trascendental; y c) el retorno al derecho natural y a la metafísica.

a.- La perspectiva del deber como idea trascendente

Esta hace referencia a que, cuando el derecho es definido como derecho positivo a través de una concepción minimizada del derecho natural, el concepto de derecho bajo el cual se subsume el derecho positivo, es el concepto de norma o de deber (“sollen”). Agrega que, al referirnos a las normas jurídicas, constantemente se hace énfasis en la no identidad de estas con las normas morales; pese a ello, desde el punto de vista jurídico no se cuestiona el valor absoluto de la moral; y se evidencia el valor relativo del derecho.

Tanto el derecho como la moral son concebidos como norma y si tanto el sentido de las unas y las otras se expresan en un “deber”, algo del valor absoluto de la moral habrá de quedar adherido al concepto de norma jurídica, así como también al deber jurídico. De ahí que la definición de derecho como norma y deber que caracteriza a la jurisprudencia decimonónica, no esté desprovista del componente ideológico.

b) El deber como categoría trascendental

Aquí se enfoca al aporte de la teoría del derecho respecto a la definición del mismo. El propósito de la Teoría Pura es liberar a la definición del derecho del componente ideológico, procediendo separar radicalmente el concepto de norma jurídica del de norma moral, al mismo tiempo que determina la legalidad del derecho distinguiéndola de la que es propia de la ley moral. Esto implica que no entiende la norma jurídica según la doctrina tradicional, que la equiparaba a norma moral, al convertirla en imperativo; por el contrario la concibe como un juicio hipotético que expresa un nexo específico entre un supuesto de hecho condicionante y una consecuencia condicionada.

En este punto, Kelsen indica que la norma de derecho se transforma en preposición jurídica, la que a su vez es la forma básica de la ley. La ley de la naturaleza vincula determinado hecho, como causa, con otro hecho, como efecto; la ley del derecho vincula la condición jurídica con la consecuencia jurídica. Si en el primer caso es la causalidad el modo en que los hechos se vinculan, en el segundo lo es la imputación; y para la Teoría Pura del Derecho, esta constituye la legalidad específica del derecho.

Para Kelsen, si se produce el hecho ilícito “debe” (soll) tener lugar la consecuencia jurídica; “este deber” (sollen) como categoría del derecho, significa únicamente el sentido específico que, en la proposición jurídica enlazan la condición y la consecuencia. Reitera que, la Teoría Pura del Derecho, conserva su tendencia radicalmente anti-ideológica; y la teoría tradicional del derecho expresa su más enérgica oposición, porque le es difícil entender que existieran ordenamientos jurídicos como el de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, la Italia Fascista o la Francia capitalista o democrática.⁴¹

⁴¹ Kelsen, Op. Cit., p. 53.

Vamos a referirnos a lo expuesto por Eugenio Bulygin, respecto a la distinción sobre normas y proposiciones normativas. Según el autor varios juristas y filósofos del derecho la han reconocido y formulado en términos más o menos imprecisos, entre ellos Hans Kelsen. Para Bulygin la idea principal es clara: las normas son utilizadas prescriptivamente para ordenar, prohibir o permitir una determinada conducta en ciertas circunstancias y por lo tanto carecen de valores de verdad: no son ni verdaderas ni falsas. Por su parte, las proposiciones jurídicas son afirmaciones acerca de la existencia de las normas; son por lo tanto descriptivas y, en consecuencia, verdaderas o falsas. Cita el ejemplo del cartel en el cual se lee: “Prohibido Fumar”, colocado en una pared, que puede ser interpretado como la formulación de una norma que prohíbe fumar o como una proposición normativa que informa respecto de la existencia de una norma que prohíbe fumar.

Bulygin considera que, realizada esta aclaración, no presenta dificultad reconocer que se trata de dos entidades diferentes: las normas pueden ser obedecidas o no, pueden ser calificadas como justas, válidas o eficaces, pero no son ni verdaderas ni falsas; mientras que las proposiciones normativas son verdaderas o falsas, pero no prescriben nada y en consecuencia no son ni válidas y no pueden ser obedecidas ni violadas.

En lo que respecta a Kelsen, Bulygin indica que éste al distinguir entre norma jurídica y proposición jurídicas, sostuvo durante mucho tiempo la tesis de que todo el derecho es un sistema completo y consistente, entendiendo que por razones lógicas no pueden haber situaciones no reguladas por el derecho; es decir, no existen lagunas normativas, ni tampoco contradicciones entre normas o conflictos normativos.

El principal argumento de apoyo a esta tesis de Kelsen, es la de la plenitud del derecho, condensada en el principio “de prohibición” que implica: “todo lo que no está prohibido, está jurídicamente permitido.” Para Kelsen este principio forma parte de todo orden jurídico; porque su idea básica es que el derecho consiste en normas que

prohíben ciertas conductas y permiten todas las demás, por el solo hecho de no prohibirlas. De ahí se deriva que no hay conductas no reguladas por el derecho, porque o bien están prohibidas o permitidas; todas poseen un estatus normativo otorgado por el derecho, cualquier que sea el contenido de este último. En consecuencia, las lagunas normativas no existen y todo ordenamiento jurídico será siempre completo.

Para Bulygin no reviste dificultad alguna demostrar que Kelsen confunde normas y proposiciones normativas. Ello es evidente porque nunca se planteó la pregunta obligatoria en éste punto: ¿Es el principio de prohibición una norma o una proposición normativa? Si la respuesta es que es una norma que permite todas las conductas no prohibidas, entonces es contingente y no puede pertenecer necesariamente a todo orden jurídico, salvo que se acepte que no es una norma positiva, sino de derecho natural, lo que jamás sería aceptado por Kelsen. Sin embargo, normas positivas que permiten las conductas no prohibidas por otras normas pueden existir, verbigracia, la regla *nullum crimen* en el derecho penal liberal. Esta regla no es claramente contingente, sólo existe en un orden jurídico si ha sido incorporada por un acto creador del derecho.

El término “permitido” es ambiguo. Cuando figura en una norma, es decir, cuando es usado prescriptivamente, “permitido” significa lo mismo que “no prohibido” y “prohibido” significa “no permitido”. Sin embargo, cuando figura en una proposición normativa, “permitido” puede significar dos cosas distintas: 1) Al decir “p está permitido” puede querer decir, que no existe una norma que prohíba p (permisión débil o negativa); ó 2) Que existe una norma que permite p (permisión fuerte o positiva)⁴² Sin embargo Kelsen, argumenta que “permitido” significa “no prohibido”, lo cual es verdad: dicho término se usa frecuentemente en este sentido. Es lo que se llama permiso negativo o débil. Pero, en ese supuesto, el principio “Lo que no está prohibido, está permitido” se convierte en “Lo que no está prohibido, no está

⁴² Eugenio Bulygin. *Poder Judicial y Democracia*. Revisado 28 Diciembre de 2015 de <http://www.cervantesvirtual.com/obra/los-jueces-crean-derecho-0/007b21f2-82b2-11df-acc7-002185ce6064.pdf>

prohibido”, lo que es una tautología. En esta interpretación el principio es necesariamente verdadero, pero carece de contenido, porque no dice nada sobre el derecho y es compatible con la existencia de lagunas, si por ellas se entiende una conducta que no está prohibida, ni permitida en sentido fuerte, es decir, no está regulada por el derecho. Entonces, concluye Bulygin que el principio de prohibición como norma es contingente, es decir, se puede dar o no y como proposición normativa es, o bien falso, o bien necesario, pero vacuo.⁴³

c) El retorno al derecho natural y a la metafísica

El impacto social que generó la Primera Guerra Mundial (1914-1918), incidió que la teoría tradicional del derecho iniciara un intenso retorno al iusnaturalismo, al igual que la filosofía tradicional hacia la metafísica pre kantiana, en la cual el paso de la posibilidad a la existencia – es decir el añadido de lo real a lo posible – dependía del acto de un sujeto externo.

En Kant, por el contrario, este mismo poder de hacer existir se otorga al hombre. Y ahora, es el hombre el que crea, en la medida en que pone la relación. Sin embargo, el hombre no crea de la nada, sino que crea aquello que es para él: pone la relación con otro, con algo más de lo que tiene experiencia y pone al otro como algo que existe.⁴⁴

Precisamente, a causa de que la Teoría Pura del Derecho llega a las últimas consecuencias que se derivan de la filosofía y la teoría jurídica del siglo XIX (que originalmente eran positivas y contrarias a toda ideología), es por lo cual se coloca en oposición contra los que niegan la filosofía trascendental kantiana y el positivismo jurídico. La categoría formal del deber o de la norma, solo hace referencia al concepto genérico, no a la diferencia específica del derecho.

⁴³ Eugenio Bulygin. *La importancia de la distinción entre normas y proposiciones normativas*. Revisado 25 de septiembre de 2015 de http://www.fcje.org.es/wp-content/uploads/file/jornada17/1_BULYGIN.pdf

⁴⁴ “Los sentidos de lo Virtual”. *Revista de Filosofía*, 4(24):3-4, Abril 2009.

Pese a lo anterior, con la categoría formal del “deber” o de la norma, únicamente se está haciendo referencia al concepto genérico, no a la diferencia específica del derecho. Para Kelsen si consideramos en su conjunto a la teoría jurídica del siglo XIX, ésta muestra un acuerdo en que la norma de derecho es una norma coactiva, en el sentido de ser una norma que ordena una coacción y que, por ese rasgo, se diferencia de otras normas. Es aquí donde la Teoría Pura, continuando la tradición del pensamiento jurídico positivista del siglo XIX, considera que el acto estatal coactivo es la consecuencia que en la proposición jurídica aparece vinculada a una determinada condición, esto es la pena o la ejecución civil o administrativa.

En lo que respecta al acto ilícito, en la Teoría Pura del Derecho se disuelve la idea que al realizar el mismo, las personas violan o infrinjan el derecho, demostrando que el derecho, mediante el ilícito, no solo no viola ni infringe el derecho, sino que es precisamente gracias a este último es como consigue cumplir su función. Entonces, el acto ilícito no significa, como la concepción tradicional indica, interrupción de la existencia del derecho, sino lo contrario: en el ilícito se confirma la existencia del derecho, existencia que consiste en su validez, es decir, en el deber del acto coactivo como consecuencia jurídica.⁴⁵

Según Kelsen para abordar el estudio del derecho como técnica social, es importante analizar los siguientes tres temas:

1) La eficacia del ordenamiento jurídico

Si el derecho entendido desde una perspectiva positivista, es un orden coactivo externo, se tiene que entender el mismo como una técnica social específica, la cual consiste en que la situación social a la que se aspira, se consigue o se pretende conseguir, vinculando la conducta humana, que es contraria a la situación social deseada al acto coactivo que es su consecuencia.

⁴⁵ Kelsen, Op. Cit., pp. 57-58.

Por consiguiente, la finalidad del ordenamiento jurídico consiste en motivar al ser humano, a través de la representación mental que esta pueda hacerse, del mal que le amenaza si se conduce de manera contraria; y es en esa motivación donde radica la eficacia que tiende a conseguir el ordenamiento jurídico.

2) La norma secundaria

Para entender qué es para Kelsen la norma secundaria es necesario saber qué entiende por norma primaria. Para él la norma jurídica primaria es la que establece la conducta que evita el acto coactivo. También la denomina norma genuina, lo que implica que un orden jurídico está integrado solo por normas primarias. Por aparte, las normas secundarias son derivados lógicos de las normas primarias, y su enunciación sólo tiene sentido a los fines de una explicación más clara del derecho. Únicamente de las normas primarias hipotéticas pueden derivarse normas secundarias.

Kelsen explica que si atendemos a la finalidad del ordenamiento jurídico, se presupone la exigencia de que los hombres deben comportarse de modo que eviten el acto coactivo que les amenaza; partiendo de ahí se puede descomponer el ordenamiento en un conjunto de normas en las que aparece como ordenada la conducta cuya realización se pretenden; ejemplo, no se debe matar, no se debe robar, entre otros. Pero si sólo tenemos esas prescripciones, no se expresa la relación con el acto coactivo, relación que es esencial al carácter jurídico de la norma.

En consecuencia, siendo la coerción elemento esencial del derecho, la norma jurídica primaria o en sentido estricto, tiene que ser precisamente la norma sancionatoria, verbigracia: el que mata debe ser castigado y será secundaria la que derivativamente establece un deber, “no se debe matar”.

3) Los motivos de obediencia al derecho

Para Kelsen es una cuestión difícil de responder, si la conducta acorde al ordenamiento jurídico es efecto de la representación mental de la amenaza del acto coactivo. No se puede afirmar que sea el temor a la pena o a la ejecución forzosa el factor que la realidad concuerde con el derecho, pudiendo ser motivos muy diversos como religiosos, morales, preocupación por ser estimado por la sociedad, los que frecuentemente provocan que no se tengan incentivos para realizar una conducta antijurídica. Agrega que la correspondencia entre el comportamiento real de los hombres y el ordenamiento jurídico, es relevante para la validez de éste y no tiene por qué atribuirse a su eficacia sino a ideologías cuya función consiste en generar la referida correspondencia entre el comportamiento de los hombres y el ordenamiento jurídico.

Indica Kelsen que el derecho no se caracteriza por la finalidad sino por ser un medio específico; de lo cual se deduce por qué razón la norma jurídica secundaria, al venir formulada previamente, en sí misma y sin apoyo en la proposición jurídica no puede ser la expresión genuina del derecho. El derecho es un aparato coactivo, en sí mismo y por sí mismo considerado, no le corresponde valor ético o político; su valor depende de la finalidad trascendente al derecho mismo y de la cual este constituye un medio.

Entonces, la Teoría Pura del Derecho, no tiene en cuenta la finalidad que se persigue o qué se consigue por medio del ordenamiento jurídico, porque sólo mira al ordenamiento jurídico como tal; tampoco considera al ordenamiento en su relación con la finalidad, es decir, como posible causa de un determinado efecto, sino que su punto de vista es el de la propia legalidad normativa de su contenido.⁴⁶

Según Kelsen en ocasiones se niega el sentido normativo del deber (sollen), cuando se considera al derecho como causa de ciertos efectos, como un medio provocador

⁴⁶ Kelsen, Op. Cit., pp. 61-62.

de determinadas conductas por parte de los individuos a los que dichos actos se dirigen, pretendiendo con ello poder percibir el orden jurídico en las regularidades con que transcurren los modos de la conducta. Ignorándose con ello la orientación normativa propio de esos actos, porque se piensa que no es posible aceptar el sentido de un deber (sollen) como algo diferente al sentido de un ser (sein). ⁴⁷

2.2.4 El dualismo de la teoría del derecho y su superación

En éste capítulo Kelsen analiza los siguientes temas: **a)** el origen iusnaturalista del dualismo de derecho objetivo y derecho subjetivo; **b)** el concepto de derecho subjetivo; **c)** el de sujeto de derecho o persona; **d)** el significado ideológico de los conceptos “derecho subjetivo” y “sujeto de derecho”; **e)** concepto de relación jurídica; **f)** concepto de deber jurídico; **g)** la reducción del derecho subjetivo al objetivo; **h)** la disolución del concepto de persona; **e i)** el carácter universalista de la Teoría Pura del Derecho.

a.- El origen iusnaturalista del dualismo de derecho objetivo y derecho subjetivo

Respecto al origen iusnaturalista del dualismo entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo, la Teoría General del Derecho desarrollada por la jurisprudencia positiva del siglo XIX se caracteriza por un dualismo que dominó todo el sistema y posibilita un tratamiento dual de todos los problemas. Concretamente, este dualismo iusnaturalista consiste en la idea de que, por encima del orden estatal del derecho positivo, existe un orden jurídico natural, racional o divino, de rango superior y cuya función en lo esencial es conservador y legitimador. Cuando la teoría general de derecho afirma que su objeto de investigación, el derecho, es algo dado y no solo en el sentido objetivo sino también subjetivo, introduce en el fundamento mismo de su sistema, una contradicción básica la cual consiste en la dualidad de derecho objetivo y derecho subjetivo.

⁴⁷ Kelsen, Op. Cit., pp. 53-56.

Lo anterior porque al introducir esa dualidad sostiene al mismo tiempo que el derecho –como objetivo- es norma o conjunto de normas, es decir, orden y también, como –subjetivo- algo totalmente diferente, algo que no puede subsumirse bajo un concepto común: el ser interés o voluntad.

b.- El concepto de derecho subjetivo

Por la importancia que reviste el concepto de derecho subjetivo para la ciencia jurídica, la teoría de Kelsen se ubica dentro de “las teorías negadoras de la existencia del derecho subjetivo”, al considerar que tanto las teorías de la voluntad como las del interés, creen que existe un derecho subjetivo previo al derecho objetivo, lo que supone regresar al iusnaturalismo que defendió la dualidad entre derecho objetivo y subjetivo y que debe ser eliminado, porque el derecho subjetivo no constituye más que un aspecto del derecho objetivo que toma la forma de un deber cuando la norma sancionada a un sujeto o bien la de un derecho subjetivo cuando se pone a disposición de un sujeto.

Para Kelsen, si se acepta la dualidad de la teoría del derecho subjetivo y derecho objetivo, se coloca al sujeto en la posición de poder crear derecho; sin embargo, el derecho subjetivo no es más que una técnica de creación del derecho. Por lo tanto, elimina el dualismo entre ambos derechos, afirmando el carácter primario del deber jurídico.

En lo que respecta al positivismo decimonónico, no renunció totalmente a legitimar el derecho por medio de un valor supra positivo; en forma indirecta, la justificación de éste derecho positivo no implica un derecho diferente y de rango superior sino el propio derecho. Sin embargo, no se refiere a este dualismo, sino al dualismo tras-sistemático que se expresa en la diferenciación entre derecho objetivo y derecho subjetivo, derecho público y derecho privado y otras dualidades conceptuales de matiz antagónico, entre las cuales no le corresponde el último lugar a la dualidad

entre Estado y Derecho, aseverando que la función principal de éste dualismo no es solo legitimar un orden jurídico positivo, sino principalmente imponer determinados límites a su contenido.

En referencia al derecho subjetivo, Kelsen dice que el dualismo entre derecho objetivo y subjetivo expresa la idea del carácter previo del segundo respecto del primero, lógica y cronológicamente; es decir, primero surgen los derechos subjetivos, especialmente el de propiedad prototipo de todo y solo después se agrega el derecho objetivo como orden del Estado para reconocer, proteger y garantizar los derechos subjetivos.

c.- El concepto de sujeto de derecho o persona

Para Kelsen el concepto de sujeto jurídico o “persona”, se encuentra en estrecha relación con el derecho subjetivo, incluso en el fondo es como una variación del derecho subjetivo, entendido como propietario. Consideró, además, que resulta decisiva la idea de un ente jurídico independiente del ordenamiento jurídico, de una subjetividad jurídica, que por decirlo de algún modo, descubre el derecho subjetivo en el individuo o en ciertos colectivos.

Según Recaséns Siches, al analizar el concepto jurídico de persona en la Teoría Pura del Derecho, se advierte que para Kelsen, el concepto jurídico de persona, es “algo completamente desligado del substrato real que se pueda atribuir a la misma”⁴⁸ Es decir, el sujeto del derecho no es en sentido formal el hombre como realidad psico-física, sino una construcción jurídico-normativista.⁴⁹

⁴⁸ Luis Recasens Siches. Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico: (la filosofía del derecho en el siglo XX). (Barcelona, España: Editorial Labor, 1936), p. 150.

⁴⁹ Recasens Siches, Op. Cit., pp. 151-152

d) El Significado Ideológico de los Conceptos “Derecho Subjetivo” y “Sujeto de Derecho”

Según Kelsen, el significado ideológico de los conceptos “derecho subjetivo” y “sujeto de derecho”, evidencia lo ficticio de esta caracterización de la personalidad jurídica. Refiere que si bien es cierto, se puede hablar de una autodeterminación del individuo en el ámbito del derecho, la misma sólo existe en sentido limitado e impropio; porque para que alguien pueda concederse derechos así mismo tiene que existir un deber, porque la relación jurídica solo puede nacer de acuerdo con un ordenamiento jurídico objetivo, por medio de una voluntad coincidente de dos individuos. Pero, lo anterior no sucederá si el derecho objetivo no ha establecido que el contrato es un hecho generador de derecho; en consecuencia, en última instancia la caracterización jurídica parte del derecho objetivo y no de los sujetos jurídicos subordinados ni existe en el derecho privado una autonomía plena. La función ideológica de la elaboración conceptual relativa al derecho subjetivo y al sujeto jurídico, pretende defender la idea de que el derecho subjetivo es una categoría que trasciende al derecho objetivo, una institución en la que la configuración de los contenidos del ordenamiento jurídico encuentra un límite infranqueable.

Por lo tanto, el concepto de derecho subjetivo como algo distinto del derecho objetivo e independiente de este se transforma en más importante cuando se considera al derecho objetivo como un ordenamiento en situación de permanente cambio, resultado de las decisiones humanas y no como algo fundamentado en la voluntad eterna de la divinidad, en la razón o en la naturaleza, especialmente si dicho ordenamiento es resultado de procedimientos democráticos. La idea de que existe un derecho distinto al objetivo e independiente de él y que no solo es menos derecho, sino quizá más, tiene como función proteger la institución de la propiedad privada frente a la posibilidad de su abolición por el ordenamiento jurídico.

Los que mantienen este dualismo aseveran que un ordenamiento jurídico que no reconozca al ser humano como personalidad libre, que no garantice el derecho subjetivo, no puede ser considerado en absoluto como un ordenamiento jurídico.

e) El Concepto de Relación Jurídica

En lo que atañe al concepto de relación jurídica, se sigue la misma línea de pensamiento de la ideología del derecho subjetivo, porque se describe la relación entre derecho y sociedad (y especialmente entre derecho y economía) como una relación entre forma y contenido, derivándose de lo anterior que la relación jurídica es el vínculo que se inserta en el seno de la materia social, como una relación vital a la que el derecho se limita a darle una determinación externa. Con lo anterior, esta corriente jurisprudencial tradicionalista toma una apariencia “sociológica”, que en realidad da continuidad a las iusnaturalistas.

Para Kelsen, en la misma línea del pensamiento dualista de derecho objetivo y derecho subjetivo, se encuentra la doctrina que distingue las relaciones jurídicas en personales y reales, atendiendo a que se trate de una relación entre sujetos, entre sujeto jurídico y objeto de derecho, entre persona y cosa. En este punto, la relación jurídica más importante sobre las cosas es el derecho de propiedad y es a partir de ella como se estructura la diferenciación entre las relaciones jurídicas reales y las relaciones jurídicas personales. Esta diferenciación es de suma importancia en derecho civil, pues el dominio jurídico de la persona sobre la cosa es una relación jurídica del sujeto frente a los demás sujetos, por lo cual estos tienen el deber jurídico de no interferir en las facultades del propietario. La objeción anterior es aceptada por Kelsen, quien la considera correcta, porque al concebir la propiedad como una relación entre personas y cosas, lo que se persigue es encubrir su función decisiva desde la perspectiva socioeconómica, una función que consiste en la relación entre el propietario y todos los demás sujetos que quedan excluidos del acceso a la cosa y se ven obligados por el derecho objetivo a respetar el poder exclusivo de disposición que tiene sobre ella el propietario.

f) El Concepto de Deber Jurídico

Al referirse al concepto de “deber jurídico,” la Teoría General del Derecho ha prestado poca atención a ésta forma del derecho en sentido subjetivo, incluso algunos consideran que no es un concepto jurídico, porque no hay otros deberes más que los morales y que en el derecho sólo existen derechos subjetivos y no deberes jurídicos.

Según Recasens Siches, al interpretar a Kelsen en éste punto, indica: “El deber jurídico es, pues, la norma colocada en relación con un hombre determinado, en tanto que le obliga a aquel comportamiento, cuya oposición contradictoria constituye la condicen del acto coactivo (castigo o ejecución) establecido en la norma. Desde un punto de vista trascendente (teleológico), puede decirse que el deber jurídico contiene aquella conducta que la sociedad se propone lograr mediante precepto jurídico.”⁵⁰

g) La reducción del Derecho Subjetivo al Objetivo

En cuanto a la reducción del derecho subjetivo al objetivo, se deben tener en cuenta tres aspectos:

1) La norma jurídica como deber jurídico

La Teoría Pura del Derecho se limita a ver en el deber jurídico la norma de derecho en su relación con la conducta concreta del individuo que dicha norma complementa, es decir, ve en el deber jurídico la norma jurídica individualizada.” Reconociendo que: “la única función esencial del derecho objetivo es imponer deberes jurídicos. Porque toda proposición jurídica, necesariamente, establece un deber jurídico y es posible que, además, conceda facultades, derechos subjetivos.”⁵¹

⁵⁰ Recasens Siches, Op. Cit., p. 144.

⁵¹ Kelsen, Op. Cit., pp. 72-73.

2) La norma jurídica como facultad (derecho subjetivo)

Nos encontramos ante una facultad cuando, entre las condiciones de la consecuencia jurídica del ilícito, está incluida la declaración de voluntad de quien resulte perjudicado en sus intereses, por el acto ilícito. Para Kelsen la facultad jurídica constituye: “solo una figura que hace posible pero en modo alguno necesaria del contenido del derecho objetivo.”⁵²

3) El derecho subjetivo (facultad) como participación en la creación del derecho

Para Kelsen, si aceptamos que la esencia del derecho subjetivo, característico del derecho privado es que la declaración de voluntad del interesado dirigida a reclamar la consecuencia del ilícito forma parte esencial del procedimiento que genera la norma individual que es la sentencia, será entonces preciso convenir en que el reconocimiento de un derecho subjetivo significa una garantía de participación en la creación del derecho.

En consecuencia, al considerar que el derecho subjetivo (facultad) como una forma específica de la función de creación de las normas, desaparece la contraposición entre derecho objetivo y subjetivo y se revela de forma nítida el carácter primario que corresponde al deber jurídico frente al carácter secundario del derecho subjetivo.

h) La Disolución del Concepto de Persona

Al abordar Kelsen lo relativo a la disolución del concepto de persona, expone que el concepto de persona o sujeto jurídico es un artificio del pensamiento, pudiendo ser concebido como un concepto auxiliar creado por el conocimiento jurídico bajo la presión de un lenguaje jurídico antropomórfico y personificador, con el fin de lograr una representación expresiva del material que trata de dominar.

⁵² Kelsen, Op. Cit., p. 73.

Continúa este análisis indicando que, persona es una expresión que personifica unitariamente un haz de deberes jurídicos y derechos subjetivos, lo que equivale a decir que personifica unitariamente un conjunto de normas; siendo en suma, una manera de entender el derecho en cuanto a objeto de conocimiento que le preserva de hipóstasis⁵³ erróneas y duplicadoras.

Para Kelsen, la teoría positivista del derecho exige concebir como esencialmente idénticas a la persona física y a la persona jurídica. El concepto jurídico de persona o sujeto de derecho expresa únicamente la unidad de una pluralidad de deberes y derechos, lo que significa que existe la unidad de una pluralidad de normas que imponen dichos deberes y conceden derechos. Así pues, la persona física, el ser humano individual, constituye la personificación o expresión unitaria personificada de las normas que regulan la conducta de un individuo humano. Por su parte la persona jurídica, al igual que la física, es solo la expresión unificadora de un conjunto normativo, de un ordenamiento jurídico que regula la conducta de una pluralidad de seres humanos.

La idea que la persona jurídica es una realidad diferente a los individuos e imperceptible por los sentidos o de que es un organismo social supraindividual integrado por individuos, constituye una hipóstasis ingenua de una representación de la fantasía. Ni la física es el hombre, ni la jurídica es un superhombre.

Recasens Siches, interpreta los conceptos de persona individual y persona jurídica o colectiva en Kelsen de la siguiente forma: "... Si en el campo del Derecho todo, se separa la serie de todas las normas que regulan la conducta de un hombre, y se las concibe como formando un orden parcial; y las personificamos representándolas en una unidad, hemos construido el concepto de persona individual. Si se trata de un

⁵³ Es un término de origen griego usado a menudo, aunque imprecisamente, como equivalente de ser o sustancia, pero en tanto que realidad de la ontología, puede traducirse como 'ser de un modo verdadero', 'ser de un modo real' o también 'verdadera realidad'.

orden parcial, que regula la conducta reciproca de una serie de hombres, tenemos entonces la llamada persona jurídica o colectiva.

Para Kelsen, es posible la diferenciación funcional entre ordenamiento jurídico total y parcial, debido a que en la conducta humana regulada por la norma pueden distinguirse un elemento personal –subjetivo- y otro material –objetivo-: el sujeto de la acción u omisión por una parte, u al propia acción u omisión, por la otra, el quién hace u omite y el qué, es lo hecho u omitido. Ambos elementos vienen determinados por la norma completa; sin embargo, es posible que una norma contenga solo uno de los dos elementos. Tratándose de una norma incompleta que necesita completarse con otra.⁵⁴

La voluntad jurídica como construcción normativa, en la cual está inmerso el concepto de imputación, no es más que un caso u objeto especial de una operación mental, que según Recasens Siches, se llama: “imputación normativa”; característica de todas las ciencias normativas, pero muy especialmente del Derecho. Considera que esta es una de las ideas angulares de la construcción kelseniana, porque la estructura lógica denominada imputación es el modo de enlace típico de dos hechos en la norma. Los elementos contenidos en la norma jurídica se relación entre sí, no por el principio de causalidad, sino por el vínculo del deber ser.⁵⁵

El castigo es imputado al delito y el delito a la persona castigada, porque la norma así lo establece. Si a esta conexión de dos o más hechos en la normas, lo llamamos imputación, ésta constituye en el reino del sistema jurídico, el principio análogo a la causalidad en el reino de la naturaleza. Fundamentalmente, Kelsen distingue dos clases de imputación: a) La imputación de un hecho a otro; y b) la imputación de un hecho a una persona. En el contexto de la voluntad jurídica sólo interesa ésta última. En la Teoría Pura del Derecho un individuo concreto solo es órgano de la comunidad jurídica, porque en la medida en que su actuación ha sido prevista por el

⁵⁴ Kelsen, Op. Cit., p. 78.

⁵⁵ Recasens Siches, Op. Cit., p. 132.

ordenamiento jurídico parcial constitutivo de la comunidad jurídica de que se trate, dicha actuación puede ser atribuida a la unidad que es dicho ordenamiento. A esta atribución de un hecho a la unidad ordinamental se le designa con el nombre de “imputación.” Luego, Kelsen, al referirse al significado ideológico de la antinomia individuo-comunidad, asevera que cuando se concibe la “persona” como la personificación de un conjunto de normas, como una parte del ordenamiento jurídico objetivo instaurados de una unidad orgánica o sistemática de todos los derechos y deberes de las “personas”, de tal modo que el derecho de uno sea siempre el deber de otro, quedando disuelta la aparente antinomia entre el individuo y la comunidad, antinomia en la que la filosofía social tradicional se ha encontrado sumida por sostener la idea de que el individuo constituye un todo en la comunidad por él constituida.

i) El carácter universalista de la Teoría Pura del Derecho

Al concluir el capítulo IV sobre el dualismo de la teoría del derecho y su superación, el carácter universalista de la Teoría Pura del Derecho radica en haber disuelto la idea del derecho subjetivo en sus distintas manifestaciones, -facultad, deber jurídico, sujeto de derecho- como algo diferente esencialmente al derecho objetivo, lo concibe como una forma especial o una expresión personificadora de este último, rebasando la orientación subjetivista del derecho a cuyo servicio se encuentra el concepto de derecho en su sentido objetivo, concepción propia de los abogados, quienes observan el derecho desde la perspectiva del interés de la parte que representan, es decir, atendiendo a lo que el derecho representa para el individuo, en qué medida le es útil, sirve a sus intereses o le perjudica, amenazándole en éste último caso como un mal. Esta posición corresponde a la jurisprudencia romana.

La Teoría Pura del Derecho tiene una postura contraria, totalmente objetivista-universalista; toda vez que tiene como punto de partida la totalidad que el derecho constituye e intenta comprender en cada uno de los fenómenos en forma particular, es su relación sistemática con todos los demás, proponiendo un entendimiento de la

función que desarrolla el derecho analizado como una totalidad en cada uno de sus elementos. Es decir, la Teoría Pura del Derecho plantea una tesis monista del derecho.⁵⁶

2.2.5 El ordenamiento jurídico y su estructura jerárquica

Sobre las bases creadas por Kelsen, su discípulo Adolfo Merkl elaboró una teoría sobre el fundamento de la unidad del orden jurídico y del Estado, la cual ha sido aceptada e incorporada a la Teoría Pura del Derecho. Para ésta teoría, el fundamento gnoseológico de la unidad del Estado, o sea del Derecho, consiste en la posibilidad de referir los preceptos jurídicos vigentes a un único centro jurídico: La Constitución. Los preceptos jurídicos singulares se ordenan en círculos concéntricos alrededor de la Constitución. Lo anterior implica que el orden jurídico está constituido no solo por las leyes, sino también por reglamentos administrativos de toda clase, por decisiones concretas en sentencias judiciales y por normas contractuales, entre otras.

Es así como las distintas clases de preceptos significan grados diversos en la creación o elaboración del orden jurídico. Cada grado está condicionado por el superior. Partiendo de ésta teoría de Merkl, Kelsen profundiza en la misma y la pone como base de su sistema.⁵⁷

Para Kelsen, el Derecho es un sistema de normas, un conjunto cuya descripción es tarea de la ciencia jurídica. Distingue dos tipos de sistemas normativos: el estático y el dinámico. El primero es propio de la moral, partiendo de una norma general (“haz el bien”), se derivan concretos por medio de la deducción lógica (“consuela a los enfermos”). Por su parte, el dinámico es propio del derecho, cuyas normas no derivan unas de otras por deducción lógica, sino por intermediación de “actos de voluntad” creadores de normas. Entre la Constitución y la ley se interpone la voluntad

⁵⁶ Kelsen, Op. Cit., pp. 67-81

⁵⁷ Recasens Siches, Op. Cit., p. 154.

del legislador que promulga esta. Entre la ley y la sentencia se interpone la voluntad del juez que la dicta.

Partiendo del análisis anterior expone Kelsen que, el ordenamiento jurídico tiene una estructura jerárquica o escalonada. Las normas jerárquicamente superiores prevén los aspectos formas de creación de las inferiores y a veces determina también su contenido. Es decir, en el derecho positivo (puesto o impuesto) la constitución ocupa el escalón superior; después, las leyes; a continuación las normas generales de la administración (reglamentos y otros tipos de normas.) todas estas normas, caracterizadas comúnmente por su generalidad de contenido, se concretan en las normas individuales: las sentencias de los jueces, los actos administrativos y los negocios jurídicos. Finalmente, en la cima del edificio jerárquico de las normas se encuentran los actos de ejecución o aplicación de las normas individuales. Cada uno de los escalones o niveles jerárquicos supone la ejecución o aplicación de la norma superior y, al mismo tiempo, la creación de la nueva norma. Por ello, el acto del legislador aplica o ejecuta la Constitución a la vez que crea la ley. El acto del juez aplica la ley y crea la sentencia. El acuerdo entre los contratantes aplica la ley y crea la norma contractual. Frente a la concepción que separa la creación y ejecución del derecho, Kelsen sostiene la relativización de la distinción.

Según Gregorio Robles, la teoría de la estructura jerárquica del ordenamiento jurídico proporciona la base para elucidar el concepto de validez. Así es como a la pregunta ¿Por qué es válido un determinado acto de ejecución? Se da la respuesta de que, es porque se apoya en una sentencia judicial que impone dicha sanción. Y respecto a ¿Por qué la sentencia es válida? Porque esta se apoya en el código civil y leyes procesales; y a la interrogante: ¿Por qué son válidos el código civil y leyes procesales?, la respuesta que proporciona la teoría de la jerarquización del ordenamiento jurídico, es porque derivan su validez de la Constitución.

En la Constitución finaliza, el derecho positivo. Pero la pregunta obligada es: ¿Por qué es válida la Constitución? Al no existir una norma positiva por encima de ella, la

respuesta según la Teoría Pura del Derecho es una presuposición: La Constitución es válida porque se supone una norma que la hace obligatoria. Ésta norma no es una norma de derecho positivo, sino una norma supuesta, pensada, hipotética. Es un presupuesto del pensamiento jurídico.⁵⁸

La Teoría Pura del Derecho maneja la norma fundamental como un fundamento hipotético. Su autor indica que esta no es una norma impuesta, sino presupuesta como condición de todo el conjunto de la creación jurídica, de todo procedimiento positivo. Afirma que con la formulación de la norma fundamental la Teoría Pura del Derecho pretende hacer patente lo que, todos los juristas hacen cuando para entender su objeto rechazan el derecho natural como instancia de la que podría derivarse la validez del ordenamiento jurídico positivo a pesar de lo cual conciben el derecho positivo como un ordenamiento válido, no como un mero *factum* de conexiones psíquicas motivacionales, sino como norma. Su contenido se rige por el hecho que, permite la creación del ordenamiento jurídico al cual se adecua, alcanzando en cierto grado, la conducta efectiva de los individuos a los que el ordenamiento se dirige.

En cuanto a la unidad del orden jurídico, el derecho como orden, es un sistema de normas jurídicas. La primera pregunta que plantea la Teoría Pura del Derecho, es la siguiente: ¿Qué es lo que da fundamento a la unidad de una pluralidad de normas jurídicas?, ¿Por qué una determinada norma jurídica pertenece a un determinado ordenamiento jurídico? La validez que fundamenta a esa pluralidad de normas es la norma fundamental, la cual es fuente común y constituye la unidad de una pluralidad de normas que da lugar a la unidad que forma un orden.

El derecho es válido únicamente como derecho positivo cuando es impuesto. Es decir que, la positividad del derecho radica en la necesidad de ser impuesto y en la consecuente independencia de su validez con respecto a la moral y a otros sistemas normativos similares. Por el contrario, la norma fundamental de un ordenamiento

⁵⁸ Kelsen, Op. Cit., p. 22.

jurídico positivo es la regla básica conforme a la cual se crean las demás normas del ordenamiento jurídico, la imposición del hecho básico de la creación de derecho, que según Robles puede expresarse en los siguientes términos: “Es jurídicamente obligatorio obedecer la Constitución”; o bien –lo que es equivalente-: “Es un deber jurídico obedecer al poder constituyente”.⁵⁹

El jurista reconoce el carácter hipotético de la norma fundamental, porque se supone que si dicha norma es válida, también lo será el resto del ordenamiento jurídico, siendo ésta el presupuesto necesario de la concepción positivista del orden jurídico. Asegura que esta norma fundamental no es generada por ningún procedimiento jurídico; no tiene la validez propia de una norma jurídica positiva, porque no es una norma impuesta, sino presupuesta como condición de todo el conjunto de la creación jurídica de todo procedimiento positivo.

Kelsen quiso dejar claro en este punto que con la formulación de la norma fundamental la Teoría Pura del Derecho no pretendió crear un nuevo método científico de la jurisprudencia, sino únicamente evidenciar lo que todos los juristas hacen cuando para entender su objeto rechazan el derecho natural como instancia de la cual podría derivarse la validez del ordenamiento jurídico positivo.

Según el Doctor Jorge Mario Rodríguez Martínez, no es válido el argumento cossiano que Kelsen aceptó la lógica formal, porque éste era un kantiano y su tesis expuesta en la Teoría Pura del Derecho contiene argumentos de la lógica trascendental, que es aquella que piensa en condiciones de posibilidad de algo y no se base en la experiencia. Verbigracia: El ojo humano, a través del cual podemos observar el campo visual que nos rodea, pero éste no se puede observar a si mismo. Es decir, no es parte de ese campo visual; igual en Kelsen “la norma fundamental” es una norma pensada como una posibilidad, pero no es parte del campo de estudio del derecho y a través de ella es que se estructura un sistema jurídico.

⁵⁹ Kelsen, Op. Cit., pp. 22-23.

El planteamiento kelseniano evidencia las condiciones lógico-trascendentales del método usual que siempre se ha utilizado para el estudio del derecho positivo. El contenido de la norma fundamental en un ordenamiento jurídico no se evidencia cuando se modifica el ordenamiento por la vía legal, sino cuando se le sustituye por otro empleando medios revolucionarios. Por ejemplo, un Estado que siempre se ha regido por un régimen monárquico, de pronto un grupo de hombres por la vía revolucionaria intenta colocarse en el lugar de los gobernantes legítimos y sustituir la monarquía por un gobierno republicano. Si logran su cometido, es decir, si rompen con el viejo orden e inician en forma eficaz uno nuevo, debido a que la conducta real de los individuos se adapta en términos generales a este y no al anterior, si esto sucede, funciona un nuevo orden, un nuevo ordenamiento jurídico.

Se estima entonces que la norma fundamental nueva no es aquella que delega en el monarca o legislador la autoridad que produce derecho, sino que delega dicha autoridad en el gobierno revolucionario. Para Kelsen no es posible obviar la realidad a la hora de determinar la validez del derecho, pero tampoco es posible que se identifique al derecho con la realidad. Si en sustitución del concepto de realidad (eficacia del ordenamiento jurídico) se sustituye por el del poder, el problema de la relación entre la validez y la eficacia se identifica con la creación entre el derecho y el poder. En la formulación científica de una verdad antigua: El derecho no puede existir sin el poder pero no se identifica con él. Porque el derecho según lo comprende la Teoría Pura resulta ser un determinado ordenamiento del poder. Aquel principio según el cual la validez de un ordenamiento jurídico tiene como prerequisite que posea cierto grado de eficacia, es decir, un cierto nivel de correspondencia entre validez y eficacia, no es más que formular una norma jurídica positiva, pero no una que pertenezca al orden estatal sino internacional.

La validez es una cualidad intrínseca de las normas y la eficacia las relaciona con el acontecer externo a ellas, con los comportamientos del ser humano. Es decir, una norma es eficaz si se cumple; es ineficaz en caso contrario. Además, la relación entre validez y eficacia, la eficacia es condición y no razón de la validez de un

ordenamiento considerado en su conjunto; no así de la norma individualmente considerada, la cual es válida siempre que forme parte de un ordenamiento jurídico válido, mismo que para ser válido ha de ser eficaz en su conjunto. En este punto, Kelsen distingue dos supuestos: el del orden jurídico considerado en su conjunto (verbigracia el derecho alemán, español) y el de la norma individual. Esta será válida siempre que pertenezca a un ordenamiento válido, con independencia de que la norma en cuestión sea eficaz o no. Por el contrario, el ordenamiento jurídico solo será válido si en su conjunto es eficaz.

En lo que se refiere a la estructura jerárquica del ordenamiento jurídico, su unidad es el resultado de la creación y consecuente validez de una norma que se reconduce a otra de la cual cuya creación y validez se remite a su vez a otra norma. El autor se refiere a un encadenamiento normativo que desde arriba concluye en la norma hipotética fundamental, la cual es considerada como una regla hipotética básica, en consecuencia, el fundamento supremo de validez en la cual descansa la unidad de esta cadena de creación normativa.

Para Kelsen, el Derecho tiene un carácter eminentemente dinámico; en consecuencia, una norma será válida en la medida en que haya sido creada sobre la base de otra norma; es decir, si ha sido generada por otra norma, lo cual representa el fundamento de validez de aquella.

Entonces, la Constitución se encuentra en la cúspide de la estructura jerárquica del ordenamiento jurídico. Tiene como función esencial regular los órganos y el procedimiento para la creación del derecho, mismo que debe tener un carácter general, es decir debe regular la actividad legislativa. Además, puede establecer el contenido de futuras leyes, o prohibir determinados contenidos. Cuando obligan, generalmente estamos ante una mera promesa de promulgación de leyes en las cuales por razones de técnica jurídica no es viable que se impongan sanciones en caso no se promulguen. En contraposición con esto, resulta más eficaz que la constitución no permita promulgar leyes que posean ciertos contenidos.

Como ejemplo de la función reguladora de la Constitución, cuando ordena la creación y contenido de leyes inferiores a ella, en la Constitución Política de la República de Guatemala, el artículo 238 prescribe: “La Ley Orgánica del Presupuesto regulará: a) La formulación, ejecución y liquidación del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado y las normas a las que conforme esta Constitución se somete su discusión y aprobación; b) Los casos en que puedan transferirse fondos dentro del total asignado para cada organismo, dependencia, entidad descentralizada o autónoma. Las transferencias de partidas deberán ser notificadas de inmediato al Congreso de la República y a la Contraloría de Cuentas; no podrán transferirse fondos de programas de inversión a programas de funcionamiento o de pago de la deuda pública; c) El uso de economías y la inversión de cualquier superávit e ingresos eventuales; d) Las normas y regulaciones a que está sujeto todo lo relativo a la deuda pública interna y externa, su amortización y pago; e) Las medidas de control y fiscalización a las entidades que tengan fondos privativos, en lo que respecta a la aprobación y ejecución de su presupuesto; f) La forma y cuantía de la remuneración de todos los funcionarios y empleados públicos, incluyendo los de las entidades descentralizadas. Regulará específicamente los casos en los que algunos funcionarios, excepcionalmente y por ser necesario para el servicio público, percibirán gastos de representación. Quedan prohibidas cualesquiera otras formas de remuneración y será personalmente responsable quien las autorice; g) La forma de comprobar los gastos públicos; y, h) Las formas de recaudación de los ingresos públicos. Cuando se contrate obra o servicio que abarque dos o más años fiscales, deben provisionarse adecuadamente los fondos necesarios para su terminación en los presupuestos correspondientes.”

En lo que respecta a que la Constitución no permita promulgar leyes que posean ciertos contenidos, tenemos entre otros los artículos: 44 y 175 de la Constitución Política de la República de Guatemala, los cuales regulan: **“Artículo 44. Derechos inherentes a la persona humana.**Serán nulas ipso jure las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza.”

“Artículo 175. Jerarquía Constitucional. Ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución. Las leyes que violen o tergiversen los mandatos constitucionales son nulas ipso jure.”

Por aparte, las normas de carácter general o creadas por el procedimiento legislativo, son las que se encuentran en el peldaño infra constitucional a la Constitución; su función, además de establecer el órgano y el procedimiento para la creación de normas individuales por parte de los tribunales y autoridades administrativas, radica además en delimitar el contenido de dichas normas individuales. La Constitución tiene como principal función regular el procedimiento de leyes y determinar el contenido de esta, mientras que la misión de la legislación consiste en prever la creación y el contenido de los actos judiciales y administrativos.

En consecuencia, la relación entre constitución y legislación será esencialmente la misma que existe entre la ley y la decisión judicial y administrativa; con la diferencia en cuanto al grado en que el nivel superior determina formal y materialmente al inferior. En el primer supuesto predomina el elemento formal sobre el material; en el segundo supuesto, se entiende que ambos elementos se conservan en equilibrio.

Kelsen también se refiere a la diferencia existente entre ley y reglamento, distingo relevante en virtud que la constitución delega la producción de normas jurídicas generales especialmente al parlamento electo por el pueblo, sin embargo también autoriza a ciertos órganos de la administración a que desarrollen en forma detallada el contenido de las leyes a través de otras normas de carácter general; diferenciación también relevante cuando, en determinados supuestos excepcionales se le otorgan poderes al ejecutivo en lugar del parlamento para promulgar todas aquellas leyes que sean necesarias o normas generales de determinada especie.

Cuando las normas generales no emanan del parlamento, sino de las autoridades administrativas, reciben el nombre de reglamentos, los cuales se dictan para desarrollar las leyes o en ausencia de éstas cuando son de organización.

Respecto a los modos de creación de normas generales, éstas tienen lugar a través de actos de imposición autoritaria y o por vía de la costumbre. Sin embargo, ambos modos de creación se agrupan en lo que se conoce como fuentes del derecho; que incluye no solo a estas dos fuentes, creación por órganos centrales de normas generales orientadas a un fin frente a la creación espontánea y descentralizada por norma general por parte de los miembros de la comunidad jurídica, sino que también extiende el fundamento último de validez del ordenamiento jurídico y en consecuencia, a lo expresado bajo el concepto de la norma fundamental.

En lo que atañe a la jurisprudencia, producto de la sentencia judicial, se da cuando la norma general vincula una consecuencia anterior y abstracta, a un determinado supuesto factico, también abstracto, que tiene el mismo significado de comprensión.

Para Kelsen, los conceptos de jurisprudencia y administración se manifiestan también como individualización y concreción de las leyes, especialmente las administrativas.

En cuanto al negocio jurídico y al acto de ejecución, advierte que en determinadas parcelas del derecho, por ejemplo el civil, la individualización y la comprensión de las normas generales no tiene lugar directamente por actos de órganos estatales, como la sentencia judicial. Cuando se aplican las normas de Derecho Civil, los tribunales se enfrentan a la aplicación porque entre la ley y la sentencia se interpone el negocio jurídico, el cual realiza una función individualizadora en relación con el supuesto factico hipotético.

En el tema de la ubicación del Derecho Internacional en la estructura jerárquica del ordenamiento jurídico, su función es la coordinación de los ordenamientos estatales, así como la delimitación de su esfera de validez, por lo que se le tiene como un ordenamiento situado por encima de los estatales, a los cuales agrupándolos en una comunidad universal que garantiza la unidad de todo el derecho.

Cuando ocurre un conflicto entre normas de diferentes niveles jerárquicos, Kelsen parte de la unidad del ordenamiento jurídico, lo cual se cuestiona, cuando una norma de jerarquía inferior, no se adecua a otra superior que ha previsto la forma en que ha de crearse la inferior o el contenido de esta; es decir, cuando la inferior se contrapone a la disposición que establece la relación de supradenación y de subordinación entre las normas. En este punto, cuando se plantea el problema de la norma contraria a otra superior, el problema de la ley inconstitucional, del reglamento ilegal o la sentencia o del acto administrativo que adolecen de nulidad.

Kelsen se cuestiona cómo es posible sostener la unidad del ordenamiento jurídico, si existe una contradicción lógica entre dos normas que pertenecen a distintos niveles de jerarquía en el mismo sistema; además, si siguen vigentes la Constitución como la ley que la vulnera, así también si continúan vigentes la ley como la sentencia que la contraviene.

Precisamente, el Derecho positivo tiene en cuenta la existencia de ese “derecho antijurídico” y confirma que es posible su existencia al regular diversas medidas para impedirlo o limitarlo. Sin embargo, al tolerar que una norma no deseada por algún motivo tenga validez como derecho se le sustrae a este su carácter de antijuridicidad. Agrega que, en el supuesto de que fuere cierto que el fenómeno conocido como “norma antinormativa” signifique una contradicción lógica entre la norma superior y la inferior implicaría echar a perder la unidad del ordenamiento jurídico. Pero, lo anterior no es cierto. Es posible la existencia de una ley inconstitucional, es decir, que contradiga disposiciones de la Constitución vigente, ya sea por la forma de su aprobación o por su contenido, pero la situación anterior se debe interpretar así: la Constitución no solo pretende la validez de las leyes conformes con ella, sino además, de alguna forma, permite también la validez de las leyes “inconstitucionales” porque de lo contrario no se podría hablar en absoluto de la “validez” de éstas últimas.

Para Kelsen lo que se denomina inconstitucionalidad de una ley no implica una contradicción lógica entre el contenido de la ley y la Constitución, sino una condición prevista constitucionalmente para generar un procedimiento de anulación de la referida ley o bien la penalización de un órgano determinado; sin embargo, mientras no se anule dicha ley, sigue siendo válida.

Lo concerniente a que una norma “antinormativa” sea anulable o por su causa sea penalizado un determinado órgano, es lo que se conoce como: “anti normatividad”, “defecto” o “vicio” de la norma.

Igual cosa ocurre con los denominados reglamentos ilegales o actos jurisdiccionales y administrativos contrarios a las leyes y reglamentos, porque a través de estos se crean normas individuales que son considerados válidos y en consecuencia legales, en tanto no se anulen mediante el procedimiento que existe para el efecto. A través de estos últimos actos se crean normas individuales que, de conformidad con la ley, son válidas y, en consecuencia, legales mientras no se anulen a causa de su ilegalidad por medio del procedimiento establecido. Cuando se agota el procedimiento o no se previó éste, la norma inferior adquiere “fuerza de derecho” en su relación con la superior, lo que significa que sigue siendo válida a pesar que su contenido contradiga a ésta última, y será así debido al principio de “fuerza del derecho” contenido en la norma superior.

En consecuencia, la denominada “anti normatividad” de una norma que por cualquier motivo, se presuma válida, no es otra cosa que la posibilidad de suprimirla debido a ciertas causas lo cual significa su anulabilidad a través de otro acto jurídico o bien su nulidad, su negación como norma del conocimiento jurídico, su disolución como apariencia de norma jurídica válida. En conclusión, la “norma anti normativa” será o anulable o nula: En el primer supuesto será una norma válida y conforme con la superior hasta el momento que sea anulable y en el segundo supuesto no se trata propiamente de una norma.

El conocimiento normativo no acepta la contradicción entre dos normas pertenecientes al mismo sistema y le corresponde al derecho resolver los posibles conflictos entre normas válidas de diferentes jerarquías. La unidad que caracteriza la estructura jerárquica del ordenamiento jurídico, no se pone en duda por las contradicciones lógicas.⁶⁰

2.2.6 La interpretación

Según Kelsen, cuándo es pertinente y cuál es el objeto de la interpretación, constituye un proceso intelectual relacionado al proceso de creación del derecho, que va desde un progresivo nivel superior a un inferior establecido por el primero. Al interpretar la ley, nos debemos cuestionar cómo partiendo de una norma general podemos en un caso concreto aplicar una norma individual como la sentencia o un acto administrativo. También hay interpretación de normas individuales, (sentencias judiciales, resoluciones administrativas, negocios jurídicos), porque al crear y ejecutar el derecho se realiza de un nivel a otro jerárquicamente inferior.

La determinación de la norma aplicable nunca será totalmente lograda a través de la norma superior; siempre quedará un espacio más o menos amplio para la discrecionalidad, de tal forma que la norma superior será sólo un marco que es necesario completar por medio de dicho acto. De lo anterior se establece que todo acto jurídico realizado en aplicación de una norma, solo en parte está determinado por ella y, en parte indeterminado. Esta indeterminación se puede referir al hecho condicionante o a la condición jurídica condicionada, es decir, tanto al porqué como al qué del acto de la norma prevista.

La indeterminación de la norma puede ser abiertamente intencionada, es decir, que forme parte de la intención del órgano creador, como por ejemplo, los tipos penales sancionados con pena de prisión o multa, en los cuales por discrecionalidad judicial

⁶⁰ Kelsen, Op. Cit., pp. 82-100

se puede aplicar una u otra pena. También existe esta indeterminación intencionada cuando se establecen límites inferiores y superiores de la pena a imponer.

En el ordenamiento jurídico penal de Guatemala esta situación es factible advertirse en todos los tipos penales sancionados especialmente con pena de prisión, en los cuales se señala un mínimo y un máximo de dicha pena principal, con referencia obligatoria a la observancia de los parámetros que regula en artículo 65 del Código Penal, relativo a la fijación de la pena.

Kelsen considera que el acto jurídico puede ser indeterminado en forma no intencional, derivado de la propia naturaleza de la norma, lo que puede deberse a la abundancia de significados de la palabra o sucesión de palabras con que la norma se redacta; en consecuencia el significado de la norma no es unívoco y por lo tanto, quien debe aplicarla, se encuentra ante una diversidad de significados.

Para la Teoría Pura del Derecho, se entiende por interpretación la fijación del sentido de la norma aplicable, porque el resultado de esa actividad es simplemente la determinación del marco que representa la mencionada norma y consecuentemente, el conocimiento de diversas posibilidades que se dan en dicho marco. Acotando que la jurisprudencia tradicional cree que de la interpretación se puede obtener no solo la fijación del marco para el futuro acto prescrito, sino también que desarrolle un método que permita completar de un modo correcto el mencionado marco. Es decir, pretende hacer creer que la ley, cuando se aplica al caso, puede proporcionar siempre una única decisión correcta y que la corrección jurídico-positiva de la decisión se fundamenta en la propia ley. Por ello, Kelsen asevera que la interpretación de una ley no tiene por qué conducirnos obligadamente a considerar correcta una única decisión, sino, por el contrario, posiblemente nos conducirá a varias, todas ellas con la misma validez, siempre y cuando se ajusten a la norma aplicable; sin embargo, solo una de ellas se convertirá en derecho positivo a través del acto contenido en la sentencia judicial. La sentencia judicial no es la norma

individual, es una de las normas individuales posibles dentro del marco de la norma general.

Los habituales medios de interpretación del argumento a contrario y de la analogía, no tienen en absoluto ningún valor, porque ambos conducen a resultados opuestos, no existiendo un criterio a través del cual se pueda decidir cuándo se aplica uno u otro. Por aparte, el conocido principio de ponderación de intereses, es simplemente una formulación más del problema, pero no una solución, porque no proporciona ninguna pauta objetiva que nos permita proceder a la comparación entre los diversos intereses opuestos ni cómo decidir sobre los conflictos originados entre esos intereses. La interpretación como un acto de conocimiento o como un acto de voluntad, según la doctrina tradicional de la interpretación, significa que la norma superior no proporciona la determinación del acto aplicativo regulado por ella, pero se puede obtener de algún modo a través de conocer el derecho vigente. Para Kelsen, este pensamiento es absolutamente contradictorio y auto engañoso, que choca con la idea de la posibilidad misma de toda interpretación. Por ello no es una cuestión dirigida al conocimiento del derecho positivo, cuál de todas las posibles interpretaciones, en el marco de la norma, sea la correcta, sino de política jurídica, pues lograr que la ley, la sentencia o acto administrativo sean correctas, es una tarea de quien promulga la ley dentro del marco de la Constitución.

No es posible, entonces, obtener leyes correctas solo a través de la mera interpretación de la Constitución o sentencias correctas a través de la interpretación de la ley y aunque hay diferencia entre esos supuestos, esta es cuantitativa y no cualitativa, porque desde una perspectiva material, la vinculación del legislador es menor a la del juez, ya que el primero es mucho más libre que el segundo cuando declara el derecho. Coincide en que el juez también crea derecho y es relativamente libre en el desempeño de su función, pues la de obtener la norma individual al ejecutar la ley, es un acto de voluntad. En la medida que la actividad cognoscitiva pueda tener su lugar en la aplicación de la ley, dicha actividad consiste en conocer otras normas que puedan confluir en el proceso de creación jurídica, verbigracia

normas morales, de la justicia, juicios sociales de valor designados habitualmente con expresiones como interés estatales, progreso, etc.

En el tema de la ilusión de la seguridad jurídica, la concepción que defiende que la interpretación consiste en conocimiento del derecho positivo y que, por tanto, constituye un procedimiento para obtención de nuevas normas partiendo de las vigentes, es la tesis de la jurisprudencia de conceptos, la que es rechazada por la Teoría Pura del Derecho, porque esa tesis se origina en la necesidad de concebir el derecho como ordenamiento regulador de todos los aspectos del comportamiento humano, especialmente de la actividad de los órganos de aplicación, de manera que al fusionarse, la interpretación también es considerada como un descubrimiento de normas ya existentes. En eso radica la ilusión de la seguridad jurídica, que la concepción tradicional del derecho se esfuerza por mantener.

La interpretación de las normas tiene un papel importante en la integración de las lagunas legales, afirmando en la primera versión de la Teoría Pura del Derecho, que no existen auténticas lagunas. Cualquier conflicto jurídico en que una parte plantea una pretensión contra otra, la decisión será favorable o contraria a la pretensión y dependerá de que la ley imponga o no el deber jurídico pretendido, no existiendo una tercera posibilidad; es decir siempre será posible adoptar una decisión, y siempre lo será teniendo a la ley como fundamento, esto es, aplicándola.

Los ordenamientos jurídicos no contienen solo la norma que obliga a realizar determinada conducta; también existen normas que preceptúan que los individuos son libres de hacer o de no hacer todo aquello a lo que no están jurídicamente obligados, siendo esta norma negativa la que se aplica cuando se decide desestimar una pretensión dirigida a realizar una conducta que no constituye un deber. A pesar de lo expuesto, algunos teóricos siguen argumentando la existencia de lagunas en algunos casos, lo cual no implica que sea imposible llegar a una decisión por carecer de una norma aplicable; únicamente significa que la instancia competente para aplicar el derecho, considere que la decisión posible, favorable o desfavorable a

la pretensión es, o muy inadecuada o muy injusta y es por ello inclinarse a la hipótesis de que el legislador no pensó en ese supuesto y que de haber pensado en él, lo habría regulado en forma diferente. La hipótesis anterior puede ser acertada o no, pero es imposible de probar; además, debe tenerse en cuenta el deber constitucional de aplicar la norma promulgada por el legislador y no la que supuestamente habría pensado. El órgano que aplica la ley debe hacerlo así, aunque la considere mala, porque lo que no tiene por malo, otro lo da por bueno, no siendo la laguna otra cosa que la diferencia entre el derecho positivo y un orden jurídico contemplado por alguien como mejor, como más justo o más correcto. Además, de las lagunas en sentido propio, se suele distinguir también las lagunas técnicas, que son aquellas cuya existencia e integración por vía interpretativa son admitidas incluso por quienes desde una visión positivista niegan la existencia de lagunas auténticas. Siempre que el legislador no regule algo que tendría que haber regulado para hacer posible la aplicación de la ley, se indica que la denominada laguna técnica es, o bien una laguna en sentido originario del término (diferencia entre el derecho positivo y el que se aspira), o bien una indeterminación cuyo origen se encuentra en el carácter de la norma como un arco abierto a distintas posibilidades.

Kelsen admite que la ley puede regular algo que en sí mismo carezca de sentido, porque las leyes son obra humana; y normas pueden tener contenidos que carezcan de sentido. En ese supuesto, no será posible que se interprete, porque a través de medios interpretativos no es posible obtener norma alguna.

Para Kelsen, desde el punto de vista teórico, no existen lagunas en la ley. El legislador erróneamente puede presuponer la existencia de lagunas, en cuyo caso será algo diferente a lo que el legislador considera. Algunas veces adopta medidas para algunos casos en lo que sea imposible derivar una decisión a partir de la ley, como por ejemplo el parágrafo 6to del Código Civil Austriaco y el parágrafo 1º del Código Suizo vigentes en 1934. En el código suizo se preceptuaba que el juez, en caso de laguna, debía decidir como decidiría si fuera legislador, es decir, lo autoriza para que decida, no según la ley, sino de acuerdo a su criterio en todos los casos en

que considere inaceptable la aplicación legal. Un buen legislador no se puede permitir la renuncia a corregir la ley siempre que sea necesario y que se den determinadas circunstancias. La facultad legislativa de ceder tal decisión a quien deba aplicar la ley, encarna un peligro inevitable, consistente en que el juez decida sobre casos en los cuales el legislador hubiese querido que se aplicara la ley tal como el la promulgó, poniéndose en entredicho el principio de legalidad en la aplicación de las normas generales y la validez de las mismas, en la tarea de ceder el derecho del legislador general al aplicador de la ley. Para minimizar este peligro, la autorización que permite excluir la ley se formula de manera que quien la aplique, no llegue a ser consciente del extraordinario poder que se le otorga. Es decir, conviene que este convencido que solamente se le permite inaplicar la ley en los casos que no deba aplicarla a causa de no ofrecer aquella ninguna posibilidad de aplicación; que únicamente es libre en aquellos casos que le está permitido actuar como legislador, pero sin que pueda decidir por sí mismo cuáles son los casos en que haya de ser así.

Para Kelsen, lo que se denomina laguna de la ley, es un enunciado ideológico. Lo anterior porque, cuando la aplicación de la ley es inconveniente desde el punto de vista político, se la presenta como una imposibilidad de naturaleza lógico-jurídica.⁶¹

2.2.7 Los métodos de creación del derecho

Según Kelsen, la dinámica jurídica concibe al derecho en movimiento, en un proceso de permanente renovación y autogeneración, contrario a como lo concibe la estática jurídica, un ordenamiento ya creado, sin tener en cuenta su proceso de producción. Uno de los problemas fundamentales de la dinámica jurídica lo constituye el método de creación del derecho, es decir, lo relativo a las formas del derecho. En el entendido de que la función principal de la norma jurídica es obligar al sujeto a realizar una determinada conducta, se colige que el punto de vista decisivo desde el que se ha de enjuiciar la creación de la norma jurídica consiste en que si el individuo

⁶¹ Kelsen, Op. Cit., pp. 101-112.

obligado por ella ha tomado parte o no, en su creación. Si la obligatoriedad surge con el concurso de su voluntad o sin esta, incluso eventualmente en contra de la misma, es una cuestión en la cual existe una contraposición entre autonomía y heteronomía, la cual la teoría del derecho utiliza especialmente en el campo del derecho público.

Aquí se trata la distinción entre democracia y autocracia; entre república y monarquía, que nos da una visión de las formas de Estado. Sin embargo, para Kelsen lo que se concibe como forma de Estado no es más que un caso concreto de forma de derecho, lo cual significa que es un método de producción jurídica al más alto nivel, es decir en el marco de la Constitución. Por ello, la posición que identifica la forma de Estado y la Constitución, pertenece al perjuicio de considerar que el derecho se circunscribe a la ley, sosteniendo que el problema de la forma de Estado concebido como la cuestión del método de creación jurídica, se debe plantear en todos los niveles de creación del derecho, no solo al nivel de la Constitución.

Uno de los ejemplos característicos de la sistemática de la ciencia jurídica moderna es la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado, ha hecho posible lograr una delimitación satisfactoria de dicha dicotomía. Una de las concepciones más conocidas realiza la diferencia entre las diversas relaciones jurídicas, según la relación entre los sujetos situados al mismo nivel o equivalentes; que serían los de Derecho privado; mientras que en el Derecho público se da una relación entre un sujeto subordinado y otro superior. La relación entre el Estado y el súbdito es de Derecho público. Un ejemplo clásico de relación jurídico-pública es la orden administrativa, la cual es una norma individual dictada por un órgano administrativo que obliga jurídicamente al destinatario a una conducta conforme a dicha orden; mientras el negocio jurídico, constituye una relación jurídico-privada, concretamente el contrario; es decir, la norma individual creada contractualmente a través de los contratantes quedan obligados jurídicamente a una conducta recíproca. En el contrato los sujetos obligados participan en la creación de la norma que los obliga, y aquí radica la esencia de la creación jurídica contractual, por el contrario, en la orden administrativa de derecho público el sujeto obligado no participa en absoluto en la

creación de la norma que lo obliga. A este se le conoce como método autocrático, mientras que al del contrato, se le conoce como democrático.⁶²

2.2.8 Derecho y Estado

La Teoría Tradicional del Derecho y del Estado sostiene que este constituye una entidad diferente y contrapuesta al derecho; a la vez, asevera que se trata de una entidad jurídica, que concibe al Estado como sujeto de deberes jurídicos y derechos subjetivos, es decir, como persona que tiene una existencia independiente del ordenamiento jurídico. La teoría tradicional del Derecho y el Estado no renuncia a esa concepción, no puede renunciar a ese dualismo, porque cumple una función ideológica que difícilmente se puede sobrevalorar, pues se piensa al Estado como una persona distinta al Derecho, de tal suerte que el Derecho sirve de justificación al Estado, el cual crea al Derecho y a la vez se encuentra contenido en él.

En Kelsen es ineficaz la legitimación metafísico-religiosa del Estado y la Teoría del Estado de Derecho se convierte en la única justificación posible del Estado. Por eso, para él existe una identidad entre Estado y Derecho, ya que el Estado es el ordenamiento jurídico, lo que no implica que todo ordenamiento sea susceptible de recibir el nombre de Estado; únicamente lo será cuando el ordenamiento crea los órganos que deban ejercer sus actuaciones en la generación y ejecución de las normas que lo forman.

En una comunidad jurídica primitiva, de carácter pre estatal, la creación de normas jurídicas generales es resultado de una producción consuetudinaria, es decir, a través de la práctica habitual de los miembros de la comunidad. Como producto de una evolución a lo largo del tiempo y como resultado de la división social del trabajo, es que llegamos a formar órganos centralizados, por lo que los órganos jurisdiccionales se formaron mucho antes que los legislativos.

⁶² Kelsen, Op. Cit., pp. 113-114

Como sujeto de actos estatales; es decir, como persona, es únicamente la personificación de dicho ordenamiento, lo que constituye el orden coactivo que solo puede ser concebido como ordenamiento Estatal. En consecuencia, la persona jurídica estatal tiene el mismo carácter que cualquier otra persona jurídica, es expresión de unidad, un ordenamiento jurídico, un punto de imputación que el conocimiento humano se suele inclinar con demasiada frecuencia a representárselo hipostáticamente, a hacerlo algo real, llegando así a concebir el Estado como una realidad existente, tras el ordenamiento jurídico y de naturaleza diferente a la de él.

El Estado como aparato burocrático formado por órganos funcionales, es a lo que se denomina Estado administrativo, y sus órganos persiguen fines que éste se propone, en el sentido que pretenden conseguir a través de medios directos una situación social deseable. En consecuencia, el Estado como aparato coactivo también implica al Estado como aparato administrativo. Por lo tanto, desde una perspectiva analítica estructural del concepto de Estado-órgano (órgano-persona), el Estado es el conjunto de hechos calificados jurídicamente en cierta manera y por tanto, en definitiva, el sistema de normas calificadoras de esos hechos, siendo un ordenamiento jurídico parcial que se configura en su singularidad, de forma más o menos arbitraria, a partir del todo que forma el ordenamiento jurídico estatal.

La concepción según la cual el Estado es un ordenamiento jurídico, se confirma en el hecho de que los problemas que tradicionalmente son abordados por la teoría general del Estado, son problemas de la Teoría del Derecho, porque se refieren a la validez y creación del ordenamiento jurídico. Incluso los denominados elementos del Estado: el poder, el territorio y la población, no son más que su validez como ordenamiento, su ámbito de validez espacial y su ámbito de validez personal.

Para la Teoría Pura, es inapropiado legitimar al Estado como un Estado de Derecho, porque todo Estado es necesariamente un “Estado de Derecho,” en la medida en que con dicha expresión se entiende un Estado que tiene ordenamiento jurídico. No existe ningún Estado sin ordenamiento jurídico, porque un Estado no es sino el

mismo ordenamiento jurídico, en el entendido de que esta aseveración no constituye un juicio de valor de naturaleza política. Considerar como verdadero ordenamiento jurídico un sistema normativo sólo porque posee los caracteres mencionados constituye un perjuicio de índole iusnaturalista.

Desde la perspectiva del positivismo jurídico, el Derecho, al igual que el Estado, deben ser considerados como un orden coactivo de la conducta humana, sin que ello implique considerar su valor moral o sobre su justicia. Entonces, al Estado se le debe concebir en términos jurídicos, al igual que al Derecho mismo.

Desde el punto de vista de la crítica del método, la Teoría Pura logró la destrucción de la ideología de la legitimidad entre Estado y Derecho, pues ella se opone a esta distinción, por considerar que existe identidad entre Estado y Derecho, sin rechazar la idea de legitimar al Estado por medio del Derecho, debido a que sin éste es imposible la legitimación del Estado. Lo que niega la Teoría Pura es la posibilidad de que la ciencia jurídica proporcione la justificación del Estado a través del Derecho, o la justificación del Derecho por medio del Estado.

La ciencia jurídica no tiene la misión de justificar cualquier cosa, porque justificación significa valoración, y las valoraciones son siempre subjetivas y pertenecen a la ética y a la política y no al conocimiento objetivo. La ciencia del derecho pretende ser tan solo ciencia y no política y tiene que estar exclusivamente al servicio del conocimiento objetivo.⁶³

2.2.9 Estado y Derecho Internacional

Según Kelsen es importante analizar los niveles de jerarquía en el Derecho Internacional, es decir, su norma fundamental.

⁶³ Kelsen, Op. Cit., pp. 118-127.

El Derecho Internacional se integra por normas que han sido creadas por la costumbre, a través de actos estatales de los órganos competentes de los Estados. Su finalidad es regular las relaciones entre Estados y generalmente impone deberes y concede derechos a todos los Estados. Una de las normas de Derecho Internacional que destaca por su especial significación, es la manifestada en la expresión latina *pacta sunt servanda*, que significa “Lo pactado obliga”. Éste impone deberes y concede derechos a los Estados, así como a los individuos, teniendo en cuenta que el derecho regula conductas humanas. Existe unidad entre el Derecho Internacional y el derecho estatal, porque existe unidad cognoscitiva de todo el derecho, lo que implica que sí es posible concebir como un sistema unitario a las normas del Derecho Internacional y los de los ordenamientos jurídicos estatales. Además existe una relación recíproca entre éstos dos sistemas.

Según los juristas, el Derecho Internacional es, un conjunto de normas válidas u obligatorias y no un conglomerado de hechos naturales, por lo tanto no puede más que concebir estos conjuntos de normas en un sistema libre de contradicciones. Lo anterior es posible de dos formas. Dos conjuntos de normas, que aparentemente son diferentes, forman un sistema jurídico unitario; o uno de esos sistemas jurídicos está subordinado al otro porque tiene en este su fundamento de validez y, por lo tanto, su norma fundamental, es decir, la determinación fundamental de su creación, o bien porque ambos ordenamientos aparecen como coordinados, situados al mismo nivel, lo cual significa que sus ámbitos de validez están separados unos de otros. Esta segunda solución presupone la existencia de un tercer ordenamiento que prevea la creación de los otros dos, que limite sus respectivos ámbitos de validez y que de esa manera sea capaz de coordinarlos. Entonces, la determinación del ámbito de validez es la determinación por la norma superior de un elemento del contenido de la norma inferior. Por lo tanto, para Kelsen, si el Derecho Internacional y el Derecho estatal forman un sistema unitario, se tiene que construir la relación entre ambos de alguna de las dos formas explicadas.

En cuanto a la construcción monista, que para la Teoría Pura es una consecuencia epistemológica, se afirma que el Derecho Internacional como el ordenamiento jurídico estatal son recíprocamente independientes, desprendiéndose esa independencia de la posibilidad de contradicciones irresolubles entre sus contenidos. Ante este argumento Kelsen dice: “Si esta aseveración fuere válida no sería ya posible calificar el derecho del Estado y el Derecho Internacional como sistemas normativos simultáneamente válidos, ni ordenamientos jurídicos de dos estados coexistentes”.⁶⁴ Tampoco es posible aceptar que la moral y el derecho positivo tengan validez simultánea. Eso sería una perspectiva típica del hombre primitivo, quien con naturalidad admite su propia comunidad como jurídicamente válida y solo admite como jurídico su propio ordenamiento, tratando como “bárbaros” a los individuos que no pertenecen a su comunidad.

Esta posición ideológica no ha sido superada plenamente y subsiste la idea de que únicamente es “derecho” el derecho del Estado, el ordenamiento estatal propio, constituyendo el punto de partida de la teoría dualista del derecho. Al ser inaceptable la negación del carácter normativo del Derecho Internacional y de los demás ordenamientos estatales distintos al propio, para Kelsen la construcción dualista recurre a una ficción con la finalidad de fundamentar la naturaleza jurídica de los conjuntos normativos externos al ordenamiento jurídico del estado propio.

Para que el Derecho Internacional sea vinculante para un Estado, tiene que ser reconocido por el Estado. La validez del Derecho Internacional y de los ordenamientos jurídicos de los demás estados, se desliza al ordenamiento jurídico del Estado en particular, a la voluntad de éste en cuanto supremo ser jurídico en la esfera social. En consecuencia, solo tendrá validez el Derecho Internacional en la medida en que un Estado lo reconozca como vinculante, no siendo considerado como supraestatal ni como ordenamiento independiente, sino que en la medida en que sea considerado como derecho por cada Estado.

⁶⁴ Kelsen, Op. Cit., p. 134.

En el tema de la negación del Derecho Internacional, Kelsen indica que el subjetivismo para comprender el mundo, parte del propio yo y lo extiende al universo. Por su tendencia a mantener el dogma de la soberanía por la vía de la teoría del reconocimiento se sostiene la primacía del ordenamiento jurídico del Estado propio lo cual es totalmente incompatible con la idea de pluralidad de Estados ordenados en pie de igualdad y delimitados jurídicamente en sus respectivos ámbitos de validez. En conclusión, la primacía del ordenamiento jurídico del Estado no solo significa la negación de la soberanía de todos los demás Estados, sino también la negación del Derecho Internacional. El Derecho Internacional se desnaturaliza con la idea que debe ser incorporado al ordenamiento jurídico del Estado, porque al quedar circunscrito a los límites propios de un determinado ordenamiento jurídico estatal, se imposibilita cumplir su función principal, la cual consiste en la coordinación de todos los estados. La validez del Derecho Internacional podrá ser rechazada de acuerdo con las reglas de dicha Constitución o en caso de ser necesario, adoptando la correspondiente reforma constitucional. Según la teoría de la primacía del derecho estatal, el punto de partida originario se podría expresar así: Solo el ordenamiento jurídico del estado propio es válido como derecho. Sin embargo, si se piensa que es preciso evitar las consecuencias que se derivan de dicha primacía, es indispensable la idea de la primacía del ordenamiento jurídico internacional.

Para Kelsen, no deben existir contradicciones entre el derecho nacional y el internacional, porque se trata de la misma voluntad que, en un caso reconoce el Derecho Internacional y en otro se representa como un ordenamiento jurídico estatal, pues la llamada voluntad estatal es una expresión antropomórfica del deber propio de las normas. Aclara que en los casos que se hace referencia a la antinormatividad de una norma, no implica contradicción lógica entre la norma inferior y la superior, sino la anulabilidad de la inferior o punibilidad del órgano responsable.

Cuando la norma del ordenamiento jurídico del Estado es creada infringiendo el Derecho Internacional, sigue siendo válida, desde la perspectiva del Derecho

Internacional, porque este ordenamiento no tiene previsto un procedimiento para anular una norma contraria a él.

El ordenamiento jurídico de un Estado tiene como punto de partida el ordenamiento jurídico internacional, siendo un ordenamiento parcial centralizado relativamente y sometido directamente al Derecho Internacional, el cual delimita su ámbito de validez territorial y temporal, teniendo como única restricción la reserva que para sí mismo pueda hacer el Derecho Internacional.

El Estado como órgano del Derecho Internacional, es sólo una expresión metafórica aplicable al ordenamiento jurídico estatal, el cual está en una conexión de delegación de poderes. Además, el dogma de la soberanía ha sido utilizado como instrumento de una ideología política imperialista que refuta o ataca el Derecho Internacional, constituyendo así uno de los logros más importantes de la Teoría Pura del Derecho, que contradice el razonamiento que proclama que esa evolución sea incompatible con el Derecho Internacional así como con la esencia del Estado y con todo aquello que expresa el concepto de soberanía.

Kelsen concluye su obra con el tema del Estado y Derecho Internacional, afirmando que al darse la unidad cognoscitiva del derecho, gracias a la relativización del concepto de Estado, establece un presupuesto en modo alguno irrelevante de la unidad organizativa de un ordenamiento jurídico mundial y centralizado.⁶⁵

⁶⁵ Kelsen, Op. Cit., pp. 128-145.

CAPITULO III

CARLOS COSSIO Y SU TEORÍA EGOLÓGICA DEL DERECHO Y EL CONCEPTO JURIDICO DE LIBERTAD

3.1 Reseña biográfica de Carlos Cossio

Carlos Cossio nació en San Miguel de Tucumán, Argentina, el 3 de febrero de 1903. Estudió abogacía y desde joven se dedicó a la vida académica. Se especializó en filosofía del derecho, explorando los temas centrales de la filosofía, siendo un investigador del pensamiento filosófico alemán contemporáneo. Se desempeñó como profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de la Plata (1934-1946) y en la Universidad de Buenos Aires (1946-1956 y 1973- 1975). Fue fundador y Presidente del Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social. Falleció en Buenos Aires, el 24 de agosto de 1987, a causa de un accidente doméstico.

En los años de 1960, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, un grupo de discípulos escribieron artículos y tratados de Filosofía del derecho y de Introducción al Derecho, basándose en gran parte en sus ideas.

Cossio es el iusfilósofo argentino de más amplia y reconocida trayectoria; fue quien primero incorporó a las cátedras de Filosofía del Derecho el estudio de Hans Kelsen, Oliver W. Holmes y Karl Marx. En su investigación iusfilosófica, parte de concepciones ontológicas y gnoseológicas inspiradas en Kant, Husserl y Heidegger, autores por los que pasa, según él, el nervio del pensamiento contemporáneo. Su caracterización del derecho como “vida humana plenaria considerada desde cierto ángulo, o como [...] conducta humana en su interferencia intersubjetiva” ha sido adoptada por numerosos autores en Argentina y fuera de ella.⁶⁶

⁶⁶ Celina A. Lértora Mendoza, (2006), *Carlos Cossio ante la condición humana. El pensamiento latinoamericano del siglo XX ante la condición humana*. Revisado el 24 de Septiembre de 2015 de <http://www.ensayistas.org/critica/generales/C-H/argentina/cossio.html>

Carlos Cossio se vinculó al Movimiento Reformista, cuando se trasladó a la Universidad de Buenos Aires, a estudiar en la Facultad de Derecho, siendo uno de los líderes del Centro de Estudiantes; realizó su tesis doctoral sobre el tema “La Reforma Universitaria o el Problema de la Nueva Generación”, publicada en 1927.

Entre 1934 y 1948, enseñó en la Universidad Nacional de La Plata, en donde comenzó a desarrollar su Teoría Ecológica del Derecho. En 1948 gana el concurso para hacerse cargo de la Cátedra de Filosofía del Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA), terminando de definir su original concepción del derecho. Se rodea de un amplio grupo de seguidores y discípulos, entre ellos, Ambrosio Lucas Gioja, Julio César Cueto Rúa, Genaro Carrió, José Vilanova, Daniel Herrendorf, Enrique Aftalión y Carlos Spini, formando la “Escuela Jurídica Argentina.”

En 1956 fue privado de su cátedra por el gobierno militar, debido a su presunta simpatía al peronismo, no pudiendo reincorporarse sino hasta 1973 gracias a las gestiones de su amigo y discípulo, Julio Raffo. Los militares y sus seguidores destruyeron en gran medida el vigor de la “Escuela Jurídica Argentina” y sus posibilidades de expansión. Los liberales burgueses y la derecha política nunca le perdonaron su fidelidad a su independencia de criterio ya que nunca perteneció a un partido político determinado, pero defendió sus ideas y propuestas.

Su obra fundamental es: *“Ideología y Derecho”*, desarrollada a partir del concepto de fenomenología de la sentencia, del proceso de interpretación del juez y de la comprensión del derecho, los aspectos ideológicos y el trasfondo de clase del derecho liberal capitalista.

Las enseñanzas de Cossio, implicaban un cambio radical de perspectiva para juristas, jueces y abogados. La norma jurídica como un objeto lógico susceptible de conocimiento, mediante procedimientos racionales, dejaba de estar en el centro del escenario. En su lugar se instalaba la experiencia concreta del Derecho: los procesos judiciales con sus sentencias; las negociaciones contractuales con sus problemas

normativos y los comportamientos consiguientes; la actividad de la Administración Pública, nacional, provincial, municipal, con sus actos administrativos y sus órdenes genéricos.

Aceptó la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen y la hace parte importante de la suya. No obstante, siempre existieron tensiones entre ambas visiones. Cossio aceptaba el derecho positivo, pero no aceptaba el normativismo mecanicista como objeto de la ciencia jurídica. Se distinguió por demostrar que el derecho debía ser comprendido e interpretado mediante una teoría del conocimiento respecto de la conducta humana en interferencia intersubjetiva. Ya no se trataba de sujetos jurídicos ideales (normativismo mecanicista), sino de personas, de seres humanos reales: el derecho como conducta humana.

3.2 Influencias ideológicas en el pensamiento de Carlos Cossio

En la formación del pensamiento filosófico del profesor argentino, influyeron decididamente: Dilthey, Rickert, Husserl, Heidegger, Ortega y Gasset, Recasens Siches, Eduardo García Máynez, Hans Kelsen, entre otros destacados pensadores. En diversas oportunidades señaló que la misión de su escuela había consistido, precisamente, en poner al pensamiento jurídico al día con el nivel filosófico de la época.

De Dilthey aprovechó la necesidad de diferenciar las ciencias del espíritu frente a las ciencias naturales, así como la diferencia del acto gnoseológico: Rickert, le suministró su visión del mundo de la cultura. De Husserl tomó la concepción del método fenomenológico y sus investigaciones lógicas se constituyeron en elemento fundamental para indagar la naturaleza de las normas jurídicas; asimismo, Heidegger y sus análisis de la existencia, aportan la visión humana del planteo egológico.

Se puede advertir en la obra de Cossio, concretamente en la obra Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad, que acepta la Teoría Pura del

Derecho de Hans Kelsen y la hace parte importante de la suya. No obstante, siempre existieron tensiones entre ambas visiones. Cossio aceptaba el derecho positivo, pero no aceptaba el normativismo mecanicista como objeto de la ciencia jurídica. Se distinguió por demostrar que el derecho debía ser comprendido e interpretado mediante una teoría del conocimiento, respecto de la conducta humana en interferencia intersubjetiva. Ya no se trataba de sujetos jurídicos ideales (normativismo mecanicista) sino de personas, de seres humanos reales: el derecho como conducta humana.

En réplica a Kelsen, para quien el Derecho era un conjunto sistematizado de normas y éstas eran consideradas como juicios hipotéticos de deber ser, Cossio, en cambio, sostuvo que el Derecho era comportamiento humano, conducta humana en interferencia intersubjetiva, con la cual el objeto de la ciencia jurídica fue concebido como algo que se encuentra radicado en la experiencia.⁶⁷

Al respecto de reconocer cuáles fueron las corrientes de pensamiento que contribuyeron al desarrollo de su pensamiento e innovación, en la segunda edición de la *Teoría Ecológica del Derecho* puntualiza con claridad las fuentes en las que se inspiró su obra: “(...) corresponde a mi lealtad declarar que para llegar a la total inteligencia de la concepción ecológica del Derecho creo necesario un adecuado conocimiento de Kant, Husserl y Heidegger, y Kelsen.”⁶⁸

La producción de Carlos Cossio, es factible de dividirse en cuatro etapas. Siguiendo y completando parcialmente la clasificación –acorde con la temática y evolución de su pensamiento- expuesta por Dante Cracogna citado por Urteaga Regal:

1) En un momento inicial, que comprende las publicaciones realizadas hasta 1939, se incluyen sus obras juveniles que evidencian la formación de sus ideas. Dentro de

⁶⁷ Martín Laclau. “Carlos Cossio”. En *Anuario de filosofía Jurídica y Social* (7):127-129, 1987.

⁶⁸ Carlos Cossio. *La Teoría Ecológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad*. (2 ed., Buenos Aires : editorial Abeledo Perrot, 1964) p.14.

éste período merece destacarse *El concepto puro de revolución* (Barcelona, Bosch, 1936) de clara filiación kelseniana;

2) Elaboración. Abarca desde la publicación de “*La plenitud del ordenamiento jurídico*” (Buenos Aires, Edición Losada, 1939, con prólogo de Giorgio Del Vecchio) hasta la primera edición de *La Teoría Ecológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad* (Buenos Aires, Losada, 1944). En este breve lapso concentrarse la producción fundamental de Cossio, su personal creación teórica;

3) Madurez. Comprende la producción realizada entre la primera (1944) y *la segunda edición de la Teoría Ecológica del Derecho* (Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1964). El trabajo de la segunda edición, puede considerarse la versión definitiva, por cuanto se trata de la exposición más completa y orgánica del autor, ya que después de ella sólo publicó trabajos de menor extensión y alcance temático. Dentro de éste período destacase además: *El Derecho en el Derecho Judicial*, texto, que recoge una serie de conferencias para magistrados dictadas por Cossio en 1944 y en el que efectúa una aguda indagación en la naturaleza de la función judicial; y

4) Final. Va desde la segunda edición de la *Teoría Ecológica del Derecho* hasta la muerte de Cossio, a lo largo de esta etapa es reducida su producción, merece señalarse, “*La causa y la comprensión en el Derecho*” (Buenos Aires, Juárez Editor, 1969). *Aquí tenemos que incluir, también, su Radiografía de la Teoría Ecológica del Derecho* (Buenos Aires, Depalma, 1987), volumen propedéutico de suma importancia si se tiene en cuenta que las últimas ediciones de la obra de Cossio se realizaron hasta 1973.

Existe, además, un importante número de ensayos sobre problemas estimativos y crítica del Derecho natural, también escritas por el autor.⁶⁹

⁶⁹ Carlos Alberto Urteaga Regal, *Primeras anotaciones críticas a los valores parcelarios y dimensiones existenciales Cossianas*. Revisado 29 de Septiembre de 2015 de http://www.revistapersona.com.ar/Persona77/77Urteaga.htm#_ftn8

3.3 La Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad

Según la presentación que hiciera el jurista Otto Erich Langfelder, en marzo de 1944, a la primera edición de la obra de Carlos Cossio, indica que el autor del libro *La Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad*, necesitaba ser presentado, no porque fuera un desconocido, sino porque generalmente no era entendido, especialmente es novedad el punto de vista sobre la teoría jurídica que éste sostiene.

Según el autor citado, Cossio consideró el pensar filosófico desde dos tendencias. La primera: en la cual se propone encontrar el fundamento unitario del derecho en la naturaleza psico-física del hombre en su ser malo o ser bueno, en su carácter social o antisocial, en sus fines terrestres o súper terrestres. La segunda consiste en el carácter mental del derecho. Su positividad se mostraría en su génesis intelectual-racional es obra del espíritu humano para los fines del hombre en sus relaciones sociales. Y únicamente como tal sistema teológico de normas, intelectualmente producidas en su existencia del deber-ser se acusa su realidad jurídica.

En lo que respecta a la primera parte o introducción, fenomenología de la sentencia, Cossio considera que la ciencia dogmática del derecho es una ciencia de la realidad, por lo tanto es una ciencia de experiencia; sólo que de experiencia cultural o humana y no de experiencia natural o causal. En consecuencia, discrepa del racionalismo y del empirismo que dominaron el conocimiento jurídico durante mucho tiempo.

Respecto al racionalismo, éste cree que el objeto a conocer por el jurista son las normas y que al derecho positivo no se lo puede captar por los sentidos, por lo que la ciencia dogmática se convierte en una ciencia de objetos ideales, pues a las normas se les conoce con el pensamiento, como los objetos de la matemática, sin que se les vea ni se les palpe.

En lo que respecta al empirismo, el razonamiento es a la inversa, porque se opone a esta idealidad del derecho y acepta su realidad, siendo entonces que el conocimiento jurídico se fundamenta en lo que la experiencia jurídica revela, no reconociendo otro contacto con la experiencia que la intuición sensible que nos sirve para conocer la naturaleza; verbigracia cuando se interpreta una ley por la intensidad real de quienes la sancionaron en atención al nexo de existencia que hay entre el hecho y la ley.

La Teoría Ecológica está en contra del racionalismo jurídico, porque considera que el objeto a conocer por el jurista no son las normas, sino la conducta humana enfocada desde cierto ángulo particular. A este respecto Cossio pone como ejemplo la Astronomía: el objeto del conocimiento del astrónomo son los astros y no las leyes de Kepler y Newton, siendo éstas únicamente conceptos con los que los astros son conocidos *y en este punto el autor esboza una definición de la ciencia dogmática considerando que el objeto del jurista no son las normas, sino la conducta humana en su interferencia intersubjetiva, porque las normas jurídicas son solo conceptos como aquella conducta es conocida como conducta.* Siendo las normas simplemente conceptos con los que pensamos esa conducta. Entonces, es viable indicar que la contradicción esencial entre la Teoría Ecológica y el racionalismo, es que mientras para este último el objeto de estudio son las normas, para la Teoría Ecológica es la conducta humana.⁷⁰

Respecto al empirismo jurídico, la Teoría Ecológica considera que la conducta humana es un objeto de experiencia radicalmente diverso de los objetos naturales, mientras estos constituyen una experiencia de necesidad gobernada por la identidad de las causas con los efectos, la conducta humana constituye una experiencia de libertad donde la creación de algo original emerge a cada instante. En este aspecto la Teoría Ecológica acepta la lógica normativa de la Teoría Pura del Derecho que nos ha mostrado que las normas son precisamente tales conceptos. Pero agrega la intuición específica del Derecho, que es intuición de la libertad –y por lo tanto

⁷⁰ Carlos Cossio. La Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad. (Buenos Aires, Argentina: Editorial Losada, S.A., 1944), pp. 25-26

intuición axiológica-, como un plus del conocimiento que se añade a la estructura lógico-jurídica por cuenta de la experiencia humana.

El autor indica que su propósito en la introducción del libro es mostrar las discrepancias y coincidencias con las posiciones ideológicas antes indicadas, siendo neutral en su exposición además de mostrar a la sentencia en tanto que es, un fragmento de la experiencia jurídica, visualizarla desde dentro como vivencia; no desde fuera como lo hace el racionalismo y el empirismo de distinta manera.

En cuanto a los objetos y el acceso metódico a su conocimiento, se indica que es importante diferenciar la clasificación de objetos, partiendo de la idea husserliana de las ontologías regionales; entendiendo por objeto cualquier cosa que pueda ser motivo de una predicación mediante un juicio: un número, un árbol, un personaje histórico, un ente mitológico, una ley son objetos.

En consecuencia, se debe distinguir entre objetos ideales, naturales, culturales y metafísicos. Los ideales son irreales, simplemente son de esta o aquella manera consisten en esto o aquello pero no tienen existencia, no se encuentran en la experiencia, son ajenos al tiempo y neutros al valor su consistir no implica ninguna calificación axiológica. Verbigracia los objetos a que se refieren la lógica y la matemática, el triángulo, como objeto que estudia la geometría consiste simplemente en el espacio puro cerrado por tres lados, pero no existe en ninguna parte; no está en la experiencia porque el triángulo del geómetra no es ninguno de los que puedan dibujarse en los libros y pizarrones, es neutro al valor porque carece de sentido.

Los objetos naturales estudiados por las diversas ciencias de la naturaleza son por su parte reales: tienen existencia; están en la experiencia: son en el tiempo y son neutros al valor: en sí su ser no es bueno ni malo, justo ni injusto, hermoso ni feo, útil ni inútil. Verbigracia una piedra o un pájaro.

Los objetos culturales o bienes creados de alguna manera por el hombre, actuando según valoraciones, son a su vez reales: tienen existencia; están en la experiencia: son en el tiempo pero son valiosos con signo positivo o negativo: justo o injusto, hermoso o feo, útil o inútil son propiedades que pueden calificar tu ser y este ser ha de tener siempre por lo menos una calificación de esta clase. Un monumento, un utensilio, una sentencia, verifican ampliamente estas características.

Finalmente los objetos metafísicos son reales: tienen existencia; no están en la experiencia y son valiosos. Por ejemplo, Dios que es concebible como la realidad realísima y suma bondad, no está en la experiencia pues no se lo puede ver en ninguna parte ni se puede acceder a él por el conducto de ninguno de nuestros sentidos sensibles.

Se estima pertinente, reproducir la forma gráfica en la que el autor caracteriza los objetos ideales, naturales, culturales y metafísicos.

ONTOLOGIAS REGIONALES			
OBJETOS	I CARÁCTER	II CARÁCTER	III CARÁCTER
Ideales	Irreales: No tienen existencia	No están en la experiencia	Neutros al valor
Naturales	Reales: Tienen existencia	Están en la experiencia	Neutros al valor
Culturales	Reales: Tienen existencia	Están en la experiencia	Valiosos positiva o negativamente
Metafísicos	Reales: Tienen existencia	No están en la experiencia	Valiosos positiva o negativamente

Para Cossio, un objeto tiene que ser tratado con un método adecuado a su naturaleza; al referirse a los diversos métodos gnoseológicos que corresponden a los objetos ideales, naturales y culturales además de aclarar el acto de conocimiento con que se constituyen dichos métodos. Para el autor son importantes y fundamentales los métodos, porque sin la adecuación entre el objeto y este, el trabajo científico no tiene perspectiva de acierto y porque son tan inmensas las diferencias ontológicas antes apuntadas entre los objetos, que no pueden tener un método común. Por aparte, el acto de conocimiento con que se constituye cada método, se traduce en cada método, de modo que ignorándolo no sabríamos que es lo que obtenemos al emplear un método.

Las verdades referentes a los objetos ideales como en la lógica y la matemática se obtienen por un método racional-deductivo, deducir es partir de una o más verdades generales y sacar de ellas como conclusión una verdad particular. Cuando se ejerce sobre verdades de razón, el método deductivo es plenamente válido para obtener verdades.

Teniendo en cuenta las verdades leibnizianas entre verdades de razón y de hecho se encuentra que las primeras son apodícticas, es decir que no solamente son así como son, sino que no pueden dejar de ser así, ejemplo $1+1 = 2$ es así y no puede ser de otra manera.

La verdad de hecho es asertórica, es como es pero solamente porque así suceden las cosas, pues no existe ninguna contradicción en pensar que hubiera podido ser diferente por ejemplo afirmar que los metales se dilatan por la acción del calor, es una verdad porque así ocurre, pero no hay ningún contra sentido en suponer que los metales se contrajeran por la acción del calor. Siendo entonces que en la verdad de hecho habla la experiencia, sino interrogo a la experiencia no puedo saber en qué consiste la verdad, en la verdad y razón habla el pensamiento, para saber que $1+1 = 2$ no necesito poner dos bolitas, basta pensar el asunto. Siendo entonces que la deducción es una verdad de razón.

Respecto a las verdades referentes a objetos naturales, como lo comprueba las diversas ciencias de la naturaleza estas verdades se obtienen a través de un método empírico-inductivo. Inducir es partir de los hechos y obtener de ellos por abstracción y generalización un principio que es conceptual y general.

Según Cossio, los objetos culturales entre los cuales se encuentra el derecho, son aquellos que tienen existencia, están en la experiencia y son valiosos. Las tres son características evidentes, verbigracia la Venus de Milo, que está en el Louvre, semidesnuda y con los brazos rotos, hermosa hasta la serenidad. La circunstancia de que estos objetos sean reales y estén en la experiencia poca atención proporcionada después de las acotaciones que preceden; sin embargo, su conocimiento reclama una intuición sensible. Situación que debemos recordar y tener presente cuando nos referimos al derecho, toda vez que desde Savigny, el jurista sabe que el único derecho es el derecho positivo, que es una tangible realidad humana y que está en la experiencia humana al alcance de nosotros.

Los objetos culturales no son valores, porque no son realidades. El valor recibe como una calidad en los bienes. Verbigracia la Venus de Milo no es la hermosura, solo participa de este valor y decimos que es hermosa. El método adecuado para acceder a los objetos culturales se llama comprensión. Cossio, citando el lema de Dilthey, indica: “Explicamos la naturaleza, comprendemos la cultura...”.

En consecuencia el método adecuado para conocer un objeto cultural es el empírico-dialéctico, siendo lo que se constituye sobre el acto gnoseológico de la comprensión. La dialéctica en general es la síntesis realizada por el espíritu en tanto que actividad espontánea y propia de una tesis y una eterótesis, en función de una mutua implicación totalizadora.

3.3.1 El Juez y el Derecho

Según Cossio, el planteamiento de Kelsen, en la Teoría Pura del Derecho, a través de la cual demuestra que el ordenamiento jurídico se constituye con una gradación de normas donde se desciende, por estratos, desde la hipótesis lógico-jurídica o norma fundamental a través de normas más o menos generales, hasta las normas individuales, únicas que menciona en forma directa e inmediata la realidad, porque cualquier clase de realidad efectiva está constituida por cosas individuales; lo universal pertenece al pensamiento, pero no a la existencia.

Respecto a la sentencia también tiene en cuenta que según la Teoría Pura del Derecho, ésta es una norma individualizada, al constituirse en la cópula “deber ser”, que es la esencia de la normatividad. Por lo demás, nunca se le ha negado el carácter de norma a pesar de ser igualmente individual y así es como le ve como fuente de las obligaciones.

Cossio afirma que el juez mira el derecho desde dentro de la lógica del deber ser; por lo tanto, no como algo concluido o acabado, ya hecho, sino como algo que se está haciendo constantemente en su carácter de vida humana viviente. El juez, según Cossio, participa además a que se haga; en parte, el Derecho es el propio hecho del juez y es esa circunstancia de que el juez es estructura del Derecho, da su sentido ontológico a la verdad de razón, dentro de la lógica del deber ser, que dice que el juez debe de juzgar siempre cualquiera sea la oscuridad o deficiencia que encuentre en el ordenamiento jurídico.

Respecto a la experiencia jurídica en general, según la Teoría Ecológica, el objeto de conocimiento jurídico es la conducta humana considerada en su interpretación intersubjetiva; y las normas sólo son los conceptos imputativos que mencionan esa conducta en su deber ser, o lo que es lo mismo, que la representan en tanto que conducta o libertad fenomenalizada.

Por lo anterior, las normas tienen que ser verificadas por la conducta si es que se va a hablar del derecho en sentido positivo. Para la Teoría Ecológica, la ciencia dogmática del derecho es una ciencia de la realidad empírica, si bien de la experiencia humana y no de la experiencia natural. Al respecto de explicar la estructura lógica del derecho, según Cossio, es un elemento puramente formal: es una forma de pensar, es la formación que la experiencia jurídica se nos presenta en el conocimiento científico-dogmático.

Aseverando que se trata de la forma normativa; sin conocimiento normativo no hay ciencia dogmática y ésta puede ser ciencia solo en tanto que es conocimiento normativo, sin más y sin menos.

Al referirse al tema de las opiniones vertidas sobre decir en qué consiste la verdadera justicia, reconoce que ha sido una tarea difícil, contrario a calificar una situación como justa e injusta o como más o menos justa que otra. Lo anterior implica que la valoración jurídica es al mismo tiempo un elemento material necesario de la experiencia jurídica, además una verdad que el derecho no aspira ni tiende a realizar la justicia, porque el derecho mismo es justicia positiva; y lo mismo vale para todos los otros valores jurídicos. Decir que la justicia es el fin del derecho a cuya realización tiende, es un resultado del científicismo naturalista que creía ingenuamente que todas las ciencias de la experiencia nos remiten por igual a la naturaleza, pues no concebía otro conocimiento empírico que el conocimiento naturalista. Es decir, que para el conocimiento positivo un dato natural que el jurista habría de conocer por explicación causal, pero mutaba del derecho todo lo que es motivo de un conocimiento por comprensión; es decir, se dejaba la valoración jurídico-positiva fuera de la faena emprendida por el jurista.

La sentencia como estructura de la validez concreta del derecho, implica juzgar o sentenciar un caso, no es decidir por el azar ni decidir por arbitraje, sino de acuerdo a un principio o norma regulador del caso. Para él, la sentencia posee una estructura que está dada con anterioridad a ella, lo que se conoce a priori; estructura

que en nuestra hipótesis, es la ley, entendiendo por ley no solo las procesales sino también las de fondo, pues la norma completa de la normación legal del caso se integra por la coordinación de ambas cosas en un pie de igualdad la existencia de legislaciones separadas para el procedimiento y para la materia de fondo, solo traduce una división del trabajo legal y una descentralización técnica, pero no ninguna supra coordinación ni subordinación entre ambas legislaciones.

En segundo término se encuentran las sentencias las circunstancias del caso que constituyen un ingrediente empírico dado de hecho a la intuición sensible, que pone al juez en presencia de la realidad y que el juez necesariamente ha de considerar, pues de lo contrario no cabe hablar de la adecuación de la norma al caso. En tercer término encontramos también que en la sentencia, la valoración jurídica, en tanto que contenido necesario, la hace el juez al estimar la totalidad de circunstancias del caso. La ley interpretada de esta forma, es notoriamente a priori a la sentencia, está dada al juez por anticipado, la ley, es entonces, el ámbito de la sentencia y contiene toda su estructura; sin embargo, como la ley enuncia cosas generales para casos indefinidos, resulta que es formal respecto de la sentencia que es concreta. Es decir que según el análisis egológico de la sentencia, existe la ley sustantiva y la procesal, como unidad cuya realidad es a priori a la sentencia. La ley está dada para infinidad de casos y solo se hace realidad en la sentencia mediante la deducción en el caso concreto.

Para Cossio es una realidad que el legislador crea una norma en abstracto; de ésta, el juez, al dictar sentencia, crea una norma en concreto. Así como la ley imputa las circunstancias que ella menciona con el mismo nexo imputativo, el juez imputa las circunstancias del caso del todo cuanto la sentencia se funda en ella; solo que la imputación de la ley es a priori y la del juez es a posteriori.

En la segunda parte de su obra, nominada: *Problemática de la concepción Ecológica del derecho y discusión sobre la libertad*, respecto a la Teoría Ecológica y la Ciencia del Derecho, hace referencia a Husserl sobre la expresión y significación, donde

distingue cuatro cosas: primero, el signo sensible o expresión en su aspecto físico; ejemplo: frase articulada o texto escrito; segundo, la significación, el concepto o lo expresado; tercero, el objeto mentado por la significación y que no debe confundirse con esta; cuarto, el hecho o lo percibido en la intuición sensible. Lo que significa que en el derecho solo tendremos signo, significación y objeto, pero no intuición sensible: el derecho sería un objeto ideal: su plano se haya que en el que corresponde a las leyes de las matemáticas.

Eduardo García Máynez, citado por Cossio, reproduce la postura de Schreier, en su Introducción al Estudio del Derecho, siendo categórico respecto a estos términos: “el cuarto elemento a que alude Husserl al hablar de los actos de expresión no existe en el caso de la ley, porque las normas jurídicas son algo inmaterial y consecuentemente, no hay una intuición sensible de las mismas”.⁷¹

Entonces, se debe entender que para García Máynez el texto legal implica: 1º. Un signo: el texto o expresión escrita; 2º. Significación: Lo que se expresa; y 3º. Objeto: A lo que se refiere la significación: la Norma.

No habiendo intuición sensible que corresponda a la significación, la Teoría Ecológica de Cossio, considera que la norma no es el objeto, sino la significación o concepto expresado por el texto y el objeto a que ella corresponde, es la conducta humana en su interferencia intersubjetiva. En consecuencia, en el derecho, al igual que en cualquier ciencia de la realidad, hay una intuición sensible que es el objeto, porque la conducta es un hecho perceptible como tal; en consecuencia, considera que no es una mera diferencia terminológica la de su teoría con el planteamiento de García Máynez, resumiéndola así:

- 1º. Signo: El texto o expresión escrita;
- 2º. Significado: norma;
- 3º. Objeto: Conducta; e
- 4º. Intuición sensible de esa misma conducta.

⁷¹ Cossio, Op. Cit., p. 95.

La conducta y la intuición sensible de ella son cosas superpuestas, como ocurre, en otra esfera y para otra intuición con la ciencia natural.

Según Cossio, el derecho es vida humana plenaria considerada desde cierto ángulo, o como lo ha dicho siempre, es conducta humana en su interferencia intersubjetiva. La norma, que es la significación expresada, es simplemente la representación intelectual de esa conducta como conducta. La norma es el concepto que mienta a la conducta representándosela dibujada o predibuja como acción humana.

La norma es el pensamiento con el que pensamos una conducta, tal como los conceptos de triángulo y sol son pensamientos con los que el geómetra y el astrónomo piensan su objeto geométrico y su objeto astronómico sin que haya de que creerse que dichos objetos tienen la cantidad de ángulos o la temperatura que corresponde a los objetos y solo a ellos. Así la norma que representa la conducta no tiene, por ejemplo la temporalidad de ésta.

Para Cossio, la primera y fundamental disidencia que la Teoría Ecológica tiene con el racionalismo dominante al cual se adhiere García Máynez, se colige ya que aquella parte de una intuición jurídica, en tanto que la norma de García Máynez predicada como objeto, no nos suministra intuición ninguna ni sensible ni intelectual, que justifique semejante postulación.

Para el filósofo argentino, la intuición intelectual no sólo corresponde a un semejante objeto norma, sino que tenemos admitido, con Kelsen, que la norma es desenlace que realiza nuestro intelecto, con la cópula deber ser, entre un antecedente jurídico y una consecuencia jurídica, de acuerdo al esquema apofántico general: Dado a, deber ser b, en este punto Cossio considera que Kelsen ha dicho cosas definitivas y su principal contribución a la historia del pensamiento jurídico, es haber colocado con evidencia el problema de la normatividad en este terreno. La normatividad está dada por la cópula del deber ser y en consecuencia la norma es un juicio imputativo,

siendo por eso, que la norma nos resulta un simple concepto, representando intelectualmente una conducta.

Para la Teoría Ecológica los valores jurídicos-positivos son inmanentes al derecho porque este no es un intermediario entre la conducta y los valores, porque él mismo es esa conducta y por tanto, en el mismo están esos valores: toda ley vivida, por ejemplo, es ella misma alguna justicia, alguna paz, algún orden entre otras cosas.⁷²

3.3.2 Intuición y conceptualización jurídica

Para Cossio el conocimiento jurídico no es un conocimiento histórico, ni físico, ni matemático, sino un conocimiento normativo, lo que no implica, que para la Teoría Ecológica el objeto del conocimiento jurídico sean normas sino, que mediante la conceptualización normativa se conoce el objeto de las ciencias jurídicas, que es la conducta humana en su interferencia intersubjetiva. Argumentando que hace un esfuerzo por autenticar una correcta interpretación de la Teoría Pura del Derecho como lógica jurídica formal y en menor medida trascendental; interpretación que explica y fundamenta la posibilidad de que el jurista obtenga la representación o mención de una conducta con toda neutralidad, con los valores con que ella se da, sin ser deformada ideológicamente por el acto de conceptualización.

El autor interpreta los valores como categorías materiales de un hecho metafísico que es la plenaria existencia humana y cree que la metafísica de los valores es la metafísica de la libertad. El empirismo por su parte consideró que la esencia de nuestro espíritu es psíquica para la Teoría Ecológica en cambio, la esencia del espíritu es axiológica.⁷³

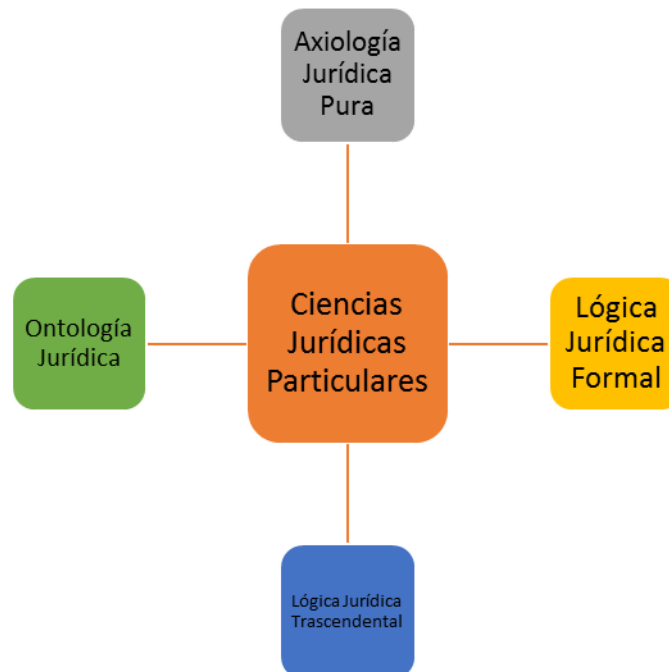
⁷² Cossio, Op. Cit., pp. 49-107

⁷³ Cossio, Op. Cit., pp.107-121

3.3.3 La tarea de la filosofía del derecho en la Teoría Ecológica

La Teoría Ecológica surgió ante la evidencia que las ciencias jurídicas de la dogmática fallan en su intento de captar conceptualmente su pleno y propio objeto, lastrada, en su formación histórica por vicios gnoseológicos y errores metodológicos.

Para la Teoría Ecológica, la filosofía del derecho, girando en torno a la ciencia dogmática, sabe cumplir una cuádruple tarea de fecundación y fundamentación. A continuación reproduce gráficamente dicho pensamiento.



Tenemos entonces que para éste autor, la ontología jurídica se encamina a descarnar y explicar en su ser, con objeto o esencia para dar respuesta a la pregunta: ¿Qué es derecho?

Para cumplir esa misión la ontología jurídica debe centrarse en los objetos culturales; entre estos, en los ecológicos y en estos, ha de separar moral y derecho atendiendo a la conducta en su interferencia subjetiva o en su interferencia intersubjetiva; si aquí, ha de explorar todos los valores bilaterales de conducta, señalando su jerarquía, porque sin la mención de estos valores, se mutila algo esencial que nos da la

intuición de la conducta y en general, la intuición de los objetos culturales desde el comienzo.

Respecto a la lógica jurídica formal, según Cossio, en la ciencia del derecho se encuentra además del objeto referido, algo que hace el contrapolo de la ontología; el pensamiento jurídico como pensamiento. En la ciencia del derecho, la ontología jurídica y la lógica jurídica formal están en contrapolo gravitando sobre ellas desde horizontes opuestos: en la ontología jurídica lo dado son las acciones, la conducta; en cambio en la lógica en general lo dado son los conceptos, el logos. El concepto puede ser estudiado desde dos ángulos: como pensamiento y como conocimiento. De lo primero se hace cargo la lógica formal; de lo segundo la lógica trascendental. Ambas lógicas son gnoseológicas porque se refieren al concepto, pero cada una a su manera y en su esfera.⁷⁴

3.3.4 La lógica jurídica trascendental

En la ontología lo dado al conocimiento es el objeto y al objeto se accede mediante la intuición. En la ontología jurídica lo dado es el objeto derecho, entendiéndolo como la conducta en su interferencia intersubjetiva.

Sin embargo, lo dado como objeto de la lógica trascendental son los conceptos que construyen las diversas ciencias y el concepto es la significación o mención intelectual de un objeto. El concepto mienta al objeto porque declara o enuncia aquello en que el objeto consiste. Para hacer esta declaración no necesita tenerlo en presencia por delante.

Mientras en la lógica formal el pensamiento, apoyado al mínimo en el objeto puesto que se apoya en la noción única de un objeto en general, se retrovierte sobre sí mismo para estudiar en su estructura, en la lógica trascendental del pensamiento que investiga apoyado al máximo en su objeto.

⁷⁴ Cossio, Op. Cit., pp. 122-194

En la lógica jurídica lo dado son los conceptos o normas del derecho positivo. El derecho positivo, apoyado únicamente en la noción de objeto jurídico en general, resulte lógica jurídica formal si se retrovierte sobre sí mismo para estudiarse en tanto que estructura normativa. Pero resulta lógica jurídica trascendental si se lo considera guiado por el modo de ser de su objeto.⁷⁵

3.3.5 La aporía⁷⁶ de la positividad en la teoría jurídica

Es importante advertir en este punto que el autor de la Teoría Ecológica y el Concepto Jurídico de la Libertad, la ciencia jurídica, no obstante definirse como ciencia del derecho positivo, no considera a la positividad que incluye en su definición, como uno de sus problemas principales; actitud contradictoria que implica renunciar al esclarecimiento sistemático de la mayoría de las dificultades con que se encuentra el jurista en su tarea, por la falta de conciencia de su punto de vista, únicamente se explica por el racionalismo dominante en las construcciones dogmáticas.

El teórico del derecho principalmente considera que lo positivo es lo contingente del derecho y por eso, sin más lo abandona centrando su búsqueda y sus definiciones en el plano apodíctico de lo universal-lógico.

Lo cierto es que por aquel preconcepto racionalista se considera que el problema de la positividad del derecho es un problema de sociología jurídica, sin reparar que la investigación sociológica, legítima en su esfera, carece de todo valor dogmático por la propia índole del conocimiento sociológico; contrario, el problema de la positividad tiene un valor dogmático en la ciencia del derecho. Por ello el pensamiento jurídico

⁷⁵ Ob cit. Pags.194-196

⁷⁶ El término aporía (del griego *ἀπορία*, dificultad para el paso), a veces escrito como aporima, hace referencia a los razonamientos en los cuales surgen contradicciones o paradojas irresolubles; en tales casos las aporías se presentan como dificultades lógicas casi siempre de índole especulativa.

necesita recuperar de la sociología jurídica, el problema de la positividad que a ella han abandonado los juristas, a lo cual se dirige la concepción Ecológica.

Según Cossio, cuando Kelsen se refiere al derecho se refiere al derecho positivo y que para este no hay otro derecho que el derecho positivo lo cual se advierte en la aseveración reiterada de Kelsen donde expone que, si bien validez y eficacia del derecho son cosas del todo diferentes, indica que hay cierta relación de dependencia entre ambas, porque el pensamiento jurídico en las normas son válidas únicamente en el caso de que sean en conjunto eficaces, es decir solo en el caso que tengan cierto grado de eficacia.

García Máynez, indicó que la primera contradicción de Kelsen consiste en aseverar que la validez de las normas de conducta nada tiene que ver con la experiencia y declarar, por aparte, que la pacticidad es nota del orden jurídico. Cossio considera que la contradicción que cree ver el jurista mexicano, se da bajo el preconceito de que las normas son el derecho y de que la Teoría Pura, tratando con las normas en cuanto que tales es ciencia positiva del derecho.

Contra la supuesta contradicción que desaparece considerando a la Teoría Pura como mega lógica jurídica: la dependencia entre la validez y la eficacia, apuntada por Kelsen, es la misma dependencia en que están los conceptos del ser, como caballo y centauro, que valen o no valen como conocimiento para el naturalista porque el primer caso existe la realidad por él mentada en el segundo caso no; por ello Cossio considera que la enunciación de Kelsen, no es una contradicción sino aclara concluyentemente el significado de la Teoría Pura y el carácter de la ciencia positiva del derecho en tanto que es ciencia de la realidad.

Cossio declara que Kelsen no desarrolló en su Teoría Pura del Derecho la lógica jurídica trascendental porque los problemas estructurales que plantea al pensamiento jurídico su referencia plena a un objeto en su modo de existencia, no fueron

analizados por este en forma sistemática, como al revés ocurre con la Teoría Pura del Derecho y la lógica jurídica formal.

Los tres capítulos de la lógica jurídica formal desembocan en grandes conceptos cuya problemática excede la esfera del pensamiento jurídico en tanto que forma de síntesis intelectual; de modo que para obtener una problemática conclusa esos conceptos nos obligan hacia el derecho en tanto que objeto.

Esos tres conceptos son: El de la persona o sujeto jurídico, que apareció entre los conceptos fundamentales de la norma, con la doble modalidad de sujeto del derecho y sujeto del deber; el de libertad jurídica; que apareció en el ordenamiento en tanto que un todo, con el axioma ontológico de que todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido y el de la efectividad o vigencia del derecho que, como término mediato de referencia de la unidad gnoseológica del derecho en tanto que objeto universal de conocimiento sobresale en el orden internacional como principio de efectividad, también patente en el orden estatal con la normas de habilitación o conflicto de normas de diferente grado.

Los tres conceptos están planteados, por la ciencia jurídica dominante cada uno sobre la base de una antinomia que consta de una tesis y dos antítesis; estando precisamente, en la solución de aquí derivada, la explicación de los más numerosos y graves errores científicos que afectan a la ciencia jurídica intelectualista que todos conocemos. No son antinomias lógicas, sino antinomias de la ciencia dogmática que la desmetodizan sobre la base de una apariencia de evidencia.⁷⁷

⁷⁷ Cossio, Op. Cit., pp. 197-205

3.3.5.1 La antinomia de la personalidad

Esta antinomia se erige sobre los conceptos de hombre y persona, que se presentan en disociación de la siguiente manera:

TESIS

Hombre que son personas
(las personas individuales)

ANTITESIS

- I. Hombres que no son personas (los esclavos)
- II. Personas que no son hombres (personas colectivas)

Lo afirmado en las antítesis significa que, ontícamente u objetivamente, hombre y persona son dos cosas u objetos diversos, puesto que uno u otro pueden darse separados de modo que la tesis solo traduce una superposición accidental y empírica.

3.3.5.2 La antinomia de la libertad

El problema de la libertad surge en el ámbito de la lógica jurídica formal cuando esta totaliza la estructura conceptual del derecho como una plenitud hermenéutica o finitud lógica, pues esa estructura implica el axioma ontológico de que todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido. La libertad –deóntico– en su paralelismo con la licitud –Nota lógica-normativa– se presentan ahora en antinomia así:

TESIS

Libertad que es licitud
(facultad de señorío)

ANTITESIS

- I. Libertad que no es licitud (en tuerto).
- II. Licitud que no es libertad (facultad de inordinación)

La disociación entre los conceptos libertad y licitud se obtiene por antinomia sin analizarlos ontícamente o sea, por enunciación de una tesis que los reúne y luego de dos antítesis que los separa y que invoca como la tesis, también su verificación intuitiva, la superposición de conceptos de la tesis resulta en consecuencia accidental y empírica.

La antinomia de la libertad recoge adecuadamente un estado de la ciencia del derecho; sin embargo, la antinomia es falsa por simple defecto de forma, porque sus términos no están tomados en un mismo sentido: la antinomia se basa en un equívoco: la palabra libertad es ambigua: en un caso se la piensa como libertad metafísica, y en otro como facultad de señorío.

3.3.5.3 La antinomia de la vigencia

Esta antinomia se mueve con los conceptos de validez y vigencia del derecho, a raíz de lo que nos dice el último capítulo de la lógica jurídica formal, se representa así:

TESIS

Validez que tiene vigencia
(jurisprudencia)

ANTITESIS

- I. Validez que no tiene vigencia (desuso).
- II. Vigencia que no tiene validez (sentencia contra ley, revolución, habilitación, efectividad, hecho consumado, entre otros).

En esta lo afirmado en las antítesis significa que, objetualmente validez y vigencia son dos cosas heterogéneas y la tesis solo es una superposición y coincidencia accidental y empírica de ella.

Las ideas dominantes eliminan así la tesis de la problemática sustantiva del derecho; y abandonan el estudio de la compenetración o dependencia esencial entre validez y vigencia incita en ella.⁷⁸

3.3.6 La egología en la ciencia del derecho

La lógica jurídica trascendental, con haber encontrado sus tres temas capitales en el proceso de derecho, la facultad jurídica y el acto normado, no ha agotado su campo; apenas ha explicitado las tres categorías trascendentales de un primer estrato. Las tres antinomias no se han resuelto por el juego de las leyes del pensamiento jurídico, sino por las referencias esenciales que hemos extraído del modo de existir del dato y cada antinomia nos ha puesto frente a una problemática del objeto mismo.

Según Cossio se puede pensar que una esencia con juicios afirmativos o negativos, porque de ambas maneras se determina algo de lo que en ella consiste; pero no podemos pensarla con juicios indefinidos que dejan la predicción indeterminada. A la inversa, podemos referirnos a una existencia con juicios afirmativos o indefinidos, porque en ambos casos se la acepta como dato y ella no es otra cosa fuera de eso; pero no podemos pensarla con juicios negativos que implican la negación y eliminación de ese dato.

La concepción egológica planteada por Cossio se orienta por el objeto (la conducta humana en su interferencia intersubjetiva) en ese carácter estimativo que el tiene, de tal manera que la lógica jurídica trascendental establece las estructuras estimativas – no las valoraciones– que corresponden necesariamente a todos aquellos problemas en tanto que ellos son valoraciones jurídicas y se dan por consiguiente, para el concepto en el modo de ser de las valoraciones.

La lógica jurídica formal con la concepción de la pirámide jurídica, ha podido presentar satisfactoriamente le problema de la interpretación como una lógica de la

⁷⁸ Cossio, Op. Cit., pp. 205-228

individuación, no como lógica de subsunción: la ley señala un marco de posibilidades todas las cuales se subsumen con igual corrección deductiva en la ley; pero solo una de ellas, aquella que escoge el arbitrio judicial en tanto que poder de decisión, es realidad.

Respecto de la sentencia, en tanto que representación o mención inmediata de una realidad de conducta, la Concepción Egológica aporta dos integraciones a esta forma del pensamiento en la interpretación judicial de la ley.

El primero, el conocimiento de la ley, es decir la fijación del marco de posibilidades, no se constituye sobre actos gnoseológicos homogéneos, pues para representar la conducta a que ella alude la ley se puede referir a las más variadas cosas. Cuando la ley menciona un objeto ideal (un número, la analogía) nos remite a una intelección y al método racional-deductivo que es anejo a este acto gnoseológico cuando menciona un objeto natural (la vida biológica, semillas, una superficie terrestre) nos remite a una explicación causal y al método empírico-inductivo que es anejo a este otro acto gnoseológico; y cuando menciona un objeto cultural (el decoro, la propiedad, la utilidad pública) nos remite a la comprensión de un sentido espiritual y al método empírico-dialéctico que es anejo a este otro acto gnoseológico.

El segundo, toda ley obliga al intérprete a otro acto de comprensión, es necesario porque la ley en su totalidad es la representación de cierta conducta y la conducta es también un objeto cultural u objeto cuyo ser es ser un sentido. La realidad de la ley es, la realidad del juez y por eso el derecho es en parte, el propio hecho de juez, es puro verbalismo atribuir a la ley, en tanto cosa sustantiva e independiente, un poder sobre el juez o una santidad que el debe de respetar o una cualidad imperativa que a ella lo subordina la ley en sí es un concepto que representa una conducta; y en cuanto concepto o norma es un objeto ideal al que no se le puede adscribir cualidades humanas como el poder, la santidad o la imperatividad que son sendos sentidos de la realidad, de la vida plenaria. Esto lo comprueban los hechos puesto que las leyes pueden ser violadas o caer en desuso, a pesar de haberseles atribuido

antropomórficamente aquellas cualidades, en cuyo caso se remata en que la obligación que tiene el juez para con la ley solo es una obligación moral.

Este punto es decisivo para la Teoría Ecológica porque es hacerse cargo de la realidad sin escamoteos y sin dejar residuos. Comparándolo con el derecho consuetudinario, se verá mejor: juzgar no es un decidir por el azar. La sentencia tampoco es un arbitraje donde la voluntad decide por si misma, de acuerdo a su exclusiva valoración, por equitativa que ésta sea. Juzgar es decidir según un principio o norma general; con lo que el derecho, en tanto que ordenamiento, se distingue de la anarquía.

En la doctrina tradicional se asevera con razón que, en el derecho consuetudinario, el juez solo reconoce o se atiene a la costumbre, lo que significa que la práctica o uso ya existe en tanto que realidad estimativa y que en la sentencia solo se toma conocimiento de esta existencia estimativa.

Por aparte, en el derecho legislativo, el juez no piensa en este sentido diferencial, sino que re-piensa la norma general. Re-pensar es pensar el pensamiento pensado antes por otro, no es pensar el mismo objeto que otro pensó. El juez del derecho legislado actúa pues, sobre el pensamiento del legislador si lo que a él le esta dado a-priori este pensamiento y no otra cosa.

Es evidente, que crear y pensar una norma general es la misma cosa respecto de la norma como pensamiento, pues en ambos casos se constituye en la conciencia la misma representación o significación general; pero no es lo mismo respecto de la norma como conocimiento, porque la norma creada es verdadera o no verdadera, en tanto que la norma pensada es verdadera o falsa: ahí, en el segundo supuesto, puede todavía hacerse verdadera; aquí, en el segundo supuesto, no cabe dicha posibilidad.

Cuando Cossio se refiere a los conceptos *mutati mutandi*⁷⁹ en la esfera del deber ser, refiere que la ley existe dentro de la sentencia como calidad intrínseca de él y la vivencia de la contradicción, ha de buscarse, en la esfera de la realidad jurídica, donde es la ley donde puede estar la contradicción de la sentencia y no la esfera de los conceptos jurídicos donde al revés, es la sentencia la que puede estar en contradicción con la ley.

El sentido de una sentencia, como cualquier otro dato jurídico es una valoración jurídica, es decir, un sentido de orden, de seguridad, de justicia entre otras, todas inmanentes al derecho porque el derecho es ya de por sí eso mismo. Consecuentemente, la interpretación de la ley en una sentencia se presenta como una determinación del orden positivo, de la justicia positiva, porque esas valoraciones están enunciadas y representadas en la ley por la vía conceptual.

Para Cossio es importante destacar dos cosas que están estrecha conexión con lo antes expuesto: 1º. Que toda ley resulta necesariamente inadecuada para ciertos casos. Esta inadecuación quiere decir que, en ciertos casos, la ley es desvaliosa, por ejemplo, que resulta injusta.

Este problema se vincula a la discusión sobre las lagunas del derecho, la cual surge al amparo de la identificación doctrinaria de derecho y ley. Es un grueso error cuando resulta que los casos no previstos encuadran con justicia en la ley, no se habla de imprevisión porque no cabe hacerlo dogmáticamente y cuando la ley es una injusticia querida por el legislador no se habla de lagunas, porque tampoco cabe hacerlo dogmáticamente. Es que los de lagunas (o espacios sin juridicidad) e imprevisión, no son conceptos dogmáticos y por ello no tienen sentido dentro de la dogmática.

Según el punto de vista egológico la razón de ser de esta aporía está en la extensión lógica universal de la ley en tanto que concepto, no obstante que con ella solo nos representamos una determinada realidad de conducta que en su deber ser; realidad

⁷⁹ Frase en latín que significa “cambiando lo que se deba cambiar.”

que es concreta por mucho que sea una realidad general o común a una pluralidad de seres humanos.

Para la Teoría Ecológica, el problema de las lagunas del derecho se desvanece como un pseudo problema pues no bien se advierte que las leyes son conceptos estimativos, se restituye la correspondencia entre la ley y la realidad de conducta pensada por ella, sobre la base de la referencia existencial contenida en el estimativo de la ley.

El racionalismo puede hablar de lagunas porque se ha quedado en plano de los conceptos generales pero Cossio, invoca como punto de partida la experiencia jurídica y asevera que ahí hay lagunas porque lo que hay es interpretación: el juez, en efecto, nunca deja de juzgar.

La valoración judicial pondera hechos estimativos para captarlos en su sentido; es decir, para conocerlos por comprensión, que es la manera propia de conocerlos en lo que ellos son estos hechos son las circunstancias del caso sometido a decisión, en tanto que dichos hechos acotan o delimitan la conducta efectivamente cumplida por la persona que debe ser juzgada.

Cossio resume las ideas sobre la interpretación de la ley, en tanto que en este asunto el objeto del conocimiento jurídico, por sus notas ecológicas guía y determina al pensamiento en la conceptualización de una experiencia jurídica en general: interpretar una proposición es conocer lo que las palabras significan por ejemplo, interpretar una ecuación o una ley física, es saber exactamente lo que se quiere decir en tales enunciados.

Sin embargo, como en el derecho los significados es siempre necesariamente un contenido estimativo, cuando se dice que interpretar una ley es saber lo que ella significa la interpretación de la ley en tanto que conocimiento de ella queda remitida a

una valoración jurídica porque los significados es una valoración de tal especie y a esta solo se la conoce conociéndola a través de su vivencia.

Según Cossio, Kelsen ha mostrado y demostrado que la norma es un juicio imputativo que se construye con la cópula deber-ser, es decir un objeto ideal. Concluye en sus consideraciones sobre la lógica jurídica y la ciencia del derecho positivo indicando que toda ciencia tiene una base lógica y siendo que hay una lógica jurídica formal y otra trascendental se comprende que de cada una de ellas la ciencia del derecho haya de sacar su fundamentación en tanto que conocimiento.

En consecuencia, la ciencia del derecho sistematiza con base a la lógica jurídica formal, también se puede aseverar que ella interpreta con base a la lógica jurídica trascendental. Sistematizar e interpretar en efecto, las dos tareas en que culmina la labor del jurista, como científico.⁸⁰

3.3.7 La axiología jurídica pura

Para Cossio, después de haber explorado los tres horizontes de la ciencia del derecho positivo, como lo son: el ontológico, el lógico-formal y el lógico-trascendental que vincula a los dos primeros se puede comprender que la ciencia jurídica positiva no es una dogmática lógica, que viene a querer ser solo una lógica dogmática sino que es una dogmática axiológica porque su objeto –el derecho– es un fenómeno de la realidad humana plenaria.

La ciencia jurídica trabaja con la axiología positiva, existente, como hecho social, en cada momento histórico y al trabajar con los ideales jurídicos reales, surge de ella otro problema filosófico que la circunscribe al cuarto horizonte y se enuncia así: ¿es legítimo, y con qué sentido o hasta donde tiene alcance, preguntar si un ideal jurídico real es también el ideal verdadero; por ejemplo, si el sentido de justicia del derecho

⁸⁰ Cossio, Op. Cit., pp. 228-266

racional, en conjunto o en esta o en aquella figura, es o no es el de la verdadera justicia.

La problemática de los ideales jurídicos verdaderos, que culmina en torno a la verdadera justicia, constituye la axiología jurídica pura.⁸¹

3.3.8 La idea de la ciencia del derecho a través de sus concepciones históricas

En este punto Cossio considera que a la par de todo sistema para el filósofo, surge siempre otro problema filosófico el cual ya no es sistemático porque es el problema del sistema mismo. Inicia con la pregunta ¿Qué es ciencia? Cossio acepta con Jasper que “la ciencia es un conocimiento metódico cuyo contenido es de certeza conflictiva y de validez universal. Cossio considera que para comprender la presenteadad de la dogmática hay que mirar la historia de la ciencia dogmática.

Para la concepción Ecológica no hay normas de cultura sino una realidad de cultura, que es la realidad humana y eludir al derecho como una realidad de cultura, es ecológicamente redundante aunque se excuse la redundancia frente al racionalismo pero es como un objeto irreal y bien, esa realidad es una realidad de libertad en el tiempo existencial. Por eso para la concepción ecológica la metafísica del derecho es una metafísica de la libertad con la cual, y solo con la cual, se puede comprender la inmanencia de los valores jurídicos en el derecho y fundamentar una ciencia dogmática que sea estimativa; es decir, una dogmática que esté en contacto con la vida porque sea una ciencia de la plenaria vida humana enfocada desde un cierto ángulo particular.⁸²

⁸¹ Cossio, Op. Cit., pp. 266-269

⁸² Cossio, Op. Cit., pp. 270-288

3.3.9 Las especificaciones de la libertad en el derecho (dualidad del racionalismo)

Cossio al considerar el problema de la libertad en el derecho punto central de su discrepancia con García Máynez indica que para este cabe hablar de una experiencia jurídica refiriéndose al derecho positivo.

El problema jurídico de la libertad irrumpe dogmáticamente en la dogmática con el axioma ontológico de que todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido; axioma que es conceptualmente aprendido con la noción de la plenitud hermenéutica del ordenamiento jurídico por eso insertó Cossio sus críticas a las ideas del profesor García Máynez en los términos siguientes: “En este sentido el postulado de que todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido, no significa una proposición tautológica que pudiera convertirse, por conversión formal, en su sinónimo equivalente de que todo lo que no está permitido está jurídicamente prohibido.

Esto es lógica formal que vacía de su contenido ontológico aquel postulado, siendo que lo que se quiere significar es el dato ontológico de que lo primero y originario del derecho como contenido, es la libertad jurídica: libertad, porque el derecho es conducta y esta es libertad metafísica fenomenalizada y jurídica en cuanto que la juridicidad con su disyunción de lo lícito y lo ilícito, es la categoría intersubjetiva de toda conducta. Pensamiento que también Cossio expuso en su escrito denominado “La plenitud del orden jurídico y la interpretación de la ley” y lo repitió en el texto “Las lagunas del derecho”⁸³

Para Cossio el problema relativo con la discusión del concepto jurídico de libertad, radica en el tránsito desde la libertad metafísica en general a la libertad jurídica, lo cual según este se realiza mediante la operación lógica de especificación por aparte, según Cossio, García Máynez, consideraba poder llegar desde el concepto de norma

⁸³ Cossio, Op. Cit., p. 296

jurídica al de libetar jurídica, a través de la operación lógica de derivación, explicitando el segundo en el primero.

La especificación impone siempre, a cada paso, un principio de división ajeno al género que se divide, para éste la derivación no se mueve deductivamente dentro del concepto considerado y ésta proporciona conceptos unívocos los cuales se detallan y articulan a continuación: Cossio parte de la libertad metafísica, a la cual también llama libertad de la voluntad o libertad del querer, preferentemente la llama conducta, vida humana viviente y libertad metafísica fenomenalizada. Circunstancia que censura García Máynez, quien consideraba que la terminología tradicional es la más adecuada, es decir libertad de la voluntad.⁸⁴

3.3.10 Conducta y Derecho

Una primera especificación para Cossio se cumple sobre el concepto de conducta cuando tratamos de delimitar la referencia del factum de la libertad a la técnica, la moral, el derecho, el decoro, la política y la religión. Por ser considerado modos de conducta y aquellas referencias son categorías del obrar.

Parte de la conducta considerada como ética (donde la norma piensa a la conducta desde atrás hacia adelante en el sentido del tiempo, a diferencia de la técnica donde la norma piensa a la conducta desde adelante hacia atrás. Y esto hace el primer estrato de categorías de la conducta). La expresión “conducta jurídica” puede justificarse para referirnos a la especificación de la conducta que estamos tratando, él la elude en razón del vigorizante predicamento de que hoy goza el adjetivo “jurídico” en su acepción de opuesto a lo antijurídico. En vez de conducta jurídica prefiere decir simplemente “derecho” y ocasionalmente conducta intersubjetivamente interferida.⁸⁵

⁸⁴ Cossio, Op. Cit., pp. 289-298

⁸⁵ Cossio, Op. Cit., pp. 298-300

3.3.11 Facultad y entuerto

Para Cossio una segunda especificación se cumple, sobre el concepto de derecho, cuando se toma como *principium divisionis* la conformidad de la conducta intersubjetivamente interferida con la norma que conceptualmente la representa, porque aquella conformidad siempre es parcial en razón de la estructura disyuntiva de este.

Según Cossio el pensamiento tradicional concibió la norma jurídica como la enunciación de un deber, lo que venía a resultar un juicio categórico: solo la endonorma tendría valor substantivo en la significación jurídica. Según Cossio, Kelsen desarrolló la concepción de que la norma jurídica es un juicio hipotético y consideró que solo la perinorma tiene valor objetivo u ontológico en la significación jurídica.

Para la Teoría Ecológica el fundamento de la consecutividad de los deberes, la realidad común a ambos que está mentada por la extensión lógica de la perinorma y de la endonorma de la segunda. Esta teoría reclama, por la lógica la descripción de la vida jurídica; lo cual implica, el conocimiento de la lógica propia de esa vida jurídica, rechaza una comprensión, por la lógica, de esa vida jurídica porque para comprender a esta es indispensable aquella descripción; pero semejante descripción no se obtiene de dicha descripción.

Para Cossio el entuerto es facultad o libertad; en consecuencia para el siendo rigurosos y precisos, se debe aseverar que la facultad jurídica en tanto que esto es libertad jurídica, y de esta expresión, se traduce el planteamiento ecológico que articula este momento de la especificación con los otros del problema, sino también porque responde muy bien dentro de la terminología dominante para destacar la naturaleza de la cuestión que tienen por delante los científicos en el proceso ulterior de la especificación.

En consecuencia, podemos aseverar que tanto en la obra cossiana que se analiza, en la denominada las lagunas del derecho, este indica que la libertad jurídica en sentido propio no es otra cosa que la libertad metafísica, en su juego jurídico dentro de la esfera de lo lícito después de haber comenzado indicando que la libertad jurídica es la libertad metafísica bajo el signo positivo de lo lícito o permitido.

Para Cossio, la libertad de la conducta es pensada como libertad en el derecho; porque su propósito está en investigar ese dato de la libertad en sus diversas especificaciones dogmáticas de ahí se deriva que haya hecho una especie del entuerto y no de la sanción, la que es producto objetivo de la libertad.

En este sentido, para poder comprender la significancia del concepto “entuerto” en la obra Cossiana, es importante tener presente el análisis que realiza el autor en el apartado: “El Juez y el Derecho”, concretamente cuando hace referencia a la existencia de normas individuales en el ordenamiento jurídico, verbigracia las sentencias, las resoluciones administrativas y los negocios jurídicos. El autor indica que el Estado solo quiere aplicar las sanciones; pero éste querer no puede ser incondicionado: el Estado quiere aplicar las sanciones sólo si se producen ciertas circunstancias que llamamos “entueños o transgresiones”.⁸⁶

3.3.12 Señorío e inordinación

Una tercera especificación se cumple para Cossio, respecto al concepto de libertad jurídica, cuando tomamos como “*principium divisionis*”, el modo cómo se determina o concreta el contenido real de aquélla libertad, que también es realidad; el autor considera que a veces el hombre puede hacer lo que le plazca sin caer en el contradictorio genérico; es decir, sin caer en lo ilícito o antijurídico puesto que ahora el género es la libertad jurídica.

⁸⁶ Cossio, Op. Cit., pp. 300-328

Para Cossio, resulta claro que una cosa es la determinación de los contenidos de la libertad y otra la libertad que se fenomenaliza en la conducta, aunque esté integrada por una determinación puesta por ella misma. Agrega que los contenidos considerados por aparte no son libertad porque no son conducta; esto implica que la conducta no deja de ser libertad jurídica porque los contenidos que realiza le hayan sido quitados desde afuera.

Según el autor de la Teoría Ecológica del Derecho, no hay ninguna norma que sea libertad; una norma es norma y no libertad y la libertad es libertad y no norma. La circunstancia de que, en esta especie de la libertad jurídica, la norma además de efectuar la ejecución de ciertos actos, no mejora ni perjudica para nada el primer facultamiento ni quiere decir que solo con el segundo se traiga a cuevas la libertad metafísica para normarla; pues además de estar aludida y representada con el primero, también lo está con el facultamiento de la autodeterminación de los contenidos e integra el facultamiento de las ejecuciones que a ellos corresponde y de estas toma el sentido jurídico que rige el complejo de toda esta figura.

Para eliminar según el autor equívocos verbales que tratan de especificar la facultad jurídica en general, propone utilizar en lugar de la expresión “derecho de libertad”, la expresión facultad de señorío, con la cual designa la especie de la libertad jurídica en que es lícita la autodeterminación.

3.3.13 Comisión y Omisión

La última especificación sobre el concepto de facultad de inordinación, se cumple según el autor cuando toma como principium divisionis la calidad, positiva o negativa, del contenido heterónomamente determinado refiriéndose pese a ello, a la libertad que lo ejecuta. Según Cossio le interesa la conducta cumpliéndose; es decir, la conducta en tanto que es libertad o facultad jurídica y cuya realidad es el prius existencial de la realidad de la prestación. Considerando en ese sentido la facultad de inordinación sería una comisión o una omisión.

Cossio al referirse a las prestaciones, habla de ejecución y abstención en los casos en que su contenido conceptual sea respectivamente una obligación de hacer o de no hacer.

La Teoría Ecológica, ve en el derecho la vida viviente de un hombre plenario, no puede excusarse de ver la libertad jurídica en la facultad de inordinación porque también en ella esa teoría se coloca frente al hombre plenario y no solo frente a un mecanismo psico-físico. Continúa indicando el autor que los jueces y abogados nada tienen que ver con esos enunciados (las obligaciones) acerca del contenido de una prestación, mientras los actos no se cumplan: ellos no actúan frente a las meras enunciaciones conceptuales, sino frente al cumplimiento o incumplimiento de las prestaciones, al igual, que no se interesan por leyes en desuso.

Para la Teoría Ecológica una prestación para ser entendida tiene que advertirse en la misma dos momentos: la obligación en la conducta cumplida, como ejecución si la enunciación es afirmativa y como abstención si la enunciación es negativa; también la conducta cumpliéndose, es decir, en la libertad o facultad jurídica de inordinación, ya como una comisión si la enunciación conceptual es afirmativa, ya como una omisión y la enunciación conceptual es negativa.

En resumen, cuando Cossio se refiere a la obligación –de hacer o de no hacer– en cuanto que el contenido de un acto está heterónomamente determinado en pensamiento y refiriéndose a esta mención conceptual. Se refiere, paralelamente de ejecución y abstención como forma de la prestación refiriéndose a la conducta cumplida o acto realizado cuando la obligación es afirmativa o negativa y habla de comisión y omisión como formas de la facultad de inordinación refiriéndose a la conducta cumpliéndose, es decir al acto de ejecución o de abstención, cuyo contenido es una obligación afirmativa o negativa.

Si nos quedamos en la realidad como reclama el punto de vista ecológico, será evidente que la realidad de la comisión o de la omisión es un prius existencial

(conducta cumplida, ejecución o abstención o como conducta cumpliéndose comisión u omisión) de la realidad de la ejecución o abstención; pues la existencia de la conducta cumplida o prestación se funda en la realidad de la conducta cumpliéndose, que es la libertad jurídica. Por ello, se debe entender que la concepción egológica no prescinde del pensamiento normativo (la obligación) que integra la conducta jurídica. Pero tampoco se queda en el en tanto genera enunciación conceptual que nos dice en que consiste la prestación. Cual si semejante enunciación normativa fuera el derecho, mero objeto pensado en una esfera ideal por encima de la experiencia humana.

Entonces, para destacar la identidad de comisión y omisión en tanto que conducta o comportamiento. La comisión y la omisión (y paralelamente, la ejecución y la abstención), no son la misma cosa respecto del curso de las cosas de la realidad, porque acometiendo algo se participa en la comisión de ese curso en tanto que omitiendo de hacer algo se participa en su no modificación.

La primera realidad hace referencia a un juicio afirmativo y la segunda a uno indefinido. Aún se debe distinguir como un tercero y diferente caso, el de quien no participa en la realidad que se considera; este ni se abstiene; es decir, no realiza comisión ni omisión, porque su conducta esta ausente de la realidad. Si se tiene en cuenta lo que se refiere al juicio negativo.

Para Cossio los tres juicios son: 1º. Participa en la modificación del curso de la realidad porque acomete algo; 2º. Participa en la no modificación del curso de la realidad porque omite algo; 3º. No participa en la modificación del curso de la realidad porque está ausente. El tercer caso está fuera del interés del autor, porque él se circunscribe al poder de la libertad jurídica en tanto que facultad de inordinación; y está solo puede ser, comisión u omisión. Además, indica que pese a la existencia de la diferencia indicada entre ambas, son por igual comportamiento o conducta: en un amplio y riguroso sentido, acciones humanas.

Refiere que, si consideramos un caso cualquiera de inordinación ejemplo: el pagar una deuda, advertimos respecto de todo lo que no está determinado, reaparece la facultad de señorío como encapsulada dentro de la obligación y refundida con la facultad de inordinación; sino se pactó dónde y en qué fecha se hará el pago, – excepto que la ley disponga en forma supletoria–, decide libremente el deudor si se pactó la fecha, todavía el deudor elige la hora y si por mucho que se haya determinado el contenido del acto nada cuesta encontrar, en su ejecución las infinitas circunstancias que lo integran y que fueron autodeterminadas por el deudor al realizarla.

A la inversa, un caso cualquiera de facultad de señorío, ejemplo pasear por un parque público se ve también a esta facultad refundida con la inordinación y encapsulada en la obligación que delimita el uso del paseo según las ordenanzas municipales.

El concepto puede tomar como meridiano de referencia una u otra al pensar un dato; lo cual no destruye la libertad existente en el dato en aquello que no se menciona de ella con el pensamiento. Se puede creer a primera vista que la facultad de señorío destruye las posibilidad del pensamiento normativo porque nos ofrece “haz lo que quieras”; pero no es así porque ella es “haz lo que quieras dentro de lo que debes”. A la inversa, la facultad de inordinación es “haz lo que debas como quieras” pura y exclusivamente porque es libertad, ambas se coimplican porque son dos versiones desde distintos puntos de referencias con un mismo dato que como tal es conducta y solamente conducta.

Los capítulos IV y V del texto: “La Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad”, denominado: “Primeras Glosas a la réplica de García Máynez: Glosas Lógicas y Ontológicas” y “Segundas Glosas a la réplica de García Máynez. Teleología, Norma y Valor, respectivamente”, el autor indica estar en la capacidad de “glosar” con precisión la réplica a la valoración hecha de su concepto jurídico de la libertad, en el ensayo: “Las Lagunas del derecho” y aclarar divergencias polémicas,

concernientes a la justificación de la libertad jurídica o facultad en general y, ulteriormente, a la justificación del derecho de libertad o facultad de señorío.

A éste respecto, por la naturaleza de la presente tesis, la cual consiste en analizar los aportes y la vigencia de la Teoría Pura del Derecho de Kelsen y la Teoría Ecológica del Derecho, de Cossio, no se considera pertinente hacer análisis alguno a éste capítulo, baste apuntalar que la polémica entre Eduardo García Máñez, se circunscribe a dos publicaciones de éste, denominadas: “Introducción al Estudio del Derecho, (capítulo XVIII) y su Opúsculo ampliatorio: Libertad como derecho y como poder”, los cuales abriendo la polémica, Cossio impugnó con su ensayo: “Las Lagunas del Derecho”, publicado en el Boletín de la Facultad de Derecho Volumen número 5 Córdoba, Argentina, en el año 1942 y García Máñez respondió ese mismo año, con su ensayo “Una discusión sobre el concepto jurídico de libertad: Respuesta a Carlos Cossio”, publicada en México.

La contestación de Cossio, la da precisamente en el capítulo IV de su obra analizada por la tesista anteriormente, con la cual además el jurista argentino, considera que puso fin a dicha disputa. Así como en las argumentaciones esbozadas en el capítulo V, el cual por las razones antes indicadas no se analizará en ésta tesis. Finalmente en el capítulo VI denominado: Conclusión, el cual desarrolló en tres (III) apartados.

En el **I)** El autor indica creer que la ciencia dogmática del derecho esta lisiada de racionalismo, incluso talvez de empirismo o historicismo teniendo la convicción que se debe superar este vicio para hacer de ella una ciencia de la plenaria vida humana. Por ello la concepción Ecológica del derecho no aspira a otra cosa sino a dar el punto de vista adecuado para ese fin; esperando ser fructífera para el jurista al evidenciarle la problemática integral que emerge en cada caso concreto, mostrándole la jerarquía que guardan los diversos elementos integrantes de los mismos y adiestrándolo en el tratamiento metódico que corresponde a cada uno de ellos, en razón de sus diferencias esenciales.

II) Según Cossio no comparte la opinión del profesor García Máynez quien refiere que las diferencias entre su pensamiento y el de él, fundamentalmente son verbales o terminológicas. Considerando que la diferencia fundamental, de donde emergen casi todas las otras, consiste en que para Cossio el derecho es conducta y la ciencia dogmática del derecho es una ciencia de la realidad y para aquel no. La Teoría Ecológica distingue y estructura a criterio de Cossio debidamente, los planos lógico, ontológico y axiológico del derecho. El problema de la justificación o fundamentación de la facultad de señorío, no proviene del plano lógico, a no ser la mera conceptualización normativa de esa facultad, por mucho que se asome al pensamiento racionalista. Sin embargo, es claro que el pensar en conceptos no la fundamenta ni la deja de fundamentar.

Por el contrario, lo que para esta fundamentación proviene del plano ontológico es algo que el racionalismo jurídico no ve, debido a su planteamiento de la relación entre hecho y derecho. La fundamentación ontológica permite colocar en su verdadero lugar a la fundamentación axiológica. Porque solo sobre aquella base previa desaparecen las dificultades de la problemática integral del problema de la facultad de señorío que tradicionalmente se había hecho descansar sobre su justificación axiológica, debido a su errado punto de partida.

III) Para Cossio, la fundamentación axiológica de la facultad de señorío no incide sobre la libertad jurídica en tanto que, sino sobre los límites contingentes que se ponen a la misma con el signo de lo lícito. No es que el derecho positivo cree esa libertad, solo crea sus límites contingentes, no es que extraiga de sus entrañas a la facultad de señorío, solo la configura en su extensión empírica, no es que la crea de la nada y a su arbitrio, pues sin ella aquel no existiría. La facultad de señorío no está en una parte del derecho, sino que una parte del derecho está en la facultad de señorío. Tampoco que la libertad esté acogida al derecho sino el derecho está acogido en la libertad porque el derecho es conducta.

En Carlos Cossio, es evidente que los datos contingentes de la ciencia dogmática solo son los límites de la libertad jurídica, no la libertad misma que es, para dicha ciencia un supuesto ontológico de su objeto, la cual para ser tratada teóricamente es importante el descubrimiento reciente de la esfera axiológica. En consecuencia, el análisis de la fundamentación ontológica de la facultad de señorío, debiera ser objetiva, como un paso previo a los juristas trabajan por una dogmática plenaria y auténtica, cuando la ciencia del derecho es llevada a su independencia por la lógica jurídica.⁸⁷

⁸⁷ Cossio, Op. Cit., pp. 336-342.

CAPITULO IV
TEORIA PURA DEL DERECHO Y TEORIA EGOLÓGICA DEL DERECHO
“UN ENFOQUE COMPARATIVO”

4.1 Aspectos Introductorios

En los capítulos II y III de la presente investigación, se han expuesto y analizado las teorías surgidas en el siglo XX, que han contribuido a la definición del derecho, una europea y otra latinoamericana, como los son: La Teoría Pura del Derecho, de Hans Kelsen y la Teoría Egológica del Derecho de Carlos Cossio.

Desde las fechas de su formulación y la desaparición física de sus autores, el aporte de ambos ha contribuido a la consolidación de la ciencia jurídica y aunque autores posteriores como Juan Ruiz Manero, refiriéndose a Kelsen y Abel Aristegui, refiriéndose a Cossio, dicen que algunos de los postulados de ambas teorías ya no tienen vigencia, también lo es que gracias a sus esfuerzos teóricos, la ciencia del derecho ha evolucionado, no obstante la no aplicabilidad de algunos de sus postulados.

Por un orden cronológico tenemos que referirnos en principio a la Teoría Pura del Derecho, que fue estudiada por Carlos Cossio, de la que compartió algunos elementos y discrepó de otros, planteando su postura al formular su Teoría Egológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad.

El intercambio de puntos de vista entre ambos autores, se inició con una relación epistolar aproximadamente en el año de 1936, conociéndose personalmente en 1949, cuando Hans Kelsen viajó a la República de Argentina, por invitación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires –UBA-; el Colegio de Abogados de Buenos Aires y el Instituto de Filosofía Jurídica y Social, presidido y fundado el 10 de octubre de 1938 por Cossio. Posteriormente a dicho encuentro, la

relación entre ambos estuvo inmersa en discrepancias teóricas que se encuentran documentadas en la historia del derecho latinoamericano.

La presencia de Kelsen en la República Argentina, además de dictar cuatro conferencias, realizó encuentros públicos y privados con Cossio, calificadas como un debate que giró en torno a la teoría del derecho. Hay que recordar que la Argentina que visitó Kelsen, la Argentina de Cossio, estaba viviendo fuertes tensiones académicas y políticas, en la época de Juan Domingo Perón.

El viaje de Kelsen a la Argentina fue interpretado de diversas maneras: Según Cossio, Kelsen llegó a la Argentina a dialogar con la escuela egológica, siendo notorio el interés del primero de dar a conocer su teoría y según Kelsen, su objetivo era dar a conocer y exponer personalmente su Teoría Pura.

Precisamente, debido al interés que tenía Cossio en lo novedoso del pensamiento kelseniano, inicia por cuestionar los planteamientos teóricos de Kelsen que según el profesor argentino era una lógica del deber ser y nada más y por ello elaboró una teoría que denominó egológica, desarrollando cuatro campos temáticos que no se incluyen en la Teoría Pura, como lo son: “La Ontología jurídica”, “La Lógica jurídica formal”, “La Lógica jurídica trascendental” y “Axiología jurídica”.

Cabe señalar que Kelsen, tenía conocimiento de la Teoría Egológica, lo que sin lugar a dudas movió su curiosidad y posiblemente pudo considerar que su influencia se hubiese visto mermada en la región.

Un primer problema del encuentro entre Kelsen y Cossio, es el del idioma: Kelsen no comprendía adecuadamente el español y Cossio no comprendía el inglés ni el alemán. El diálogo se dio en francés, que era el idioma que dominaban ambos; sin embargo, para algunos, al no ser el idioma materno con el cual se escribió la Teoría Pura ni la filosofía fenomenológico-existencial, de Cossio, es un aspecto importante a considerar al momento que se analizan sus puntos de vista.

En este punto cabe hacer referencia, a lo considerado por Oscar Sarlo, respecto al resultado de la visita de Kelsen a la Argentina. Para Cossio, fue un espacio para dialogar con la Teoría Ecológica, con un resultado no deseado, porque fue desautorizado por el maestro a quien tanto admiraba, en su propio medio. Siendo lo más importante haberse evidenciado que la supuesta mezcla entre egología y Teoría Pura fue un malentendido, toda vez que según Kelsen no había conexión posible entre una u otra excepto en algunas cuestiones superficiales.

El investigador Sarlo, dice que al conocer los antecedentes de ambas teorías, es imposible entender cómo no advirtieron que la congruencia entre ambas era imposible. El autor citado hace énfasis que, ambos autores en su dimensión subjetiva tienen dos estilos personales distintos. Kelsen, autor de la Teoría Pura del Derecho, proviene de una familia judía, nacido en Praga, parte del Imperio Austro-Húngaro, es considerado en su discurso un filósofo analítico, quien evitaba metáforas, retóricas esencialistas o metafísicas; lo cual si es una característica en los escritores hispanos. Por su parte, Carlos Cossio, de origen argentino, nació en una familia con recursos económicos, de donde se colige que tanto en su estilo literario como en su matriz filosófica, era el teórico opuesto de Kelsen. Cossio, cultivó un discurso recargado, con apelaciones elocuentes, adjetivaciones no siempre justificadas, exceso de metáforas, distinto al estilo sobrio de la ciencia, que requiere siempre un uso racional del lenguaje. Constantemente hacía referencia a opiniones que elogiaban su obra y la lista de sus discípulos. Sin embargo, pese a sus orígenes, coincidencias y discrepancias filosóficas, es importante conocer las esencialidades de ambas teorías.⁸⁸

⁸⁸ Oscar Sarlo. La gira sudamericana de Hans Kelsen en 1949. El “frente sur” de la Teoría Pura. (Argentina: Centro de Investigaciones sociojurídicas, 2010), p. 403.

4.2 ¿Cómo interpretó Cossio, la Teoría Pura del Derecho?

Cossio conoció la obra kelseniana tiempo antes de lograr el encuentro con el autor. En cuanto a Kelsen tenía conocimiento de la egológica, por la migración de algunos extranjeros hacia la República Argentina. Cossio, además de estudiar la obra de Kelsen se interesó de manera particular en la Teoría Pura del Derecho, la que aceptaba con algunas reservas.

En este aspecto debe recordarse que Cossio escribió el prólogo, de la primera traducción completa al español de la obra: “Teoría Pura del Derecho” que apareció en 1941, insinuando en dicho prólogo su interpretación de la Teoría Pura del Derecho, como una lógica del deber ser, sobre lo que Kelsen expuso su total consentimiento.⁸⁹

Posiblemente motivado por la aceptación de Kelsen al contenido de dicho prólogo, Cossio publicó en ese mismo año la primera exposición orgánica de la Teoría Egológica, donde expone su interpretación de la Teoría Pura, como mera lógica jurídica formal, o del deber ser, a la que denominó: “Teoría Pura strictu sensu”.

Como resultado de las conferencias de Kelsen, de los diálogos o conversaciones privadas que mantuvieron, Cossio publicó un escrito denominado: “Balance Provisional de la Visita de Kelsen a la Argentina” en, que indica que dentro de las concordancias del pensamiento entre él y Kelsen se encuentran:

“... 1º. Kelsen declaró su total adhesión al principio egológico de que “todo lo que no está prohibido, está jurídicamente permitido”; añadiendo que este principio, usado empíricamente y olvidado por la teoría jurídica, incluso por el propio Kelsen, había logrado por primera vez la exposición correcta de su alcance y fundamento con las investigaciones egológicas.

⁸⁹ Sarlo, Op. Cit., p. 407.

2º. No menos importante fue el pronunciamiento de Kelsen acerca del carácter lógico formal del nexo imputativo o cópula del deber ser. En la cuarta conferencia se le oyó decir que, en este sentido, la Teoría Pura del Derecho era lógica y solamente...⁹⁰

La publicación de Cossio provocó que Kelsen, publicara en la Revista Austriaca de Derecho Público, en Viena, en 1953 el documento denominado: "TEORIA PURA DEL DERECHO Y TEORIA EGOLOGICA. (Respuesta a Carlos Cossio. Teoría Ecológica y Teoría Pura del Derecho. Balance Provisional de la Visita de Kelsen a la Argentina.)" Este documento es importante porque no es que Kelsen interprete la Teoría Ecológica, sino aclara, según su dicho, los malentendidos en que incurrió Cossio al indicar que él había sido convencido de las inconsistencias y equívocos encontrados en la Teoría Pura.

Según la argumentación de Cossio, el aporte de la Teoría Ecológica al tema de la lógica jurídica formal, no consiste en reajustes intrínsecos al pensamiento de Kelsen, sino al valor, afirmando la tesis de que, la proposición jurídica es un juicio disyuntivo y no hipotético como dice el maestro Kelsen.

Para Cossio, lo que interesa resaltar es que, la Teoría Ecológica ha evidenciado la correcta interpretación de la Teoría Pura del Derecho, en el sentido de que ella es lógica jurídica formal y no otra cosa; evidencia que surge de la apreciación y análisis de dicha teoría.

Según Cossio, la norma, en tanto que juicio, es un acto de conocimiento de la conducta como conducta, es un pensamiento tan reproductivo de su objeto como lo es el juicio enunciativo del suyo. Consideró que la relación entre norma y conducta es la relación de conocimiento; es la relación entre significación y objeto, aunque por la peculiaridad ontológica del objeto, su propia significación es la relación entre concepto y experiencia, aunque el concepto forme parte de esa experiencia. La

⁹⁰ Carlos, Cossio. "Teoría Ecológica y Teoría Pura (Balance Provisional de la visita de Kelsen a la Argentina)." Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia. Universidad Nacional Autónoma de México. 7(45):121.125-126, Enero-Marzo 1950.

Teoría Pura del Derecho se limita al análisis de la norma jurídica como juicio, no como concepto, por ello es lógica jurídica formal.

Para una interpretación lógica de la Teoría Pura del Derecho, según Cossio, solo basta el examen de los temas que desarrolla para comprender que es lógica jurídica formal. Sus temas son de pura y simple lógica; sólo que no de la lógica del ser, sino del deber ser, inadvertida, hasta Kelsen, por todos los filósofos y científicos de occidente y la antigüedad. Según Cossio, en la Teoría Pura del Derecho, todo su desarrollo gira en torno a lo mismo, explorando la categoría de relación, juicio categórico, hipotético o disyuntivo, ya explicitando conceptos fundamentales de la norma (derechos subjetivos y sujeto del derecho) siempre en el mismo sentido, demostrando ser estructuras imputativas.

Continúa argumentando Cossio que, el pensamiento kelseniano expuesto en la Teoría Pura, es el problema de la validez del derecho, la cual es de naturaleza conceptual, que es sólo la validez del pensamiento jurídico, porque se ha demostrado que esa validez se constituye por la cópula “deber ser;” se trata de una validez del juicio jurídico en cuanto estructura formal del pensamiento jurídico.

Según Cossio, para Kelsen el derecho es una cualidad humana, no una realidad; pero que, los contenidos espirituales de la experiencia humana son ideologías, o como él también dice, políticas; es decir decisiones del arbitrio al parecer no susceptibles de tratamiento científico si nos atenemos al vacío que en su teorización lógica hay sobre el punto. Resultando claro que la distinción entre derecho y naturaleza está dividida para evitar que se confunda el derecho con la naturaleza, pero no a identificar el derecho con un objeto ideal.

4.3. ¿Cómo interpretó Kelsen, la Teoría Ecológica del Derecho?

Más allá de la carta dirigida por Kelsen a Cossio, felicitándolo por el prólogo a la traducción española de la Teoría Pura del Derecho, le expresó su opinión, por vez

primera y en forma detallada, sobre la interpretación de Cossio sobre la Teoría Pura del Derecho, en una conversación mantenida con su ex alumno, el cubano Antonio Sánchez de Bustamante, durante su estadía en Cuba en 1941. Refiere Cossio que Sánchez de Bustamante, luego de su encuentro con Kelsen, le comentó que éste último le había preguntado si él, como Cossio, consideraba a la Teoría Pura del Derecho como una lógica jurídica formal.

Sánchez de Bustamante, respondió afirmativamente y Kelsen le dio a entender inequívocamente que él no compartía esta visión de la interpretación egológica, ya que existe una única lógica en la que se basan todas las ciencias.

En la conferencia de las Naciones Unidas de 1945, celebrada en la Ciudad de San Francisco, mejor conocida como “Conferencia de la Organización Internacional de las Naciones Unidas”, a la cual viajaron muchos científicos del Derecho de Sudamérica, la Teoría Ecológica de Carlos Cossio fue un punto central de discusión. Entre los conferencistas participantes se encontraba el Profesor de origen colombiano, Luis E. Nieto Arteta, quien decidió visitar a Kelsen en la Ciudad de Berkeley, oportunidad en la cual discutieron sobre la Teoría Ecológica de Cossio.

En esa oportunidad, Kelsen dio a entender que se oponía a los estrictos intentos interpretativos de Cossio y consideraba a la Teoría Ecológica una teoría independiente, que sólo tenía algunos aspectos superficiales en común con la Teoría Pura del Derecho.

La oposición de Kelsen al respecto de la Teoría Ecológica no se fundamentaba únicamente en el resultado de la obra “Investigaciones sobre la Teoría Ecológica”, realizada por Josef Kunz. Fue en sus investigaciones acerca de la Filosofía Jurídica latinoamericana, cuando llegó a la conclusión de que la Teoría Ecológica en su panorama general debía ser rechazada por la Teoría Pura del Derecho.

Josef Kunz, en carta dirigida a Kelsen el 15 de mayo de 1945, en ocasión de su publicación sobre la Teoría Ecológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad de Carlos Cossio, decía: "...yo opino, que Cossio ha desarrollado correctamente su teoría jurídica y usted le ha confirmado a través de una carta la ortodoxia de su opinión. (Solamente es para él la regla de derecho un juicio disyuntivo, no hipotético). Pero: él reduce su Teoría Pura del Derecho a una mera lógica jurídica formal. Por lo tanto, ella no es una teoría jurídica completa, ya que está, según él, solamente en el limitado grado de la lógica jurídica trascendental. No es ninguna filosofía jurídica en sentido metafísico, pero ella tampoco es ciencia jurídica...Lo más grave en Cossio es que él equipara el derecho a la conducta humana y así deriva en la Sociología".

En otra carta de Kunz, caracteriza a la concepción ecológica, como una conducta sinsentido. Al parecer Kelsen también compartía el análisis efectuada por Kunz, especialmente cuando este último en su carta del 19 de junio de 1945, escribió a Kelsen desde Cambridge: "...Sus líneas me fortalecen en mi escepticismo acerca de los fundamentos de la teoría de Cossio".

La postura negativa de Kelsen respecto de la interpretación de la ecología, fue conocida por Cossio, posiblemente a través de conocidos en común, como Luis E. Nieto Arteta o Antonio Sánchez de Bustamante y Montoro. Sin embargo, Cossio estaba convencido que la oposición de Kelsen solamente se basaba en malentendidos idiomáticos y dificultades de comunicación. Para convencer a Kelsen de la interpretación ecológica de la Teoría Pura del Derecho y aclarar a través de un diálogo personal los malentendidos, Cossio alentó a su ex alumno y asistente Ambrosio L. Gioja, a viajar a Berkeley para encontrarse con Kelsen.

Después que Kelsen conoció personalmente a Cossio, éste publicó el balance de su visita a la Argentina en donde da su opinión sobre la Teoría Pura desde la perspectiva Ecológica. Esto provocó el artículo: "Teoría Pura del Derecho y Teoría Ecológica. (Respuesta a Carlos Cossio. Teoría Ecológica y Teoría Pura del Derecho. Balance Provisional de la Visita de Kelsen a la Argentina), en el cual, además de

aclarar los equívocos en que según él, incurrió Cossio, también interpreta en forma tangencial la Teoría Ecológica y dice que: La Teoría Ecológica admite haber tomado de la Teoría Pura, el aspecto relativo a la lógica formal (Teoría Pura en sentido estricto).

En consecuencia, admite que la Teoría Pura es algo más que lógica jurídica formal; Cossio, para defenderse del reproche que su teoría es un rebrote de la Teoría Pura, tiene que insistir con extraña dualidad epistemológica, que la Teoría Pura del Derecho sólo en sentido estricto es lógica y en eso la Teoría Ecológica está de acuerdo con la Teoría Pura y es de la Teoría Pura del Derecho en sentido amplio, de la que la ecológica quiere diferenciarse, para no aparecer como un mero rebrote de la misma.

Según Cossio, el obrar humano como poder hacer con la referencia inmanente e ineliminable a un ego y la consolidación del obrar como libertad, constituye la conducta como objeto del conocimiento ético; sin embargo, Kelsen considera que lo anterior únicamente puede significar dar expresión a la tesis del indeterminismo ético; es decir, el conocimiento ético, o sea la representación del hombre como sujeto de deber y responsabilidad moral.

Para Cossio, existe plena coincidencia entre ambas teorías en lo que respecta al principio según el cual “está jurídicamente permitido todo lo que jurídicamente no está prohibido.” Sin embargo; Kelsen considera que, esta coincidencia no existe dado el modo cómo Cossio entiende este principio; porque constituye un principio técnico de derecho positivo, consistente en que el legislador permite una determinada conducta en cuanto que no la prohíbe, o sea en cuánto que no vincula a esa conducta una consecuencia jurídica desfavorable. Al entender que el estar permitido y el no estar prohibido son idénticos, la conducta no prohibida es permitida y la conducta no permitida es prohibida. Por lo anterior, Kelsen rechaza la afirmación de Cossio, de que el principio “Todo lo que no está jurídicamente prohibido está jurídicamente permitido” porque no significa lo mismo que el principio “Todo lo que no

está permitido, esta jurídicamente prohibido”. Según Kelsen ambos principios tienen un significado absolutamente idéntico.⁹¹

Para Kelsen, cuando Cossio interpreta el principio de prohibición, olvida el hecho de que la expresión “permitir” puede tener un sentido distinto que el que recibe en aquel principio. Lo anterior porque, además de su significación negativa –no estar prohibido- puede tener otra positiva, por ejemplo, cuando el ordenamiento jurídico permite al acreedor ejercer una acción contra el deudor moroso, o cuando la Constitución “permite” al parlamento aprobar leyes. En los casos citados, “permitir” significa autorizar, conferir un poder, capacitar a alguien para procurarse. Para conferir tal permiso, se necesita una prestación positiva del ordenamiento jurídico. En tal sentido, para conferir tal “permiso” no tiene aplicación el principio: lo que no está prohibido está permitido. Lo anterior porque, a nadie se prohíbe además del acreedor, interponer una demanda contra su deudor para exigir el pago de la deuda; lo cual no significa que quien no sea el acreedor esté autorizado para presentar tal demanda, es decir, para provocar los efectos jurídicos que la ley concede a esa acción.

Sin embargo, Kelsen reconoce una coincidencia entre ambas teorías con respecto al principio “lo que no está prohibido está permitido”, pues toda conducta humana que cae dentro del ámbito de validez de un ordenamiento jurídico positivo, se encuentre regulada por él, directa o indirectamente; directamente cuando la prohíbe; indirectamente cuando no lo está y, en este sentido, se haya permitida.

En virtud de lo anterior, para Kelsen no se puede hablar de una conducta humana que no se halle bajo la regulación de un orden jurídico; reconociendo el error de haber rechazado la definición cossiana del derecho como conducta humana, admitiendo que podía haber conducta humana que jurídicamente sea del todo indiferente por no encontrarse regulada por el derecho.⁹²

⁹¹ Hans Kelsen. “Teoría Pura del Derecho y Teoría Ecológica. Respuesta a Carlos Cossio. Balance provisional de la visita de Kelsen a la Argentina”. Revista Austriaca 5(1-2):9-11, 1953.

⁹² Kelsen, Op. Cit. p.11.

Otra diferencia entre ambas teorías radica en que, para Cossio, el Derecho no es norma o sistema de normas, como lo afirma la Teoría Pura, sino “conducta”, conclusión a la cual arriba a través de una “intuición jurídica;” la cual forma parte de una teoría general de la cultura, porque él insiste que la Teoría Ecológica “no puede dudar que el Derecho es cultura”. Según ésta teoría, cultura es todo lo que hace el hombre, en tanto que obra según juicios de valor. Pero además por cultura no se debe entender sólo el obrar, la actividad humana, sino también los resultados producidos por él, verbigracia: la actividad de un escultor y la estatua creada por él.

Según Kelsen, si Cossio pretende definir el derecho como: conducta humana en “interferencia intersubjetiva”,- es decir, a la posibilidad de que la conducta de un hombre sea impedida por la conducta de otro- es evidente que entiende por derecho algo enteramente distinto de lo que la ciencia jurídica entiende y ha entendido siempre como tal. Es evidente que se puede describir la conducta humana en su interferencia subjetiva como la posibilidad de una conducta de ser impedida.

Según Kelsen, la Teoría Ecológica sigue un camino paralelo a la teoría marxista del derecho, cuando define el concepto haciendo caso omiso de las normas. Lo anterior porque la concepción materialista de la historia de Marx, que reduce todos los fenómenos políticos a determinados hechos económicos, el Derecho y el Estado son instrumentos específicos de explotación capitalista, que desaparecerán automáticamente tras la implantación del comunismo. De acuerdo con ésta doctrina los juristas de la Unión de Repúblicas Socialistas durante el primer período de su existencia se opusieron a la teoría jurídica normativa, a la que repudiaron como doctrina burguesa y definieron el derecho como mero agregado de fenómenos sociales, sin recurrir a las normas.

Según Kelsen, lo mismo pretende hacer la Teoría Ecológica de Cossio, al negar el carácter normativo del derecho, tratándolo de definir al margen de las normas, conduciendo a la negación del concepto mismo del derecho.⁹³

⁹³ Kelsen, Op. Cit., pp. 25-27

Finalmente, apunta Kelsen que la Teoría Ecológica rechaza la distinción entre estática y dinámica que no es esencial para la Teoría Pura, aunque la considere útil para la exposición de sus propios fines. Cossio, objeta al suprimir la unidad del objeto del conocimiento, porque el objeto de la consideración estática serán las normas; en cambio el objeto de la consideración dinámica serían actos jurídicos; es decir, conducta humana, lo que, según Kelsen, entraría en oposición con su aseveración contra la teoría de las dos caras del Estado, la cual se fundamenta en la afirmación que rompe la unidad del objeto de conocimiento.

4.4 Aportes de la Teoría Pura del Derecho

Su autor parte de una visión positivista y formalista del derecho, lo que según algunos teóricos es entendible si tenemos en cuenta el contexto social, jurídico y político en que vivió, advirtiéndole que en su formación confluyen pensamientos de filósofos europeos que durante siglos tratan el tema de la ciencia del derecho desde un punto de vista naturalista, llegando en un momento a confundir las ciencias de la naturaleza con ciencia como el derecho, es decir llegar a considerar que el principio de causalidad es aplicable a todo lo científico.

La primera edición de la Teoría Pura del Derecho data de 1934 y la escribió en Ginebra, Suiza. En ésta su pensamiento aparece en un texto compuesto de IX capítulos, de los cuales únicamente el I y II guardarán identidad con las ediciones posteriores de la segunda edición de la obra de 1960, cuando ya residía desde hacía algunos años en los Estados Unidos de América; de esa edición existen varias traducciones de ese mismo año, como la realizada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, en la cual está contenida en VIII capítulos, mucho más desarrollados que en la primera edición.

En 1960, la Editorial Porrúa edita una cuarta edición, novena reimpresión de 2009, de la Editorial Universitaria de Buenos Aires, en la cual se estructura en XIII capítulos.

Uno de los teóricos más importantes del siglo XX y XXI en el campo de la Filosofía del Derecho, versado en la obra kelseniana, es el Doctor Ulises Schmill Ordóñez⁹⁴, quien asevera que es fundamental, previo a estudiar la obra kelseniana, responder a la pregunta ¿Por qué Kelsen? Respuesta que debe partir de una descripción histórica, de dónde se desarrolló el pensamiento de uno de los juristas más importantes del siglo XX. En un ensayo⁹⁵ de éste autor, se condensan en forma clara las aportaciones de Kelsen en los diversos campos de lo jurídico y filosófico, exponiendo una parte del concepto de pureza metódica, como la construcción conceptual en los «Problemas Capitales» de la norma coactiva y de la imputación (Sollen). Para Schmill Ordóñez, Kelsen es el resultado típico de su época. Es muy conocido el concepto de la «pureza metódica» con la preocupación central de liberar a la ciencia jurídica de elementos ajenos, ideológicos, ético-políticos y sociológicos.

En uno de los primeros párrafos de la Teoría Pura del Derecho de 1934, al exponer las razones por las que califica de «pura» a su teoría jurídica, se encuentra expresada la tensión histórico-sociológica y epistemológica de la Viena de principios del siglo XX, tal como se presentaba en el campo de la jurisprudencia, la que era un espejo de la cultura de la Viena de principios y finales del siglo pasado.

La pureza metódica caracteriza a toda la labor jurisprudencial de Kelsen. Sin embargo, es necesario advertir que el concepto fundamental de su teoría no aparece por primera vez en su publicación del libro la Teoría Pura del Derecho, sino en su primera obra de 1911, denominada “Los Hauptprobleme (HP) Problemas Capitales

⁹⁴ Jurista mexicano que se desempeñó como Presidente de la Suprema corte de Justicia de la Nación, entre 1991 y 1995, actualmente es profesor Emérito, en el Departamento de Derecho del Instituto Tecnológico Autónomo de México.

⁹⁵ Ulises Schmill Ordóñez. “Hans Kelsen. Aportaciones de la Teoría Pura del Derecho”. Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, (33):18-19, 2010.

de la Teoría Jurídica del Estado”, la cual desarrolla con base en la doctrina de la proposición jurídica.

En una referencia general al autor de la Teoría Pura, es obligado citar a uno de los alumnos más cercanos, quien lo asistió como traductor cuando éste visitó Sudamérica, su discípulo Josef Laurenz Kunz, de quien se puede aseverar que por haber compartido con él, en el ámbito académico y personal, consideró que en la primera obra de su maestro, se establecen los fundamentos de su producción posterior.

Para Kunz, citado por Schmill Ordóñez: “Si se toman las obras de Kelsen como obras separadas, creo que de todas ellas, la de 1911 es aún hoy la más genial. Como Pallas Atenea de la cabeza de Zeus (Según la mitología griega, Atenea nació de la cabeza de Zeus), así apareció en esta obra la Teoría Pura del Derecho con rasgos geniales y en su aspecto fundamental. Ya está allí claramente delineada, en verdad, la Teoría Pura del Derecho.

En dicha obra según su discípulo encontramos la base filosófica kantiana, la estricta separación entre los mundos del ser y del deber ser, entre las ciencias naturales y las ciencias normativas, entre causalidad e imputación jurídica, entre ciencia del derecho y sociología, entre ley causal y norma. También se advierte la concentración de la teoría en el concepto de la norma jurídica. En verdad, el título completo de la obra es: Problemas capitales de la teoría jurídica del estado, desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica. En ella encontramos la comprensión de la norma jurídica como juicio hipotético; el derecho como sistema de normas; la doctrina de la personalidad jurídica como punto final de imputación jurídica, como personificación de un orden jurídico parcial; la idea de la norma básica; los primeros comienzos de la doctrina de la identidad del estado y el orden jurídico nacional”⁹⁶

⁹⁶ Schmill Ordóñez, Op. Cit., p. 20.

Según Monzón Pedroso, es Legaz y Lacambra, el único jurista que intentó estudiar en forma seria y profunda el tema del “Estado” en la obra de Kelsen, lo que se advierte en el: “Estudio crítico de la Teoría Pura del Derecho y del Estado de la Escuela de Viena”, publicado en 1933. Ello sin advertir, que también resulta incompleto, porque no se tienen en cuenta la mayor parte de producción intelectual de Kelsen, como por ejemplo las tres ediciones de su libro: Teoría Pura del Derecho, la Teoría General del Derecho y del Estado y la Teoría General de las Normas, entre otras.⁹⁷

4.4.1 Postulados o fundamentos teóricos inmersos en la obra Teoría Pura del Derecho

- Se parte de un postulado fundamental al exigir pureza metodológica en el estudio del derecho, de donde proviene el nombre de teoría de “pura”, afirmando que el derecho debe ser una ciencia aislada de concepciones sociológicas, psicológicas, culturales, políticas e ideológicas.
- “La Teoría Pura del Derecho”, pretende subsumir todo el contenido epistemológico que aporta a la ciencia, la filosófica y traspolarlo al mundo de la ciencia jurídica, para dar una definición del derecho purificada y saneada de cualquier contaminación, fijar el objeto de estudio de la ciencia jurídica.
- El derecho es un orden coactivo de la conducta humana.
- Sobre concepto psicológico de la voluntad, los juristas tienen una idea diferente del psicológico. Concretamente, el problema de la voluntad del Estado es un problema de carácter jurídico, pues con ello se intenta determinar cuáles son los actos que pueden imputarse al Estado y cuáles son los actos estatales.
- Reconoce que la voluntad del Estado se encuentra en las normas jurídicas y que el contenido de esta voluntad estatal, es una construcción que permite la imputación de ciertos actos al Estado. Afirma que el Estado sólo puede querer su propia conducta, pues una conducta o comportamiento imputado es una conducta

⁹⁷ Odar Monzón Pedroso. El Estado en el pensamiento de Hans Kelsen. (1 ed. Lima: Centro de Producción Fondo Editorial, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 2006), pp. 11-12.

propia. «Un acto u omisión se consideran como “ajenos” con respecto a una persona cuando no le son imputados a esta persona, sino a otra».

- Rechaza que la imputación tenga su fundamento en cualquier ley causal. La imputación es un problema normativo, lo que se hace patente tratándose de omisiones imputadas, caso en el cual no es posible ver operar a la ley de causalidad, pues la no realización de una conducta no puede ser causa de efecto alguno.
- Si el contenido de la voluntad del Estado fuera la conducta positiva o negativa de los súbditos, la norma jurídica sería concebida como un imperativo, cuyo contenido sería la descripción de la conducta del súbdito querida por el Estado.
- Asegura el autor que la norma jurídica tiene por contenido esencial la conducta del Estado, su propia conducta, pues considerar que el contenido de la norma es la conducta de un sujeto distinto, sólo señala el fin de la norma que regula la propia conducta. Pero este fin, la conducta de los súbditos sólo se puede lograr a través del proceso psicológico de la motivación, es decir, «provocando en aquellos individuos las causas que han de determinar una conducta congruente, los motivos de la voluntad».
- En la primera obra ya descrita, en el sentido que la norma debe provocar en el súbdito el interés de cumplir con el fin de la norma, sólo es posible si el contenido de la norma, contiene los elementos motivadores de la conducta del súbdito, la cual es la sanción, que puede adoptar la modalidad de la pena o la de la ejecución. Éste es el contenido esencial de la norma jurídica y, por tanto, el contenido de la voluntad estatal, que regula su propia conducta.

Por ello, el imperativo no puede provocar (motivar) la conducta que es el fin de la norma. La forma de la norma tiene carácter condicional: Si A es (conducta del súbdito contraria al fin de la norma) debe ser B (conducta coactiva del Estado). Esta relación es lo que con posterioridad Kelsen denominó imputación periférica, concluyendo en que el Derecho es un orden coactivo de la conducta humana.

- El derecho es un orden coactivo, al introducir dentro del concepto de la norma, a la sanción, proceso al cual le llamó: primera interiorización semántica.

4.5 Aportes de la Teoría Ecológica del Derecho

Dentro de la extensa obra que Cossio publicó en 1944, la denominada: “Teoría Ecológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad” la que dividió en VI capítulos; con una segunda edición en 1960. Su aporte en la filosofía de la ciencia jurídica, impactó tanto en el iusnaturalismo religioso de raíces tomista, como al positivismo jurídico decimonónico. Parte de una visión positivista del derecho, pero la construcción ecológica dejó de lado al normativismo mecanicista como objeto de la ciencia jurídica, para estudiar el derecho comprendiendo e interpretándolo mediante una teoría del conocimiento, respecto de la conducta humana en interferencia intersubjetiva.

Cossio sostuvo que la filosofía del derecho debía ser estudiada desde la ciencia dogmática del derecho y que esa ciencia era un tipo de conocimiento decisivo para la reflexión iusfilosófica. En su obra Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad, quitó el velo sobre el trasfondo ideológico capitalista de la concepción lógico formal de Hans Kelsen.

Según Cossio: “Kelsen se corresponde con un mundo capitalista colocado ya a la defensiva desde los sitios del Estado en una Europa burguesa indiferenciada, por lo cual el control jurídico no debe serle discutido al poder político y por lo cual sus ideas pueden extenderse geográficamente más que las de Savigny; finalmente, los grupos socialmente conservadores son los que han sido interpretados por aquellos juristas que, como Gényn o Kantorowicz, han hablado y siguen hablando de “una resurrección del eterno Derecho Natural”.

Más adelante agregaba: “el liberalismo penal ha proclamado a todos los vientos la imposibilidad de delinquir que tendrían las asociaciones. Como su delito específico es el del enriquecimiento inconfesable; y como son los capitalistas quienes se asocian para enriquecerse, salta a la vista el interés de ellos para dejar impune un delito que únicamente ellos pueden prácticamente cometer”.

Para Cossio, fue el profesor italiano Del Vecchio, quien abordó la indagación fenomenológica sobre la moral en la concepción egológica, en donde adquiere un camino innovador y audaz; contribuyendo a alcanzar una indagación óptica y fenomenológica del problema, altamente satisfactoria. La distinción que éste propone es propia de una descripción fenomenológica en el sentido de Husserl, la que, por cierto, no está en él, en razón de su fundamentación kantiana. Entonces, para Del Vecchio según Dante Cracogna, la distinción entre moral y derecho se apoya sobre la diversa posición lógica de las dos categorías.⁹⁸

Según Cossio, Del Vecchio advirtió que la acción humana puede ser considerada sólo de dos maneras: **1)** En una, “interfiriendo con otra acción posible del sujeto que la realiza, de modo que la ejecución de una acción queda contrapuesta a la omisión simultánea de las otras acciones que pudo ejecutar el mismo sujeto. Por estructura, aquí el hacer se integra con el omitir y esto significa, que es imposible comprender una acción como libertad, teniendo en vista puramente el hacer.” En este caso al entrar en consideración un único sujeto actuante, la interferencia de acciones posibles es, aquí, subjetiva. Así la acción, considerada de este modo, es el objeto del conocimiento moral; **y 2)** La otra para considerar que la existencia humana es coexistencia, hay otra manera de interferir una acción con otra, manera también necesariamente posible. “Ahora es en relación con otro sujeto actuante, donde la ejecución de una acción queda contrapuesta al impedimento de la misma que le opone o no la acción que realiza otro sujeto. Por estructura, el hacer, aquí, se integra con el impedir, de modo que la comprensión de una acción como libertad se alcanza ahora en cuanto es o no es impedimento de la acción de otro sujeto actuante. *Tratamos, pues, con una interferencia intersubjetiva de acciones posible; y la acción, considerada de este modo, es el objeto del conocimiento jurídico.*”⁹⁹

⁹⁸ Dante Cracogna. “Derecho y moral en la Teoría Egológica del Derecho”. Anuario de filosofía jurídica y social (11): 128, 130. Año 1991.

⁹⁹ Carlos Cossio. Radiografía de la Teoría Egológica. (Buenos Aires, Argentina : Ediciones Depalma, 1987), pp. 97-98.

De esta manera, según Cossio, purificado fenomenológicamente el planteamiento de Del Vecchio, es fácil dejarlo inmerso en un planteamiento existencial. Ésta es la bilateralidad o alteridad que define al Derecho, lo que significa que éste implica dos sujetos desarrollando una conducta compartida. Entiéndase bien: no se trata de que un sujeto sea simplemente el destinatario de la acción del otro, como ocurre con la caridad, donde, por tal razón, no hay deberes y derechos en articulación recíproca repartidos entre ambos sujetos.

En el Derecho lo compartido es el hacer mismo, de modo que lo que un sujeto hace se integra con lo que le toca hacer al otro. De ahí que habrá derechos para uno frente a los deberes del otro, en perfecta correspondencia.” Así vemos pues como el aporte de este análisis del autor italiano entre conducta subjetiva(o en interferencia subjetiva) y conducta objetiva (en interferencia intersubjetiva), completa, la original construcción cossiana. De la intuición parcial, de que el derecho es conducta, pasa Cossio ahora a subrayar que el Derecho es conducta en interferencia intersubjetiva.¹⁰⁰

Sin embargo, es importante tener en cuenta la objeción que advierte el reduccionismo de la sistemática de Cossio. Para él, “tanto la norma como el valor se integran en la conducta humana, la misma que en su interferencia intersubjetiva resulta ser el objeto a conocer por la ciencia jurídica. Cossio parte de la verificación de la tridimensionalidad de la experiencia pero reduce sus dimensiones a sólo la conducta humana.”

Según Miguel Reale citado por Urteaga: “Hasta autores como Carlos Cossio, que contribuía creadoramente a situar una «problemática ontológico-axiológica» de la experiencia jurídica, no llegaban a liberarse de la interpretación de los valores como meras «cualidades de los bienes», incluyéndolos entre los *objetos ideales*.”¹⁰¹

¹⁰⁰ Cracogna. Op. Cit., pp.133-134.

¹⁰¹ Carlos Alberto Urteaga Regal, *Primeras anotaciones críticas a los valores parcelarios y dimensiones existenciales Cossianas*. Revisado 29 de Septiembre de 2015 de http://www.revistapersona.com.ar/Persona77/77Urteaga.htm#_ftn8

No obstante esta adscripción axiológica que hace Reale, es posible encontrar argumentos por parte de Cossio que nos hablarían de una cierta autonomía estimativa. Así, por ejemplo, el texto que vincula temporalidad y axiología, se deslinda de la teoría objetivista alemana: “(...) Cuanto más lejos miramos ontológicamente el indeterminado futuro del tiempo existencial, tanto más puros, por vacíos, vemos los valores en sí como categorías materiales de futuridad de la vida plenaria. *Su futuridad esencial, esto es, la siempre intacta futuridad del futuro explica que los valores simplemente valgan y no sean, sin recurrir como explicación a la hipótesis de que los valores serían las verdaderas ideas platónicas.* (...)”¹⁰²

4.6 Similitudes y diferencias entre ambas teorías

En principio la Teoría Ecológica asume que las cosas jurídicas pueden ser objeto del derecho. Respecto de determinar si algo se trata de un objeto jurídico o no jurídico, la Teoría Ecológica establece que un objeto puede ser entendido como “permitido” o “prohibido”. Desde el punto de vista de la Teoría Ecológica, se presupone que los límites de la totalidad del derecho son esenciales para conceptualizar la noción de lo jurídico. Ella asume que para la captación de esta noción es suficiente con entrar en contacto con el derecho y tomarlo como objeto.

La Teoría Ecológica proviene de una fenomenología existencial de la cultura, donde el sentido de la cultura es todo el obrar humano, en la medida en que se refiera a juicios de valor. En este sentido, el derecho es cultura y realidad. Esta teoría representa el pensamiento de que la ciencia jurídica dogmática es una ciencia de realidades. Para la Teoría Ecológica el derecho es, conducta, “Existencia en su plena vitalidad”. Cossio arriba a esta tesis sobre la base de las fuentes originarias del método de la fenomenología de Husserl, lo que él llama “perspectiva jurídica”. Kelsen rechaza estrictamente esta posición, pues para él el derecho es un sistema de

¹⁰² Carlos Cossio. La Teoría Ecológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad. (2 ed., Buenos Aires: editorial Abeledo Perrot, 1964) p.117.

normas y no tiene nada que ver con el significado natural propuesto por Cossio. Le enrostra a la Teoría Ecológica derivar de una construcción sociológica, y se opone a la idea de que uno pueda encontrar el derecho sin la ayuda de las normas, pues el derecho como objeto no se constituye con ninguna otra cosa que no sea la norma.

Según Kelsen, “Aun cuando toda la conducta humana está reglada a través del derecho, no es posible identificar al derecho con la conducta humana, la conducta humana permanece solamente como objeto de la regulación jurídica”.

Según el autor de la Teoría Pura, la Teoría Ecológica asume un punto de vista metafísico, el cual el rechaza. Además, la egología recurre a una hipótesis metafísica de la libertad, cuyo empleo no es necesario en un planteamiento que sea consecuente con la Teoría Pura del Derecho. Es decir la libertad, no es para Kelsen algo real, verdaderamente existente, como una representación del mundo, como un determinismo perfecto y sin excepciones. Por ello como lo advierte Cossio, la pregunta sobre la libertad existencial de los hombres, que es meramente metafísica para Kelsen, es la que presenta contrastes insuperables entre la Teoría Pura y la Teoría Ecológica.

Aunado a este contraste, existe la oposición de la visión del alcance del “deber” lógico. A primera vista aparece una coincidencia ambos ven en el carácter lógico-formal del “deber” una condición de imputación, pero en una relación más cercana de esta afirmación existen dos diferencias, especialmente porque el problema se aproxima al concepto de “pureza metódica” elaborado por Kelsen y la Teoría Ecológica extrae de allí sus investigaciones acerca de la normatividad. Por medio de esta construcción de la teoría de las normas, Kelsen considera a ésta como un juicio —en lo que también coincide por Cossio— pero con respecto a la pregunta acerca de la naturaleza de este juicio pueden haber diferentes puntos de vista: mientras Kelsen considera a la norma considera a la norma como un juicio hipotético, la Teoría Ecológica ve a la norma como un juicio con una estructura y forma propias. Kelsen establece que el ámbito de aplicación del “deber” lógico a través de una

definición, mientras que la Teoría Ecológica lo determina según el conocimiento, en la libertad ética o jurídica.

Respecto a la pregunta: ¿Es la Teoría Pura del Derecho sólo y únicamente lógica (jurídica) o es también otra cosa? Kelsen responde que la Teoría Pura del Derecho, es algo más que lógica; Cossio, sin embargo, hace una distinción entre una Teoría Pura del Derecho en sentido estricto y una Teoría Pura del Derecho en sentido amplio, y considera a la Teoría Pura del Derecho como lógica formal desde la perspectiva estricta. De allí concluye Kelsen que para Cossio la Teoría Pura del Derecho en sentido amplio, también tiene que ser algo más que lógica formal, lo cual confirma su aserción de que la Teoría Pura del Derecho es algo más que solamente lógica.

Otra diferencia entre ambas teorías, se da en la diferente visión entre norma jurídica y regla de derecho. Según Kelsen, estos conceptos tienen distinta naturaleza: el órgano jurídico productor crea normas jurídicas, mientras que el científico jurídico las describe —en forma de reglas de derecho—. Para Kelsen, la norma creada por el órgano es una regulación direccionada a nuestra voluntad, mientras que la regla de derecho expresada por el jurista es una manifestación dirigida a nuestro entendimiento. La tesis ecológica sostiene que esta diferenciación entre norma y regla de derecho es superflua, porque tanto el órgano como el científico jurídico piensan el derecho, esto es la conducta, precisamente a través de las normas.

El planteo conceptual, en ambos casos llega a la perfecta identidad normativa, de manera tal que la Teoría Ecológica no lo ve en forma distinta. Respecto de llegar a la buscada diferencia entre la específica actividad del órgano y la del jurista, para la Teoría Ecológica es mucho más importante poner la atención —para prever el idéntico resultado de ambos— en la regulación de la persona en su creación: la existencia de una diferencia entre la actividad del órgano jurídico y la actividad del

jurista, planea para la Teoría Ecológica la cuestión, por ejemplo, de cómo en un caso se resuelve el problema de la positividad y el de la efectividad.¹⁰³

Sin duda se puede decir que la Teoría Ecológica del Derecho proviene de una fenomenología existencial de la cultura, donde el sentido es todo el obrar humano, en la medida en que se refiera a juicios de valor; de ahí se infiere que el derecho es cultura y realidad; representando con ello que el pensamiento que la ciencia jurídica dogmática es una ciencia de realidades; por lo tanto el derecho es conducta, existencia en su plena vitalidad.

Cossio arriba a esta tesis sobre la base de las fuentes originarias del método de la fenomenología de Husserl, lo que él llama “perspectiva jurídica”. Por su parte Kelsen rechaza estrictamente esta posición. Para él el derecho es un sistema de normas y no tiene nada que ver con el significado natural propuesto por Cossio, considerando que la Teoría Ecológica deriva de una construcción sociológica y se opone a la idea de que uno pueda encontrar el derecho sin la ayuda de las normas, pues el derecho como objeto no se constituye con ninguna otra cosa que no sean las normas.

Para Kelsen, aun cuando toda la conducta humana esta reglada a través del derecho, no es posible identificarlo con aquella, porque ella permanece solamente como objeto de la regulación jurídica. Supone que la egología asume un punto de vista metafísico, la cual en principio, rechaza; además recurre a una hipótesis metafísica de la libertad, cuyo empleo no es necesario en un planteamiento que sea consecuente con la Teoría Pura del Derecho.

De lo anterior se colige que para Kelsen, la libertad no sería algo real, verdaderamente existente, como una representación del mundo como un determinismo perfecto y sin excepciones. La idea de Cossio, sobre la libertad

¹⁰³ Miriam Gassner, y Thomas Olechowski; Teoría Ecológica del Derecho versus Teoría Pura del Derecho - Cossio Versus Kelsen, tr. por Carlos Enrique Pettoruti. (Argentina: Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional De La Plata, Argentina, 2014), pp. 302-304.

existencial de los hombres, que es meramente metafísica para Kelsen, que es en insuperables contrastes entre Kelsen y la Teoría Ecológica.

La tesis ecológica sostiene que la diferencia indicada por Kelsen anteriormente es superflua, ya que tanto el órgano creador como el científico, piensan el derecho, es decir la conducta, a través de las normas.

Respecto al axioma ontológico de que “todo lo que no está prohibido, está permitido”. Cossio consideró que no había diferencia alguna entre su interpretación y la de Kelsen; sin embargo, la ecología lo considera como “un juicio sintético a priori en el sentido de la estética kantiana”, en forma directa sobre la libertad de la existencia humana, argumentando: “El axioma es a priori porque se relaciona con la experiencia jurídica constitutiva de la libertad eidética, en cuya naturaleza se funda, de lo que se sigue que aunque nos opongamos, nos veríamos obligados a la libertad, pues esta es la única forma posible de experimentarla. Esto es sintéticamente porque la libertad es un a priori.”

De lo anterior, Cossio extrae esta conclusión: “Todo lo que no está prohibido, está jurídicamente permitido, que no es lo mismo que la expresión: todo lo que no está permitido, está jurídicamente prohibido”. En el primer axioma se plantea como punto de partida a la existencia humana como constitutiva de la libertad y en el segundo está fundamental y necesariamente vinculado a un error que torna imposible relacionarla con la experiencia jurídica.

Finalmente, lo que conocemos como el “enfrentamiento entre la Teoría Pura del Derecho y la Teoría Ecológica del Derecho” se dio durante la visita de Kelsen a la Argentina, en 1949, cuando Cossio le indicó a Kelsen de qué forma él entendía la Teoría Pura del Derecho, cuáles eran sus inconsistencias y por qué la Teoría Ecológica explicaba en una forma más consistente la ciencia del derecho. Se llegó incluso a un enfrentamiento poco común, pues Cossio, interpretó la Teoría Pura del Derecho, de una manera diversa a la de su creador. Por eso Kelsen le dijo a Cossio:

“Yo soy el autor de la Teoría Pura del Derecho y sé muy bien lo que quise decir. A que Cossio respondió: “Doctor Kelsen, a usted le pasa lo mismo que a Colón, él pensó que había descubierto Las Indias y en verdad había llegado a América”.¹⁰⁴

Posteriormente, Kelsen he de decir que la teoría del Doctor Cossio no debería ser llamada egológica o egología, sino “egolatría”. Así fue de tirante la contradicción entre Kelsen y Cossio.

4.7 Consolidación de ambas teorías en el Derecho Contemporáneo

Como producto del estudio de las teorías objeto de análisis en la presente tesis, podemos preguntarnos: ¿qué postulados o aportes de ellas se encuentran vigentes y contribuyen al desarrollo del derecho? Aquí cabe recordar lo dicho por Inmanuel Kant, casi dos siglos atrás, “... los jurista aún buscan una definición del derecho...”¹⁰⁵

En el siglo XX en el cual surgieron tanto la Teoría Pura del Derecho como la Teoría Ecológica, era muy común y entendible que el pensamiento de los estudiosos de las ciencias en general y del derecho en particular, se ubicara dentro de una corriente o doctrina. El Doctor Villegas Lara¹⁰⁶, quien al dar las nociones sobre las escuelas o teorías que explican la esencia del derecho, hace referencia al iusnaturalismo, historicismo, positivismo jurídico y también al egologismo -Teoría Ecológica del Derecho-; y teoría marxista del derecho, indicando que algunas escuelas tienen mayor significación sobre la esencia y el sentido del derecho, lo cual no debe ser entendido como una invasión al campo de la historia jurídica ni penetrar en las distintas concepciones que el ser humano ha dado sobre el fenómeno cultural

¹⁰⁴ Entrevista realizada a el Doctor Abel Javier Arístegui del 28 de marzo de 2012.

¹⁰⁵ Adolfo Carvallo, *Definición del Derecho*. Revisado 10 de Octubre de 2015 de <http://www.analesderecho.uchile.cl/index.php/ACJYS/article/view/4267/4157#af1>

¹⁰⁶ René Arturo Villegas Lara, jurista guatemalteco, conocido en el ámbito nacional e internacional principalmente por su tratado de Derecho Mercantil. Doctor en Filosofía por la Universidad Rafael Landívar, Doctor en Derecho por la Universidad de San Carlos de Guatemala, Docente Universitario jubilado de la Carrera de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogado y Notario, de la Facultad de Derecho, de la USAC, fundador y docente de la Escuela de Estudios de Postgrado de la Universidad de San Carlos de Guatemala, ha recibido múltiples reconocimientos por su trayectoria académica, actualmente docente de maestrías y doctorados impartidos en el Centro Universitario de Oriente –CUNORI–.

conocido como “Derecho”, pues de ello se ocupa los cursos de historia del derecho y de filosofía del derecho, refiriendo el autor que la pretensión radica en brindar una aproximación al pensamiento más caracterizado sobre las estructuras legales; sobre el Derecho y función rectora de la conducta intersubjetiva.

Siguiendo al tratadista citado, el positivismo jurídico realiza un análisis lógico que contrasta la norma con el hecho y obtiene una síntesis que es la sentencia del juez o la resolución de la autoridad administrativa; y dentro de la corriente conocida como positivismo analítico, la teoría más destacada es la “Teoría Pura del Derecho” de Kelsen, considerado uno de los filósofos del derecho más profundo dentro de ésta corriente.

El culto que Kelsen le da al análisis lógico-formal de las reglas de derecho, que llega a considerar esta ciencia como una disciplina que no toma en cuenta la justicia o injusticia de las leyes, encuentra sus opositores, que se apartan del frío análisis normativo, sin desconocer el valioso aporte que el pensamiento analítico le ha dado al conocimiento del derecho, especialmente en el ámbito de la metodología interpretativa.

Por aparte, considera que la Teoría Ecológica del Derecho pretende superar el positivismo jurídico, se niega a considerar a la filosofía del derecho como un resultado sumatorio de las ciencias jurídicas, porque ello significaría repetir en filosofía lo que se dijo en la ciencia; dividiendo el estudio del derecho en cinco segmentos:

a) *Ontología Jurídica*, –estudio del ser-; al considerar que el derecho es un objeto “ecológico”, vida humana viviente; conducta intersubjetiva; intenta el ser del derecho y ese ser es la conducta posible, prevista por el régimen legal, basada en la libertad del ser humano, lo cual es condensado en el axioma “lo que no está prohibido está jurídicamente permitido”. Por tanto, según Cossio, el ser del derecho no es la norma en sí, sino la conducta prevista en la norma.

b) *Lógica jurídica formal*, coincide con el pensamiento kelseniano, al considerar cómo debe operar el razonamiento jurídico cuando actúa sobre las normas del Derecho. La lógica jurídica formal, tiene por objeto el estudio del Derecho expresado en la norma, a través de un razonamiento que demuestra la exactitud del juicio expresado en la misma, como pensamiento puro.

c) *Lógica jurídica trascendental*, según Cossio, su teoría pretender superar el análisis formal del derecho, partiendo de la idea que, también debe estudiar lo que el jurista como ser humano, entiende por derecho. En consecuencia, la “egología” va a esclarecer el papel de la persona, del ser humano, en la existencia y validez del orden jurídico.

d) *Axiología jurídica*, en este punto se aparta de la teoría kelseniana, introduciendo el tópico de los valores como parte importante en el estudio del derecho, lo cual se encuentra excluido de las teorías positivistas; y,

e) *La gnoseología del error*. Es factible determinar que la Teoría Ecológica, tiene referencias en la Teoría Pura, pero agrega dos componentes importantes a la ciencia del derecho, como lo son el ontológico y axiológico.

La síntesis del pensamiento ecológico puede expresarse en las siguientes proposiciones: a) el derecho es conducta en interferencia intersubjetiva; b) el derecho considera todas las acciones humanas; c) el derecho se interesa por el acto humano en su unidad; d) el derecho supone la posibilidad de actos de fuerza; e) la libertad es ineliminable contenido del derecho; f) las normas jurídicas conceptualizan la conducta en interferencia intersubjetiva y g) las normas jurídicas imputan sanciones y son juicios disyuntivos, diferenciándose de Hans Kelsen]que entendía que la norma era un juicio hipotético.- En resumen, la Teoría Ecológica sostiene que siendo el Derecho conducta, no se interpreta la ley, sino la conducta mediante la ley.

En lo que respecta a los postulados de la Teoría Pura del Derecho el autor citado indica que, Kelsen al referirse a la estructura normativa, marca la diferencia entre un evento de la naturaleza o ley natural y las conductas humanas. Es decir, en una norma jurídica se puede prever lo siguiente: “Si Pedro celebra con Macario un contrato de compraventa; Pedro debe pagar el precio: Si A es debe ser B”, la forma en que se dan los enlaces es lo que determina la diferencia en ambos juicios. Conocida es también la ley que establece: un metal sometido al calor se dilata, si ocurriera esa causa, y no se diera el efecto, o la ley no tiene consistencia o el presunto metal sometido al calor, no lo es. Dada una causa en los términos de una ley natural el efecto tiene que producirse; en la regla de derecho, la relación de causalidad es diferente: Juan puede comprar una casa y según la regla jurídica de la compraventa debe pagar el precio. Esta obligación es la consecuencia para él. ¿Puede no darse esa consecuencia? Si, si el pago fuera diferido y Juan falleciere entre la celebración del contrato y el pago del precio.

No obstante que el efecto o consecuencia nace de la vida jurídica, aunque no se consuma, la regla de derecho sigue teniendo validez. ¿Por qué razón? Porque se trata de un juicio hipotético en donde la cópula deber ser enlaza la causa con el efecto que puede no realizarse en la práctica. Si estuviéramos en el terreno de las leyes naturales, la no concordancia entre la causa y efecto destruye el principio o la ley natural; no así en el de las reglas de derecho, porque se trata de un debe ser, de una posible realización.¹⁰⁷

Además, Kelsen rompió con la tradición imperante que consideraba a las normas jurídicas como juicios categóricos, tajantes, expresivos de la voluntad coactiva del Estado y las sustituyó por su conocida tesis de que las normas jurídicas son juicios hipotéticos, en que la sanción coactiva únicamente se produce cuando la voluntad del sujeto se desvía de lo querido por la ley, lo cual no deja de ser un hecho condicionado, sometido a la aleatoria conducta del súbdito que bien puede cumplir la

¹⁰⁷ René Arturo Villegas Lara. Temas de Introducción al estudio del Derecho y de Teoría General del Derecho. (4 ed. Guatemala: Editorial Universitaria. Universidad de San Carlos de Guatemala, 2004), pp.37-48, 128-129.

ley de buen grado (en cuya hipótesis no hay sanción) o infringir la norma jurídica, en cuyo supuesto actúa el mecanismo sancionador.

Sin embargo, Cossio afirmó que las normas no son juicios categóricos ni hipotéticos sino disyuntivos, que en su definición engloban como un todo tanto las conductas infractoras de la norma, que reclaman una sanción, como aquellas otras que se dirigen al espontáneo cumplimiento de la Ley.

Mientras Kelsen al darnos su definición de norma, acentuaba el aspecto sancionador derivado del incumplimiento (norma primaria), Cossio se refiere tanto a la norma primaria como a la secundaria al admitir como conductas normativas tanto la prevista por la endonorma como por la perinorma, dotando a aquélla norma secundaria para Kelsen, de un sentido ontológico pleno.

Es más, ahondando en la estructura de la norma aparece ésta como el tope, el límite en el que ha de buscarse el sentido de la conducta mencionada por la propia norma, o si se quiere, el sentido jurídico de una conducta aparece al conceptualizarlo bajo la proyección de una norma determinada: así un mismo hecho (muerte de un hombre) puede constituir un homicidio, la ejecución de la pena capital, o una consecuencia fortuita lo que tendrá sentido distinto según la norma en que quede referido.

Cabe destacar que la contradicción kelseniana-cossiana, relativa a si la norma jurídica estaba planteada como juicio hipotético o disyuntivo, en la actualidad no reviste importancia alguna, ya que después del aparecimiento de la lógica deóntica¹⁰⁸, se llegó a establecer que los juicios hipotéticos pueden convertirse en disyuntivos.

La lógica deóntica, al tener como objeto de estudio un discurso normativo, fue acusada por los neopositivistas del círculo de Viena, de incurrir en la llamada: “falacia

¹⁰⁸ Rama de la lógica que se contrapone a la lógica proposicional, la cual tiene por objeto el estudio de la validez o no validez de las proposiciones, en lugar de la determinación de su verdad o falsedad.

naturalista”. Sin embargo, estudios posteriores en los años 50”, y 60” de R. M. Hare, entre otros, parecen haber permitido soslayar dicha acusación.

La falacia naturalista fue planteada en principio por el filósofo inglés Henry Sidgwick; sin embargo, logró difusión gracias a su discípulo George Edward Moore, al utilizarla en su libro: *“Principia ethica” en el año de 1903. En la misma se describe la tendencia cognitiva de pensar que lo natural es inherentemente bueno, o que lo innatural es inherentemente malo.*

En el campo de la lógica deóntica tiene significancia con el problema del ser y el deber ser, el cual afirma que es imposible deducir proposiciones normativas a partir de proposiciones fácticas, conocida como la “ley de la falacia naturalista de Hume.”

En éste punto el filósofo guatemalteco Héctor Neri Castañeda Calderón, citado por el doctor Jorge Mario Rodríguez Martínez, indica que la tesis de Hume tiene un alcance muy limitado; ésta es válida cuando mucho en el campo del silogismo práctico. Pero posee un alcance limitado en el contexto de la lógica total del razonamiento práctico. Por lo tanto, la tesis de Hume es falsa, toda vez que si es posible derivar deductivamente enunciados normativos a partir de enunciados fácticos. Castañeda, considera apropiado referirnos a “justificar” normas y no “deducirlas”, porque lo primero es más adecuado para determinar la genuina relación existente entre las razones y la conclusión en un razonamiento concreto.¹⁰⁹

¹⁰⁹ Jorge Mario Rodríguez Martínez. *El Problema “Es-Debe” en la Filosofía de Héctor-Neri Castañeda*. (Tesis de Licenciatura en Filosofía de la Facultad de Humanidades: Universidad de San Carlos de Guatemala, 1994).

CONCLUSIÓN

Finalizada la presente investigación y haciendo referencia al tema como un enfoque comparativo entre la Teoría Pura del Derecho y la Teoría Ecológica del Derecho y la contribución asertiva que cada una de ellas aportó a la definición del derecho, concluyo en lo siguiente:

La Teoría Pura del Derecho, por su formalismo lógico, presenta una visión de lo jurídico, que a primera vista, parece irrefutable; sin embargo, sí lo espero, porque si bien la norma jurídica es parte del contenido del Derecho, esto no implica que sea su único objeto. Es aquí donde después de analizar ambas teorías se llega a la conclusión que, la Teoría Pura del Derecho y Teoría Ecológica del Derecho son complementarias, en razón de que la Teoría Ecológica, sin rechazar que el derecho este contenido en normas jurídicas, indica que lo que éste regula es “conductas humanas en interferencia intersubjetiva”, enfocándose en consecuencia en la acción humana, difícil de encuadrarse por la misma característica de la intencionalidad.

Para la Teoría Pura del Derecho, el derecho no es algo que produce la gente en sus relaciones espontáneas, cotidianas de convivencia, sino algo que se impone desde arriba, desde una institucionalización de la autoridad por encima de los individuos, por ello la normatividad social, no estatal, no es derecho. Por el contrario, según la Teoría Ecológica, el derecho es conducta humana espontánea y el Estado interviene en segunda instancia cuando falla la convivencia y éste debe sancionar, por ello la estructura de la norma debe ser disyuntiva.

La Teoría Pura asegura que no es posible negar que el derecho al ser considerado como norma, es una realidad espiritual y no una realidad natural; tampoco que éste deba ser moral, deba ser bueno, lo cual es admisible, aunque signifique cuestión aparte; de lo contrario equivale a justicia y ésta es la expresión del orden social

correcto que pretende satisfacer a todos. Es el deseo del ser humano por la felicidad, que no puede lograr por sí mismo, lo cual lo obliga a buscarla en la sociedad.

El aporte de Hans Kelsen a la ciencia del derecho, se puede sintetizar en un esfuerzo por crear una teoría general del derecho positivo, partiendo de la separación de las ciencias de la naturaleza y las ciencias del espíritu; determinando que el único objeto de estudio del derecho debe ser la norma jurídica y su único método el normativo; sin embargo, es insuficiente para definir el derecho. La validez de la norma jurídica no tiene que ver con su contenido, sino con el procedimiento de su creación, estableciendo junto con su discípulo y co-autor de la teoría, Adolf Merkl, lo relativo a la jerarquía normativa, la cual, si bien es aceptable, también lo es la exigencia de que en su contenido el derecho respeta derechos inherentes al ser humano, en pro de acercarse a su finalidad última, como lo es lograr la simetría entre lo legal y lo justo.

En cuanto al aporte de Carlos Cossio y su Teoría Ecológica del Derecho, es que el derecho no debe ser definido únicamente partiendo del contenido de las normas jurídicas, porque estas lo que regulan es la “conducta humana”. Pero, se extralimitó al considerar que; “el ego, el yo actuando ante la norma”, “la libertad del querer”, otorga un papel más activo a la decisión y vivencia de la regla, afirmando que las normas jurídicas no son órdenes sino representaciones de la conducta en libertad. Esta postura disminuía, si es que no abandona por completo, el carácter imperativo de las normas, obviando o minimizando la circunstancia que la norma es ante todo coacción, no mera expresión del querer de los individuos, salvo la excepción de creación de una Constitución por los representantes del “pueblo.”

Respecto a la Teoría Ecológica del Derecho, es que según su autor es una continuación y perfeccionamiento de la Teoría Pura del Derecho, es apropiado hacer referencia respecto a Kelsen, la célebre metáfora del filósofo Bernardo de Chartres, quien es citado por el Doctor Juan Ruiz Manero: “Si vemos más lejos que él es porque estamos montados sobre sus hombros”. También el profesor Mario Losano, al referirse a la contribución de Kelsen a la enciclopedia jurídica, indico: “Kelsen, es

el meridiano de Greenwich¹¹⁰ de la ciencia jurídica del siglo XXI, en virtud que todas las teorías terminan siendo analizadas en función de su mayor o menor proximidad respecto a la Teoría Pura del Derecho, enunciada por él en los primeros decenios del siglo XX y luego incesantemente perfeccionada hasta los últimos años de su vida”.

En consecuencia, el Derecho ha sido y seguirá siendo un instrumento de control social, reflejo de la sociedad que regula; por ello a los estudiosos del derecho se les dificulta su definición y la determinación de su objeto de estudio, reconociendo que el mismo se encuentra en constante evolución y configuración, lo que no impide tener como referencia principios fundamentales, objetivos generales que incidan directamente en una convivencia pacífica en sociedad, respetando sus ideales, a la vez de continuar sometiendo la voluntad de ésta con la finalidad de lograr un equilibrio entre el derecho y la justicia.

Por lo tanto, el aporte de Kelsen y de Cossio en cuanto a la definición del derecho y a la determinación de su objeto de estudio, son complementarias, contribuyendo ambas teorías a la consolidación de una teoría general del derecho, en pro de la cientificidad de la ciencia jurídica, estimando que la hipótesis de trabajo sobre el problema objeto de esta investigación quedó probada.

¹¹⁰ También conocido como **meridiano cero**, **meridiano base** o **primer meridiano**, es el meridiano a partir del cual se miden las longitudes. Se corresponde con la circunferencia imaginaria que une los polos y recibe su nombre por pasar por la localidad inglesa de Greenwich, en concreto por su antiguo observatorio astronómico.

BIBLIOGRAFIA

Abarca Hernández, Oriester. "Influjo de Kant en algunos pensadores políticos del siglo XX: Luhmann, Habermas y Kelsen". Revista Intersedes Universidad de Costa Rica. 7(10):7. 2005.

Afanasiev, Víctor. Fundamentos de Filosofía. México: Editorial Mexicanos Unidos, S.A, 1990.

Aladár Métall, Rudolf. Hans Kelsen, vida y obra México: Editorial Coyoacán, 2009.

Bascuñán Valdés, Aníbal. Introducción al estudio de las Ciencias Jurídicas y Sociales. 2 ed., Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1960.

Brieskorn, Norbert Filosofía del Derecho, tr. por Claudio Gancho. Barcelona: Editorial Herder. 1993.

Calsamiglia, Albert. En defensa de Kelsen, España: Editorial Universitat Pompeu Fabra, 1997.

Cossio, Carlos. La Teoría Ecológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad. 2 ed., Buenos Aires: editorial Abeledo Perrot, 1964

Cossio, Carlos. Radiografía de la Teoría Ecológica. Buenos Aires, Argentina : Ediciones Depalma, 1987.

Cossio, Carlos. "Teoría Ecológica y Teoría Pura (Balance Provisional de la visita de Kelsen a la Argentina)." Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia. Universidad Nacional Autónoma de México. 7(45):121, Enero-Marzo 1950.

Cracogna, Dante. "Derecho y moral en la Teoría Ecológica del Derecho". Anuario de filosofía jurídica y social (11): 128, Año 1991.

De Vleeschauwer, Herman Jean Historia de la Filosofía, La Filosofía Alemana de Leibniz a Hegel tr. por José María Artola Barrenechea México : Editorial Siglo XXI, 1987.

Gassner, Miriam y Olechowski Thomas; Teoría Ecológica del Derecho versus Teoría Pura del Derecho - Cossio Versus Kelsen. tr. por Carlos Enrique Pettoruti. (Argentina: Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional De La Plata, Argentina, 2014)

Hegel, Jorge Guillermo Federico. Lecciones sobre la historia de la Filosofía III, tr. Por Wenceslao Roces. México: Fondo de Cultura Económica, 1985.

Hermann Kantorowicz. La definición del derecho, México : Colofón, 1994.

Kant, Immanuel. La Metafísica de las Costumbres, Madrid : Editorial Tecnos 1989.

Kelsen, Hans. Teoría Pura del Derecho; Introducción a los problemas de la Ciencia Jurídica. Presentación de Gregorio Robles. Primera Edición de 1934 España: Editorial Trotta, 2011.

Kelsen, Hans. "Teoría Pura del Derecho y Teoría Ecológica. Respuesta a Carlos Cossio. Balance provisional de la visita de Kelsen a la Argentina". Revista Austriaca 5(1-2):9, 1953.

"Los sentidos de lo Virtual". Revista de Filosofía, 4(24):3, Abril 2009.

Laclau, Martín. "Carlos Cossio". En Anuario de filosofía Jurídica y Social (7):127, 1987.

Monzón Pedroso, Odar. El Estado en el pensamiento de Hans Kelsen. 1 ed. Lima: Centro de Producción Fondo Editorial, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 2006.

Ortega y Gasset, José. "Reflexiones de Centenario en: Kant, Hegel, Scheller". Revista de Occidente: 20, abril-mayo de 1924.

Recasens Siches, Luis. Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico: (la filosofía del derecho en el siglo XX). Barcelona, España: Editorial Labor, 1936.

Robles Morchón, Gregorio. Presentación de la obra Teoría Pura del Derecho. (Madrid: Editorial Trotta, 2011)

Rojas Amandi, Víctor Manuel. "La filosofía del derecho de Immanuel Kant". Instituto de Investigaciones Jurídicas, de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. (242):170, 2004.

Ruiz Rodríguez, Virgilio. Filosofía del Derecho. 1 ed., México: Instituto Editorial del Estado de México, 2009.

Sarlo, Oscar. La gira sudamericana de Hans Kelsen en 1949. El "frente sur" de la Teoría Pura. Argentina: Centro de Investigaciones sociojurídicas, 2010.

Schmill Ordóñez, Ulises. "Hans Kelsen. Aportaciones de la Teoría Pura del Derecho". Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, (33):18, 2010.

Villegas Lara, René Arturo. Temas de Introducción al estudio del Derecho y de Teoría General del Derecho. 4 ed. Guatemala: Editorial Universitaria. Universidad de San Carlos de Guatemala, 2004.

E-grafía

Bulygin, Eugenio. *La importancia de la distinción entre normas y proposiciones normativas*. Revisado 25 de septiembre de 2015 de http://www.fcje.org.es/wp-content/uploads/file/jornada17/1_BULYGIN.pdf

Bulygin, Eugenio. *Poder Judicial y Democracia*. Revisado 28 Diciembre de 2015 de <http://www.cervantesvirtual.com/obra/los-jueces-crean-derecho-0/007b21f2-82b2-11df-acc7-002185ce6064.pdf>

Carvallo, Adolfo. *Definición del Derecho*. Revisado 10 de Octubre de 2015 de <http://www.analesderecho.uchile.cl/index.php/ACJYS/article/view/4267/4157#af1>

Definicion.de 18 diciembre 2015. <<http://definicion.de/filosofia/2010>>

Lértora Mendoza, Celina A. (2006), *Carlos Cossio ante la condición humana. El pensamiento latinoamericano del siglo XX ante la condición humana*. Revisado el 24 de Septiembre de 2015 de <http://www.ensayistas.org/critica/generales/C-H/argentina/cossio.html>

Sánchez-Migallón Granados, Sergio. (2004). *Fenomenología*. Recuperado 20 de Diciembre de 2015 de <http://www.philosophica.info/archivo/2014/voces/fenomenologia/Fenomenologia.html>

Urteaga Regal, Carlos Alberto. *Primeras anotaciones críticas a los valores parcelarios y dimensiones existenciales Cossianas*. Revisado 29 de Septiembre de 2015 de http://www.revistapersona.com.ar/Persona77/77Urteaga.htm#_ftn8

Tesis:

Jorge Mario Rodríguez Martínez. El Problema “Es-Debe” en la Filosofía de Héctor-Neri Castañeda. (Tesis de Licenciatura en Filosofía de la Facultad de Humanidades: Universidad de San Carlos de Guatemala, 1994).