

EL PERIODO POSTERIOR A 1960 DE KELSEN: ¿RUPTURA O CONTINUIDAD? *

I. Introducción.

Parte del interés de la obra póstuma de Kelsen *Allgemeine Theorie der Normen*¹ proviene del hecho de que se ha visto en ella una profunda ruptura en relación con las doctrinas «clásicas» de la Teoría Pura del Derecho, plasmadas fundamentalmente en la segunda edición de la *Reine Rechtslehre*, que apareció en 1960². Siguiendo a Ota Weinberger se puede argumentar, en efecto, que la posición de Kelsen en el período posterior a 1960³ constituye una forma de «irracionalismo normativo» («*Normenirrationismus*»), que da como resultado —también en opinión de Weinberger— la «liquidación de la Teoría Pura del Derecho»⁴. Y Weinberger añade que puede decirse mucho en apoyo de esta tesis (aunque, en mi opinión, depende en gran medida de qué doctrinas de Kelsen tome uno en consideración).

Hay en Weinberger una segunda tesis más difícil de defender. Weinberger habla de un «período clásico» de la Teoría Pura del Derecho frente al «irracionalismo normativo» del período posterior a 1960⁵. Por supuesto, hablar de «período clásico» es útil para el propósito de Weinberger, que es el de hacer una comparación entre las posiciones de Kelsen antes y después de 1960. Sin embargo, la expresión «período clásico» puede ser engañosa. Pues tiende a fomentar la creencia de que el trabajo anterior a 1960 forma una unidad.

Tal creencia está fuera de lugar si tenemos en cuenta la variedad de doctrinas presentes en la obra de Kelsen⁶. Para ilustrar este punto to-

* (N. del T.) Todo lo que va entre corchetes son notas del traductor.

¹ Hans Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, edición de Kurt Ringhofer y Robert Walter, Viena, Manz (1979).

² Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, segunda edición, Viena, Franz Deuticke (1960).

³ Junto con el trabajo póstumo véase, Kelsen «Derogation» (trad. de Karl H. Buschmann) en: *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, edición de Ralph A. Newman, Indianápolis: Bobbs-Merrill (1962), pp. 339-335; «Recht und Logik», *Forum* (Viena), vol. 12 (1965), pp. 421-425, 495-500, ambos reimpresos en Hans Kelsen, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, edición de Ota Weinberger, Dordrecht and Boston, Reidel (1973), pp. 261-275 y pp. 228-253 (trad. de Peter Heath).

⁴ Ota Weinberger, *Normentheorie als Grundlage der Jurisprudenz und Ethik*, Berlín Oeste, Duncker & Humboldt (1981), p. 94 et passim.

⁵ *Ibid* pp. 168-177; allí Weinberger considera la doctrina de la proposición jurídica, el postulado de la unidad del sistema jurídico, la normatividad, la doctrina de la estructura jerárquica del sistema jurídico, la norma fundamental, el positivismo jurídico y el postulado de la pureza (*Reinheit*) del método jurídico.

⁶ Por ejemplo, Weinberger (*Ibid* pp. 161-165) habla con seguridad de que los puntos de vista positivos de Kelsen respecto al papel de la lógica formal en el Derecho se mantuvieron desde el principio hasta el cambio posterior a 1960. De hecho, Kelsen no hace un esfuerzo serio para resolver estos problemas hasta un momento relativamente tardío en su carrera; véase, en particular, su artículo «Was ist die Reine Rechtslehre» en: *Demokratie und Rechtsstaat, Festschrift zum 60. Geburtstag von Prof. Dr. Zaccaria, Giacometti*, Zurich, Polygraphischer Verlag (1953), pp. 143-161, un artículo que Weinberger ci-

maré en consideración el tratamiento de los conceptos de causalidad y de imputación normativa en Kelsen. Específicamente, en la sección II de este artículo esbozaré brevemente el alejamiento del concepto kantiano de causalidad, alejamiento que ya era perceptible en 1938. En la sección III, continuaré mostrando algo del creciente escepticismo de Kelsen, anterior a la ruptura posterior a 1960, frente a la otra categoría kantiana, la de imputación normativa. En pocas palabras, la analogía del argumento de Kant en la «analítica trascendental» de la Primera Crítica, en opinión de Kelsen, se viene abajo y no puede ofrecer una respuesta frente al punto de vista escéptico.

Si se examinaran atentamente estos cambios en los puntos de vista de Kelsen sobre algunos conceptos, se vería una evolución dentro de la Teoría Pura del Derecho que comprendería cuatro o cinco etapas⁷. Este modesto artículo debe tomarse como una llamada de atención para que se profundice más en esta evolución. Pues mientras no la comprendamos bien no estaremos en disposición de evaluar el alcance de la ruptura operada por la *Allgemeine Theorie der Normen*.

II. Causalidad e imputación normativa.

En la primera edición de la *Reine Rechtslehre*, publicada en 1934, Kelsen introduce simultáneamente los conceptos de causalidad e imputación normativa como categorías intelectuales neo-kantianas. Refiriéndose a «ambos conceptos» escribe que en ellos «se trata solo de la expresión de la conexión funcional de elementos para el sistema respectivo —aquí la naturaleza, allí el Derecho—». Luego, volviendo directamente sobre la causalidad, amplía este punto:

La causalidad, en particular, tampoco significa otra cosa si se la libera del sentido mágico-metafísico que originariamente le está adherido... Pero la Ciencia Natural no puede renunciar a un principio causal así depurado (como conexión funcional); pues en él se manifiesta sólo el postulado de la conceptuabilidad de la Naturaleza, al que no puede corresponderse de otro modo que por un enlace de los hechos planteados a nuestro conocimiento. La ley natural dice: si A es, tiene que ser B⁸.

ta profusamente. Antes de 1953 las alusiones de Kelsen a la «lógica», en sentido positivo, no eran con frecuencia más que alusiones a aplicaciones de la lógica trascendental de Kant (o su correspondiente en la tradición neo-kantiana de Marburg); de hecho, Kelsen en referencias más tempranas en las que se aludía a la lógica formal, lo hacía en sentido negativo; véase, por ejemplo su «Juristischer Formalismus und reine Rechtslehre», *Juristische Wochenschrift*, vol. 58 (1929), pp. 1723-1726.

⁷ He investigado, trazando cuatro etapas, la evolución de Kelsen en relación con la regla *lex posterior* en: «On the Status of the *lex posterior* Derogation Rule», *Liverpool Law Review*, vol. 5 (1983), pp. 5-18.

⁸ Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, primera edición, Viena Franz Deuticke (1934), reimpresión en Aalen, Scientia (1985), p. 23. [En lugar de traducir del inglés (versión del autor del artículo) al castellano, he optado por incluir el párrafo correspondiente de la versión castellana de Jorge G. Tejerina en Hans Kelsen, *La teoría pura del derecho*, Editora Nacional, México, 1979 p. 49. El paréntesis incluido en la cita es del autor del artículo].

En otro lugar Kelsen apunta un argumento trascendental para derivar las categorías intelectuales neo-kantianas de causalidad e imputación normativa, pero sobre este punto volveré en la sección siguiente.

Por ahora quiero simplemente referirme a la muy extendida —aunque tácita— suposición de que las categorías neo-kantianas de Kelsen sobrevivieron indiscutidas hasta 1960 y que sólo fueron desechadas en el período posterior a 1960.

Esta suposición no es aceptable. A finales de la década de los treinta Kelsen abandona la causalidad como categoría intelectual neo-kantiana, sustituyéndola por algo similar a la concepción de la causalidad de Hume. El propio Kelsen señala el cambio de manera clara en un artículo de 1938: «La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución»:

Si se considera que el giro decisivo en el proceso del concepto de causalidad estriba en que éste no exprese ya una necesidad absoluta sino una simple probabilidad estadística, entonces este giro se encuentra logrado ya en lo esencial en la crítica de Hume, o cuando menos suficientemente preparado. No siendo la causalidad un vínculo objetivo entre causa y efecto sino una simple costumbre mental suscitada por la observación de series regulares, queda suprimido el elemento único a que puede quedar adherida la necesidad absoluta, la inviolabilidad: aquella voluntad trascendente que funda ese anudamiento objetivo. Cierito que Kant intentó salvar algo de esa inviolabilidad al explicar la causalidad como concepto innato del entedimiento, como categoría a priori sin la que el conocimiento resulta imposible. Pero en eso debe verse más bien un retroceso que un progreso respecto de Hume⁹.

El resultado de este alejamiento de la concepción neo-kantiana de causalidad es, tanto en la segunda edición de la *Reine Rechtslehre* como en otros escritos, una mezcla entre elementos neo-kantianos y empíricos¹⁰. Y la categoría de imputación normativa, que sobrevive en el período posterior a 1960¹¹, no puede soportar por separado el peso del argumento neo-kantiano en favor de la normatividad [*neo-kantian argument for normativity*]. En efecto, Kelsen ya había sugerido una cierta degradación de la categoría de imputación en el período inmediatamente anterior a la ruptura posterior a 1960. En un artículo de 1960 que refleja las posiciones de la segunda edición de la *Reine Rechtslehre* escribe:

El comportamiento está regulado por normas que son el significado *subjetivo* de ciertos actos; en el supuesto de que la gente deba comportarse de acuerdo con el significado *objetivo* de esos actos, se está presuponiendo la norma fundamental. Solamente si se presupone esta norma fundamental se puede distinguir entre mandatos válidos e inválidos e interpretar objetivamente re-

⁹ Hans Kelsen, «The Emergence of the Causal Law», en Kelsen, *Essays*, *supra* nota 3, pp. 165-215, en p. 199. [Tomo la cita de la versión castellana de Francisco Ayala incluida en Hans Kelsen, *La idea del Derecho Natural y otros ensayos*, Editora Nacional, México, 1979, p. 93.]

¹⁰ Véase, p.e., *Reine Rechtslehre*, segunda edición, *supra* nota 2, §§ 20-21.

¹¹ Ver *Allgemeine Theorie der Normen*, *supra* nota 1, pp. 19-20.

laciones interpersonales como relaciones jurídicas, específicamente como deberes jurídicos, derechos y poderes. *Sin embargo, ésta es solamente una interpretación posible*, hecha factible por la presuposición de la norma fundamental y condicionada a esta presuposición; *no es una interpretación necesaria*. Las relaciones interpersonales pueden interpretarse como meras relaciones de poder, ésto es, como causas y efectos siguiendo la ley de la causación ¹².

Aquí, el argumento en favor de la normatividad de Kelsen es débil. Este punto puede comprenderse examinando la réplica de Kelsen al punto de vista escéptico en cuestiones de normatividad. De ello me encargaré en la sección siguiente empezando por los argumentos trascendentales.

III. Los argumentos trascendentales y el punto de vista escéptico.

La forma de los argumentos trascendentales ¹³ en la Primera Crítica de Kant puede representarse del siguiente modo: a partir de (i) algún aspecto de la «experiencia sistemática» (*wissenschaftliche Erfahrung*) que es incuestionable —como puso de relieve Herman Cohen ¹⁴—, se propone (ii) una presuposición sin la cual la experiencia (i) no sería posible. Si la experiencia (i) se da de hecho, entonces la presuposición (ii) tiene que darse también. ¿Y qué es esta presuposición?. Es el *a priori* aplicable a la categoría intelectual —causalidad en las ciencias naturales y, desde una determinada lectura de Kelsen, imputación normativa en el Derecho.

El argumento aquí esbozado es formalmente válido; ésto es, su conclusión se sigue aceptando la verdad de sus premisas. Los problemas del argumento se agrupan en torno a la segunda premisa en relación con la presuposición. La tarea del kantiano —y del neo-kantiano frente a la categoría de imputación normativa— es dar un argumento que demuestre la verdad de la segunda (algo simplemente supuesto en la forma 'regresiva' o resumida del argumento aquí bosquejado) ¹⁵.

Sin embargo, para los fines que me propongo será suficiente concentrarnos en la primera premisa. ¿Qué clase de experiencia se toma en cuenta?. Kant no ofrece una respuesta detallada. No obstante, nos dice que es experiencia espacio-temporal. Diciéndonos tal cosa consigue delimitar un poco lo que hay que considerar como experiencia para los fines del argumento. Sin embargo, advierte cuán extenso es el ámbito de la experiencia.

¹² Hans Kelsen, «On the Basis of Legal Validity», *American Journal of Jurisprudence*, vol. 26 (1981), pp. 179-189, pp. 185-186. [La cursiva es del autor del artículo].

¹³ En este punto estoy muy agradecido a las discusiones strawsonianas y post-strawsonianas sobre los argumentos trascendentales en Kant. Véase en particular, P.F. Strawson, *The Bounds of Sense: An Essay on Kant's Critique of Pure Reason*, London, Methuen (1966); Ralph C.S. Walker, *Kant*, London, Routledge & Kegan Paul (1978) pp. 10-27.

¹⁴ Hermann Cohen, *Logik der reinen Erkenntnis*, segunda edición, Berlin, Bruno Cassirer (1914), reimpresso Hildesheim, Georg Olms (1977).

¹⁵ Ver Immanuel Kant, *Prolegomena to any Future Metaphysics*, § 5. (Los *Prolegomena* se publicaron en 1783).

Esta amplitud desplaza la atención hacia un punto de especial interés, relativo al uso de argumentos trascendentales en respuesta a un escéptico ¹⁶. En una palabra, la fuerza de un argumento trascendental como réplica al punto de vista escéptico será directamente proporcional, *ceteris paribus*, al grado de especificación de la experiencia (o, alternativamente, del conocimiento) en la primera premisa. Cuanto mayor sea la especificación de la experiencia más duro será para el punto de vista escéptico replicar sin socavar su propia posición. Que es, naturalmente, de lo que se trata. Si, por otra parte, el grado de especificación de la experiencia en la primera premisa es bajo, se hace más factible para el punto de vista escéptico replicar sin perjudicar del todo su propia posición.

Volviendo de nuevo a Kelsen, vemos que el grado de especificación de la experiencia en la primera premisa de *su* argumento trascendental es relativamente bajo. El reconoce eso mismo en el pasaje del artículo de 1960 antes citado. La otra cara de la «experiencia sistemática» es una interpretación normativa de una porción de experiencia de forma que, hay que concederle, está siempre abierta al escéptico la posibilidad de ofrecer una interpretación alternativa, a saber, una interpretación en términos causales. Lejos de embarullarse como resultado de su negación de la primera premisa de Kelsen, el escéptico tiene una alternativa obvia.

A estas alturas, podemos observar cómo el argumento neo-kantiano en Kelsen lejos de ser nimio descansa sobre una *Weltanschauung* o —en el lenguaje más familiar de H.L.A. Hart— un punto de vista ¹⁷. Entonces surge la cuestión: ¿Hasta qué punto es acertado adoptar este punto de vista?. Pero esta cuestión se contesta, si es que se contesta, completamente al margen del argumento neo-kantiano.

No se necesita mucha imaginación para ver cómo Kelsen pudo moverse desde esta frágil posición sobre la normatividad, en 1960, hasta el abandono de esta posición y de sus bases neo-kantianas después de 1960. En resumen, si yo tengo razón, el escenario para el período posterior a 1960 del trabajo de Kelsen había sido preparado en textos publicados antes de producirse la ruptura.

(Trad. de Josep Aguiló Regla).

¹⁶ En este punto sigo a Walker, *Kant*, *supra* nota 13 pp. 14-17.

¹⁷ H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press (1961) pp. 54-57 *et passim*.

