

# El Objeto de Estudio del Derecho a través de Hans Kelsen

por *Marcial Rubio*

Tema de candente discusión a lo largo de toda la historia del Derecho ha sido éste de determinar cual es el objeto de estudio de la ciencia jurídica. A través de los tiempos y, de acuerdo a las tendencias preponderantes en el pensamiento de cada época, han ido agregándose tres elementos que luchan entre sí la primacía de la designación: los valores, la conducta social y las normas jurídicas.

Difícil tema es éste de lograr descartar dos de los tres elementos arriba citados para llegar a elaborar una auténtica ciencia del Derecho con unidad de objeto. Se han hecho intentos de todo tipo y numerosas escuelas han ido adoptando alternativamente alguno de ellos como núcleo del estudio jurídico sin lograr ninguna, hasta ahora, un triunfo categórico para sus postulados.

Nuestro propósito en este artículo es hacer una revisión de estos tres elementos a través de un jurista que destaca claramente sobre los demás de nuestra época y a través de la obra de su vida: Hans Kelsen y la Teoría Pura del Derecho.

Imbuido del espíritu pragmático positivista del pensamiento actual,

Kelsen se decide por lograr una ciencia "pura", sin mezclas ni adiciones de ningún tipo y que responda fielmente a un esquema coherente consigo mismo, que carezca de lagunas y oscuridades que dificultarían su utilidad. Es así como aparece su "Teoría Pura del Derecho", centrandó la gnoseología jurídica en el estudio lógico-formal de la norma de Derecho, alejándose del inquieto movimiento de las conductas humanas y las concepciones axiológicas siempre cambiantes de la realidad social.

Su meta es, entonces, clara: "La Teoría Pura del Derecho es una teoría del derecho positivo en general y no de un derecho particular. Es una teoría general del derecho y no una interpretación de tal o cual orden jurídico, nacional o internacional". (1)

Hecha esta precisión temática, avanza hacia el estudio de la estructura lógica de la norma, pasa a estudiar el tipo de juicio en que se expresa y las diferentes relaciones entre los distintos niveles de normas. El estudio se centra pues en lo menos discutible: la estructura formal del

(1) KELSEN Hans. Teoría Pura del Derecho. Buenos Aires. Talleres Gráficos José Roda, 1965. Cap. I, p. 15.

derecho y obvia el resto porque es considerado ajeno al derecho y tema de la política, la moral, la sociología, etc. Hace del Derecho una ciencia con un objeto claro y distinto, recorta toda posible intromisión de otras ciencias, y realiza un esquema perfectamente coherente consigo mismo, en el que no cabe lo discutible sino sólo lo que es o no exacto.

Este planteamiento permite tener claro el objeto del Derecho y el campo de estudio al cual debe abocarse el jurista, profundizando cada vez más los temas y perfeccionando los conceptos pero... ¿Es la solución a la concepción integral de lo que es el Derecho y de su función en la sociedad? ¿No será tal vez recortarlo en sus metas y sacrificar la auténtica misión social del Derecho al logro de una "ciencia" jurídica que precisa muy bien su campo gnoseológico pero que empobrece tremendamente la misión normativa de esta importante rama del quehacer humano? ¿No es hipotecar a una seguridad científica toda la vida que bulle latente tras cada una de las normas jurídicas que se elaboran y se aplican?

En realidad, el asunto trasciende a la simple búsqueda de un "objeto determinado" para la ciencia del derecho y va a plantear el problema de la *concepción* del Derecho, de sus elementos y de su función social.

Desde el punto de vista kelseniano, el Derecho no sería otra cosa que aquella ciencia que estudia la conformación de la norma en su sentido lógico, y las relaciones estructurales entre los distintos tipos de normas, aparte de otros problemas conexos a

este tema central, y que no es del caso tratar aquí.

Es en este punto, a nuestro modo de ver, que surge la discrepancia fundamental que determina el camino a seguir para dar solución al tema que nos preocupa. Decir que el Derecho es una ciencia de formas es reducir al mínimo la función que le ha sido encomendada, porque el Derecho no es primariamente un conocimiento de algo dado, sino fundamentalmente *vida*, pero es vida socialmente reglamentada para alcanzar el bien común, a través de normas con una tipicidad determinada que las hace diferentes de otras formas de reglamentación tales como la moral, la costumbre, etc. Es esto lo fundamental, es lo que en el fondo se discute al tratar de determinar el objeto del Derecho, y si nosotros creemos que, en efecto, el Derecho tiene por fin normar la vida social, no podremos entonces quedarnos en el estudio de la norma jurídica independiente de los otros dos objetos citados al principio: los valores y la conducta.

Con esto queremos decir que en el Derecho no sólo importan las formas en las cuales aparecen las normas jurídicas, sino también el contenido de éstas. Haciendo investigaciones simplemente formales corremos el peligro de elaborar una teoría de una pureza teórica impecable, pero sin ninguna garantía de correspondencia a la realidad. El jurista argentino Carlos Cossio es meridianamente claro en este punto al decir a Kelsen lo siguiente: "Por definición, lo más que puede conseguir es hacer una teoría coherente consigo mismo; pero esta coherencia no es ninguna garantía

de que ella se corresponda con la realidad. En tal sentido las definiciones pueden muy bien quedar en el aire. Con esto quedan separados, en forma irreductible su criterio y el mío; usted fija por definición el ámbito de validez del debe ser lógico; en cambio, la teoría egológica lo fija por su correspondencia con una intuición pura, que en este caso es la intuición de la libertad, en uno y otro de sus dos modos según se trate del conocimiento moral o del jurídico. Por eso, la Teoría Egológica avanza coherentemente hasta abarcar toda la conducta". (2)

De esta forma, Cossio nos introduce a otro campo importantísimo de la ontología jurídica que es la conducta humana, lo cual se acerca mucho más, a nuestro modo de ver, al verdadero problema del objeto del Derecho, porque en realidad éste, se dirige a normar la conducta humana intersubjetiva y como tal no puede despreocuparse de ella. La Conducta de los hombres en la sociedad es esencial para poder hablar de Derecho y aún, es más, sin ella éste no existiría porque sería un absurdo sin sentido, ya que existirían normas sin ninguna aplicación, puesto que no tendrían ninguna validez sin conducta a que normar. Es por ello que la conducta humana es el sustrato básico del Derecho, pero no sólo el sustrato, sino también una fuente del Derecho. Pensemos, por ejemplo, en el caso de las costumbres jurídicas que han nacido muchas veces de una práctica social y que recién luego de un uso continuo se han asimilado al Derecho como normas jurídicas. Este es un caso sintomático de que el Derecho no puede olvidarse

de estudiar la conducta y, resumiendo, no puede dejar de hacerlo por dos motivos:

1. Porque es el sustrato social que le da validez y razón de ser a su existencia, ya que no se conciben normas sin algo bajo ellas en lo cual se plasmen y le den sentido.
2. Porque en la conducta social humana, el Derecho tiene una importante fuente de normas para cumplir mejor con su fin de normatividad social, en casos tales como la costumbre, etc.

De esta forma nos hemos deslizado casi sin quererlo a un punto de enardecida discrepancia entre la Escuela Egológica Argentina y la Teoría Pura del Derecho, y es el problema de la libertad. Es allí donde se cifra el diferente punto de vista entre ambas escuelas, porque mientras Cossio hace derivar el derecho de la libertad humana, Kelsen hace derivar la libertad humana del Derecho: "El hombre no es libre sino en la medida en que su conducta, a pesar de las leyes causales que la determinan, se convierte en el punto final de una imputación, es decir, la condición de una consecuencia específica (recompensa, penitenciaría o pena)". (3)

Queda claro con esto el problema de lo dicho anteriormente: el afán de elaborar una ciencia jurídica pura, de carácter teórico y formalista, nos

- (2) KELSEN — COSSIO. Problemas Escogidos de la Teoría Pura del Derecho. Buenos Aires. Talleres Guillermo Kraft Ltda, 1952. Cap. IV, p. 122.
- (3) Kelsen, Hans. Teoría Pura del Derecho. Cap. I, p. 29.

lleva a una ciencia coherente consigo misma, pero sin correspondencia con la realidad. Este es el caso de Kelsen con el problema de la libertad. Es una solución verbal, pero sin ningún sentido de realidad, puesto que no se puede hablar de una libertad que nace en la medida que se hace imputaciones a un sujeto. El desenvolvimiento lógico del problema debe ser al revés, tal como lo dice Cossio: porque existe libertad es que se puede imputar a un sujeto, ya que si aquélla no existiera la imputación no tendría sentido, puesto que sería una norma para alguien que no puede obedecerla porque está determinado por la causalidad.

Es ésta la importancia de que el Derecho baje a observar la conducta humana, porque así va a cumplir mejor con su cometido social, al conocer el sustrato en el cual se aplica y al aprovechar las enseñanzas que los usos y costumbres puedan brindar al contenido de sus normas.

Pero aquí no queda saldado el problema, ni se puede resolver sólo en ello. Hay un tercer punto que se sitúa en la base de todo este bajaje de elementos y que es la ideología, las aspiraciones sociales, los valores a que se rinde culto. Todo esto no puede estar fuera del estudio jurídico, porque si el Derecho aspira a normar la sociedad para alcanzar el bien común, no puede despreocuparse de lo que son las aspiraciones sociales manifestadas a través de los valores que se defiende y sus concreciones espacio-temporales en ideologías colectivas.

De hecho, todo Derecho es, en una

visión global, plasmación de una ideología. Es absurdo hablar de un Derecho "neutro" y, menos aún, de la ley por la ley, pues ellas sólo tienen sentido en la medida que correspondan a las ideas y aspiraciones colectivas. Con otras palabras, esto está sumamente claro en Kelsen cuando dice: "para que un orden jurídico nacional sea válido es necesario que sea eficaz, es decir, que los hechos sean en cierta medida, conformes a este orden". (4)

Al margen de que Kelsen da otra condición para la validez del Derecho, la cual ahora no nos preocupa, es interesante darse cuenta que en la Teoría Pura, el Derecho encuentra su validez en la medida que los miembros a los cuales se dirige, aceptan comportarse de acuerdo a la norma hipotética fundamental en ese orden jurídico, y, por consiguiente, a su primera constitución: "Si esta primera constitución es válida, todas las normas creadas conforme a sus disposiciones lo son también". (5)

Esta consideración es de gran importancia porque nos viene a corroborar que Kelsen, a pesar de tratar de realizar una teoría alejada de la conducta y los valores, no puede liberarse totalmente de ellos y tiene que aceptar en su Teoría Pura, la importancia esencial del estudio de la conducta social y los valores que la rigen en la existencia del Derecho, puesto que si ella no lo aprueba, toda la teoría lógico-formal a la cual aspira Kelsen, queda sin base, sin validez.

(4) Kelsen. Op. cit. Cap. IX, p. 142.

(5) *Ibidem*. Cap. IX, p. 145.

Con esto vemos claramente un error fundamental que se comete al comentar la Teoría Pura del Derecho diciendo que Kelsen traiciona su positivismo, porque no es que Kelsen traicione en ella un mal entendido positivismo, tampoco es que no quiera Kelsen ser positivista, sino que, aún más, Kelsen no puede ser positivista hablando de Derecho, porque una teoría de la normatividad social no puede ser válida inmanentemente, sino que es contingente a la aprobación de la conducta humana, pero dicha conducta es a su vez contingente de una determinada ideología que es la concreción de los valores inmutables, en los cuales recién se encuentra la inmanencia al proyectarlos sobre el fondo de una visión metafísica y teológica.

Esta es la raíz del problema: el concepto del Derecho como encaminado a la realización del Bien Común. Una reglamentación jurídica de la vida humana por el hecho de reglamentarla no tiene sentido y cae en el absurdo. Sólo lo halla en la medida que se orienta a un fin determinado (el bien común) que puede hallarse en una visión tanto espiritualista como materialista y que invoca determinados valores según sea el caso, los cuales se concretan en determinadas ideologías que orientan la vida social y que deben ser sancionadas por el Derecho.

No queremos decir con esto que el Derecho debe ser metafísica o teología, evidentemente que no. Simplemente que, como todas las demás ramas de la actividad humana, encaminadas a normar la conducta del hombre, no debe perder de vista am-

bas instancias que son las que le dan sentido y deben iluminarlo para cumplir su misión orientadora a cabalidad.

Llegamos así a la determinación de que hablar de Derecho no es hablar de un objeto determinado, sino de una pluralidad de objetos: las normas jurídicas, la conducta y los valores (con sus ideologías). En nuestro concepto ninguno de estos tres objetos debe retirarse del campo de estudio del Derecho, a riesgo de castrar su noble función social y humana, sino que deben tratar de integrarse, pero manteniendo las diferencias y la profundización de los tres con igual intensidad.

Desde este punto de vista, pues, el Derecho es no sólo forma, sino también fondo y debe respetarse, al estudiarlo, ambos componentes porque si no se desnaturalizaría su concepto y, cualquiera de ellos que se suprimiese, sería un perjuicio para su efectiva función social.

Esta visión del Derecho como fondo y forma tiene su aplicación en realidades muy concretas tales como el llamado "Derecho de Cambio" que no se comprende de otro modo, y en el cual el jurista debe dominar varias ciencias sociales, aparte de tener bien presente la realidad social a la cual se va a dirigir la norma.

## CONCLUSION

Toda esta maraña de pensamientos nos lleva a una pregunta muy importante: ¿Se debe aspirar a crear una ciencia del Derecho con un objeto propio y único?

Es ésta una pregunta de gran trascendencia que no debemos perder de vista en ningún momento al hacer Derecho en cualquiera de sus formas. Dice Zubiri que uno de los signos más importantes de la madurez de una ciencia es su unidad de objeto. Pues bien, el Derecho tiene veinticinco siglos, pocos más pocos menos, y hasta ahora no ha sabido decir cual es su "único" objeto. ¿Hay todavía esperanzas de que la ciencia del Derecho llegue a madurar?

Nuestra posición es que esa circunstancia no se va a producir porque, sencillamente, el Derecho no es una ciencia, sino algo mucho más grande, teniendo en cuenta que ciencia no es todo conocimiento objetivo, sino sólo aquel tipo de disciplina que llega al conocimiento objetivo de una realidad existente, a través de un método determinado.

El Derecho, por su misma función, es un "deber ser" con características específicas y, a nuestro juicio, es absurdo hablar de una ciencia del Derecho porque, por definición, las

ciencias miden y relacionan, en tanto que el Derecho prescribe.

Evidentemente que una ciencia como la que elabora la Teoría Pura del Derecho, tiene cabida dentro del Derecho, pero no lo agota. Es sólo una parte de una gran disciplina que trasciende cualquier encasillamiento porque no constata algo que "es", sino que prescribe lo que "Debe Ser".

Sin duda que una visión como la presente del Derecho, no lo disminuye a una categoría más baja de conocimiento por no considerarlo ciencia, sino que lo eleva al decir que no es sólo ciencia porque va más allá. El Derecho no es constatable sino opinable, lo cual no quiere decir que carezca de objetividad, sino que la tiene pero en un sentido diferente al que usualmente se le asigna.

El Derecho es voluntad normativa por excelencia de la actividad social humana, y como tal, dotado de una libertad y un cuadro valorativo enmarcado en una metafísica, que trasciende por sí mismo la posibilidad de objetivarse como ciencia.