

## **Ser humano y norma. (Una perspectiva argentina sobre la Teoría Pura del Derecho)**<sup>o</sup>

Carlos Enrique Pettoruti<sup>•</sup>

¡Buenos días damas y caballeros, profesores y alumnos!

Es para mí un honor poder realizar esta presentación en la Universidad de Viena. Debo agradecer muy especialmente a mis colegas y amigos: el Profesor Doctor Thomas Olechowski y la Magíster Miram Gassner, como así también al señor decano y otras autoridades de la Universidad de Viena el haberme brindado la posibilidad de que pueda estar yo hoy aquí presente.

Austria es un país al cual me hallo muy estrechamente vinculado: mi madre (que actualmente vive en Argentina) nació en Sankt Pölten, Baja Austria, por lo que podríamos decir que el alemán es mi “lengua materna”. Aunque como ya habrán advertido, mi lengua de origen es el español, motivo por el cual pido anticipadamente disculpas por los errores que seguramente habrá de cometer al expresarme en idioma alemán.

Pero no solamente siento un profundo afecto y admiración por Austria como país, sino que muy especialmente por la ciudad de Viena.

Cuando era niño y mi madre en Argentina me hablaba sobre su lejano país y la hermosa ciudad capital, nunca imaginé que tendría con Viena una relación tan estrecha en los aspectos académicos, culturales y de amistad.

Desde hace treinta años soy profesor de la Universidad de La Plata, y a lo largo de ese tiempo he transitado por todas las etapas de la carrera docente hasta llegar a ser profesor ordinario a cargo de la cátedra de Introducción al Derecho.

A pesar de que en el ámbito profesional del derecho trabajo como Secretario General en la oficina del Procurador General de la Provincia de Buenos Aires, mi vida académica siempre la he dedicado a la Filosofía del Derecho.

---

Conferencia en la Universidad de Viena, 26 de marzo de 2015. Traducción del autor.

<sup>•</sup> Titular de Introducción al Derecho en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP. Actual Consejero Superior.

En la Universidad he tenido grandes maestros como Juan Carlos Smith, Julio Cueto Rúa, Abel Arístegui, Eugenio Bulygin, y también he tenido la posibilidad de participar en charlas, cursos y debates con el profesor Carlos Cossio en los últimos años de su vida.

No relato todo esto porque piense que mi biografía personal sea importante. Lo relato para que se entienda cuál es la razón por la cual me he acercado al estudio de la Escuela de Viena, la Teoría Pura del Derecho y a la obra general de Hans Kelsen.

Mi materia, Introducción al Derecho, está estrechamente vinculada con la Filosofía del Derecho y con la Teoría General del Derecho, y es una materia que se dicta el primer año de la carrera de Abogacía. Por eso mis cursos suelen tener muchos alumnos. A veces hasta más de 400 alumnos por semestre.

Una vez, uno de mis tantos alumnos, al finalizar una clase, se me acercó y me relató que una profesora de otra materia de la Facultad repetía insistentemente que en la Universidad de La Plata solamente se enseñaba el positivismo normativo de Kelsen y nada más. Esa frase me hizo pensar que no solamente los alumnos, sino también muchos profesores sabían muy poco acerca de las amplias perspectivas de la Teoría Pura del Derecho y su importancia para comprender no solamente la estructura formal del sistema normativo, sino también la importante vinculación de las normas jurídicas con el ser humano.

Me propuse desde ese momento entender y explicar la obra de Hans Kelsen en forma integral, como un holograma que tenga en cuenta las múltiples dimensiones de su teoría.

Aquí quiero detenerme un instante para remarcar que lo que expondré es una de las perspectivas de la Teoría Pura del Derecho en los ámbitos académicos argentinos, en especial en la Universidad de La Plata. Es posible que no todos compartan esta perspectiva, pero considero que éste es el camino adecuado para que tanto profesores como estudiantes de ciencias jurídicas tengan ante su vista el amplio horizonte de las ideas kelsenianas y su repercusión en otras teorías jurídicas.

Una frase del filósofo español Jorge Santayana expresa que aquellos que desconocen el contexto en el que se desarrollaron las ideas, están destinados a malentenderlas. Y ese es precisamente el contexto que quiero presentar, para evitar errores como el de aquella profesora de la Universidad de La Plata que identificaba a Kelsen exclusivamente con el positivismo normativo sin conocer la situación histórica, política y social en la que se desarrolló la Teoría Pura del Derecho, y desconociendo que la obra de Kelsen no se limita

al formalismo positivista, sino que siempre existió en él una preocupación por fundamentar una teoría defensora de la constitución y del sistema democrático. En definitiva, la “pureza metódica” no es incompatible con sostener “ideales políticos”.

La Teoría Pura del Derecho fue un producto de un momento histórico especial. No es casual que surgiera en el marco del régimen político de la monarquía de los Habsburgo, allí donde se dio no sólo el positivismo jurídico, sino también la música dodecafónica, la ruptura de la “Secession” en la pintura, las nuevas formas literarias, los métodos analíticos, la arquitectura del “Bauhaus” y finalmente, el programa filosófico del Círculo de Viena. Ocurrieron muchos entrecruzamientos entre sociedad, política, arte, ciencia y filosofía. Así era entendido entonces en la Viena de 1900.

En ese contexto, la filosofía no fue considerada como una disciplina independiente y autosuficiente: ella tenía vinculación con todos los aspectos de la cultura.

La palabra “círculo” posee una perspectiva hermenéutica, esto quiere decir, un “círculo hermenéutico” o “círculo de entendimiento”, donde lo “individual” está relacionado con el “todo”, para poder concretar en conocimiento, el cual se elabora sobre la base de estos dos conceptos.

Así es como fue denominado “círculo” a un grupo de pensadores que trabajaron en una dirección filosófica en común, con las mismas hipótesis e intereses. El Círculo de Viena es un ejemplo de esta vinculación de disciplinas con una única meta filosófica.

Frente a este panorama político y social que se vivía en ambas costas del Atlántico, se formaron con fuerza las ideas y principios de la Teoría Pura del Derecho. No podía ser de otra manera: esta teoría, nacida en el seno del Círculo de Viena, desplegaba muchas proyecciones políticas no obstante su propuesta de pureza metodológica, pues en primer lugar, se trataba de una teoría que luchaba por el derecho.

El panorama del modernismo vienés de principios del siglo XX se desarrolló en una sociedad con grandes diferencias y con una crisis social y económica provocada por el gran cambio que se produjo luego de la Primera Guerra Mundial y el surgimiento de la República Austríaca en 1919. Fueron necesarias renovadas teorías que permitieran fundamentar la unidad del estado sobre nuevas bases filosóficas, políticas y sociales, por eso Alfred Verdross dijo que en esa época tenían muy destacados profesores, pero lo que necesitaban era una Universidad en la cual las distintas ramas jurídicas pudieran hallarse

unificadas. La tarea de organizar una teoría unificada de la ciencia jurídica y vincularla con el análisis gnoseológico del derecho fue asumida por Kelsen.

Si bien se trata de momentos históricos distintos, me permito comparar el marco en el que surgió la Teoría Pura del Derecho con la Argentina actual, en donde hay un gran escepticismo hacia la política y las instituciones provocado por un avasallamiento de las ideologías por sobre el derecho. Por eso la teoría kelseniana tiene además una gran importancia política pues es una teoría que lucha por el Estado de Derecho y el control constitucional del poder a través de la función judicial.

En la Argentina pocos conocen el artículo de Kelsen “¿Quién protege a la constitución?”. Allí sostuvo que las decisiones políticas no son autónomas de las normas jurídicas, lo cual significa que los actos del Estado no están exentos del control del derecho. La función judicial es la encargada del control constitucional del poder, ya que la existencia de una constitución presupone que todo conflicto de intereses es, necesariamente, un conflicto de carácter jurídico y como tal, sujeto a la decisión controversial de los jueces. Hoy en día es incuestionable la importancia de la función judicial, que a través de las acciones de los jueces se erige como el último bastión garantizador de los valores jurídicos. No en vano señaló el jurista argentino Carlos Cossio que “con buenos jueces es posible hacer buen derecho, aunque operen con malas normas”.

Para que el juez pueda ser considerado “justicia personificada” es menester que posea la fortaleza espiritual para no doblegarse ante las influencias, las ideologías y las presiones externas. Pero con eso no basta: también es necesario que gobernantes y ciudadanos comprendan que en el camino para acceder a la justicia debe prescindirse de la influencia o del ejercicio de caprichosas presiones sobre el juzgador. Esto lo experimentó el mismo Hans Kelsen cuando integró el Tribunal Constitucional Austriaco.

La justicia, como concepto, siempre es independiente, pues sino no sería justicia. Somos los hombres quienes solemos perder la independencia y la objetividad cuando olvidamos el esencial principio democrático que Kelsen remarcó: ver en el otro a nuestro igual.

Pero éste es sólo uno de los aspectos importantes de la Teoría Pura del Derecho. Y cuando en la Argentina algunos sostienen que la obra de Kelsen es limitada o desactualizada, respondo que probablemente no tengan una visión integral de ella.

Es cierto que Kelsen atribuyó una especial importancia a la norma, pero esa norma no es el punto final de su teoría, sino todo lo contrario: es el punto de partida a partir del cual tenemos que comenzar a comprender el derecho como un orden jurídico y también como un fenómeno o realidad jurídica.

Tiempo atrás, titulé una de mis conferencias “Había una vez una norma”, utilizando las palabras que cuando niños comenzaban a pronunciar nuestros padres cuando iban a relatarnos un cuento maravilloso. “Había una vez una norma” significa que a lo largo de toda la historia del derecho hemos convivido con las normas como si fuesen cuentos o relatos, y las hemos llamado de distinta forma “normas primarias y secundarias”, “endonormas y perinormas”, “normas de reconocimiento, cambio y adjudicación”, “normas naturales y normas positivas”, “normas categóricas, hipotéticas y disyuntivas”. Lo cierto es que tras todas estas normas estamos nosotros, los seres humanos. Sí, es así, las normas forman parte de nuestra condición humana: nos acompañan desde nuestro nacimiento regulando jurídicamente los contenidos del acta que confirma ese nacimiento, y nos acompañan hasta nuestra muerte, indicando jurídicamente donde deben yacer nuestros restos y que ocurrirá con los bienes que dejamos.

Esto nos sirve para comprender cómo una norma jurídica que prescribe una conducta posee una validez lógica, pero también se relaciona con la libertad del ser humano, ya que los deberes que prescribe pueden cumplirse efectivamente o no cumplirse jamás.

La preocupación por la distinción entre “ser” y “deber” y el corte entre ambos ámbitos es de raíz eminentemente kantiana. A partir de allí Kelsen afirmó que la ciencia jurídica tiene como única misión el conocimiento del sistema jurídico, y no su explicitación deontológica.

Por eso Kelsen consideró que la relación entre “deber” y “ser” es uno de los mas difíciles problemas de la Ciencia Jurídica, pero si bien para él el concepto de derecho se basa en el “deber”, eso no quiere decir que se deje de analizar la relación de una norma jurídica válida y el contenido de su “ser” social.

La pureza metódica kelseniana es una consecuencia de la necesidad de establecer pautas de seguridad jurídica y criterios objetivos de justicia cuando una sociedad los ha perdido. Por eso, haciendo un juego de palabras, yo suelo decir que la purificación de valores de Kelsen, se fundamenta en valores puros. De otra manera no sería comprensible su preocupación

por el orden jurídico, la organización constitucional, la limitación del poder, la democracia, la paz social, la tolerancia y la justicia, sin todo lo cual no pueden prosperar las ciencias.

En una entrevista que hicieron a Kelsen en el año 1960, él expresó unas palabras que me conmueven cada vez que las leo: “en la vida, aún en la vida de los hombres de ciencia, es importante ante todo el carácter moral del hombre. El amor a la verdad, el autoconocimiento, la paciencia, la voluntad de no hacer mal a nadie y controlar tanto como sea posible el natural afán por sobresalir, no son menos importantes que el saber objetivo, y estas características tienen influencias aún en los resultados científicos”. Nunca comprenderemos cabalmente a Kelsen si desconocemos los fundamentos éticos de su teoría, lo que no se opone a que la Teoría Pura del Derecho proponga una distinción epistemológica entre norma jurídica y moral.

Esa es la razón por la cual cuando frente a mis alumnos en la Universidad trato de explicar todos los aspectos de la teoría kelseniana me refiero al positivismo jurídico y sus fundamentos éticos, lo cual puede sonar contradictorio, pero sólo en apariencia.

Además de los problemas de la Teoría del Estado y del Derecho Kelsen también se ocupó de la teoría política, principalmente cuando en 1920 publicó “Sobre la esencia y valor de la Democracia” (1920), en donde entre otras ideas, señaló que la ideología democrática supone una perspectiva relativista y empírica, contraria a las tendencias autocráticas, absolutistas y metafísicas.

Kelsen también defendió las tendencias parlamentaristas contra las ideas de las dictaduras fascistas en su obra “El problema del parlamentarismo” (1925). Esta defensa no tiene solamente un valor histórico: hoy, en la actualidad, existen sistemas totalitarios: algunos explícitos, y otros encubiertos bajo las decisiones totalitarias de gobernantes elegidos en un sistema democrático.

Como lo han dicho Weinberger y Krawietz, la enseñanza kelseniana reposa en la línea del espíritu de su tiempo. Como teoría, fue en su momento muy progresista pues significó la lucha contra el derecho estatal basado en un sistema monárquico. Por ello, fue relativamente aceptada por el sistema oficial. Kelsen realmente contradujo el espíritu y los postulados científicos de su época: luchó por la objetividad de la ciencia jurídica en un mundo científicamente empirista, quiso constituir una ciencia teórica fáctica, y por ello tuvo acuerdos con el positivismo filosófico, a pesar de que en el ámbito de los hechos y de

las descripciones tuvo una concepción distinto a las enseñanzas del positivismo, y con su concepción dinámica de la Teoría del Derecho trató de alcanzar la unidad del fenómeno jurídico.

Las ideas kelsenianas haya sentado las bases para un abordaje de unan nueva concepción jurídica, pero desde múltiples perspectivas. Las particulares situaciones sociales e históricas que contribuyeron a su conformación, como así también sus fundamentos iusfilosóficos amplios y culturalmente variados la constituyeron en una poderosa herramienta para el acercamiento metodológico al estudio del fenómeno jurídico y político. Por eso, la visión de la obra kelseniana como una tarea estrictamente jurídico-formal que tantas críticas y oposiciones le ha valido (y aquí debo reconocer que la de Carlos Cossio fue una de ellas), es incompleta.

Recordemos en este sentido que el mismo Kelsen ha destacado una profunda vinculación entre política y filosofía por cuanto toda concepción de la vida, y de toda doctrina política, se integra en la correspondiente concepción del mundo, en un sistema filosófico. Este es el punto de partida desde el cual Kelsen comenzó a establecer los caracteres filosóficos de las dos formas políticas fundamentales: la autocracia y la democracia.

Para Kelsen, la base de todo sistema democrático es el sostenimiento de la libertad pero no sólo en sentido metafísico e individualista: el sentido más profundo de la democracia se encuentra en que el sujeto no reclama libertad sólo para sí, sino también para los demás.

En cuanto a los dirigentes políticos, Kelsen limitó sus funciones dentro del marco del ordenamiento jurídico, pues sostuvo que la democracia no admite caudillismos ni paternalismos pues aspira a ser una sociedad de colaboración entre iguales, sin direcciones tuteladoras.

Es lógico que esta fundamentación kelseniana se base en una concepción relativista y crítica. Por este motivo, pienso que su concepción jurídico-política tiene relación con las posiciones de la nueva retórica y de la lógica argumental que comenzaron a abrirse paso y desarrollarse a partir de mediados del siglo XX, aunque Kelsen no se hubiera ocupado especialmente de estos temas.

La pregunta principal de toda esta discusión es la siguiente: ¿es posible incluir el problema político y valorativo dentro del ámbito jurídico sin desnaturalizar la objetividad científica del Derecho?

Éste es en cierta forma el debate que se desató con la visita de Hans Kelsen a la Argentina en el año 1949.

Kelsen pronunció una serie de conferencias en la Universidad de Buenos Aires, pero el 24 de agosto de ese año visitó la Universidad de La Plata. En La Plata Kelsen fue presentado como la figura cumbre del pensamiento jurídico. La reconstrucción de su conferencia es posible a través de los diarios de la época, que titulan “Disertó el Dr. Kelsen sobre la Teoría Pura del Derecho y el problema de la conducta”. Fue presentado por el Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales como el gran filósofo del derecho contemporáneo que dio nuevo brillo a los estudios y a la renovación de los temas en el campo de la filosofía jurídica.

También en los diarios de aquel tiempo podemos leer que Kelsen expuso con rigor científico y admirable claridad, algo que era propio de su forma de expresarse. En esa conferencia trató el problema del objeto del derecho y destacó como aspecto crítico de la Teoría Ecológica que ésta anteponía la conducta a la norma, cuando en realidad la norma jurídica es preexistente y no puede basarse en la conducta.

La importancia de la presencia de Kelsen en la Argentina se encuentra ampliamente reflejada en el importante y minucioso trabajo de investigación elaborado por los profesores Thomas Olechowski y Miriam Gassner: “Egologische Theorie versus Reine Rechtslehre - Cossio versus Kelsen” que recientemente he tenido el honor de poder traducir al español para su publicación en la Editorial La Ley de Buenos Aires. Por ese motivo no me extenderé mucho más sobre el análisis de los desacuerdos y diferentes perspectivas de opinión de cada una de ambas teorías.

Lo que sí deseo expresar, es que si la Teoría Pura del Derecho es analizada en todos sus aspectos, entonces, más allá del debate entre Kelsen y Cossio, que en algunos momentos fue duro y que motivó un distanciamiento personal entre ambos, ha llegado el momento de considerar a la Teoría Pura del Derecho y a la Teoría Ecológica como el esfuerzo de dos grandes juristas por consolidar la ciencia del derecho, tomando de cada uno sus mejores enseñanzas.

La Teoría Pura del Derecho ha tenido una gran importancia no solamente para las reflexiones de Carlos Cossio sino también para sus seguidores. Especialmente me referiré

al ámbito de la Universidad de La Plata, mi universidad, donde he aprendido las teorías de Kelsen y Cossio, y donde actualmente las enseño.

En La Plata los continuadores y discípulos de Cossio fueron Mario Alberto Copello, Ernesto Eduardo Borga, quienes fueron profesores de Filosofía del Derecho, Julio César Cueto Rúa, profesor de destacada intervención en las universidades de Buenos Aires y de La Plata, y en Estados Unidos y Abel Javier Arístegui, que se formó en los comienzos originarios de la Teoría Ecológica, no obstante lo cual efectuó una importante crítica a esta teoría en su libro “Oposiciones Fundamentales a la Teoría Ecológica del Derecho”.

Más adelante en el tiempo, María Teresa López y Elisa Méndez también siguieron la línea kelseniana en la Universidad de La Plata. Ambas fueron profesoras de Introducción al Derecho y desde sus cátedras difundieron las ideas de la Teoría Pura del Derecho, las que desarrollaron con profunda conocimiento y espíritu crítico ya que ambas se ocuparon no sólo de los aspectos ontológicos y lógico-normativos (en los cuales siguieron las ideas de Kelsen), sino también de la problemática axiológica del Derecho.

Seguramente quien más ha contribuido en los últimos años a la conformación de una escuela iusfilosófica de perfil propio en la Universidad de La Plata ha sido Juan Carlos Smith . Estuvo a cargo de la cátedra de Filosofía del Derecho y también fue Director del Instituto de Cultura Jurídica de la Facultad, y organizó en la Plata en octubre del año 1982 el “Primer Congreso Internacional de Filosofía Jurídica y Social”, un congreso en el cual participó el mismo Carlos Cossio y donde entre varios notorios juristas y filósofos internacionales concurrieron los profesores Ota Weinberger y Robert Walter, a quienes tuve el honor de conocer personalmente.

La obra mas importante de Smith fue el libro “El desarrollo de las concepciones jusfilosóficas” en el cual refleja su filosofía relativista sosteniendo que ningún sistema filosófico ha perdurado en el tiempo de manera definitiva, y que cada uno presenta una perspectiva histórica que influye en la interpretación de la realidad.

Smith se fundó en los aspectos teóricos y metodológicos de la Teoría Pura del Derecho, pero también en la ecología y en la fenomenología existencial. Su concepción ontológica del Derecho difiere en algunos aspectos de la obra de Kelsen y de Cossio. El sostiene que objeto del conocimiento jurídico es complejo, y está constituido por la estructura lógica norma-conducta.

Esto es porque para él, cada una de las formas de organización normativa de comportamiento que integran el mundo de la cultura humana están compuestos por una parte por un sistema de normas, que constituyen su estructura lógica, pero también por los contenidos axiológicos, propios de la naturaleza del ser humano.

En cuanto al derecho positivo y al derecho natural, Smith no los considera como dos realidades ontológicas distintas sino complementarias: entiende que están estrechamente relacionados, ya que lo que llamamos derecho natural no es sino un sistema de fundamentación material del derecho positivo.

Esto me permite tomar importantes aspectos de la teoría Pura del Derecho, de la Teoría Ecológica y de las enseñanzas de mi maestro Juan Carlos Smith para pensar que el proceso de fundamentación de las normas debe abarcar los aspectos lógicos que establecen su validez, pero también los aspectos axiológicos, pues los seres humanos actúan de acuerdo con finalidades. Pero esas finalidades se concretan a través de los instrumentos formales.

Todo proceso de creación y aplicación de las normas de un sistema, necesitan de la instancia instrumental que fundamenta la creación de la norma (fundamento instrumental) pero se completa cuando se tienen en cuenta los fines por los cuales la norma se ha creado. Encontramos aquí a la eficacia como conjunto de factores que condicionan la validez de la norma creada, y en este sentido debo recordar que en su última edición de la Teoría Pura del Derecho, Kelsen plantea una posible integración entre validez y eficacia, reconociendo que es uno de los más dificultosos problemas de la teoría del derecho. También allí Kelsen establece la diferencia entre condición de validez y fundamento o razón de validez, expresando que la eficacia es condición de validez, pero no su fundamento. Allí aclara su posición con un ejemplo empírico: para que un hombre pueda vivir es necesario que haya nacido, para permanecer vivo debe satisfacer otras necesidades, como la alimentación, sin las cuales moriría, pero la vida no puede ser identificada con el nacimiento ni con la alimentación. El alimento es condición, pero no fundamento de la vida.

Reflexionando sobre todo esto llego a la conclusión (que no necesariamente todos pueden compartir) de que la validez del derecho está integrada por etapas formales y teleológicas, que se manifiestan en el del fenómeno de creación y aplicación del derecho.

Esto nos permite comprender cómo lo político se halla dentro de la esencia de lo jurídico, pero no afecta la objetividad ni la estructura lógica del derecho. Como señala Smith, las

creación de las normas de da en el contexto del poder político, y las normas poseen una función política.

Y así, aunque parezca una contradicción, si consideramos que toda norma jurídica es portadora de un sentido que se traduce en una función política, se puede reafirmar el principio kelseniano que sostiene que la política sólo puede desarrollarse dentro del marco normativo positivo.

Me gusta siempre recordar un dicho austríaco que dice: “popularizar sin simplificar“. Lo leí una vez en el diario vienés “Der Standard” cuando se publicó un artículo con motivo del 125 cumpleaños de Hans Kelsen. El derecho es un “servidor” del ser humano. Debemos difundir y explicar los fundamentos y las teorías en forma clara, no solamente para los alumnos que estudian ciencias jurídicas (que en la Argentina y especialmente en La Plata son muchos) sino también popularizarlas para que toda la sociedad conozca y comprenda las “razones” del derecho. Para que no piensen que las normas son sólo producto del “misterioso laboratorio del espíritu jurídico” (usando palabras similares a las de Savigny).

Por eso nuestra misión como profesores de derecho, como científicos y como iusfilósofos, es difundir y transmitir uno de los más importantes legados de Kelsen. Un legado que no sólo está escrito en toda su obra, sino que también se encuentra en su vida y en sus ideas personales: reflexionar sobre las normas desde la perspectiva del ser humano.

Y en este sentido deseo recotrdar también las palabras del Prof. Robert Walter, quien sobre la Teoría Pura del Derecho expresó que no debe ser tenida como una presentación con resultados finales, concluidos o cerrados, sino como un permanente desarrollo que permanentemente debe ser mejorado y llevado adelante.

Por eso tenemos la obligación de discutir sus resultados, con independencia de la posición iusfilosófica que cada uno de nosotros sostenga, pero sin dejar de tener en cuenta que al principio y al final del derecho y de su filosofía está siempre el ser humano.