

LA DISTINCIÓN ENTRE MORAL Y DERECHO EN KANT Y EN KELSEN

GRACIELA FERNÁNDEZ

(UNMDP)

RESUMEN

En el presente trabajo se recupera el problema de la distinción entre moral y derecho a partir de las posturas de Immanuel Kant y Hans Kelsen. Analizando semejanzas y diferencias y deteniéndose en la lectura crítica que hace Cossio de la obra de Kelsen y la cruda réplica del filósofo del derecho austríaco.

PALABRAS CLAVE: Moral, Derecho, Coacción, Kant, Kelsen.

ABSTRACT

In this paper it is recovered the distinction between morality and law from the positions of Immanuel Kant and Hans Kelsen. Analyzing similarities and differences and paying particular attention to the critique readings of Kelsen's work that Cossio made and the crude replica of the Austrian philosopher.

KEYWORDS: Morality, Law, Duress, Kant, Kelsen.

1. Introducción

Derecho y moral se vinculan como conjuntos de normas referidas a la conducta humana en sociedad. Sin embargo, ambas esferas contienen formas distintas de normatividad. Las normas morales están siempre, de uno u otro modo, presentes en los actos de los seres humanos. Quizás, formas primitivas de la conducta regida por normas del tipo "*moral*" hayan existido desde los albores de la humanidad misma, mientras que las normas jurídicas, - tanto el derecho consuetudinario como el derecho escrito, positivo -, se hicieron visibles más tarde, al constituirse las formas estatales primarias. En el estado moderno - un fenómeno reciente en la historia del mundo - las normas jurídicas aparecen definidas en códigos, legislaciones, etc. y remiten a la organización estatal y también, más contemporáneamente, al derecho internacional.

Las normas morales presuponen en el agente una capacidad de apreciación valorativa, tanto como el libre juicio acerca de lo "*bueno*" y de lo "*malo*", de lo "*debido*" y de lo "*prohibido*". Según Filón, de los mandamientos que Moisés recibió de Jehová en el Monte Sinaí, los que están en la primera tabla son *preceptos de piedad* y, los de

la segunda tabla, *prohibiciones*. San Agustín, por su parte, reconoce tres preceptos de piedad (deberes para con Dios) y siete prohibiciones (deberes mundanos).

Las normas jurídicas también pueden adoptar la forma positiva y la negativa. Ellas se presentan como prescripciones establecidas dentro de un conjunto más amplio, apoyadas en un poder vinculante y coercitivo externo, ya sea el Estado o las modernas organizaciones del Derecho Internacional.

Tanto las normas morales como las jurídicas exhiben pretensiones de validez universal. La universalidad de una norma jurídica está, empero, restringida por los límites del poder vinculante y coercitivo que la avala. El ordenamiento legal interno de un país no puede pretender extender su validez a otro; y viceversa, ningún Estado podría, en principio, pretender ejercer la coerción de su derecho interno fuera del ámbito geográfico de sus límites. Esto último se ha quebrado por efecto del fenómeno de globalización y la política intervencionista de los EE.UU., por ejemplo en el campo del control del narcotráfico y también en otras situaciones históricas. Sin embargo, en principio, el derecho interno tiene sus límites en los del Estado: *hasta donde él alcance, alcanzará su derecho*. Por el contrario, las normas morales aspiran a una validez universal irrestricta, o por lo menos, no queda claro hasta dónde se extiende su mandato. *Prima facie*, ellas no obligan desde *afuera*, sino desde la conciencia moral misma,⁷⁰ e implican autodeterminación de la persona individual. El aspecto coercitivo – característico en el plano jurídico — sin duda existe en el plano moral, y muchas veces puede ser, incluso, más fuerte. Se trata de la sanción, social o religiosa, que implica consecuencias negativas para la vida o el sistema de creencias del agente. Seguramente las normas morales son anteriores a las formas primitivas de las leyes jurídicas, o bien, en su origen, ambas (morales y jurídicas) estuvieron unidas e íntimamente enlazadas. Pero el Estado Moderno separó y definió con precisión ambos planos. El aporte de Kant en el campo de la filosofía práctica contribuyó decisivamente a esta separación. En sus escritos, lo propiamente “moral” se halla ligado a la autodeterminación de la persona individual. El elemento coercitivo es allí desestimado por Kant, a tal punto que si éste es tomado en cuenta por el agente en el momento de la acción, lo propiamente “moral” desaparece. La acción será “legal”, pero la inclusión de cualquier motivo externo – sanción, premio, y en general cualquiera de las motivaciones que Kant incluye dentro de lo que entiende por “*inclinación*” -- coloca a la acción fuera del ámbito de la moralidad.

⁷⁰ FERNÁNDEZ, Graciela. “Conciencia teórica y conciencia moral. Encuentro y diversificación” en *Escritos de Filosofía* Centro de Estudios Filosóficos de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, V. 19, No. 37/ 38 ISSN 03254933, 2000, p. 141-150

No debe malinterpretarse este punto, como lo hace Schiller en su famoso dístico:

Escrúpulo de conciencia:

Con gusto sirvo a los amigos, pero lo hago, lamentablemente, con inclinación.
Y entonces, con frecuencia, me corroe la idea de que no soy virtuoso.⁷¹

Pero no se trata de excluir a la inclinación de las acciones. La *voluntad santa* – que cumple una función modélica en el campo práctico, tal como el *intellectus archetypus* lo hace en el campo teórico -- ignora la acción *por deber*, o más bien, en ella, *el deber coincide inmediatamente con la inclinación*. Lo que afirma Kant es que la moralidad aparece *al margen de la inclinación*, y sólo puede ser, de algún modo, comprobada exclusivamente por el agente, cuando su inclinación contradice el principio que rige su acción. De este modo se revela que el premio o el castigo no tienen lugar al juzgar la moralidad de un acto, para Kant. En cambio, el aspecto coercitivo, externo, resulta inseparable de la observación de las leyes. Pudiera existir un agente modélico, del tipo llamémosle “*socrático*” que observara el cumplimiento de las leyes positivas como un asunto de su conciencia moral. Pero éste no es un requisito que caracterice la obligatoriedad jurídica. La ley se debe cumplir, al margen que se la considere justa o injusta y, en este caso, “*deber*” no significa “*estar obligado moralmente*”, sino sólo “*jurídicamente*”.

La ley moral procura, por así decir, convertirse en contenido de la conciencia, y la validez reclamada es exigida por el agente moral, esto es, por el individuo que ve en los otros individuos a sus semejantes. En lo moral, la exigencia de universalidad surge de lo que es, primariamente, experimentado como “*propio*”, mientras que en el Derecho, la exigencia de universalidad es el presupuesto, explícito o tácito, al que queda subordinado lo “*propio*”, que adquiere, frente a la norma, el carácter de “*caso*”.⁷²

Con lo anterior se vincula la distinción que suele hacerse entre la naturaleza “*interior*” de la moral y la naturaleza “*exterior*” del Derecho. Desde el punto de vista

⁷¹ “Gewissensskrupel: Gerne dien ich den Freunden, doch tu ich es leider mit Neigung/ Und so wurmt es mir oft, dass ich nicht tugendhaft bin.”(Friedrich Schiller: *Gedichte. Klassische Lyrik. Sämtliche Werke*, Band III., S. 256. Gedichte, Erzählungen, Übersetzungen, Deutscher Bücherbund, Stuttgart.

⁷² FERNÁNDEZ, Graciela “El problema filosófico de la aplicación: casos y situaciones” en *El giro aplicado. Transformaciones del saber en la filosofía contemporánea*, Buenos Aires, Editorial: Altamira, pp. 77-92; ISBN: 987-97543-4-4.

moral pudiera considerarse “*inmoral*” el mero hecho de “codiciar los bienes ajenos”, mientras que dicha “codicia” es del todo indiferente para el Derecho, cuya ley sólo se contraviene al efectuarse el robo. Esta distinción, que equivale a la que hace Kant entre “ética del éxito” y “ética de la intención” ha desempeñado siempre un papel fundamental especialmente en el Derecho penal.

En algunos aspectos existe una mutua referencia entre lo moral y lo jurídico que puede llevar a confusiones. La legislación jurídica suele, de hecho, apoyarse en normas morales vigentes. Éstas, entonces, determinan el contenido de aquella, pero no su forma ni la manera como el Derecho ejerce su eficacia sobre la conducta. Lo moral, por su parte, puede consistir, en ocasiones, en el respeto o acatamiento de la ley jurídica. El ejemplo clásico de tal situación es el de Sócrates cuando — como se ve en el *Critón* de Platón -- rechaza la posibilidad de la fuga. Pero también aquí quedan diferenciadas la norma moral y la sentencia jurídica, a la que, en este caso, se reconoce como “injusta”. Por el contrario, para Hobbes, la sola mención de una “ley injusta” es una contradicción, puesto que en su esquema, la justicia emana de la ley y no a la inversa.

Los fines del Derecho tienen que ver, indudablemente, con los fines de la vida social, y también desde este punto de vista pueden analizarse las relaciones con la moralidad. Cuando se hace la distinción ya mencionada, entre el Derecho como conjunto de normas establecidas y sancionadas por la autoridad pública, y la moral como conjunto de normas admitidas por la conciencia individual, se coincide, como señala H. Batiffol⁷³, con la “observación corriente”. Pero existe una orientación sociológica para la cual el Derecho no es un fenómeno propiamente estatal, sino un modo como la sociedad configura la conciencia moral. Sin embargo, esa orientación — dice Batiffol — “solo ofrece un simple criterio de reconocimiento extrínseco: el verdadero problema subsiste y es el de saber por qué el legislador considera apropiado establecer y sancionar normas que no coinciden más que en forma parcial con las normas morales o que a veces, incluso, pueden contradecirlas”.⁷⁴

La fórmula según la cual el Derecho se refiere a los actos exteriores y la moral a los actos interiores o intenciones, proviene de Christian Thomasius⁷⁵, quien ejerció, con respecto a este problema, una notoria influencia sobre Kant. La distinción aludida ponía de relieve que al Derecho pertenecen los asuntos del “fuero externo” y a la

⁷³ BATIFFOL, H. *Filosofía del Derecho*. Trad. de L. Caffuri; Buenos Aires/Uces, EUDEBA, 1964; p. 112.

⁷⁴ *Ibid.*; p. 112.

⁷⁵ 1655 -1728.

Ética los del “fuero interno”. Sin embargo, para alcanzar un atisbo de la cercanía originaria entre ambas esferas, moral y derecho, podemos atender a una observación de Batiffol cuando sostiene que Thomasius “ignora que un sistema jurídico que no tuviera en cuenta las intenciones no solo sería bárbaro, sino impracticable”⁷⁶. En efecto, y volviendo a nuestro ejemplo anterior, aunque la “intención” puede ser desatendida por el Derecho mientras no se efectúe el acto, ella tiene que tomarse en consideración, necesariamente, para juzgar el acto mismo. No interesa juzgar moralmente la falta de amor que un agente experimenta por un determinado prójimo mientras no se haya ejecutado el asesinato de éste; pero, efectuado, ese odio puede ser un argumento a favor de la intencionalidad del acto. No es, pues, el tener o no en cuenta las intenciones lo que distingue fundamentalmente a la moral del Derecho. Tampoco la moral, al fin y al cabo, puede ceñirse exclusivamente a las “*intenciones*”, y así lo ha visto el sentido común cuando se expresa en aquel refrán acerca de que “*con buenas intenciones está empedrado el camino del infierno*”.

El problema de las relaciones entre Derecho y Moral coincide, por lo tanto, con el de la distinción entre ambas instancias. Estas acuerdan parcialmente; pero no se identifican. Las tentativas clásicas por captar la diferencia son cuestionables; pero, a la vez, proporcionan algún indicio que no debe soslayarse. El recurso a lo “externo” y lo “interno” ha sido presentado a veces en otros términos. Así ocurre, por ejemplo, cuando se dice que en el campo jurídico es posible ejercitar la *coacción*, mientras que ésta quedaría excluida del campo de la moral (con los cuestionamientos mencionados más arriba), o cuando se caracteriza al Derecho como el aspecto “físico” y a la moral como el aspecto “psíquico” de la acción. La dificultad está en que del mero hecho de que en lo jurídico *pueda* ejercerse la coacción no es lícito inferir que ésta sea la nota esencial de lo jurídico, ya que *no siempre* la acompaña. Este aspecto, sin embargo, tiene, como veremos, una importancia fundamental en la teoría de Kelsen, que lo enfoca desde una perspectiva peculiar.

Croce sostenía que la coacción “no tiene lugar siempre que se considere la realidad de la actividad espiritual, donde nada está constreñido, y todo es necesario y libre a la vez: por ende la actividad jurídica, si es efectiva actividad, actúa siempre por consentimiento libre”⁷⁷. Kelsen, en cambio, considerándose en este punto un continuador de la tradición jurídica positivista del siglo XIX, entiende al Derecho como

⁷⁶ BATIFFOL, H. *op. cit.*, p. 113.

⁷⁷ CROCE, B. *Filosofía práctica*. Trad. de E.González Blanco; Buenos Aires, Anaconda, 1942, p. 340.

un “orden coactivo”⁷⁸ refiriéndose con esto al derecho positivo constituyente de la realidad jurídica.

La complejidad del problema se explica, entonces, por su constante referencia a otros problemas, como el de la distinción entre “Derecho positivo” y “Derecho natural”, el de la admisión de este último, el de si las relaciones entre una y otra forma de Derecho, por una parte, y la moral, por otra, son relaciones de oposición o de complementariedad, etc.

2. La distinción entre “moral” y “Derecho” según Kant

Thomasius, en sus *Fundamenta iuris naturae et gentium* (1705), había distinguido entre las normas éticas, las normas políticas y las normas jurídicas, a las que correspondían, respectivamente, lo *honestum*, (honesto), lo *decorum* (conveniente) y lo *iustum* (justo), que constituían a su vez las tres formas posibles de lo *rectum* (recto). Esto le permitía, por otra parte, distinguir también el *forum externum* del *internum*, y asignar al derecho y a la justicia el carácter de la coercibilidad. Esa fórmula se convirtió pronto en moneda corriente de la “*Aufklärung*” alemana, y, a través de Wolff y su escuela, llegó a Kant. Esa caracterización del Derecho como la normatividad propia del fuero externo exclusivamente, permitía distinguirlo de la moral. Se sostenía, en efecto, que en la doctrina del derecho sólo se trataba de acciones y no de intenciones o sentimientos. Ella constituía el reino de la exterioridad y la imposición, en tanto que la moral o Ética servía para la regulación de los actos provenientes del “fuero interno”. En tal sentido, pues, puede considerarse a Kant como un discípulo o continuador de Thomasius. En Kant la filosofía del Derecho se halla en estrecha conexión con su ética, su filosofía política y su filosofía de la historia y por eso las referencias a su manera de concebir el Derecho y de distinguirlo de la moral se encuentran en muchas de sus obras, en las que muy a menudo se refleja la mencionada influencia.

Como dice Cassirer,

“La concepción kantiana del Estado descansa sobre la concepción de la idea de la libertad; sin embargo, el concepto de la libertad por sí solo no basta para constituir al concepto concreto del Estado. Si por su función ideal el Estado apunta

⁷⁸ Cf. KELSEN, H. *Teoría pura del Derecho*. Trad. de M. Nilve; Buenos Aires, EUDEBA, 7a.ed., 1968; p. 70 sigs.

hacia la esfera de la libertad, por su existencia efectiva y su realización histórica muévase, por el contrario, dentro de la órbita de la coacción. De este modo, la idea del Estado se ve encerrada en una antinomia que es necesario esclarecer⁷⁹.

En su opúsculo *Idea de una historia universal desde el punto de vista cosmopolita* (1784) Kant había advertido dicha antinomia. Sostiene allí como “quinto principio”, que “el magno problema de la especie humana a cuya solución la naturaleza constriñe al hombre es el del establecimiento de una sociedad civil que administre el derecho de modo universal⁸⁰. Sin embargo, en la aludida obra no se advertía aún en toda su plenitud el mencionado conflicto entre libertad y coacción, ni se indicaban pautas para resolverlo.

Bogumil Jasinowski sostiene que “los principios de coactividad de los preceptos y de exterioridad de los actos tuvieron que asociarse para convertirse en rasgos distintivos del derecho, contrastando con el principio de la libertad del fuero interior como fuente de la Moral. Es así también como, por lo que atañe al concepto de la esfera jurídica del Estado, tuvo que producirse su asimilación al concepto de la Naturaleza exterior, efectuándose de este modo una compensación *sui generis* frente a la contraposición polar entre la moral y la Naturaleza, engendrando esta misma contraposición una polarización del Derecho y la Moral⁸¹. Pero, ¿hasta qué punto llega ese antagonismo? En su *Idea de una historia universal desde el punto de vista cosmopolita*, Kant mostraba al Derecho como una coacción, pero ésta no era proveniente de las “inclinaciones” (o sea, de la causalidad natural), sino que, por el contrario, era ejercida más bien *contra* las inclinaciones, lo que equivale a decir que su sentido radica, paradójicamente, en asegurar la libertad. El convivir jurídico, en otras palabras, proviene de la naturaleza práctica de los hombres, y en consecuencia está regido también por el principio general de la razón práctica, aunque no se trate, en sentido estricto, de conducta “moral”. Ese principio — que, por tanto, común a la moral y al Derecho — es, justamente, el de la libertad. La libertad, en cuanto concepto central de la filosofía práctica, resulta de este modo una pauta, tanto para la vida moral del individuo como para la vida jurídica en común.

⁷⁹ CASSIRER, E. *Kant. Vida y doctrina*; trad. de W. Roces; México, F.C.E., 2ª.Ed., 1968; p. 462.

⁸⁰ KANT, I. *Idea de una historia universal desde el punto de vista cosmopolita* (incl. en *Filosofía de la Historia*; trad. de E.Estiú, Buenos Aires, Nova, 2a.ed., 1964), p. 45.

⁸¹ JASINOWSKI, B. *El problema del derecho natural en su sentido filosófico*; Santiago de Chile; Editorial Jurídica de Chile, 1967, p. 74.

La doctrina kantiana del Derecho está desarrollada especialmente, en su *Metafísica de las Costumbres*⁸². Nos encontramos allí, por lo pronto, con la afirmación de una radical diferencia entre el derecho “estricto” y la moral. Pero esto también implica una distinción entre el “derecho en general” y el mencionado “derecho estricto”. Dice Kant, textualmente, que “así como el derecho en general (*Recht überhaupt*) sólo tiene por objeto lo que es externo en las acciones, el derecho estricto (*das strikte Recht*) es aquel al cual no se mezcla nada ético⁸³. Esta “incontaminación”, por así decir, con lo ético, permite a Kant hablar del carácter “puro” de este “derecho estricto”, que se basa exclusivamente en el principio de la posibilidad de coacción exterior. Dicha coacción, por su parte, no se contradice con la libertad de cada uno según leyes generales. Kant distingue la Ética y el Derecho desde diversas perspectivas: desde el punto de vista del origen, la Ética tiene su fundamento en el imperativo categórico (legislación autónoma), mientras que el Derecho lo tiene en una ley exterior coactiva (legislación heterónoma). El “objeto” de la Ética es la regulación de todos los actos libres, en tanto que el del Derecho se restringe a la regulación de los actos libres externos. El “fin” de la Ética es garantizar la libertad interna de la voluntad; el del Derecho, en cambio, es garantizar la libertad externa de cada uno frente a los posibles arbitrios de los demás. Según la “modalidad”, la Ética exige el “respeto” a la ley, mientras que el Derecho sólo exige la conformidad entre el acto efectivo y la ley. En lo que respecta a la “coacción”, finalmente, ya hemos visto que ésta es inadmisibles para la Ética, siendo, en cambio, propia del Derecho.

Las fuentes del derecho positivo pueden ser las “costumbres” (derecho consuetudinario o no-escrito), las leyes o convenios estatales (derecho escrito o legislado), y también las órdenes emanadas de un poder tiránico o de un gobierno *de facto*. En todos estos casos, el legislador es una voluntad extraña a la del que tiene que obedecer la ley. En ninguno de ellos, sin embargo, se obedece “por deber”, sino por una necesidad condicionada. El condicionamiento está expresado en recompensas y castigos y, en general, en formas de *coacción*. De aquí resultaría,

⁸² La *Metaphysik der Sitten* (Metafísica de las Costumbres) abarca dos estudios independientes, que llevan por títulos: *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* (Primeros Fundamentos metafísicos de la Teoría del Derecho) y *Metaphysische Anfangsgründe der Tugendlehre* (Primeros Fundamentos Metafísicos de la Teoría de la Virtud). En el primero de ellos desarrolla Kant su concepción del Derecho y del Estado. La obra se publicó por primera vez en 1797. Aquí citamos por la ed. de la Academia Prusiana de las Ciencias (1902 sigs.), en la reproducción fotomecánica realizada por Walter de Gruyter & Co.; Berlín, 1960 (Tomo VI, p. 203 sigs.).

⁸³ *Metaphysik der Sitten*, ed.cit., p. 232.

entonces, que el “derecho positivo” manifiesta siempre alguna manera de poder coactivo, y nunca un “deber”.

Kurt Lissner al referirse a la relación entre teoría del derecho y ética y a la que existe, según Kant, entre legalidad y moralidad, hace notar que esto da lugar a una serie de dificultades y contradicciones, todo lo cual debe ser discutido, justamente para salvar lo más valioso del pensamiento kantiano⁸⁴. La interpretación de Windelband es distinta. Éste sostiene que “para Kant sólo hay derecho, en el verdadero significado de la palabra, dentro del Estado y por medio del Estado. Es propia de la naturaleza del derecho la coerción ejercida por sus leyes, vinculadas a la conexión exterior de la vida humana, lo que es únicamente posible por medio del dominio de una voluntad común exteriorizada en instituciones comunes”⁸⁵. Este es un rasgo característico de Kant que, como luego se verá, constituye un problema, quizás el principal problema, para hacer valer las pretensiones de su Sociedad Cosmopolita, o Federación de Naciones. Este es: cómo hacer valer el ejercicio del derecho sin el elemento coercitivo, o bien, en qué instituciones depositar ese elemento, ya que en dicha Sociedad son los ciudadanos mismos los que, según Kant, deben estar preparados no solo para decidir, sino también para actuar como soldados en una guerra. En esta lectura no ha aparecido todavía el tema de la guerra, pero sí el de la coerción en el Derecho Civil y Penal. Una Sociedad Cosmopolita debe carecer de ejército permanente, pero puede pensarse con una policía acorde a las dimensiones de tal sociedad. ¿Son los estados los que conservan el poder de policía mientras renuncian al ejército? Estos temas no son especificados por Kant en sus esbozos de lo que entiende como el “fin de la cultura”, alcanzar un acuerdo de “paz perpetua”.

En síntesis, para distinguir el Derecho de la moral, Kant acude a las características de la coercibilidad, la exterioridad y la heteronomía que, desde diversas perspectivas, resultan discutibles por su difícil aplicación a la totalidad de lo jurídico.

3. La distinción entre moral y derecho en la “teoría pura del Derecho” de Kelsen

⁸⁴ Cf. LISSNER, K. *El concepto del Derecho en Kant*. Trad. de A. Rossi, México, UNAM, 1959; p. 61 sigs.

⁸⁵ WINDELBAND, W. *Historia de la Filosofía Moderna*. Trad. E. Tabernig; Buenos Aires, Nova, 1951; Tomo II, p. 112.

Una de las más importantes contribuciones de Kant a la filosofía del derecho ha sido su criterio formalista y su correspondiente insistencia en el análisis de las “condiciones de posibilidad” del campo jurídico. En el siglo XX, en la “*Teoría Pura del Derecho*” de Hans Kelsen (1881-1973), puede notarse la gran influencia kantiana. Kelsen recibe esa orientación particularmente a través del neokantismo de Rudolf Stammler y de Giorgio del Vecchio. Basándose en la distinción kantiana entre “*ser*” y “*deber ser*”, intenta elaborar una fundamentación *a priori* del derecho.

Por “teoría pura del derecho” entiende Kelsen “una teoría general del derecho y no una interpretación de tal o cual orden jurídico, nacional o internacional”⁸⁶. Por ser “teoría” se limita a investigar su objeto específico, en lo que atañe a su esencia y a su origen, y por ser “pura” se restringe a dicho objeto específico prescindiendo de “todo lo que no responda estrictamente a su definición”⁸⁷. Kelsen presenta su teoría como depurada de “toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza, y consciente de tener un objeto regido por leyes que le son propias”⁸⁸. Con ello intenta una radical independencia con respecto a los hechos reales, ya sean naturales o históricos, interesándose en el estudio de las normas, no en cuanto “actos”, sino en cuanto “significaciones”. La independencia de los hechos no excluye que existan relaciones entre ellos y las normas. Lo que ocurre es que, para Kelsen, éstas preceden lógicamente a aquellos, ya que constituyen sus “condiciones de posibilidad”. El derecho, en su conjunto, es visto como un “fenómeno social”. Por tanto, la ciencia que lo estudia tiene que pertenecer a las “ciencias sociales” y no a las “ciencias naturales”. Mientras estas últimas se basan en el principio de causalidad, aquellas, en cambio, para referirse a la conducta humana, utilizan otro principio, al cual “la ciencia todavía no le ha dado un nombre universalmente admitido”⁸⁹. Las “reglas del derecho” (como, por ejemplo, la que estipula que si se ha cometido un acto ilícito debe ser aplicada una sanción) establecen también, en cada caso, una relación entre dos hechos; pero no lo hacen acudiendo a la causalidad (la sanción, por ejemplo, no es “efecto” del delito), sino a la *norma* que prescribe o autoriza una conducta determinada y que contiene el *sentido* de los actos respectivos.

Ahora bien, toda norma “creada”, o sea, “puesta”, se denomina “positiva” y se distingue de la norma meramente “supuesta”. Esto nos permite advertir en la teoría de Kelsen, por lo pronto, una analogía entre derecho y moral: “El derecho y la moral —

⁸⁶ KELSEN, H. *Teoría pura del Derecho*, ed. cit., p. 15.

⁸⁷ Loc. cit.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 9.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 17 Kelsen, como veremos, encuentra para este principio el nombre de “imputación”.

dice— son órdenes positivos en tanto y en cuanto sus normas han sido “puestas” o creadas por actos cumplidos en el espacio y en el tiempo: costumbres seguidas por los miembros de una comunidad, órdenes de un profeta, actos de un legislador, etcétera⁹⁰. Sólo el derecho positivo o la moral positiva pueden ser objetos de disciplinas científicas que, respectivamente, describen las normas prescriptas y las formas de conducta acordes con ellas. La concordancia o discordancia entre una norma y una conducta puede expresarse en un juicio de valor; pero sólo si la norma en cuestión es “positiva”, dicho juicio podrá considerarse, a la vez, como juicio de realidad.

Tanto la ética como la ciencia del derecho son ciencias sociales normativas. Su normatividad, por lo pronto, no coincide con la normatividad de la moral y el derecho, la cual constituye más bien su objeto de estudio. En otras palabras: la moral y el derecho prescriben normas; la ética y la ciencia del derecho describen esas normas; pero no lo hacen según el principio de causalidad, sino lo que Kelsen denomina el principio de “imputación”⁹¹. Lo que interesa, ahora, a la teoría pura del derecho, es cómo se distinguen los dos tipos de normas (“morales” y “jurídicas”). Una “regla de derecho” dice que a un acto ilícito “debe” seguir una sanción. La palabra “debe” no es usada aquí con significación moral. Cierto es que en determinados casos el derecho positivo puede autorizar la aplicación de normas morales (o sea, delegar en la moral la determinación de la conducta por seguir); pero, al ser así aplicada, la norma moral se convierte en norma jurídica. También, a la inversa, el orden moral puede prescribir la obediencia al derecho positivo, en cuyo caso la norma jurídica se hace norma moral, y el orden moral mismo se relega a proporcionar una “justificación ideológica” al derecho positivo⁹². De todos modos, hay en tales circunstancias relaciones de delegación de un orden al otro, relaciones que permiten por ejemplo juzgar moralmente un determinado sistema jurídico o cualquiera de sus normas concretas, o sea calificarlas como “buenas o malas”, “justas” o “injustas” desde el punto de vista moral. Tales juicios de

⁹⁰ *Ibid.*, p. 18.

⁹¹ Por “imputación” (*Zurechnung*) entiende Kelsen el tipo de relación existente entre la norma jurídica y la sanción. La ciencia jurídica establece que la sanción *debe* (*soll*) seguir al acto ilícito. Tal afirmación es una básica “regla de derecho” (cf. KELSEN: *op.cit.*, p. 19). La imputación (o sea, el hecho de que la sanción *es imputada* al acto ilícito) desempeña en las ciencias normativas un papel similar al que desempeña la causalidad en las ciencias naturales. Se trata, sin embargo, de dos principios que deben distinguirse: cf. *ibid.*, p. 26 sigs. Importa tener en cuenta que el principio de imputación se expresa como una “regla de derecho” (*Rechtssatz*), y que ésta no debe confundirse con la “norma” jurídica. La norma es el “objeto” propio de la ciencia jurídica, en tanto que la “regla de derecho” es el “instrumento” mediante el cual dicha ciencia describe su objeto (Cf. *ibid.*, p.45 sigs).

⁹² Cf. *ibid.*, p. 55-- 56.

valor se apoyan sobre alguna norma moral, y por tanto no corresponden a la ciencia del derecho. A ésta solo le sería lícito expresar axiológicamente la concordancia o discordancia entre una norma *jurídica* y un hecho determinado, al que se calificará, respectivamente, como “lícito” o “ilícito”, “legal” o “ilegal”, “constitucional” o “anticonstitucional”. Esa calificación no es meramente axiológica, sino que equivale en cada caso a la de un juicio de realidad. Sin embargo, sólo *teóricamente* puede la ciencia del derecho pronunciar juicios semejantes, ya que el derecho positivo reserva a ciertos órganos el poder de decidir sobre la licitud o ilicitud jurídica, y esa decisión tiene a su vez efectos jurídicos: sólo un tribunal competente puede establecer, en un caso concreto, si éste merece sanción, y cuál ha de ser ésta. La ciencia del derecho, en cuanto ciencia, no puede, según Kelsen, pronunciar juicios de valor, que son “subjetivos” y la convierten en “ideología”⁹³. Así ocurre cada vez que se emplean conceptos como el de una “justicia absoluta”, o un “derecho natural”, etc. De la introducción de elementos subjetivos ni siquiera se ha salvado, en opinión de Kelsen, el positivismo jurídico del siglo XIX⁹⁴, en el que no ha podido evitarse la idea de un “valor absoluto” de la moral. La teoría pura del derecho procura, en cambio, definir la norma jurídica con total independencia del concepto de norma moral. El “deber ser” que aparece en la “regla de derecho” no tiene, según hemos ya indicado, sentido *moral*. Hay que añadir ahora que tiene un sentido puramente lógico; y esto significa que alude a una relación funcional específica entre elementos de un sistema. En la ciencia natural hay un sentido lógico referido a la relación funcional de causalidad (acorde con el postulado de la inteligibilidad de la naturaleza). Ahora bien, según Kelsen, “la noción de imputación tiene el mismo carácter lógico que la de causalidad”⁹⁵. Kelsen está de acuerdo con Kant en que la causalidad no es una idea metafísica, sino una categoría de la lógica trascendental; pero critica a Kant el que éste haya reintroducido la metafísica en su filosofía del derecho, influida por la doctrina del “derecho natural”. Cree, al mismo tiempo, que es posible considerar también “deber ser” (*Sollen*) como una *categoría lógica*, no ya propia de las ciencias naturales, sino de las ciencias sociales normativas, y particularmente de la ciencia del derecho. Tal es, según él, el papel desempeñado por el “principio de imputación”, con su carácter antimetafísico y antiideológico.

A partir de aquí establece Kelsen la buscada diferencia entre derecho y moral: la categoría lógica del deber ser es todavía algo común a ambos órdenes, porque

⁹³ Cf. *ibid.*, p. 63-64.

⁹⁴ Cf. *ibid.*, p. 67.

⁹⁵ Cf. *ibid.*, p. 68.

constituye sólo el concepto genérico que los abarca. Los sistemas morales son también normativos y para describirse se recurre al principio de imputación. La diferencia específica, en cambio, se presenta en el contenido de las reglas con que uno y otro orden son descriptos: “En una regla de derecho la consecuencia imputada a la condición es un acto coactivo que consiste en la privación, forzada si es necesario, de bienes tales como la vida, la libertad o cualquier otro valor, tenga o no contenido económico (...) Las normas del orden moral, por el contrario, no prescriben ni autorizan sanciones respecto de los actos de conducta humana calificados de inmorales”⁹⁶. Kelsen reconoce que la sanción tiene importancia en las normas religiosas; pero acota que en ese caso se trata de sanciones trascendentes, determinadas por seres sobrehumanos, mientras que las sanciones jurídicas emanan de seres humanos y se ajustan a normas asimismo creadas por los hombres. El derecho, por tanto, representa un “orden coactivo”. Las sanciones jurídicas pertenecen a la organización social y derivan lógicamente, por imputación, de las normas propias de dicho orden. La coacción, a su vez, implica el empleo de la fuerza, de donde resulta que la función esencial del derecho es, según esta teoría, “la de reglamentar el empleo de la fuerza en las relaciones entre los hombres”⁹⁷. Determinados individuos son autorizados, por el orden jurídico, para ejecutar — dentro de condiciones establecidas por dicho orden — actos de coacción por medio de la fuerza. En esa ejecución tienen calidad de órganos que sirven a la comunidad jurídica.

Kelsen propone también una distinción entre la “obligación jurídica” y la “obligación moral”. El criterio se halla nuevamente en el concepto de “coacción”. La “obligación” de ajustar la conducta a una norma moral coincide con esta norma: quien la acata, cumple esa obligación; quien no la acata, viola dicha obligación. La “obligación” de ajustar la conducta a una norma jurídica, por el contrario, sólo se presenta en razón de la coacción prescrita por esta norma. Si el legislador omite establecer un acto coactivo como sanción de la conducta contraria a la prescrita, sólo da lugar a una *obligatio naturalis*, no a una *obligatio juris*. En tal caso, no puede hablarse de “norma jurídica”⁹⁸.

De modo similar a Kant, entonces, la diferencia establecida por Kelsen entre derecho y moral alude fundamentalmente al carácter “coactivo” del primero. Desde luego, no pueden desconocerse aquí las discrepancias con Kant, algunas de las cuales han sido oportunamente señaladas. Ambos pensadores recorren, sin duda,

⁹⁶ Cf. *ibid.*, p. 70.

⁹⁷ Cf. *ibid.*, p. 74.

⁹⁸ Cf. *ibid.*

caminos heterogéneos. Pero la coincidencia, no obstante, puede verse — al menos en lo referente al problema que estamos tratando — tanto en el punto de partida como en el de llegada. Desde la búsqueda de las “condiciones de posibilidad” de los hechos jurídicos se arriba, en ambos, a la determinación de la coacción como característica distintiva del derecho.

La doctrina de Kelsen ha sido sometida a frecuentes y diversas críticas. El propio Kelsen, en el Prefacio de la edición alemana de 1934 de su *Teoría pura del Derecho*, ya tomaba nota, con cierto tono irónico, de esa abundancia y diversidad, y concluía que ello era “prueba” de que su teoría había mantenido su carácter de “pura”⁹⁹. Batiffol sostiene que la doctrina es positivista en la medida en que evita todo juicio de valor por considerarlo subjetivo y extraño a la ciencia del derecho; pero que, a la vez, está de acuerdo con lo que el “normativismo” tiene de *a priori*, o sea, de absoluto: “es norma la prescripción provista de una sanción, sin averiguar si esta prescripción es observada efectivamente por la sociedad”¹⁰⁰. El mismo Batiffol señala también que, pese a la indudable influencia ejercida por Kelsen, muchos juristas no reconocen, en el esquema kelseniano, la imagen del derecho. Al reducirse, en el fondo, a una investigación de las conexiones lógicas, descuida el contenido de las normas, que constituye la “vida” del derecho. Para muchos resulta excesivo el énfasis puesto por Kelsen en la “sanción”, y se piensa, contra esto, que lo esencial de la prescripción se halla más en el objeto que en la relación entre el acto y la sanción. Otras críticas se dirigen contra la doctrina kelseniana del derecho como sistema de normas, aduciendo entonces que la realización del derecho equivale a solucionar problemas vitales y concretos *por medio* de normas. Estas tienen carácter *racional*: son proposiciones generales que deben aplicarse a problemas (casos) particulares. Desde este punto de vista, la amenaza de sanción es algo adventicio, mientras Kelsen la considera esencial, y entiende la prescripción como un acto volitivo. En definitiva, entiende Batiffol que las principales dificultades de la teoría de Kelsen provienen de que en ella “se quiere hacer abstracción de las realidades sociales que el derecho quiere organizar, y cuya naturaleza no puede dejar de reflejarse en la naturaleza del derecho”¹⁰¹.

⁹⁹ Cf. *ibid.*, p. 12 –13.

¹⁰⁰ BATIFFOL, H. *op.cit.*, p. 25.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 28.

4. Conclusiones

La importancia asignada por Kant y Kelsen al aspecto de coercibilidad o coacción para distinguir el derecho de la moral destaca, simultáneamente, la oposición entre “heteronomía” y “autonomía”, o también entre lo “hipotético” y lo “categórico”, o entre lo “exterior” y lo “interior”, en las acepciones que hemos visto. Tal distinción es significativa y ofrece una indudable pauta; pero es discutible si se trata de una distinción suficiente. Conviene tener presente que, de todos modos, se trata de dos órdenes mutuamente vinculados. Sostiene Günther Patzig que “moral y derecho son distintos. Esto no quiere decir, naturalmente, que no tengan nada que ver la una con el otro. Ocurre más bien lo contrario: las estrechas relaciones objetivas entre moral y derecho sólo pueden entenderse cuando se ha captado claramente su íntima diferencia”¹⁰². Las diferencias señaladas por Kant y Kelsen ponen de relieve, en tal sentido, no sólo una serie de relaciones entre los dos órdenes, sino también la influencia que cada uno ejerce sobre el otro. Pero esta mutua influencia, justamente, y de modo paradójico, queda sin explicación en las concepciones que hemos analizado. Kelsen se refiere a ella cuando alude al fenómeno de la “delegación”, pero éste representa, a la postre, un nuevo pretexto para trazar un límite entre los dos ámbitos. La influencia a que aludimos, sin embargo, se manifiesta, por ejemplo, en el conflicto entre preceptos jurídicos y preceptos morales. Kelsen analiza el que se da entre el deber de matar al enemigo durante la guerra (precepto jurídico) y la prohibición moral incondicionada de dar muerte a un semejante. Desde la perspectiva del orden jurídico positivo, la moralidad no cuenta como sistema de normas válidas, y, a la inversa, desde la perspectiva moral, no se tiene en cuenta la obligación jurídica. “Ni el jurista ni el moralista —dice Kelsen— aseveran que los dos sistemas sean válidos. El jurista ignora a la moralidad como sistema de normas válidas, y el moralista ignora la existencia del derecho positivo como sistema igualmente válido. Ni desde uno ni desde el otro de los ángulos existen simultáneamente dos deberes de contenido contradictorio. Y no hay un tercer punto de vista”¹⁰³. Ahora bien, en el caso en que uno de los órdenes admita — dentro de ciertos límites — la obligatoriedad de preceptos provenientes del otro orden, tiene lugar, como vimos, la delegación, en virtud de la cual una norma moral se incorpora al sistema jurídico o una jurídica se

¹⁰² PATZIG, G. “Recht und Moral” (en *Ethik ohne Metaphysik*, Güttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1971, p. 7 -- 31), p. 15.

¹⁰³ KELSEN, H. *Teoría General del Derecho y del Estado*. Trad. E.García Máynez, México, UNAM, 2ª.ed., 1958, p. 445.

incorpora al orden moral. En cualquiera de las dos situaciones se mantiene el principio de unidad en el criterio de la validez normativa. También aquí, pues, habría podido añadir Kelsen que “no hay un tercer punto de vista” es decir, la validez de las normas se puede contemplar desde la perspectiva moral o desde la perspectiva jurídica. La validez así entendida queda relegada a una instancia subjetiva, sin posibilidad de evidenciación intersubjetiva.

No obstante, con ese recurso no se eliminan las efectivas colisiones de deberes. Por eso sostiene García Máynez que un hombre que acepta, por ejemplo, la coexistencia de la moral y el derecho, experimenta dolorosamente el choque de sus respectivas pretensiones, y vive tal oposición como un conflicto, que sólo puede resolver sacrificando una de ellas en aras de la otra. Esta situación que atenaza al sujeto no implica la concomitante validez de las normas contrapuestas; es simplemente el resultado de la pugna entre dos tendencias de signo contrario que gravitan sobre su voluntad, a la manera de fuerzas opuestas que inciden sobre un mismo cuerpo¹⁰⁴. La subjetividad esgrimida por Kelsen resulta también demasiado esquemática si se tiene en cuenta que, en la realidad, ningún hombre es exclusivamente “jurista” ni exclusivamente “moralista”, sino que toda vida humana está regida de modo simultáneo por esa doble legalidad, y a menudo es difícil decidir si un acto determinado responde a una norma jurídica o a una moral. Y esto sin contar las dificultades que puede haber para distinguir un acto semejante de uno determinado simplemente por la legalidad “natural”.

Las distinciones entre moral y derecho propuestas por Kant y por Kelsen se asemejan, según hemos visto, en que ambas establecen la coacción como característica jurídica. Pero parecería que hay, -- en uno y otro pensador -- intenciones contrapuestas: se puede decir que Kant desarrolla su concepción del derecho a partir de sus ideas morales. Son éstas las que le indican el camino y las que le sirven constantemente como puntos de referencia. Kelsen, en cambio, quiere, desde el principio, explicar la esencia del derecho, y sus alusiones a la moral se basan en sus ideas jurídicas, y sólo parecen tener por finalidad la justificación de estas últimas. Tanto Kant como Kelsen permanecen fieles a la dualidad entre el “deber ser” y el “ser”. En el pensamiento kantiano dicha dualidad tiene, sin embargo, características diversas a las que presenta en el de Kelsen. Para Kant, la dualidad se refleja en la contraposición de lo empírico y lo trascendental, del reino de la coacción y el reino de

¹⁰⁴ GARCIA MAYNEZ, G. *Introducción a la Lógica Jurídica*; México, Fondo de Cult. Econ., 1951; p. 123.

la libertad, del mundo sensible y el mundo inteligible. Kelsen reemplaza ese tipo de contraposición por otra de carácter *lógico*: pone frente al principio de causalidad el principio de imputación, y de ese modo no admite ya un mundo inteligible frente al mundo sensible; pero podríamos decir, un mundo “normativo” frente al mundo regido por el nexo causal. En Kant, la filosofía teórica establece los límites del conocimiento válido, en tanto que la filosofía práctica tiene que recurrir a los “postulados” (entre los que se encuentra el de la libertad) para dar cuenta del “*factum*” de la moralidad. En Kelsen, en cambio, aparece la pretensión de fundamentar las ciencias sociales entendidas como “ciencias normativas”, lo que equivale a decir que el “deber-ser” se incorpora a la filosofía teórica. Por ello le es lícito hablar, justamente, de “teoría pura del derecho”.

En lo que respecta al criterio de la “coacción” como elemento distintivo del derecho frente a la moral, hay que insistir en que no se trata de un criterio incorrecto; pero tampoco suficiente. Visto desde la perspectiva moral, se advierte que la libertad es condición de la moralidad (y por eso, para Kant, es ella un “postulado” de la razón práctica). La caracterización del derecho como “coacción” establece, entonces, una distancia excesiva entre los dos órdenes y desfigura las relaciones entre los mismos, convirtiendo al derecho casi en una instancia “inmoral”. Visto desde la perspectiva del derecho, se advierte que la sanción supone responsabilidad del agente, y la responsabilidad supone a su vez la libertad. El derecho, por tanto, no puede entenderse exclusivamente como el ámbito de la coacción. Ésta se ejerce, según Kant, justamente para asegurar la libertad. Pero ocurre que, entonces nos encontramos con una nueva semejanza entre derecho y moral. También en esta última, la ley moral ejerce esa manera *sui generis* de (al menos relativa) coacción que es la “constricción” (*Nötigung*). El “imperativo categórico” es “constrictivo” porque la voluntad del hombre no es en sí plenamente conforme con la razón (ya que también puede ser determinada por la legalidad natural). La “constricción”, por tanto (lo mismo que ocurre con la coacción en el ámbito jurídico), se ejerce, en el campo moral, para asegurar la libertad.

Digamos, finalmente, que el “formalismo” común a Kant y a Kelsen, sin el cual perdería inteligibilidad la distinción que hemos analizado, es susceptible de diversas críticas. En Kant resulta más excusable, por la época en que fue formulado y por la importancia que revistió frente a ciertos callejones sin salida de la filosofía moderna. En Kelsen, en cambio, como contemporáneo, resulta más difícil aceptar su compromiso de “puridad” al mismo tiempo en que no logra satisfacer un examen crítico del problema moral. Kelsen despacha apresuradamente la problemática axiológica,

calificándola como “subjetiva” y sin embargo recurre, constantemente, a calificativos valorativos al momento de apreciar, por ejemplo, la reintroducción del argumento de la “guerra *justa*” en sus escritos sobre Derecho Internacional. Allí aparece el diseño rector de una “*civitas maxima*” que parecería ser un remedo de la *Societas Cosmopolita* de Kant, pero, sin embargo, guarda con ella diferencias esenciales.

Uno de los primeros trabajos de Kelsen sobre el ordenamiento jurídico internacional, fue escrito por él durante la Primera Guerra Mundial y publicado en 1920¹⁰⁵. Se trata de *El Problema de la soberanía y el Estado Nacional*. En ese escrito, Kelsen señala una única jerarquía normativa frente a la primacía del derecho, la internacional, frente al derecho estatal o a la teoría de un pluralismo de las fuentes del derecho. Desde su punto de vista, sólo existen el ordenamiento jurídico que incluye el derecho interno y el derecho internacional. El derecho interno, sin embargo, tiende a diluirse en su visión de la primacía del derecho internacional y su fuerte compromiso globalizador. El punto de partida hace referencia a Kant, aunque como se vio y se verá, existen diferencias sustantivas entre ambos.

Adhiriendo a la posición de Hermann Cohen, que enfatiza lo metodológico, Kelsen aspira a eliminar todo elemento subjetivo y hacer de este campo un “conocimiento puro”. La primacía del ordenamiento jurídico internacional, es considerada por él como una “hipótesis epistemológica” que afirma la objetividad de la ciencia del derecho en el campo internacional. En este ámbito, deben ordenarse, no sólo los estados, sino también los individuos.

Kelsen reconoce claramente el conflicto y la incompatibilidad de la idea de soberanía, propia de los estados nacionales, frente al diseño de un orden jurídico internacional fuertemente vinculante, que poco a poco ocupa todos los espacios del estado nacional. En muchos textos, y particularmente en *La paz perpetua*, en el segundo artículo, Kant enfatiza el carácter inalienable del estado, que ingresaría en la Federación de Naciones en condición de persona moral: pero Kelsen, mucho antes de que el derecho internacional cobrara vigencia por los fenómenos de globalización, prevé un apagamiento del ordenamiento jurídico estatal nacional, frente a la creciente efectividad del derecho internacional. De este modo, el derecho interno representa sólo un ordenamiento parcial respecto de la validez más plena y más amplia que alcanza o debería alcanzar el ordenamiento internacional.

Con una mirada estrictamente ortodoxa, Kelsen pretende postular sus ideas del derecho en términos lógico-trascendentales; por un lado está la imagen

¹⁰⁵ KELSEN, H. *Das Problem der souveränität und die Theorie des Völkerrechts*.

jurídica del mundo y por otro, la humanidad como unidad moral de toda la especie humana. Según Danilo Zolo¹⁰⁶, la idea de la comunidad mundial, que corresponde a ese ordenamiento jurídico total, se asimila a la idea teológica de la *civitas maxima*, que fuera retomada por Christian Wolff y que seguramente debe haber influido en las lecturas de Kant al pensar *La sociedad cosmopolita*. Esa *civitas maxima*, sostiene Zolo, actúa como fundamentación última del globalismo de Kelsen, quien a favor de sus argumentos globalizadores, evoca la noción de derecho del imperio romano. Ese derecho traspasa la soberanía de los estados; su validez se sostiene en la esfera de la ética y su polo moral es la humanidad. Contra esta teoría de lo que se ha llamado *pacifismo jurídico*, es decir un pacifismo logrado a través de un ordenamiento internacional vinculante y coercitivo, debe ser primariamente confrontada la crítica de Carl Schmitt¹⁰⁷. Para Kelsen, la forma actual que asumen los estados nacionales, es sólo pasajera, ellos apuntan a una organización global del mundo, que culmina en la *civitas maxima*. En ella rige el derecho internacional y el pacifismo se asegura por la validez de este orden jurídico, frente a cualquier pretensión, individual o estatal. Desde el punto de vista de Kelsen, toda la organización jurídica anterior se halla en un estadio primitivo, frente a la realización plena de la soberanía global.

Del análisis de los puntos centrales del pensamiento kelseniano, en el orden del derecho internacional, Danilo Zolo extrae cuatro dificultades y críticas que permiten iniciar la discusión de tan compleja propuesta.

1. Frente a la idea de que el ordenamiento internacional es y tiene la fuerza de una especie de *moralidad positiva* (en el sentido de Austin), o sea una fuerza moral, una presencia reconocible pero carente del elemento coercitivo, Kelsen opone un modelo *quasi imperial* (a pesar de haberse declarado antiimperialista) que ejerce la coerción sobre individuos y estados. El ordenamiento internacional alcanza su carácter jurídico, sí y solo sí, dispone de fuerza material, de capacidad real de punición, que pueda ser lo suficientemente potente para castigar estados e individuos. Llegamos aquí al verdadero *via crucis* por el que atraviesan todas las posiciones universalistas con intención pacificadora. Esto es: afrontar la contradicción entre los propios deseos de paz y el hecho de tener que armarse para garantizarla.

2. Con toda la razón, Danilo Zolo critica a Kelsen por haber traído a la argumentación, como recurso para justificar la violencia de estado mundial, el viejo concepto de *guerra justa*. Esa *guerra justa* que está contenida en los escritos de

¹⁰⁶ ZOLO, D.: *Jura Gentium Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale* III (2007), 1.

¹⁰⁷ Citar obra de C. Schmitt.

Kelsen, tiene bastante afinidad con el espíritu de una “ética globalizadora internacional” en el modo que muchos sostienen actualmente el fortalecimiento del derecho internacional. En este punto, la guerra justa, avalada por la organización del derecho internacional, deviene el más grande y más temido elemento coercitivo del ordenamiento jurídico internacional.

3. El tercer aspecto que despliega Danilo Zolo para organizar su crítica, es el que tiene que ver con la igualdad formal de los estados. En principio, los estados participantes, deben tener igual rango, por haberse sometido al ordenamiento jurídico superior internacional, pero Kelsen no asimila igualdad y soberanía, reconociendo el carácter ius naturalista de la idea de *civitas maxima*. Esto trae serias dificultades en las atribuciones de poder entre los estados miembros y sus capacidades propias.

4. La cuarta objeción se dirige a la negativa de Kelsen – que está en la base de toda su teoría del derecho internacional — areconocer únicamente a los estados como sujetos de ese derecho. En esta teoría, el derecho internacional no sólo legisla sobre estados, sino también sobre individuos singulares. Estos son, junto con los estados, sujetos del derecho internacional, y las normas de ese derecho, deben también regular las interacciones de esos individuos. No hace falta decir que, tras esta política, el Estado Nacional desaparece, o se transforma en una figura nominal y folklórica. Si se acepta esta visión, el Estado pasa a ser un nombre vacío y no describe ninguna unidad jurídica o política.

Como dato biográfico, que acompaña el desarrollo de la vida de Kelsen, que transcurrió desde la Segunda Guerra mundial en los Estados Unidos, no puede dejarse a un lado su estudio de la estructura normativa de las Naciones Unidas en el ensayo *The law of the United Nations*. Habiendo reconocido la disparidad de poder de los estados miembros, el hecho de que los estados sean fácticamente desiguales, en cuanto a su fuerza y también formalmente desiguales en el organigrama de esa institución, sin embargo, Kelsen – observa Danilo Zolo — apenas dedica breves comentarios a este importante problema.

Finalmente el tema más duro que presenta la teoría del derecho internacional de Kelsen es el que se refiere a la relación entre guerra justa y estado de derecho. Al respecto, afirma Danilo Zolo, “si se la entiende como una sanción jurídica, la guerra es sustancialmente la ejecución de una pena capital colectiva, sobre la base de una presunción de responsabilidad penal de todos los individuos que hayan actuado dentro de las organizaciones militares del estado al que se pretende castigar, desde los jefes

del estado mayor hasta el último soldado raso”¹⁰⁸. La guerra contemporánea se transforma así, no en una lucha entre iguales, con sus códigos, que aunque deplorable mantiene el respeto por la condición de enemigo, sino en un castigo de un superior frente a un inferior, que se paga con la muerte o, como sucede actualmente en los campos de Guantánamo, con la tortura, la deshumanización y la violación de cualquier cosa que pueda ser llamada derecho humano.

En el año 1949 Kelsen visitó Buenos Aires y dio un seminario en la Facultad de Derecho de la UBA. En esa visita mantuvo una vigorosa polémica con nuestro jurista Carlos Cossio, quien fuera uno de los primeros en introducir en su cátedra la Teoría Pura del Derecho. Cossio sostenía una teoría, llamada Teoría Ecológica del Derecho, que simpatiza con la hermenéutica de Dilthey, y ve en el juez, y en su capacidad de intérprete, de hermenéutico, una pieza clave de lo jurídico.¹⁰⁹

Ni la norma, ni su estructuración le parecían esenciales en el plano jurídico, donde lo decisivo eran las personas y la comprensión que pudiera alcanzarse de un caso. Con el correr del tiempo, entendía que la teoría pura había caído en una especie de mecanicismo normativo, que ignoraba lo central del Derecho, su dimensión

¹⁰⁸ ZOLO, D., *ibid.*

¹⁰⁹ La exposición de Cossio fue publicada en 1952 en el tomo V, fascículo 1-2 de la *Revista Austriaca de Derecho Público (Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht)* En castellano puede encontrarse la respuesta de Kelsen en la *Revista de la Biblioteca Jurídica de la UNAM*, bajo el título “Teoría Pura del Derecho y Teoría Ecológica (Respuesta a Carlos Cossio. Teoría Ecológica y Teoría Pura del Derecho. Balance provisional de la visita de Kelsen a la Argentina) que se publicó en el año 1953 y también en Viena, en el año 1953. (*) Publicado en la *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*. En su respuesta Kelsen no ahorra frases fuertemente despectivas hacia Cossio. Por ejemplo, afirma “el profesor Carlos Cossio (sic) de Buenos Aires, ha publicado un trabajo en el cual, enfrenta la llamada «teoría ecológica», de la que es autor, a la teoría pura del Derecho, con el propósito de demostrar la superioridad de la primera sobre la segunda. Contra esto nada habría que objetar. Es obvio que todo el mundo considera que su propia teoría es la mejor; de no ser así, ninguno la defendería. Pero, por desgracia, el profesor Cossio ha creído necesario no solamente apoyar la superioridad de su teoría en argumentos objetivos contra las concepciones expuestas en mis publicaciones, sino vincular su polémica contra la teoría pura del Derecho con el relato de detalles completamente inesenciales de las circunstancias externas de las lecciones dadas por mí en la Universidad de Buenos Aires en el verano de 1949 y con la reproducción de discusiones privadas, provocadas por él, que tuvieron lugar con ocasión de estas lecciones. Por este camino no quiero ni puedo seguir al profesor Cossio. En la respuesta a su artículo me limitaré al objeto que él mismo ha designado como «Teoría ecológica y teoría pura del Derecho». Sólo en un punto lamento mucho tener que insistir. El señor profesor Cossio afirma (pág. 17) que yo he ido a Buenos Aires «a dialogar con la teoría ecológica y sólo a eso». Esto no es verdad. Yo he ido a la Argentina aceptando una invitación de la Facultad de Derecho de Buenos Aires, no a mantener «diálogo» alguno, sino a hablar de unos cuantos problemas seleccionados de la teoría pura del Derecho; es decir, a dar lecciones, no a seguir discusiones”. Me atrevería a afirmar que la irritación proviene más del hecho de que Cossio haya logrado publicar su artículo en Viena, la ciudad natal de Kelsen.

humana. Kelsen aborreció la propuesta de Cossio, la centralidad de su propuesta hermenéutica.

Excedería a las limitaciones de este artículo la comparación crítica entre el espíritu del cosmopolitismo kantiano y las ideas que desarrolló Kelsen con respecto del derecho internacional. En los Estados Unidos, después de la segunda guerra mundial, fue consultado en varias oportunidades para la redacción de la carta fundacional de las Naciones Unidas y sus estatutos. Antes de conocer la relación de Kelsen vinculada al proyecto de paz a través del orden jurídico internacional, yo he polemizando contra Carl Schmitt y su crítica al pacismo jurídico, en otro escrito. Originariamente Schmitt se dirigía contra Kant. Ahora, progresando un poco en este tema, tan decisivo para nuestros globalizados y guerreros días, me doy cuenta de que el verdadero debate no se remonta al siglo XVIII, y debe ser situado como una polaridad entre contemporáneos especialmente Post Segunda Guerra Mundial, donde Kelsen y Schmitt forman una contraposición que debe ser cuidadosamente analizada.

Mi formación kantiana tiende a favorecer los argumentos cosmopolitas y a dar lugar a un ordenamiento jurídico internacional justo. Sin embargo, tengo que decir que no encuentro nada del espíritu cosmopolita en la versión kelseniana, proclive a la “*guerra moral*”, la “*guerra justa*”, un proyecto imperialista y sofocador de la soberanía de los estados, como una fase a superar por la intención cosmopolita. Debo aclarar una vez más que estos propósitos no son de ninguna manera una consecuencia extraíble del Tratado de la Paz Perpetua, donde Kant respeta expresamente la libertad de los estados tanto para asociarse a la confederación como para no hacerlo. Para mi sorpresa, encuentro más fielmente descriptivos de la situación actual los argumentos que Schmitt vertiera ya en 1932 en *El concepto de lo político*: la paz conseguida por el supuesto “orden internacional” da un paso atrás sobre todos los intentos de regulación de la guerra; sus protagonistas, ya vencidos, pierden la categoría de enemigos y también la de personas. Al considerárseles “terroristas” y no enemigos (ya que no caben “*enemigos*” en un mundo imperial universal: todo el que se oponga es un *outsider* o, sencillamente, un *alien*) se admite la tortura y, en palabras de Schmitt, no se reconoce, ni siquiera, el mínimo derecho *en la guerra*. Dicho de otro modo, pacifismo jurídico en este contexto es política imperial, recubierta con forma jurídica.