

La racionalidad del derecho y su ubicua fundamentación kantiana

Oscar Sarlo

**Filosofía y Teoría
General del Derecho
Fac. de Derecho**

1. INTRODUCCIÓN

En este trabajo me propongo re-examinar la cuestión del derecho dentro del sistema kantiano. Aparentemente, el punto parecería ocioso, pues en nuestro contexto iberoamericano, existe una pesada tradición que sitúa claramente al derecho en la perspectiva de la moral kantiana. Esta tradición, está reforzada por el hecho –nada desdeñable– que la primera traducción de Kant al español fue su teoría del derecho (1), y en las facultades de derecho iberoamericanas fue donde antes y con mayor amplitud se conoció la filosofía kantiana.

Sin embargo, resulta interesante advertir que para el neo-kantismo jurídico de comienzos del siglo XX, la cuestión no era tan clara. En especial, Hans Kelsen, el principal teórico del derecho del pasado siglo, más allá de haber adoptado explícitamente la epistemología kantiana en el campo del derecho, lo hace, en abierta discrepancia con la postura de Kant y de muchos neo-kantianos, basándose en la primera crítica.

Para agregar más interés a la cuestión, mostraré el punto de vista de mi maestro, el Prof. Hugo Malherbe, que entre nosotros había abierto una nueva vía kantiana para comprender el derecho, a partir de la tercera crítica.

¹ Kant, *Los principios metafísicos del Derecho*, traducción de G. Lizárraga, Madrid, Victoriano Suárez, 1873. La edición no contiene indicación alguna acerca del texto original, y por consiguiente desconocemos si se trata de la primera edición de 1790 o de la de 1797, realizadas en forma independiente, antes de publicarse como parte primera de la *Metafísica de las Costumbres*, junto con *Los principios metafísicos de la Virtud*, en el mismo año 1797.

Lo paradójico del caso, es que las tres críticas refieren a experiencias en apariencia comunicables, y por lo tanto, no deja de sorprender esas discrepancias.

2. RACIONALIDAD Y DERECHO EN KANT.

2.1. *La epistemología kantiana*

Una manera de resumir en unas pocas palabras el programa de la epistemología kantiana, sería diciendo que Kant trata de responder a la pregunta acerca del papel que juega nuestra razón en el conocimiento del mundo y en nuestros intereses prácticos, que son los que motivan la conducta humana más allá de lo cognoscible.

Sobre esta distinción entre conocer y actuar, interés teórico e interés práctico, mundo sensible y mundo inteligible, Kant desarrolla sus dos primeras críticas: la primera destinada a explicar nuestra comprensión de la naturaleza, y la segunda destinada a explicar (o conjeturar) acerca del papel de la razón en nuestra dimensión moral o práctica.

La tercera crítica, juega un papel hasta hoy debatido en el sistema kantiano, y dejaremos abierta la cuestión. Pero no puedo dejar de señalar –porque ello explica un poco el campo de esta investigación- que en los clásicos intérpretes y expositores de Kant en lengua española, la tercera crítica es prácticamente ignorada. (2)

De acuerdo con la epistemología kantiana, preguntarnos qué es el derecho sería una pregunta sin sentido, porque el derecho será lo que la estructura funcional de la razón permita que sea, esto es: la razón dispone las condiciones de la posibilidad de todo conocimiento, lo que significa que con sus estructuras a priori, es la razón la que produce sus objetos de conocimiento. Por consiguiente, el problema sería ¿cómo conocemos el derecho? O más específicamente ¿qué papel juega la razón en el conocimiento del derecho?

Pero diciendo esto, no hemos avanzado gran cosa, porque es preciso decidir qué facultad de la razón produce nuestro conocimiento del derecho, o lo que es lo

² Véase, por todos, el curso de García Morente, que limitándose a las dos primeras críticas, ha pasado durante mucho tiempo por ser la mejor exposición de Kant en nuestra lengua. Sin embargo, tenemos noticia de que ya

mimso, qué facultad de la razón es activada por esa experiencia que denominamos *derecho*.

2.2 Desarrollo de la teoría kantiana del derecho

Es comprensible que Kant se haya interesado en el derecho como parte de la ética, según venía impuesto por el paradigma dominante en su época; sabemos que sobre el derecho dictó cursos entre los años 1766 hasta 1788, siguiendo en los aspectos técnicos el *Ius Naturae* de Achenwall de 1767 (3). En el plano bibliográfico, su interés por el derecho queda manifiesto en la *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (1785), en una *Nota crítica sobre el “Ensayo acerca de los fundamentos del Derecho Natural”* de Hufelands (1786), la *Crítica de la razón práctica* (1788), y más específicamente, en los *Principios metafísicos de la Doctrina del Derecho*, que aparecieron primero en forma independiente (según algunos en 1790), y luego como primera parte de *La Metafísica de las costumbre* (1797/8). Otras referencias aparecerán todavía en *La paz perpetua* (1795) y finalmente algunas referencias en el pequeño ensayo “*Sobre el presunto derecho a mentir por filantropía*” (1797).

2.2. La ubicación del derecho en el sistema de Kant

Distintos pasajes de la obra de Kant (4) dejan en claro que no ve al derecho como algo dado en el mundo sensible (esto es, que no hay intuición fenoménica de él), sino en el inteligible. Por consiguiente, es claro que su problema no entra en el campo de la razón teórica, sino en el de la razón práctica.

Ahora bien, según la estrategia de investigación kantiana, para cada ámbito experiencial, correspondía comenzar por un estudio pre-crítico, seguir por la crítica de las facultades de la razón a fin de deducir las categorías a priori que legislaran (el conocimiento o la conducta, según los planos), para proseguir luego con la formulación de los principios metafísicos de la ciencia respectiva, para luego recién acometer investigaciones empíricas.

3 Cfr. Adela Cortina, *Estudio preliminar de Kant, La metafísica de las costumbre*, Madrid, Tecnos, 1989, p. XVII.

4 Por ejemplo: *Crítica de la Razón Pura*, México, Porrúa, 1987, §8 de la *Estética Trascendental*, p. 53, así como en p. 169 y en 174; también en la Primera versión de la *Introducción a la Crítica del Juicio*.

Este itinerario de investigación para el ámbito de la conducta se cumplió casi en su totalidad: Pre-crítica o exploración previa: Fundamentación de la metafísica de las costumbres, 1785; Crítica: Crítica de la razón práctica, 1788; Metafísica o conocimiento a priori: Principios metafísicos de la doctrina del derecho, 1790-97; Ciencias o conocimiento a posteriori: Antropología práctica o pragmática o moral, 1798.

Como dice el propio Kant en el Prólogo de la Metafísica de las Costumbres:

“Después de la crítica de la razón práctica debía seguir el sistema de esta misma razón o la Metafísica de las costumbres. Este sistema se divide en principios metafísicos de la ciencia del derecho y en principios metafísicos de la ciencia de la moral.”⁽⁵⁾

Quiere decir que para Kant, las condiciones de posibilidad del derecho radican en la razón práctica, esto es, en la determinación del querer, y no del conocer. En otras palabras: porque es preciso afirmar la realización de la razón práctica, se justifica la existencia de unos mandatos que coaccionen exteriormente la voluntad de los hombres.

Kant no partirá aquí del *factum* de una ciencia empírica del derecho, que hubiera que justificar racionalmente (como hiciera con la física de Newton), sencillamente, porque esa ciencia no existía en esa época.

Por el contrario, lo que la primera crítica había demostrado, era la función “negativa” de la razón, que censuraba cualquier extralimitación de la razón teórica más allá de la síntesis de los datos fenoménicos.

Ahora, lo que importa es que si la razón ha de cumplir un papel “positivo”, él sólo puede ser práctico –lo cual ha demostrado en la segunda crítica- con lo cual es necesario deducir también las condiciones externas que la hacen posible si es que los hombres eligen vivir en sociedad.

En suma, pues, para Kant el derecho sólo es concebible racionalmente como condición de posibilidad de la razón práctica o moral, lo cual explica al mismo tiempo su fundamento epistémico, y su justificación moral.

⁵ Kant, La metafísica de las costumbres, Madrid, Tecnos, 1989, p. 5

Por consiguiente, la elaboración de los principios metafísicos de la doctrina del derecho, aparece como una construcción por conceptos (al estilo del iusnaturalismo racional clásico) en perfecta armonía con su ética racional.

Veamos ahora, cómo vieron esto algunos de los principales juristas neo-kantianos, y en especial Kelsen.

3. EPISTEMOLOGÍA DEL DERECHO EN EL NEO-KANTISMO

3.1. Panorama epistemológico en el neo-kantismo

Suelen señalarse como las dos principales escuelas neo-kantianas, la de Baden o Sudoccidental, y la de Marburgo.

Grosso modo, se señala que la primera trabaja básicamente sobre la Crítica de la Razón Pura, y la segunda sobre la Crítica de la Razón Práctica.

A ellas se adscribieron, desde luego, distintos juristas, que proyectaron al campo del derecho la posturas epistemológicas sustentadas por sus orientadores: mientras Rudolf Stammler se movió dentro del ambiente de la Escuela de Marburgo, los juristas Emil Lask, Gustav Radbruch lo hicieron en la línea de la Escuela de Baden (6).

a) Escuela de Marburgo

Esta escuela orientada por Hermann Cohen y Paul Natorp, estaba interesada básicamente en la epistemología de las ciencias físicas, la lógica y las matemáticas, y por tanto se interesa en la Crítica de la Razón Pura de Kant. En lo metodológico, su distinción fundamental es entre ser y voluntad o fin.

Dentro de esta orientación, en el campo jurídico encontramos fundamentalmente a Rudolf Stammler (7). Para éste, el objeto de la filosofía del derecho es aquello que puede ser afirmado acerca del derecho con absoluta universalidad, ya en su aspecto lógico (concepto de lo jurídico) ya en su aspecto deontológico (idea de justicia). En ambos casos, el resultado serán nociones

6 Dentro de esta línea trabajaron también dos sociólogos importantes para el derecho: Max Weber y Georg Simmel.

7 También se alinean en esta Escuela Max Salomón y Carl Emge.

formales, pues sólo éstas son absolutas, necesarias y universales, esto es, a priori, en el más estricto sentido kantiano (8). Dice Stammler:

“Las nociones de Derecho y de justicia no son sino eso: modalidades armónicas de ordenación, que orientan y determinan toda posible aspiración humana, siempre idénticas y fieles a sí mismas en esta su misión ordenadora”⁽⁹⁾

En el plano epistémico, Stammler parte de una distinción fundamental:

“Las nociones que forman parte de nuestra conciencia se pueden ordenar con arreglo a dos métodos: el de la percepción y el de la voluntad. El primero recoge las sensaciones para elaborarlas objetivamente; el segundo supone un objeto a cuya consecución se aspira. Este objeto al cual se tiende, es lo que llamamos un fin” (10)

Y más adelante agrega:

“El criterio fundamental que separa decididamente el mundo de la voluntad del de la percepción es la facultad de opción, característica de todo fin. Fin no es sino un objeto que se aspira a alcanzar, y medio, una causa que se puede elegir” (11)

Si bien Stammler sigue a Kant en el método crítico, le censura, en cambio, que *“no aplica a la teoría del derecho el método crítico con todas sus consecuencias”*, lo cual lo conduciría al error *“común a todos los doctrinarios del derecho natural, de confundir el concepto y la idea del Derecho”*(12)

En su Tratado, Stammler no es mucho más explícito en cuanto a la radicación kantiana de la epistemología del campo jurídico. En todo caso parece claro que adopta las bases crítico-trascendentales de la Crítica de la Razón Pura. Descarta en cambio, partir de la Crítica de la Razón Práctica, porque ésta considera la voluntad moral, y no la social, que es la que importa para determinar el concepto del derecho (13). En cuanto a la tercera crítica, si bien realiza varias referencias a la misma, tampoco la toma en cuenta como base de su investigación.

También hay que tener presente la racionalidad que Stammler está buscando en el derecho:

“Es, pues, un especial problema de gran interés o trascendencia el determinar lógicamente como normas jurídicas las aspiraciones

8 Sin embargo, ver las interesantes precisiones de Stammler sobre el significado que tiene *a priori* para él, Tratado de Filosofía del Derecho, Madrid, Reus, 1930, p. 72, y nota 3.

9 Stammler, Tratado ..., p. 6.

10 Stammler, Tratado ..., p.73

11 Stammler, Tratado ..., p. 76.

12 Stammler, Tratado ..., p. 46

13 Stammler, Tratado ..., p. 88 y ss.

positivas y negativas que nos presenta la historia, reduciéndolas a unidad, es decir, dominándolas científicamente, bajo el concepto del Derecho,” agregando en nota “En el planteamiento y solución de este problema consiste lo que se llama ‘pensar jurídico’. La dilucidación metódica es la que hace de la Jurisprudencia una ciencia”. (14)

b) La Escuela de Baden

Dentro de esta Escuela neokantiana, cuyo centro académico más relevante era la Universidad de Heidelberg, bajo la dirección de Windelband y Rickert, se desarrollaron las concepciones de los juristas Emil Lask y Gustav Radbruch.

Especial fortuna alcanzó la filosofía del derecho de Radbruch, que la inicia señalando que *“tiene como fondo las doctrinas filosóficas de Windelband, Rickert y Lask”* (15).

Radbruch parte de la distinción radical entre naturaleza y valor, o ser y deber-ser, sobre cuya base postula el dualismo metódico: los preceptos del deber-ser no pueden obtenerse inductivamente de hechos, sino que deben fundarse deductivamente en otros preceptos de deber-ser. Trasladado esto al campo del derecho, lo llevará a sostener que –como fenómeno cultural- el derecho pertenece al mundo del ser, mientras que la idea del derecho pertenece al deber ser. Su argumentación muestra una entonación kantiana, mas sin mayor detenimiento: sostiene que el concepto del derecho, que pretende captar el ser del derecho, no puede obtenerse inductivamente, sino que precisa de un *a priori* que nos permita saber cuándo estamos ante fenómenos jurídicos. Y ese *a priori* sólo puede deducirse de la idea del derecho (la justicia), porque está al servicio de su logro, aún cuando no se logre (16).

Como se puede ver, Radbruch adopta la epistemología kantiana, pero priorizando la razón práctica. Resumiendo los puntos principales son los siguientes:

- Dualismo metódico: distinción entre ser y deber ser, y la inderivabilidad recíproca entre realidad y valor (17).
- Necesidad de un *a priori* para captar el concepto de derecho, como “conjunto de las ordenaciones generales para la vida humana en común” (18)

14 Stammler, Tratado ..., p. 241.

15 Filosofía del Derecho, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 4ª ed., 1959, p. 7.

16 En esto, Radbruch se contraponen radicalmente a la opción epistémica de Stammler; ver de éste, Tratado, p. 218, nota 2.

17 Radbruch, Gustav, Filosofía del Derecho, Madrid, Edit. Revista de Derecho Privado, 1959, p. 7 y ss.

- Distinción entre concepto e idea, tal como Kant lo hacía en la Crítica de la Razón Pura, estableciendo una conexión similar: si bien la idea (la justicia) no es cognoscible, por no existir experiencia sensible que lo permita, sirve para generar el a priori que posibilitará la conceptualización (conocimiento) del derecho, porque el sentido del derecho (mundo del ser) es realizar la idea (justicia). (19)

4. EPISTEMOLOGÍA DE LA CIENCIA JURÍDICA EN KELSEN

4.1. *Ciencia jurídica y racionalidad en Kelsen*

No está de más comenzar por recordar que tanto para Kelsen, como para Kant, la construcción de una ciencia, y su fundamentación, es una cuestión de racionalidad, esto es, de fundamentación racional. En Kelsen, la cuestión de la ciencia jurídica se plantea originariamente como una cuestión de método racional, y por ahí, advertimos que está pensando en la posibilidad de un discurso racional acerca del derecho. Pero esto no aparecerá claramente sino ya muy avanzada su obra.

Será conveniente, por tanto, seguir a pasos largos, el desarrollo de su punto de vista, en la búsqueda de la racionalidad propia de la ciencia jurídica.

4.2. *Los orígenes neo-kantianos de la teoría pura.*

En los orígenes de la teoría pura, que deben situarse en Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado [Hauptprobleme der Staatsrechtslehre], publicada en 1911, aparecen las primeras trazas del neokantismo, en la orientación de la Escuela de Marburgo, en cuanto adopta el dualismo metódico (ser/deber ser) como estrategia central de su argumentación.

Esta estrategia epistemológica le servirá a Kelsen para combatir las 'impurezas' de las teorías tradicionales, como la teoría de la voluntad, las teorías de las ficciones, la teoría de la personalidad jurídica, etc.

18 Radbruch, Filosofía del derecho, p. 49

19 Radbruch, Filosofía del derecho, p.49.

Sin embargo, más allá de esta referencia, Kelsen no ha asumido cabalmente la gnoseología kantiana.

4.3. *El giro trascendental de la teoría pura.*

Sin duda ya en un trabajo de 1928 (20) y con más claridad aún en la primera formulación sistemática de la teoría pura de 1933 (21) los componentes trascendentales de su programa epistémico aparecen de manera explícita.

Ahí ya vemos claro cuáles son los dos problemas cruciales que Kelsen deberá afrontar:

a) cómo separar el derecho de los meros hechos (distinción entre ser y deber ser) y

b) cómo separar el derecho de la moral (distinción entre normatividad categórica y normatividad hipotética).

En un pasaje crucial de su epistemología, Kelsen dice:

“La ciencia del Derecho es ciencia del espíritu, no ciencia natural (...) no puede negarse que el Derecho, considerado como norma, no es una realidad natural, sino espiritual. De ese modo, plantease la cuestión de distinguir no sólo entre Derecho y naturaleza, sino entre el Derecho y los restantes fenómenos espirituales, en particular, entre el Derecho y las otras especies normativas. Para ello, hay que comenzar por romper la conexión en que se ha presentado siempre al Derecho con la moral” (22)

Para Kelsen, esa relación queda sintetizada en esta tesis:

“El Derecho, considerado como categoría ética, equivale a la Justicia”. Pero hete aquí que “Su contenido no es determinable por la teoría jurídica pura. En realidad, ese contenido no puede determinarlo el conocimiento racional, como lo prueba la historia del espíritu humano (...) Todos sus intentos han terminado en vacuas tautologías, como la fórmula del ‘suum cuique’ o la del imperativo categórico. (...) El conocimiento racional no puede afirmar que sólo una de estas ordenaciones tenga un valor absoluto, es decir, que sea la única ‘justa’. La justicia es un ideal irracional”. (23)

Para lograr ese resultado, Kelsen adopta la gnoseología trascendental kantiana, pero sin ceñirse a la aplicación que éste hiciera de la misma. Elabora una

20 Kelsen, 1928.

21 Kelsen, 1933.

22 Kelsen, 1933:17; también, Kelsen, 1934:37.

23 Kelsen, 1933:18.

categoría formal *a priori* que le permita distinguir las normas jurídicas de las morales. Esa categoría la denominó imputación. La imputación dice Kelsen

“tiene un carácter puramente formal, en lo cual se distingue fundamentalmente de la idea trascendente del Derecho (que) rompe con la concepción tradicional que hace de la norma de Derecho un imperativo, a imagen y semejanza de la norma moral, afirmándola, en cambio, como un juicio hipotético en el cual se enlaza de modo específico un hecho condicionante con una consecuencia condicionada. La norma de derecho conviértese en ‘precepto o proposición jurídica’, que acusa la forma fundamental de la ley. (...) la ley jurídica, en cambio, afirma: si A es, debe ser B; pero no emite juicio acerca del valor moral o político de esta conexión”. (24).

Para Kelsen –como habíamos señalado– era también necesario separar la comprensión del derecho como mera facticidad, como pretendía el positivismo ingenuo. Esto motiva un segundo recurso a la gnoseología kantiana, cuando quiere ya no explicar cómo distinguir la normatividad jurídica de la moral, sino cuando quiere explicar la interpretación de un orden normativo social como válido, como norma, y no como mero factum o como mera adhesión a un valor sustantivo. Si las normas jurídicas han de valer con independencia de que expresen motivaciones o intereses (factum) o coincidan con valores absolutos (moral) entonces es necesario fundarlas en otras normas, y finalmente, en una norma que dé coherencia y sistematicidad a todo el orden. ¿En qué norma? Aquí Kelsen ocurrirá a una idea que resultará la más audaz y debatida de su epistemología: la norma fundante o norma hipotética fundamental. Kelsen dirá que

“con la doctrina de la norma fundamental, la teoría pura del derecho limitase a establecer las condiciones lógico-trascendentales del método del conocimiento jurídico positivo usado desde antiguo, mediante un análisis de su proceso real”; método real que se manifiesta cuando los juristas “rechazan un derecho natural del cual pudiera derivarse la validez del orden jurídico positivo, pero al propio tiempo, consideran a éste como un orden válido, no como un mero factum de motivaciones, sino como norma” (25).

Así que, en apariencia Kelsen sigue el método de la deducción trascendental, y a partir de la constatación de que los juristas suelen distinguir una normatividad jurídica distinguible de meros hechos o de una normatividad moral, debemos necesariamente suponer que nuestra razón dispone de una categoría *a priori* para

24 Kelsen, 1933:23-24

25 Kelsen, 1933:50

producir esos juicios; esa categoría [la norma fundamental] no es más que un fundamento hipotético:

“suponiendo la validez de dicha norma, vale también el orden jurídico que en ella se basa. Sólo bajo este supuesto puede interpretarse como Derecho, es decir, como un sistema de normas jurídicas, el material que se ofrece a la interpretación jurídica”. (26).

En los pasajes transcriptos, queda ya claro que:

a) Kelsen acepta la epistemología kantiana en general, según la cual el conocimiento científico es posible gracias a que nuestra razón dispone de categorías a priori para cada tipo de objetos que se le presentan al conocimiento sensible.

b) la imputación es la condición trascendental de todo conocimiento de normas jurídicas, y la norma fundante es la condición trascendental del conocimiento de un orden normativo válido, esto es, que obliga o que es positivo.

c) pero esa categoría no “legisla” para la voluntad, sino para el conocimiento del derecho, lo cual supone que existe como factum un conocimiento de la normatividad jurídica, tal como la encontramos en los juristas prácticos.

4.4. *Profundización del trascendentalismo y ruptura parcial con Kant.*

Recaséns Siches entendió que la versión norteamericana de la teoría pura (de 1944) *“dejó casi en penumbra, sin apenas insistir sobre ellos, los supuestos neo-kantianos, que tanto había subrayado en sus anteriores libros en alemán”* (27). Sin embargo, hacia 1953, Kelsen publica en francés una nueva versión intermedia de su Teoría Pura del Derecho (28), en la cual reelabora el pasaje donde explicaba la categoría de la imputación, agregando unas precisiones interesantes:

“La noción de imputación tiene el mismo carácter lógico que la de causalidad. Kant ha demostrado que la causalidad no es una idea trascendente, por lo tanto metafísica, sino una categoría de la lógica trascendental, un principio gnoseológico que permite comprender la realidad natural. También es verdad que para este filósofo el deber es una idea moral y no un categoría lógica. Tampoco supo eliminar la metafísica, a la que conmoviera en su filosofía de la naturaleza,

²⁶ Kelsen, 1933:50

²⁷ Recaséns Siches, Luis, Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX, México, Porrúa, 1963, t.1, p. 206.

²⁸ Kelsen, 1960. Se trata una edición originariamente realizada en francés, cuya realización Kelsen confió a su discípulo H. Terrenas. La traducción al castellano es de J. Tejerina. En ella, tomando como base la primera edición de 1933/1934, Kelsen inserta algunos avances importantes que había realizado. En particular, la distinción más afinada entre norma y proposición normativa. Por esta vía, intenta formalizar mejor el discurso acerca del derecho, distinguiendo el lenguaje normativo (del legislador, por ejemplo) del meta-lenguaje descriptivo de la ciencia jurídica.

cuando formuló su filosofía del derecho inspirada en la doctrina tradicional del derecho natural. La teoría pura del derecho, que es una teoría del derecho positivo, o sea de la realidad jurídica, traspone el principio de la lógica trascendental de Kant y ve en el deber ser, en el 'sollen', una categoría lógica de las ciencias sociales normativas en general y de la ciencia del derecho en particular. Coloca así la imputación en el mismo plano que la causalidad y le asigna un carácter radicalmente antimetafísico y antiideológico, posición que es rechazada con vigor por la doctrina tradicional del derecho, poco dispuesta a admitir que le orden social de la Unión Soviética sea un orden jurídico que tenga los mismo títulos que el de la España franquista o el de la Francia democrática y capitalista" (29).

No obstante, al abordar la cuestión de la norma fundante, abandona toda referencia a su carácter de condición lógico-trascendental (30).

En la 2ª edición de la Teoría Pura del Derecho (1960) Kelsen vuelve a apelar a la fundamentación kantiana de la norma fundante. Allí expresa que

"cabe recurrir per analogiam a un concepto de la teoría kantiana del conocimiento" para designar a la norma fundante básica "como condición lógico-trascendental de esa interpretación. Así como Kant pregunta cómo es posible una interpretación, libre de toda metafísica, de los hechos dados a nuestros sentidos en las leyes naturales formuladas por la ciencia natural, la teoría pura del derecho pregunta: ¿cómo es posible la interpretación, que no eche4 mano de autoridades metajurídicas, como dios o la naturaleza, del sentido subjetivo de ciertos hechos, como un sistema de normas jurídicas válidas objetivamente, describibles en enunciados jurídicos? La respuesta gnoseológica de la teoría pura del derecho es: bajo condición de que se presuponga la norma fundante básica 'uno debe comportarse como la constitución lo prescribe', es decir, como corresponde al sentido subjetivo de los actos de voluntad que establecieron la constitución conforme a las prescripciones del constituyente" (31)

Pero, por esta vía, llegamos a la siguiente cuestión: si la ciencia jurídica formula 'reglas de derecho', que son además la condición para que ciertos actos normativos adquieran el significado objetivo de normas jurídicas, entonces parecería caer en la contradicción de una ciencia que crea normas, que era su propósito combatir. Sin embargo, nuevamente se refugia en Kant,

"para quien el conocimiento constituye o crea su objeto, dado que aquí se trata de una creación epistemológica y no de una creación

²⁹ Kelsen, 1953:69

³⁰ Kelsen, 1953:139-140

³¹ Kelsen, 1960:209-210

por el trabajo del hombre, en el sentido en que se dice que el legislador crea una ley” (32).

En efecto, Kelsen se ocupa de la concepción kantiana del derecho cuando aborda la cuestión de la distinción entre la normatividad jurídica y la normatividad moral. Afirma allí que

“Kant distingue el derecho, como regulación de la conducta externa, de la moral, como regulación de la conducta interna (a saber, de los motivos de la conducta). En consecuencia, contrapone la ‘legalidad’ a la ‘moralidad’ ”

y cita a continuación un pasaje de *Metaphisik der Sitten*, ed. De la Akademie, VI, p. 124, a partir del cual concluye que –para Kant–

“también las normas jurídicas son normas morales; también las normas morales están dirigidas a la acción externa; sólo una norma moral prescribe que no se debe actuar por inclinación, sino por respeto a la ley. Cuando Kant sostiene que sólo la acción que corresponde a esta norma posee valor moral, distingue al hacerlo un valor moral, en sentido específico estricto –es decir, correspondencia con esa norma moral especial- y un valor moral en sentido lato, que equivale a la correspondencia con las restantes normas morales. También la legalidad es un valor moral, puesto que es actuar conforme a normas ‘morales’.” (33)

Kelsen dirá:

“En tanto sólo mediante la presuposición de la norma fundante básica se hace posible interpretar el sentido subjetivo de los actos constituyentes, y de los actos realizados conforme con la constitución, como su sentido objetivo, es decir, interpretarlos como normas jurídicas objetivamente válidas, puede designarse a la norma fundante básica, tal como es representada por la ciencia del derecho, y si cabe recurrir per analogiam a un concepto de la teoría kantiana del conocimiento, como la condición lógico-trascendental de esa interpretación. Así como Kant se pregunta cómo es posible una interpretación, libre de toda metafísica, de los hechos dados a nuestros sentidos en las leyes naturales por la ciencia natural, la teoría pura del derecho pregunta ¿cómo es posible la interpretación, que no eche mano de autoridades metajurídicas, como dios o la naturaleza, del sentido subjetivo de ciertos hechos, como un sistema de normas jurídicas válidas objetivamente, describibles en enunciados jurídicos? La respuesta gnoseológica de la teoría pura del derecho es: bajo condición de que se presuponga la norma fundante básica ‘uno debe comportarse como la constitución lo prescribe’”(34)

³² Kelsen, 1960:49

³³ Kelsen, 1979:74, nota 50

³⁴ Kelsen, 1960:209-210

4.5. *El abandono del trascendentalismo*

En 1979 aparece publicada póstumamente una obra que recoge los últimos desarrollos de la teoría de Kelsen (éste había fallecido en 1973).

La obra, muy voluminosa, está dedicada a una Teoría General de las Normas, y causó muchas perplejidades, porque este jurista, ya nonagenario, venía elaborando un nuevo giro en su concepción del derecho.

Tratando de ponerse a tono con las novedades surgidas en el campo teórico del derecho, luego de la publicación de *Deontic Logic* de Von Wright en 1951, Kelsen dedica buena parte del extenso volumen a tratar las relaciones entre lógica y derecho.

Es aquí donde queda bien claro que su compromiso kantiano es con la Crítica de la Razón Pura, y no con la Crítica de la razón Práctica, a la cual tilda de contradictoria y errónea.

Por otra parte, el fundamento trascendental de la interpretación del derecho como orden normativo, toma distancia de la originaria formulación kantiana. Ya no hablará de que la norma fundamental es una categoría lógica-trascendental, que condiciona toda interpretación posible del derecho como orden normativo, sino que dirá que se trata simplemente de una ficción, pero de una ficción útil, funcional, como las que subyacen en todas las ciencias.

Con este giro, que en su época resultó escandaloso, Kelsen no abandona, con todo, el ambiente kantiano, pero éste se desplaza del Kant original, a uno de sus continuadores: Vaihinger.

Vaihinger era el autor de una interpretación funcionalista o pragmática de la epistemología de Kant, en lo que llamó "La filosofía del como sí", donde postula que toda ciencia requiere partir de ficciones útiles para construir sus categorías y conceptos.

Kelsen ocurre explícitamente a esta fundamentación para reinterpretar su norma fundante.

¿Significó esto realmente un vuelco en su teoría, o simplemente fue un cambio de nombre?

La respuesta, como siempre, depende de la interpretación de que hagamos de Kant.

En la formulación, no cabe duda que hay un deslizamiento, si no una ruptura, pero en lo sustancial, la teoría sigue moviéndose en la matriz kantiana, especialmente en la distinción lógica entre ser y deber ser, que ahora ya se corresponde con los usos directivo y prescriptivo del lenguaje.

5. RACIONALIDAD DEL DERECHO SEGÚN MALHERBE

5.1. *Antecedentes de la visión del derecho en Malherbe*

Hugo Malherbe (35) asignaba una gran importancia a la epistemología kantiana en el estudio del derecho.

En un primer abordaje del problema, al realizar su tesis para optar al título de Profesor Adscripto, había sostenido que la racionalidad del derecho, esto es, la posibilidad de un estudio científico, radicaba en el carácter análogo de la realidad. Para sustentar este punto de vista, apelaba a cuatro grandes filosofías: Aristóteles, Santo Tomás, Kant y Heidegger. En el caso de Kant, específicamente, fincaba las posibilidades de un conocimiento racional en las analogías de la experiencia que Kant desarrolla en la Crítica de la Razón Pura.

Pero en los últimos años, y luego de un estudio muy profundo de la Crítica del Juicio, entiendo que Malherbe evolucionó hacia otra perspectiva.

En efecto, ya en "Hermenéutica y Racionalidad" (36), Malherbe señala que es en la tercera crítica donde se muestra la funcionalidad de la razón que permite explicar los modelos de razonamiento jurídico. Malherbe no niega la pertinencia del razonamiento deductivo, tal cual privilegiaba la concepción iluminista, pero señala que tanto o más importante es el razonamiento reflexionante. Veamos.

³⁵ Hugo Malherbe (1929-1999) fue catedrático de Filosofía del Derecho desde 1993 hasta el momento de su fallecimiento, en diciembre de 1999.

³⁶ Malherbe, Introducción a Hermenéutica y racionalidad, Montevideo, FCU, 1994, pp. 12-13.

Malherbe descubre que en el campo del derecho se da típicamente la situación que Kant describe para demostrar la pertinencia del juicio reflexionante: no tenemos el principio, pero tenemos el dato. Y en el derecho sucede muchas veces eso mismo: tenemos un caso que reclama solución, pero no tenemos una norma dada que lo resuelva, o las que existen lo resuelven de manera muy insatisfactoria (en lo práctico, en lo ético). Entonces, el juez se ve necesitado de recurrir al juicio reflexionante, que es aquél que genera conjeturalmente un principio (el de finalidad) con el propósito de armonizar nuestra experiencia. En Kant, este juicio permitía armonizar –en una síntesis final- nuestras experiencias cognoscitivas de la naturaleza y de la libertad. En el campo del derecho, permitirían –interpretando la idea de Malherbe- armonizar la comprensión del derecho como algo dado, y la necesidad práctica de adaptarlo a las exigencias prácticas, sin resentir su comprensión total como algo sistemático, coherente.

Malherbe estaba obsesionado por demostrar la falsedad del modelo iluminista que reducía el razonamiento jurídico al modo deductivo, postulando implícitamente la completitud y coherencia de un sistema dado de normas. Para él, la ruptura venía por el lado de la revalorización del razonamiento dialéctico descrito por Aristóteles, que en el siglo XX actualizaron la Tópica de Viehweg y la Nueva Retórica de Perelman.

Hasta donde conocemos los desarrollos kantianos en la epistemología del derecho, la tercera crítica no figura como relevante. Sin embargo, es necesario aún profundizar esta investigación para corroborar si esta afirmación puede generalizarse.

6. ALGUNAS CONCLUSIONES PROVISIONALES

A mi juicio, la amplitud y complejidad de la epistemología kantiana, permiten extraer distintas fundamentaciones; sólo tenemos que ver si ello resulta compatible, y en tal caso, cómo.

Una primera dificultad radica en que entre los especialistas no están de acuerdo en la significación que tiene la tercera crítica o Crítica de la Facultad de Juzgar en el sistema general de Kant: ¿complemento paritario, superación dialéctica o derogación de las dos críticas previas?

Lo más grave es que la Crítica del Juicio fue inicialmente ignorada o despreciada, como producto senil de Kant, que no guardaba armonía con el deslumbrante edificio de la razón contenido en las cómodas de las dos primeras críticas.

Sólo recientemente se ha empezado a prestar atención a esta crítica: para algunos es el complemento que faltaba en un nuevo campo: la estética, pero para otros, su importancia va más allá, implicando una síntesis superior de la funcionalidad de la razón humana, que abarca todas sus manifestaciones.

Yo no voy a intentar siquiera responder este problema; sólo intentaré un esclarecimiento de la situación paradójica, sobre la base que quizás lo que hay es un diferente interés entre quienes buscan la racionalidad del derecho.

Para empezar, Kant no estaba interesado en un conocimiento teórico del derecho como experiencia, porque lo que le interesaba era el “*conocimiento*” práctico del derecho.

En el caso de Kelsen el programa es totalmente diverso: su interés está en la constitución de una ciencia del derecho que lo mire desde un punto de vista externo, teórico, desinteresado por la práctica. El problema para Kelsen era cómo resolver esta antinomia: cuáles eran los supuestos de una ciencia del derecho análoga a la ciencias naturales, cuando el objeto no era natural (ser) sino normativo (deber ser).

Kelsen resuelve esta antinomia adoptando la epistemología de la CRP pero no al pie de la letra, sino por vía análoga, para lo cual se ve necesitado de conjeturar un *a priori* del entendimiento que no procesa fenómenos sensibles sino de sentido. En efecto, las normas para Kelsen no son nada dado a la sensibilidad sino que son objetos sintetizados idealmente a partir de experiencias empíricas, pero de manera indirecta, podríamos decir. Esto no deja de ser una anomalía en la arquitectura kantiana, pero resulta un artificio ingenioso que hubiera merecido una mayor atención de los kantianos si no se hubieran conformado con etiquetar su neo-kantismo. En otras palabras, Kelsen acepta la epistemología trascendental, pero:

a) amplía el campo del juicio determinante, también a una nueva dimensión de la realidad, la realidad signifiante, que no pertenece al campo de la sensibilidad, pero es sintetizable a partir de experiencias sensibles, en la medida que aceptemos la hipótesis básica de la normatividad positiva

b) cancela, en cambio, toda posibilidad de un examen racional de los intereses que dominan la conducta, incluyendo la moral; en este campo, Kelsen considera que la moral es irracional, en el sentido estricto de no abarcable por la razón, porque ésta, contrariamente a Kant, no puede legislar nada. Legislar, para Kelsen, es una función de la voluntad, y por lo tanto, sólo se entiende por referencia a la causalidad, que es la categoría que puede relacionar causas (voluntad) con consecuencias (fines).

Finalmente, la propuesta de Malherbe me parece que resulta de un gran interés en un doble sentido.

a) Por un lado, porque llama la atención sobre la Crítica del Juicio como síntesis superadora de las dos críticas previas. En este sentido, la epistemología kantiana deberíamos comenzar a estudiarla a partir de la tercera crítica y no tomando como centro las dos primeras.

b) En segundo lugar, porque abre una perspectiva muy promisoría para entender el derecho bajo una óptica diversa dentro de la arquitectura kantiana. La función reflexionante de la razón es un componente fundamental también en el plano técnico de resolución de problemas jurídicos. Lo que Malherbe no llegó a desarrollar plenamente, fue la posibilidad de utilizar el juicio reflexionante en la construcción de la razón teórica.

En otras palabras. Si para Kant la única perspectiva racional acerca del derecho es la del moralista, la de Kelsen es la del teórico, para Malherbe puede ser tanto una como otra, porque al descubrir el papel de la facultad reflexionante en el derecho, Malherbe descubre la racionalidad de una de las funciones que más perplejidades genera al jurista, tanto práctico como teórico. Esto quiere decir que si Kelsen hubiera reparado en la potencialidad de la Crítica del juicio (37), podría haber basado toda la construcción sistemática del ordenamiento jurídico en la necesidad de dar un sentido coherente y pleno a la experiencia jurídica, por medio de la facultad de juzgar reflexionante.

Por cierto, esto no lo llegó a decir Malherbe, que sólo atisbó la importancia que ella tenía para explicar una de las vías que el práctico del derecho utiliza para

³⁷ Con todo hay que decir que, a diferencia de otros juristas kantianos, Kelsen demuestra haber leído la Crítica del Juicio, aunque tampoco parece haber reparado en sus potencialidades epistemológicas.

resolver racionalmente los problemas planteados. Pero a mi me parece que nada obstaría a que también la ciencia jurídica apelara a la facultad de juzgar reflexionante para justificar la construcción sistemática del ordenamiento jurídico.

Bibliografía citada de Hans Kelsen ⁽³⁸⁾.

Kelsen, Hans (1928) La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico, en Anuario de Derecho, Universidad de Panamá, Año IX, 1970-71.

Kelsen, Hans (1933) El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del derecho, Ed. Revista de Derecho Privado.

Kelsen, Hans (1934) Teoría pura del Derecho – Introducción a la problemática científica del Derecho, Buenos Aires, Losada, 1941.

Kelsen, Hans (1944) Teoría general del Derecho y del Estado, México, Unam, 1949

Kelsen, Hans (1953) Teoría pura del derecho, Buenos Aires, Eudeba, 1960.

Kelsen, Hans (1960) Teoría Pura del Derecho, 2ª ed., Porrúa, México, 1979

Kelsen, Hans (1979) Teoría general de las normas, Porto Alegre, Fabris Editor, 1986.

³⁸ Citada en el texto por el año de su edición original.