

NOTAS Y COMENTARIOS

POSITIVISMO JURIDICO Y FUNDAMENTO DEL DERECHO POSITIVO (*)

INTRODUCCION

La irrupción del Positivismo Jurídico reviste, en la Historia de la Filosofía del Derecho, consecuencias muy importantes para la vida de los hombres en sociedad, en la medida en que aquél, en algunas de sus escuelas, involucra el ataque a la existencia de toda norma que no tenga como fuente la voluntad humana. La expresión más característica del Positivismo Jurídico la constituye el pensamiento del recientemente desaparecido HANS KELSEN que, al decir de Messner, es "el más importante de los enemigos declarados del Derecho Natural"¹, y con quien, como dice Graneris, el positivismo ha alcanzado su apogeo y también su punto muerto².

Este trabajo se limita a la crítica de la obra de Kelsen *Qué es la Justicia*, tocando, además del tema del "fundamento del Derecho" los diversos temas que la obra plantea, en especial el de la posibilidad del Relativismo o Excepcionismo Moral para fundar teóricamente la convivencia socio-política. La edición consultada es la 3ª edición castellana, versión en nuestra lengua de Ernesto Garzón Valdés, editada en 1966 por la Dirección General de Publicaciones de la Universidad Nacional de Córdoba.

PROBLEMATICA QUE PLANTEA LA OBRA COMENTADA

Esta pequeña obra, al plantear una riquísima problemática o elenco de temas de la mayor importancia vital, hace ver la conexión íntima que hay entre el Derecho y temas incluidos, para nosotros, dentro de la Etica en el sentido más amplio, dentro de la Filosofía General o aun de la Teología. En el presente capítulo sólo pretendo mostrar esa problemática e insinuar las líneas de su solución. Anticipo, sin embargo, una observación crítica: no parece conciliarse esa vasta problemática con la pretensión de una "pureza" del Derecho a lo Kelsen, sin mezclas metafísicas, teológicas, morales y sociológicas. Resulta

* Crítica a la obra de H. KELSEN, *Qué es la justicia*.

¹ MESSNER, JOHANNES, *Etica social, política y económica a la luz del Derecho Natural*, Rialp, Madrid, 1967, p. 545.

² GRANERIS, GIUSEPPE, *La filosofia del diritto nella sua storia e nei suoi problemi*, Desclée, 1961, p. 167.

inevitable aludir a esa amplitud de temas y aspectos a que alude Kelsen al abordar el tema de la Justicia. En el pensamiento kelseniano esos temas tienen relación, si bien no a nivel científico. Cabe observar a ello que resulta arbitrario seccionar en compartimentos científicos estancos una realidad que se da como unitaria; y por otra parte señalar que si esos temas o aspectos “extrajurídicos” fundamentan de algún modo lo jurídico y que si en ellos —fundantes— no podemos adquirir certezas reales, objetivas, lo fundado cae por tierra y carece de validez, desde el punto de vista científico, sostenerlo con una “hipótesis” normativa³.

1. *El tema del conocimiento humano*

Para el “diálogo” con la obra de Kelsen, por esa misma dependencia en que nos movemos en el Derecho respecto de otros temas, es preciso remontarnos a la cuestión previa del problema del conocimiento humano.

En el ámbito gnoseológico se hace necesario tomar posición entre dos posturas irreductibles: Realismo e Idealismo. “Se denomina «realismo» a la doctrina según la cual el objeto del conocimiento (del verdadero, claro es) lo constituyen auténticas realidades, seres capaces de subsistir independientemente del conocimiento”; “se designa con el nombre de «idealismo» aquella doctrina según la cual no conocemos nunca seres independientes del conocimiento”⁴.

La postura del “realismo”, congruente con el sentido común (nadie espontáneamente piensa que al conocer un árbol conoce no un árbol real, trascendente al sujeto, sino una mera modificación subjetiva), es la que permite admitir certezas objetivas, por oposición a subjetivas. En esa postura se admite que podemos equivocarnos en nuestros juicios, pero que podemos tener, y tenemos por lo menos algunas, certezas objetivas.

“Se conviene en denominar «escépticos», en un sentido absoluto, a los que niegan la posibilidad de todo conocimiento humano cierto” ... “El tema de la posibilidad de la certeza —o si se prefiere, la del conocimiento cierto— versa, así, no sobre una mera certeza subjetiva, sino acerca de la certeza objetiva, realmente fundada”⁵. Con lo expuesto acerca del Escepticismo y del Idealismo se ve que la posibilidad de rechazar objetivamente el primero está en rechazar el segundo, adoptando la actitud realista.

2. *El tema de los valores*

Kelsen rechaza todo Escepticismo en las ciencias de la naturaleza, pues admite “conocimientos humanos ciertos” a ese nivel. Pero decididamente los rechaza en el ámbito del conocimiento de los valores morales, dado que “a última hora, (este conocimiento) está determinado por *factores emocionales* y, por consiguiente, tiene un carácter *eminentemente subjetivo*”, ... “válido únicamente *para el sujeto* que formula el juicio y, en ese sentido, *es relativo*” (p. 19).

³ Cfr. GRANERIS, *op. cit.*, n. 2, p. 166; MESSNER, *op. cit.*, n. 1, p. 306.

⁴ MILLÁN PUELLES, ANTONIO, *Fundamentos de Filosofía*, 5ta. edición, Rialp, Madrid, 1967, p. 467/7; cfr. GILSON, ETIENNE, *El realismo metódico*, 3a. ed., Rialp, Madrid, 1963, trad. de Valentín García Yebra, prólogo de L. E. Palacios.

⁵ MILLÁN PUELLES, *op. cit.*, en n. 5, p. 463.

Como "de la esencia del valor depende la peculiaridad de su aprehensión"⁶, es preciso señalar qué es para nosotros "valor", antes de referirnos a las facultades con que lo captamos. Valor, en sentido formal ("aquello por lo cual algo es valioso", es "un valor") es, para nosotros "bien humano", o sea es bien para el hombre; lo cual no significa que lo subjetivo ("para el hombre") sea lo determinante del valor, sino que lo que es bueno en sí lo es para el sujeto.

Reducido el valor a la noción más amplia de "bien", corresponde decir qué se entiende por bien, en sentido formal. (Decimos formal porque, así como distinguimos en el valor el sujeto valioso de la valiosidad, podemos distinguir "el bien" y "los bienes", o sea, los sujetos u objetos "buenos" y aquello por lo cual son buenos). Para responder al punto propuesto la vía es el análisis de la noción de "lo bueno", partiendo de lo que todos entendemos como tal, para remontarnos reflexivamente a la esencia de lo bueno.

Lo bueno alude a deseable o a "apetecible". Nada es deseable o apetecible sino en la medida en que es real o se lo concibe como real, sea real actual o posible. Y las cosas son tanto más deseables o buenas en la medida en que son mejores, más perfectas, en la medida en que tienen más perfección o ser. De ahí la reducción, (que no es equiparación nocional absoluta, pues "bien" dice algo más que "ser"), y el "anclaje", diríamos del bien en el ser.

Este es el camino seguido por Santo Tomás de Aquino: "El bien y el ente son en realidad una misma cosa y difieren sólo nocionalmente. Lo cual se patentiza como sigue. El concepto de bien consiste en que algo sea apetecible y por eso dijo Aristóteles en el libro I de la Etica, que bueno es lo que todas las cosas apetecen. Es manifiesto, pues todo apetece su perfección. Ahora bien, una cosa es perfecta en cuanto está en acto; por donde se ve que algo es bueno en cuanto es ente ya que el ser es la actualidad de todas las cosas, según hemos visto. Por consiguiente el bien y el ente son realmente lo mismo, aunque el bien expresa la razón de apetecible que el ente no expresa"⁷.

3. El tema de la captación de los valores

a. *Planteo del tema*: Las posiciones sentadas permiten distinguir esta concepción de los valores de otras tales como las de Kant, para quien el bien no está en las cosas exteriores sino sólo en la voluntad humana, y se determina por un elemento subjetivo y apriorístico⁸; o la de Scheler, quien independiza a los valores respecto del ser y sostiene que su captación se produce de manera "intuitivo-emocional" si bien reconociendo la objetividad de los valores y superando el subjetivismo⁹; y de la de Hartman, que dota a los valores de "una idealidad y consistencia con independencia del mundo de las cosas"¹⁰.

Si distinguimos como facultades superiores del hombre el entendimiento y la voluntad, asignando a la primera el conocer y a la segunda el querer, si las conceptuamos como potencias y por lo tanto las especificamos por su objeto, y tenemos como previa la concepción del valor y del bien como anclados en el ente, se comprende que "el objeto formal de la apetición, a saber, el valor, es una especie del objeto formal del conocimiento, a saber, el ser; y

⁶ BRUGGER, WALTER y otros, *Diccionario de Filosofía*, trad. José M. Vélez Santarell; Herder, Barcelona, 1962, p. 479, voz "Valor" por Lotz.

⁷ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I, q. 5, a. 1.

⁸ GONZÁLEZ ALVAREZ, ANGEL, *Tratado de Metafísica*, Gredos, Madrid, 1961, p. 158.

⁹ BRUGGER, op. cit., n. 7, p. 482.

¹⁰ GONZÁLEZ ALVAREZ, op. cit., n. 9, p. 159.

si el valor se conoce —lo cual es una condición imprescindible para que dé lugar a una apetición elícita— es porque es”¹¹.

El hombre, en efecto, no se gobierna generalmente por tendencias ciegas o fatales, sino que tiene la facultad de “tomar distancia ante las cosas”, de pensar lo que va a hacer. Tenemos, por otra parte, la experiencia de quienes, luego de cometer una mala acción, “reflexionan”, “piensan”, “recapacitan”, para luego obrar “bien”: o de quienes, a pesar de que su afectividad las incline a algo, ven como “valioso”, como bueno, a pesar de todo, obrar de otra manera distinta a la que les resulta “grata”. Así, ante el peligro, aun cuando “afectivamente” tendemos a huir, si debemos cumplir con un deber, si debemos defender a un indefenso o a quien estemos obligados a defender, no huimos. Y también en el caso de la justicia. Muchas veces pagar una deuda no causa en nosotros ciertas resonancias afectivas gratas, pero vemos que lo debemos hacer y lo hacemos.

Por tanto, la *captación de los valores* no se produce, ni solo ni principalmente, por la afectividad, sino por la *inteligencia*. Aunque, como quien capta los valores no es una facultad descarnada, sino todo el hombre, TAMBIÉN SE PRODUCEN UNA CAPTACIÓN Y RESONANCIAS AFECTIVAS. “Entre ... el irracionalismo valoral, ... que «se abre únicamente al sentir emocional» ... y el «racionalismo valoral que disolvería en el ser el carácter propio del valor» ... «se encuentra la *aprehensión intelectual del valor*, que lo descubre porque el ser es intrínsecamente valioso, pero que nunca puede constituir la respuesta total a aquél, porque el valor perfecciona al ser y, por consiguiente, sólo encuentra la respuesta plenamente adecuada en el sentir y el querer; por eso, aun la *aprehensión intelectual del valor* estará siempre impregnada de elementos sentimentales y apetitivos”¹²

b) *La posición de Kelsen en este punto*: Kelsen niega, en definitiva, que podamos captar valores “absolutos”. Entiendo que la interpretación que debemos dar a esa expresión es la de “*captar con certeza valores objetivos*”¹³. En efecto, dice: “cuando nuestra conciencia pide una justificación absoluta de nuestra conducta, es decir, postula valores absolutos, nuestra razón no está en condiciones de satisfacer estas exigencias. Lo absoluto en general y los valores absolutos en particular, están más allá de la razón humana que sólo puede lograr una *solución limitada —y en este sentido relativa—* del problema de la justicia como problema de la justificación de la conducta humana” (p. 37/8; (ver también pp. 19, 28 y 29). En definitiva, aunque en Kelsen el acento esté puesto en la relatividad, lleva implícito el problema de la certeza objetiva. Por lo tanto, le cabe a Kelsen, sustancialmente, la calificación de *escéptico*. Dice al respecto Luis Lagaz y Lacambra: “El verdadero ataque al Derecho Natural católico-escolástico proviene no de los juristas sino de los filósofos, no del historicismo jurídico sino del RELATIVISMO como forma del pensamiento filosófico contemporáneo. El relativismo representa una forma filosófica contemporánea. El relativismo representa una forma filosóficamente de-

¹¹ MILLÁN PUELLES, op. cit., n. 5, p. 372.

¹² BRUGGER, op. cit., n. 7, p. 479.

¹³ Cabe, además, hablar de la captación del valor “absoluto” entendiendo por tal, el hombre. Su demostración queda reservada a la Teodicea. Ese sentido de “conocimiento del Absoluto” parece ser utilizado por Kelsen en la obra comentada, en p. 36, al hablar de: “aceptación de un fin supremo que es precisamente el problema de la moral en general y de la justicia en particular”; y en p. 37: habla de “último fin”.

purada y en cierto modo atenuada, del escepticismo. Este, en el dominio ético, representa la negación misma del campo moral y de la posibilidad de conceptos y juicios morales que tengan sentido. El relativismo en cambio no niega la existencia del ámbito de la moral y admite que pueden emitirse juicios válidos de valor referidos a lo que es bueno, justo, etc.; ahora bien, estos juicios no son científicamente demostrables, carecen de validez universal, son "actos de fe", no "conocimientos" ... "*Escéptica es la posición de Kelsen para quien la justicia y el Derecho Natural son meras ideologías que encubren intereses y el Derecho positivo una mera técnica al servicio de finalidades sociales completamente arbitrarias*"¹⁴. Y escéptico específicamente en materia moral.

De ahí que, con las analogías que comporta la transferencia al campo moral, le quepan al autor comentado las célebres y clásicas refutaciones hechas a lo largo de la historia, especialmente por Sócrates, y por Aristóteles en el libro IV de la *Metafísica*, contra el Escepticismo en general y en particular contra los "sofistas".

c) *Conclusión Crítica*: Por lo que reprochamos en este plano a Kelsen:

aa) Que la alegación de las opiniones contradictorias de los hombres sobre los valores no es argumento contra todos los valores. Es evidente que los hombres muchas veces se equivocan; pero el error se distingue del no-error: la aceptación de que existen errores implica la certeza de la verdad, la admisión de opiniones contradictorias implica admitir el principio de contradicción.

bb) Que así como admite que la coincidencia de muchos en algo no prueba la verdad de lo que afirmen (p. 30), así también la discrepancia no prueba el error de todos los discrepantes.

cc) El respeto de Kelsen por la Ciencia (ver p. 86) significa el implícito reconocimiento del valor de la verdad objetiva conocida por sus causas.

dd) Kelsen, como todos los escépticos, debiera hacerse cargo de las consecuencias que importa un Escepticismo o un Relativismo Moral coherentes para la vida social. (ver cap. IV de este trabajo).

ee) El solo hecho de que existan comunidades prueba que en los hombres hay ciertas coincidencias básicas en ciertos valores; de hecho, todos damos por aceptado el valor de la vida, el valor de la vida en sociedad, la necesidad de admitir la autoridad social, el valor, la necesidad y el derecho de satisfacer las necesidades primarias, etc., todo ello *implícita o explícitamente*. Por otra parte, existe la posibilidad de dar un fundamento racional a dicha coincidencia valorativa, apelando a la constitución de la naturaleza humana, con lo que el Relativismo queda destruido.

ff) El hecho de admitir opiniones totalmente contradictorias a la suya y con el mismo fundamento que la suya (p. 29), implica, dicho en frase de Del Vecchio¹⁵ "una condena definitiva de la razón", pues es negar el principio básico de todo razonamiento, el principio de no contradicción. En ese

¹⁴ LEGAZ Y LACAMBRA, LUIS, *Filosofía del Derecho*, 2da. ed., Bosch, Barcelona, 1961, p. 315/6. Dice Kelsen en *Teoría Pura del Derecho-Introducción a la Ciencia del Derecho*, trad. Moisés Nilve, Eudeba, Bs. As., 1971, p. 197/8: "Una justificación es un juicio de valor, que tiene siempre un carácter subjetivo y atañe a la ética o a la política".

¹⁵ Cit. por MESSNER, *op. cit.*, en n. 2, p. 494.

caso, más valdría la coherencia de Cratilo, de quien Aristóteles refiere que "llegaba hasta creer que no es preciso decir nada" y "se contentaba con mover un dedo"¹⁶.

gg) A pesar de sostener, en párrafos como el citado, que las opiniones contradictorias pueden ser igualmente valederas, Kelsen hace juicios morales: v. gr. condena a la Inquisición, elogia a Pedro Bayle como "uno de los más grandes libertadores del espíritu humano" (p. 83), define como "una de las páginas más gloriosas de la historia", "el decreto de tolerancia de José II" (p. 83 y 84), postula la democracia como la mejor forma de gobierno (p. 84), que consiste en la protección de los intereses de la mayoría, incluso "contra la minoría de los súbditos" (p. 17). Y no hace estos juicios cuidándose de destacar que valen tanto como el elogio, por ejemplo, de la Inquisición y la autocracia, sino que lo hace convencido de ellos y de su verdad. Cae, aquí también, bajo aquella observación de Aristóteles: "es, pues, de toda evidencia, que nadie piensa de esa manera, ni aun los mismos que sostienen esta doctrina. ¿Por qué, en efecto, toman (los escépticos) el camino de Megara en vez de permanecer en reposo en la convicción de que andan?... Es evidente que ellos mismos creen que esto es mejor y aquello peor... En efecto, no van en busca igualmente de todas las cosas, ni dan a todo el mismo valor..."¹⁷. O sea: no parecen creer que su preferencia no esté fundada en algo real y objetivo.

hh) Finalmente cabe preguntar, ante la afirmación de Kelsen de que la solución al problema de los valores es determinada por factores emocionales: ¿con qué facultades, con la inteligencia o la afectividad, ha hecho Kelsen esa afirmación? Si cree que con la inteligencia, cabe preguntar por qué no podemos ver intelectualmente también cuál sea nuestra conducta justa en un momento dado aun contra nuestra afectividad; si cree que con la pura afectividad, su opinión es tan subjetiva e infundada como la opuesta, a saber: la que se funda en la captación principalmente intelectual de los valores.

4. *Relación entre orden jurídico, orden político, orden moral y concepción del mundo*

Kelsen expone con exactitud y vivacidad la conexión entre esos diversos órdenes en la obra que comento. La conexión entre *orden jurídico* y *orden político* queda planteada, por ejemplo, cuando afirma que la justicia es la felicidad, pero no la felicidad individual; "por felicidad sólo puede entenderse la satisfacción de ciertas necesidades que son reconocidas por el legislador..." (p. 16). O cuando establece la relación entre justicia, felicidad, libertad y forma de gobierno (p. 17).

Al concebir (aunque sea "secundariamente") la justicia como virtud del "hombre" (p. 11), o al relacionar "orden justo" con "felicidad del hombre" (p. 11), se plantea la conexión entre el orden jurídico y político y el orden moral (el orden que apunta al horizonte total de la perfección del hombre). Señala Kelsen, asimismo, que dichos órdenes dependen de la "concepción del mundo" que se adopte, cuando admite que "la solución no puede ser la misma cuando se acepta que la libertad es el valor supremo, punto de vista del liberalismo, y cuando se supone que la seguridad económica es el fin último del orden social, punto de vista del socialismo" (p. 28). Esto muestra, en tér-

¹⁶ ARISTÓTELES, *Metafísica*, IV, V, 6a. ed. cast. Azcárate, Espasa, Méjico, 1960, p. 84.

¹⁷ ARISTÓTELES, *op. cit.*, n. 17, V, IV, p. 80.

minos del profesor Dr. Guido Soaje Ramos, la dependencia de todo el *orden moral* del *orden real*¹⁸. El fundamento que se reconozca al Derecho y a todo el Orden Moral depende, en definitiva, de la concepción que se tenga sobre el "orden Real".

Los autores modernos han escindido los diversos campos de la ciencia convirtiéndolos en sectores incomunicados, sin jerarquías ni relaciones entre sí. Así se ha postulado la "independencia" de la Política respecto de la Moral (Maquiavello), o del Derecho de toda conexión metafísica, moral, sociológica (Kelsen). Por el contrario, el pensamiento tradicional occidental establecía la conexión, jerarquía y dependencia entre los diversos saberes. Pero la realidad es unitaria y rebasa la pretensión de "pureza" de los autores "modernos". De ahí que esta relación que en la obra comentada no deja de plantear Kelsen es un vivo testimonio en contra de esa tendencia, y concretamente de su "Derecho puro"¹⁹. Y así como la construcción kelseniana, en definitiva, no puede ser "pura", *tampoco puede ser "neutra"* de valoraciones "extrajurídicas". Pues vamos viendo la dependencia del Derecho de saberes superiores, en los cuales, como no podría ser de otra manera, *se ha tomado partido*. Kelsen, por ejemplo, concretamente, toma partido en favor de una Ética autónoma: "normas que prescriben la conducta humana pueden tener su origen únicamente en la voluntad y esta voluntad *puede* ser sólo humana si se excluye la especulación metafísica" (p. 73). De hecho Kelsen excluye toda "metafísica" (ver p. ej. p. 72). Lo mismo cabría decir respecto del tema de la objetividad o subjetividad de los valores, etc.

Kelsen reconoce, por otra parte, en otra obra suya, su toma concreta de posición en el orden político: "Ya que los resultados a que llego se aproximan a los de la vieja teoría liberal del Estado, no trataré en forma alguna, de defenderme de la observación que se me pueda hacer de que en mi obra se perciben síntomas de ese neoliberalismo que parece apuntar en todas partes"²⁰.

(Continuará)

HÉCTOR H. HERNÁNDEZ

¹⁸ SOAJE RAMOS, GUIDO, apuntes mimeografiados sobre *Estructura General del Orden Moral*, tomado de sus clases de Ética por alumnos de la Pontificia Universidad Católica Argentina.

¹⁹ Cfr. MESSNER, op. cit., n. 1, en nota 13, p. 256.

²⁰ Cit. por HELLER, *Teoría del Estado*, vers. española de Luis Tobfa, 6ta. ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1968, p. 71/2. Dice al respecto HELLER, op. cit., p. 73: "Ello es lo que hace que el más somero análisis permita descubrir, en los representantes del «método jurídico puro», a pesar de pretenderse apolíticos, una capa de «firmes conceptos políticos» como base de sus investigaciones". Cfr. SAMPAY, *Introducción a la Teoría del Estado*, Omeba, Bs. As., 1961, p. 141.