

Una interpretación neokantiana de las relaciones entre derecho y política

A Neo-Kantian Interpretation of the Relations between Law and Politics

Uma interpretação neokantiana das relações entre direito e política

Cómo citar este artículo en APA:
García, M. (2017). Una interpretación neokantiana de las relaciones entre derecho y política. *Analecta Política*, 7(13), 273-288.

Recibido:
20 de abril de 2017
Aprobado:
15 de agosto de 2017

MARIO GARCÍA BERGER

Doctor en Filosofía, profesor e investigador de la Universidad Autónoma de la Ciudad de México. Correo electrónico: mgberger@live.com. [Orcid.org/0000-0001-5320-3088](https://orcid.org/0000-0001-5320-3088). Dirección Postal: Inglaterra 125 B, Parque San Andrés, Coyoacán 04040, Ciudad de México - México.



Resumen

Mi intención en este trabajo es mostrar que el nexo entre derecho y política tiene un carácter contingente y no conceptual. El ensayo inicia con una referencia a la disputa entre el positivismo jurídico y la doctrina del derecho natural, por ser el punto de partida de las discusiones actuales en torno a la relación entre derecho y política. Después, reviso dos formas de neo-iusnaturalismo que intentan establecer una relación conceptual entre el derecho y la moral. Para analizar las relaciones entre derecho y política echo mano de la concepción de la norma jurídica de Hans Kelsen, así como de sus ideas acerca del relativismo propio de la democracia y del absolutismo que caracteriza a las autocracias, además de su tratamiento de la noción de justicia. Con este mismo objetivo, en la última parte me referiré a las ideas de Rudolf Stammler acerca del papel en el derecho de la noción de fin, así como a la concepción de la ética trascendental de Hermann Cohen. En suma, lo que el lector encontrará en las siguientes páginas es la defensa de una comprensión del derecho y de sus relaciones con el mundo de la política que tiene una inspiración neokantiana.

Palabras clave

Derecho, política, positivismo, democracia, Hans Kelsen.

Abstract

My purpose in this paper is to show that the relations between law and politics are of a contingent nature and not conceptual in character. The paper begins with a reference to the debate between legal positivism and natural law doctrine, since this is the starting point of recent debates on the connections that law has with politics. Then, I examine two famous neo-iusnaturalist explanations in order to show how the supposed conceptual nexus between law and moral has been pursued. In order to argue for my position on the relations between law and politics, I rely on the conception of Hans Kelsen regarding legal norm, on his ideas that political relativism characterizes democracy and absolutism characterizes autocracy, and on his treatment of the notion of justice. I also take some hints from the concept of ends in law of Rudolf Stammler as well as from the conception of the transcendental ethics of Hermann Cohen. To summarize, what the reader will find in the paper is a defense of a Neo-Kantian inspired understanding of the relations that law has with politics.

Key words

Law, politics, positivism, democracy, Hans Kelsen.



Resumo

A minha intenção neste trabalho é demonstrar que a relação entre direito e política tem um carácter contingente e não conceitual. O ensaio inicia com uma referência à disputa entre o positivismo jurídico e a doutrina do direito natural, por ser o ponto de partida das discussões atuais em torno à relação entre direito e política. Depois, o texto revisa duas formas de neo-iusnaturalismo que tentam estabelecer uma relação conceitual entre o direito e a moral. Para analisar as relações entre direito e política retomo a concepção da norma jurídica de Hans Kelsen, assim como das suas ideias sobre o relativismo próprio da democracia e do absolutismo que caracterizam as autocracias, além do seu tratamento da noção de justiça. Com o mesmo objetivo, na última parte do artigo refiro-me às ideias de Rudolf Stammler sobre o papel da noção de fim no direito, assim como a concepção da ética transcendental de Hermann Cohen. Em resumo, o que o leitor encontrará nas seguintes páginas é a defesa de uma compreensão do direito e as suas relações com o mundo da política, a partir de uma inspiração neokantiana.

Palavras-Chave

Direito, política, positivismo, democracia, Hans Kelsen.

Introducción

Las relaciones entre derecho y política están en el centro de muchas discusiones actuales en los ámbitos de la filosofía jurídica y de la ciencia política. La forma en que concibamos estos vínculos refleja nuestra concepción del derecho, la cual dará lugar a ciertas conexiones con la política y excluirá otras. Algunas de estas discusiones tienen que ver con la capacidad del derecho para amoldarse a las necesidades y circunstancias sociales de un momento histórico determinado. Aquí encontramos dos posturas básicas: una señala que el orden jurídico debe ser lo suficientemente flexible para traducir legalmente los cambios en el mundo social, entendido éste en un sentido amplio que englobaría la política, la economía, la ciencia, la cultura, las tradiciones, etcétera. Para la otra visión, el derecho debe ser el instrumento por excelencia de los cambios sociales. Es posible, desde luego, una postura intermedia que combinara las dos anteriores y sostuviera que el derecho debe reflejar las transformaciones sociales y ser, al mismo tiempo, agente de cambio.

Asimismo, dentro de ciertos círculos académicos se discute si la política institucional es el medio más eficaz para generar cambios legales o si, ante la lentitud de sus procedimientos o la imposibilidad de alcanzar por esta vía las modificaciones deseadas, es necesario recurrir al activismo social que incluye formas de presión que a veces se sitúan muy cerca de la ilegalidad, sino es que incluso de su lado.

La intención en este trabajo es mostrar que el nexo entre derecho y política tiene un carácter contingente, que no se trata de una relación conceptual como sería si pensáramos que el derecho tiene fines intrínsecos, por ejemplo, la consecución de una forma de organización social. Una posición de este tipo fue la sostenida por Marx. El derecho no era para él sino un resultado del modo de producción capitalista cuya función era permitir la reproducción de las relaciones económicas del capitalismo. En la medida en que dentro de los órdenes jurídicos de las sociedades de mercado se establece la propiedad privada, los contratos laborales, el concepto de salario y hasta los derechos de huelga y a formar sindicatos, el derecho cumple su función central de garantizar la reproducción del sistema y de darle una envoltura de legitimidad (Marx y Engels, 2004).

Mi posición, decía, es que entre derecho y política existen una variedad de relaciones contingentes. Estas son producto de que los procesos de creación y aplicación normativa están influidos de múltiples formas no sólo por la política, sino, también, por la ideología, la economía, la historia y otros factores más. Sin duda, un análisis sociológico o comparativo del derecho que analizara por qué un

cierto sistema político parlamentario es exitoso, tendría que valerse de un abanico de estudios auxiliares, pues de otra manera no podría comprender las razones de su eficacia. Para ello se requeriría de la historia, la economía, la antropología e, incluso, quizá de la psicología en lo que toca al comportamiento de los grupos humanos. Pero si bien estos estudios son posibles, ello no implica que para conceptualizar el objeto de estudio de la ciencia jurídica tengamos que recurrir a nociones ajenas a ésta. Por el contrario, para definir el derecho no requerimos ir más allá de las categorías jurídicas.

El artículo se inicia con una referencia a la disputa entre el positivismo jurídico y la doctrina del derecho natural, por ser el punto de partida de las discusiones actuales en torno a la relación entre derecho y política. Esta polémica se aviva después de la Segunda Guerra Mundial, pues las atrocidades del régimen nazi dieron lugar a cuestionamientos sobre si un orden que contiene disposiciones extremadamente injustas puede, aun así, ser derecho. En la siguiente sección reviso dos formas de neo-iusnaturalismo que intentan establecer una relación conceptual entre el derecho y la moral.¹ El supuesto de este análisis es que la moral y la política pueden ser tratadas de forma similar en cuanto a su relación con el derecho, en virtud de que en ambos casos se postulan fines que deben ser alcanzados por vía del ordenamiento jurídico.

Para analizar las relaciones entre derecho y política acudo a la concepción de la norma jurídica de Hans Kelsen, así como a sus ideas acerca del relativismo propio de la democracia y del absolutismo que caracteriza a las autocracias, además su tratamiento de la noción de justicia. Me enfocaré en los rasgos de la doctrina kelseniana más relevantes para este trabajo, ya que una exposición detallada de la teoría pura del derecho, aun en sus líneas generales, queda más allá de sus alcances. Con este mismo objetivo, en la última parte me referiré a las ideas de Rudolf Stammler, filósofo neokantiano, acerca del papel en el derecho de la noción de fin, así como a la concepción de la ética trascendental de Hermann Cohen, fundador de la escuela neokantiana de Marburgo, y a la interpretación que de su filosofía hizo en México el llamado grupo de amigos de la filosofía crítica en los años 60, quienes propagaron y defendieron, en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, el pensamiento de dicha escuela y el de Hans Kelsen.

En suma, lo que el lector encontrará en las siguientes páginas es la defensa de una comprensión del derecho y de sus relaciones con el mundo de la política

1 Las llamo así para diferenciarlas de la doctrina moderna del derecho natural que tuvo sus mayores exponentes en las figuras de Hugo Grocio y Samuel Puffendorf.

que tiene una clara inspiración neokantiana. Esta visión es, desde mi perspectiva, la que mejor garantiza el doble propósito de mantener, por una parte, la pureza del método de la ciencia jurídica pregonada por Kelsen, es decir, su alejamiento de las tentaciones de mezclarlo con procedimientos propios de otras disciplinas y, por la otra, situar en su adecuada dimensión los puntos de encuentro entre el derecho y la política.

Esto es de fundamental importancia cuando estamos especialmente interesados en que nuestra crítica al derecho sea más efectiva y dé paso a una auténtica transformación del derecho. Los esfuerzos por mejorar la regulación jurídica tienen mayores probabilidades de éxito cuando sabemos hacia dónde dirigirlos, por ejemplo, a conseguir una mayor influencia en el proceso legislativo, que cuando nuestra comprensión del derecho se ve oscurecida por concepciones que no lo delimitan con claridad de los fragores propios de la lucha política. Como espero se vea con nitidez hacia el final, una teoría jurídica que aspire a una comprensión pura de su objeto de estudio no necesariamente va de la mano ni de una actitud conservadora ni de una de tipo revolucionaria hacia los órdenes positivos. Más bien, todas las posturas morales o políticas con respecto al derecho, sean de aprobación o desaprobación, son posibles si se parte de una concepción así, ya que los esfuerzos por preservar o cambiar el *statu quo* son ubicados correctamente en el ámbito de la política y, por lo tanto, fuera de la noción de derecho. Esto implica una idea relativista de la política y de la moral, lo que significa rechazar toda pretensión de absolutizar algún ideal de sociedad.

El positivismo jurídico bajo ataque

Entre las consecuencias de la segunda guerra mundial, y sobre todo del holocausto judío, hubo una de carácter teórico, sin duda la menos grave en términos humanos pero muy fecunda teóricamente, que fue una crítica al positivismo jurídico tradicional y el resurgimiento de alternativas de corte iusnaturalista. El hecho de que el régimen nazi haya establecido leyes como las de Núremberg, que legalizaron la segregación racial y social, condenara a personas a la esterilización por considerarlas débiles mentales, para no hablar de las disposiciones contenidas en la llamada “solución final” que enviaron a la muerte a millones de seres humanos, motivaron críticas muy severas, aunque en mi opinión desencaminadas, al positivismo jurídico por su insistencia de que una ley inmoral sigue siendo ley sin importar su contenido. Esta tesis se deriva de que, para esta perspectiva, es el origen de una norma, y no lo que dice, lo que le da su juridicidad.

Si, para el iuspositivismo, las leyes del régimen nazi eran derecho a pesar de su contenido, algo debía andar mal con él. La reacción a esto fue el fortalecimiento de aquellas explicaciones que incorporaban elementos morales en la definición del derecho. Tenía que haber una manera de vincularlo con ciertos valores morales o políticos, con el fin de evitar el silencio que la ciencia jurídica positivista había guardado frente a las atrocidades del nazismo. Uno de los principales blancos de este ataque fue la teoría pura de Kelsen. Habían sido precisamente ideas como las de la pureza de la jurisprudencia las que contribuyeron, se decía, a la creación de un ambiente propicio para que una ideología como el nacionalsocialismo germinara. La terrible experiencia debía servir para desechar esta supuesta pureza y hallar el vínculo necesario del derecho con aquellos valores que evitaran que la historia se repitiera. Se trataba, de ahora en adelante, de someter al derecho no sólo a pruebas formales de pedigrí, sino también a un examen de sus contenidos. Si las normas de un orden infringían tales estándares valorativos debíamos negarles juridicidad. En ese caso o teníamos un no-derecho, un mero ejercicio desnudo del poder, o estábamos ante un derecho defectuoso.

¿Cuáles son las notas del iuspositivismo que, según sus críticos, hicieron posible un orden jurídico como el de la Alemania nazi? Me referiré a dos rasgos distintivos: la separación conceptual entre derecho y moral y la tesis de las fuentes sociales. Se puede afirmar que el primer pensador positivista fue Thomas Hobbes (2000), para quien las leyes eran producto de la autoridad y no verdades empíricas o metafísicas descubribles mediante la observación o la razón (*auctoritas non veritas facit legem*). Pero la primera formulación completa de esta doctrina se debe a John Austin (2012). Para él, las normas jurídicas eran mandatos imperativos apoyados en la amenaza de un daño en caso de incumplimiento. Cuando, por ejemplo, el monarca ordena a sus súbditos realizar alguna acción o abstenerse de ciertas conductas, la norma que así se expresa no es otra cosa que un mandato (“haz X” o “no hagas Y”), junto con la amenaza de un perjuicio si se desobedece. Toda norma contiene dos elementos: uno lingüístico, la emisión de la orden, y uno pragmático, la amenaza del castigo. No hay nada más aparte de estos componentes.

El positivismo postula la separación conceptual entre derecho y moral (política). A diferencia de lo que sostenía el iusnaturalismo moderno, en el que estas esferas mantenían relaciones necesarias, por lo que en la definición del derecho había elementos morales, para esta doctrina no existe tal conexión. Ello quiere decir que en la caracterización de una norma, o de un orden jurídico, no deben introducirse nociones de este tipo. Por otra parte, el iuspositivismo asume la llamada tesis de las fuentes sociales, según la cual el origen de todo derecho es un hecho social. Esto equivale a decir que no hay norma sin un acto de creación

normativa. Detrás de toda disposición jurídica hay siempre un órgano facultado cuyo ejercicio de autoridad es su fuente. Lo anterior queda claramente plasmado en la expresión *kein Imperativ ohne Imperator*.

Así, para Kelsen (2009), cualquier acto de creación normativa es el ejercicio de una facultad, la cual, a su vez, tiene su fundamento en una disposición superior que establece el proceso de aplicación de dicha autoridad y delimita, hasta cierto punto, el contenido de las normas que van a ser creadas, y así sucesivamente. Esta cadena de facultamientos se repite hasta alcanzar las primeras constituciones históricas y a sus creadores originales. En este punto surge la dificultad de explicar de dónde proviene la autoridad de estos primeros legisladores para fundar un nuevo orden. Si decimos que una norma los ha facultado sólo hemos pospuesto la respuesta un escalón arriba, pues inmediatamente debemos preguntarnos por la autoridad que ha emitido dicha disposición. Y si aceptamos que no hay tal norma, entonces estamos ante un acto de legislación sin la respectiva facultad. En ambos casos nos hallamos en un callejón sin salida. Apuntaré brevemente que la estrategia kelseniana de salida a esta dificultad es postular una norma hipotética fundamental, que no es una norma positiva, puesta por alguna autoridad, sino un supuesto necesario del pensamiento científico-jurídico para poder conceptualizar su objeto de estudio. Sin este presupuesto teórico no podríamos interpretar ciertos eventos como jurídicos: la promulgación de normas, la comisión de ilícitos, la celebración de contratos, etcétera.

De acuerdo con las tesis de la separación conceptual y de las fuentes sociales, el derecho nazi fue tan derecho como cualquier otro. Según la primera, las leyes de Nüremberg fueron derecho a pesar de su contenido, que a todas luces era in-moral. Conforme a la segunda, se trataba de normas válidas creadas por órganos autorizados siguiendo los procedimientos para tal efecto. Tenemos que, en opinión del iuspositivismo, no hay razón para rechazar la juridicidad de estas leyes y de otras igualmente injustas.

Estas conclusiones no fueron bienvenidas en un momento en el que la humanidad estaba horrorizada con el descubrimiento de las atrocidades del régimen nazi. La consecuencia fue apuntar un dedo acusador al positivismo jurídico por permitir, e incluso alentar, este tipo de perversidades, por lo que era necesario sustituirlo por una visión distinta del derecho, una que sometiera a la autoridad a estándares morales y políticos. Con esto se allanaba el camino para el resurgimiento de teorías iusnaturalistas.

Las propuestas neo-iusnaturalistas

Una de las primeras reacciones a lo acontecido en Alemania durante la segunda guerra mundial fue la tesis de Gustav Radbruch de que el derecho extremadamente injusto o no es derecho o es un derecho erróneo. Radbruch, quien antes de la guerra había sido partidario del positivismo jurídico y su separación del derecho y la moral, sufrió en carne propia la intolerancia del régimen nazi pues le prohibieron ejercer la profesión docente debido a sus ideas. Esto subraya que fue la conmoción provocada por la extrema maldad del tercer *Reich* lo que motivó su alejamiento del iuspositivismo. Su tesis está dirigida principalmente a los jueces, quienes tienen a su cargo la aplicación sin excepción de las normas jurídicas. La llamada fórmula Radbruch dice que si un juez está en conflicto porque la ley aplicable a un caso va en contra de lo que él percibe como justo, debe suspender su aplicación sólo si ésta es insosteniblemente injusta (*unbearably unjust*), o si violenta el principio de la igualdad de todas las personas ante la ley. Leamos al propio autor:

The conflict between justice and the reliability of the law should be solved in favour of the positive law, law enacted by proper authority and power, even in cases where it is unjust in terms of content and purpose, except for cases where the discrepancy between the positive law and justice reaches a level so unbearable that the statute has to make way for justice because it has to be considered “erroneous law”. It is impossible to draw a sharper line of demarcation between cases of legal injustice and statutes that are applicable despite their erroneous content; however, another line of demarcation can be drawn with rigidity: Where justice is not even strived for, where equality, which is the core of justice, is renounced in the process of legislation, there a statute is not just “erroneous law”, in fact is not of legal nature at all. That is because law, also positive law, cannot be defined otherwise as a rule, that is precisely intended to serve justice (Radbruch, 1991, p. 70).

La dificultad de esta tesis, que el mismo Radbruch reconoce, es que no hay forma segura de establecer una línea divisoria entre los casos en que el contenido de una norma es, digamos, simplemente injusto, y aquellos en los que la injusticia es extrema. La idea de que ciertas leyes ofenden el sentido de los jueces de lo que es correcto implica que estos comparten la misma noción de corrección, con la cual califican las normas contrarias a la moralidad de acuerdo con definir si su grado de injusticia es tolerable o insostenible. Y a menos que se pudiera probar que, en efecto, los jueces tienen ese mismo concepto, parece que los desacuerdos entre ellos sobre el nivel de maldad de ciertas normas sería un obstáculo para la aplicación de esta fórmula.

La segunda parte de la tesis no es menos controversial, pues no son claras las razones por las que una norma dejaría de ser válida en caso de que violentara el principio de igualdad jurídica. La segregación racial y social que establecieron las leyes de Nüremberg era a todas luces contraria a la igualdad; sin embargo, no se argumenta por qué este tipo de leyes pierde su juridicidad en lugar de ser meramente errónea.

Lon Fuller, por su parte, sostiene que existe una moralidad interna al derecho conformada por ocho principios que debe satisfacer cualquier orden jurídico para ser justo, que son: generalidad, publicidad, prospectividad, inteligibilidad, coherencia, posibilidad, estabilidad y congruencia. El primero establece que el derecho debe estar dirigido a todos los ciudadanos y no a personas específicas. La segunda máxima exige que las normas sean promulgadas a través de medios que podamos conocer, con lo cual se pretende impedir leyes emitidas subrepticamente. La tercera se refiere a la no retroactividad de las leyes y la cuarta a que sean formuladas en un lenguaje entendible por el ciudadano común y no sólo por expertos. La coherencia apunta a que entre las disposiciones de un orden deben evitarse las contradicciones, o al menos reducirlas al mínimo. Existe incoherencia cuando, por ejemplo, una norma nos pide realizar una conducta que otra prohíbe. El sexto principio requiere que las demandas del derecho puedan cumplirse, que no solicite cosas imposibles. La estabilidad alude a la necesidad de que las disposiciones de un orden tengan cierta permanencia. Si bien el derecho es algo vivo que se modifica constantemente, si sus normas no tuvieran un mínimo de estabilidad no habría certeza jurídica. Imaginemos un orden cuyas reglas cambiaran todos los días o cada hora. Esto ocasionaría que los sujetos ignoraran la mayor parte de sus exigencias, por lo que sería casi imposible regirnos por ellas. Por último, por congruencia Fuller entiende que los actos de las autoridades deben ser consistentes con las normas que los rigen. Si estas procedieran sistemáticamente de forma contraria al marco legal, estaríamos en una situación de total indefensión (Fuller, 1978).

Estos principios aluden a condiciones que un orden tiene que cumplir para alcanzar el llamado estado de derecho. Son requisitos que facilitan el cumplimiento de las leyes, evitan la discrecionalidad de las autoridades y que el derecho sea usado autoritariamente en perjuicio de los sujetos a él. El ideal del estado de derecho es resultado de la evolución de nuestra cultura político-jurídica. Sin embargo, es posible pensar un orden en el cual no se cumplieran algunas, o la mayoría o incluso ninguna de estas máximas. Estaríamos ante un régimen autoritario cuyas disposiciones no se sujetarían a restricciones. Los gobernantes podrían, por ejemplo, castigar a las personas por actos que no constituían faltas en el momento en

que se realizaron, o dictar normas destinadas a individuos en lo particular, o solicitarnos cosas que no pudiéramos cumplir y sancionarnos por ello, o expresar las normas en un lenguaje que sólo unos cuantos comprendieran. Si bien todo ello sería rechazable y no dudáramos en denunciar el autoritarismo de tal régimen, no habría nada en él que impidiera calificarlo de jurídico. Sus disposiciones serían válidas aunque condenables desde una perspectiva moral y política.

Como se puede apreciar, estos principios no constituyen realmente exigencias morales, pues o establecen requisitos procedimentales para la emisión de normas, o condiciones que nos permiten su cumplimiento o tener certeza sobre lo que solicitan. En suma, se trata de ideales jurídico-políticos que el derecho debe perseguir, aunque sepamos que su logro siempre es parcial, como lo atestiguan, por ejemplo, las ocasiones en que se dictan normas para afectar a personas determinadas, o la existencia de reglas contradictorias en distintas gradas del orden jurídico o incluso en el mismo nivel. Pero estos principios no tienen un carácter moral en el sentido en que solemos concebir una directriz de este tipo, es decir, referida al contenido de las normas.

Relativismo democrático y absolutismo autocrático

Para analizar las relaciones entre derecho y política es necesario partir de una concepción de la democracia y, para efectos de contraste, del régimen opuesto a ella: la autocracia. Con este propósito tomaremos como base la idea kelseniana de que ambos sistemas son formas ideales de creación normativa. La teoría pura del derecho se divide en dos grandes apartados: nomoestática y nomodinámica. La primera estudia la estructura de la norma; la segunda ve el derecho en movimiento, se ocupa de su creación y aplicación. La principal noción de la estática jurídica es la de imputación (*Sollen* o deber ser). Mediante ella una acción X (ilícito), se conecta con otro evento Y (sanción). De esta manera, si alguien comete un acción X debe aplicársele una de tipo Y. En cambio, en la nomodinámica el concepto central es el de facultad. Este permite explicar el proceso de creación normativa a través de los distintos niveles del orden. Así, el procedimiento de emisión de reglas por un órgano está regulado por una norma superior que lo autoriza a promulgar leyes de cierto contenido, válidas para un sector de la población, en un territorio y tiempo determinados (Kelsen, 2009).

La democracia y la autocracia son para Kelsen (1975, 2009), desde una perspectiva jurídica, dos métodos de creación normativa caracterizados, en el primer caso, porque los sujetos al orden participan en la generación de sus normas, mientras que en la autocracia esto no sucede. Se trata de métodos ideales pues históricamente las democracias han excluido de la participación política a grupos de personas. Asimismo, las autocracias realmente existentes no han llegado a la concentración absoluta del poder en una sola persona, dado que siempre hay necesidad de delegar tareas y, por lo tanto, de facultar a otros para que se hagan cargo de algunas funciones. La consecuencia es que sólo podemos hablar de formas de gobierno más o menos democráticas o autocráticas, en virtud de que ninguno de estos sistemas es posible en su expresión absoluta. En todo caso son, para decirlo con Kant, ideales regulativos.

Desde un punto de vista político, afirma Kelsen (1975) que los sistemas democráticos han estado asociados con valores como las libertades individuales, a un creciente acceso a la participación política, así como a una actitud de tolerancia y abierta a la construcción de un orden internacional que regule las conductas entre los Estados (cosmopolitismo). En cambio, las autocracias se vinculan con visiones del mundo nacionalistas o nativistas, con un solipsismo que rechaza el derecho internacional al sostener que el orden estatal deber ser soberano, y a una fuerte voluntad de poder. Con una actitud contraria a la jurisdicción internacional, en las autocracias hay una mayor proclividad a la guerra y al expansionismo.

La democracia, para Kelsen (1975), está asociada también con una concepción relativista de la verdad y la moral. El método democrático implica que nadie es poseedor único de la verdad o de lo justo, por lo que la construcción de la regulación social es tarea colectiva y no resultado de la iluminación personal. Contrariamente, la ideología subyacente a los sistemas autocráticos es que son los dirigentes quienes tienen acceso privilegiado a lo moral o políticamente correcto en términos absolutos, de ahí que posean el derecho a gobernar. Con su visión relativista del mundo, Kelsen afirma que el problema de la justicia, es decir, la pregunta acerca de la regulación jurídica justa, no tiene una solución racional, pues cada concepción ético-política postula ciertos valores a los que debe aspirar y dar forma el derecho. Sin embargo, la competencia entre las diversas nociones de lo justo no es decidible mediante un método objetivo. La prevalencia de unas sobre otras obedece a circunstancias históricas, a lo que en un momento dado se estime adecuado, por lo que tal preeminencia es sólo relativa y no puede reclamar para sí definitividad. De esta manera, el mismo devenir histórico es el mentís

más contundente a cualquier ideología que absolutizara una concepción política, como suele suceder en las autocracias².

De lo anterior se deriva una diferencia entre Kelsen y teorías como las de Fuller. Para el primero las normas jurídicas pueden tener cualquier contenido; en cambio, la moralidad interna fulleriana del derecho, a pesar de que no postula principios externos de moralidad a los que tendría que apegarse el derecho, sí implica un procedimiento moralmente correcto para crear normas. Así, reglas destinadas a individuos específicos, que demandaran cosas imposibles de cumplir, o que fueran retroactivas, deben evitarse por inmorales. Para Kelsen leyes de este tipo serían rechazables por consideraciones prácticas pero no morales.

Cabe también señalar que la idea kelseniana de que la justicia es un ideal irracional es contraria a una postura como la de Radbruch, pues los juicios sobre la injusticia de una norma son relativos y responden a concepciones ético-políticas particulares, las cuales se sitúan, para decirlo con Hart, en un punto de vista externo al derecho, que es el que asumimos cuando, por ejemplo, evaluamos sus disposiciones. Lo anterior es contrario a la idea de que los jueces poseen un sentido común de lo justo. En contraste, para Kelsen (2009), la caracterización que la ciencia jurídica hace de su objeto de estudio es interna, ya que para ello sólo debe emplear nociones jurídicas y descartar las que provienen de otros campos como la moral, la política, la sociología o la psicología.

Vale la pena aquí hacer una breve mención a los derechos humanos, dado que para algunos autores éstos constituirían una especie de moral en el derecho. Es común concebir que su carácter necesario proviene de que están fundamentados en la moral. En el espíritu de la teoría pura se puede afirmar que estos derechos no son otra cosa más que contenidos que las normas de un orden deben tener o evitar, con lo que se elimina su supuesto origen en la moral. Así, el derecho a la libre manifestación de las ideas establece que ninguna norma puede censurar la expresión de las opiniones. Una disposición que así lo hiciese sería anulable ante los tribunales respectivos por tener un contenido prohibido. En cambio, el derecho a la educación fija la obligación del Estado de instrumentar políticas públicas que garanticen la educación de todas las personas sin importar su condición socioeconómica. Esto significa que el acceso a los sistemas educativos es un contenido que deben tener las respectivas normas de un orden jurídico. Esta for-

2 A este respecto también se puede consultar el análisis de las ideologías absolutistas de Karl Popper (1994).

ma de ver los derechos humanos como contenidos prohibidos o necesarios de las normas evita, decíamos, cualquier alusión a su supuesta fundamentación moral, y es consecuente con la idea kelseniana de que los derechos en general son reflejo de obligaciones (Schmill, 2005).

Para la teoría pura las normas están primordialmente dirigidas a los órganos del Estado y regulan su actuación. La disposición según la cual en caso de homicidio se aplicará una sanción de cárcel de entre 20 y 30 años, establece que si la instancia correspondiente determina la comisión de un homicidio, otro órgano del Estado debe castigar al responsable y privarlo de su libertad con una media de 25 años. Cuando afirmo que tengo derecho a la vida estoy diciendo que si me matan el homicida debe ser recluso en la cárcel. De igual forma, si digo que tengo derecho a manifestar libremente lo que pienso, ello significa que si me censuran puedo recurrir esta acción ante un juez competente, quien garantizará el ejercicio de mi derecho. Aquí también la norma se dirige en primer lugar al órgano jurisdiccional obligándolo a actuar de cierta manera. En suma, alguien tiene un derecho porque otro tiene una obligación (Kelsen, 2009).

La idea de los fines en el derecho

Con el objeto de esclarecer el vínculo entre derecho y política se puede recurrir fructíferamente a la caracterización del derecho de Rudolf Stammler (2008). De acuerdo con este autor, las normas jurídicas establecen relaciones entre medios y fines. Esta concepción fue severamente criticada por Kelsen, para quien este tipo de conexiones eran causales, pues los medios son las causas que, concatenadas entre sí, tienen como efecto el fin buscado. Sin embargo, a decir de Kelsen (2009), las relaciones causales pertenecen al mundo natural, no al social o jurídico. Tenemos entonces que ni los medios ni los fines son internos al derecho. La sanción en una norma no es el efecto del ilícito, ni éste la causa de aquella. Si bien estas nociones no tienen lugar en una consideración puramente jurídica del derecho, sí pueden emplearse para un análisis político de éste. Desde una perspectiva ético-política, el derecho y sus normas pueden verse como medios para alcanzar fines socialmente deseables, los cuales varían históricamente. Por ejemplo, si queremos que las personas respeten la vida y las propiedades de los demás, elaboramos reglas que sancionen el homicidio y el robo.

Una tesis similar a esta es la de Hermann Cohen (2002), para quien el *factum* de la ética trascendental era el derecho. Con base en la idea kantiana de que la

filosofía tenía como tarea deducir las condiciones de posibilidad de las ciencias humanas, las cuales constituían los *facta* culturales materia de la reflexión trascendental, Cohen afirma que el objeto de la ética no podía ser ni los comportamientos individuales ni las costumbres de algún grupo social. La razón era que ninguna acción particular, por prominente que sea, ni el comportamiento de algún conglomerado humano, por amplio que fuese, pueden alcanzar la universalidad necesaria para convertirse en pauta de conducta de la humanidad entera. Sólo mediante el derecho se logra esta universalización, si bien siempre de manera provisional, relativa a un cierto momento. Así, en los órdenes jurídicos se expresan las concepciones sociales de la justicia que han existido a lo largo de la historia.

Por ello, si queremos saber cómo debemos actuar necesitamos voltear al derecho, ya que en este se concretan los ideales éticos de una sociedad. El derecho nos proporciona la respuesta más universal posible a este interrogante, algo que ni los actos individuales ni las costumbres sociales pueden hacer. Esta universalidad, decíamos, es sólo provisional y relativa dado que el derecho evoluciona y, con él, las respuestas a la pregunta ética sobre lo que debemos hacer. En este sentido, el grupo de amigos de la filosofía crítica, que en México se dedicaron a propagar el pensamiento de Kelsen y de los neokantianos de la escuela de Marburgo, afirmaba que en la noción de persona jurídica cristaliza la idea kantiana de fin final, aquel que ya no es medio para nada más. Este concepto, al ser un punto de imputación de derechos y obligaciones, constituye la idea ética de humanidad en un cierto momento histórico, de lo que debe ser la persona recta moralmente o justa (Rodríguez, 1947).

Conclusiones

Es probable que algunos se sientan desilusionados con la idea de que entre derecho y política sólo hay una relación que es externa e histórica, es decir, que no existe un vínculo interno-conceptual. La tesis de que el derecho puede tener cualquier contenido y que ha servido para perseguir los más distintos fines, es quizás poco atractiva para quien quisiera probar la superioridad de algún tipo de organización social. Sin embargo, el peligro de confundir la ciencia con la política, como ya lo advertía Kelsen en su polémica con Carl Schmitt sobre la resolución del Tribunal Supremo de Weimar acerca del golpe de estado a Prusia en 1932, es la pretensión de dar cariz científico a justificaciones de fines, desmentida tan pronto se proponen, con la misma aspiración, ideales opuestos. La tendencia de unir la política con la ciencia para dotarla de su prestigio, concluía Kelsen (1995),

puede acarrear a estas consecuencias dañinas, aun cuando se haga con las mejores intenciones éticas como defender una causa considerada buena, dado que el valor de la ciencia jurídica, y el de toda investigación científica, es intrínseco a ella y distinto de los méritos de una cierta forma de gobierno.

Así, las concepciones de la justicia o de lo moralmente correcto deben situarse en la arena política, o sea, en la lucha por influir la orientación de las normas que regulan la convivencia social. En cambio, la ciencia del derecho hace una descripción a-valorativa de su objeto de estudio, para lo cual se vale sólo de categorías jurídicas y debe rechazar cualquier intento de intromisión de consideraciones ajenas a ella.

Quisiera terminar con una cita de Kelsen (1971), a propósito del peligro que representan las concepciones iusnaturalistas, pues expresa de manera insuperable lo que hemos querido decir en relación con los riesgos de no comprender adecuadamente las relaciones entre el derecho y la política.

La pregunta a la que tiende el derecho natural es la eterna pregunta por aquello que se esconde tras el derecho positivo. Y quien busque la respuesta no encontrará, me temo, ni la verdad absoluta de una metafísica, ni la justicia absoluta de un derecho natural. Quien sin cerrar sus ojos levante el velo, verá venir a su encuentro la mirada fija de la cabeza de la Gorgona del poder.

Referencias

- Austin, L. (2012). *Lectures on Jurisprudence*. New York: Forgotten Books.
- Cohen, H. (2002). *Ethik des reinen Willens*. Hildesheim/Zürich/New York: Georg Olms Verlag.
- Engels, F. y Marx, C. (2004). *Manifiesto del partido comunista*. Buenos Aires: Longseller.
- Fuller, L. (1978). *The Morality of Law*. New Haven: Yale University Press.
- Hobbes, T. (2000). *Leviatán*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Kelsen, H. (1971). *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science*. Collected Essays. Los Angeles/London: University of California Press.
- Kelsen, H. (1975). *Esencia y valor de la democracia*. México: Editora Nacional.
- Kelsen, H. (1995). *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid: Tecnos.
- Kelsen, H. (2009). *Pure Theory of Law*. New Jersey: The Law Book Exchange.
- Popper, K. (1994). *La sociedad abierta y sus enemigos*. Barcelona: Paidós.
- Radbruch, G. (1991). *Philosophy of Law*. New York: Fienberg & Gross.
- Schmill, U. (2005). *Filosofía jurídica. Ensayos en homenaje a Ulises Schmill*. México: Porrúa.