

## LA RECEPCIÓN DE LA TEORÍA JURÍDICA DE HANS KELSEN EN ESTADOS UNIDOS: UN MODELO SOCIOLÓGICO\*

D. A. Jeremy TELMAN\*\*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Kelsen, la política y la filosofía del derecho del realismo jurídico.* III. *Kelsen y la profesión jurídica estadounidense.* IV. *Conclusión.*

### I. INTRODUCCIÓN

En la época en la que los nazis se hicieron con el poder, Hans Kelsen era el líder de la teoría jurídica alemana y el decano de la Facultad de Derecho de Colonia.<sup>1</sup> Depuesto de su empleo universitario debido a su ascendencia judía, Kelsen huyó a Ginebra en 1933, y a Estados Unidos en 1940.<sup>2</sup> En aquella época, la reputación de Kelsen ya era muy conocida en la Unión Americana. En 1934, Roscoe Pound, jurista y decano de la Facultad de Derecho de Harvard, calificó a Kelsen como “indudablemente, el jurista más importante de la época”.<sup>3</sup>

---

\* Este artículo fue publicado originalmente como: Telman, D. A. Jeremy, “The Reception of Hans Kelsen’s Legal Theory in the United States: A Sociological Model”, *Law Faculty Publications*, 2008, pp. 1-25. Traducción del inglés al castellano por Augusto Fernando Carrillo Salgado, estudiante del doctorado en derecho por la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM. Contacto: [augustoc@ucm.es](mailto:augustoc@ucm.es). ORCID-ID: <https://orcid.org/0000-0001-6107-4917>. El traductor agradece al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (Conacyt) por el financiamiento para realizar la presente traducción.

\*\* Profesor asociado, Universidad de la Ciudad de Oklahoma, Estados Unidos de América. Contacto: [datelman@okcu.edu](mailto:datelman@okcu.edu). El autor agradece a sus colegas por su apoyo y comentarios a un borrador de este ensayo que fue presentado en un coloquio académico.

<sup>1</sup> Métall, Rudolf Aladár, *Hans Kelsen: Leben und Werk*, Viena, Verlag Franz Deuticke, 1969, pp. 57-63.

<sup>2</sup> *Ibidem*, pp. 63, 64, 76 y 77.

<sup>3</sup> Pound, Roscoe, “Law and the Science of Law in Recent Theories”, *Yale Law Journal*, núm. 43, 1934, pp. 525 y 532.

Tras su migración a los Estados Unidos, Kelsen estuvo treinta años involucrado activamente con la academia, la docencia, y como profesor visitante en el extranjero,<sup>4</sup> pero su enfoque hacia la teoría jurídica jamás encontró seguimiento entre los juristas de América, aunque su reputación crecía internacionalmente. Karl Llewellyn, un reconocido abogado de la escuela del realismo jurídico, calificó el trabajo de Kelsen como “totalmente estéril”, aunque reconoció el intelecto de Kelsen.<sup>5</sup> Haciendo referencia al famoso aforismo de Oliver Wendell Holmes, de que la vida del derecho no es la lógica, sino la experiencia, Harold Laski denunció la teoría jurídica de Kelsen como un estéril “ejercicio sobre lógica, y no sobre la vida”.<sup>6</sup> Hasta ahora, Kelsen y sus ideas son raramente consideradas en la academia jurídica de Estados Unidos.<sup>7</sup> Recientemente, un reconocido filósofo estadounidense del derecho sostuvo que Kelsen no es estudiado en dicho país, cuando menos entre los filósofos del derecho, porque H. L. A. Hart demostró “que dos elementos centrales de su perspectiva jurídica parecen estar equivocados”.<sup>8</sup>

Dos simples citas ejemplifican hasta qué punto todo el enfoque de Kelsen sobre el derecho es un anatema para los juristas de Estados Unidos. En las dos áreas donde podríamos esperar que la influencia de Kelsen fuera inevitable —derecho internacional y filosofía del derecho—, la oposición a su pensamiento es aún más marcada. Como se sabe muy bien, Kelsen deseaba crear una ciencia del derecho como campo autónomo, separado de la polí-

---

<sup>4</sup> Durante la época en la que estaba viviendo en Estados Unidos, Kelsen dictó cátedra y/o fue profesor invitado en Ginebra, Newport, La Haya, Viena, Copenhage, Estocolmo, Helsinki, y Chicago. Él recibió doctorados *honoris causa* por Utrecht, Harvard, Chicago, México, Berkeley, Salamanca, Berlín, Viena, Nueva York, París y Salzburgo. Bersier Ladavac, Nicoletta, “Bibliographical Note and Biography”, *European Journal of International Law*, núm. 9, 1998, pp. 391 y 392.

<sup>5</sup> Llewellyn, Karl N., *Realism in Theory and Practice*, Chicago, University of Chicago Press, 1962, p. 356, nota 6. “Considero que la obra de Kelsen es completamente estéril; salvo los subproductos que se derivan de apartar por un momento sus sagaces ojos de lo que él considera como derecho puro”.

<sup>6</sup> Laski, Harold, *A Grammar of Politics*, 4a., Londres, Allen y Unwin, 1938.

<sup>7</sup> Calsamiglia, Albert, “For Kelsen”, *Ratio Juris*, núm. 13, 2000, pp. 196-199. “Hasta ahora, en Norte América, Kelsen es prácticamente desconocido y, solo con unas pocas excepciones... la teoría general del derecho americana ha ignorado totalmente su contribución”. El teórico jurídico más citado en Estados Unidos, el juez Richard Posner, admitió que, hasta hace poco, jamás había leído a Kelsen. Posner, Richard A., *Law, Pragmatism, and Democracy*, Cambridge, Harvard University Press, 2003, p. 250.

<sup>8</sup> Leiter, Brian, “Why don’t American philosophers of law talk about Kelsen?”, Blog sobre filosofía del derecho de Brian Leiter. consultado el 3 de octubre de 2007, disponible en: <http://leiterlegalphilosophy.typepad.com/leiter/2007/10/why-dont-amer-1.html>.

tica y la moral.<sup>9</sup> Sin embargo, cuando los estudiantes de Estados Unidos son introducidos al derecho internacional a través de un reconocido libro estadounidense de casos, la primera oración que leen en el capítulo I, sección I, dice lo siguiente: “Antes que nada, el derecho es política”.<sup>10</sup>

Los principales filósofos del derecho estadounidenses también rechazaron los principios fundamentales de Kelsen. En 1949, por ejemplo, luego de que Kelsen hubiera enseñado en Estados Unidos cerca de una década, Lon Fuller, el reconocido jurista y teórico americano, sostuvo que Kelsen había excluido a la justicia de sus estudios porque es un “ideal irracional” y, por lo tanto, “no está sujeta a la cognición”. Fuller afirmó que “la estructura completa de la teoría [de Kelsen] deriva de esta exclusión”.<sup>11</sup> Sin embargo, Fuller estuvo de acuerdo con Jerome Hall, quien, en su influyente *Lecturas sobre teoría general del derecho (Readings in Jurisprudence)*, postuló que la filosofía del derecho debe comenzar con la justicia.<sup>12</sup> El enfoque jurídico de los académicos estadounidenses deriva de principios antitéticos a la teoría pura del derecho de Kelsen.

En este ensayo, exploraré las razones que subyacen en la oposición al enfoque de Kelsen entre los académicos americanos. La vehemencia con la cual los juristas de Estados Unidos rechazan la filosofía del derecho de Kelsen es comprendida mejor como un producto de numerosos factores, algunos filosóficos, algunos políticos y otros que tienen que ver con desarrollos profesionales en la propia academia. Puesto que considero que la oposición filosófica y política a la filosofía del derecho de Kelsen ha sido muy bien explorada en artículos tempranos, discutiré brevemente estos tópicos en la sección I y, posteriormente, propondré, en la sección II, un modelo so-

---

<sup>9</sup> Kelsen, Hans, “Prefacio” a la 2a. ed. de *Main Problems in the Theory of Public Law*, en Paulson, Stanley L. (ed.), *Normativity and Norms: Essays on Kelsen*, Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 1 y 2. “La pureza de la teoría debe ser asegurada contra las pretensiones del llamado punto de vista «sociológico», que emplea métodos causales y científicos para apropiarse del derecho como parte de la realidad natural. Y debe ser asegurada contra la teoría naturalista que, al ignorar el referente fundamental que se encuentra exclusivamente en el derecho positivo, extrae a la teoría jurídica del ámbito de las normas jurídicas positivas y la lleva a los postulados ético-políticos”.

<sup>10</sup> Damrosch, Lori et al., *International Law: Cases and Materials*, 4a. ed., Minnesota, West, 2001, p. 1. La sentencia en cuestión se presenta en un extracto de un ensayo de uno de los autores del libro de casos, Louis Henkin, que ha sido una figura destacada en su campo dentro de la academia estadounidense durante décadas.

<sup>11</sup> Fuller, Lon L., “The Place and Uses of Jurisprudence in the Law School Curriculum”, *Journal of Legal Education*, núm. 1, 1949, pp. 495 y 496. Es también significativo que el ensayo de Fuller aparezca en el primer volumen de una nueva revista que, desde entonces, se ha convertido en la publicación estadounidense dominante en pedagogía jurídica.

<sup>12</sup> *Ibidem*, citado en Hall, Jerome, *Readings in Jurisprudence*, 1938.

ciológico que explica el rechazo académico a la teoría pura del derecho en el proceso de profesionalización, perfectamente establecido cuando Kelsen arribó a Estados Unidos.

Mi objetivo en este ensayo no es ni retratar a Kelsen como una víctima ni como un genio ignorado que ofreció elixires que podrían haber sido empleados para tratar las varias afecciones de la academia jurídica estadounidense. Aunque rechazado por la academia americana, Kelsen gozó de una brillante carrera y no puede ser dibujado como una persona hacia la cual sentir lástima. Además, en este punto de mi inmersión en la teoría jurídica de Kelsen, soy un agnóstico en cuanto a si, o hasta qué punto, la academia jurídica estadounidense se beneficiaría de un encuentro tardío con Kelsen. Más bien, este ensayo es un ejercicio en el campo de la sociología del conocimiento y una contribución a la historia de la academia jurídica estadounidense. El hecho de que Kelsen no interprete prácticamente ningún papel en dicha historia, dice relativamente poco sobre él; además, se pretende ilustrar las estructuras de apertura y exclusión en las que se desarrolla una modalidad profesional. Los historiadores de la profesión jurídica en Estados Unidos han abordado las exclusiones más obvias y siniestras (basadas en la raza, el género y la clase) que conlleva el proceso de profesionalización.<sup>13</sup> La historia detrás de la exclusión de modelos de teoría jurídica alternativos debe ser todavía discutida.<sup>14</sup>

## II. KELSEN, LA POLÍTICA Y LA FILOSOFÍA DEL DERECHO DEL REALISMO JURÍDICO

Inmediatamente después de su llegada a Estados Unidos, Kelsen se hizo acreedor a las dignidades a las que su reputación le daba derecho. La *Teoría general del derecho y del Estado (General Theory of Law and State)*<sup>15</sup> de Kelsen fue elegida como el primer volumen de la *Serie sobre filosofía del derecho del siglo XX*

---

<sup>13</sup> Stevens, Robert, *Law School: Legal Education in America from the 1850's to the 1980's*, Carolina del Norte, University of North Carolina Press, 1983; Auerbach, Jerold S., *Unequal Justice: Lawyers and Social Change in Modern America*, Nueva York, Oxford University Press, 1976.

<sup>14</sup> En un ensayo deliciosamente iconoclasta, John Henry Schlegel proporciona ejemplos de formas en las que figuras poderosas dentro de la academia jurídica estadounidense se opusieron efectivamente a las innovaciones pedagógicas propuestas, pero no aborda las exclusiones teóricas. Schlegel, John Henry, "Between the Harvard Founders and the American Legal Realists: The Professionalization of the American Law Professor", *Journal of Legal Education*, núm. 35, 1985, pp. 311-323.

<sup>15</sup> Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State*, Massachusetts, Harvard University Press, 1945.

de la *Academia Americana de Juristas (American Academy of Legal Scholars' Twentieth Century Legal Philosophy Series)*.<sup>16</sup> También fue invitado a dictar un ciclo de conferencias inaugurales de la cátedra Oliver Wendell Holmes en la Facultad de Derecho de Harvard; éstas fueron compiladas en una publicación de Harvard, *Derecho y paz en las relaciones internacionales (Law and Peace in International Relations)*.<sup>17</sup> Aunque sus publicaciones no podrían haber aparecido en lugares más prominentes, apenas recibieron atención en las revistas de derecho.<sup>18</sup> Como Stanley Paulson señaló, en su fino ensayo sobre la recepción de Kelsen en Estados Unidos, las pocas discusiones detalladas acerca de la obra de Kelsen, aparecidas en revistas jurídicas estadounidenses, fueron escritas por colegas migrantes que se habían formado minuciosamente en la teoría pura del derecho en Europa antes de venir a América.<sup>19</sup> Lo que resulta más significativo es que Kelsen, uno de los juristas más reconocidos de Europa, fuera incapaz de obtener una posición como profesor de tiempo completo en ninguna facultad de derecho estadounidense. Por el contrario, se adscribió al claustro docente del departamento de ciencias políticas de la Universidad de California, en Berkeley.<sup>20</sup>

### 1. *La oposición realista a la filosofía del derecho de Kelsen*

La filosofía del derecho estadounidense en el siglo XX, y hasta el día de hoy, se ha enorgullecido de su sólido realismo o pragmatismo. No sólo es considerado un cliché decir “ahora todos somos realistas”; aparentemente, también se reconoce como cliché señalar el cliché.<sup>21</sup> De esta forma, en

<sup>16</sup> Gooch, R. K., “General Theory of Law and State (20<sup>th</sup> Century Legal Philosophy Series, vol. I) By Hans Kelsen. Translated by Anders Wedberg. Cambridge: Harvard University Press. 1945, pp. xxxiv, 516. \$6.00”, *Virginia Law Review*, núm. 32, 1945, pp. 212 y 213.

<sup>17</sup> Kelsen, Hans, *Law and Peace in International Relations*, Massachusetts, Harvard University Press, 1942.

<sup>18</sup> Clark, R. S., “Hans Kelsen’s Pure Theory of Law”, *Journal of Legal Education*, núm. 22, 1969, p. 170. Señalando que la traducción de 1967 de la *Teoría pura del derecho* había escapado en gran medida de la atención de los comentaristas de jurisprudencia y citando sólo otras dos reseñas “sustanciales”.

<sup>19</sup> Paulson, Stanley L., “Die Rezeption Kelsens in Amerika”, en Weinberger, Ota y Kra-wietz, Werner (eds.), *Reine Rechtslehre im Spiegel ihrer Fortsetzer und Kritiker*, Viena, Springer, 1988, pp. 179 y 180.

<sup>20</sup> Patterson, Edwin, “Hans Kelsen and his Pure Theory of Law”, *California Law Review*, núm. 40, 1952, p. 5.

<sup>21</sup> Kalman, Laura, *Legal Realism at Yale*, Carolina del Norte, University of North Carolina Press, 1986, p. 229; Green, Michael Steven, “Legal Realism as a Theory of Law”, *William & Mary Law Review*, vol. 46, núm. 6, 2005, pp. 1915-1917.

la medida en que el enfoque de Kelsen sobre el derecho parecía estar en desacuerdo con el realismo jurídico, no debe sorprender que no fuera bien recibido por sus colegas de la academia jurídica estadounidense.

Antes de que el realismo apareciera en escena, la academia jurídica estaba dominada por un concepto formalista del derecho que subrayaba “la pretendida autonomía y clausura del mundo jurídico y el predominio de la lógica formal en este universo autónomo”.<sup>22</sup> El realismo se definía a sí mismo en oposición a esta idea del derecho,<sup>23</sup> y el enfoque de Kelsen podría haber parecido a los realistas una versión del formalismo que ellos habían rechazado enérgicamente y que se encontraba en proceso de eliminación de la pedagogía y la doctrina jurídica. Las características del realismo son dos formas de escepticismo normativo: la perspectiva de que las normas jurídicas son un mito porque el derecho consiste solamente en las decisiones de los tribunales, y la perspectiva de que los códigos, así como otras creaciones legislativas, son tan indeterminadas como para constreñir a los jueces o gobernar sus decisiones.<sup>24</sup> Es fácil de entender que el enfoque de Kelsen se marchitaría en una tierra tan infértil.

Hasta el día de hoy, la mayor parte de los académicos estadounidenses encuentran su trabajo, o impenetrable, o que no vale la pena porque sus premisas contradicen los principios fundamentales del enfoque americano hacia el derecho.<sup>25</sup> Mientras que sus obras recientes fueron frecuentemente examinadas en la década posterior a su llegada a Estados Unidos, la traducción de su trabajo teórico más importante, la *Teoría pura del derecho* (*Reine Rechtslehre*), fue durante mucho tiempo ignorado, y su teoría jurídica, en general, fue recibida con indiferencia fuera de la pequeña comunidad académica de emigrantes.<sup>26</sup>

Existe una pequeña, pero significativa, excepción al enfoque general de que todos “nosotros” —esto es, los abogados estadounidenses— somos realistas. Parece existir un consenso entre los filósofos del derecho estadouni-

---

<sup>22</sup> Dagan, Hanoch, “The Realist Conception of Law”, *University of Toronto Law Journal*, núm. 57, 2007, pp. 608-611.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 612. “El proyecto realista comienza con una crítica a su concepción formalista del derecho”.

<sup>24</sup> Green, Michael Steven, *op. cit.*, pp. 1917 y 1918.

<sup>25</sup> Paulson, Stanley L., “Die Rezeption...”, *cit.*, p. 180. Quien señala que la filosofía pragmática americana conllevaba una aversión al filosofar de alto nivel, como el neokantianismo de Kelsen.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 181. Véase, también, Fuller, Lon L., *op. cit.*, p. 496. “A pesar de la fama mundial de Kelsen, sus puntos de vista son escasamente conocidos entre los abogados y juristas de este país”.

denses de que el realismo fue “misericordiosamente puesto a descansar por la decisiva crítica de H. L. A. Hart sobre el «escepticismo normativo» en el capítulo séptimo del *Concepto del derecho* (*The Concept of Law*)”.<sup>27</sup> Sin embargo, los cursos sobre filosofía del derecho impartidos en las facultades de derecho estadounidenses a menudo incluyen varias clases sobre realismo, inclusive es difícil imaginar que un estudiante egrese de una facultad de derecho sin, al menos, alguna inmersión en la teoría realista. El nombre de Kelsen, por el contrario, rara vez aparece en un programa de estudios de una facultad de derecho americana.<sup>28</sup> Más aún, aunque el enfoque de Hart es, precisamente, diametralmente opuesto al realismo, como el de Kelsen, Hart y Ronald Dworkin son probablemente los dos filósofos del derecho con los cuales los estudiantes de derecho estadounidenses están más familiarizados. Así pues, aunque la oposición de Kelsen al realismo proporciona algunas pistas sobre su falta de influencia en Estados Unidos, debe haber algo más que eso.

## 2. *El rechazo del positivismo jurídico como políticamente anémico*

Una segunda razón por la cual Kelsen no llegó al público estadounidense tiene que ver con la política sustantiva de la academia americana en la época de la posguerra. La teoría de Kelsen no pasó la prueba de fuego porque, aunque Kelsen personalmente se encontraba a favor de la democracia parlamentaria, su deseo de producir una teoría pura del derecho le exigía evitar conectar el sistema jurídico con alguna teoría política sustantiva.<sup>29</sup> Ya en 1946, Gustav Radbruch había declarado que el positivismo

---

<sup>27</sup> Green, Michael Steven, *op. cit.*, p. 1917. Véase, también, Leiter, Brian, “Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence”, *Texas Law Review*, núm. 76, 1997, pp. 267-270. Quien señala que el realismo “casi no ha tenido impacto en la corriente principal de la teoría general del derecho angloamericana”.

<sup>28</sup> La excepción podría probar la regla. Cuando era estudiante de derecho, un extracto de Kelsen nos fue asignado en sólo uno de los tres cursos que tomé, los cuales estaban centrados exclusivamente en filosofía del derecho y razonamiento jurídico. Una clase antes de que leyéramos a Kelsen, nuestro profesor nos dijo que no nos molestáramos, ya que, nos aseguró, sería incomprensible para nosotros. No leímos ni discutimos a Kelsen durante el curso.

<sup>29</sup> Kelsen, Hans, *Introduction to the Problems of Legal Theory. A Translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law*, Nueva York, Oxford University Press, trad. del alemán al inglés por Bonnie Litschewski Paulson y Stanley L. Paulson, 1992, p. 3. “Una de las objeciones más frecuentes contra la Teoría Pura es que, al permanecer completamente libre de toda política, se mantiene al margen del flujo y reflujo de la vida y, por lo tanto, carece de valor en términos científicos. No es menos frecuente, sin embargo, que se diga que la Teoría Pura del Derecho no está en condiciones de cumplir con su propia exigencia

había dejado a la profesión jurídica alemana inerme contra las normas con un contenido arbitrario o, inclusive, criminal.<sup>30</sup> Lon Fuller, uno de los filósofos del derecho más influyentes en Estados Unidos durante la vida de Kelsen, concluyó que el positivismo jurídico había contribuido a allanar el camino para la toma del poder por parte de los nazis.<sup>31</sup> Durante la época en la que el fascismo y el totalitarismo planteaban genuinas amenazas al ascenso de la democracia como modelo de gobierno global, la teoría de Kelsen no parecía proporcionar a los académicos estadounidenses una defensa suficientemente robusta de la democracia, o suficientes garantías contra los abusos del derecho por parte de los gobiernos fascistas o totalitarios. A mediados de 1950, Richard Carpenter definió la actitud hacia el positivismo jurídico alemán en la academia estadounidense cuando criticó la avanzada cultura científica e intelecto alemán por su incapacidad para resistir el programa nazi.<sup>32</sup>

Lejos de ser una causa que sorprenda, este fenómeno parecería una consecuencia lógica y predecible del positivismo subjetivo con el cual los profesores alemanes fueron adoctrinados durante un largo tiempo. Habría parecido completamente incoherente, con su declarada filosofía, para un

---

metodológica básica, y que ella misma no es más que la expresión de un determinado valor político. Pero ¿qué valor político?”.

<sup>30</sup> Radbruch, Gustav, “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht”, *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, núm. 1, 1946, pp. 105-107.

<sup>31</sup> Fuller ocupó una cátedra como profesor de teoría general del derecho en la Facultad de Derecho de Harvard. En un ensayo de 1954, Fuller escribió que los nazis “nunca habrían logrado el control sobre el pueblo alemán, si este no hubiera estado esperando a ser doblegado por sus actitudes y fines siniestros hacia el derecho y gobierno que habían construido durante siglos. Estas actitudes incluían ser “notoriamente deferentes con la autoridad” y tener “fe en ciertos procesos fundamentales del gobierno”. Fuller, Lon L., “American Legal Philosophy at Mid-Century”, *Journal of Legal Education*, núm. 6, 1954, pp. 457-466. En un debate con H. L. A. Hart en 1958, Fuller declaró que la filosofía positivista es incompatible con el ideal de lealtad al derecho. Fuller, Lon L., “Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart”, *Harvard Law Review*, núm. 71, 1958, pp. 630-646. En el mismo artículo, Fuller liga con mayor precisión el positivismo jurídico alemán con el ascenso del fascismo en Alemania. Véase *ibidem*, p. 659, donde sostiene que las actitudes positivistas en la profesión jurídica alemana fueron “de ayuda para los nazis”. Aunque Fuller parece pensar que su punto de vista es el mismo que el de Radbruch, Stanley Paulson sostiene que estos se diferencian. Mientras Radbruch se centró en el positivismo jurídico durante el nazismo (lo que Paulson llama “tesis de la exoneración”), Fuller estaba interesado en el positivismo durante la República de Weimar, lo que Paulson llama la “tesis causal”. Paulson, Stanley L., “Lon L. Fuller, Gustav Radbruch and the «Positivist» Theses”, *Law and Philosophy*, núm. 13, 1994, pp. 313 y 314.

<sup>32</sup> Carpenter, Richard V., “The Problem of Value Judgments as Norms of Law”, *Journal of Legal Education*, núm. 7, 1954, pp. 163-167.

positivista bien posicionado, arriesgar su vida, o sustento, por cualquier resistencia abierta hacia las teorías nazis. Si alguno lo hizo, debió parecer a sus hermanos más consecuentes, como un tonto emocional o, quizá, como un psicópata masoquista con un complejo de mártir.<sup>33</sup>

Como mínimo, el aspecto *ad hominem* de esta crítica se encuentra mal informado.<sup>34</sup> Además, en su minucioso estudio sobre el constitucionalismo de Weimar y el positivismo jurídico, Peter Caldwell establece que la mayoría de los teóricos jurídicos eran sólo republicanos tibios, pero evita cualquier argumento de que una teoría constitucional republicana más robusta podría haber prevenido el colapso de la República de Weimar.<sup>35</sup> Lo hace, no porque el positivismo jurídico ofreciera una oposición firme al nazismo, sino porque no existe evidencia de que alguna forma de teoría jurídica haya resistido mejor las amenazas antidemocráticas.

En todo caso, los críticos estadounidenses de Kelsen que se centran exclusivamente en las alegadas deficiencias políticas de su enfoque hacia el derecho ignoran un vasto *corpus* de pensamiento jurídico que toca un amplio número de temas. Kelsen publicó alrededor de cuatrocientos trabajos durante su vida, que comprenden no sólo tópicos en el campo de la filosofía del derecho, sino también el derecho constitucional, el derecho internacional, la historia del derecho, la política contemporánea y la teoría política.<sup>36</sup> Aunque algunas compilaciones de ensayos académicos sobre el trabajo de Kelsen han aparecido en inglés,<sup>37</sup> aún no se ha publicado una monografía académica seria sobre la teoría jurídica de Kelsen en Estados Unidos.

---

<sup>33</sup> *Idem.*

<sup>34</sup> Stanley Paulson señala que “los principales portavoces del positivismo jurídico de Weimar estaban muy alejados del partido nazi” y “eran conocidos como opositores al nuevo régimen nazi”. Paulson, Stanley, “Positivist Thesis”, *Law and Philosophy*, núm. 13, 1994, p. 347. Específicamente, Paulson tenía en mente: Gerhard Anschütz, quien se retiró antes que servir en una universidad nazi; Richard Thoma, quien continuó enseñando, pero no se unió al régimen nazi; Walter Jellinek, Hans Kelsen y Hans Nawiasky, todos los cuales fueron removidos de sus puestos universitarios por los nazis, y Gustav Radbruch, quien soportó un “exilio interno” durante el Tercer Reich; *ibidem*, pp. 345 y 346.

<sup>35</sup> Caldwell, Peter C., *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law: The Theory and Practice of Weimar Constitutionalism*, Duke University Press, 1997, 300 pp.

<sup>36</sup> Calsamiglia, Alberto, *op. cit.*, p. 197. Métall provee una lista de cerca de seiscientas obras que Kelsen había publicado hasta 1966, pero la lista incluye traducciones y reseñas de libros. Véase Métall, Rudolf Aladár, *op. cit.*, pp. 124-155.

<sup>37</sup> Véase, por ejemplo, Tur, Richard, y Twining, William (eds.), *Essays on Kelsen*, Oxford, Clarendon Press, 1986; Engel, Salo (ed.), *Law, State, and International Legal Order: Essays in Honor of Hans Kelsen*, Tennessee, University of Tennessee Press, 1964.

En general, la academia jurídica americana produce pocas respuestas significativas a la filosofía jurídica de Kelsen. Sin embargo, el problema no es simplemente reconciliar el enfoque de Kelsen a la teoría del *common law* o a una tradición angloamericana de filosofía del derecho. La academia jurídica estadounidense no es un monolito político o metodológico. La política de Kelsen no estaba fuera de la corriente principal, y su aproximación neokantiana a la teoría jurídica, aunque quizá no tan accesible como la de los filósofos americanos o ingleses que trabajaron en la más conocida tradición de la filosofía angloamericana del siglo XX, no es tan oscura como para ser incomprensible al estudiante serio de filosofía jurídica. Importantes filósofos del derecho en Inglaterra escribieron bastante sobre Kelsen.<sup>38</sup> Así, aunque la oposición filosófica y política a Kelsen es, ciertamente, significativa, debemos mirar también otros factores para comprender mejor por qué Kelsen y su trabajo han sido durante mucho tiempo ignorados por la academia jurídica americana.

### III. KELSEN Y LA PROFESIÓN JURÍDICA ESTADOUNIDENSE

En el párrafo I de este ensayo fueron resumidos los argumentos más comunes que explican la ausencia de influencia de Kelsen en la academia jurídica de Estados Unidos y la profesión jurídica americana en general. En esta sección se exploran explicaciones adicionales a la ausencia de influencia de Kelsen, se examina tanto la sociología de la profesión como de la academia jurídica de la Unión Americana. El objetivo aquí no es minimizar el significado de los obstáculos políticos y teóricos sobre la recepción de la teoría de Kelsen en América. Más bien, esta parte tiene como propósito complementar nuestra comprensión sobre las infinitas razones por las cuales Kelsen no tuvo un impacto sobre la vida intelectual de su hogar adoptivo. Al hacerlo, esta parte ofrece un estudio de caso en la sociología del conocimiento y las formas en las que, como una parte necesaria del proceso de formación de un *ethos* profesional o ideología, ciertos modos de pensar e interactuar deben ser rechazados por estar fuera del ámbito de los enfoques profesionales aceptables para la materia en cuestión.

---

<sup>38</sup> Véase, por ejemplo, Hart, H. L. A., “Kelsen Visited” y “Kelsen’s Doctrine of the Unity of Law”, reimpresos en Hart, H. L. A., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, pp. 286 y 342; Raz, Joseph, *The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System*, Oxford, Clarendon Press, 1980, pp. 93-120, donde discute el sistema jurídico de Kelsen.

1. *La educación jurídica: de la escuela de negocios a la formación profesional*

A. *La transformación de la educación jurídica a principios del siglo XX en Estados Unidos*

La educación jurídica en Estados Unidos tomó un camino diferente al seguido en Europa. Mientras el derecho fue una de las cuatro facultades fundadoras de la universidad europea medieval,<sup>39</sup> nunca se integró en la educación universitaria tradicional de Estados Unidos.<sup>40</sup> Mas bien, la formación jurídica se desarrolló bajo la línea de la educación comercial.<sup>41</sup> Antes de la Guerra Civil, sólo nueve de 39 jurisdicciones estadounidenses exigían algún tipo de educación jurídica como una cualificación necesaria para ser admitido en el colegio de abogados, y el examen por parte de éste era oral y casual.<sup>42</sup>

Esto cambió significativamente en las dos décadas posteriores a la Guerra Civil; algún tipo de formación jurídica, o pasantía, fue obligatoria en la mayoría de las jurisdicciones, y un examen escrito por parte del colegio de abogados devino necesario.<sup>43</sup> Sin embargo, aunque la Facultad de Derecho de Harvard ofertaba un título de posgrado de tres años en 1899, veinte años

---

<sup>39</sup> La Universidad de Bolonia concedía títulos en artes, medicina y teología, pero era “preminentemente una escuela de derecho civil”; Haskins, Charles Homer, *The Rise of Universities*, 3a. ed., Nueva York, Cornell University Press, 1957, pp. 11 y 12. Hacia 1231, la Universidad de París fue dividida en cuatro facultades: Artes, Derecho, Medicina y Teología. *Ibidem*, p. 16. Véase, también, Ostertag, Juergen R., “Legal Education in Germany and the United States: A Structural Comparison”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 26, núm. 2, 1993, pp. 301, 306 y 307. “La Universidad medieval continental consideró el derecho como una de las facultades clásicas...”. Esta división de las universidades europeas continentales en facultades era aún vigente durante la vida de Kelsen. Riesenfeld, Stefan, “A Comparison of Continental and American Legal Education”, *Michigan Law Review*, núm. 36, 1937, pp. 31 y 33.

<sup>40</sup> Stevens, Robert, *op. cit.*, pp. 35 y 36. Quien señala que los profesores de derecho, en ocasiones, enseñaban como adjuntos en las universidades, que carecían de facultades de derecho y que los estudiantes “elegían la facultad de derecho o el colegio, pero no ambos”.

<sup>41</sup> Andrew Siegel, el historiador de la Facultad de Derecho de Litchfield, la primera escuela de este tipo en Estados Unidos, la describió como “una escuela de negocios para jóvenes bien educados, un club social donde se forman conexiones para toda la vida y una fábrica de propaganda para la visión federalista del orden social”. Siegel, Andrew M., “«To Learn and Make Respectable Hereafter»: The Litchfield Law School in Cultural Context”, *New York Law Review*, núm. 73, 1998, pp. 1978 y 1981.

<sup>42</sup> Stevens, Robert, *op. cit.*, p. 25.

<sup>43</sup> *Idem*.

más tarde, sólo un puñado de universidades requerían un título de licenciatura como requisito previo para estudiar derecho.<sup>44</sup> A comienzos del siglo XX, las facultades de derecho aún aceptaban estudiantes que no hubieran sido admitidos en los programas de licenciatura de las mismas universidades; inclusive existía la preocupación de que éstas estuvieran usando sus facultades de derecho para admitir a atletas que, de otra forma, no estuvieran calificados para ser aceptados.<sup>45</sup> Puesto que las facultades de derecho comenzaron a exigir, al menos, algún tipo de educación universitaria como requisito previo a la admisión durante las primeras décadas del siglo XX, las matriculaciones disminuyeron en más de un 50%.<sup>46</sup> Pero la victoria del modelo de Harvard fue eventualmente completada. En 1920, el Colegio Americano de Abogados (ABA, por sus siglas en inglés) asumió la política de limitar el acceso al examen del colegio a los estudiantes que habían cursado al menos dos años de estudios universitarios antes de ingresar a la Facultad de Derecho. La Asociación Americana de Facultades de Derecho (AALS, por sus siglas en inglés) siguió la misma línea, ya que sus miembros convirtieron la finalización de dos años de estudios universitarios como requisito previo para la admisión a la Facultad de Derecho.<sup>47</sup> A mediados de siglo, la educación jurídica en Estados Unidos consistía invariablemente en programas diurnos a tiempo completo de tres años de duración, en los que se inscribían casi exclusivamente graduados universitarios, todos los cuales cursaban un plan de estudios prácticamente idéntico, compuestos por asignaturas de derecho privado.<sup>48</sup>

### B. *El método de Kelsen y el método de casos jurídicos*

Al mismo tiempo que la Facultad de Derecho de Harvard encabezaba la homogenización de la formación jurídica, se estaba también llevando a cabo una revolución en la pedagogía jurídica. Se trataba del llamado método de casos, desarrollado por Christopher Columbus Langdell de Harvard. La pedagogía de Langdell era un método inductivo basado en las

---

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 37. Nombrando a Harvard, la Universidad de Pensilvania, Stanford, Columbia, Yale y Western Reserve como las únicas facultades de derecho que exigían un título universitario a partir de 1921.

<sup>45</sup> *Ibidem*, pp. 37 y 38.

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 37.

<sup>47</sup> First, Harry, "Competition in the Legal Education Industry (I)", *New York University Law Review*, núm. 53, 1978, pp. 311, 345 y 360.

<sup>48</sup> Schlegel, John Henry, *op. cit.*, p. 312.

ciencias naturales.<sup>49</sup> Se esperaba que los estudiantes experimentaran el desarrollo de reglas jurídicas a través de un estudio intensivo de un caso jurídico, más que aprender máximas jurídicas por medio de un estudio o tratado.<sup>50</sup> Los profesores de derecho a tiempo completo, quienes poco a poco comenzaron a verse a sí mismos como académicos, remplazaron a los maestros de medio tiempo que, ante todo, se miraban como abogados litigantes. El enfoque de Harvard no triunfó inmediatamente sobre la academia y profesión jurídica. Por el contrario, el método de casos fue cuestionado, tanto en Harvard como por la comunidad jurídica en general. La Facultad de Derecho de la Universidad de Boston se fundó en respuesta a la consternación de los abogados litigantes de aquel estado; por la orientación “técnica e histórica” del enfoque de Harvard sobre la educación jurídica.<sup>51</sup> La tensión sobre este método de enseñanza dividió a las principales organizaciones que representaban a los abogados estadounidenses: por una parte, el Colegio Americano de Abogados (ABA); por la otra, las 35 facultades de derecho organizadas en 1900 en la Asociación Americana de Facultades de Derecho (AALS).<sup>52</sup>

Al concluir la Primera Guerra Mundial, la educación jurídica se regularizó rápidamente bajo el patrón establecido por la Facultad de Derecho de Harvard. En escuelas tan dispares como la Universidad de Montana y la Universidad de Alabama, los decanos buscaron contratar profesores de tiempo completo, capacitados en el método de enseñanza de Harvard.<sup>53</sup> A medida que otras facultades de derecho imitaban el modelo de Harvard, la educación jurídica se transformó. En cincuenta años, el “método y plan de estudios de Langdell se habían apoderado de la educación jurídica” de

---

<sup>49</sup> Las primeras defensas del método de casos pueden encontrarse en Keener, William A., “Methods of Legal Education II”, *Yale Law Journal*, núm. 1, 1892, p. 143; Langdell, Christopher Columbus, “Teaching Law as a Science”, *American Law Review*, núm. 21, 1887, p. 123. Desde la perspectiva actual, es bastante difícil entender por qué o en qué sentido Langdell pensaba que el método del caso era “científico”. John Henry Schlegel desestima la noción como “tonta”, y sostiene que se consideraba así incluso en la época de Langdell. Schlegel, John Henry, *op. cit.*, p. 314.

<sup>50</sup> LaPiana, William P., *Logic and Experience: The Origin of Modern American Legal Education*, Nueva York-Oxford, Oxford University Press, 1994, p. 3. “En la formulación de Langdell, la educación jurídica es el estudio de unos pocos principios fundamentales que se encuentran en las fuentes originales —los casos— y, por ende, se derivan de estos por el proceso de inducción. Así, el estudiante piensa por sí mismo en lugar de limitarse a aceptar la formulación de segunda mano de algún tratadista”.

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 132.

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 148.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 191.

Estados Unidos.<sup>54</sup> Como William LaPiana precisó: “Un sistema de aprendizaje dio paso a una formación académica dominada por una nueva división de la profesión: los profesores de derecho a tiempo completo”.<sup>55</sup>

La educación jurídica en Estados Unidos, basada en el modelo de Harvard, trató de ser una síntesis entre una pasantía en un despacho de abogados, que había sido la base de la educación en el siglo XIX, y un ingenuo cientificismo, que la academia superó rápidamente con la llegada del realismo jurídico. El método de casos era diametralmente opuesto a la educación basada en tratados que le precedió y a la metodología que los profesores de Europa continental continuaban empleando cuando Kelsen dictaba cátedra.<sup>56</sup> En 1938, Max Rheinstein describió “el principal método de enseñanza” de las facultades de derecho de Europa continental como “un curso sistemático de conferencias, donde un extenso campo del derecho sería tratado como un todo coherente, lógicamente estructurado, con conceptos elaborados y claros”.<sup>57</sup> De acuerdo con Rheinstein, los estudiantes de Europa continental habitualmente no asistían a clases especialmente bien preparados, en la medida en la que “no había tareas en las que trabajar, y casos por asimilar”.<sup>58</sup> Mientras el método de casos era inductivo, el enfoque sobre la educación jurídica con el cual Kelsen estaba familiarizado era deductivo, basado en códigos y tratados.<sup>59</sup> En tanto que el método de casos se centraba en enseñar situaciones de la vida real a partir de casos, la educación jurídica en la época de Kelsen se basaba en análisis de conceptos, que eran comparados o contrastados con otros conceptos abstractos, todos los cuales se reconciliaban en un código jurídico.<sup>60</sup> De hecho, el método de casos era, en general, inapropiado para los temas preferidos por Kelsen: los llamados “cursos culturales”, como la teoría general del derecho, derecho comparado o historia del derecho. El método de Harvard miraba los cursos de teoría general del derecho, filosofía del derecho, derecho comparado,

---

<sup>54</sup> Schlegel, John Henry, *op. cit.*, p. 314.

<sup>55</sup> LaPiana, William P., *op. cit.*, p. 7.

<sup>56</sup> Riesenfeld, Stefan, *op. cit.*, p. 44, quien destaca una tendencia hacia el “tratamiento metodológico y sistemático” en la forma tradicional de educación jurídica en Alemania; también destaca que a menudo los alumnos se saltaban las clases y leían los materiales en un libro de texto.

<sup>57</sup> Rheinstein, Max, “Law Faculties and Law School. A Comparison of Legal Education in the United States and Germany”, *Wisconsin Law Review*, núm. 5, 1938, p. 18.

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>59</sup> Ostertag, Juergen R., *op. cit.*, p. 328, quien contrasta el “modelo analítico” estadounidense con el “modelo interpretativo” alemán, que se enfoca en interpretar códigos.

<sup>60</sup> Kronstein, Heinrich, “Reflections on the Case Method: In Teaching Civil Law”, *Journal of Legal Education*, núm. 3, 1950, p. 265.

teoría legislativa y criminología como un riesgo de dilución del “plan de estudios profesional en general”.<sup>61</sup>

De esta forma, cuando Kelsen apareció en escena en Estados Unidos estaba doblemente anticuado. Su enfoque pedagógico deductivo no podría ser más ajeno a los estudiantes estadounidenses. De hecho, aun comparado con los filósofos del derecho angloamericanos, el enfoque de Kelsen evitaba los ejemplos concretos extraídos de casos o escenarios reales o hipotéticos. Además, el sistema de Kelsen se proclamaba a sí mismo como una ciencia del derecho. Su positivismo jurídico sólo podría haber sorprendido a sus colegas realistas como una vuelta al formalismo ingenuo de las generaciones previas. Aunque la noción de Kelsen tenía mucho más en común con las ciencias humanas (*Geisteswissenschaften*), como la filosofía o la historia, que con las ciencias naturales (*Naturwissenschaften*), en las que Langdell basaba su enfoque del derecho, es probable que esta distinción se perdiera entre los colegas y estudiantes de Kelsen en la academia jurídica estadounidense.

## 2. *La profesionalización del derecho y la academia jurídica*

Kelsen ingresó a una cultura jurídica en Estados Unidos que había completado recientemente un proceso de profesionalización dual. Primero, la profesión jurídica había tomado un nuevo sendero, puesto que la educación jurídica había sido homogeneizada, y se erigieron barreras para ingresar, a fin de mejorar la condición de los abogados. Además, una nueva profesión emergió como disciplina a medida que los discípulos del modelo pedagógico de Harvard asumían posiciones como profesores de tiempo completo en las facultades de derecho a lo largo y ancho del país. Puesto que su condición profesional y prestigio dependía de su supremacía de un mercado de servicios educativos, el nuevo profesorado jurídico defendió celosamente su posición contra los enfoques alternativos del derecho y la educación jurídica.

### A. *El desarrollo de la profesión jurídica*

De acuerdo con Magali Sarfatti Larson, podemos concebir la profesión jurídica como un grupo de expertos capacitados que tratan de establecer un monopolio sobre un mercado de servicios. A juicio de Larson, la profesión

---

<sup>61</sup> Ehrenzweig, Albert A., “The Teaching of Jurisprudence in the United States”, *Journal of Legal Education*, núm. 4, 1951, pp. 117 y 124. Quien cita *The Centennial History of the Harvard Law School 1817-1917*, 1918.

médica era más capaz de establecer dicho monopolio, porque la demanda de servicios médicos es siempre alta, y porque las habilidades de los médicos no pueden estar sujetas a una revisión por pares tan fácilmente como ocurre, por ejemplo, con los abogados, arquitectos o ingenieros.<sup>62</sup> Más aún, la demanda por el tipo de servicios ofrecidos por otras profesiones no es tan estable como lo es la de cuidados médicos. La clave para dominar un mercado de profesionales, a diferencia de los galenos, deviene, por lo tanto, en tomar el control de la producción de los productores. Al limitar el suministro de practicantes certificados, los profesionales, como los abogados y los ingenieros, aseguran para sí una posición negociadora favorable en el mercado de su conocimiento y servicios.<sup>63</sup>

Generalmente, la experiencia, las certificaciones y la autonomía distinguen las profesiones de otras ocupaciones. La experiencia profesional y las certificaciones difieren de las capacitaciones de los artesanos, técnicos o gerentes, en que generalmente aquéllas se obtienen a través de la educación, más que de la experiencia laboral. Además, la educación profesional usualmente incluye una parte de teoría y la iniciación en un léxico especializado.<sup>64</sup>

La academia jurídica langdelliana ilustra brillantemente estos principios. Cuando Langdell apareció en escena, los abogados no eran los respetados profesionales que son hoy en día. Más aún, puesto que existían pocas barreras para ingresar, los abogados litigantes padecían severamente durante las recesiones económicas. A mediados de siglo, sin embargo, la revolución langdelliana era total. Uno sabía, cuando se contrataba un abogado estadounidense educado que (y era casi seguro que él) había completado una educación universitaria, así como un curso de tres años en una facultad de derecho, y que había superado también un riguroso examen escrito regulado por el colegio de abogados del Estado, cuyo ingreso estaba, para la mayoría, restringido a aquellos que habían completado un curso de estudio en una facultad de derecho acreditada. Aquellas facultades de derecho proporcionaban una especie de entrenamiento profesional y certificación que habían sido diseñadas especialmente para elevar la condición de la profesión jurídica por encima de los obreros ordinarios o artesanos.

Tal como Larson destacaba, las profesiones no satisfacen las necesidades existentes, en la medida en que dan forma o canalizan las necesidades

---

<sup>62</sup> Larson, Magali Sarfatti, *The Rise of the Professions: A Sociological Analysis*, California, University of California Press, 1977, pp. 19-39.

<sup>63</sup> *Ibidem*, pp. 29 y 30.

<sup>64</sup> Friedman, Eliot, "Are Professions Necessary?", en Haskell, Thomas L. (ed.), *The Authority of Experts: Studies in History and Theory*, Indiana, Indiana University Press, 1984, pp. 3-27.

de los consumidores al cambiar los criterios para una calidad de vida aceptable.<sup>65</sup> Para que una profesión tenga éxito, necesita convencer a la sociedad, como un todo, de que sus servicios son necesarios, y que solamente las personas con determinada experiencia y certificación están cualificadas para proveer tales servicios. Larson divide las características de las profesiones, de acuerdo con sus dimensiones cognitivas, normativas y evaluativas de la siguiente manera:

La dimensión cognitiva se centra en el cuerpo de conocimientos y técnicas que los profesionales aplican en su trabajo, así como en la capacitación necesaria para dominar tales conocimientos y habilidades. La dimensión normativa comprende la vocación de servicio de los profesionales y su ética característica que justifica el privilegio de autorregularse que les otorga la sociedad. La dimensión evaluativa compara implícitamente a las profesiones con otras ocupaciones, destacando las características singulares de las profesiones de autonomía y prestigio.<sup>66</sup>

Los atributos cognitivos de las profesiones son, quizá, más obvios para el observador acrítico. Los profesionales siguen una educación altamente especializada y avanzada, y esta educación legitima las ventajas normativas y evaluativas de la que gozan los profesionales. Fue, por lo tanto, crucial para la legitimación de la profesión jurídica en Estados Unidos, que la educación jurídica se convirtiera en educación profesional, y que las cualificaciones de los abogados fueran homogeneizadas.

Sin embargo, los mismos profesionales vieron su posición como una “vocación” y una responsabilidad. Se rigen por códigos especiales de conducta profesional y están comprometidos por un cierto grado de altruismo o servicio público. El auge del modelo de Harvard coincidió, por lo tanto, con la promulgación, por parte del Colegio Americano de Abogados, de un código de ética profesional, el cual fue rápidamente adoptado a nivel estatal.<sup>67</sup> Una vez adoptado, este código de ética permaneció en vigor, sin cambio alguno por más de medio siglo.<sup>68</sup> Los abogados compartieron un *ethos* profesional común que permaneció inalterado durante generaciones. Este *ethos* estaba vinculado tanto a la condición de los abogados como profesionales comprometidos con una vocación altruista, un servicio público,

<sup>65</sup> Larson, Magali Sarfatti, *op. cit.*, p. 58.

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. x.

<sup>67</sup> Auerbach, Jerold S., *op. cit.*, pp. 40-42.

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 284, quien señala que la ABA (por sus siglas en inglés) emprendió en 1964 una revisión de la ética profesional por primera vez en más de medio siglo.

como al elevado estatus de los abogados como miembros de una asociación exclusiva de expertos capacitados.

Finalmente, los profesionales eran calificados por medio de exámenes y evaluaciones de competencia rigurosas, que resultaban en su eventual autorización. Para que la profesión jurídica gozara de una mejor condición, era necesario, por lo tanto, que las evaluaciones del colegio de abogados estuvieran más regularizadas en todo el país. De hecho, los exámenes del colegio de abogados se hicieron más rigurosos durante la Gran Depresión, en la década de 1930, ya que los colegios de abogados estatales comenzaron a ver el examen como un medio para restringir la entrada en la profesión y, al mismo tiempo, proteger al público de abogados incompetentes.<sup>69</sup> Aquellos que adquirieron los atributos cognitivos, normativos y evaluativos que llegaron a asociarse con la profesión jurídica obtuvieron importantes recompensas en términos de alto prestigio social, ingresos relativamente altos y autonomía.

### B. *La creación de la profesión de los académicos del derecho*

Si bien es cierto que las particularidades de la profesionalización de los juristas fueron únicas, este proceso formó parte, también, de una tendencia a través de la cual las disciplinas académicas fueron profesionalizadas en Estados Unidos a partir del siglo XIX.<sup>70</sup> Como en todas las profesiones, el profesorado jurídico necesitó crear un producto identificable, excluir del mercado a los competidores de su producto y crear una ideología profesional, así como un *ethos* para justificar su dominación en dicho mercado.<sup>71</sup> En el derecho, el proceso de profesionalización fue doble, ya que la creación de una nueva disciplina académica de estudios jurídicos acompañó el fortalecimiento de un *ethos* profesional entre los abogados litigantes. Los profesores/estudiantes langdellianos buscaron eliminar a los profesores/profesionales del medio, al tiempo que convencían a los practicantes no docentes de que sus métodos pedagógicos podrían formar abogados mejor capacitados, incluso, crear una clase de mejores abogados. Al igual que otras carreras en

<sup>69</sup> Stevens, Robert, *op. cit.*, p. 178.

<sup>70</sup> Para una buena discusión sobre el proceso de profesionalización en las ciencias sociales en Estados Unidos, véase, Ross, Dorothy, "The Development of the Social Sciences", en Oleson, Alexandra y Voss, John (eds.), *The Organization of Knowledge in Modern America, 1860-1920*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1979, pp. 107-138.

<sup>71</sup> Schlegel, John Henry, *op. cit.*, p. 320, quien se basa en los análisis de Larson en "The Rise of the Professions".

vías de profesionalización, los juristas trataron de delimitar su terreno asociándolo a un cierto tipo de individuo —el jurista— y eliminar a sus aficionados predecesores del terreno.<sup>72</sup>

A través del método de casos, Langdell y la Facultad de Derecho de Harvard no sólo consolidaron el estatus profesional de los abogados, sino también crearon una nueva profesión: la de los juristas a tiempo completo.<sup>73</sup> Para lograr esto, fue necesario conquistar la significativa oposición de los partidarios de los modelos profesionales antiguos, menos exitosos.<sup>74</sup> Cuando Kelsen arribó a Estados Unidos, la profesión de los juristas había emergido recientemente victoriosa, en una lucha brutal contra todo adversario, que incluía a los formalistas y devotos de los métodos de enseñanza deductiva, así como a los abogados litigantes que querían que la educación jurídica continuara adoptando la forma de un aprendizaje profesional. La academia jurídica estaba, efectivamente, clausurada para las perspectivas metodológicas, pedagógicas y teóricas que podrían haber amenazado el ascenso del recién creado profesorado jurídico. De hecho, ciertos modos de discurso asociados al método de casos, los enfoques de enseñanza socráticos, y el realismo fueron relacionados al *ethos* de la academia jurídica, mientras que los enfoques alternativos a la teoría y educación jurídica que Kelsen representaba amenazaban con socavar el estatus y la autoridad del nuevo profesorado jurídico.

En sus análisis sobre el comportamiento profesional, los sociólogos centran más y más su atención en la experiencia, prestigio y creación de monopolios sobre los mercados de una *expertise*.<sup>75</sup> El núcleo de la profesionalización es monopolizar el proceso que guía la producción de profesionistas en una determinada área o práctica. Las universidades llegan a monopolizar no sólo el proceso a través del cual los profesionistas reciben las autorizaciones esenciales para su empleo, sino también la producción del conocimiento en un campo determinado. Las profesiones modernas son estructuras que relacionan “la producción del conocimiento con su aplicación en un mercado de servicios”; así, las universidades se convierten en “instituciones de entrenamiento... en las que se afecta esta vinculación”.<sup>76</sup> Dicho monopolio

<sup>72</sup> *Ibidem*, p. 314.

<sup>73</sup> LaPiana, William R., *op. cit.*, p. 7.

<sup>74</sup> Véase, por ejemplo, Pound, Roscoe, “Some Comments on Law Teachers and Law Teaching”, *Journal of Legal Education*, núm. 3, 1951, pp. 519 y 520. Señalando la resistencia a la noción de profesores de derecho a tiempo completo por parte de los principales miembros del Colegio Americano de Abogados y celebrando la “victoria total” de la enseñanza universitaria sobre un sistema de prácticas profesionales de derecho.

<sup>75</sup> Larson, Magali Sarfatti, *op. cit.*, p. 17.

<sup>76</sup> *Ibidem*, pp. 50 y 51.

sobre un mercado de servicios, y sobre las estructuras educativas que sopor-  
tan tal mercado, incrementa la distancia entre los profesionistas y los legos a  
los que sirven, aumentando así el estatus y la autoridad de aquéllos.

Al introducir el método de casos como el núcleo de la educación jurí-  
dica, Langdell asumió el papel de pionero de una práctica discursiva. Tal  
como Michel Foucault las ha descrito, las prácticas discursivas “no son pura  
y simplemente caminos de producción del discurso”. Más bien, “se mate-  
rializan en procesos técnicos, en instituciones, en pautas generales de com-  
portamiento, en formas de transmisión y difusión, y en formas pedagógicas  
generales”.<sup>77</sup> Ha existido una extraordinaria estabilidad en la educación ju-  
rídica, desde la época de Langdell. No sólo ha habido pocos cambios nota-  
bles en la pedagogía y en los planes de estudio en las facultades de derecho  
estadounidenses, sino que algunas de las controversias incluidas en los libros  
de casos, y enseñados en los cursos de derecho privado durante la época de  
Langdell, siguen siendo un elemento básico de la educación jurídica ac-  
tual.<sup>78</sup> La práctica discursiva de Langdell, en el ámbito de la pedagogía ju-  
rídica, ha sobrevivido a pesar de su asociación con un formalismo jurídico  
anticuado.<sup>79</sup> La profesión estadounidense se transformó de múltiples mane-  
ras, como resultado de las innovaciones langdellianas iniciadas en Harvard.  
Esta transformación no podía detenerse a considerar las perspectivas kel-  
senianas.

#### IV. CONCLUSIÓN

La escasa literatura sobre la recepción de Kelsen en Estados Unidos explica  
ampliamente su modesto impacto en la academia jurídica estadounidense  
en términos de rechazo político y filosófico de su teoría del derecho. Sin em-

---

<sup>77</sup> Foucault, Michel, “History of Systems of Thought”, en Bouchard, Donald F., *Language, Counter-Memory, Practice: Selected Essays and Interviews by Michel Foucault*, Nueva York, Cornell University Press, 1977, pp. 199 y 200.

<sup>78</sup> Por ejemplo, en Casto, William R., “Dear Sister Antillico...”. The Story of Kirksey vs Kirksey”, *Georgetown Law Journal*, 2006, pp. 321 y 373. William R. Casto y Val D. Ricks explican que el caso de *Kirksey versus Kirksey* llegó a los libros de casos porque Samuel Williston (contemporáneo de Langdell) se interesó por él y lo incluyó en la edición de 1903 de su libro de casos sobre contratos. Desde entonces, forma parte del plan de estudios de contratos de primer año.

<sup>79</sup> Ostertag, Juergen R., *op. cit.*, pp. 328 y 329, quien destaca que ni el realismo ni los movimientos subsecuentes, como el proceso jurídico o el derecho y la economía, han tenido un impacto significativo sobre el método de casos como el método preferido de educación jurídica en Estados Unidos.

bargo, tal explicación es inadecuada. La política de Kelsen no se encontraba fuera de la corriente principal. Él, como muchos de los principales positivistas jurídicos alemanes, demostró su rechazo personal a adecuar su enfoque al de los nazis y, debido a sus principios, sufrió por su oposición a la versión nacionalsocialista del derecho. Sólo una pequeña minoría de profesores de derecho estadounidenses pudieron articular críticas a la filosofía del derecho de Kelsen que no fueran, también, críticas a la filosofía del derecho de H. L. A. Hart. Sin embargo, la teoría general del derecho de Hart suele estar en el centro de las discusiones sobre teoría jurídica que tienen lugar en las facultades de derecho de Estados Unidos. Ciertamente, la oposición política y filosófica a las perspectivas de Kelsen existieron, pero esta oposición proporciona solamente una explicación parcial del persistente desconocimiento al pensamiento de Kelsen por parte de la comunidad jurídica americana.

Resulta, por lo tanto, útil complementar las discusiones sobre la oposición política y filosófica hacia Kelsen con una perspectiva sociológica. Kelsen tuvo poco impacto en la academia jurídica estadounidense no sólo porque su tipo de positivismo jurídico era incompatible con el público americano. También tuvo poco impacto debido a que arribó a los Estados Unidos justo cuando las innovaciones del realismo jurídico y la profesionalización de la académica del derecho estaban consolidando su control monopólico en la academia de la Unión Americana. Su tipo de pensamiento y su enfoque hacia la educación jurídica no pudieron encontrar cabida en la recién creada práctica discursiva del profesorado del derecho, razón por la cual existían pocas posibilidades de que pudiera ser discutido o tomado en serio en ese ámbito.