Un enfoque integral de la teoría pura del derecho de Hans Kelsen

AUGUSTO FERNANDO CARRILLO SALGADO

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
unam

UN ENFOQUE INTEGRAL DE LA TEORÍA PURA DEL DERECHO DE HANS KELSEN

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie DOCTRINA JURÍDICA, Núm. 1058

DIRECTORIO

Dra. Mónica González Contró
Directora

Dr. Mauricio Padrón Innamorato
Secretario académico

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho
Secretaria técnica

CRÉDITOS EDITORIALES

Wendy Vanesa Rocha Cacho
Coordinación editorial

Rosa María González Olivares
Cuidado de la edición y
formación en computadora

Edith Aguilar Gálvez
Diseño y elaboración de portada

AUGUSTO FERNANDO CARRILLO SALGADO

UN ENFOQUE INTEGRAL DE LA TEORÍA PURA DEL DERECHO DE HANS KELSEN

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
México, 2026

Catalogación en la publicación UNAM. Dirección General de Bibliotecas y Servicios Digitales de Información

Nombres: Carrillo Salgado, Augusto Fernando, autor.

Título: Un enfoque integral de la teoría pura del derecho de Hans Kelsen / Augusto Fernando Carrillo Salgado.

Descripción: Primera edición. | México : Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2026. | Serie: Serie Doctrina jurídica ; núm. 1058.

Identificadores: LIBRUNAM 2285157 (impreso) | LIBRUNAM 2285519 (libro electrónico) | ISBN 9786076424926 (impreso) | ISBN 9786076425022 (libro electrónico).

Temas: Derecho -- Filosofía. | Kelsen, Hans, 1881-1973 -- Crítica e interpretación. | Kelsen, Hans, 1881-1973. Reine Rechtslehre.

Clasificación: LCC K339.C376 2026 (impreso) | LCC K339 (libro electrónico) | DDC 340.1—dc23

Esta edición y sus características son propiedad de la Universidad Nacional Autónoma de México. Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio sin la autorización escrita del titular de los derechos patrimoniales.

La presente obra ha sido sometida a un proceso de dictaminación basado en el sistema de revisión por pares doble ciego, llevado a cabo por personas académicas independientes a la institución de afiliación de la persona autora, conforme a las Disposiciones Generales para la Actividad Editorial y de Distribución de la UNAM y los Criterios Específicos de Evaluación de la Secihti.

Primera edición (libro digital): 3 de noviembre de 2026

DR © 2026. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas
Circuito Mario de la Cueva s/n
Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México
ISBN (libro impreso): 978-607-642-492-6
ISBN (libro electrónico): 978-607-642-502-2

Impreso y hecho en México

CONTENIDO

Prólogo XIII

Consuelo MARTÍNEZ-SICLUNA Y SEPÚLVEDA

Introducción XVII

CAPÍTULO PRIMERO
LA OBRA DE HANS KELSEN CONSIDERADA COMO UN SISTEMA 1

I. Introducción 1
II. El entorno de la doctrina de Hans Kelsen 4
1. Consideraciones preliminares 4
2. El entorno en que se gestó la doctrina de Hans Kelsen 5
3. El entorno de la doctrina de Hans Kelsen posterior a la Segunda Guerra Mundial 16
III. Una propuesta para reducir la complejidad interna de la doctrina de Hans Kelsen 33
1. La doctrina de Hans Kelsen como un sistema 33
2. Los tres subsistemas de la doctrina de Hans Kelsen 37

CAPÍTULO SEGUNDO
SUBSISTEMA METODOLÓGICO (PRIMERA PARTE) 41

I. Introducción 41
II. La periodización de Stanley L. Paulson como un punto de partida 41
III. Antecedentes de la doctrina de Kelsen: la teoría del estado de Dante Alighieri 45
1. Consideraciones preliminares 45
2. Temas centrales de la monografía 46
3. Algunos paralelismos entre la obra de Dante Alighieri y el trabajo de Hans Kelsen 51

IV. Fase constructivista: problemas capitales de la teoría jurídica del Estado. 52
1. Consideraciones preliminares 52
2. El inicio de la fase constructivista. 56
3. El nacimiento de la doctrina de las proposiciones jurídicas. . . . 58
4. Alcances de la doctrina de las proposiciones jurídicas. 61
5. Principales bemoles de los *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado* 63
V. Nacimiento y apogeo de la Escuela Jurídica de Viena. 66
1. Conformación de la Escuela Jurídica de Viena 66
2. Introducción y difusión de la teoría pura del derecho en España 67
3. Introducción y difusión de la teoría pura del derecho en México 73
VI. Fase clásica: teoría general del Estado 76
1. Consideraciones preliminares 76
2. Incorporación de la fundamentación neokantiana a la teoría pura del derecho 78
3. Incorporación de la teoría de la norma fundante 81
4. Incorporación de la teoría de la construcción escalonada del derecho 85
5. Incorporación del derecho internacional. 87
6. Incorporación de la democracia 89
VII. El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del derecho. 93
1. Consideraciones preliminares 93
2. De nueva cuenta el problema de la norma fundante. 94
3. Contaminación de la pureza durante la interpretación y aplicación de las normas 95

CAPÍTULO TERCERO

SUBSISTEMA METODOLÓGICO (PARTE SEGUNDA). 101

I. Introducción. 101
II. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica 101
1. Consideraciones preliminares 101

2. El ascenso de la masa y la aparición del concepto de "alma colectiva" en Europa 103
3. La crítica de Hans Kelsen al concepto de masa y alma colectiva 105
4. El debate entre Hans Kelsen y Rudolf Smend en torno a la doctrina del Estado como integración. 107
5. La disputa entre Hans Kelsen y Carl Schmitt en torno a la idea de homogeneidad social. 112
6. El conocimiento "científico" como instrumento de poder. 114
7. ¿Una ciencia jurídica pura? 115
III. El declive de la fundamentación neokantiana: teoría general del derecho y del Estado 119
1. Consideraciones preliminares 119
2. El intento de Hans Kelsen por adaptar su teoría al contexto académico estadounidense. 123
3. La crítica de Hans Kelsen a la teoría jurídica de John Austin . . 125
IV. Entre la fase clásica y la tardía: teoría pura del derecho (segunda edición). 127
1. Consideraciones preliminares 127
2. Diferencias entre la primera y la segunda edición de la *Teoría pura del derecho* 129
3. Metamorfosis de la doctrina de las proposiciones jurídicas 130
4. ¿Irracionalidad en la ciencia jurídica pura?. 132
5. La imagen del ser humano en la teoría pura del derecho 134
V. Fase tardía: teoría general de las normas 136
1. Consideraciones preliminares 136
2. La comunicación epistolar entre Hans Kelsen y Ulrich Klug . . 141
3. Estructura de la obra 144
4. Los dilemas morales en la aplicación de las normas 146
5. ¿Es posible limitar la discrecionalidad judicial en el pensamiento de Hans Kelsen? 149

CAPÍTULO CUARTO
SUBSISTEMA ONTOLÓGICO: DERECHO CONSTITUCIONAL 151
I. Introducción 151

II. Génesis del pensamiento constitucionalista de Hans Kelsen. . . 151
1. La experiencia de Hans Kelsen como estudiante en la Universidad de Viena 151
2. El desmoronamiento del Imperio Austrohúngaro 155
III. El control concentrado de la Constitución en la obra de Hans Kelsen 159
1. Una institución para la salvaguarda de la cohesión de la República de Austria 159
2. Una institución para la salvaguarda de la libertad. 168
3. El debate entre Carl Schmitt y Hans Kelsen sobre el guardián de la Constitución 177
IV. La crisis de las instituciones democráticas durante la República de Weimar. 182
1. Consideraciones preliminares 182
2. Surgimiento y naufragio de las instituciones democráticas de la República de Weimar 183
V. La disputa entre Carl Schmitt y Hans Kelsen sobre el parlamentarismo 188
1. La crítica de Carl Schmitt a las instituciones democráticas. . . . 188
2. La crítica de Carl Schmitt al parlamentarismo 189
3. La defensa del parlamentarismo por parte de Hans Kelsen . . . 192
4. La crítica de Kelsen al concepto de homogeneidad social. 196

CAPÍTULO QUINTO
SUBSISTEMA ONTOLÓGICO: DERECHO INTERNACIONAL 203

I. Introducción. 203
II. Experiencia vital de Hans Kelsen como un especialista del derecho internacional 204
1. Los años en la Universidad de Viena. 204
2. Los años en la Universidad de Colonia 207
3. Los años en el Instituto Universitario de Altos Estudios Internacionales 209
4. La migración a los Estados Unidos de América 211
III. Aportaciones que Hans Kelsen realizó en Europa al derecho internacional. 212

1. Consideraciones preliminares 212
2. Los años en la Universidad de Viena (el problema de la soberanía y la teoría del derecho internacional) 213
3. Los años en el Instituto de Altos Estudios Internacionales 221
IV. Metamorfosis en el pensamiento internacionalista kelseniano 228
1. Eclecticismo del pensamiento internacionalista de Hans Kelsen 228
2. El origen iusnaturalista del derecho internacional y la guerra justa 230
3. La visión de Thomas Hobbes sobre derecho internacional. . . . 232
4. El derecho internacional como un derecho primitivo 235
V. Aportaciones que Hans Kelsen realizó al derecho internacional en los Estados Unidos de América 238
1. Consideraciones preliminares 238
2. La seguridad colectiva como el fin principal del derecho internacional 239
3. La necesidad de un tribunal internacional de justicia para la salvaguarda de la seguridad colectiva 241
4. Otras aportaciones que Hans Kelsen realizó al derecho internacional 245
VI. El derecho internacional en la teoría pura del derecho 246

CAPÍTULO SEXTO
SUBSISTEMA DEONTOLÓGICO 253

I. Introducción 253
II. La génesis del relativismo axiológico de Hans Kelsen 254
1. El relativismo axiológico en la filosofía alemana de finales del siglo XIX y principios del siglo XX. 254
2. Hans Kelsen y los filósofos griegos (Platón y Aristóteles) 259
III. La crítica de Hans Kelsen a la filosofía de Platón 263
1. Consideraciones preliminares 263
2. Esbozo sobre el pensamiento de Platón 266
3. Análisis crítico de Hans Kelsen a la filosofía de Platón 272
IV. La crítica de Hans Kelsen a la filosofía de Aristóteles 281
1. Consideraciones preliminares 281

2. Esbozo sobre la obra de Aristóteles 283
3. Crítica de Hans Kelsen a la ética aristotélica. 286
4. Crítica de Hans Kelsen a la teoría política aristotélica 287
5. La justicia como problema: entre la tradición filosófica y la ciencia jurídica de Kelsen. 290
V. Crítica de Hans Kelsen a la filosofía de Eric Voegelin 292
1. Consideraciones preliminares 292
2. Argumentos principales de Eric Voegelin a favor de una "nueva" ciencia de la política 296
3. Réplica de Hans Kelsen a los argumentos principales de Eric Voegelin 300
4. Entre la ciencia y la ideología: el debate Kelsen *vs.* Voegelin y sus repercusiones en la teoría pura del derecho. 302
VI. El relativismo axiológico en la teoría pura del derecho 306
Vigencia del pensamiento de Hans Kelsen: entre el legado, la crítica y el diálogo. 313
Fuentes de información 321

Libro completo en https://tinyurl.com/472hb2hr
2026. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas,
https://www.juridicas.unam.mx/
Acervo de la BJV: https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv

PRÓLOGO

Me complace presentar, a través de este prólogo, el trabajo de Augusto Fernando Carrillo Salgado, joven profesor de la UNAM, siempre ávido de investigar y de cuya madurez intelectual da pruebas el libro que ahora se edita. En este caso, la obra que ahora se presenta constituye un análisis crítico y certero sobre Hans Kelsen. Lo novedoso y singular del planteamiento de Carrillo es abordar el estudio de Kelsen, y de su propuesta filosófico-jurídica, desde una perspectiva sistemática. Ello implica conocer en profundidad el pensamiento del autor de la teoría pura, cuyo legado sigue formando parte del debate contemporáneo. A casi cien años de la edición de su obra más conocida, nos encontramos con una aportación al diálogo científico que me parece especialmente original y que, además, es el resultado de una investigación que abre nuevas vías no sólo del pensamiento de Kelsen, sino también de ese círculo de juristas, filósofos, pensadores, que tanta influencia tendrían en la configuración del derecho y de la política desde los años treinta del siglo pasado.

No es casual que el profesor Carrillo se proponga desentrañar la propuesta filosófica kelseniana a través de tres dimensiones —metodológica, ontológica y deontológica—, pues en esa triple vía se encuentra la clave para comprender la arquitectura conceptual de uno de los juristas más influyentes del siglo XX y cuyo legado sigue formando parte del debate contemporáneo.

Hans Kelsen ha sido objeto de múltiples interpretaciones, elogios y críticas, pero pocas veces se ha abordado su pensamiento con la intención de mostrarlo como un sistema filosófico integral. El enfoque habitual lo reduce a la conocida teoría pura del derecho o a debates sobre su normativismo jurídico; sin embargo, este trabajo va más allá, reconstruyendo una visión en la que el método, la concepción del ser y la idea del deber se entrelazan como partes inseparables de un mismo proyecto intelectual. De este modo, la obra no sólo rinde homenaje a la profundidad del pensamiento kelseniano, sino que también ofrece al lector contemporáneo nuevas herramientas para interpretarlo y proyectarlo hacia los problemas actuales del derecho y del Estado, problemática que además siempre estuvo en el horizonte del jurista que fue Kelsen, pero también del camino que filosóficamente trazó.

El autor acierta al situar la reflexión metodológica en el centro de la teoría pura, mostrando cómo la exigencia de autonomía científica responde a un esfuerzo consciente por liberar a la ciencia jurídica de las interferencias ideológicas, políticas o morales. Al mismo tiempo, ilumina el trasfondo ontológico que late en la filosofía kelseniana: la pregunta por el ser del derecho, por su modo específico de existencia y por la estructura jerárquica que lo sostiene. Finalmente, la dimensión deontológica completa el panorama, recordándonos que la teoría pura, aun en su afán de neutralidad, no puede prescindir de una reflexión sobre la justicia, la validez y el deber ser.

En este sentido, el libro logra una aportación doble: por un lado, muestra la coherencia y consistencia interna de la obra de Kelsen; por otro, revela sus límites y tensiones, especialmente en lo que respecta al problema de la contradicción normativa y al margen de discrecionalidad judicial. Estos temas, actualmente, en tiempos de complejidad jurídica y crisis de legitimidad institucional, adquieren renovada vigencia.

La claridad expositiva y el rigor analítico con que se presenta este estudio hacen de él un texto de referencia para investigadores, estudiantes y juristas interesados en el pensamiento kelseniano. Pero, más allá del ámbito estrictamente académico, su lectura invita a reflexionar sobre cuestiones de gran calado: ¿es posible un derecho puro, desligado de consideraciones políticas y sociales?, ¿qué papel desempeñan la justicia y la moral en la construcción normativa?, ¿puede el juez, en un marco de normas contradictorias, encontrar criterios objetivos de decisión? Estas preguntas nos remiten a la eterna tensión entre ciencia y filosofía, entre validez y justicia, entre norma y realidad.

En una época en la que la fragmentación del saber amenaza con disolver la unidad del conocimiento, este libro ofrece una propuesta integradora. Al mostrar a Kelsen como filósofo y no sólo como jurista, nos recuerda que el derecho no puede reducirse a técnica normativa, sino que hunde sus raíces en una reflexión filosófica más amplia sobre el ser humano, la sociedad y los valores.

Es de celebrar, por tanto, que este esfuerzo vea la luz, y que lo haga de la mano del profesor Carrillo, con el que he desarrollado una amistad cimentada en el ansia de saber, que no es poco para los tiempos que corren y que precisan justamente desbrozar, analizar y abrir nuevos caminos. La obra no sólo ilumina un aspecto menos explorado de Kelsen, confirma también que la filosofía del derecho sigue siendo un espacio fértil para el diálogo interdisciplinario, la crítica y la creación de nuevas perspectivas. El lector encontrará aquí no un manual, sino una invitación al pensamiento: un desafío para

interrogarse de nuevo sobre la vigencia de la teoría pura, sobre la posibilidad de reconstruir un sistema y sobre el lugar que ocupa la filosofía en el estudio del derecho.

Confío en que esta obra será recibida con el interés y la atención que merece, y que contribuirá a renovar el debate en torno a Hans Kelsen, situándolo una vez más en el corazón de la reflexión jurídica contemporánea.

Consuelo MARTÍNEZ-SICLUNA Y SEPÚLVEDA*

* Profesora titular de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

Libro completo en https://tinyurl.com/472hb2hr
2026. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas,
https://www.juridicas.unam.mx/
Acervo de la BJV: https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv

INTRODUCCIÓN

Esta investigación, titulada *Un enfoque integral de la teoría pura del derecho de Hans Kelsen*, encuentra su punto de partida en el reconocimiento de un problema teórico y metodológico profundo: la dificultad para estudiar la obra de Hans Kelsen de manera ordenada, coherente e integral. Aunque el jurista austriaco es una figura central del pensamiento jurídico del siglo XX, su obra es frecuentemente malinterpretada, fragmentada o reducida a simplificaciones, como el silogismo judicial o el formalismo deshumanizado. Esta problemática se acentúa en el mundo hispanoamericano, donde el conocimiento sobre su pensamiento es parcial y disperso. En ese sentido, por ejemplo, el jurista mexicano Imer B. Flores, en torno a los acalorados debates que ha despertado la recepción e interpretación de la obra de Hans Kelsen en México, explica:

> Reflexionar sobre la influencia de Hans Kelsen en México obliga a recordar no solamente las visitas a México y de los mexicanos que fueron en su búsqueda, sino además las diferentes visiones que existen sobre él en México... Es indudable la gran influencia del pensamiento de Hans Kelsen en México, pero también es innegable que la fidelidad con la que se le presenta deja mucho que desear. [En torno a la obra de Hans Kelsen existen] cuando menos cinco visiones del mismo: 1) la de "los antikelsenianos"; 2) la de "los kelsenianos"; 3) la de "los discípulos críticos"; 4) la de "los seudokelsenianos"; y 5) la de "los otros". De esta forma, la pregunta está —o sigue— abierta: ¿Cuál es la visión que prevalece?[1]

El problema principal que guía esta investigación es, por tanto, cómo reducir la complejidad interna de la doctrina kelseniana para estudiarla sistemáticamente y con mayor precisión conceptual. Dado que el pensamiento de Hans Kelsen abarca múltiples disciplinas —desde el derecho constitucional hasta la lógica normativa—, se requiere una estrategia metodológica que ordene su contenido sin distorsionar su profundidad.

La hipótesis central que ha sido propuesta en este trabajo de investigación consiste en que la obra de Kelsen puede y debe ser comprendida como

[1] Flores, Imer B., "Una visita a Hans Kelsen en México", *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho,* núm. 8, enero-diciembre de 2014, pp. 53, 56, 76 y 85.

un sistema compuesto por tres subsistemas interrelacionados, a saber: metodológico, ontológico y deontológico. Esta visión permite no sólo organizar sus aportaciones, sino revelar su coherencia interna, su evolución histórica y su capacidad crítica frente a los problemas del derecho contemporáneo. En el marco de las ideas anteriores, cabe destacar que los objetivos de la investigación son:

1) Reorganizar la obra de Kelsen como un sistema coherente mediante herramientas conceptuales de la teoría de los sistemas.[2]
2) Analizar el pensamiento de Kelsen en tres planos diferenciados pero complementarios: método científico del derecho, ontología jurídica e implicaciones valorativas.
3) Contrastar las tesis del jurista vienés con el entorno doctrinal que lo influyó o lo criticó (Gerber, Jellinek, Heller, Schmitt, Bobbio, etcétera).
4) Promover una lectura crítica, comprensiva y actualizada del pensamiento de Kelsen, capaz de superar tanto la trivialización como la satanización de su teoría.

Para desarrollar esta investigación ha sido empleada una estrategia metodológica interdisciplinaria, pues fueron usadas algunas de las categorías de análisis centrales de la teoría de los sistemas, así como el análisis histórico-crítico, la hermenéutica filosófica y la reconstrucción conceptual. En primer lugar, el uso de algunas de las principales categorías de análisis de la teoría de sistemas permite abordar la obra de Kelsen como una totalidad estructurada, recurriendo a nociones como "entorno", "complejidad interna" y "subsistema". Este enfoque, tomado de Luhmann y otros teóricos sistémicos, permite reducir la aparente dispersión del pensamiento del jurista vienés y reorganizarlo de forma comprensible y lógica.

En segundo lugar, este trabajo emplea un método histórico-doctrinal, contrastando el pensamiento de Kelsen con los autores que lo precedieron, influyeron o criticaron. Esto permite entender las tesis centrales del fundador de la teoría pura del derecho dentro de un contexto doctrinal y político preciso, y no como formulaciones abstractas. A ello se suma un uso riguroso de la hermenéutica filosófica, mediante la cual se analizan críticamente los conceptos clave de su teoría (validez, norma fundante, justicia, interpretación, etcétera), prestando atención a sus tensiones internas y a su evolución a lo

[2] Al respecto, es importante destacar que, para desarrollar esta investigación han sido tomadas prestadas algunas de las categorías de análisis que se han convertido en lugares comunes en la teoría de sistema, sin que ello quiera decir que ésta es el enfoque epistemológico exclusivo que guía este trabajo.

largo del tiempo. Por último, se observa una cuidadosa revisión bibliográfica y documental tanto de las obras primarias de Kelsen como de sus intérpretes, críticos y seguidores. Este trabajo permite ofrecer una reconstrucción sistemática y crítica de una obra que, por su extensión y profundidad, ha sido muchas veces malinterpretada.

En síntesis, esta investigación no sólo plantea una hipótesis interpretativa audaz, sino que la respalda con un aparato metodológico sólido y original, que conjuga rigor conceptual, sensibilidad histórica y claridad expositiva. Su valor reside tanto en la propuesta teórica como en el modo en que reconstruye y revitaliza una de las doctrinas jurídicas más influyentes del siglo XX.

Libro completo en https://tinyurl.com/472hb2hr
2026. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas,
https://www.juridicas.unam.mx/
Acervo de la BJV: https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv

Capítulo primero

LA OBRA DE HANS KELSEN CONSIDERADA COMO UN SISTEMA

I. Introducción

En Iberoamérica se ha observado un fenómeno en torno al positivismo jurídico y la doctrina de Hans Kelsen que no puede pasar inadvertido, el cual consiste en afirmar que las tesis centrales del positivismo jurídico, así como las de la teoría pura del derecho, se encuentran superadas.[3] Al respecto, se ha dicho que "el positivismo jurídico, en sus distintas variantes… es incapaz de servir como herramienta para dar cuenta y operar dentro de la nueva realidad del Estado constitucional".[4] Se cree también que la teoría pura del derecho se gestó en un contexto social con menos conflictos que los que caracterizan el tiempo presente y que, por lo tanto, ésta es incapaz de colmar las necesidades del mundo actual. Por último, se ha considerado que la realidad actual, caracterizada por un intercambio veloz de información, imposibilita la existencia de una teoría general del derecho que sea capaz de resistir el paso del tiempo.

Las razones anteriores parecen, de una manera u otra, condenadas al fracaso. Para empezar, no es del todo exacta la afirmación de que el positivismo jurídico ya no ocupa ningún lugar en la nueva realidad del Estado constitucional de derecho. Esto es así porque ningún juez o secretario de un tribunal estaría dispuesto a dictar una sentencia o redactar un acuerdo sin tener a la mano el texto de la ley. Por si lo anterior fuera poco, la certeza jurídica que proporciona el texto de la norma es el medio de defensa básico de los derechos fundamentales. Por supuesto que con lo anterior no se quiere decir que el positivismo jurídico, la teoría pura del derecho o cualquier otra teoría jurídica de corte positivista no tengan ciertas limitaciones teóricas y prácti-

[3] Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, "Dejemos atrás el positivismo jurídico", *Isonomía*, núm. 27, 2007, p. 21.

[4] *Ibidem*, p. 7.

cas, sino que tan sólo se busca subrayar lo infortunada que es la afirmación de que la aplicación y comprensión del derecho no encuentra fundamento alguno en su positividad normativa.

Por otro lado, es necesario recordar que la doctrina de Kelsen nace y se desarrolla en el seno de una realidad social adversa. En efecto, esa doctrina se gesta y va adquiriendo paulatinamente su configuración a través de un periodo histórico caracterizado por su efervescencia política y social, tal es el caso de la disolución del Imperio Austrohúngaro, la Primera Guerra Mundial, la República de Weimar, la Segunda Guerra Mundial y la Guerra Fría. De igual forma, parece insuficiente creer que la teoría pura del derecho se encuentra superada debido a que la velocidad del mundo moderno impide el desarrollo de una teoría general del derecho que resista el paso del tiempo, porque, de manera por demás sorprendente, la obra del erudito austriaco es una de las pocas doctrinas que goza de una verdadera vitalidad de fénix, ya que a menudo surge el interés por estudiar su contenido, ya sea para destacar sus aportaciones o para examinarla de manera crítica.

A lo anterior habría que agregarle que la teoría pura del derecho no se conoce ni en su totalidad ni se estudia ordenadamente en las universidades de habla hispana. En efecto, es bastante frecuente que durante los estudios de grado, en cualquiera de los países de Latinoamérica, y aun en España, a lo mucho se lean algunos pasajes de la segunda edición de la *Teoría pura del derecho*. El trabajo de Hans Kelsen es, sin embargo, algo más que esta monografía, ya que él examinó todas, o casi todas, las áreas de mayor relevancia para la ciencia jurídica. Finalmente, a Kelsen se le ha acusado de ser uno de los principales defensores de la subsunción o silogismo judicial (un método asociado de manera errónea a las dictaduras de Europa central de la Segunda Guerra Mundial), pero en realidad él fue un acérrimo crítico respecto de esta forma de comprender la manera en que se aplica el derecho. Basta con dar un vistazo a los capítulos que el fundador de la teoría pura del derecho dedicó al tema de la interpretación en sus monografías para comprobar el error. Dadas las críticas tan pobres al positivismo jurídico en general, y a la teoría pura del derecho en particular, tal parece que "lo que sí tendría que ser dejado atrás es, quizás, no ya el positivismo jurídico, sino un antipositivismo que se revela, en varios de sus rasgos, no acertado".[5]

[5] Chiassoni, Pierluigi, "Dejemos atrás el antipositivismo", en Aguiló Regla, Josep y Grández Castro, Pedro (eds.), *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza*, Lima, Palestra Editores, 2017, p. 126.

Si bien es cierto que las razones anteriores permiten destacar la importancia de someter a discusión las tesis principales de la teoría pura del derecho en el contexto de la doctrina jurídica contemporánea, tampoco hay que perder de vista que entre las características principales de la obra de Kelsen se encuentran su amplitud y complejidad, no sólo por el número de páginas que escribió, sino también, y sobre todo, por la fecundidad de su pensamiento. Ambos rasgos, hasta la fecha, han dificultado el estudio de esta doctrina y quizá han sido también la causa principal por la que mucha gente teme aproximarse a la obra del erudito austriaco. En consecuencia, para estudiar y comprender la teoría pura del derecho de manera adecuada, primero es necesario dar respuesta a las siguientes interrogantes: ¿de qué manera estudiar ordenadamente la doctrina del líder de la Escuela Jurídica de Viena?, ¿cuáles son las áreas que conforman la teoría pura del derecho?, ¿cómo disminuir su complejidad interna?

Para colmar tales interrogantes se han adoptado algunas categorías de análisis comunes a todas, o casi todas, las teorías de sistemas,[6] como las de "entorno", "complejidad interna", "sistema" y "subsistema". El concepto de "entorno" permite delimitar desde el exterior el contenido interno de la teoría pura del derecho, así como subrayar que esta doctrina ha sido discutida con intensidad desde su origen hasta el momento actual. Por su parte, la categoría "complejidad interna" permite identificar y reconocer que las teorías, hipótesis, conceptos e ideas que Kelsen construyó a lo largo de su vida han sido de difícil aprehensión, razón por la cual se requiere un arduo y constante esfuerzo que permita reducir dicha característica a través de una representación de su trabajo como un "sistema" compuesto por "tres subsistemas". Todo lo anterior ofrece la posibilidad de estar en condiciones de observar todas las áreas que Kelsen cultivó de manera coherente y poder estudiar críticamente sus conceptos fundamentales.

Dicho lo anterior, cabe aclarar que el objetivo general de la presente investigación es bastante modesto: consiste en presentar las tesis principales de la teoría de Hans Kelsen de manera ordenada y lo más completa posible a través de un enfoque que articule de manera coherente todas las áreas jurídico-científicas que el jurista vienés desarrolló a lo largo de su existencia, al tiempo en que se subrayan sus principales limitaciones o bemoles.

---

[6] *Cfr.* Luhmann, Niklas, *Introducción a la teoría de sistemas,* trad. de Javier Torres Nafarrete, México, Universidad Iberoamericana, 2002, p. 44. Luhmann explica: "Propiamente no existe una *teoría general de sistemas,* aunque éste haya sido el intento, en los años cincuenta, de la *Society for General Systems Theory.* Esta asociación pretendió aglutinar todas las publicaciones relacionadas con ese campo y combinar los distintos aspectos parciales de la teoría con el fin de producir una teoría general de los sistemas".

II. El entorno de la doctrina de Hans Kelsen

1. *Consideraciones preliminares*

La palabra *die Umwelt*, una categoría de análisis empleada frecuentemente en la teoría de los sistemas, posee diferentes significados, entre los cuales el ambiente y entorno son los más comunes. Aquí no se emplea la primera connotación, porque ésta hace referencia al mundo causal-explicativo (ser) del que Hans Kelsen quería distanciarse a toda costa. Por "entorno" se entiende, más bien, la existencia de un amplio número de fenómenos jurídicos, así como las explicaciones teóricas a éstos, que han existido fuera de la teoría pura del derecho, desde su origen y durante su construcción. El concepto de entorno cumple las siguientes funciones: hace las veces de frontera a la teoría pura del derecho y confiere un enfoque dinámico a la investigación sobre la obra de Kelsen, ya que exige una selección constante de teorías y conceptos para contrastarlos con la propuesta del jurista vienés.

El entorno se caracteriza por su apertura y por su alto grado de imprevisibilidad, ya que resulta imposible anticipar todos los fenómenos jurídicos que los científicos del derecho tendrán que estudiar, explicar y solucionar, así como las explicaciones a éstos. La apertura e imprevisibilidad del entorno contrasta con la complejidad interna de un sistema, el cual se caracteriza por poder controlarse con mayor facilidad en la medida en que se trata del pensamiento de un mismo autor. Así pues, el entorno se revela como un universo de posibilidades o un conjunto de eventualidades.[7] Aunque éstas no son infinitas, identificarlas y examinarlas es una labor que, en principio, no podría llevarse a cabo por una sola persona, porque se han formulado tantas hipótesis y teorías respecto del derecho y sus fenómenos, como individuos las han estudiado. Sin embargo, es posible encontrar una respuesta a este problema, que consiste en tomar de manera selectiva fragmentos de ese entorno con el objeto de analizarlos de acuerdo con el interés y posibilidades materiales, temporales y filosóficas de cada investigador.[8] Puesto que todo planteamiento doctrinal es el resultado de las inquietudes o prurito intelectual de quien lo propone, así como el reflejo de la época en que se origina y desarrolla, el estudioso deberá coger aquellas teorías que estime atractivas para contrastarlas con la teoría pura del derecho.

---

[7] Gras, Alain, "Quelques mots clés de la sociologie de Niklas Luhmann", *Cahiers Internationaux de Sociologie,* vol. 89, 1990, p. 392.

[8] Luhmann, Niklas, "Insistence on Systems Theory: Perspectives from Germany-An Essay", *Social forces,* vol. 61, núm. 4, 1983, pp. 987-998 (particularmente las pp. 992-994).

2. *El entorno en que se gestó la doctrina de Hans Kelsen*

En los apartados que siguen la atención se centrará en los postulados centrales de las doctrinas de Gerber, Gierke, Jellinek, Radbruch, Weber, Heller y Schmitt, ya que las obras de estos autores constituyen una muestra significativa del entorno en el que se gestó la teoría pura del derecho. Se ha dicho que el "espíritu" del tiempo en que tomó forma la teoría pura del derecho se caracterizaba por la construcción de sistemas omnicomprensivos y mecánicos de normas.[9] Esta perspectiva es errónea porque el panorama del derecho público alemán de finales del siglo XIX y principios del siglo XX no se distinguía por su homogeneidad. Aunque el objeto de estudio era el mismo, las soluciones que los juristas proponían a los diversos problemas jurídicos eran distintas. En ese sentido, los juristas más relevantes fueron Gerber, Gierke y Jellinek. En sus primeras obras, Kelsen centró sus esfuerzos en examinar críticamente los principales trabajos e ideas de estos autores con el objeto de introducir su propio punto de vista.

A. *La doctrina del derecho público de Gerber, Gierke y Jellinek*

Carl Friedrich von Gerber fue uno de los pioneros en sistematizar los conceptos que constituyen el derecho público alemán moderno.[10] Él fue uno de los primeros en plantear y desarrollar ciertas categorías de análisis, entre las que se encuentran, por ejemplo, la de Estado-persona moral, el Estado-poder público y el concepto de órgano.[11] Aunque este autor puso sobre la mesa los conceptos anteriores, así como la pretensión de analizarlos científicamente, Gerber dejó numerosas interrogantes sin responder, como ¿cuál es la relación entre el Estado y el individuo?[12]

Gierke fue quien trató de responder la pregunta anterior. Para empezar, este autor consideraría al Estado como una unidad orgánica, esto es, como el producto de una interrelación entre la parte y el todo. En otras palabras,

---

[9] *Cfr.* García López, Daniel J., "Hans Kelsen y la *traditionelle Rechtslehre.* Los antecedentes de la pureza metodológica en el pensamiento de Carl Friedrich von Gerber", *Derechos y Libertades,* época II, núm. 33, 2015, p. 200.

[10] Ríos, Fernando de los, "Prólogo del traductor", en Jellinek, Georg, *Teoría general del Estado,* trad. de Fernando de los Ríos, México, Fondo de Cultura Económica, 2017, p. 15.

[11] *Ibidem,* p. 17.

[12] *Ibidem,* pp. 23-27.

de acuerdo con Gierke, el individuo es un ser humano en sociedad. Dicha organización social se caracterizaría por los fenómenos que en ella se gestan y desarrollan. También explicó que, si los problemas del Estado fueran solamente analizados desde la perspectiva de sus conceptos formales, se perderían de vista innumerables fenómenos de la vida sensible; pero del mismo modo, los fenómenos sociales sin una explicación formal no serían más que hechos desarticulados.[13] A pesar de sus aportaciones, Gierke no llegaría a desarrollar un método para estudiar la doctrina del derecho público desde el dualismo ontológico que había planteado con su enfoque.[14]

La obra de Jellinek es considerada como una especie de continuación del trabajo de Gerber y Gierke.[15] Jellinek desarrolló un camino para hacer frente al dualismo ontológico que habían planteado esos autores. En su *Teoría general del Estado,* Jellinek expone de manera ordenada los temas fundamentales de la teoría del derecho público, con base en las categorías de análisis que le fueron heredadas por Gerber y Gierke. El método ideado por Jellinek para estudiar los fenómenos del derecho público reposa sobre el concepto de Estado que él mismo formuló: "El Estado está fijado geográficamente en una parte determinada de la superficie de la tierra y lleva consigo la existencia de un poder dominante, poder por el cual la variedad de los hombres se eleva a unidad".[16] De lo anterior se colige que el Estado posee elementos formales y materiales. Como el Estado es realidad y forma, estudiar tanto su aspecto empírico como normativo o estructural se convierte en una necesidad:

> ...el Estado es, de un lado, una construcción social, y de otro, una institución jurídica. Conforme a esto, divídase la doctrina del Estado en doctrina social y doctrina jurídica del Estado. En otras palabras, la doctrina general del Estado abarca la doctrina general sociológica del Estado… y la doctrina general del derecho público.[17]

---

[13] *Ibidem,* p. 25.

[14] *Ibidem,* p. 29.

[15] Georg Jellinek nació en Leipzig en 1851 y murió en Heidelberg en 1911; estudió historia, filosofía y derecho. Entre 1879 y 1889 dictó clases en la Universidad de Viena; posteriormente se vio obligado a abandonar dicha universidad debido al creciente antisemitismo. En 1891 se incorporó a la Universidad de Heidelberg, donde dictó la cátedra de derecho internacional y donde también publicó sus trabajos más importantes.

Véase, Lagi, Sara, "Georg Jellinek: un pensador político liberal contra el gobierno despótico (1885-1898)", trad. de Augusto Fernando Carrillo Salgado, *Precedente. Revista Jurídica,* vol. 19, 2021, pp. 191 y 192.

[16] Jellinek, Georg, *op. cit.,* p. 107.

[17] *Ibidem,* p. 61. Énfasis en el original.

En principio, para Jellinek no existe una separación tajante entre las esferas del ser y deber.[18] De acuerdo con él, puesto que los diferentes procesos económicos, políticos y sociales propician el nacimiento de las instituciones jurídicas, es necesario estudiar el origen histórico de las disposiciones normativas y, posteriormente, entrar al examen formal de éstas.[19] Otra característica del pensamiento de este autor es que coloca por delante a la primera de dichas esferas, ya que "el objeto de la ciencia jurídica lo constituye el ser, no el deber ser, el mundo dado, no uno a crear".[20] Aunque Jellinek afirma que las normas jurídicas se encuentran ancladas al mundo del ser, es cuidadoso en evitar sincretismos, porque mientras algunas disciplinas como la historia, la sociología, la antropología, etcétera, son de gran utilidad para estudiar los fenómenos sociales que constituyen la base de las instituciones jurídicas, cada una posee un objeto de estudio y marco conceptual particulares. Sobre el particular, Jellinek explica que[21] "Los métodos son determinados y modificados por la naturaleza peculiar del objeto a que se aplican… Inténtese, por ejemplo, explicar sociológicamente la naturaleza de lo contencioso administrativo en un Estado determinado".[22]

El siguiente paso del método ideado por Jellinek para estudiar los fenómenos del derecho público consiste en identificar un "tipo empírico" (una institución jurídica particular) y después buscar su origen histórico. El profesor de Heidelberg advierte que no se debe retroceder demasiado en el tiempo debido a la posibilidad de comenzar a realizar historiografía. Para evitar este *regressus ad infinitum*, el investigador debe remontarse hasta el momento en que una institución comienza a manifestar su forma y fines actuales.[23] Tampoco deben contrastarse dos tipos empíricos muy diferentes, en el caso del derecho comparado, porque no se obtendrán resultados provechosos.[24]

Jellinek precisa, finalmente, que las normas jurídicas no son reales en sí mismas, sino que van realizándose mediante la acción continua.[25] En consecuencia, para examinar el derecho y sus fenómenos pueden seguirse dos caminos: "o buscar la esencia del derecho, investigando dentro de la naturaleza objetiva del ser como si estuviera fundado en él y fuese independiente del hombre, o considerarlo como un fenómeno subjetivo y, por consiguien-

[18] *Ibidem,* pp. 68-71.
[19] *Ibidem,* pp. 76-78.
[20] *Ibidem,* p. 80.
[21] *Ibidem,* pp. 74 y 75.
[22] *Ibidem,* p. 109.
[23] *Ibidem,* p. 88.
[24] *Ibidem,* p. 81.
[25] *Ibidem,* p. 68.

te, interno del hombre".[26] El primer camino conduce a la especulación metafísica, mientras que el segundo, por el que se decanta el autor, al ámbito psicológico. Dicho de otro modo, una vez que se ha identificado el tipo empírico de una institución y estudiado su evolución a través del tiempo, Jellinek propone estudiar su funcionamiento en el mundo del ser a partir de la imagen mental de él.

B. *El derecho de acuerdo con la sociología comprensiva de Max Weber*

El proyecto científico de Max Weber[27] lleva por nombre "sociología comprensiva". Entre la obra de él y la de Hans Kelsen existen algunas similitudes importantes. Por ejemplo, ambos autores realizan una clara distinción entre las ciencias causal-explicativas y las ciencias normativas, además de que comulgan en la necesidad de separar la actividad política de la intelectual, y, finalmente, desarrollan modelos estatales muy parecidos.

Weber sostiene la tesis de que es necesario separar la actividad política de la intelectual en sus ensayos titulados *La política como profesión* y *La ciencia como profesión* (ambos publicados en castellano en un solo volumen, titulado *El político y el científico*). Max Weber explica que "la política es la aspiración (*Streben*) a participar en el poder o a influir en la distribución del poder entre los distintos Estados o, dentro de un mismo Estado, entre los distintos hombres que lo componen".[28] Por esta razón, el político siempre trata de manipular el

[26] *Ibidem,* p. 319.

[27] Max Weber nació el 21 de abril de 1864 en Erfurt, Alemania. Estudió derecho en las universidades de Heidelberg y Berlín. Se doctoró y posteriormente comenzó a preparar su tesis de habilitación que defendió en 1891. Weber se convirtió en Privatdozent hasta que en 1894 le ofrecieron una plaza como profesor asociado en la Universidad de Friburgo; después recibió una oferta de la Universidad de Heidelberg para incorporarse como profesor. Max Weber tuvo que retirarse temporalmente de la academia por razones de salud.

En 1903, Edgard Jaffé y Werner Sombart fundaron el Archivo para las Ciencias Sociales y Políticas e invitaron a Max Weber a colaborar en esta revista, donde publicaría la mayoría de sus trabajos. Poco después, Weber fundó, con Georg Simmel, la Sociedad Alemana de Sociología. Esta actividad académica se vería enriquecida por un viaje a los Estados Unidos de América a finales de agosto de 1904. La experiencia en la Unión Americana lo inspiró para escribir *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*. En 1908, Weber se incorporó como profesor en la Universidad de Viena y al concluir la Primera Guerra Mundial formó parte de la comisión para discutir y redactar el Tratado de Versalles hasta que enfermó y murió el 14 de junio de 1920.

Véase, Pettinotti, Paola, "La vita", en Massarenti, Armando (ed.), *Weber. Vita, pensiero, opere scelte,* Turín, Il Sole 24 ore, 2007, pp. 9, 21, 22, 28, 37, 40, 41 y ss., 46-56.

[28] Weber, Max, *El político y el científico,* trad. de Martha Johanssen Rojas, México, Colofón, 2004, pp. 8 y 9.

ánimo de su auditorio. Por otra parte, el científico debe limitarse a exponer sus hipótesis, teorías, conceptos e ideas de la manera más clara que sea posible, ya que "entraña una absoluta falta de responsabilidad el que un profesor tome ventaja de sus prerrogativas para influir en los estudiantes, transmitiéndoles sus propias opiniones políticas, en vez de limitarse a cumplir con su función específica: la de suministrarles sus conocimientos y experiencia científica".[29] Con base en las reflexiones anteriores, llega a la conclusión de que la política y la ciencia son dos actividades que deben separarse.[30] Kelsen, por su parte, estudió el mismo tema en términos muy parecidos a los de Weber, no sólo en las dos ediciones de su *Teoría pura del derecho*, sino también en uno de sus ensayos publicado en 1933 y titulado *Amor platónico.*[31] En este documento, el líder de la Escuela Jurídica de Viena explica, gracias al análisis de la personalidad de Platón que realiza con base en la doctrina del psicoanálisis, que en numerosas ocasiones algunos profesores emplean su posición académica para transmitir alguna ideología con el objeto de manipular el criterio de sus alumnos para alcanzar determinados fines políticos.

Otro punto en común entre las doctrinas de Kelsen y la de Weber se encuentra en los paralelismos entre la teoría de la construcción escalonada del derecho y el cuadro administrativo de la dominación de tipo legal-racional. De acuerdo con el sistema propuesto por Adolf Merkl, y adoptado por Kelsen, la validez de una norma inferior encuentra su origen en la validez de otra superior, lo que conduce a la elaboración de una estructura jerárquica entre las normas, cuyo ápice se encuentra en la norma fundante. El Estado, en la teoría pura del derecho, es la suma de todas las normas ordenadas de manera jerárquica. El cuadro administrativo de la dominación legal-racional de Weber es muy parecido al sistema jerárquico normativo de Kelsen-Merkl, con la diferencia de que mientras éste centra su atención en el mundo del deber, aquél se interesa por la validez del ser. En otras palabras, el derecho del profesor de la Universidad de Heidelberg es un derecho viviente, mientras que el del jurista vienés, uno formal.

En *Economía y sociedad*,[32] Max Weber explica que el Estado es la máxima expresión de la dominación jerárquica de unas personas sobre otras. Para que los hombres obedezcan se requiere de un fundamento. La causa u origen de esta obediencia es llamada "dominación legítima" y existen tres especies:

---

[29] *Ibidem,* pp. 105-107.

[30] *Ibidem,* p. 112.

[31] Véase Kelsen, Hans, *Amor platónico,* trad. de Augusto Fernando Carrillo Salgado, México, Ediciones Coyoacán, 2022, 153 pp.

[32] Weber, Max, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva,* 2a. ed., trad. de José Medina Echavarría *et al.*, México, Fondo de Cultura Económica, 2008, p. 170.

la racional, la tradicional y la carismática.[33] El cuadro administrativo de la dominación legal-racional, característico del Estado de derecho moderno, es la burocracia. Esta forma de administración específicamente moderna[34] se caracteriza por una estructura jerárquica de funcionarios.[35] Como se puede observar, Max Weber y Hans Kelsen comparten la visión jerárquica de los órganos del Estado: "la construcción en grados del ordenamiento jurídico, con la que culmina la teoría pura del derecho, es una fiel representación, o la representación más adecuada del Estado legal-racional, cuya formación constituye, según Weber, la línea de tendencia del Estado moderno".[36]

C. *La socialdemocracia de Hermann Heller*

Hermann Heller[37] fue un férreo detractor de la teoría pura del derecho, pues la consideraba como un arquetipo del modelo de derecho burgués, pero

[33] *Ibidem,* p. 172. La dominación racional, tradicional y carismática son tipos ideales, razón por la cual es poco probable que puedan encontrarse en su forma más pura en la sociedad. Véase, también, en la obra citada, pp. 180, 193-195.

[34] *Ibidem,* p. 173.

[35] *Ibidem,* pp. 173 y 174.

[36] Bobbio, Norberto, "Kelsen y Max Weber", trad. de Jorge E. Gutiérrez Ch., en Correas, Oscar (comp.), *El otro Kelsen,* 2a. ed., México, Ediciones Coyoacán-CEIICH-UNAM, 2006, p. 85.

[37] Hermann Heller nació en Teschen (Imperio Austrohúngaro) el 17 de julio de 1891. Estudió derecho, escribió su tesis de habilitación bajo la dirección de Gustav Radbruch y la defendió el 10 de marzo de 1920. Fue profesor de derecho público en las universidades de Berlín y Fráncfort del Meno. Entre sus obras más importantes se encuentran *Hegel y la idea del poder del Estado en Alemania*, *Libertad de educación*, *La soberanía*, *Europa y el fascismo* y su póstuma *Teoría del Estado*. Heller afirma que el derecho es la expresión de la cultura de una sociedad y que éste debe estar al servicio del bienestar del ser humano. Sostiene también que la forma de la norma es insuficiente, pues se requiere una decisión, ya que la ley no puede contemplar todos los fenómenos sociales.

Él formó parte del movimiento obrero alemán, se opuso a Adolf Hitler cuando dio su primer golpe de Estado y fue miembro del Partido Socialdemócrata de Alemania. En 1933, cuando se encontraba dictando un ciclo de conferencias en la Escuela Londinense de Economía, los nazis se hicieron con el poder. Su origen judío, así como su posición política le impidieron volver a Alemania y lo obligaron autoexiliarse en España, donde murió a la edad de 42 años. Sobre los motivos por los cuales Heller eligió Madrid como lugar de su autoexilio, véase Treves, Renato, "La doctrina del Estado de Hermann Heller", trad. de Ramón Pulito Granata y Francisco Giacopello, *Revista de la Facultad de Derecho de México,* núms. 25-26, 1957, p. 344. Al respecto, Renato Treves refiere: "Esa huida lo llevó a la España republicana y socialista y no fue pura casualidad. Era éste el país al que había vuelto su pensamiento lleno de esperanza algún tiempo antes, cuando en el prefacio a la segunda edición de su libro sobre el fascismo, puso de relieve el significado y la importancia de la caída de Primero de Rivera y advirtió a los

él era un declarado socialdemócrata. Heller está en desacuerdo en concebir al derecho como un sistema de normas, por lo que se opone a colocar a las proposiciones jurídicas como el objeto de estudio principal de la ciencia jurídica. De igual forma, está en contra de concebir al Estado como la suma de todas las proposiciones jurídicas. Para Heller, el normativismo kelseniano incurre en el error de suponer la existencia de una estructura conceptual que se mantiene fija e inmutable a través del tiempo y espacio, porque[38] el Estado es una expresión de la cultura humana. Más aún, los conceptos se encuentran en un proceso de cambio constante; por lo tanto, el derecho y el Estado no pueden ser reducidos a su forma.[39]

Heller afirma la imposibilidad de construir una teoría general del Estado con carácter definitivo, ya que ésta supone "la idea de que el Estado es algo así como una cosa invariable, que presenta caracteres constantes a través del tiempo".[40] Para este autor, "La teoría del Estado se propone investigar la específica realidad de la vida estatal que nos rodea. Aspira a comprender al Estado en su estructura y función actuales, su devenir histórico y las tendencias de su evolución".[41] De acuerdo con este autor, tan sólo existen problemas comunes que la teoría del Estado debe analizar conforme a la específica realidad de cada país. Dicho estudio debe comprender la estructura, funciones, devenir histórico y posible evolución del Estado, y no tan sólo el análisis de su forma normativa. La doctrina de Heller, al igual que la de Gerber, Gierke, Laband, Jellinek y Weber, se encuentra en un punto intermedio entre las ciencias naturales y las ciencias del espíritu.[42] Esta posición intermedia permite al autor situar su propuesta en el ámbito de la cultura.[43] Al respecto,

---

pueblos de Europa el peligro que representaba para ellos un régimen que exaltaba la violencia y que, a su juicio, carecía de coherencia política y de toda orientación ideológica. España era, además, el país en el que Heller sabía que sería acogido cordialmente por los muchos jóvenes estudiosos que habían sido sus discípulos en la Universidad de Berlín y habían sentido toda la fascinación de su enseñanza viva y sensible a los más distintos problemas".

Sobre la vida y obra de Hermann Heller, véase Barash, Jeffrey Andrew, "Hermann Heller critique de Carl Schmitt", *Cités, Qu'est-ce qu'un chef? La crise de l'autorité aujourd'hui,* núm. 6, 2001, p. 175; Gutiérrez Gutiérrez, Ignacio, "Hermann Heller: compromiso, exilio y memoria", *e-SLegal History Review,* núm. 25, 2017, p. 2, y Merlino, Antonio, "Hermann Heller tra Kelsen e Schmitt", *Costituzionalismo.it,* núm. 1, 2021, pp. 74 y 75.

[38] Treves, Renato, *op. cit.,* p. 348.

[39] *Idem.*

[40] Heller, Herman, *Teoría del Estado,* trad. de Luis Tobio, México, Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 19.

[41] *Idem*.

[42] *Ibidem,* pp. 48-53 y 64.

[43] Treves, Renato, *op. cit.,* p. 348.

Renato Treves explica que "para Heller el Estado… pertenece al mundo intermedio de la cultura, de la vida y de la actividad humana".[44]

Aunque la doctrina Hermann Heller y la de Hans Kelsen parecen opuestas, ambas comparten algunos elementos. Por ejemplo, el primero afirma que ni el Estado precede al derecho en grado de importancia ni el derecho al Estado en orden de relevancia. De acuerdo con Heller, separar el derecho del Estado para sostener la superioridad de éste frente a aquél conduce a escindir la realidad en dos partes.[45] Aunque Heller no llega al extremo de afirmar que entre el derecho y el Estado existe una identidad absoluta, el jurista coincide con Kelsen en que el derecho y el Estado no son dos objetos de estudio que puedan separarse por completo. Sin embargo, Heller se distancia de Kelsen porque considera que éste, al estimar al Estado como un deber puramente ideal, no logra explicar adecuadamente la relación entre el Estado y los problemas que emanan de la sociedad.[46] Para Heller, existe una relación de mutuo enriquecimiento entre el derecho y el Estado: "Heller explica precisamente que esta relación es dialéctica, en cuanto el derecho tiene el carácter de formador del poder del estado y el poder del estado tiene el carácter de formador del derecho".[47]

Hermann Heller es de la opinión de que el poder del Estado existe como un "plebiscito de todos los días".[48] Precisamente esta idea es otro punto de contacto entre el pensamiento de Heller y Kelsen, pues los dos autores eran defensores del parlamentarismo. De acuerdo con el primero, al igual que Kelsen, el espacio donde se alcanza este "plebiscito de todos los días" es el parlamento.[49] Éste constituye el espacio de los acuerdos que serán reflejados en el ordenamiento jurídico. Por si lo anterior fuera poco, Heller, al igual que Kelsen, rechaza la idea de la unidad de la sociedad, porque está consciente de que el Estado se encuentra compuesto por diversos grupos humanos con características e intereses opuestos.[50] Heller subraya la importancia de la existencia del pluralismo partidista, el cual entiende como otro de los elementos esenciales de la existencia del parlamentarismo.[51] Sin embargo,

[44] *Ibidem,* p. 350.

[45] *Ibidem,* p. 351. *Infra.*

[46] *Idem.*

[47] *Ibidem,* p. 352.

[48] *Ibidem,* p. 353.

[49] Heller, Herman, *op. cit.,* pp. 246-256.

[50] Lagi, Sara, "Alcune considerazioni su rappresentanza e sovranità in Hermann Heller", en Chignola, Sandro, Duso, Giuseppe (coords.), *Storia dei concetti. Storia del pensiero político,* Napoles, Editoriale Scientifica, 2006, p. 247.

[51] Lagi, Sara, "Pensare la democrazia: Hans Kelsen e Hermann Heller a confronto", en Bufano, Rossella (coord.), *Libertà, uguaglianza, democrazia nel pensiero politico europeo (XVI-XXI secolo),* Lecce, Milella, 2018, p. 158.

mientras que Heller consideraba la representación parlamentaria como una realidad necesaria, Kelsen la veía como una ficción.[52]

Heller fue uno de los principales promotores del modelo del Estado de derecho social. Para él, "la función del estado [*sic*] en la sociedad consiste esencialmente en adaptar los fines económicos a la situación política total".[53] Por ello, rechaza el modelo estatal de la sociedad burguesa debido a que promueve el individualismo y la acumulación de la riqueza en pocas personas, al evitar examinar los problemas del pueblo desde un punto de vista social. Heller considera a Kelsen uno de los principales representantes de ese modelo, porque al enarbolar el principio de pureza metódica oculta las relaciones de poder que tienen lugar en el Estado y la verdadera condición material del ser humano.[54] Para Heller, el positivismo jurídico es una doctrina al servicio de los intereses burgueses y la teoría pura del derecho su principal arquetipo: "la sociedad burguesa y, concretamente la realidad social del siglo XX destruyó el carácter de totalidad de la vida… A esa forma de vida corresponde el espíritu de la ciencia positivista… —piénsese, por ejemplo, en la doctrina pura del derecho de Kelsen—".[55]

D. *El decisionismo de Carl Schmitt*

La teoría de Carl Schmitt[56] es conocida como decisionismo, pues el punto medular de ésta es la imposibilidad de cristalizar en las normas todos los supuestos jurídicos que el derecho debe regular. Por ello, Schmitt destaca

[52] *Ibidem,* pp. 160, 247-249.

[53] *Ibidem,* p. 357.

[54] *Cfr.* Treves, Renato, *op. cit.,* pp. 355-357, pp. 111 y 119.

[55] Heller, Herman, *op. cit.,* p. 119. En ese sentido, véanse, también, pp. 59 y 111.

[56] Carl Schmitt nació en Plettenberg, Alemania, el 11 de julio de 1888. Realizó sus estudios universitarios en derecho en la Universidad de Berlín. Tras concluir el doctorado, defendió su trabajo de habilitación y al poco tiempo comenzó a impartir clases como *Privatdozent*. Entre los textos más célebres de este autor se encuentran: *Fundamentos histórico-espirituales del parlamentarismo en su situación actual*, *El concepto de lo político*, *Derecho constitucional* y *El defensor de la Constitución*. Su afición por la literatura universal, la impronta de su formación religiosa y el rechazo del normativismo serían las características principales de sus primeras obras. Las principales áreas de interés de este autor fueron los estudios de contenido político, constitucional e histórico.

Si bien es cierto que Carl Schmitt fue uno de los constitucionalistas alemanes más brillantes del siglo XX, no sólo sería recordado por sus contribuciones a la ciencia jurídica, sino también por sus vínculos con el partido nacionalsocialista de Alemania. El 13 de julio de 1934, Schmitt dio lectura a su ensayo *Der Führer schützt das Recht* (El Führer protege el derecho). Este documento representa la declaración pública de lealtad de Carl Schmitt hacia Adolf Hitler. Schmitt plantea una transición histórica desde un periodo de decadencia jurídica hasta

la necesidad de la existencia de jueces autorizados para tomar decisiones cuando el texto de la norma no ofrezca respuesta alguna. De acuerdo con este autor, para que la norma pudiera ocupar un papel central en el mundo jurídico, las condiciones sociales tendrían que variar mínimamente a través del tiempo; en otras palabras, el orden social tendría que mantenerse prácticamente intacto. Sin embargo, como la sociedad es cambiante, es imposible que el texto de la norma coincida en todo momento con la realidad.[57] Este sería uno de los argumentos principales de Schmitt en contra de la teoría pura del derecho a la que reprocharía prescindir de la realidad para construir un edificio teórico sobre la base de ideas abstractas. Por tal motivo, en torno a la teoría pura del derecho, Schmitt realiza los siguientes comentarios irónicos: "Hay pueblos que existen sin suelo, sin Estado, sin Iglesia, sólo en la «ley»; para ellos aparece el modo de pensar normativista como el único razonable, y cualquier otro modo de pensar jurídico, como inconcebible, místico, fantástico o irrisorio".[58] Así, Schmitt y Kelsen representan dos formas opuestas de concebir el derecho y sus problemas.[59]

El libro de Schmitt, titulado *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, constituye una crítica a las tesis principales de la teoría pura del derecho de acuerdo con su desarrollo hasta principios de la década de los treinta del siglo pasado. Esta obra apareció el mismo año en que fue publicada la primera edición de la *Teoría pura del derecho* de Kelsen. La publicación de la primera responde a la necesidad de Schmitt de exponer con claridad la forma en que él concebía el estudio del derecho.

Schmitt explica que el derecho es el resultado de un espacio y tiempo determinados; es la suma de las prácticas y valores sociales. Por tal motivo, éste no puede ser examinado sólo mediante su forma, sino desde su práctica

---

una época mejor inaugurada por Adolf Hitler. Como el derecho que precedió la llegada del Führer se caracteriza por su deficiencia, es necesario someterlo a una revisión exhaustiva.

Algunos investigadores sostienen que a pesar de sus aspiraciones políticas y su deseo de brillar en el movimiento nacionalsocialista, en realidad Schmitt no atrajo la atención de Hitler.

Sobre la vida y obra de Carl Schmitt, véase Baume, Sandrine, "La réception critique de Carl Schmitt", *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques,* núm. 27, 2008, pp. 112 y 113. En torno a la relación entre Schmitt y el nacionalsocialismo, véase Schmitt, Carl, "Le Führer protege le droit", trad. de Mira Köller y Dominique Séglard, *Cités,* núm. 14, 2003, pp. 165-171; *cfr.* Herrero, Montserrat, "Estudio preliminar", en Schmitt, Carl, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica,* estudio preliminar, traducción y notas de Montserrat Herrero, Madrid, Tecnos, 1996, pp. IX-XII, y Zarka, Yves Charles, "Présentation: Carl Schmitt, le nazi", *Cités,* núm. 14, 2003, pp. 161-163.

[57] Montserrat, Herrero, *op. cit.*, p. XXXI.

[58] Schmitt, Carl, *Sobre los tres modos de pensar*…, *cit.,* p. 8.

[59] Ramel, Frédéric, "Carl Schmitt face à Hans Kelsen : la joute se poursuit à l'échelle internationale", *Études Internationales,* vol. 40, núm. 1, 2009, pp. 17-35.

real. Pero para hablar en términos jurídicos, se necesita de la norma; luego entonces, ésta ocupa un lugar secundario en la doctrina de Schmitt. El elemento que intercede entre la norma y las prácticas, entre la forma y la realidad es la decisión.[60] En ese sentido, Schmitt afirma que "la esfera total del derecho está estructurada no sólo en normas, sino también en decisiones e instituciones".[61] El proceso de creación y aplicación del derecho comprende tres etapas: la concepción del derecho, su conceptualización, esto es, su cristalización como normas de derecho positivo, y, finalmente, su realización o aplicación.[62]

La postura epistemológica de Schmitt es muy parecida a la de Gierke, Laband, Georg Jellinek, Weber y Heller, en el sentido de que no traza una línea divisoria infranqueable entre el derecho y el poder político. La solución que Schmitt ofrecería a este fenómeno sería la nota que lo diferenciaría del resto de autores antes mencionados,[63] ya que precisa que no existe una respuesta definitiva al problema del lazo entre el poder político y el derecho, sino que, en realidad, se da un movimiento pendular entre ambos, y que tal movimiento se encuentra condicionado por las circunstancias históricas de un lugar y momento determinados.[64] Los jueces y el cuadro administrativo son los que resuelven esta tensión. No obstante, es necesario encontrar un fundamento de validez a este sistema; el punto de partida, quien se situaría en el escaño más alto de la sociedad, sería el jefe de Estado. El soberano de un país sería el encargado definitivo de mediar entre el poder político y el derecho. Ese soberano, además de encarnar la soberanía, sería quien conectaría la forma jurídica con la decisión (*auctoritas* y *potestas*).[65]

El decisionismo de Schmitt no se encuentra libre de críticas. Quizá la obvia es que el autor no proporciona una explicación conclusiva sobre el origen de la decisión.[66] Dicho de otro modo, este autor no estableció los parámetros o directrices axiológicas bajo las cuales se tiene que basar una decisión para ser considerada legítima; además, tampoco explicó cómo podría fijarse la conveniencia o no de dicha decisión de acuerdo con las condiciones materiales del momento. Es evidente que está tratando de revestir con los ropajes de la democracia una propuesta autoritaria, porque aunque es cierto que el

---

[60] Schmitt, Carl, *Sobre los tres modos de pensar*…, *cit.,* pp. 5-8.

[61] Carl Schmitt, citado por Herrero, Montserrat, *op. cit.*, p. XXIV.

[62] *Ibidem,* pp. XXVII y XXIX.

[63] *Ibidem,* p. XXV.

[64] *Ibidem,* p. XXVI.

[65] *Ibidem,* p. XXVIII.

[66] *Ibidem,* p. XXXI.

pueblo elige al soberano, en el pensamiento schmittiano no se encuentra algún tipo de parámetro para evaluar la decisión.

3. *El entorno de la doctrina de Hans Kelsen posterior a la Segunda Guerra Mundial*

La Segunda Guerra Mundial ha sido una de las experiencias bélicas que ha dejado una de las improntas más profundas en la humanidad. Ésta conmocionó todos los ámbitos culturales del ser humano, y la ciencia jurídica no fue la excepción. Tras la conclusión de esta guerra, los exámenes de conciencia comenzaron a proliferar.[67] Algunos juristas creyeron encontrar en el positivismo jurídico una de las causas principales de las monstruosidades perpetradas por los dictadores europeos.[68] Se pensó que la obediencia irrestricta al texto de la norma fue el principal instrumento del que se valieron los tiranos para cometer sus crímenes. Los detractores del positivismo jurídico afirmaban que las expresiones "Dura lex, sed lex" y "una orden es una orden" fueron las causas principales que condujeron arbitrariamente al cadalso a millones de personas. Este "positivismo jurídico" requería un rostro y un nombre, ya que no podía permanecer como una idea abstracta. En aquel momento, el máximo expositor del positivismo jurídico europeo era el profesor Kelsen, un jurista que, para aquel entonces, ya había realizado notables contribuciones a diversos campos de la ciencia jurídica.

Kelsen afirmaba que el derecho positivo es el único derecho que el ser humano puede conocer de manera racional y objetiva; en otras palabras, el erudito austriaco rechazó la posibilidad de situar un ordenamiento jurídico de carácter metafísico, como el del derecho natural, por encima de las normas creadas por el ser humano. Es por ello que el jurista vienés sostenía la inexistencia de una relación de necesidad entre el derecho positivo y la moral. Además, creía también en la autonomía de la ciencia jurídica frente al resto de las ciencias del espíritu; consideraba que la teoría jurídica posee un objeto y campo de estudio propios. Por las razones anteriores, la teoría pura del derecho se convirtió en el blanco principal de ataque de los académicos de la posguerra. No hay que perder de vista, sin embargo, que el jurista vienés jamás sostuvo que la justicia es la adecuación del acto jurídico y/o de la sentencia con el texto de la norma y que ésta deba ser obedecida irrestrictamente.

---

[67] Bobbio, Norberto, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico,* trad. de Elías Díaz, Ernesto Garzón Valdés, Andrea Greppi y Alfonso Ruíz Miguel, Madrid, Trotta, 2018, p. 33.

[68] *Ibidem,* pp. 34 y ss.

Al término de la Segunda Guerra Mundial, la teoría pura del derecho se convirtió en el arquetipo del "positivismo" y "formalismo" jurídico e, *ipso facto,* devino una de las "causas fundamentales" de las arbitrariedades perpetradas por los Estados totalitarios. La doctrina kelseniana fue vilipendiada o denostada por doquier; pero no sólo eso, se convirtió en el objeto predilecto del ataque de numerosas corrientes filosóficas, como el iusnaturalismo, el marxismo, el realismo jurídico, etcétera. Se consideraba que aquel que afirmase que era kelseniano, "aceptaba" o "estaba de acuerdo" con las monstruosidades cometidas por las dictaduras europeas. En ese sentido, explica Eugenio Bulygin, "la palabra «positivista» adquirió… un tinte peyorativo, cosa que no ocurría antes. Autores como Kelsen… no tenían reparos en proclamarse positivistas y lo hacían con orgullo".[69]

A pesar de lo anterior, entre los numerosos países que conforman al Viejo Continente, Italia ha sido quizá donde más se ha discutido la obra de Kelsen al término del conflicto bélico antes mencionado. En efecto, en este país se ha podido observar el tránsito de un examen "prejuicioso" o malinterpretación de la doctrina kelseniana hacia una revaloración crítica de la obra del maestro vienés.

A. *El no-positivismo inclusivo de Gustav Radbruch*

Las contribuciones más importantes de Gustav Radbruch[70] fueron realizadas en el campo de la filosofía del derecho.[71] Algunos estudiosos conside-

[69] Bulygin, Eugenio, "Discurso pronunciado por el Dr. Eugenio Bulygin con motivo de su investidura como doctor honoris causa por la Universidad de Alicante", *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho,* año 6, núm. 12, 2008, p. 322.

[70] Gustav Radbruch nació en Lübeck (Alemania) el 21 de noviembre de 1878 en el seno de una familia acomodada de comerciantes. Se matriculó en la carrera de derecho y realizó sus estudios en Múnich, Leipzig y Berlín; en estas universidades fue alumno de los reconocidos penalistas y criminólogos Rudolf Sohm y Franz von Liszt; obtuvo el grado de doctor en derecho por la Universidad de Berlín y posteriormente se dirigió hacia Heidelberg para escribir su tesis de habilitación que defendió en 1903. Entre 1904 y 1914, Radbruch impartió clases en las universidades de Heidelberg, Königsberg y Kiel.

Véase Martínez Bretones, María Virginia, *Gustav Radbruch. Vida y obra,* 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 5, 6, 8-18.

[71] Entre las obras más importantes de Gustav Radbruch se encuentran: *Introducción a la ciencia del derecho* (1910), *Fundamentos de la filosofía del derecho* (1914*), Sobre la filosofía de la guerra* (1917), *Paul Johan Anselm Feuerbach: una vida como jurista* (1933). En estos textos, Radbruch analiza el concepto de derecho, su diferencia con la moral, los fines del derecho, su validez, la diferencia y relación entre el iusnaturalismo y iuspositivismo, las fuentes del derecho y la distinción e interrelación entre el derecho público y el privado. En 1919 escribe un ensayo que

ran que existen dos etapas en su pensamiento: la primera se sitúa entre 1910 y 1944, mientras que la segunda abarca desde 1945 hasta el día de su muerte. El primer periodo se caracterizaría por la impronta del positivismo, mientras que la segunda fase se distinguiría por la huella del iusnaturalismo.[72] En una palabra, se ha dicho que existe un Radbruch positivista y otro iusnaturalista, aunque también se le ha considerado un no-positivista inclusivo.[73] Los ensayos de este autor que mayor interés han despertado en el mundo de habla hispana fueron publicados al término de la Segunda Guerra Mundial y llevan por título *Cinco minutos de filosofía del derecho* y *Arbitrariedad jurídica y derecho supralegal*. En ambos textos el jurista alemán plantea una máxima axiológica, conocida como fórmula de Radbruch, cuya forma abreviada es "la injusticia extrema no es derecho".[74]

---

lleva por título *Ustedes jóvenes juristas*, cuya importancia radica en que sienta las bases de sus ideas sobre la injusticia extrema. *Ibidem,* pp. 29-39.

[72] *Cfr.* García Amado, Juan Antonio, "Nazismo, derecho y filosofía del derecho", *Anuario de Filosofía del Derecho,* núm. VIII, 1991, pp. 344 y 345 (*infra* y *supra,* respectivamente).

[73] Algunos autores como Robert Alexy y Stanley L. Paulson afirman que no existe tal discontinuidad en el pensamiento de Gustav Radbruch y llegan a la conclusión de que su trabajo constituye más bien una de las primeras muestras del no-positivismo inclusivo alemán, por medio del cual se afirma que algunos defectos morales del derecho resquebrajan por completo su validez, mientras que otros no lo hacen (o lo hacen parcialmente).

Véase Paulson, Stanley L., "Radbruch on Unjust Laws: Competing Earlier and Later Views?", *Oxford Journal of Legal Studies,* vol. 15, núm. 3, 1995, pp. 489-500; Paulson, Stanley L., "On the Background and Significance of Gustav Radbruch's Post-War Papers", *Oxford Journal of Legal Studies,* vol. 26, núm. 1, 2006, pp. 17-40. *Cfr.* Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho,* 2a. ed., trad. de Jorge M. Seña, Barcelona, Gedisa, 2004, pp. 13 y 14; Alexy, Robert, "El no-positivismo incluyente", trad. de María Claudia Quimbayo Duarte, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho,* núm. 36, 2013, pp. 15-23; Alexy, Robert, "Los principales elementos de mi filosofía del derecho", trad. de A. Daniel Oliver-Lalana, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho,* núm. 32, 2009, p. 77; Alexy, Robert, "Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín", trad. de A. Daniel Oliver-Lalana, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho,* núm. 23, 2000, pp. 197-230; Pavlakos, George, "Corrección y cognitivismo. Comentarios al argumento de la pretensión de corrección de Robert Alexy", trad. de Gonzalo Villa Rosas, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho,* núm. 35, 2012, pp. 201-215.

[74] La fórmula de Radbruch ha sido el objeto de diversas críticas por parte de varios juristas. Véase, por ejemplo, Peña Freire, Antonio Manuel, "Lecciones del nazismo jurídico para la filosofía de derecho: Radbruch y el positivismo jurídico", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho,* núm. 43, 2020, pp. 63 y ss., así como Bix, Brian, "Radbruch's Formula and Conceptual Analysis", *American Journal of Jurisprudence,* vol. 45, 2011, p. 54.

La fórmula de Radbruch constituye una lectura equivocada del derecho "positivo" vigente durante el régimen nacionalsocialista. En realidad, conforme a sus características, el derecho nazi ni siquiera cubriría los requisitos mínimos para ser llamado derecho positivo (en cualquiera de sus variantes).

El tema central del primero de los ensayos es la reflexión que Radbruch realizó en torno a la relación entre el derecho y la moral: la tesis principal de este jurista consiste en afirmar la imposibilidad de separar ambas esferas normativas, puesto que el derecho siempre debe entrañar un contenido mínimo de justicia.[75] En ese sentido, afirma que "pueden existir normas que sean tan injustas y socialmente perjudiciales que la validez, de hecho el propio carácter jurídico, tenga que serles negada".[76] *Arbitrariedad jurídica y derecho supralegal* es una versión refinada del ensayo anterior, en el que su autor expone dos casos judiciales con el propósito de ilustrar las consecuencias prácticas de reconocer el vínculo entre el derecho y la moral.

En la primera de las disputas aludidas, un hombre apellidado Puttfarken es procesado y sentenciado a cadena perpetua por el Tribunal Penal de Nordhausen por haber provocado la condena y ejecución del comerciante Göttig al delatarlo ante el régimen nacionalsocialista por la comisión de "actos subversivos" contra Adolf Hitler, los cuales consistían en escuchar la radio extranjera y cuestionar abiertamente las decisiones jurídico-administrativas del Estado nazi.[77] Al concluir la Segunda Guerra Mundial, un nuevo tribunal conoció del asunto y condenó a cadena perpetua tanto a Puttfarken como a los jueces que habían dictado la sentencia de muerte, argumentando que las normas aplicadas para condenar a Göttig, no obstante su validez formal, eran extremadamente injustas y no guardaban una relación de proporcionalidad entre la causa y la consecuencia.

El segundo caso que Radbruch analiza es el de un soldado nacionalsocialista de Sajonia, encargado de vigilar a unos prisioneros de guerra en el frente oriental, el cual desertó en 1943 debido a la animadversión que sentía hacia el tratamiento inhumano que los cautivos recibían. Mientras huía, el soldado fue incapaz de resistir la tentación de hacer una parada en la morada de su mujer, lo que facilitó su captura. El soldado sabía que lo ejecutarían por haber desertado del ejército, motivo por el cual decidió disparar por la espalda al sargento que lo custodiaba y huir del país. En 1945, tras regresar

---

Brian Bix critica la supuesta novedad de la fórmula de Radbruch, ya que en algunos sistemas normativos, como la mayoría de los anglosajones, la relación entre el derecho y la moral, así como dictar un fallo *contra legem,* son aspectos que han estado presentes desde hace mucho tiempo.

[75] Radbruch, Gustav, "Five Minutes of Legal Philosophy", trad. de Bonnie Litschewski Paulson y Stanley L. Paulson, *Oxford Journal of Legal Studies,* vol. 26, núm. 1, 2006, p. 14. La traducción es propia.

[76] *Ibidem,* p. 13. La traducción es propia.

[77] Radbruch, Gustav, "Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law", trad. de Bonnie Litschewski Paulson y Stanley L. Paulson, *Oxford Journal of Legal Studies,* vol. 26, núm. 1, 2006, p. 2.

a Sajonia desde Suiza, fue arrestado bajo el cargo de homicidio agravado; sin embargo, el fiscal general ordenó la libertad del custodio y el sobreseimiento de la causa criminal conforme al artículo 54 del Código Penal.[78]

Mientras que en el primer caso, aplicar retroactivamente las normas penales tiene un resultado positivo, el cual consiste en castigar la conducta de Puttfarken y los jueces quienes habían cometido un homicidio agravado revestido de legalidad, en el ejemplo del soldado desertor, la aplicación retroactiva de una norma penal vigente tendría una consecuencia perjudicial para el soldado que actuó de la manera descrita para salvar su vida. Dicho de otro modo, mientras que en la primera de las situaciones, Puttfarken se condujo de acuerdo con lo prescrito por el derecho penal vigente durante el régimen nazi (denunciar a los opositores de Hitler), en la segunda, el soldado desertor, no obstante haber cometido lo que en apariencia sería el delito de homicidio agravado, quedó libre.

Las ideas de Radbruch contrastan con uno de los postulados esenciales de la teoría pura del derecho: la separación conceptual entre el derecho y la moral. Mientras que el jurista alemán sostiene la existencia de una relación *necesaria* entre el derecho y la moral, Kelsen afirma lo contrario.[79] El fundador de la teoría pura del derecho centró su atención en la forma del derecho en tanto principal objeto de estudio de la ciencia jurídica; era un relativista axiológico, ya que a su modo de ver las cosas la ciencia no debe realizar ningún juicio de valor. Por si lo anterior fuera poco, en el plano práctico era un partidario de la democracia procedimental en la que caben todos los valores.

B. *La crítica iusnaturalista de Miguel Villoro Toranzo a la teoría pura del derecho*

Un claro ejemplo del menosprecio hacia la teoría pura del derecho tras la conclusión de la Segunda Guerra Mundial se encuentra en la obra del jurista mexicano Miguel Villoro Toranzo. De acuerdo con este autor, en la doctrina de Kelsen el derecho se ve reducido a un conjunto de normas válidas y eficaces cuyo soporte se encuentra en la coacción del Estado. Desde este punto de vista, basta con que se produzcan normas válidas para que éstas sean consideradas derecho; además, no importa que las normas sean injustas o que un

[78] *Ibidem,* p. 6.

[79] Robert Alexy ha sido quien subrayó la contraposición entre la "fórmula de Radbruch" y el relativismo axiológico de Kelsen. Véase Alexy, Robert, "Legal Certainty and Correctness", *Ratio Juris,* vol. 28, núm. 4, 2015, p. 444; Alexy, Robert, "The Dual Nature of Law", *Ratio Juris,* vol. 23, núm. 2, 2010, p. 175.

tirano las promulgue, mucho menos interesan los fines y contenidos, siempre que éstas sean producidas válidamente. En suma, para Miguel Villoro Toranzo, el jurista vienés desarrolló un modelo de derecho "deshumanizado".[80]

El principio de pureza metodológica fue objeto también de las críticas del jurista mexicano, quien considera que del hecho de que cada ciencia tenga un objeto de estudio propio no significa que la realidad debe fragmentarse en tantas esferas como ciencias existan. Kelsen, de acuerdo con Villoro Toranzo, no había querido reconocer que la ciencia del derecho necesita de todas las ciencias.[81] Para el jurista mexicano, la ciencia jurídica debe ofrecer una síntesis humanista sobre los diversos aspectos de la conducta humana bajo el signo de la justicia.[82] El punto de vista de Villoro Toranzo sintetiza las "críticas" más frecuentes que se han formulado a la teoría pura del derecho tras el final de la Segunda Guerra Mundial.

Las consideraciones de Villoro Toranzo, sin embargo, tampoco se encuentran exentas de ser sometidas a un examen crítico; la primera consideración que se puede formular corresponde a la supuesta "deshumanización" del derecho a la que "conduce" la doctrina de Kelsen. Antes que nada, tendría que precisarse el significado de la palabra "deshumanización", así como su opuesta, el "humanismo"; en otras palabras, ¿qué tipo de humanismo tendría que regir el derecho y por qué? Por medio de la segunda crítica se afirma que a Kelsen "nada importa que esas normas sean injustas ni que sea un tirano el que las promulgue", y que "la grandeza de la ciencia jurídica reside en ofrecer una síntesis humanista bajo el signo de la Justicia"; está claro que la existencia de una norma injusta supone la existencia de un concepto de justicia, el cual, sin embargo, no es definido por el propio Villoro Toranzo. Tampoco hay que perder de vista que la naturaleza jurídica de una norma no se pierde sólo porque ésta hubiera sido promulgada por un tirano, ésta es una falacia de autoridad; además, quizá una norma justa pueda ser promulgada por un hombre injusto.

La tercera crítica de Villoro Toranzo está constituida por dos afirmaciones: "la *realidad social* que interesa a la ciencia del derecho no es una realidad en bruto" y "Kelsen no ha podido o no ha querido ver que la ciencia del derecho necesita de todas las ciencias". La primera de las afirmaciones es un problema conceptual, ¿qué es la realidad social?, ¿existe una realidad social única? El jurista vienés, en efecto, no se encuentra interesado en la "realidad

[80] Villoro Toranzo, Miguel, *Lecciones de filosofía del derecho. El proceso de la razón y el derecho,* 2a. ed., México, Porrúa, 1984, p. 418.

[81] *Ibidem,* p. 419.

[82] *Idem.*

social" porque ésta es una construcción subjetiva. La "realidad social" varía de una persona a otra, de un lugar a otro y de un tiempo a otro. Más allá de su emotiva afirmación, Villoro Toranzo no precisa cuál es la "realidad social" que supuestamente Kelsen desdeña.

El segundo de los argumentos, "Kelsen no ha podido o no ha querido ver que la ciencia del derecho necesita de todas las ciencias", es el producto de una lectura parcial de la obra del jurista vienés. El líder de la Escuela Jurídica de Viena no afirmó que la teoría pura del derecho nada tiene que ver con el resto de las ciencias del espíritu, sino que no encuentra su fundamentación en otras ramas del saber humano; en otras palabras, la ciencia jurídica y su objeto de estudio existen de manera autónoma.

C. *La crítica humanista de Giuseppe Capograssi a la teoría pura del derecho*

Giuseppe Capograssi[83] fue uno de los juristas italianos más importantes de la primera mitad del siglo XX, aunque en el mundo de habla hispana es prácticamente un desconocido. Las críticas que realizó a la teoría pura del derecho tuvieron una profunda influencia en la academia italiana hasta la revalorización que hizo Norberto Bobbio de la doctrina de Kelsen.

Capograssi, seducido por el espíritu de la posguerra, rechazó las teorías jurídicas que reducían el derecho a su forma, del mismo modo que se opuso a aquellas teorías que otorgaban el monopolio de la fuerza al Estado, pues creía que la obediencia irrestricta al ordenamiento jurídico había sido una de las principales razones que habían propiciado el conflicto armado. De acuerdo con este jurista, el derecho no debe estudiarse o comprenderse a través de su forma, sino que debe identificársele con la experiencia concreta y con los fines que persigue, los cuales deben procurar el bienestar del ser humano.[84] Además, fue un crítico de la modernidad, ya que consideraba

[83] Giuseppe Capograssi nació en 1889 y murió en 1956. Fue un abogado, teórico del derecho, profesor universitario y designado como juez de la Corte Constitucional Italiana. Su convicción hacia la democracia como mejor forma de gobierno hizo que se negara a jurar lealtad a Benito Mussolini en 1931. A lo largo de su vida cultivó la filosofía del derecho y el derecho constitucional; entre sus obras más célebres se encuentran: *Ensayo sobre el Estado, La moderna democracia directa, Reflexiones sobre la autoridad y sus crisis, El análisis de la experiencia común, Estudios sobre la experiencia jurídica, El problema de la ciencia del derecho* e *Introducción a la vida ética*.

Sobre la vida y obra de Giuseppe Capograssi, véase Redeker, Robert, "Connaissez-vous Giuseppe Capograssi?", *Revue des Deux Mondes,* 2016, p. 117, y Jervolino, Domenico y Alunni, Charles, "Notes sur Capograssi et Piovani", *Archives de Philosophie,* vol. 57, núm. 1, 1994, p. 35.

[84] Redeker, Robert, *op. cit.*, p. 116.

que ésta convierte al individuo en un autómata y lo reduce a una masa social. En términos generales, la propuesta filosófica de este jurista italiano se caracteriza por colocar al individuo en el centro de la experiencia jurídica, razón por la cual llamó a su modelo una filosofía de la vida.[85]

Las características anteriores de su obra y pensamiento permiten comprender por qué Capograssi era un detractor de la teoría pura del derecho: "Su rechazo de Kelsen recuerda a la crítica elaborada por Friedrich Hegel contra Immanuel Kant: abstracción, ignorancia de la vida concreta. Kelsen permanece «en la superficie de la norma y de la vida» al idealizar a las normas y platonizarlas".[86] Capograssi fue, en efecto, uno de los pioneros en introducir y criticar la obra de Kelsen en Italia. En ese sentido, entre sus textos más conocidos se encuentran sus *Impresiones sobre Kelsen traducido.*[87] En este ensayo, considerado el día de hoy como un clásico de la literatura jurídica italiana, critica sobre todo la *Teoría general derecho y del Estado* y la primera edición de la *Teoría pura del derecho* de Kelsen. En esencia, para el jurista italiano, el trabajo del líder de la Escuela Jurídica de Viena representa "un momento superado de la cultura europea".[88] Capograssi aconseja en todo caso una lectura cautelosa de la obra de Kelsen con la principal finalidad de conocer el peligro que representan las concepciones formalistas del derecho,[89] y cuestiona también la forma básica de las proposiciones jurídicas kelsenianas ("si A es, B debe ser") porque no todas las normas entrañan una sanción.[90] Para este pensador, el punto de vista formalista del líder de la Escuela vienesa se encuentra restringido en la medida en que simplifica su objeto de estudio.[91] En palabras de Capograssi: "Si uno no tiene conocimiento de eso, es decir, si uno confunde aquél concepto particular asumido como hipótesis de trabajo con la realidad efectiva de las cosas, el método deviene fuente de errores porque induce a tomar por realidad una concepción parcial o un lado de la realidad".[92]

Otro elemento de la teoría pura del derecho que es objeto de las críticas de Capograssi es la teoría de la norma fundante, ya que ésta no resuelve ni el problema de la validez de las normas ni tampoco el de la relación entre el

---

[85] *Ibidem,* p. 118.

[86] *Idem.*

[87] Capograssi, Giuseppe, "Impressioni su Kelsen tradotto", en Capograssi, Giuseppe, *Trattato da Giuseppe Capograssi*, Italia, Giuffrè, 1958, vol. V, pp. 313-356. Publicado originalmente como Capograssi, Giuseppe, "Impressioni su Kelsen tradotto", *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico,* núm. IV, 1952, pp. 767-810.

[88] *Ibidem,* p. 313.

[89] *Idem.*

[90] *Ibidem,* p. 320.

[91] *Ibidem,* p. 322.

[92] *Idem.*

poder político y el derecho. Para Capograssi, la norma fundante no es más que una ficción con la que el jurista austriaco evita examinar los temas antes mencionados.[93] Considera que Kelsen con esta ficción, "busca construir el material sin la preocupación de estos problemas y más aún, para animarse, se da la ilusión de haberlos resuelto".[94] Por último, en torno a la teoría de la norma fundante, Capograssi explica que "es un modo de trabajar y puede tener su utilidad, porque al final no hace otra cosa que simplificar el objeto, tratando el objeto como si el problema hubiera desaparecido".[95]

D. *La revalorización de la teoría pura del derecho por parte de Norberto Bobbio*

Con Norberto Bobbio[96] se inicia un periodo en la doctrina italiana durante el cual la teoría pura del derecho es revisada con mayor mesura, y prudencia, lo que permite una revalorización positiva de ésta. Además, Bobbio no sólo centró su atención en el aspecto jurídico de la teoría pura del derecho, sino también en el político. De acuerdo con él, uno de los problemas centrales de la teoría kelseniana es ante todo el de la relación entre el derecho y el poder:

> De la interdependencia de estos dos problemas me he dado cuenta examinando los escritos de la última etapa de Kelsen, en la que el problema del poder, en particular del poder jurídico (Rechtsmacht) adquiere particular relieve… En un sistema coherente de teoría del derecho, como es el kelseniano, la norma

[93] *Ibidem,* p. 323.

[94] *Ibidem,* p. 324.

[95] *Idem.* La traducción es propia.

[96] Norberto Bobbio nació en 1909 en Turín. Entre 1927 y 1931 estudió derecho; estuvo influenciado por Luigi Einaudi, Francesco Ruffini y Gioele Solari. Al concluir la Segunda Guerra Mundial, abandonó el activismo político y comenzó de lleno su carrera académica; sus lecciones comprendían la lectura de los clásicos, entre los que se encuentran los textos de Hans Kelsen, porque era de la idea de que la lectura de los clásicos es formativa del pensamiento humano. Bobbio creía que era pretencioso, arrogante y característico del tiempo actual, creer que todo cuanto nos rodea ha sido creado de manera reciente; en ese sentido, en una entrevista que le realizaron refiere la siguiente anécdota: "Ayer, alguien me ha preguntado si mi curso era «de actualidad», y yo he respondido con un gesto. ¡Por qué esta idea de que todo debe ser de actualidad…! ...démonos cuenta de que no hemos nacido ayer… que a lo más somos enanos, pequeños enanos… sobre los hombros de los gigantes del pasado".

Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, "8 preguntas a Norberto Bobbio", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho,* núm. 2, 1985, pp. 233 y 234. Sobre la vida de Norberto Bobbio, véase Bovero, Michelangelo, "Norberto Bobbio, profesor", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho,* núm. 28, 2005, pp. 54 y 55.

> fundamental, o norma de las normas, ocupa el mismo lugar que ha ocupado siempre el poder soberano, o poder de los poderes, en un sistema coherente de teoría política. Una y otro representan el cierre del sistema.[97]

Las reflexiones de Norberto Bobbio en torno a la teoría pura del derecho comenzaron a desarrollarse en la década de los cincuenta del siglo XX. En 1958, el jurista italiano publicó *Teoría de la norma jurídica*, y diez años más tarde, *Teoría del ordenamiento jurídico*; ambos textos fueron traducidos al castellano por Eduardo Rozo Acuña y publicados en un solo volumen titulado *Teoría general del derecho.* Este libro refleja la etapa de la obra bobbiana en la que la teoría pura del derecho estuvo presente con especial intensidad; al respecto, Bobbio nos explica: "No considero necesario tener que ocultar el hecho, evidente a todo lector bien informado, de que la orientación académica de mis estudios de aquellos años se centraba en el análisis estructural del ordenamiento jurídico, según la enseñanza de la teoría pura del derecho".[98]

Con base en las categorías de análisis de la teoría pura del derecho, Bobbio explica que la existencia de las normas origina tres tipos de problemas: el de su justicia, su validez y su eficacia.[99] El primero forma parte del campo de la filosofía moral; el segundo se sitúa en el ámbito normativo, y el tercero, en el campo social. Bobbio precisa que el problema de la validez[100] de las normas[101] fue el principal centro de interés de Kelsen, que la justicia fue un tema que el erudito austriaco analizó desde el punto de vista de la filosofía moral y que la eficacia comenzó a atraer la atención del autor austriaco durante una etapa de madurez. La justicia, la validez y la eficacia son proble-

---

[97] Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *op. cit.,* pp. 237 y 238.

[98] Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho,* trad. de Eduardo Rozo Acuña, Madrid, Debate, 1995, p. 8.

[99] *Ibidem,* p. 33.

[100] *Ibidem,* p. 34. Sobre la validez, explica Bobbio: "El problema de la *validez* es el problema de la existencia de la regla en cuanto a tal, independientemente del juicio de valor sobre su contenido de justicia. Mientras el problema de ésta se resuelve con un juicio de valor, el problema de la validez se resuelve con un juicio de existencia o de hecho".

[101] *Ibidem,* p. 35. Respecto de la eficacia, Bobbio precisa: "El problema de la *eficacia* de una norma es el problema de si la norma es o no cumplida por las personas a quienes se dirige (los llamados destinatarios de la norma jurídica) y, en el caso de ser violada, que se la haga valer con medios coercitivos por la autoridad que la ha impuesto". Más adelante, añade: "La investigación para determinar la eficacia o ineficacia de una norma es de carácter histórico-social, y se orienta al estudio del comportamiento de los miembros de un determinado grupo social, diferenciándose tanto de la investigación de carácter filosófico sobre la justicia de la norma como de la típicamente jurídica acerca de su validez. También aquí, para usar la terminología docta, aunque en un sentido diferente del acostumbrado, se puede decir que el problema de la eficacia de las reglas jurídicas es el problema *fenomenológico* del derecho".

mas que deben ser estudiados de manera independiente. Por ejemplo, una norma puede ser justa sin que por ello sea válida y/o eficaz, y viceversa, una norma puede ser válida y/o eficaz sin que por ello sea justa. Una norma puede ser "justa" y válida pero no eficaz, de la misma manera que puede ser "justa" y eficaz pero no válida. Una norma puede ser válida, pero "injusta" e ineficaz, del mismo modo en que puede ser "injusta", inválida e ineficaz y, sin embargo, formar parte de un código sustantivo o adjetivo.[102]

El punto de vista de Bobbio difiere en relación con el de Kelsen por lo que respecta al concepto de justicia. Ambos pensadores del derecho están de acuerdo en que no es posible proporcionar un concepto universal y atemporal sobre la justicia, y también concuerdan en que el tema de la justicia conduce al terreno de los juicios de valor. Sin embargo, mientras Kelsen separa totalmente su teoría pura del derecho de cualquier examen valorativo, Bobbio afirma que el derecho debe poseer un contenido moral mínimo. Al respecto, el profesor italiano explica:

> El problema de la justicia es el problema de la más o menos correspondencia entre la norma y los valores superiores o finales que inspiran un determinado orden jurídico… Cuando se considera que hay valores supremos, objetivamente evidentes, preguntarse si una norma es justa o injusta equivale a preguntarse si es apta o no para realizar esos valores.[103]

De lo anterior se desprende que tanto Norberto Bobbio como Hans Kelsen eran relativistas axiológicos; no obstante, también es posible observar que existen diferentes matices en esta postura epistemológica. En efecto, el del primero puede ser llamado *relativismo axiológico inclusivo,* y, el del segundo, *relativismo axiológico exclusivo.* Bobbio era un relativista axiológico inclusivo porque a pesar de que afirma que no existe un concepto absoluto sobre la justicia, también sostiene que un ordenamiento jurídico siempre persigue ciertos fines morales. Por su parte, Kelsen coincide en que no existe un concepto definitivo sobre la justicia, pero al mismo tiempo considera que no existe tampoco una relación necesaria entre el derecho y la moral, y consecuentemente el derecho no persigue ningún fin predeterminado.[104]

---

[102] *Cfr. ibidem*, pp. 35-40.

[103] *Ibidem,* p. 33.

[104] Véase, al respecto, Kelsen, Hans, *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado (Desarrollados con base en la teoría de la proposición jurídica),* trad. de Wenceslao Roces, México, UNAM-Porrúa, 1987, pp. 29-48; Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado,* trad. de Luis Legaz y Lacambra, México, Ediciones Coyoacán, 2021, pp. 50-52; Kelsen, Hans, "La idea del derecho natural", trad. de Francisco Ayala, en Kelsen, Hans, *La idea del derecho natural y otros ensayos,* México, Ediciones Coyoacán, 2010, pp. 11-41; Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre. Einleitung in*

Con base en sus reflexiones sobre la relación entre la moral y el derecho, Bobbio desarrolló una serie de reflexiones en torno al relativismo axiológico, el positivismo jurídico, el formalismo y el iusnaturalismo en obras posteriores. Para el jurista italiano no existe un conflicto irresoluble entre el positivismo jurídico y el iusnaturalismo, ni entre el derecho y la moral. Por el contrario, para él ambas posturas epistemológicas se complementan. Para llegar a esta conclusión, centró sus esfuerzos en explicar las connotaciones que pueden adquirir las expresiones "formalismo jurídico", "positivismo jurídico" y "iusnaturalismo".

De acuerdo con Bobbio, existen cuando menos cuatro significados de "formalismo jurídico". El primero corresponde a la afirmación de que un acto es justo siempre que se adecue al texto de la norma, se trata de la forma como justicia (1); esta primera acepción también es llamada legalismo jurídico.[105] El segundo significado que adquiere la expresión "formalismo jurídico" es el de una teoría particular del derecho (2), cuya atención se centra en las proposiciones jurídicas.[106] El tercer significado es el de una ciencia formal (3) que no sólo presta atención a las normas, sino a su articulación como un sistema.[107] Finalmente, el cuarto significado es el de formalismo como una *praxis* del derecho (4), donde se da preferencia a la interpretación lógica y sistemática frente a la histórica y teleológica.[108]

De estos cuatro significados que puede adquirir la expresión "formalismo jurídico", la teoría pura del derecho es incompatible con (1) y compatible con (2), (3) y (4); Hans Kelsen jamás afirmó que la justicia es la adecuación de los actos de los seres humanos con el texto de la norma; la afirmación de que la adecuación de los actos con el texto de la norma podría adquirir una connotación favorable, sólo si se supone un sistema normativo compuesto por normas justas. La teoría pura del derecho no es una ideología formal sobre la justicia.

El positivismo jurídico como ideología es la creencia de que esta postura epistemológica es justa; desde este punto de vista, el derecho es estima-

---

die rechtswissenschaftliche Problematik, Tubinga, Mohr Siebeck, 2008, pp. 25-30; Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado,* trad. de Eduardo García Máynez, 3a. ed., México, UNAM, 2014, pp. 3-16; Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho,* 16a. ed., trad. de Roberto J. Vernengo, México, Porrúa, 2009, pp. 70-82; Kelsen, Hans, *¿Qué es justicia?,* trad. de Albert Calsamiglia, Barcelona, Planeta-Agostini, 1993, pp. 35-63.

[105] Bobbio, Norberto, "Formalismo jurídico", trad. de Ernesto Garzón Valdés, en Bobbio, Norberto, *Iusnaturalismo…, cit.,* p. 85. Este ensayo también fue publicado en México. Véase, Bobbio, Norberto, "Formalismo jurídico", trad. de Ernesto Garzón Valdés, en Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico,* 12a. ed., México, Ediciones Coyoacán, 2020, pp. 13-40.

[106] *Ibidem,* p. 88.

[107] *Ibidem,* p. 92.

[108] *Ibidem,* pp. 95 y ss.

do positivamente sólo por el hecho de existir.[109] Al respecto, Bobbio explica que "La máxima fundamental del positivismo jurídico como ideología puede formularse de esta manera: «Se debe obedecer las leyes en cuanto tales…». [En ese sentido] se puede hablar de ética legalista, según la cual solo existe lo justo legal…".[110] Existen dos versiones sobre el positivismo jurídico como ideología: una extrema y otra moderada. Conforme a la teoría de la obediencia activa (versión extrema del positivismo jurídico), las normas deben ser obedecidas en cuanto tales porque son justas,[111] mientras que para la teoría de la obediencia condicionada (versión moderada del positivismo jurídico como ideología), las normas deben ser obedecidas porque la legalidad garantiza el orden y la paz.[112] La expresión "positivismo jurídico" puede entenderse también como una determinada teoría o concepción del derecho (2).[113] En cuanto tal, el positivismo jurídico es el resultado de un proceso histórico de superación del derecho de la Edad Media cuya concepción finalista (el derecho cumple los fines de Dios) es sustituida por una versión objetiva o avalorativa de éste.

La expresión "naturalismo jurídico" presenta las mismas dificultades que las de formalismo y positivismo jurídicos. En términos generales, Bobbio explica que "por iusnaturalismo entiendo la teoría de la *superioridad* del derecho natural sobre el derecho positivo".[114] Conforme a la definición anterior, el derecho positivo tendría que ser, o aspirar a ser, una suerte de copia o reflejo del derecho natural. Del mismo modo que con el positivismo jurídico como ideología, el iusnaturalismo se convierte en una ideología cuando se afirma que el derecho natural es intrínsecamente bueno.[115] Existen dos variantes sobre el iusnaturalismo como ideología. La primera es la teoría de la desobediencia activa (versión extrema del iusnaturalismo), de acuerdo con la cual las normas deben ser obedecidas sólo si son justas.[116] La segunda de las

[109] Bobbio, Norberto, "Aspectos del positivismo jurídico", trad. de Ernesto Garzón Valdés, en Bobbio, Norberto, *Iusnaturalismo…, cit.,* pp. 101-121, particularmente la p. 103. Este ensayo también fue publicado en México. Véase Bobbio, Norberto, "Positivismo jurídico", trad. de Ernesto Garzón Valdés, en Bobbio, Norberto, *El problema…, cit.,* p. 108.

[110] *Ibidem,* pp. 41-72.

[111] *Idem.*

[112] *Idem.*

[113] *Idem*.

[114] Bobbio, Norberto, "Iusnaturalismo y positivismo jurídico", trad. de Ernesto Garzón Valdés, en Bobbio, Norberto, *Iusnaturalismo…, cit.,* pp. 122-137, específicamente la p. 123. Este texto también ha sido publicado en México; véase Bobbio, Norberto, "Jusnaturalismo y positivismo jurídico", trad. de Ernesto Garzón Valdés, en Bobbio, Norberto, *El problema…, cit.,* pp. 73-97.

[115] *Ibidem,* pp. 129 y ss.

[116] *Idem.*

variantes sobre el iusnaturalismo como ideología lleva por nombre "desobediencia condicionada", y sostiene que aunque las normas pueden ser injustas, deben ser obedecidas, a menos que se alcance un umbral extremo de injusticia (ésta es la posición de Gustav Radbruch).[117]

Gracias al jurista italiano es posible notar que la teoría pura del derecho no se desarrolla en el ámbito de una ideología del positivismo jurídico debido a que no liga la validez del ordenamiento jurídico con alguna concepción sobre la justicia. Además, si bien es cierto que la norma fundante es un concepto abstracto que puede albergar prácticamente cualquier contenido, no existen otros elementos en la doctrina de Kelsen que pudieran conducir a sostener de manera firme que se trata de una especie de teoría sobre el iusnaturalismo encubierta.

E. *Letizia Gianformaggio y Riccardo Guastini: el giro analítico en el examen de la teoría pura del derecho*

Letizia Gianformaggio[118] examinó la teoría pura del derecho desde el punto de vista de la filosofía analítica. Para empezar, explica que la doctrina de Kelsen fue desarrollada desde el ámbito de la fundamentación, palabra que significa deducir la validez de un elemento normativo inferior a partir de otro superior.[119] La precisión de Gianformaggio respecto de la teoría pura

---

[117] *Idem.*

[118] Letizia Gianformaggio fue una jurista italiana cuyas líneas de investigación fueron la filosofía analítica y la teoría de la argumentación jurídica. Sus primeras investigaciones giraron en torno al pensamiento de Chaïm Perelman, sobre el que publicó un libro en 1973 que lleva por título *Los argumentos de Perelman, de la neutralidad del científico a la imparcialidad del juez*. Otras obras importantes de ella son *Derecho y felicidad. La teoría del derecho en Helvétius, Estudios sobre la justificación jurídica, Ética y derecho. La vida de la justificación jurídica, Sistemas normativos estáticos y dinámicos* y *Las razones del garantismo*. Letizia Gianformaggio falleció en 2004 a causa de un tumor cerebral.

En el mundo de habla hispana, el trabajo más conocido de esta jurista sobre la teoría pura del derecho lleva por título *Estudios sobre Kelsen*, publicado en México por la editorial Fontamara. Este opúsculo está compuesto por una serie de reflexiones que la autora realizó a lo largo de su vida en torno a la teoría del jurista vienés; entre los temas que desarrolla se encuentran la distinción entre fundamentar y justificar, la tercera vía que planteó y desarrolló Kelsen para introducir su doctrina, y la dirección que tomó la obra de este jurista hacia el final de su vida.

Sobre la vida de Letizia Gianformaggio, véase Gianformaggio, Letizia, "Letizia Gianformaggio (Siena)", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho,* núm. 1, 1984, pp. 99 y 100, así como Ferrajoli, Luigi, "Estilo de Letizia Gianformaggio", trad. de Daniel González Lagier, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho,* núm. 27, 2004, p. 427.

[119] Gianformaggio, Letizia, *Estudios sobre Kelsen,* trad. de Tomás Serrano Coronado, Pablo Larrañaga y Paolo Comanducci, México, Fontamara, 2002, p. 33.

del derecho permite observar que ésta se encuentra limitada en el ámbito de la razón práctica porque aquí es necesario justificar a través de la argumentación la forma en que se aplica el derecho.[120] Justiciar significa establecer que una regla es justa y/o correcta de acuerdo con un sistema de valores preestablecido.[121] Kelsen no desarrolló un sistema que justificara una decisión debido a su relativismo axiológico.[122] Para este autor, cualquier intento por reducir la subjetividad de un juicio de valor en la aplicación del derecho es una labor inútil porque toda decisión reposa en las creencias o intereses de quien dirime una controversia. El modelo desarrollado por Kelsen es, en una palabra, una propuesta de fundamentación jurídica y no una teoría que justifica las decisiones de los jueces. Para esclarecer la explicación conceptual realizada hasta este momento, Gianformaggio ofrece el ejemplo siguiente: "La pregunta: ¿Es verdad que no está permitido fumar aquí? exige una simple respuesta de sí o no. Por el contrario, la pregunta: ¿Es correcto que fumar esté permitido aquí? se entiende usualmente como: ¿Qué piensas de esta prohibición?, y no exige respuestas de sí o no".[123]

El segundo tema de la teoría pura del derecho que atrajo la atención de Gianformaggio es el camino metodológico que su autor planteó y desarrolló desde la publicación de sus primeras monografías, el cual denomina "tercera vía". Gianformaggio explica que en la época en la que se gesta la teoría de Kelsen, la academia jurídica estaba gobernada por corrientes realistas o postulados iusnaturalistas. Kelsen propuso una tercera vía porque para este autor el derecho sólo puede ser conocido objetivamente a través de su forma.

El tercer aspecto que llama la atención de esta autora es el interés de Kelsen sobre la relación entre el derecho y la lógica hacia el final de su existencia.[124] Aproximadamente en las postrimerías de 1950, el jurista vienés comenzó a centrar su atención en este tema[125] debido a que las discusiones jurídicas comenzaban a ser direccionadas por los estudios de Georg Henrik von Wright.[126] Uno de los detonantes de las pesquisas de Kelsen por el tema fue el deseo de saber si el principio de no contradicción se puede aplicar o no a las normas. A decir verdad, el punto de vista respecto de la relación entre el derecho y la lógica cambió a lo largo de su obra: una

[120] *Idem.*
[121] *Ibidem,* p. 34.
[122] *Idem.*
[123] *Idem.*
[124] *Ibidem,* p. 58.
[125] *Ibidem,* p. 52.
[126] *Idem.*

observación a este efecto —que las normas no son, que no pueden ser, verdaderas o falsas— era, de hecho, completamente ajena a su punto de vista al comienzo".[127] Posteriormente, entre 1950 y 1960, Kelsen cambió de parecer: primero afirmó que el principio de no contradicción podía aplicarse a las proposiciones jurídicas y, posteriormente, sostuvo lo contrario, para pugnar por el desarrollo de una lógica normativa propia.

En torno a este punto, las opiniones académicas se han dividido: algunos especialistas consideran que existe una especie de fractura en el pensamiento de Kelsen, mientras que otros creen lo contrario, esto es, que el profesor vienés estaba llegando a una versión más refinada de su propia doctrina.[128] En ese sentido, explica Gianformaggio: "La tesis de la continuidad, por ejemplo, ha sido sostenida notablemente bien por Stanley L. Paulson… y la tesis de la fractura igualmente bien por O. Weinberger… En Italia ambas tesis han sido sostenidas en distintos momentos, por Losano".[129] Ciertamente hacia el final de su existencia, Kelsen comenzó a autoproclamarse como uno de los precursores de la aplicación de la lógica al derecho, tal y como queda demostrado en un ensayo que publicó en 1953 y que lleva por título *¿Qué es la teoría pura del derecho?* Aquí el jurista sostiene que su teoría es una doctrina sobre la lógica de las normas[130] y que la fue desarrollando a lo largo de su obra.[131]

Por su parte, Riccardo Guastini, otro de los principales exponentes de la filosofía analítica en Italia, ha centrado su atención en lo que él ha denominado el "primer" y "último Kelsen"; sobre todo se ha interesado por el trabajo de éste. Guastini entiende por primer Kelsen el de la obra que el jurista austriaco publicó entre 1959 y 1960, y por "último" Kelsen a lo que el profesor vienés escribió entre 1960 hasta el día de su muerte. Al respecto, señala:

> Por comodidad, llamaré "primer Kelsen" al autor del manuscrito *Zur Logik der Normen,* 1959, de la *Reine Rechtslehre,* segunda edición, 1960, y también del ensayo *What Is the Pure Theory of Law*, del mismo año; llamaré "último Kelsen" —haciéndome eco de un trabajo clásico de Amedeo Conte— al autor de los trabajos *Derogation* de 1962, *Recht und Logik* de 1965 y de la *Allgemeine Theorie der Normen,* publicada póstumamente en 1979.[132]

[127] *Ibidem,* pp. 62 y 63.

[128] *Ibidem,* p. 50.

[129] *Idem.*

[130] *Ibidem,* p. 59.

[131] *Ibidem,* p. 60.

[132] Guastini Riccardo, "Normas, juicios de validez y ciencia jurídica en el último Kelsen", trad. de Jordi Ferrer Beltrán, en Guastini, Riccardo, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho,* trad. de Jordi Ferrer Beltrán, Barcelona, Gedisa, 1999, p. 127.

Guastini explica lo que podría ser una contradicción entre la obra del "primer" y "último" Kelsen. El primero afirma que la lógica no puede aplicarse de manera directa a las normas,[133] sino que sólo puede aplicarse indirectamente[134] porque éstas no son verdaderas o falsas, sino válidas o inválidas. Esto explica por qué una norma puede prescribir una conducta, mientras que otra la prohíbe. De acuerdo con el primer Kelsen, cuando las normas son apreciadas por la óptica de la ciencia jurídica, éstas sufren una metamorfosis y se transforman en proposiciones jurídicas;[135] las proposiciones jurídicas, en tanto enunciados deónticos, sí están sujetos a las reglas de la lógica.[136] El último Kelsen sostiene todo lo contrario; esto es, que las reglas de la lógica no pueden ser aplicadas ni directa ni indirectamente a las normas.[137] Riccardo Guastini explica: "A pesar de que las aserciones normativas de la ciencia jurídica están obviamente sujetas a las reglas de lógica, no reflejan el comportamiento lógico de las normas".[138] Por tal motivo, el que una proposición normativa prescriba una conducta, mientras que otra la prohíba, no supone una contradicción lógica porque cada una de esas proposiciones normativas en realidad está regulando una conducta distinta.[139]

Al no existir proposiciones jurídicas verdaderas o falsas, sino válidas o inválidas, la principal tarea del legislador y del juez sería eliminar alguna de las dos posibilidades mediante la derogación de una norma o explicar las razones jurídicas por las cuales se aplicará una proposición jurídica en lugar de otra.[140] Estas consideraciones tendrían repercusiones significativas en el enfoque de Kelsen respecto de la ciencia jurídica y su objeto de estudio: "El último Kelsen, de forma totalmente inadvertida, propone un modelo de ciencia jurídica muy distinto, según el cual los enunciados de los juristas deben ser enunciados de las autoridades normativas".[141] Kelsen duplica el objeto de estudio: los legisladores y jueces aplican las normas, y el resultado de esta actividad sería el objeto de estudio de la ciencia jurídica. En el "último Kelsen", la labor del científico del derecho consistiría en "identificar los conflictos entre normas sin ofrecer ninguna solución «científica» a los mismos".[142] Lo anterior es así porque si el científico del derecho ofrece una

[133] *Ibidem,* p. 128.
[134] *Idem.*
[135] *Ibidem,* p. 129.
[136] *Idem.*
[137] *Ibidem,* p. 130.
[138] *Idem.*
[139] *Idem.*
[140] *Ibidem,* p. 135.
[141] *Ibidem,* p. 136.
[142] *Ibidem,* p. 137.

solución estaría haciendo política o ideología. Más aún, el científico del derecho tendría que describir su objeto de estudio en términos de un *ser* y no de un *deber ser* ("el juez al dirimir una controversia aplica tal o cual norma"). En el "último Kelsen", el jurista tendría que limitarse a describir lo que percibe a través de sus sentidos, porque si hiciera lo contrario estaría formulando un nuevo enunciado de deber y, con ello, tomando partido respecto de cuál norma debe prevalecer frente a la otra.

Guastini ha continuado examinando la obra del último periodo de la vida de Kelsen y ha encontrado algunas contradicciones importantes.[143] Durante esta etapa, al parecer Kelsen coloca a las normas jurídicas como el objeto de estudio principal de la ciencia jurídica, al tiempo que sostiene que éstas son el objeto de la interpretación jurídica.[144] Dicho de otra manera, no existe una diferencia entre el objeto de estudio del jurista y la materia prima con la que trabaja el juez. Para evitar este escollo, sería necesario introducir otra categoría de análisis: la formulación normativa. La norma se obtiene sólo hasta que la formulación normativa es interpretada. Guastini llega a la conclusión de que Kelsen, al no introducir esta distinción, homologó el objeto de estudio del jurista con la materia prima con la que trabaja el juez. Desde la óptica de Guastini, la formulación normativa sería el objeto de estudio del juez y el resultado de su interpretación, el objeto de estudio de la ciencia jurídica.

III. Una propuesta para reducir la complejidad interna de la doctrina de Hans Kelsen

1. *La doctrina de Hans Kelsen como un sistema*

Al inicio de esta investigación se hizo la precisión de que la obra de Kelsen es uno de los trabajos científicos sobre el derecho más vastos que se han escrito hasta la fecha, no sólo por la cantidad de libros, artículos, ensayos y reseñas que lo integran, sino sobre todo por lo prolífico de su pensamiento. Es cierto que esta característica es el reflejo de la fecundidad de la mente de Kelsen, pero también es verdad que plantea un escollo insoslayable a su obra: su complejidad. Ésta es una cualidad propia de un objeto ideal, que puede ser descrito como de difícil descripción, aprehensión y comprensión. Sin embar-

[143] Guastini, Riccardo, "El conocimiento jurídico y la interpretación científica según Kelsen", trad. de Jordi Ferrer Beltrán, en Guastini, Riccardo, *op. cit.*, pp. 256 y ss.

[144] *Ibidem,* pp. 257 y 258.

go, aunque el pensamiento de Kelsen es un océano de posibilidades, éstas no constituyen un conjunto de eventualidades, como sí ocurre con el entorno, porque mientras que los fenómenos jurídicos externos a la teoría pura del derecho son mayores debido a su contingencia o imprevisibilidad, la complejidad interna de una doctrina es, hasta cierto punto, mucho más predecible y, en consecuencia, puede ser manejada con mayor "facilidad" en la medida en que las teorías, conceptos, variables y resultados que la integran han sido formulados por una sola persona.[145] Si bien es cierto que la obra de Kelsen se caracteriza por su amplitud y complejidad, esto no se traduce en la imposibilidad de su estudio sistemático, racional y coherente.

Si se comparan las características generales de la obra del erudito austriaco con las de otros autores de gran relevancia, como, por ejemplo, con la de San Agustín de Hipona, o el propio Carl Schmitt, pronto se advertirá que Kelsen era un autor que centró sus esfuerzos en desarrollar una doctrina guiada por los principios de unidad y coherencia. Al igual que Kelsen, San Agustín de Hipona fue un escritor prolífico, pero su obra no guarda una unidad, porque él escribía de acuerdo con las circunstancias del momento; otro ejemplo de esta falta de sistematización se encuentra en una de las principales némesis del líder de la Escuela Jurídica de Viena: Carl Schmitt.

La antesala para reducir la complejidad interna de la obra de Kelsen ha sido la selección de los estímulos externos, denominados entorno, en los que se gestó y desarrolló su pensamiento a lo largo de varias décadas; estos estímulos ejercieron una especie de presión externa que propició la paulatina configuración interna del trabajo de Kelsen. Todavía son necesarios algunos pasos más para alcanzar el objeto general propuesto; esto es, la reducción de la complejidad interna de la obra del líder de la Escuela Jurídica de Viena con el propósito de estudiar su pensamiento de una manera sistemática y coherente. No basta con seleccionar los estímulos que propiciaron el nacimiento del trabajo de Kelsen, sino que es necesario reunir todo el material bibliográfico que integra su pensamiento para organizarlo posteriormente de manera temática y cronológica. Una vez realizado lo anterior, ya se está en condiciones de llevar a cabo la tarea más ardua: articular las doctrinas, hipótesis, conceptos e ideas expresadas en dicho material bibliográfico para presentarlo como un todo coherente.

José Luis López de Lizaga, intelectual español especializado en teoría de los sistemas, así como en la obra de Niklas Luhmann, comparte un enfoque teórico similar al que aquí se enarbola. Él explica que la operación de reducción de complejidad combina la selección de los estímulos externos, de-

[145] Véase Luhmann, Niklas, *Introduction to Systems Theory*, trad. de Peter Gilgen, Cambridge, Polity Press, 2013, pp. 121 y 122.

nominados en estas páginas como "entorno", y la diferenciación interna de los elementos de un cuerpo. Pensemos, por ejemplo, en un organismo: éste constituye una unidad, pero para que pueda funcionar su interior se encuentra dividido en otros subsistemas como el respiratorio, el digestivo y el cardiovascular. Dicha característica asegura la supervivencia del organismo al tiempo que mantiene su identidad en relación con su entorno. Los sistemas están sujetos a los estímulos que provienen del exterior, a la vez que efectúan una adaptación de su complejidad interna mediante una diferenciación de sus propias estructuras.[146]

Aquí la palabra "sistema" es empleada con una connotación más amplia a la que regularmente hacía referencia Kelsen en las páginas de su teoría pura del derecho. Él la utilizaba para referirse únicamente a una unidad coherente de normas. De acuerdo con el erudito austriaco, con la palabra "sistema" se quiere indicar que el derecho es un engranaje compuesto por proposiciones jurídicas que regulan su creación, aplicación y derogación, al tiempo en que obligan al ser humano a llevar a cabo una conducta, abstenerse de ella o bien le ofrecen la posibilidad de actuar potestativamente frente a ciertas circunstancias. En estas páginas se utiliza el concepto "sistema" para denotar una unidad, pero no de normas, sino de teorías, hipótesis, conceptos y pensamientos. En ese sentido, resulta útil la definición que Eugenio Bulygin[147] y Carlos Alchourron[148] ofrecen respecto del concepto "sistema" en su obra *Sistemas normativos*.[149] Ambos juristas argentinos entienden por sistema un cuerpo hermético compuesto por varios subconjuntos; esto es, un sistema es "Un [cuerpo] de enunciados tales que entre sus consecuencias hay enunciados que correlacionan casos con soluciones".[150]

---

[146] López de Lizaga, José Luis, *Lenguaje y sistemas sociales. La teoría sociológica de Jürgen Habermas y Niklas Luhmann,* Zaragoza, Prensas Universitarias de Zaragoza, 2012, p. 33.

[147] Massini-Correas, Carlos I., "En memoria de Eugenio Bulygin (1931-2021)", *Revista Jurídica Austral,* vol. 2, núm. 1, 2021, p. 296. Véase, también, Caracciolo, Ricardo, "Unas palabras en recuerdo de Eugenio Bulygin", *Discusiones,* núm. 27, 2021, pp. 11 y ss.

[148] Vernengo, Roberto J., "In memoriam Carlos Eduardo Alchourrón", *Theoria: An International Journal for Theory, History and Foundations of Science,* núm. 26, vol. 11, 1996, pp. 205 y ss.; Palau, Gladys, "Carlos E. Alchourrón. Breve biografía intelectual", *Crítica. Revista Hispanoamericana de Filosofía,* vol. XXVIII, núm. 82, 1996, pp. 3 y ss.

[149] Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, *Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas,* 2a. ed., Buenos Aires-Bogotá, Astrea, 2002, 304 pp. Véase, también, Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, "Sobre el concepto de orden jurídico", *Crítica. Revista Hispanoamericana de Filosofía,* vol. 8, núm. 23, 1976, pp. 3-10, y Bulygin, Eugenio, "Dogmática jurídica y sistematización del derecho", en Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y derecho,* Madrid, Trotta, 2021, pp. 489 y ss.

[150] *Ibidem,* p. 82.

La obra de Kelsen es una unidad porque a pesar de que a lo largo de su existencia escribió numerosos trabajos que, a primera vista, podrían parecer inconexos a su obra principal, esto es, a la teoría pura del derecho, en realidad éstos fueron pensados y redactados para desarrollar algunos puntos específicos que ya estaban presentes, aunque en ocasiones de manera tímida, en las páginas de su tesis de habilitación titulada *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*, y en el resto de sus monografías. Rudolf Aladár Métall, en ese sentido, explica:

> Cuando se habla de la obra de Hans Kelsen, se piensa, sobre todo, en su actividad científica… y, en primer término, en sus investigaciones y publicaciones en el campo de la teoría general del derecho… Ciertamente, la actividad científica de Kelsen ha ejercido en este ámbito su influencia más duradera. Sería, sin embargo, errado que en una exposición… de su obra total se olvidaran los fructíferos resultados que desarrolló en otras direcciones.[151]

No cabe la menor duda de que concebir la obra de Kelsen como un sistema es ir más allá de organizar su trabajo de manera temática y cronológica; esta perspectiva implica identificar los elementos que le confieren unidad para determinar su evolución. Implica, además, distanciarse un poco de la imagen tradicional que se tiene respecto de su trabajo, es decir, de que se trata de una obra caracterizada por su formalismo, para mostrar y estudiar otras áreas de la obra kelseniana que hoy en día continúan siendo poco conocidas o se encuentran, inclusive, inexploradas. Finalmente, concebir la obra de Kelsen como un sistema permite, por una parte, colocar de nueva cuenta su trabajo sobre la mesa de las discusiones académicas contemporáneas, esto es, "revitalizarlo", y, por la otra, identificar las principales limitaciones de la teoría pura del derecho.

Es evidente que la palabra fue el principal vehículo a través del cual fue transmitido el pensamiento de Hans Kelsen, razón por la cual la reconstrucción de la obra del erudito austriaco como un sistema debe realizarse también en términos conceptuales. El trabajo del jurista de Viena, visto como un sistema, puede concebirse como una unidad coherente de doctrinas, hi-

---

[151] Aladár Métall, Rudolf, *Hans Kelsen. Vida y obra,* trad. de Javier Esquivel, México, Ediciones Coyoacán, 2009, p. 123. A través de los años se ha intentado organizar temática y cronológicamente la obra de Kelsen. He aquí algunos ejemplos: Aladár Métall, Rudolf, "II. La obra", en Aladár Métall, Rudolf, *op. cit.,* pp. 123-133; Schmill Ordoñez, Ulises, "Introducción", en Kelsen, Hans, *Problemas capitales…, cit.,* pp. XI-XXXVII; Palomino Manchego, José F., "Bio-bibliografía de Hans Kelsen", en Kelsen, Hans, *Introducción a la teoría pura del derecho,* trad. de Emilio O. Rabasa, México, UNAM, Instituto de Iinvestigaciones Jurídicas, 2002, pp. 122-140; Schmill Ordoñez, Ulises, "Aportaciones…", *cit.*, pp. 17-36; Walter, Robert, "Bibliografía kelseniana", en Correas, Oscar, *El otro…, cit.,* pp. 215-219.

pótesis y conceptos, dirigidos a analizar, de la manera más objetiva posible, las principales categorías de análisis con las que opera la ciencia jurídica y que son desarrolladas con base en la aplicación del derecho y el examen filosófico de esta actividad. De la definición anterior se desprende que su obra no fue desarrollada de manera caprichosa, sino que fue construida tratando de salvaguardar su unidad conceptual; además, se colige que los pensamientos de este autor entrañaban grados diferentes de profundidad o complejidad, siendo el más alto el de doctrina y, el más bajo, el de concepto. Por si lo anterior fuera poco, también se puede advertir que el esfuerzo intelectual de Kelsen estuvo encaminado a construir categorías de análisis prístinas con las que pudiera operar la ciencia jurídica y, finalmente, que éstas guardaban un vínculo con el ejercicio real del derecho y su examen moral y político.

2. *Los tres subsistemas de la doctrina de Hans Kelsen*

Las imágenes mentales, esto es, las representaciones pictóricas, han sido un recurso de gran utilidad para el desarrollo de las ideas científicas; el propio Kelsen hizo uso de este recurso cuando llegó a referirse al sistema de normas como una especie de pirámide, mejor dicho, como una construcción escalonada del derecho. La obra de este autor, entendida como un sistema, puede ser representada mediante un diagrama de Venn: como un círculo mayor que alberga otros tres círculos menores o subconjuntos los cuales convergen. El círculo mayor representa a la obra del erudito austriaco en su conjunto, que se encuentra diferenciado en su interior por tres campos que guardan numerosas relaciones. Lo que se encuentra fuera del círculo mayor es el entorno; la capa externa del círculo, para explicarlo con una metáfora, funciona como una especie de membrana a través de la cual ingresan y egresan elementos de afuera y desde dentro. Del mismo modo, la capa externa de cada uno de los círculos menores, o subconjuntos, haría las veces de membrana que permitiría el intercambio de información entre cada uno de los mencionados subconjuntos. En resumen, y empleando otra metáfora, la obra de Kelsen concebida como un sistema funcionaría como una célula en donde cada uno de los subsistemas es un organelo.

Llegado este momento, cabría preguntarse ¿cuáles son esos tres subconjuntos o subsistemas? En términos generales, la obra de Kelsen cubrió tres áreas: la metodología del derecho, la ontología de las normas y la filosofía del derecho. Luego entonces los tres subsistemas de la teoría pura del derecho son el metodológico, el ontológico y el deontológico. Norberto Bobbio ha sostenido un punto de vista similar por lo que respecta al estudio general

del derecho. El jurista italiano explica que en la época en la que él realizó sus estudios de derecho, en la academia jurídica italiana se estudiaba tal disciplina de la manera siguiente: "Hizo fortuna en Italia, a comienzos de siglo, la idea de que a la filosofía del derecho le corresponden tres tareas: *deontológica,* o doctrina de lo que el derecho debe ser; *ontológica,* o doctrina de lo que el derecho es; *fenomenológica,* o doctrina de la evolución del derecho en la sociedad".[152] A decir verdad, Kelsen no se ocupó de manera prolífica del aspecto fenomenológico o sociológico del derecho, porque no quería proyectar su doctrina al campo del ser, de ahí que el punto más vasto de su propuesta haya sido el metodológico. En esencia, por medio de las páginas que el líder de la Escuela Jurídica de Viena escribió centró sus esfuerzos en responder tres interrogantes: ¿cómo estudiar y conocer objetivamente el derecho?, ¿de qué manera se aplican las normas? y ¿en qué forma se evalúa la doctrina jurídica?

El tema central del subsistema metodológico es el estudio objetivo del derecho; este subsistema se encuentra plasmado en sus monografías: *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado, Teoría general del Estado, El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del derecho, Introducción a los problemas de la ciencia jurídica, Teoría general del derecho y del Estado, Teoría pura del derecho* y *Teoría general de las normas.* Las principales categorías de análisis del subsistema metodológico son la doctrina de las proposiciones jurídicas, la teoría de la norma fundante y la doctrina de la construcción escalonada del derecho.

El punto medular del subsistema ontológico es el estudio de la aplicación de las normas en sede judicial constitucional y en el derecho internacional. Este subsistema, a diferencia del subsistema metodológico, no está reflejado en grandes tratados, sino en numerosos trabajos que Kelsen escribió al efecto. Las principales categorías de análisis del subsistema ontológico en el ámbito del derecho constitucional kelseniano son, por una parte, el concepto de "tribunal constitucional", el control concentrado de constitucionalidad y el parlamentarismo como forma de gobierno; por otra parte, las principales categorías de análisis del subsistema ontológico en el área del derecho internacional son el concepto de "soberanía", la unidad entre el derecho internacional y los ordenamientos jurídicos parciales, la norma fundante del derecho internacional, el derecho internacional como un derecho primitivo, el concepto de "guerra justa" y el concepto de "tribunal internacional de justicia". Finalmente, el tema esencial del subsistema deontológico es el relativismo axiológico. Las tesis principales de este subsis-

[152] Bobbio, Norberto, "La filosofía del derecho y sus problemas", trad. de Andrea Greppi, en Bobbio, Norberto, *Iusnaturalismo…, cit.,* p. 60.

tema son la separación entre el derecho y la moral, así como la separación entre el derecho y cualquier ideología.

En las siguientes páginas se propone un camino para estudiar la doctrina de Hans Kelsen, no así el único o el correcto. El punto de vista que aquí se sostiene entraña ciertas ventajas. Por ejemplo, aunque a lo largo del tiempo se han realizado innumerables esfuerzos por organizar los textos que Kelsen escribió, aún son insuficientes, porque se ha dado la impresión al lector de que el fundador de la teoría pura del derecho escribió numerosas obras que no guardan relación entre sí. Por si lo anterior fuera poco, seccionar de esta manera el trabajo del jurista vienés dificulta la tarea de identificar los lazos que ligan sus teorías y tesis, pero es evidente que en los trabajos que escribió sobre derecho constitucional, por ejemplo, se pueden identificar consideraciones de carácter metodológico o deontológico. En síntesis, es necesario dar un paso más allá de la simple organización del material bibliográfico de Kelsen para articularlo de una manera filosófica más profunda.

Libro completo en https://tinyurl.com/472hb2hr
2026. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas,
https://www.juridicas.unam.mx/
Acervo de la BJV: https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv

Capítulo segundo

SUBSISTEMA METODOLÓGICO (PRIMERA PARTE)

I. Introducción

Si bien es cierto que desde el punto de vista bibliométrico el erudito austriaco escribió más páginas sobre derecho internacional que sobre metodología jurídica,[153] a través de los años, el centro de interés de la mayoría de los juristas de habla hispana han sido las teorías, las hipótesis, los conceptos y las ideas que desarrolló desde el punto de vista de la ciencia jurídica. En este capítulo se examinarán las teorías e ideas centrales principales que Kelsen expuso en sus monografías *La teoría del Estado de Dante Alighieri, Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado, Teoría general del Estado* y *El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del derecho.*

II. La periodización de Stanley L. Paulson como un punto de partida

A través de los años, diversos autores han tratado de organizar las teorías, hipótesis, conceptos e ideas centrales que constituyen a la teoría pura del derecho. Aquellos que han empleado este recurso metodológico y didáctico han actuado con reserva debido a la dificultad que supone el realizar cortes precisos de la obra de cualquier autor.[154] Aunque es cierto que este tipo de periodizaciones siempre entrañan ciertos bemoles, no dejan de ser útiles porque muestran el desarrollo general del trabajo de un pensador. Hasta ahora, la propuesta de periodización que mayor difusión ha tenido entre los especialistas de la materia ha sido la de Stanley L. Paulson. Esta periodización, además

[153] Losano, Mario G., "Hans Kelsen: una biografía cultural mínima", trad. de Francisco Javier Ansuátegui Roig, *Derechos y Libertades,* núm. 14, época II, 2006, p. 114.

[154] Paulson, Stanley L., "Una periodización de la teoría jurídica de Hans Kelsen. Tres fases", *Revista Cubana de Derecho,* vol. 1, núm. 2, 2021, pp. 54 y 55.

de ser el resultado de los estudios realizados por el profesor estadounidense, es el fruto de un debate que mantuvo a finales de 1990 con Carsten Heidemann en las páginas de la *Revista de Oxford sobre Estudios Jurídicos*.[155] En esencia, la discusión entre ambos expertos giró en torno al momento en el que Kelsen se distancia de su fundamentación neokantiana. Pues bien, he aquí la propuesta de periodización de Stanley L. Paulson:

TABLA DE FASES DEL DESARROLLO
DE LA TEORÍA JURÍDICA DE HANS KELSEN

I. Fase constructivista: 1911-1919	1.1. Constructivismo *per se* 1911-1913
	1.2. Periodo de transición 1914-1919
II. Fase clásica: 1920-1960	2.1. Los inicios 1920-1927
	2.2. Fase clásica *per se* 1928 hacia 1936
	2.3. Interludio etnológico hacia 1936-1940
	2.4. Reanudación de la fase clásica *per se* 1941-1960
III. Fase tardía 1960-1971 (con sus trabajos publicados póstumamente)	

FUENTE: periodización elaborada por Stanley L. Paulson.

En las páginas siguientes se seguirá la periodización propuesta por Stanley L. Paulson; sin embargo, ésta no se adoptará al pie de la letra. Para empezar, llama la atención que este autor no toma en consideración aquellos trabajos que el líder de la Escuela Jurídica de Viena publicó antes de 1911, como en el caso de su tesis doctoral *La teoría del Estado de Dante Alighieri*, no obstante que las inquietudes centrales del profesor vienés en torno al dere-

[155] Paulson, Stanley L., "Four Phases in Hans Kelsen's Legal Theory? Reflections on a Periodization", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 18, núm. 1, 1998, pp. 153-166; Paulson, Stanley L., "Arriving at a Defensible Periodization of Hans Kelsen's Legal Theory", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 19, núm. 2, 1999, pp. 351-364, y Heidemann, Carsten, "Norms, Facts, and Judgments. A Reply to S. L. Paulson", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 19, núm. 2, 1999, pp. 345-350.

A finales de 1990, Carsten Heidemann publicó un libro, producto de su investigación doctoral dirigida por Robert Alexy, que lleva por título *La norma como hecho. Sobre la teoría normativa de Hans Kelsen* (*Die Norm als Tatsache. Zur Normentheorie Hans Kelsens)*. En esta obra, Heidemann propone una periodización de la obra de Kelsen que fue debatida por Stanley L. Paulson en la década de los noventa.

cho público y a la ciencia jurídica ya se encuentran latentes en esta obra de juventud. Además, en su periodización el profesor estadounidense prescinde del contexto histórico, político y social en el que el jurista vienés desarrolló sus ideas; esto podría constituir un bemol, ya que el pensamiento de cualquier autor no deja de ser el resultado de los estímulos externos en el que se gesta, puesto que, como a menudo se dice, "un autor es hijo de su tiempo". Si bien es cierto que la periodización de Paulson ha sido construida con rigor científico, ésta podría tornarse un tanto árida o monocorde para el lector, en la medida en la que desvanece los factores exógenos que fueron constituyendo las ideas de Kelsen a través del tiempo, sin los cuales se dificulta la comprensión de su obra. Por último, como se sabe, Paulson ha centrado su atención, sobre todo, en el estudio de las obras kelsenianas de carácter metodológico o científico, y ha dedicado menos páginas a los textos del jurista vienés cuyo contenido es de una naturaleza diversa, pero no hay que perder de vista que éstos no dejan de formar parte de su pensamiento.

Por las razones anteriores, la periodización de Paulson ha sido adoptada con la siguientes variaciones: en primer lugar, se extiende la fase constructivista kelseniana a las obras que el profesor austriaco publicó antes de 1911; en segundo término, se hará referencia al contexto histórico y político en el que se gestaron y desarrollaron las principales categorías de análisis de la teoría pura del derecho y, por último, la periodización propuesta por Paulson no sólo se aplicará al subsistema metodológico de la teoría pura del derecho, sino al resto de los subsistemas. Antes de entrar en materia, sería adecuado explicar el contenido de la periodización propuesta por el reconocido profesor estadounidense.

Tal y como lo indica su nombre, la fase constructivista es un periodo de formación de conceptos durante el cual:

> KELSEN hace un esfuerzo sostenido... para proporcionar nuevas construcciones de lo que son, en parte, doctrinas legales familiares... Las construcciones de KELSEN son nuevas, ya que… no recurren a una apelación al psicologismo o al naturalismo, los cuales eran el atractivo característico de sus predecesores en la teoría del derecho público o *Staatrechtslehre* alemana del siglo XIX.[156]

Cuando Kelsen escribió su *Teoría del Estado de Dante Alighieri* y, especialmente, sus *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*, lo que deseaba era sentar las bases de lo que sería su doctrina, y distanciarse de la teoría sobre el derecho público que le precedió; en especial, el erudito austriaco deseaba alejarse del pensamiento de Gerber, Gierke y Jellinek (aunque continuó siendo un deudor de ellos, pues retomó algunas de sus categorías de análisis).

[156] *Ibidem*, p. 57.

A diferencia de Paulson, algunos autores de habla hispana, como Luis Recaséns Siches, en sus intentos por organizar el *corpus* de la obra kelseniana sí tomaron en cuenta los trabajos que el erudito austriaco publicó antes de la aparición de su tesis de habilitación; por ejemplo, en el estudio introductorio que el jurista español antes mencionado escribió para el *Compendio de teoría general del Estado* de Hans Kelsen, publicado por primera vez en Barcelona, menciona: "Su primer trabajo, publicado en la época escolar, fue una pulcra monografía de carácter histórico, sobre la teoría del Estado de Dante. *Die Staatslehre des Dante Alighieri* (1905)".[157]

La fase clásica de la teoría pura del derecho de Kelsen se caracteriza por el desarrollo y refinamiento de las categorías de análisis propuestas en la fase constructivista, las cuales encuentran su fundamentación más intensa en la doctrina neokantiana de las escuelas de Marburgo y Baden. En sus *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado,* Kelsen había llegado a una fundamentación similar por mera intuición, hecho que se hace evidente, sobre todo, en la separación entre las esferas del ser y deber que efectúa. Tras haber leído una reseña sobre sus *Problemas capitales*, el erudito austriaco dedicó numerosas horas a estudiar la doctrina de Immanuel Kant y la reinterpretación de ésta que las escuelas de Marburgo y Baden habían realizado. Paulson explica que:

> ...a partir del ensayo monográfico de 1928, Los fundamentos filosóficos de la teoría del derecho natural y el positivismo jurídico, y continuando hasta la segunda edición de la teoría pura del derecho en 1960, la dimensión neokantiana de la teoría jurídica de KELSEN es más o menos explícita, incluso si hay grandes variaciones en el énfasis.[158]

Los trabajos de la fase clásica de la teoría pura del derecho son los más fecundos en términos conceptuales, así como los más conocidos y discutidos en el ámbito de la doctrina jurídica de habla hispana.[159]

Finalmente, la fase tardía de la teoría pura del derecho representa una especie de distanciamiento del pensamiento kelseniano con la fundamentación neokantiana, porque el jurista vienés comienza a centrar su atención en la posible relación entre el derecho y la lógica formal. Durante esta etapa de su obra, la mano de Kelsen se muestra temblorosa, pues primero afirma que

---

[157] Recaséns Siches, Luis, "Estudio preliminar", en Kelsen, Hans, *Compendio de teoría general del Estado,* 2a. ed., trad. de Luis Recaséns Siches y Justino de Azcárate Flórez, Barcelona, Bosch, 1934, p. 8.

[158] Paulson, Stanley L., "Una periodización…", *cit.*, p. 57.

[159] Paulson, Stanley, L., "Hans Kelsen's Earliest Legal Theory: Critical Constructivism", *The Modern Law Review,* vol. 59, núm. 6, 1996, p. 798.

las reglas de la lógica, en especial la máxima de no-contradicción, pueden ser aplicadas tanto a las proposiciones jurídicas como a la ciencia jurídica, pero después sostiene lo contrario.

Stanley L. Paulson explica que durante este periodo, la "confianza que KELSEN manifiesta en gran parte de lo que escribió durante las dos primeras fases es suplantada en la fase tardía por un nuevo escepticismo dirigido hacia las «cosas kantianas», el cual va acompañado de un marcado cambio hacia el empirismo".[160] El profesor estadounidense añade que en la fase tardía, el líder de la Escuela Jurídica de Viena emplea esencialmente el aparato metodológico de David Hume y Hans Vaihinger.[161] La opinión de Paulson, sin embargo, parece un poco precipitada al manifestar que da la impresión de que el erudito austriaco arrojó por la borda todo lo que hasta entonces había escrito, lo cual no es del todo preciso. Además, tampoco hay que olvidar que la principal obra de la fase tardía, esto es, la póstuma *Teoría general de las normas,* es un libro inconcluso, razón por la cual tan sólo se pueden realizar ciertas conjeturas. Finalmente, es importante subrayar que Kelsen no se desembarazó expresamente de todo lo que había escrito hasta aquel momento.

De este modo, conforme a lo expuesto hasta este momento, se puede decir que la *Teoría del Estado de Dante Alighieri* y los *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado* podrían ser las obras más representativas de la *fase constructivista* de la teoría pura del derecho, mientras que la *Teoría general del Estado*, *El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del derecho,* la *Teoría pura del derecho. Introducción a los problemas de la ciencia del derecho* y la *Teoría general del derecho y del Estado* se sitúan en la fase clásica. Por último, la segunda edición de la *Teoría pura del derecho* y la *Teoría general de las normas* se localizarían entre el final de la fase clásica y el inicio de la fase tardía.

III. ANTECEDENTES DE LA DOCTRINA DE KELSEN: LA TEORÍA DEL ESTADO DE DANTE ALIGHIERI

1. *Consideraciones preliminares*

Hans Kelsen publicó esta monografía cuando contaba con 24 años; se trata de su tesis doctoral.[162] Frente a ella se pueden asumir dos posturas: la primera

[160] Paulson, Stanley L., "Una periodización…", *cit.*, p. 58.

[161] *Idem.*

[162] Requejo Pagés, Juan Luis, "Nota preliminar", en Kelsen, Hans, *La teoría del Estado de Dante Alighieri,* 2a. ed., trad. de Juan Luis Requejo Pagés, Oviedo, KRK Ediciones, 2018, p. 13.

consiste en considerarla como un elemento aislado en relación con el resto de las obras que conforman la teoría pura del derecho porque su contenido es fundamentalmente histórico y, cuando menos en apariencia, se encuentra muy alejado de sus trabajos posteriores (sin dejar de mencionar que su autor jamás volvió al tema). De acuerdo con la postura contraria, la *Teoría del Estado de Dante Alighieri* sería una pieza clave para la comprensión del pensamiento kelseniano posterior, y éste es el punto de vista que se asume en las siguientes líneas, ya que, al parecer, en este ensayo ya están presentes algunos elementos clave que Kelsen desarrolló a lo largo de su existencia. Además, en la doctrina jurídica de habla hispana la tesis doctoral del profesor vienés ha sido un libro al que se le ha dedicado realmente muy poca atención, quizá debido a su tardía traducción al castellano; esta es una buena ocasión para hacerle algo de justicia.

2. *Temas centrales de la monografía*

Lo primero que llama la atención de la tesis doctoral del joven austriaco son el autor y el tema seleccionados por él. Ante todo, es importante destacar la sensibilidad artística[163] y el potencial creativo que Kelsen demuestra, pues elige a un autor cuya obra es esencialmente literaria y poética, así como la piedra angular de la moderna lengua italiana, ya que *La divina comedia* fue escrita en el dialecto florentino, que lo conecta a las entrañas mismas del pensamiento europeo renacentista. El erudito austriaco, al parecer, y quizá

[163] Desde muy joven, Kelsen manifestó una genuina vocación hacia las expresiones culturales; así lo confiesa en sus escritos autobiográficos redactados, aproximadamente, a los 60 años, que continuaría cultivando con celo y secrecía durante toda su vida (pues Kelsen consideraba que este aspecto de su obra era bastante deficiente).

Por ejemplo, véase, Schmill Ordóñez, Ulises, "Un poema de Hans Kelsen", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho,* núm. 19, 1996, pp. 33-36. El 21 de abril de 1967, Schmill visitó a Kelsen en su residencia de Berkeley, California. Tras una charla amena, el erudito austriaco le obsequió un poema que había escrito y que lleva por título *Carpe diem;* el contenido es el siguiente:

> Pronto, Oh! pronto tu empalidecerás (*sic*)
> Dejarás este bello mundo
> Y serás olvidado.
> Por ello no debes preocuparte,
> Siempre es hoy, nunca es mañana;
> El tiempo es ilusión.
> No ensueñes lo muy lejano,
> Puedes dar lugar a dichas cercanas.
> ¡Sólo lo que tomas es tuyo!

inconscientemente, estaría realizando una especie de declaración, a través de la cual se reconoce y asume a sí mismo como un heredero y un deudor del pensamiento europeo renacentista.

Pues bien, el joven Kelsen comienza su exposición precisando que se han escrito innumerables páginas sobre el pensamiento de Dante Alighieri, razón por la cual él admite que plantear un punto de vista novedoso en torno al escritor florentino entraña cierto grado de dificultad; por ello, reconoce con humildad que "¡Escribir sobre Dante supone tanto como verter agua en el océano! …Un trabajo como el presente requiere, por ello, una cierta justificación".[164] Esta justificación se encuentra en el enfoque por medio del cual examina el pensamiento de Dante; se trata, efectivamente, de una investigación original, crítica y sistemática desde el punto de vista jurídico en consonancia con el espíritu académico de la época, pues el derecho público se había convertido en uno de los principales objetos de estudio de la doctrina de habla alemana.[165] A través de esta monografía, el joven austriaco reconstruye la doctrina del Estado que se encuentra latente en la obra literaria del poeta florentino.[166] La investigación que realiza no sólo es jurídica, sino política, lo que constituye una novedad porque tradicionalmente los estudios sobre el pensamiento de Dante habían sido realizados desde un enfoque ético-religioso.

En la tesis doctoral del profesor vienés aún se puede observar la huella o reminiscencias de la doctrina jurídica alemana tradicional de Gerber, Gierke y Jellinek, ya que Kelsen emplea el método de la doble faz para desarrollar sus ideas; esto es, el erudito austriaco no analiza la obra de Dante desde un estricto punto de vista jurídico-político, que caracterizaría el resto de su obra, sino que también introduce elementos históricos y sociológicos en sus reflexiones. Sin embargo, de las 150 páginas que constituyen su tesis doctoral, el autor escribió aproximadamente 60 páginas de contenido histórico, mientras que en las otras 90 analiza el pensamiento de Dante desde un punto de vista jurídico-político. En los primeros siete capítulos que conforman el libro, investiga las bases de la filosofía política de Dante, el origen y justificación del Estado en su pensamiento, el propósito de éste, la forma de gobierno, la relación entre el príncipe y el pueblo, el vínculo entre el Estado y la iglesia y, por último, el Estado ideal de Dante: la monarquía universal.[167]

---

[164] Kelsen, Hans, *La teoría del Estado de Dante Alighieri*, *cit*., p. 31.

[165] *Ibidem,* p. 120.

[166] *Ibidem,* p. 32

[167] Lepsius, Oliver, "Hans Kelsen on Dante Alighieri's Political Philosophy", trad. de Oliver Lepsius y Angela Whale, *The European Journal of International Law,* vol. 27, núm. 4, 2017, p. 1160.

Hans Kelsen explica el estado del arte que la doctrina del derecho público italiana guardaba en el siglo XIII, así como su relación con los conflictos políticos de aquel momento; este paso le permite destacar la originalidad de la teoría del Estado de Dante. El jurista vienés explica que, durante el siglo XIII, el poder político se disputaba entre los que defendían el Papado y quienes eran partidarios del Imperio;[168] más tarde surgió una tercera fuerza política, la burguesía, que poco a poco se convirtió en el motor económico de las ciudades.[169] De este modo, el conflicto jurídico-político central se traducía en determinar si la supremacía del poder político era espiritual o terrenal.[170] Como era de esperarse, esta querella se encuentra reflejada también en la doctrina del derecho público medieval italiano,[171] motivo por el cual los temas centrales de esta rama del derecho giran en torno a la contraposición entre el gobierno espiritual y temporal, pero, sobre todo, en determinar cuál de los dos poderes debe prevalecer.[172]

Esta pugna trae como consecuencia, en el plano teórico, el desarrollo de la doctrina de las dos espadas, cuya tesis central es que "la doble naturaleza del hombre —que se compone de espíritu y cuerpo— precisa de una protección doble por la espada espiritual y temporal. Así como el espíritu gobierna al cuerpo, así también la espada temporal tiene que estar subordinada a la espiritual".[173] Al igual que en el plano teórico, la cuestión central consistiría en determinar, a través de la razón, cuál de las dos protecciones es la más importante. Como era de esperarse, los intelectuales que defendían el poder eclesiástico tratan de despojar al Estado de todo valor y sostienen que, debido a la imperfección intrínseca del ser humano, el derecho del Estado es una expresión del pecado original y que, por lo tanto, se encuentra plagado de vicios y errores estructurales. Desde este punto de vista, ambas espadas, esto es, el poder político terrenal y el espiritual, deberían estar sujetas por la mano del Santo Padre, quien se reservaría para sí mismo el poder espiritual y delegaría el poder temporal a los príncipes, quienes, naturalmente, tendrían que obedecer sus órdenes.[174] Por este motivo, durante el siglo XIII, debido a la teoría de las dos espadas, el Estado pierde la extraordinaria relevancia que se le había atribuido en la Antigüedad, comenzando por la obra de Platón

[168] Kelsen, Hans, *La teoría del Estado de Dante Alighieri, cit.,* p. 35.

[169] *Ibidem,* pp. 40 y 42.

[170] Nótese que en el fondo subyace un dilema epistemológico: decantarse por el iusnaturalismo o el positivismo jurídico.

[171] Kelsen, Hans, *La teoría del Estado de Dante Alighieri, cit.,* p. 66.

[172] *Idem.*

[173] *Ibidem,* p. 79.

[174] *Idem.*

y continuando con el trabajo de su brillante pupilo Aristóteles, ya que se le considera sometido al servicio de fines esencialmente terrenales y mundanos y, en consecuencia, pecaminosos.[175]

Esta doctrina, sin embargo, encubre la siguiente ideología: si el reino espiritual se encuentra por encima del defectuoso reino terrenal, entonces el poder del papado estaría también por encima del poder del Imperio y las ciudades. En otras palabras, los intereses de la milicia y burguesía estarían sometidos a los de la Iglesia. Como era de esperarse, todas aquellas facciones afectadas por este punto de vista no se quedaron con los brazos cruzados; paulatinamente comenzaron a aparecer propuestas por medio de las cuales se rechazaba que el poder temporal sea una derivación del poder espiritual.[176] Al principio, el argumento principal era la precedencia histórica del Estado frente a la Iglesia, pero este punto de vista pronto es contrarrestado por el argumento de que nada puede preceder a Dios.[177] Era necesario, entonces, un argumento más fuerte que le permitiera a la incipiente burguesía italiana y la milicia recuperar terreno en el campo de la lucha ideológica. Por este motivo, más tarde se agrega otra razón: si a la iglesia le corresponde el reino espiritual, entonces tan sólo puede adquirir bienes con una autorización jurídica de la autoridad temporal, pues ella misma había delegado esta responsabilidad a los señores feudales; de este modo, la burguesía italiana no sólo había asestado un golpe intelectual al papado, sino que había llevado la discusión al terreno en el que era mucho más fuerte: el económico.[178]

Kelsen cree poder observar en la obra de Dante Alighieri una tercera vía, que constituye, precisamente, una de las principales aportaciones del escritor florentino para la filosofía política y moral de Europa y, en general, de occidente. El escritor italiano considera que el poder espiritual y temporal están sometidos a la voluntad de Dios porque él representa el principio de unidad[179] que significa el bien, la paz, la concordia y la tranquilidad;[180] la pluralidad, por el contrario, es el mal, ya que "la lucha y la discordia son la expresión de la multiplicidad".[181] En suma, dicha unidad no puede emanar más que

[175] *Ibidem,* p. 67.

[176] *Ibidem,* p. 82.

[177] *Idem.*

[178] *Ibidem,* pp. 83, 235, 236, 238 y 240.

[179] *Ibidem,* p. 104, *supra*, 106. Llama la atención que Kelsen observa en Dios un principio de unidad, pero no desde un punto de vista religioso, sino más bien racional.

[180] *Ibidem,* p. 108.

[181] *Idem.* Aunque no se puede afirmar que en la tesis de doctorado de Kelsen ya se encuentran las bases de lo que sería la norma fundante, sí es posible observar ese interés por la búsqueda de la unidad en el objeto de estudio.

de Dios.[182] Así, debajo de él se encontraría, por un lado, el emperador, al que corresponde el gobierno temporal y, por el otro, el papa, que ejerce el poder espiritual.[183]

Si bien es cierto que el Estado deriva su validez de Dios, esta organización política debe justificar también su existencia a través de los fines que persigue, uno de los cuales es común a toda la humanidad.[184] Como el ser humano está dotado de razón, el fin natural de la humanidad es el conocimiento,[185] y, por lo tanto, el Estado tiene como fin principal favorecer el conocimiento humano.[186] Kelsen explica que para Dante dicho fin es, por una parte, universal y, por la otra, objetivo, esto es, válido para todas las formas posibles de Estado, porque todos los seres humanos quieren alcanzar su felicidad a través del conocimiento.[187] De este modo, el erudito austriaco logra reconocer en el pensamiento de Dante ciertos elementos que aproximan su doctrina a la teorías modernas sobre el Estado, como la búsqueda de garantizar la paz, la libertad y la justicia.[188] En ese sentido, el líder de la Escuela Jurídica de Viena explica: "La exigencia de que el Estado haya de realizar la paz, la justicia y la libertad es característica del llamado Estado de Derecho".[189]

Existen algunos otros temas en la obra de Dante que despertarían el interés del autor austriaco; para empezar, se encuentra la idea de un Estado que abarque toda la humanidad bajo la forma de gobierno de la monarquía.[190] Esta idea contrasta con el hecho de que el pensador italiano rechaza a la

---

[182] *Ibidem,* p. 110.

[183] *Ibidem,* p. 106. Respecto de la validez del Estado en la doctrina estatal de Dante, Kelsen explica: "[c]on todo, naturalmente, la voluntad personal de Dios sigue siendo, en última instancia, como *causa remota,* la causa propia y última del Estado. Dante ve en la monarquía mundial el orden providencial de la vida terrena querido directamente por Dios". *Ibidem,* pp. 136, 217, 219-221 y 223.

[184] *Ibidem,* p. 143.

[185] *Ibidem,* p. 144.

[186] *Idem.*

[187] *Ibidem,* p. 145.

[188] *Ibidem,* p. 146.

[189] *Ibidem,* p. 152.

[190] *Ibidem,* p. 106. La idea de una monarquía universal es una reminiscencia del Imperio Romano. Explica Hans Kelsen: "Toda consideración general de Dante sobre el Estado se refiere al Estado universal del imperio temporal, cuya realización práctica es para el poeta el Imperio Romano-Germánico, directa continuación del antiguo *Imperium Romanum"*; *ibidem,* p. 127. Dante defiende la monarquía universal en un contexto donde paulatinamente comenzaban a surgir los Estados nacionales y, con ello, la competencia económica y el conflicto entre las naciones. *Cfr.* Kant, Immanuel, *Hacia la paz perpetua. Un bosquejo filosófico (edición bilingüe),* trad., estudio preliminar, notas, índices y tablas de Gustavo Leyva Martínez, México, FCE-UAM-UNAM, 2018, pp. IX, X, 5, 6, 12, 13, 16, 18, 20, 32, 45 y 46.

democracia como forma de gobierno[191] porque, de acuerdo con su parecer, conduce a la desavenencia en la vida pública, produce reformas constitucionales constantes e impide alcanzar uno de sus principales ideales políticos: la monarquía universal. Sin embargo, a pesar de ello, su modelo estatal no dejaría de tener ciertas características democráticas; por ejemplo, Dante consideraría que el príncipe es el representante del pueblo, quien, a su vez, es el legítimo poseedor de la soberanía;[192] además, su poder se encontraría limitado jurídicamente[193] y, finalmente, el monarca tendría prohibido enajenar el territorio del Imperio porque iría en contra del principio de unidad.[194]

3. *Algunos paralelismos entre la obra de Dante Alighieri y el trabajo de Hans Kelsen*

En torno al origen, contenido y alcances de la tesis doctoral de Kelsen en el marco de su teoría pura del derecho, lo primero que es necesario advertir es la existencia de algunas similitudes entre el contexto en el que se gesta la doctrina estatal de Dante y en el que comienzan a aparecer las primeras ideas que constituirían la base sobre la cual se construiría la teoría pura del derecho, las cuales podrían arrojar cierta luz para comprender algunas de las motivaciones y preocupaciones que impulsaron al erudito austriaco a desarrollar su propia doctrina. Para empezar, la teoría estatal dantesca, del mismo modo que los *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*, nace en un contexto de efervescencia política. En efecto, cuando Kelsen comienza a escribir su tesis de habilitación, por una parte, el Imperio Austrohúngaro atravesaba un proceso de descomposición política; por la otra, la teoría estatal de Dante surge, como se ha visto, en un contexto de pugnas entre el poder temporal y el espiritual, así como el nacimiento de los Estados nacionales y la consecuente descomposición de lo que alguna vez fue el Imperio Romano de Occidente. Parecería ser que la selección del tema por parte del joven Kelsen se debe a que este jurista estaba tratando de adoptar, de algún modo, como brújula intelectual la obra de Dante con el propósito de comprender su propia realidad, que comenzaba a desmoronarse en muchos sentidos, para así estar en condiciones de solucionar algunos problemas de su época.

En el plano teórico es imposible dejar de advertir algunas similitudes entre la doctrina estatal de Dante y la de Kelsen. La primera es aquella bús-

---

191 Kelsen, Hans, *La teoría del Estado de Dante Alighieri, cit.,* pp. 169, 170 y 175.

192 *Ibidem,* p. 200.

193 *Ibidem,* p. 201.

194 *Ibidem,* p. 206.

queda vehemente de ambos autores por encontrar una "tercera vía" para solucionar los problemas jurídico-políticos de su época; mientras que el poeta florentino trataba de posicionarse por encima de las doctrinas a favor del poder terrenal o espiritual, el erudito austriaco se alejaba de las fundamentaciones realistas o iusnaturalistas del derecho para construir su propia senda: el normativismo. Ambos autores, además, estuvieron interesados en encontrar un principio de unidad, universal y objetivo, que permitiera clausurar el sistema político y jurídico de sus respectivas propuestas teóricas; los dos trataron de encontrarlo en conceptos tan abstractos como Dios o la norma fundante. Finalmente, los dos pensadores también coincidieron en la idea de la paz perpetua a través de una monarquía o derecho internacional.

En consonancia con lo expuesto, Oliver Lepsius, tras analizar la tesis doctoral de Kelsen, sostiene que el erudito austriaco se interesó por la doctrina iuspublicista de Dante porque él destaca el concepto de paz, la centralidad del individuo en el establecimiento del derecho, así como la limitación del poder, la preservación de la libertad y la organización de la diversidad a través de una unidad heurística.[195] Ciertamente, la tesis doctoral del erudito austriaco, aunque poco estudiada por los doctrinarios de habla hispana, continuará siendo el objeto de estudio de futuras investigaciones.

IV. Fase constructivista: problemas capitales de la teoría jurídica del Estado

1. *Consideraciones preliminares*

Si bien es cierto que en la *Teoría del Estado de Dante Alighieri* ya se pueden advertir algunos de los elementos de lo que sería la doctrina de Kelsen, los *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*, cuya primera edición fue publicada en 1911 y la segunda en 1923, constituyen en estricto sentido el punto de partida de la teoría pura del derecho, debido a que aquí el autor sentó las bases de lo que serían la mayoría de las categorías de análisis que desarrolló a lo largo de su existencia; tal es el caso de la separación estricta entre el derecho y la moral, las primeras formulaciones de los principios de causalidad, imputación, pureza metodológica y monismo metodológico, la descripción básica de la estructura de las normas, etcétera. En ese sentido, el erudito austriaco comienza el prólogo de la segunda edición de su monografía precisando que el objetivo principal que perseguía con su trabajo era realizar una revisión

[195] Lepsius, Oliver, *op. cit.*, p. 1164.

exhaustiva de los fundamentos metodológicos del derecho público[196] austriaco de su tiempo.[197]

Antes de examinar la monografía de Kelsen, es necesario realizar algunas precisiones lingüísticas en torno a su obra, las cuales permitirán comprender mejor el contenido de su tesis de habilitación.[198] El título original de la obra es *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, el cual fue traducido por el jurista español Wenceslao Roces como *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*. Hay que reconocer que la traducción de las compósitas "Hauptprobleme" y "Staatsrechtslehre" no es fácil; el sustantivo "das Haupt" posee varias connotaciones, "cabeza" y "jefe" son las más comunes, por lo que, con esta palabra, en efecto, se hace referencia al punto central de una cuestión. La palabra "die Probleme" no ofrece mayores dificultades, pues se trata del plural en castellano de "problema". Por tal motivo, "Hauptprobleme" puede traducirse como "Problemas fundamentales" (aunque el adjetivo "capital" no se encuentra alejado del sentido original de la palabra en alemán, en la medida en que "capital" hace referencia a la cabeza de algo).

La palabra "die Staatsrechtslehre" es la que mayores dificultades causa. Si descomponemos esta compósita podemos ver que "Staatsrechts" significa "el derecho del Estado" o, dicho de otra manera, "derecho público"; por su parte, "die Lehre" hace referencia a una doctrina más que a una teoría. Luego entonces, la palabra "die Staatsrechtslehre" podría ser traducida como "doctrina del derecho público". Por lo tanto, una traducción mucho más literal del título *Hauptprobleme der Staatrechtslehre*, y que quizá permitiría comprender con mayor claridad los temas que Kelsen pretendía desarrollar con su trabajo, podría ser "Problemas fundamentales de la doctrina del derecho público" (de hecho, esta monografía es conocida con este nombre en Italia).

El fenómeno anterior permite entender por qué el público hispanohablante ha desarrollado una imagen filosófica sobre esta obra más que iuspublicista. No es lo mismo visualizar la tesis de habilitación del joven austriaco como una monografía sobre derecho público, que como un trabajo sobre

196 Kelsen, Hans, *Problemas capitales…, cit.*, p. XXIX.

197 *Idem.*

198 En Alemania y Austria una persona que desea convertirse en profesor de universidad debe presentar y defender ante un sínodo un trabajo de investigación, llamado tesis de habilitación, a través del cual tiene que demostrar su capacidad como investigador y abordar un problema particular de alguna disciplina para resolverlo de manera original. La tesis de habilitación autoriza al sustentante, en caso de ser aprobado en el examen correspondiente, a impartir ciertas materias; para poder desarrollar un trabajo de esta naturaleza es necesario que el candidato haya agotado todos los estudios universitarios previos. No debe confundirse la tesis de habilitación con una tesis doctoral; la primera es un trabajo posterior a la segunda.

teoría jurídica del Estado. Esto no es del todo impreciso porque el contenido de la tesis de habilitación de Kelsen desbordó el marco del derecho público austriaco, ya que terminó examinando los temas coyunturales de la teoría y filosofía del derecho. Precisamente la amplitud, profundidad y repercusiones de esta obra sentaría las bases de un movimiento intelectual mundialmente conocido como la teoría pura del derecho, cuya obra es el resultado de un grupo de personas cuyo foco de irradiación fue la Universidad de Viena,[199] y por ello el núcleo formado por Kelsen y sus pupilos también es conocido hoy en día como la Escuela Jurídica de Viena.[200]

Pues bien, como se decía, la riqueza teórica de los *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado* fue más allá de las pretensiones de Kelsen, ya que la obra refleja la síntesis crítica que realizó el autor en torno a varias doctrinas jurídicas y filosóficas, comenzando por el positivismo de Auguste Comte, cuya influencia en el trabajo del erudito vienés en ocasiones no parece del todo clara. Es probable que esto se deba a que el profesor austriaco no estaba acostumbrado a emplear un aparato crítico extenso en sus notas a pie de página; él leía la obra de ciertos autores, asimilaba sus postulados centrales y, a partir de ello, construía su propio pensamiento. Esta característica de la obra kelseniana es una constante que ha causado innumerables dolores de cabeza para poder identificar a los autores que dejaron una impronta en su pensamiento.

Así pues, en los *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado* se puede identificar, antes que nada, la influencia del pensamiento de Augusto Comte, quien, en la primera lección de su *Curso de filosofía positiva*, formuló su famosa ley de los tres estadios.[201] El pensador francés explica que el ser humano, en su intento por explicar, comprender y dominar el mundo que le rodea, ha atravesado tres momentos: el teológico o ficticio, el metafísico o abstracto y el científico o positivo.

Para desarrollar los temas principales de sus *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado,* Kelsen adoptó un punto de vista bastante parecido al de Comte, comenzando por la explicación que realiza sobre el origen y evolución del derecho. De acuerdo con el erudito austriaco, el concepto "ley" encuentra su origen en las prácticas políticas de las sociedades de la antigüedad (la "ley" era el mandato pactado por la comunidad).[202] Posteriormente, el

[199] García Máynez, Eduardo, *Algunos aspectos de la doctrina kelseniana. Exposición y crítica,* México, Ediciones Coyoacán, 2011, p. 9.

[200] *Idem.*

[201] Comte, Auguste, *Cours de philosophie positive,* Francia, Académie de Grenoble, colección dirigida por Laurence Hansen-Love, pp. 61 y ss.

[202] Kelsen, Hans, *Problemas capitales…, cit.,* p. 4.

concepto fue trasladado a otros ámbitos; por ejemplo, se introdujo y aplicó a la explicación de los fenómenos naturales, lo que supuso la existencia de una voluntad superior a la del ser humano.[203] La concepción animista de la naturaleza fue abandonada, aunque el concepto "ley" sobrevivió y adquirió el significado con el que hoy se le conoce y aplica en las ciencias naturales. El concepto continuó existiendo, pero no como la representación de una voluntad divina, sino como la expresión de una causa-consecuencia.[204]

Posteriormente, éste fue retomado y aplicado al ámbito de las ciencias sociales, pero para hacer hincapié en los diferentes métodos que éstas emplean en relación con las ciencias naturales la palabra "ley" devino en "norma". Las normas más refinadas son aquellas creadas por el proceso legislativo.[205] De esta manera, la norma se convirtió en el principal objeto de estudio de la ciencia jurídica que Kelsen pretendía desarrollar.[206] La norma, en efecto, es diferente a la ley, ya que la primera corresponde a un punto de vista causal-explicativo, mientras que la segunda a uno normativo; la primera da cuenta de los fenómenos del mundo del ser, mientras que la segunda hace referencia sólo a los enunciados del deber.[207]

La teoría pura del derecho es una doctrina positivista porque su principal objeto de estudio son las normas que el ser humano crea a través del proceso legislativo; en otras palabras, esta doctrina no se ocupa de todo tipo de normas, como las del derecho natural, la moral o la costumbre. La doctrina kelseniana es una teoría positivista del derecho, porque centra su atención en la estructura de las normas con el objetivo de hilar racionalmente todos aquellos elementos que conforman un ordenamiento jurídico; se trata de una teoría eminentemente práctica en la medida en que su autor desea poner a disposición de los operadores jurídicos las herramientas e instrumentos necesarios que faciliten su actividad. Podría decirse que la teoría pura del derecho es una especie de física o mecánica jurídica. En suma, la doctrina del líder de la Escuela Jurídica de Viena pretende desembarazar a su principal objeto de estudio de todo agente ideológico que lo contamine.[208]

---

[203] *Ibidem,* p. 4.

[204] *Ibidem,* p. 5.

[205] *Ibidem,* pp. 29-48.

[206] *Ibidem,* p. 145.

[207] *Idem.* Aquí se puede observar el germen de la distinción entre el principio de causalidad e imputación.

[208] F. Senior, Alberto, *Sociología,* 16a. ed., México, Porrúa, 2005, pp. 105-112. Para Augusto Comte, el conocimiento científico debe tener una aplicación práctica. Los filósofos positivistas creían que cuando el ser humano pudiera comprender todo cuanto le rodea como un engranaje de conexiones invariables haría asequible su máximo estado de desarrollo y felicidad. Comte se basó en los desarrollos de la física para fundamentar su propia filosofía, de ahí que

En ese sentido, muy probablemente la principal concepción metafísica que Kelsen combatió a lo largo de su vida y obra sería la de la personalización del Estado en cualquiera de sus manifestaciones, ya que las consideraría una especie de regresión o involución del pensamiento, en la medida en que se confieren características humanas a un objeto abstracto e inanimado.[209] Así, se opondría a todos aquellos autores que sostenían la existencia de una voluntad superior al individuo en sus más diversas manifestaciones, como son los conceptos de "alma colectiva" o "unidad psíquica del pueblo".[210] Pero en sus *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado,* el joven erudito austriaco abordó el tema de manera bastante superficial, razón por la cual volvería a él años más tarde al encontrar nuevos fundamentos para sus críticas en el psicoanálisis de Sigmund Freud.[211]

2. *El inicio de la fase constructivista*

Los *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado* representan la principal obra de la fase constructivista de la teoría pura del derecho. En la jurisprudencia de habla alemana se entiende por constructivismo una corriente epistemológica de formación de conceptos, cuyos antecedentes más remotos se encuentran en la Escuela Pandectística;[212] desde este punto de vista, los tratadistas centran su atención en el desarrollo de ideas y conceptos claros, los cuales constituyen el eje rector de obras posteriores de mayor profundidad y extensión. En otras palabras, el constructivismo es una especie de escaramuza para un desarrollo teórico más profundo.

---

adoptara categorías de análisis como las de estática y dinámica, que serían retomadas por el propio Kelsen. La estática corresponde al estudio de las estructuras básicas de la sociedad, mientras que la dinámica hace referencia a su movimiento.

[209] Kelsen, Hans, *Problemas capitales*…, *cit.,* p. 157.

[210] *Ibidem,* pp. 139 y 141.

[211] Nour Sckell, Soraya, "Kelsen as reader of Freud: the identity issue", *Archiv für Rechts – und Sozialphilosophie,* núm. 114, 2007, pp. 206-216. Existe traducción al castellano, Nour Sckell, Soraya, "Kelsen como lector de Freud: la cuestión identitaria", trad. de Augusto Fernando Carrillo Salgado, en Ibarra Palafox, Francisco; Carrillo Salgado, Augusto Fernando; Hernández Manríquez, Javier, y Muñoz Mendiola, Julio César (eds.), *Hans Kelsen ante el siglo XXI. Un diálogo crítico,* México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2023, pp. 237-252. Véase, también, Nour Sckell, Soraya, "Droit et démocratie chez Hans Kelsen. La critique kelsénienne de la personnalisation de l'État", *Trans/Form/Acao,* vol. 38, núm. 1, 2015, pp. 57-80. Existe traducción al castellano de este texto, Nour Sckell, Soraya, "Derecho y democracia en Hans Kelsen. La crítica kelseniana de la personalización del Estado", trad. de Augusto Fernando Carrillo Salgado, *Revista Direito e Praxis* (Ahead of Print), vol. XX, núm. X, 2021, pp. 1-27.

[212] Paulson, Stanley L., "Hans Kelsen's Earliest…", *cit.,* p. 800.

El pionero de este movimiento en el ámbito del derecho privado fue Rudolf von Jhering.[213] A partir de la segunda mitad del siglo XIX, quienes aplicarían este razonamiento al campo del derecho público fueron Friedrich von Gerber, Paul Laband y Georg Jellinek;[214] algunos autores han llegado a considerar que el nombre de Hans Kelsen debería sumarse a esta tríada debido a las características generales de su obra.[215] Quizá así debería ser, pero sólo por lo que respecta a los primeros trabajos del erudito austriaco (1911-1919), ya que sus desarrollos posteriores fueron distanciándose sustancialmente al de sus predecesores. En efecto, aunque Kelsen, en sus primeras obras trata de desvincularse de la doctrina jurídica que le precedió, el jurista daría en cierto modo continuidad a la tradición teórico-jurídica de su época, en el sentido de que centra su atención en el desarrollo de una teoría general del derecho y del Estado, así como en la búsqueda por elaborar conceptos e ideas claros en el ámbito del derecho público.[216]

Pero Kelsen no se contentaría tampoco con discurrir ciegamente por la senda trazada por Gerber, Laband y Jellinek, sino que trataría de presentarse ante el mundo académico con una propuesta original. A diferencia de los juristas antes mencionados, quienes no sólo fundamentaban la ciencia del derecho en su estructura formal, sino que también recurrían a otras disciplinas de las ciencias del espíritu, el jurista vienés rechazó cualquier sincretismo metodológico.[217] El fundador de la teoría pura del derecho sería, en cierto modo, un escéptico respecto de los métodos centrales de las doctrinas de su época, razón por la cual su constructivismo es calificado como "crítico". En ese sentido, Stanley L. Paulson explica que Kelsen "ve en sus teorías [las de Gerber, Laband y Jellinek], elementos del naturalismo y psicologismo, a pesar de sus mejores esfuerzos por «purificar» la ciencia jurídica, y lleva el programa constructivista mucho más lejos que sus predecesores".[218] El joven austriaco fue un constructivista crítico, en la medida en la que centró sus esfuerzos en liberar al principal objeto de la ciencia jurídica, esto es, la norma o proposición jurídica, del influjo de cualquier otra disciplina científica gracias a la introducción del principio de pureza metódica y a la distinción entre los principios de causalidad e imputación.

---

213 *Idem.*

214 *Idem.*

215 *Idem.*

216 Tal es el caso del concepto de "órgano del Estado", que Kelsen emplea en la mayoría de sus obras; dicho término fue propuesto y desarrollado por Gerber, Gierke y Jellinek.

217 Paulson, Stanley L., "Hans Kelsen's Earliest…", *cit.,* p. 801.

218 *Idem.*

El primero de esos principios consiste en la exigencia de examinar minuciosamente los conceptos jurídicos para identificar los elementos ideológicos que pudieran estar encubiertos tras los ropajes de la objetividad científica. Gracias a los principios de causalidad e imputación, Kelsen llegó a la conclusión de que no deben aplicarse los métodos de las ciencias naturales al estudio de los tópicos de la ciencia del derecho. Para el fundador de la teoría pura del derecho, el principal objeto de estudio de la ciencia jurídica, contrario a lo que afirmaban Gerber, Laband y Jellinek, no está compuesto por una especie de sincretismo entre la realidad y el derecho, sino que todas las discusiones de la teoría jurídica deben girar en torno al concepto de norma, cuya expresión básica es "Si *A* es, entonces debe ser *B*". En síntesis, Kelsen sostiene que entre el mundo del ser y el del deber existe un abismo infranqueable.[219]

El punto de vista del joven austriaco fue rechazado por los profesores que integraban el sínodo frente al cual defendió sus tesis de habilitación, porque creían que su propuesta era débil en la medida en la que despojaba a la ciencia jurídica de su dimensión real para reducirla a un estudio del derecho a través de su forma. Está claro que el prestigio de la obra de Jellinek impedía a los académicos del derecho austriacos observar que lo que Kelsen estaba tratando de realizar era construir una mecánica de las normas que fuera válida para toda época y lugar. La recepción de los *Problemas capitales de la teoría jurídica* fue bastante modesta porque su autor se oponía al enfoque histórico-sociológico dominante en la doctrina jurídica de habla alemana de finales del siglo XIX y principios del siglo XX,[220] el cual se encontraba representado por figuras de notable prestigio como Waitz, Gierke, Droysen, Schmöller, Lamprecht, Unger, Arndts, Siegel, Lorenz von Stein, Ahrens, Windelband, Ranke, Treitschke, Burhardt, Rhode y Mommsen.[221]

3. *El nacimiento de la doctrina de las proposiciones jurídicas*

Los *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado* constituye el primer debate que Kelsen sostuvo con un autor de primera línea, Georg Jellinek. Si

[219] *Ibidem,* p. 802.

[220] Es falsa la hipótesis de que la doctrina kelseniana era un eslabón más del pensamiento jurídico alemán de su época. *Cfr.* García López, Daniel J., *op. cit.*; *cfr.* García López, Daniel J., "Kelsen *versus* Kelsen. La impureza de la pureza metodológica", en Carrillo Salgado, Augusto Fernando y Muñoz Mendiola, Julio César (coords.), *Actualidad del pensamiento teórico jurídico de Hans Kelsen,* México, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 96-99.

[221] *Cfr.* Herrero de Miñon, Miguel, "Introducción", en Jellinek, Georg, *Fragmentos de Estado,* trad. de Michael Forster, Miguel Herrero de Miñon y José Carlos Esteban, Pamplona, Thomson Reuters, 2016, p. 19.

bien es cierto que este destacado jurista de habla alemana jamás respondió las críticas del joven austriaco, podría decirse que entre el pensamiento de ambos autores nació una especie de debate y que tuvo las mismas repercusiones para la ciencia jurídica contemporánea que la querella entre Marx y Hegel para la filosofía en general.[222] La respuesta intelectual que el joven austriaco dio al trabajo de su maestro fue de tal magnitud que, inclusive, con el paso del tiempo, ésta llegó a eclipsar la obra de su mentor al punto de que hoy en día, cuando menos en las aulas universitarias de habla hispana, se presta muy poca atención al pensamiento de Jellinek.

El objeto central de las críticas de Kelsen a la obra de Jellinek es su método para estudiar los fenómenos jurídicos, el cual es denominado por el joven austriaco como la "doctrina de las dos caras" (o "doctrina de la doble faz"),[223] la cual consiste en analizar los problemas del derecho desde una perspectiva histórica, sociológica y política, así como desde una óptica formal.[224] El jurista vienés explica que el resultado de esta operación es la duplicidad del objeto de estudio y, en consecuencia, la aparición de resultados contradictorios. Para el joven austriaco, el objeto de estudio principal de la ciencia jurídica deben ser las normas o proposiciones jurídicas. Al respecto, en el prólogo a la segunda edición de los *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado,* Kelsen explica:

> Solo partiendo de esta posición epistemológica, que nos lleva a una certera visión de la unidad del Estado y del derecho, podemos llegar a la total superación de la llamada *teoría de las dos caras,* según la cual el Estado tiene una realidad social natural, existente en el mundo causal del ser y es, al mismo tiempo, un ente de derecho, una persona jurídica y, por tanto, objeto de dos tipos de consideración totalmente dispares desde el punto de vista metodológico: de una parte, una teoría social perteneciente a las ciencias causales y, de otra parte, una teoría normativa del derecho.[225]

---

[222] *Cfr.* Herrero de Miñon, Miguel, *op. cit.,* p. 17.

[223] La doctrina de las dos caras y, en general, cualquier dualismo metodológico, se convirtió en uno de los objetos principales de la crítica de Kelsen durante toda su vida. El dualismo metodológico encuentra su origen en la obra de Friedrich Karl von Savigny, principal exponente de la Escuela Histórica alemana del derecho. La perspectiva de Savigny es trasladada al ámbito del derecho público por Gerber, quien, a su vez, la hereda a Gierke, Laband y Jellinek. Al respecto, véase Paulson, Stanley L., "Hans Kelsen's Earliest…", *cit., passim.*

[224] Lagi, Sara, "Los inicios de su carrera académica: la separación de la «Traditionelle Rechtslehre» de Gerber, Laband y Jellinek (1905-1911)", en Lagi, Sara, *El pensamiento político de Hans Kelsen (1911-1920). Los orígenes de la "Esencia y valor de la democracia",* España, Biblioteca Nueva, 2007, pp. 26-36.

[225] Kelsen, Hans, *Problemas capitales…, cit.,* p. LII.

Para Kelsen, el objeto de estudio principal de la ciencia jurídica son las proposiciones jurídicas, las cuales son enunciados de deber que ordenan o facultan que una conducta sea realizada, o también la prohíben. Las normas son creadas por el ser humano, por los órganos del Estado, y están dirigidas a ciertas personas, también llamadas centros de imputación o destinatarios de las normas. La suma de todas las proposiciones jurídicas conforma al Estado mismo, por lo que el Estado y el derecho son el mismo objeto de estudio. Esta idea es conocida como la "tesis del monismo metodológico".

El conservadurismo del contexto académico de la época hizo que el erudito austriaco adoptara una actitud mesurada o cautelosa hacia la obra de su otrora maestro Georg Jellinek. Sin embargo, Kelsen estaba convencido de que su doctrina era el siguiente paso en la cadena evolutiva de la teoría del derecho público de habla alemana. Así pues, el homenaje que rinde a Jellinek en el prólogo de sus *Problemas capitales* "fue, en cierto modo funcional para subrayar el alcance de la ruptura científica imbuida en su impresionante monografía de 1911".[226] Todo parece indicar que el jurista vienés, como parte de una estrategia, reconoce a Jellinek la talla de un gran estudioso sólo "para enfatizar con mayor eficacia el carácter revolucionario, original e innovador de su teoría jurídica y de su particular visión de la ciencia jurídica".[227]

El distanciamiento entre Kelsen y Jellinek no sólo fue intelectual, sino también personal. En sus escritos autobiográficos, el jurista vienés explica que antes de dirigirse hacia Heidelberg, con motivo de una estancia de investigación que realizó en el marco de la redacción de su tesis de habilitación, había estudiado las obras de Jellinek con atención y que por ello ya se "había formado la impresión de que en la esfera de la teoría jurídica [Jellinek] era débil y poco original".[228] Cuando finalmente conoció personalmente a Jellinek, en Heidelberg, notó que se trataba de un jurista sumamente egocéntrico, y además tuvo la impresión de que su clase era mucho más pobre en comparación con sus obras.

En ese sentido, en los escritos autobiográficos antes mencionados, el joven austriaco recuerda a Jellinek de la manera siguiente: "estaba rodeado por un círculo casi impenetrable de discípulos que lo admiraban y halagaban su vanidad de manera increíble".[229] Y, más adelante añade: "JELLINEK era mucho mejor como escritor que como profesor. No toleraba la menor contra-

[226] Carrillo Salgado, Augusto Fernando, "Una académica comprometida con el estudio de la historia del pensamiento iuspolítico alemán y el trabajo de Hans Kelsen: una aproximación a la apasionante obra de Sara Lagi", *Precedente. Revista Jurídica,* vol. 19, 2021, p. 217.

[227] *Idem.*

[228] Kelsen, Hans, *Autobiografía,* trad. de Luis Villar Borda, Bogotá, Colombia, 2008, p. 84.

[229] *Idem.*

dicción, algo que apenas observé demasiado tarde y sin duda llevó a que yo perdiera su simpatía".[230] Al parecer, Kelsen, durante el tiempo que pasó en la Universidad de Heidelberg, había realizado abiertamente algunas críticas a la doctrina de su maestro, las cuales lo habían disgustado dada su egocéntrica personalidad. El jurista vienés se sintió desilusionado con el trabajo y persona de su mentor, situación que se agudizó cuando tuvo la oportunidad de entrar en contacto con la obra de otro importante pensador: Max Weber. En efecto, con el paso de los años, Kelsen se arrepentiría de haber continuado frecuentando el círculo de Jellinek en lugar del seminario de Max Weber, quien en aquel entonces impartía clases también en la Universidad de Heidelberg.[231]

4. *Alcances de la doctrina de las proposiciones jurídicas*

Con el objetivo de mantener el principal objeto de estudio de la ciencia jurídica libre de cualquier agente que pudiera contaminarlo, así como para evitar la duplicidad y contradicción de resultados, Kelsen enarboló la tesis del monismo metodológico; con base en este razonamiento, rechazó todos los dualismos tradicionales, como el de derecho público y privado, derecho internacional y nacional, derecho subjetivo y objetivo, derecho sustantivo y adjetivo, persona física y moral, etcétera. Para el líder de la Escuela Jurídica de Viena, todo se reduce a un solo objeto, la norma, la cual determina su esfera de aplicación; de ahí que la teoría pura del derecho sea conocida también como teoría del normativismo jurídico.[232]

La tesis del monismo metodológico permite mantener separadas las esferas del ser y deber en todos los ámbitos de la ciencia jurídica. En torno a esta idea, a menudo se ha dicho que Kelsen separó *tajantemente* estos dos ámbitos, porque el jurista afirmó, por ejemplo, que el "deber ser queda en pie permanente aun después de haber expirado de mucho tiempo atrás el proceso de voluntad que lo estableció".[233] La distinción que realiza, sin embargo, no es una separación radical entre ambas esferas del conocimiento; es decir, no debe interpretarse en el sentido de que el jurista vienés hubiera afirmado que entre el deber y el ser no existe lazo alguno, sino que el autor está realizando, más bien, una distinción metodológica cuyo objetivo principal es mostrar con la mayor claridad posible el objeto de estudio de la ciencia del derecho.

---

[230] *Idem.*

[231] *Ibidem,* p. 86.

[232] Kelsen, Hans, *Problemas capitales…, cit.,* p. 10.

[233] *Idem.*

Si la distinción que propuso fuera radical, no podría hablarse siquiera de un deber, porque éste es creado partiendo de un ser. En efecto, el legislador, al promulgar una norma (deber), está regulando una situación de hecho (ser). Es por ello por lo que Kelsen, en sus *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*, afirmó: "Si enfocamos el deber ser, en un sentido rigurosamente lógico y en cuanto forma, como lo opuesto totalmente al ser, no podremos identificarlo con ninguno de los contenidos de éste, no podremos presentar como deber ser ningún ser, cualesquiera que sean las cualidades específicas de éste".[234]

Monika Zalewska ha centrado su atención en explicar esta característica de la teoría pura del derecho. Esta jurista polaca ha considerado, con base en la teoría de la metáfora cognitiva de Lakoff & Johnson, que Kelsen empleó una serie de metáforas que funcionan como una especie de puente a través del cual el jurista podía divisar, o "ver", algunos fenómenos que tienen lugar en el reino del ser, sin que por ello abandonase el terreno del deber.[235] En ese sentido, Zalewska señala, de acuerdo con la teoría de Lakoff & Johnson, que

> ...una metáfora no es simplemente comprendida como un truco lingüístico o estilístico, sino más bien como una herramienta de cognición y acción, el mecanismo primario que facilita la comprensión de conceptos abstractos como el derecho, [en ese sentido] [l]a teoría pura del derecho de Kelsen es un ejemplo de tal conceptualización.[236]

De esta manera, "Kelsen necesita usar metáforas para describir su teoría debido al presupuesto metodológico que realiza, esto es, de que es imposible derivar un deber de un ser y, en consecuencia, para construir una ciencia del derecho, los fenómenos normativos no tienen que ser explicados por los hechos".[237] Algunas de las metáforas empleadas por el autor de la teoría pura son las de "un abismo infranqueable",[238] considerar a las nor-

[234] *Ibidem,* p. 9.

[235] Zalewska, Monika, "The Metaphorical Aspect of Hans Kelsen's Pure Theory of Law", *Principia LXV,* 2018, pp. 185-206.

[236] *Ibidem,* p. 186. La traducción es propia.

[237] *Ibidem,* p. 187. La traducción es propia.

[238] *Idem.* También, *ibidem,* p. 193. Un "abismo" infranqueable es una expresión metafórica respecto del espacio. Al respecto, explica Monika Zalewska: "la metáfora del abismo es entendida en términos de un viaje, como una metáfora del proceso de conocimiento. Durante este viaje, cuando el Derecho es descubierto, existen algunos vínculos radicales que constriñen al viajero (la persona que descubre el Derecho) a detenerse. En algún punto, el viajero no puede ir más allá del reino del ser. Él tiene que permanecer en el reino del deber. Llevando esta metáfora más lejos, puede notarse que el abismo permite al viajero mirar al otro lado del abismo. Él puede estar consciente de los objetos y eventos que tienen lugar ahí, con alguna

mas como "artefactos",[239] la propia construcción escalonada[240] del derecho, cuya representación pictórica es una pirámide, y la existencia de una "cadena de normas".[241] Como se puede observar, el jurista vienés no trató de separar radicalmente las esferas del ser y deber, sino que volcó sus esfuerzos en delimitar el ámbito de competencia de ambos mundos con un propósito metodológico y epistemológico. Gracias a los principios de pureza y monismo metodológicos, fue capaz de desarrollar todo un sistema estático de normas,[242] ya que centra sus esfuerzos en exponer los conceptos fundamentales de su doctrina jurídica en un estado de reposo.

5. *Principales bemoles de los* Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado

El centro de imputación final de un sistema de normas es el propio Estado, que Kelsen identifica como la suma de todas las normas o proposiciones jurídicas; esta idea representa, precisamente, uno de los principales bemoles de la tesis de habilitación del pensador austriaco. Para empezar, al situar al Estado como el elemento de clausura de un sistema de enunciados de deber, Kelsen cierra su modelo al derecho internacional; aun sin dejar de tomar en consideración el contexto histórico en el que se gestaron los *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*, el cual no se caracterizaba, como sucede hoy en día, por la integración económica y jurídica de los países del Viejo Con-

proximidad, aunque no puede participar activamente en ellos… De acuerdo con Kelsen, ambas realidades se encuentran separadas e independientes, pero ellas, de algún modo, aún interactúan. Reconocer la separación entre ser y deber no significa que la dimensión del ser sea ignorada y rechazada completamente desde la perspectiva normativa. Los hechos influyen el Derecho y el Derecho influye los hechos. El abismo tiene que ser creado sólo con el propósito de conocer el Derecho". *Ibidem,* pp. 193 y 194. La traducción es propia.

[239] *Ibidem,* p. 200.

[240] *Ibidem,* p. 201. Precisa Monika Zalewska: "La construcción escalonada del Derecho, o construcción con forma de escalera, se trata de una metáfora orientadora que «caracteriza cualquier jerarquía»… Es por ello por lo que existe un órgano superior y otro inferior. Arriba es más importante que abajo; y esta es una estructura característica de las relaciones de poder". La traducción es propia.

[241] *Ibidem,* p. 203.

[242] Kelsen, Hans, *Problemas capitales…, cit.,* p. XLVI. En el prólogo de la segunda edición de los *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado,* Kelsen explica que "Una importante modificación sufrida por el sistema de la teoría pura del derecho con respecto a su primera concepción... consiste en que el conocimiento estático del derecho, que, en principio, se sostiene en esta obra primera como método exclusivo, se ve completado por una consideración de tipo dinámico".

tinente, los países de Europa central han estado en contacto con las normas del derecho internacional. Kelsen, al parecer, estaba consciente de esta situación, razón por la cual, en el prólogo de la segunda edición de su tesis de habilitación, y aun en sus escritos autobiográficos, el jurista explica que omitió tratar el tema por razones metodológicas, ya que deseaba delimitar su objeto de estudio al ámbito del derecho público austriaco.

En el primero de los textos mencionados, al respecto, explica: "Las investigaciones de la presente obra versan solamente sobre los problemas del orden jurídico de un solo Estado, sin ocuparse para nada de las relaciones de los diversos Estados entre sí y con el orden jurídico internacional".[243] Por su parte, en sus escritos autobiográficos, añade:

> Solo por razones prácticas me limité al problema de la teoría jurídica del Estado: de una parte, para que el trabajo no adquiriera dimensiones demasiado voluminosas, de otro lado, porque creí que lo que me resultaba más fácil, a causa de mis relaciones personales con BERNATZIK era habilitarme en la teoría del derecho político.[244]

Años más tarde, gracias a las aportaciones de Alfred Verdross, plantearía por primera vez el problema de la relación entre un ordenamiento jurídico estatal parcial y el derecho internacional desde el punto de vista de la teoría pura del derecho.[245]

La segunda razón por la que la identificación del Estado con la totalidad del orden normativo constituye una debilidad se debe a que, bajo esta perspectiva, Kelsen evita examinar la relación que existe entre el poder político y el derecho. La fuente del poder del Estado, en sus diferentes manifestaciones, la toma de decisiones hacia afuera de él y aun la propia coacción de las normas no puede más que reposar en la fuerza política. Desde la cúspide de la jerarquía social, las normas de un Estado son el resultado de la negociación entre los diferentes actores políticos que se encuentran en el más alto nivel. En un punto intermedio está la actividad jurisdiccional; el juez, aunque está obligado a dictar sus sentencias con base en el texto de la norma, también está sujeto a diferentes intereses económicos, políticos o personales. Finalmente, la presión que ejerce la población hacia las autoridades termina configurando la faz de las normas que éstas promulgan.

La esfera del ser contaminaría las construcciones conceptuales de deber que el erudito vienés estaba tratando de realizar, de ahí que los conceptos

---

[243] *Ibidem,* p. LIV.

[244] Kelsen, Hans, *Autobiografía*, *cit.,* p. 41.

[245] Kelsen, Hans, *Problemas capitales…, cit.,* p. LV.

sobre el Estado que Kelsen proporciona en su monografía de habilitación oscilan entre la pureza y la impureza. Por una parte, trata de concebir al Estado desde un punto de vista estrictamente científico, razón por la cual en numerosas ocasiones afirma, por ejemplo, que el Estado es "un concepto formal de la sustancia del derecho",[246] "la unidad del orden jurídico total como un sistema de normas ordenadoras de coacción",[247] "el Estado es idéntico al orden jurídico",[248] "es el «portador» del orden jurídico",[249] "la personificación… de la unidad de este orden",[250] "el punto final de una imputación jurídica",[251] "el recurso mental de un conocimiento jurídico específico".[252] Por otra parte, es incapaz de dejar de hacer referencia a la realidad efectiva del Estado que considera "un poder que se halla situado… al margen del individuo y al que el hombre se ve sujeto por virtud del dominio efectivo".[253] En síntesis, Kelsen no ofrece un concepto unívoco sobre el Estado, sino que incurre en contradicciones que contaminan el objetivo de la pureza metodológica.

El tercer bemol de comprender al Estado como la unidad coherente de todas las normas consiste en que se pierden de vista algunos fenómenos relacionados con la creación del derecho. En efecto, a pesar de que desde la óptica de la técnica legislativa moderna se busca desarrollar un sistema de normas coherentes, en la realidad sucede lo contrario, pues el legislador promueve iniciativas de ley o promulga normas que, en numerosas ocasiones, no guardan ni una coherencia formal ni material con la totalidad del ordenamiento jurídico.

Las razones que explican este fenómeno son diversas; entre las más comunes se encuentran la ignorancia del contenido de la propia ley por parte del legislador, quien la vota por instrucciones de su líder de partido.[254] A lo anterior habría que agregar que la creación prolífica e incoherente de las normas jurídicas produce la existencia de antinomias o lagu-

---

[246] *Ibidem,* p. XLV.

[247] *Idem.*

[248] *Ibidem,* p. XLIX.

[249] *Idem.*

[250] *Idem.*

[251] *Idem.*

[252] *Idem.*

[253] *Ibidem,* p. 42.

[254] *Ibidem,* p. 145. Al respecto, Kelsen explica que "en muchos casos y hasta nos atreveríamos a decir que en la mayoría de ellos, el parlamentario que emite el voto desconoce el contenido de la propuesta de ley puesta a votación… generalmente los únicos que lo conocen son los ponentes y los contados miembros de la comisión designada para redactar el texto de la propuesta".

nas.[255] El derecho no es, por lo tanto, una unidad coherente como afirma Kelsen; este punto de vista no es más que una ficción o, en el mejor de los casos, una hipótesis heurística. Si el derecho fuera una unidad coherente, entonces la actividad del juzgador se reduciría a la aplicación mecánica del derecho por medio de la subsunción.

A la maraña legislativa anterior habría que sumar también los actos de los propios órganos del Estado, ya que, bajo la óptica kelseniana, éstos son también normas individualizadas, tal y como él mismo lo reconoce:

> Los actos individuales del Estado en el terreno ejecutivo deben ser considerados como normas jurídicas, y su contenido, en aquello que rebase el contenido de las normas generales, como el contenido propio de normas jurídicas… Lo cual quiere decir que el orden jurídico debe abarcar, no solamente las normas jurídicas generales, sino también las individuales.[256]

En el mejor de los casos, se hace hincapié, considerar al Estado como la unidad coherente de todas las proposiciones jurídicas es más bien una abstracción o un recurso didáctico que permite reducir la complejidad de las conexiones que existen entre las normas de un ordenamiento jurídico.[257] El jurista vienés continuaría refinando su pensamiento en obras subsecuentes a través de las cuales integraría algunos elementos, como la doctrina de la norma fundante, el concepto de dinámica jurídica y la doctrina de la construcción escalonada del derecho, gracias a los cuales trató de superar los bemoles anteriores.

V. Nacimiento y apogeo de la Escuela Jurídica de Viena

1. *Conformación de la Escuela Jurídica de Viena*

Durante la Primera Guerra Mundial, Kelsen trabajó como funcionario de la administración pública austriaca, donde prestó sus servicios para el Ministerio de Guerra; aquí, escaló todas las jerarquías y llegó a convertirse en un personaje muy cercano al titular de dicho Ministerio, así como en asesor político de Karl Renner. Al concluir la Gran Guerra, el joven austriaco obtuvo el puesto de profesor extraordinario en la Facultad de Ciencia Jurídica de la Universi-

[255] Ferrajoli, Luigi, "El derecho como sistema de garantías", *Themis*, núm. 119, 1993, pp. 119-122.

[256] Kelsen, Hans, *Problemas capitales…*, *cit.*, p. XLVII.

[257] *Ibidem*, p. 155.

dad de Viena, donde poco a poco fue articulándose un grupo de estudio en torno a su obra, el cual sería conocido más tarde como la Escuela Jurídica de Viena y que estaba compuesto por Adolf Merkl, Leonidas Pitamic, Alfred Verdross, Walter Henrich, Josef L. Kunz, Felix Kaufmann, Fritz Schreier, Fritz Sander, Josef Dobretsberger y Erich Voegelin;[258] con el paso del tiempo, otros juristas extranjeros se sumaron a dicho grupo de investigación, tal es el caso de Alf Ross, Julius Kraft, Charles Eisenmann, M.M. van Praag, Tomoo Otaka, Wiktor Sukiennicki, Luis Legaz Lacambra y Luis Recaséns Siches.[259] Como se sabe hoy en día, la doctrina de Kelsen y sus pupilos tuvo, y ha tenido, notables repercusiones sobre todo en el mundo de habla hispana. En ese sentido, en las siguientes líneas la atención se centrará en la introducción y difusión de la doctrina de la Escuela Jurídica de Viena en España y México, entre las décadas de los treinta y cuarenta del siglo XX.

2. *Introducción y difusión de la teoría pura del derecho en España*

En 1927, Luis Recaséns Siches, quien contaba con poco más de 20 años, becado por la Junta para la Ampliación de Estudios, hoy Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC), se dirigió a la Universidad de Viena para abrevar del conocimiento de Kelsen y otros reconocidos juristas de habla alemana, entre los que se encontraban, por ejemplo, Alfred Verdross, Fritz Schreier, Felix Kaufmann y R. Reininger.[260] El resultado de esta estancia de investigación en la Universidad de Viena se encuentra plasmado en un libro que el jurista español publicó con el título de *Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico. La filosofía del derecho en el siglo XX*.[261] En el capítulo quinto, titulado "La teoría pura del derecho (filosofía de la ciencia jurídica o del derecho positivo) según Kelsen", Recaséns Siches expone las principales tesis de la doctrina kelseniana de acuerdo con el estado que ésta guardaba en la década de los veinte.

En dicho documento, el lector puede encontrar las ideas fundamentales que el erudito austriaco había plasmado en sus principales monografías. Sin embargo, Recaséns Siches no prestó atención alguna a los resultados de las

[258] Aladár Métall, Rudolf, *op. cit.,* p. 36.

[259] *Idem.*

[260] González A. Alpuche, Juan, "Luis Recaséns Siches", en Rodríguez García, Fausto E. (coord.), *Estudios en honor del doctor Luis Recaséns Siches,* México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1980, p. 436.

[261] Recaséns Siches, Luis, *Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico. La filosofía del derecho en el siglo XX*, México, Ediciones Coyoacán, 2007, 254 pp.

investigaciones que el jurista vienés había producido en otras áreas del conocimiento, como la de la psicología de masas, la democracia representativa o el derecho constitucional.[262] De esta manera, el joven español presentó ante el público de habla hispana una parte de todo cuanto había escrito Kelsen hasta aquel entonces. A partir de este momento, en España y México, se ha conocido el pensamiento del pensador de habla alemana por su formalismo jurídico. No obstante esta aproximación parcial al pensamiento del líder de la Escuela Jurídica de Viena, es importante reconocer y valorar el esfuerzo del profesor español porque introdujo una doctrina sobre el positivismo jurídico en una academia española que se encontraba dominada por una especie de iusnaturalismo escolástico, cuyo origen podría ser rastreado hasta la Edad Media y, en particular, hasta la Universidad de Salamanca, cuya tradición filosófica alcanzó uno de sus puntos más álgidos en la obra y pensamiento del brillante catedrático Francisco de Vitoria.

Un año más tarde, esto es, en 1928, Recaséns Siches y Justino de Azcárate publicaron su traducción al castellano de un breviario escrito por Kelsen que lleva por título *Compendio de teoría general del Estado*,[263] el cual contó con dos ediciones; la primera auspiciada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona y la segunda, de 1934, publicada por la editorial Bosch. En este texto, Kelsen sintetiza las ideas centrales de su *Teoría general del Estado*, libro publicado en 1925 y que era considerado en aquel momento por su propio autor como la versión más refinada de la teoría pura del derecho, tal y como lo reconoce el jurista austriaco en el prólogo del mencionado breviario: "Esta es la primera vez en la que mi doctrina aparece expuesta en forma acabada y sistemática".[264]

Todo parece indicar que el líder de la Escuela Jurídica de Viena terminó de editar su compendio en 1926,[265] el cual careció de circulación comercial en los países de habla alemana porque Kelsen, quien había cubierto el monto del tiraje con su propio peculio, tenía la intención de ponerlo a disposición de un grupo selecto de sus allegados para que éstos lo tradujeran a diferentes idiomas y, así, dieran a conocer su pensamiento en otras partes del mundo. Sobre el particular, en el estudio introductorio del compendio antes referido, que es, a su vez, una versión enriquecida del capítulo quinto del libro *Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico*, Recaséns Siches explica lo siguiente:

---

[262] *Ibidem,* pp. 115-173.

[263] Kelsen, Hans, *Compendio..., cit.*, 235 pp.

[264] Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado,* trad. de Luis Legaz y Lacambra, México, Ediciones Coyoacán, 2021, p. XX.

[265] Kelsen, Hans, *Compendio…, cit.*, p. 106, *in fine*.

> El presente COMPENDIO no se ha puesto a la venta en edición alemana; se publicó en forma de manuscrito un reducidísimo número de ejemplares, destinados a estudiosos extranjeros, con vista a la traducción, al objeto de que el público de otras lenguas pudiese enterarse, a través de pocas páginas, de los momentos capitales de la Teoría kelseniana.[266]

En el estudio introductorio del compendio citado, Recaséns Siches comienza su exposición destacando la importancia de la doctrina de Kelsen para la teoría jurídica contemporánea; además, presenta una biografía del erudito austriaco en el que menciona algunas de sus principales obras, la mayoría de las cuales, dicho sea de paso, eran desconocidas en España, y cuyo foco de interés era la ciencia política, la sociología o el psicoanálisis. Entre las obras mencionadas por Recaséns Siches se encuentran, por ejemplo, la tesis doctoral del profesor vienés,[267] así como su tesis de habilitación,[268] las cuales fueron traducidas al castellano por Luis Requejo Pajes y Wenceslao Roces, décadas más tarde.

Es por todos conocidos que la teoría pura del derecho desde su introducción en el mundo de habla hispana, hasta el día de hoy, ha causado polémica y despertado acalorados debates en la academia jurídica. En ese sentido, el propio jurista español fue un crítico de Kelsen, pues subrayó como uno de los principales bemoles de la teoría pura la radical separación entre las esferas del deber y del ser.[269] De acuerdo con el filósofo español, ante todo es necesario "hacer especial hincapié en que la ciencia jurídica *stricto sensu* constituye un islote que flota en un mar de problemas metajurídicas [*sic*], los cuales no pueden ser abordados, ni menos resueltos, con los medios de la teoría pura del derecho".[270] Entre esos problemas se encuentran, por ejemplo, el nacimiento y desarrollo de las sociedades humanas en las que se gesta el derecho, el cual es concebido por Recaséns Siches como "una especie de precipitado o de expresión normativa de fenómenos reales de integración social".[271] Para Recaséns Siches, el jurista vienés no llegó a comprender que el sistema jurídico que construyó con entera pulcritud normativa se apoya, desde el punto de vista externo, sobre una realidad humana.[272]

La crítica de Recaséns Siches a Kelsen, aunque infortunada de acuerdo con el propio marco conceptual de la teoría pura del derecho, resulta com-

---

[266] *Ibidem*, p. 10. Mayúsculas en el original.

[267] *Ibidem*, p. 8. *Cfr.* Kelsen, Hans, *La teoría del Estado de Dante Alighieri, cit.*, 323 pp.

[268] Kelsen, Hans, *Problemas capitales…, cit.*, 621 pp.

[269] Kelsen, Hans, *Compendio…, cit.*, pp. 6 y 77.

[270] *Ibidem,* pp. 76 y 77.

[271] *Ibidem,* p. 81.

[272] *Ibidem,* p. 82.

prensible si se repara en que el jurista español estaba influido por el iusnaturalismo escolástico, el cual se encuentra reflejado, por ejemplo, en su tesis doctoral titulada *La filosofía del derecho de Francisco Suárez,* así como por las ideas que su maestro José Ortega y Gasset había dejado en su pensamiento,[273] y por las propias convicciones de Recaséns Siches, quien situaba en el centro de la experiencia filosófica al ser humano y su capacidad para transformar sus circunstancias.[274]

Cabe destacar que la comprensión de la teoría pura del derecho por parte de Recaséns Siches estuvo en un proceso de refinamiento constante. Por ejemplo, en 1970, es decir, 36 años después de la publicación de su estudio introductorio al *Compendio de teoría general del Estado*, y luego de que Kelsen hubiera dado a conocer una compilación de ensayos que en su conjunto llevan por título *¿Qué es la justicia?,* el jurista español se dio cuenta de que, a pesar de su faz normativista, la doctrina del jurista vienés posee también un carácter axiológico que no puede pasar inadvertido; en ese sentido, Recaséns Siches explica:

> Kelsen… no renuncia a una estimativa jurídica. Por el contrario, entiende que es legítimo el problema sobre el valor; y, por su parte, ofrece una directriz estimativa personalista o humanista para el enjuiciamiento y la orientación del Derecho… Pero… cree que este problema no puede ser planteado, y menos resuelto, en un plano estrictamente científico.[275]

Hans Kelsen era un relativista axiológico porque, desde su punto de vista, una verdadera ciencia jurídica no puede ni debe encumbrar ningún valor.

Luis Legaz y Lacambra, nombrado *doctor honoris causa* en 1976 por la Universidad de Viena, fue otro importante jurista español que contribuyó con creces a la introducción de la doctrina de Kelsen y sus pupilos en el mundo de habla hispana. Este jurista, al igual que Recaséns Siches, fue discípulo directo del líder de la Escuela Jurídica de Viena. Cuando Legaz y Lacambra parte a Viena para estudiar con Kelsen aún no había alcanzado los 30 años. Desde muy joven, Legaz y Lacambra centró sus esfuerzos en estudiar la obra del jurista vienés con el objetivo de presentar los puntos medulares de ésta

---

[273] Molina Piñeiro, Luis J., *Luis Recaséns Siches. Humanista y universitario de excepción,* México, UNAM, 2011, p. 8.

[274] Magallón Ibarra, Jorge, "Luis Recaséns Siches. La lógica de lo humano", en Serrano Migallón, Fernando, *Los maestros del exilio español en la Facultad de Derecho*, México, Porrúa, 2003, pp. 289-298.

[275] Recaséns Siches, Luis, "Introducción a la estimativa jurídica", en Recaséns Siches, Luis, *Introducción al estudio del derecho,* México, Porrúa, 2016, pp. 285 y 286.

de manera articulada, rigurosa y crítica a través de la publicación de su tesis doctoral titulada *Kelsen. Estudio crítico de la teoría pura del derecho y del Estado de la Escuela de Viena*.[276]

En este libro, Legaz y Lacambra explica los fundamentos del pensamiento kelseniano, destaca la impronta de las escuelas neokantianas de Marburgo y Baden, expone las tesis centrales de la teoría pura del derecho y, hacia el final de su investigación, propone algunas ideas que permitan superar sus principales debilidades.[277] La relación entre Legaz y Lacambra y Kelsen fue tan estrecha que en algún momento pasó por la cabeza del líder de la Escuela Jurídica de Viena que el joven español formara parte de su familia al convertirse en su yerno.[278]

Además de haber expuesto los rasgos esenciales de la doctrina de Kelsen en su tesis doctoral, publicada en Barcelona, entre las principales aportaciones al desarrollo de la teoría pura del derecho parte de Legaz y Lacambra se encuentran el haber traducido la versión preliminar de la primera edición de la *Teoría pura del derecho,* que fue publicada con el título de *El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del derecho* en la *Revista de Derecho Privado.* La diferencia más significativa entre la traducción que realizó Legaz y Lacambra y la primera edición de la *Teoría pura del derecho* es que Kelsen no dedicó un capítulo al derecho internacional en la primera obra mencionada, mientras que en la segunda sí. Legaz y Lacambra, además, tradujo del alemán al castellano el voluminoso tratado kelseniano titulado *Teoría general del Estado,* así como otros de sus textos que publicó el jurista austriaco en idioma francés.

Cabe destacar que Legaz y Lacambra no fue un kelseniano, sino que, en realidad, su obra posee más bien un carácter variopinto, ya que el autor abarcó numerosas ramas del saber jurídico, como la historia de la filosofía

---

[276] Legaz y Lacambra, Luis, *Kelsen. Estudio crítico de la teoría pura del derecho y del Estado de la Escuela de Viena*, Barcelona, Bosch, 1933, pp. 19-138 y 175-225.

[277] *Ibidem*, pp. 229-305. *Cfr.,* también, las críticas que Consuelo Martínez-Sicluna y Sepúlveda realiza al formalismo jurídico en su artículo "El ordenamiento jurídico más allá de la geometría legal", *Verbo: Revista de Formación Cívica y de Acción Cultural, según el Derecho Natural y Cristiano,* núms. 449-450, 2006, pp. 803-820.

[278] Al parecer, la cercanía entre ambos juristas llegó a ser tan estrecha que el propio Hans Kelsen le propuso al joven español que cortejara a una de sus hijas. Jesús López Medel, amigo íntimo de Legaz, refiere este dato de la manera siguiente: "Se cuenta de cierto enfado de Kelsen, cuando parece que Legaz no se decidió a cortejar a una de sus hijas, pues parece que en aquella época de los años 30 salía [Legaz] en Zaragoza con una hija de su maestro historiador del Derecho, don Salvador Minguijón, aunque luego había de encontrar en Galicia a Carmiña". Véase López Medel, Jesús, "Luis Legaz Lacambra (un apunte humano-científico), *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 13, t. II, 1981, pp. 258 y 259.

del derecho, la lógica jurídica, la sociología jurídica, la teoría del derecho, la filosofía política y el derecho natural.[279] De hecho, Legaz y Lacambra, antes de conocer al profesor vienés, tuvo un escarceo con la doctrina del derecho natural que fue eclipsado durante mucho tiempo por la doctrina de Kelsen, hasta que finalmente retornó al iusnaturalismo hacia el final de su existencia. Al respecto, Francisco Puy Muñoz explica: "Comenzó, siendo iusnaturalista neoescolástico, como sus maestros españoles MENDIZÁBAL y SANCHO. En Viena, esa posición padeció una fuerte crisis, pues KELSEN lo convirtió al positivismo. Afortunadamente, VERDROSS lo ayudó a no renegar del iusnaturalismo públicamente".[280] Esta oscilación por parte de Legaz y Lacambra entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico iría resolviéndose paulatinamente del modo siguiente:

> Durante la estancia en Santiago (junto al catedrático de derecho internacional don Camilo BARCIA TRELLES), LEGAZ encontró una posibilidad de conciliar el positivismo kelseniano (voluntarista) con la línea iusnaturalista clásica (voluntarismo suareciano) y moderna (raciovitalismo orteguiano) y transitó por las veredas del iusnaturalismo hispánico histórico de puntillas.[281]

En realidad, es difícil determinar si el profesor español era un convencido de las tesis principales del naturalismo jurídico o, más bien, adoptó algunos elementos de esta tradición debido al clima político en el que desarrolló su existencia, ya que, a diferencia de Recaséns Siches, el profesor Legaz y Lacambra no abandonó España durante la sangrienta dictadura de Francisco Franco, quien impuso un esquema político y educativo basado fundamentalmente en una deformación de la doctrina cristiana, la cual es mucho más cercana a las tesis principales de la tradición iusnaturalista o, cuando menos, a alguna de sus versiones espurias. Existe también la posibilidad de que este misterioso vaivén en el pensamiento de Legaz y Lacambra pueda ser comprendido como una especie de reproche que realizó a la doctrina de la Escuela Jurídica de Viena, en el sentido de que ésta había prescindido de la dimensión real del ser humano para erigir un sólido edificio conceptual. En cualquier caso, hacia el final de su existencia, esto es, "en la etapa madrileña final, LEGAZ alcanzó… un *iusnaturalismo sincrético*, muy suyo, pero que puede ser mejor entendido que el iusnaturalismo más apegado terminológicamente a la tradición aristotélico tomista".[282]

---

[279] Puy Muñoz, Francisco, "¿Qué vigencia cabe augurar en el siglo XXI a la filosofía del derecho de D. Luis Legaz Lacambra?", *Direito*, vol. 12, núm. 2, 2003, pp. 131-135.

[280] *Ibidem*, p. 135. Mayúsculas en el original.

[281] *Idem.* Mayúsculas en el original.

[282] *Idem.* Mayúsculas en el original.

3. *Introducción y difusión de la teoría pura del derecho en México*

La doctrina de Kelsen y sus pupilos no sólo fue dada a conocer gracias a la labor de quienes estudiaron directamente con él, sino también por el esfuerzo de aquellos juristas que centraron sus esfuerzos en su examen crítico; tal es el caso de los profesores mexicanos Eduardo García Máynez y Mario de la Cueva.[283] El primero de los juristas mencionados, al igual que Legaz y Lacambra, no sólo fue un destacado estudioso de la obra de Kelsen, sino también un respetado colega y amigo del jurista vienés. Héctor Fix-Zamudio, al evocar el recuerdo de Eduardo García Máynez, explica lo siguiente:

> La otra admirable faceta del jurista García Máynez radica en la investigación iusfilosófica a la que hizo aportaciones fundamentales, que son bien conocidas y que le otorgaron un reconocimiento internacional, inclusive por pensadores de la talla del ilustre Hans Kelsen, cuyas ideas contribuyó a divulgar en México y en toda Latinoamérica.[284]

La relación entre García Máynez y Kelsen llegó a ser tan estrecha que éste, inclusive, le dedicó uno de sus trabajos, a saber: *El contrato y el tratado analizados desde el punto de vista de la teoría pura del derecho* (el cual fue traducido del francés al castellano por el propio Eduardo García Máynez).[285]

Este jurista mexicano no sólo tuvo un fecundo intercambio epistolar con Kelsen, sino también con Josef L. Kunz, uno de sus reconocidos alumnos. Al parecer, ambos entraron en contacto en 1938, según refiere el propio Kunz, en la primera de las cuatro conferencias sobre la doctrina de Hans Kelsen que dictó en 1948 en la entonces Escuela Nacional de Jurisprudencia de la UNAM: "ya había visitado estas aulas como turista hace diez años; entonces conocí a mi amigo, el profesor Eduardo García Máynez; he mantenido una correspondencia con él, y con otro amigo, el profesor Luis Recaséns Siches".[286] La relación entre Eduardo García Máynez, Josef L. Kunz y Luis

---

[283] La tradición respecto del estudio de la obra de Kelsen ha sido continuada por otros académicos mexicanos, como Ulises Schmill Ordoñez, Rolando Tamayo y Salmorán, Arturo Berumen Campos, Carlos Rodríguez Manzanera y Mario García Berger.

[284] Fix-Zamudio, Héctor, "Eduardo García Máynez como jurista", en AA.VV., *Estudios jurídicos en memoria de Eduardo García Máynez,* México, Porrúa, 1996, p. 177.

[285] Kelsen, Hans, *El contrato y el tratado analizados desde el punto de vista de la teoría pura del derecho,* 2a. ed., México, Ediciones Coyoacán, 2019, 124 pp.

[286] Kunz, Josef L., *La teoría pura del derecho. Cuatro conferencias en la Escuela Nacional de Jurisprudencia,* México, Ediciones Coyoacán, prólogo de Luis Recaséns Siches, 2010, p. 11.

Recaséns Siches sería de vital relevancia para la introducción, difusión y discusión de la doctrina del líder de la Escuela Jurídica de Viena en la academia mexicana y, en general, en toda Latinoamérica, puesto que Kunz vivió paso a paso el nacimiento y desarrollo de la teoría pura del derecho.[287]

Como se ha dicho, García Máynez y De la Cueva y de la Rosa, cada uno a su manera, contribuyeron en la difusión y estudio crítico de la obra de Kelsen. La crítica de Mario de la Cueva y de la Rosa hacia la doctrina kelseniana sería mucho más dura, a diferencia de la de Eduardo García Máynez, quien, aunque se distanciaría de la postura epistemológica del jurista vienés, no dejaría de reconocer sus numerosas aportaciones. Los primeros contactos entre el pensamiento de ambos juristas mexicanos y la teoría pura del derecho pueden rastrearse hasta la época en que ellos realizaron una especie de estancia de investigación a los pocos años de haber concluido sus estudios universitarios en Berlín y Viena, la cual fue financiada con sus propios ahorros, ya que en aquel entonces no existían programas de becas en México que les permitieran estudiar en el extranjero. Ni García Máynez ni De la Cueva pudieron conocer directamente a Kelsen porque cuando ellos llegaron al Viejo Continente este jurista austriaco ya había abandonado Viena. El contacto de ambos profesores mexicanos con el jurista vienés se dio, más bien, a través de la lectura de su obra. Fue, precisamente, esta relación indirecta con la teoría de Kelsen, por una parte, y su vinculación directa con el pensamiento de otros autores germanos, por la otra, lo que permitió a ambos juristas desarrollar un punto de vista crítico.

En efecto, en Berlín, García Máynez abrevó del conocimiento de Baumgarten, Spranger, Schmitt[288] y Nicolai Hartmann,[289] mientras que en Viena tomó clases con un discípulo del propio Kelsen: Alfred Verdross.[290] Durante sus años berlineses y vieneses, Mario de la Cueva, por su parte, al igual que García Máynez, estudió con Nicolai Hartmann, David Baumgarten, Eduardo Spranger y Carl Schmitt,[291] aunque también fue discípulo de Werner Sombart, Rudolf Smend, Karl Hans Nipperdey y Hermann Dersch.[292] Al

[287] *Ibidem,* p. 14.

[288] Carpizo, Jorge, "Prefacio u homenaje al maestro Eduardo García-Máynez (*sic*) en ocasión de la quincuagésima edición de esta obra", en García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho,* 62a. ed., México, Porrúa, prólogo de Virgilio Domínguez, 2020, p. IX.

[289] Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.,* p. 178.

[290] Carpizo, Jorge, *op. cit.,* p. X.

[291] García Máynez, Eduardo, "Datos biográficos del doctor Mario de la Cueva", en Madrid, Miguel de la; González Avelar, José Miguel, y Álvarez del Castillo, Enrique (eds.), *Testimonios sobre Mario de la Cueva,* México, Porrúa, 1982, p. 16.

[292] *Ibidem,* p. 17.

parecer, el enfoque social de la doctrina de Werner Sombart,[293] así como su interés por la justicia social, dejaría una impronta indeleble en el pensamiento y obra de Mario de la Cueva.

Eduardo García Máynez, a diferencia de Mario de la Cueva, sería quien mayor número de páginas dedicaría al examen de la teoría pura del derecho; Héctor Fix-Zamudio precisa, sin embargo, al respecto:

> Sin dejarse arrastrar por la fascinación que ejercicio el fundador de la Escuela de Viena, tanto en nuestro país como en Latinoamérica y cuyo pensamiento conocía con gran profundidad, formuló observaciones muy acertadas al pensamiento kelseniano que atenúan el excesivo positivismo de este notable jurista y filósofo austriaco.[294]

En términos generales, el examen crítico que García Máynez realiza a la teoría pura del derecho se encuentra expuesto en sus obras *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo,* así como en *Algunos aspectos de la doctrina kelseniana. Exposición crítica.*[295] García Máynez también tradujo al castellano los siguientes trabajos de Kelsen: *El contrato y el tratado. Analizados desde el punto de vista de la teoría pura del derecho, Teoría general del derecho y del Estado,* así como *Teoría pura y teoría egológica. Respuesta al artículo de Carlos Cossio: Teoría egológica y teoría pura (balance provisional de la visita de Kelsen a la Argentina)*.

Por su parte, aunque tímidamente reconocía la importancia de la claridad conceptual que la teoría pura del derecho había proporcionado a la doctrina jurídica contemporánea, y no obstante haber traducido personalmente un texto de Kelsen que lleva por título *¿Qué es el positivismo jurídico?*,[296] a diferencia de Eduardo García Máynez, Mario de la Cueva se interesaría mucho menos por la doctrina de la Escuela Jurídica de Viena al considerarla desprovista de todo enfoque humanista y social; más aún, la consideraría como la expresión de un vetusto formalismo que era necesario dejar atrás.

---

[293] Se han traducido al castellano las siguientes obras de Werner Sombart: *Lujo y capitalismo,* trad. de J.A., García Martínez, Chile, Guillermo Dávalos, 1958, 222 pp.; *El burgués. Contribución a la historia espiritual del hombre económico moderno,* trad. de María Pilar Lorenzo, Madrid, Alianza, 1972, 371 pp. Entre las traducciones al inglés se encuentran: *Economic Life in the Modern Age*, trad. de Gordon Gamlin y Paul Malone, Londres-Nueva York, Routledge, 2001, 328 pp.; *Why is there no Socialism in the United States?,* trad. de Patricia M. y C. T. Husbands, Estados Unidos de América, The MacMillan Press LTD, 1976, 187 pp.; *The Jews and Modern Capitalism,* trad. de M. Epstein, Canadá, Batoche Books, 2001, 291 pp.; *Socialism & The Social Movement,* trad. de M.A.M. Epstein, Londres-Nueva York, Richard Clay & Sons, 1909, 319 pp.

[294] Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.,* p. 178.

[295] *Idem.*

[296] Kelsen, Hans, "¿Qué es el positivismo jurídico?", trad. de Mario de la Cueva, *Revista de la Facultad de Derecho de México,* t. XVI, núm. 61, enero-marzo de 1966, pp. 131-143.

Inclusive, en ese sentido, sobre la teoría pura del derecho, Mario de la Cueva llegó a afirmar: "Todos los días pierde terreno el formalismo y es porque resulta indispensable acercar el derecho y la ciencia jurídica a la realidades sociales y humanas… Pero la obra del profesor Kelsen quedará siempre como un hermoso haz de sugerencias que no deben descuidar los juristas".[297]

Mario de la Cueva centró su atención, más bien, en otros autores de habla alemana afines a su propia postura, entre los que destaca Hermann Heller, de quien tradujo su obra *La soberanía: Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*,[298] en cuyo estudio introductorio queda claro el punto de vista de Mario de la Cueva respecto de la doctrina de Kelsen:

> El libro del profesor Hermann Heller… sirvió para completar la crítica de la ya para entonces quebrantada *Filosofía neo-kantianista*…representada por Gerber, Laband, Rehm y Jellinek, entre otros distinguidos maestros y, especialmente, de su última manifestación, la llamada *Teoría pura del derecho,* cuyo creador y más brillante expositor es el jefe de la *Escuela vienesa* Hans Kelsen.[299]

Por último, cabe mencionar que Mario de la Cueva mantuvo contacto con algunos juristas de la Escuela Jurídica de Viena, entre los que se encuentran, por ejemplo, Alfred Verdross, de quien tradujo inclusive *La filosofía del derecho del mundo occidental. Visión panorámica de sus fundamentos y principales problemas,* la cual fue publicada por la coordinación editorial de la UNAM.[300]

VI. Fase clásica: teoría general del Estado

1. *Consideraciones preliminares*

En el epígrafe cuarto de este capítulo se explicó que Kelsen sentó las bases conceptuales de su teoría pura del derecho a través de las páginas de su tesis de habilitación, titulada *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado.* Si bien

---

[297] Cueva, Mario de la, "Hans Kelsen, *El contrato y el tratado analizados desde el punto de vista de la teoría pura del derecho*. Traducción de Eduardo García Máynez", *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia,* núms. 18-20, 1943, p. 251.

[298] Gutiérrez Gutiérrez, Ignacio, *op. cit.,* p. 11. Véase, también, Heller, Hermann, *La soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional,* trad. de Mario de la Cueva, México, UNAM, 1965, 313 pp.

[299] Heller, Hermann, *La soberanía…, cit.,* p. 7.

[300] Verdross, Alfred, *La filosofía del derecho del mundo occidental. Visión panorámica de sus fundamentos y principales problemas,* trad. de Mario de la Cueva, México, UNAM, 1983, 412 pp.

es cierto que el profesor vienés hizo gala de un gran rigor metodológico en su tesis de habilitación, no hay que olvidar que el jurista dejó algunos cabos sueltos que iría anudando a través de los años, gracias a la publicación de una prolífica cantidad de monografías, artículos y ensayos, en los que iría refinando numerosos conceptos. Debido al esfuerzo sostenido que el autor realizó para crear y desarrollar con claridad sus teorías, conceptos e ideas, el periodo que discurre, aproximadamente, de 1920 a 1960 ha sido denominado como fase clásica de la teoría pura del derecho. Uno de los principales textos de este periodo de la obra de Kelsen es su *Teoría general del Estado.*

Esta obra es una versión refinada de los *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado,* pero también la respuesta definitiva que el autor ofreció a la *Teoría general del Estado* de Georg Jellinek.[301] En otras palabras, la *Teoría general del Estado* sería la obra con la que el autor austriaco pondría un punto final al debate que sostuvo durante poco más de una década con quien fuera su mentor en la Universidad de Heidelberg. Al respecto, resulta especialmente revelador el prólogo a esta obra, ya que en él explica Kelsen la forma en que comprendía dicho debate:

> Mi primera idea al escribir este libro fue la de redactarlo en forma de compendio esquemático, en el cual, con criterio puramente sistemático, y prescindiendo de todo aderezo histórico-doctrinal y bibliográfico, trataría los problemas de la Teoría general del Estado desde el punto de vista de la pureza metódica, que informa todos mis trabajos científicos… Por otra parte, entendí que el mejor modo de comprender mi doctrina era, de seguro, el confrontarla con toda la Teoría general del Estado, tal como hasta ahora se la ha venido cultivando… Pero en esta confrontación no me guiaba el propósito de acentuar tenazmente las particularidades de mi pensamiento… sino al contrario: el de poner de relieve la línea evolutiva que (a pesar de todas las fundamentales discrepancias) existe entre las afirmaciones de mi teoría y las de aquella autoridad científica que se designa de ordinario, algo incorrecta y sintéticamente, con el nombre de "doctrina dominante". Ahora, al resumir y completar los resultados de mis anteriores trabajos monográficos en un sistema de Teoría general del Estado, veo con más claridad que antes hasta qué punto descansa mi labor en la de los grandes predecesores; ahora me siento más unido que nunca a aquella dirección científica que tuvo en Alemania como sus representantes más ilustres a Karl Friedrich von Gerber, Paul Laband y Georg Jellinek.[302]

La extensa cita anterior permite observar que, por una parte, Kelsen reconoce que su obra había producido cierta polémica o confrontación con

[301] Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado, cit.*, pp. XVII-XX.

[302] *Ibidem,* p. XVII.

los expositores de las tesis centrales de la doctrina jurídica tradicional de habla alemana y, por otra parte, revela que él está consciente del impacto e importancia que la teoría pura del derecho había tenido en el ámbito de las discusiones académicas que, inclusive, lo había conducido a superar a sus antecesores, sin que por ello Kelsen estuviera cediendo a las tentaciones de la vanidad.

Pues bien, como se ha dicho en líneas superiores, gracias a la publicación de su *Teoría general del Estado*, Kelsen colmaría algunos vacíos que había dejado en su tesis de habilitación. Entre las principales diferencias que existen entre ambas obras se encuentran la introducción expresa de la fundamentación neokantiana a la teoría pura del derecho, la incorporación de la teoría de la norma fundante, la adopción de la doctrina de la construcción escalonada del derecho de Adolf Julius Merkl y, en consecuencia, la introducción de la dinámica jurídica, la vinculación que el autor realiza entre la teoría pura del derecho y el derecho internacional, así como la enunciación expresa de una convicción política clara: la democracia parlamentaria. Estos serán, precisamente, los tópicos que serán examinados en las páginas que siguen.

2. *Incorporación de la fundamentación neokantiana a la teoría pura del derecho*

En su tesis de habilitación, Kelsen se había aproximado sustancialmente a algunos de los postulados principales de la doctrina de Immanuel Kant y las escuelas neokantianas de Baden y Marburgo (más por intuición que por un conocimiento sólido al respecto); entre dichos postulados se encuentra, por ejemplo, la distinción entre los mundos del ser y deber, así como la adopción del método trascendental. Luis Legaz y Lacambra, en su tesis doctoral publicada, explica que el erudito austriaco se dio cuenta de esta característica de su pensamiento gracias a una recensión de su tesis de habilitación que había sido publicada en la revista *Estudios Kantianos (Kant Studien)*, en la que se afirmaba que su monografía sobre derecho público entrañaba una fundamentación de tal naturaleza.[303]

Puesto que Kelsen situaba su pensamiento en el campo del deber y afirmaba que el Estado es la suma de todas las normas (proposiciones jurídicas), proyectó su doctrina más allá de la realidad sensible, por lo que no pudo brindar un fundamento al origen del poder político del Estado que

[303] Legaz y Lacambra, Luis, *op. cit.,* p. 175.

emanara de los hechos sociales (ser). El jurista de Viena trataría de superar esta falencia de su doctrina con la adopción de algunos de los postulados principales del movimiento neokantiano de las escuelas de Marburgo y Baden, que le permitieron concebir y desarrollar el concepto de norma fundante, adoptar abiertamente el método trascendental de Kant e incorporar posteriormente la doctrina de la construcción escalonada del derecho (dinámica jurídica).

Immanuel Kant planteó la existencia de dos ámbitos de estudio, el ser y el deber, cada uno de los cuales amerita métodos y técnicas de investigación propios. Es importante no perder de vista que el genio de Königsberg realizó esta distinción en términos conceptuales, sin que por ello llegara al extremo de afirmar que entre ambas esferas del saber no existe o ha existido relación alguna. El filósofo alemán también propuso un camino para el desarrollo del conocimiento científico llamado "método trascendental", el cual consiste en ir ascendiendo en el pensamiento hasta alcanzar conceptos definitivos, es decir, fundamentos que trascienden a toda posible refutación. Los razonamientos de Kant fueron eclipsados temporalmente por la obra de Hegel, la cual, hacia finales del siglo XIX y principios del XX, perdió su potencia argumentativa, mientras que paralelamente se avivó el interés por estudiar el pensamiento del filósofo de Königsberg gracias a las escuelas neokantianas de Marburgo y Baden con cuyas tesis principales Kelsen poco a poco comenzó a familiarizarse.

El líder de la Escuela Jurídica de Viena adoptó de Kant y de las escuelas neokantianas de Baden y Marburgo la distinción entre las esferas del deber y del ser (el erudito austriaco llevó esta tesis a sus últimas consecuencias). Esta característica de la obra de Kelsen resulta mucho más evidente cuando se compara su trabajo con el de Rudolf Stammler, otro jurista neokantiano que no desconectó los dominios del deber y del ser como sí lo hizo el profesor vienés. Kelsen también adoptó de Kant el método trascendental, que lo conduciría a desarrollar el concepto de norma fundante. Sobre el método de Kant, Oswaldo Cruz Domínguez explica:

> El método trascendental kantiano parte de la necesidad de una ciencia *a priori,* por lo que la ciencia fundamental no puede ser empírica, pues, se encuentra en el nivel de análisis en el que el entendimiento construye el objeto de conocimiento a través de la síntesis de las categorías (cualidad, cantidad, relación y modalidad), es decir, de formas puras del entendimiento, en cuyo caso se trabaja con la lógica de las categorías de su objeto de la representación. En dicho caso los juicios de dicha ciencia son *a priori,* es decir, son estructuras de pensamiento cuya validez es independiente de la experiencia y por ello Kel-

> sen desarrolla sus conclusiones mediante procesos de reflexión deductiva y no de procesos inductivos emergentes de su experiencia.[304]

La fundamentación neokantiana de la teoría pura del derecho forma parte de una estrategia ideada por Kelsen para introducir su doctrina en los debates académicos de su tiempo. En efecto, el líder de la Escuela Jurídica de Viena entendía la doctrina jurídica de su época como la pugna de dos grandes corrientes epistemológicas: la doctrina del derecho natural (idealismo), por una parte, y la doctrina del empirismo jurídico, por la otra.[305] Esta dicotomía es denominada por Stanley L. Paulson como antinomia de la teoría jurídica *(jurisprudential antinomy)*; Kelsen rechaza la doctrina del derecho natural y la doctrina del empirismo jurídico porque el derecho no debe confundirse ni con la moral ni con los fenómenos sociales.[306] La propuesta del erudito austriaco, en términos generales, consiste en situar a las proposiciones jurídicas como el principal objeto de estudio de la ciencia jurídica para distanciarse tanto del iusnaturalismo como del empirismo jurídico. Kelsen, en suma, gracias a su fundamentación neokantiana, inaugura una tercera vía, distinta a las corrientes iusnaturalista o empirista, que sería conocida como normativismo jurídico o teoría pura del derecho.

La estrategia ideada por Kelsen es un recurso heurístico o epistemológico, más que una verdad universal, ya que no pueden ser reducidas todas las propuestas que se han elaborado en torno al derecho y sus fenómenos en dos grupos: aquellas que forman parte del derecho natural y las que pertenecen al empirismo jurídico. Esto es evidente cuando se piensa en los principales teóricos con los que Kelsen debatió a lo largo de su existencia, que son los representantes de un espectro doctrinal amplio.[307] Tal es el caso, por ejemplo, de Platón, Aristóteles, Immanuel Kant, Ernest Rudolf Bierling, Karl Binding, Eugen Ehrlich, Otto von Gierke, Georg Jellinek, Rudolf von Jehring, Hermann Kantorowicz, Emil Lask, Hugo Preuss, Gustav Radbruch, Felix Somló, Rudolf Stammler, August Thon, Bernhard Windscheid y Ernst Zitelman,[308] sin dejar de mencionar, por supuesto, a Hermann Heller, Carl Schmitt, Rudolf Smend, Max Weber, Alf Ross y H.L.A. Hart.[309]

---

[304] Cruz Domínguez, José Oswaldo, "Lenguaje y semántica jurídica en Kelsen", en Carrillo Salgado, Augusto Fernando y Muñoz Mendiola, Julio César, *op. cit.,* p. 62.

[305] Paulson, Stanley L., "The Neo-Kantian Dimension of Hans Kelsen's Pure Theory of Law", *Oxford Journal of Legal Studies,* vol. 12, núm. 3, 1992, p. 312.

[306] *Ibidem,* p. 314.

[307] *Ibidem,* p. 315.

[308] *Idem.*

[309] *Ibidem,* p. 316.

3. *Incorporación de la teoría de la norma fundante*

Probablemente, la teoría de la norma fundante sea una de las categorías de análisis que mejor representan la fundamentación neokantiana de la doctrina de Kelsen. La norma fundante es el elemento que clausura el sistema normativo desarrollado por el jurista, y que sustituye el concepto de Estado como punto el final de la cadena de imputación que el líder de la Escuela Jurídica de Viena había planteado en sus *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado.* Está claro que el jurista vienés realiza dicha modificación debido a que el concepto de Estado no dejaba de ser un elemento que compartía algunos vínculos con el mundo del ser, lo que debilitaba uno de los pilares esenciales de su doctrina: el principio de la pureza metodológica.

En forma abreviada, la norma fundante es un presupuesto heurístico que permite clausurar el sistema jurídico, evita proyectar hacia el infinito la cadena de validez que existe entre las normas y reduce la carga o tensión cognitiva de pensar en el fundamento político del Estado (ser) para poder centrar la atención en el análisis de la estructura y relaciones lógicas del derecho y sus principales instituciones normativas. La norma fundante es una proposición jurídica presupuesta; en otras palabras, se trata de una norma hipotética, promulgada en algún momento y que se encuentra por encima de todas las normas que constituyen un sistema normativo; en particular, la norma fundante se encuentra por arriba de la Constitución en sentido jurídico-positivo.

Desde su introducción, la teoría de la norma fundante ha dado lugar a confusiones y críticas; por ejemplo, se le ha identificado con la Constitución en sentido jurídico-positivo; dicho de otra manera, algunas personas creen que la Constitución y la norma fundante son conceptos equivalentes o análogos. Cabe destacar, sin embargo, que aun para el propio Kelsen la diferenciación entre la Constitución en sentido jurídico-positivo y la norma fundante no fue siempre clara. En realidad, el concepto evolucionó a partir de la noción de Constitución en sentido jurídico-positivo, tal y como puede observarse en un ensayo que el jurista austriaco publicó en 1914 y que lleva por título *La ley del Reich y la ley de la entidad federativa de acuerdo con la Constitución austriaca*.[310]

[310] Walter, Robert, "Origen y desarrollo del concepto de norma fundamental", trad. de Ariel Peralta García y RolandoTamayo y Salmorán, *Revista de la Facultad de Derecho de México,* vol. 55, núm. 244, 2005, p. 287. *Cfr.* Kelsen, Hans, "Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung" (primera parte), *Archiv des Öffentlichen Rechts,* vol. 32, núms. 1-2, 1914, pp. 202-245; Kelsen, Hans, "Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung" (segunda parte), *Archiv des Öffentlichen Rechts,* vol. 32, núms. 3-4, 1914, pp. 390-438.

En este documento, trata de encontrar el punto de partida del derecho constitucional austriaco; el jurista no estaba seguro si debía partir de la Constitución de 1867 o si era necesario remontarse a otros documentos más antiguos. Kelsen se dio cuenta de que esta forma de razonar lo conduciría hacia un *regressus ad infinitum,* por lo que estimó necesario poner un punto final a la cuestión. La respuesta que encontró fue la siguiente: "Hay que partir de cualquier norma suprema presupuesta que, en última instancia, sea válida por sí misma… Este punto último, entendido como norma suprema presupuesta, se asemeja al punto arquimédico a partir del cual se pone en movimiento el mundo del conocimiento jurídico".[311] El concepto de norma fundante ha sufrido numerosas metamorfosis que serían el resultado tanto del influjo del movimiento neokantiano de las escuelas de Marburgo y Baden como del pensamiento de diferentes autores en la obra de Kelsen, como Walter Jellinek,[312] Alfred Verdross[313] y Leónidas Pitamic.[314]

De este modo, el líder de la Escuela Jurídica de Viena, en su *Teoría general del Estado*, confiere a la norma fundante características muy distintas a las que se pueden apreciar en su artículo *La ley del Reich*. La primera consiste en enunciar con toda claridad el carácter lógico-jurídico de ésta, el cual contrasta con el carácter político de su primera formulación en el ensayo antes mencionado.[315] La segunda característica de la norma fundante es su posición en un sistema normativo, pues ésta se sitúa en el escaño más alto, es decir, por encima de todas las normas positivas que conforman el derecho de un país, incluyendo, por supuesto, a la Constitución, puesto que "la Constitución en sentido jurídico positivo surge como grado inmediatamente inferior".[316] Esta característica de la norma fundante le permite conferir validez al resto de las normas de un sistema jurídico.[317]

De acuerdo con los argumentos expuestos por el líder de la Escuela Jurídica de Viena, todo parecería indicar que, con la introducción de la teoría de la norma fundante se ha logrado alcanzar un fundamento de validez del derecho fuera de toda experiencia sensible (ser); empero, cuando menos en este punto del desarrollo de la teoría pura del derecho, el jurista austriaco no ha logrado su acometido, porque si bien es cierto que es enfático en no identificar a la norma fundante con la Constitución, asimila su presupuesto heu-

311 *Ibidem,* p. 288.
312 *Ibidem,* p. 289
313 *Ibidem,* p. 290.
314 *Ibidem,* pp. 291 y 292.
315 Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado, cit.,* p. 325.
316 *Idem.*
317 *Ibidem,* pp. 325-327.

rístico con una revolución que crea o sustituye una Constitución en sentido jurídico positivo.[318] Por este motivo, algunos autores como Norberto Bobbio han llegado a la conclusión de que el jurista vienés, a través de la teoría de la norma fundante, tan sólo ocultó el origen de la fuerza política del derecho y que este concepto no sería más que una *elegantia iuris.*[319]

Otro de los problemas que a lo largo del tiempo ha surgido debido a la introducción de la teoría de la norma fundante en la teoría pura del derecho es el de la aparición de la famosa "pirámide de Kelsen". Es probable que esto se deba a que la norma fundante tiene como objetivo producir la imagen mental de una estructura jerárquica cuyo arquetipo por antonomasia es una pirámide. Otro factor que permitiría explicar la razón de este error podría encontrarse en las dificultades que ha entrañado el traducir la obra de Kelsen al castellano. Es probable que el error sobre la "pirámide kelseniana" haya nacido con la traducción al castellano por parte de Luis Legaz y Lacambra de la *Teoría general del Estado* de Kelsen.

Al parecer, el jurista español, al traducir el § 36 de la obra referida, agregó la palabra "pirámide" para enfatizar el carácter jerárquico que confiere la norma fundante[320] al sistema de normas propuesto por la teoría pura del derecho. En la versión original de la *Teoría general del Estado* se lee lo siguiente: "§ 36 La Constitución. (Constitución en sentidos lógico jurídico y positivo jurídico). A. Subordinación, no coordinación de las funciones del Estado. Teoría de la construcción",[321] mientras que Luis Legaz y Lacambra tradujo ese pasaje de la manera siguiente: "§ 36 La Constitución (La Constitución en sentido lógico-jurídico y jurídico-positivo). A. Subordinación, no coordinación, de las funciones del Estado. *Teoría de la pirámide jurídica*".[322] En resumen, el jurista español traduce o sustituye la compósita *Stufentheorie* (conformada por las palabras *die Stufen* [la construcción] y *die Theorie* [la teoría]) como "teoría de la pirámide jurídica".

---

[318] *Ibidem*, p. 326.

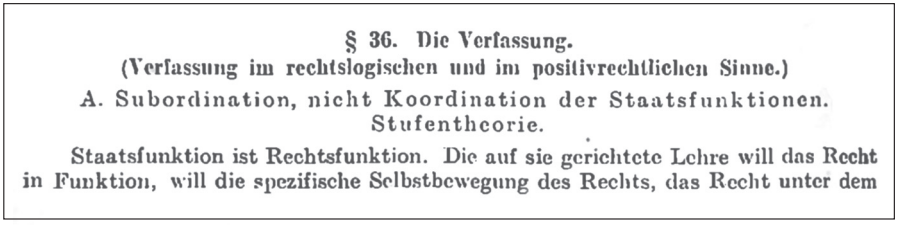
[319] Bobbio, Norberto, "Kelsen y el problema del poder", trad. de Gustavo Molina Ramos, *Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho,* núm. 8, 1988, pp. 17-24.

[320] La traducción de la compósita *die Grundnorm* ha sido complicada porque ésta no cuenta con un término exacto en español. La palabra *der Grund* posee diferentes significados, como fundamento, base, razón o motivo. *Die Norm* significa lo mismo en castellano y alemán. Estas diferencias lingüísticas han traído como consecuencia que la compósita *die Grundnorm* haya sido traducida o interpretada como "norma hipotética fundamental", "norma básica", "norma fundante" o "norma fundamental". Esta última palabra también contribuye a confundirla con la Constitución, porque la carta magna de un país es llamada en ocasiones norma fundamental.

[321] Kelsen, Hans, *Allgemeine Staatslehre,* Berlín, Verlag von Julius Springer, 1925, p. 248.

[322] Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado, cit.,* p. 325.

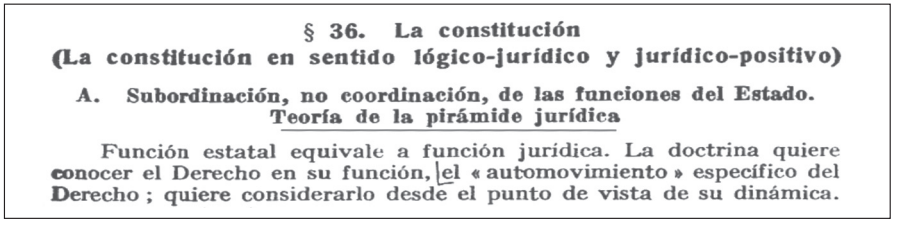
ILUSTRACIÓN 1. PARÁGRAFO 36 DE LA EDICIÓN EN ALEMÁN DE LA *TEORÍA GENERAL DEL ESTADO* DONDE SE OBSERVA QUE NO APARECE LA EXPRESIÓN "TEORÍA DE LA PIRÁMIDE JURÍDICA", SINO "TEORÍA DE LA CONSTRUCCIÓN" (*STUFENTHEORIE*)



§ 36. Die Verfassung.
(Verfassung im rechtslogischen und im positivrechtlichen Sinne.)
A. Subordination, nicht Koordination der Staatsfunktionen.
Stufentheorie.
Staatsfunktion ist Rechtsfunktion. Die auf sie gerichtete Lehre will das Recht in Funktion, will die spezifische Selbstbewegung des Rechts, das Recht unter dem

FUENTE: Kelsen, Hans, *Allgemeine Rechtslehre*, Berlín, Julius Springer, 1925, p. 248.

ILUSTRACIÓN 2. PARÁGRAFO 36 DE LA TRADUCCIÓN AL CASTELLANO DE LA *TEORÍA GENERAL DEL ESTADO* DONDE SE APRECIA QUE LA EXPRESIÓN *STUFENLEHRE* HA SIDO SUSTITUIDA POR "TEORÍA DE LA PIRÁMIDE JURÍDICA".



§ 36. La constitución
(La constitución en sentido lógico-jurídico y jurídico-positivo)
A. Subordinación, no coordinación, de las funciones del Estado.
Teoría de la pirámide jurídica
Función estatal equivale a función jurídica. La doctrina quiere conocer el Derecho en su función, el «automovimiento» específico del Derecho; quiere considerarlo desde el punto de vista de su dinámica.

FUENTE: Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado,* trad. de Luis Legaz y Lacambra, 5a. ed., México, Ediciones Coyocán, 2021, p. 325.

A lo largo de los años, la "pirámide de Kelsen" ha adquirido tal relevancia que hoy en día es casi imposible hablar de la teoría pura del derecho sin hacer referencia a esta imagen mental. Sin embargo, es necesario hacer énfasis en que Kelsen jamás afirmó que el ordenamiento jurídico debe comprenderse literalmente como una pirámide. La "pirámide de Kelsen" es, más bien, una representación pictórica[323] del orden jerárquico de las normas cuyo punto de partida se encuentra en la norma fundamental; la "pirámide

[323] Pelegrino da Silva, Matheus, "Representación pictórica y malinterpretación de la construcción escalonada (*Stufenbau)"*, trad. de Augusto Fernando Carrillo Salgado, en Ibarra Palafox, Francisco; Carrillo Salgado, Augusto Fernando; Hernández Manríquez, Javier, y Muñoz Mendiola, Julio (coords.), *op. cit.*, pp. 127-145.

de Kelsen" es, en todo caso, un recurso didáctico para comprender la forma en que un orden normativo puede ser configurado o comprendido como un todo lógico y coherente.

4. *Incorporación de la teoría de la construcción escalonada del derecho*

La norma fundante permitió a Kelsen adoptar la teoría de la construcción escalonada del derecho de Adolf Julius Merkl, uno de sus primeros alumnos en la Universidad de Viena, cuyos méritos condujeron al erudito austriaco a considerarlo como cofundador de la teoría pura del derecho.[324] A lo largo de su obra, sin embargo, el líder de la Escuela Jurídica de Viena haría pocas referencias explícitas a su alumno (y en general a cualquier otro autor), situación que resulta perfectamente comprensible debido a que durante el desarrollo de la teoría pura del derecho, al tratarse de un movimiento intelectual en el que participaban numerosas personas,[325] era una práctica habitual dentro de la escuela de Viena[326] adoptar las ideas de sus miembros, así, sin más.

Adolf Merkl expuso por primera vez su teoría sobre la construcción escalonada del derecho en un artículo que lleva por título *La doble faz del derecho*,[327] y desarrolló sus ideas en torno a esta teoría en una de sus obras titulada *La doctrina sobre la eficacia del derecho*.[328] En términos generales, la teoría de la construcción escalonada del derecho consiste en asumir que una norma encuentra el fundamento de su validez en otra norma superior. [329] Merkl, al igual que Kelsen, considera que el derecho es un sistema de normas, razón por la cual suprime la distinción clásica entre normas y actos administrativos.[330]

Aunque la teoría sobre la construcción escalonada del derecho explica la relación de validez entre las normas en sus diferentes peldaños, es incapaz de dar cuenta de algunos fenómenos relacionados con la obediencia y apli-

---

[324] Kucsko-Stadlmayer, Gabriele, "La contribución de Adolf Merkl a la teoría pura del derecho", trad. de Virginia Martínez Bretones, *Revista de la Facultad de Derecho de México,* vol. 55, núm. 244, 2005, p. 244.

[325] *Ibidem,* p. 245.

[326] *Idem.*

[327] Jakab, András, "Problèmes de la *Stufenbaulehre.* L'échec de l'idée d'inférence et les perspectives de la théorie pure du droit", *Droit et Société,* núm. 66, 2007, p. 412. *Cfr.* Merkl, Adolf, "Das doppelte Rechtsantlitz", *Juristische Blätter,* núms. 41-42, 1918, pp. 425-427.

[328] *Idem.*

[329] *Ibidem,* p. 247.

[330] Kucsko Stadlmayer, Gabriele, *op. cit.*, p. 248.

cación del derecho. A menudo las personas respetan las normas individuales sin pensar sobre su validez en relación con otras normas de rango superior. Además, el ser humano ni si quiera sabe que está obedeciendo una norma jurídica porque imita una conducta que asume socialmente valiosa. Por si lo anterior fuera poco, las personas celebran actos jurídicos diariamente, como la compraventa, sin que por ello tengan en mente las disposiciones del Código Civil. En pocas palabras, la obediencia del derecho entraña una dimensión psicológica y sociológica que la teoría de la construcción escalonada del derecho es incapaz de explicar.[331]

Otra de las limitaciones de la teoría de la construcción escalonada del derecho consiste en que ésta sólo consigue explicar la jerarquía formal o estructural de las normas, pero no resuelve el problema de la jerarquía sustancial o material, lógica o lingüística y axiológica.[332] Se habla de una jerarquía material, por ejemplo, cuando una norma, N3, determina que el contenido de otra, N1, debe prevalecer frente a la sustancia de cualquier otra disposición jurídica, N2.[333] Se está frente a una jerarquía lógica o lingüística cuando una norma, N1, comprende los conceptos de otra, N2.[334] Los ejemplos más claros de este tipo de jerarquía normativa se encuentran en las normas de abrogación o derogación, interpretación auténtica y reenvío.[335] Por último, la jerarquía axiológica consiste en atribuir a una norma un valor moral superior respecto de otra.[336]

Hay que reconocer, sin embargo, que la teoría de la construcción escalonada del derecho de Merkl ha contribuido a reducir la complejidad de las diferentes relaciones entre las normas que conforman un sistema jurídico positivo; frecuentemente se asume que las normas de un Estado constituyen un todo armónico, aunque en realidad sucede todo lo contrario, porque éstas se articulan de manera compleja y, en el peor de los casos, hasta de forma incoherente.[337] Ciertos autores han llegado a considerar que la "expresión «je-

---

[331] *Cfr.* Hart, H.L.A., "El derecho como unión de reglas primarias y secundarias", en Hart, H.L.A., *El concepto de derecho,* 3a. ed., trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, pp. 99-123.

[332] *Cfr.* Guastini, Riccardo, "Gerarchie normative", *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law,* núm. 21, 2013, pp. 58-61. Véase Atienza, Manuel, *Contribución a una teoría de la legislación,* Madrid, Cívitas, 1997, pp. 27, 28 y ss.

[333] *Ibidem,* p. 59.

[334] *Ibidem,* p. 60.

[335] *Idem.*

[336] *Ibidem,* p. 61.

[337] Brunet, Pierre, "Introduction : la hiérarchie des normes, fétiche ou nécessité ?", *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law,* núm. 21, 2013, p. 5.

rarquía de normas», forma parte de los fetiches de los juristas: …algunos de los cuales han llegado a creer que ella designa una realidad objetiva, una especie de naturaleza del derecho".[338] En realidad, la teoría de la construcción escalonada del derecho ha sido un recurso valioso que permite disminuir la complejidad de las relaciones entre las normas.[339] En ese sentido, explica Kelsen, gracias a la doctrina de Merkl, "no existe, pues, una yuxtaposición de funciones más o menos inconexas… sino una jerarquía de los distintos grados del proceso creador de Derecho".[340]

Finalmente, otro de los bemoles de la teoría de la construcción escalonada del derecho es el de la inevitable relación entre las esferas del ser y del deber, ya que la aplicación de cualquier norma inferior constituye, en mayor o menor grado, de acuerdo con el margen de acción de un texto normativo, un acto de creación de derecho respecto de una norma superior, porque toda norma entraña sólo las condiciones generales de su aplicación que deben ser individualizadas por el juez u órgano administrativo del Estado. Este fenómeno trae como consecuencia que las voliciones, prejuicios, ideología o intereses se filtren cuando se interpretan y aplican las normas porque un acto de aplicación es, a su vez, un acto de creación.[341]

5. *Incorporación del derecho internacional*

El derecho internacional no estuvo siempre presente en la teoría pura del derecho, en especial no se hallaba en la tesis de habilitación de Kelsen.[342] Fue Alfred Verdross el primero en plantear el problema de la relación entre el derecho internacional y los ordenamientos jurídicos estatales parciales desde la óptica de la teoría de Kelsen.[343] A menudo, la cuestión es planteada como una dicotomía que consiste en determinar cuál de los dos ordenamientos jurídicos debe prevalecer frente al otro. De manera sintética, pueden identificarse dos posturas teóricas al respecto: "una presupone al Estado, al

[338] *Idem.* La traducción es propia.

[339] Aunque las Constituciones modernas prescriben lineamientos mínimos para ordenar jerárquicamente a las normas, la promulgación de éstas se realiza de manera caprichosa. *Cfr.* Suárez Romero, Miguel Ángel, "La crisis de la ley", en Suárez Romero, Miguel Ángel, *Crisis de la ley y Estado constitucional. La argumentación jurídica del legislador,* México, Porrúa, prólogo de Francisco Javier Ansuátegui Roig, 2015, pp. 83-100.

[340] Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado, cit.,* p. 325.

[341] Millard, Éric, "La hiérarchie des normes. Une critique sur un fondement empiriste", *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law,* núm. 21, 2013.

[342] Kelsen, Hans, *Problemas capitales…, cit.,* p. LIV.

[343] *Ibidem,* p. LV.

orden estatal, como orden supremo, al paso que la otra afirma el orden internacional como un orden superior a los Estados. Pueden recibir estas teorías, respectivamente, el nombre de «primado del orden jurídico estatal» y «primado del orden jurídico internaciona»".[344]

Bajo esta perspectiva, la relación entre ambos ordenamientos jurídicos conduciría hacia un dualismo metodológico con el que Kelsen no se encuentra de acuerdo. Antes de introducir a la discusión su propio punto de vista, el jurista expone los argumentos principales de las posturas antes mencionadas[345] y llega a la conclusión de que la confrontación no es más que un falso dilema porque el problema no se resuelve afirmando la primacía de un ordenamiento respecto del otro[346] y tampoco sosteniendo la validez coordinada de ambos.[347] El líder de la Escuela Jurídica de Viena explica: "Desde el punto de vista de una teoría del derecho positivo, hay que conceder el mismo valor a las dos hipótesis jurídicas".[348] Para él, ambas posturas epistemológicas son igual de válidas.[349] Decantarse por una u otra postura constituye una decisión político-ideológica o un juicio de valor porque detrás de cada uno de los puntos de vista antes referidos subyacen dos modos diferentes de concebir el mundo y sus valores.[350] Por una parte, se encuentra una concepción del mundo abierta, pluralista y global; por la otra, se haya una perspectiva hermética, nacionalista, regional o localista.

La teoría normativista de Kelsen podría ofrecer una respuesta racional u objetiva al problema planteado. De nueva cuenta, el enfoque del líder de la Escuela Jurídica de Viena se presentaría a sí mismo como una tercera vía. Para empezar, Kelsen explica que la existencia de un ordenamiento jurídico supone necesariamente la existencia del otro. El derecho internacional proporciona a los ordenamientos jurídicos estatales parciales numerosas normas que regulan prácticamente todas las esferas de la vida al interior de un Estado, y viceversa, el derecho nacional ha suministrado diferentes conceptos al derecho internacional; si éste se compara con el derecho interno de un Estado, pronto se verá que se trata de un ordenamiento jurídico primitivo. El erudito austriaco propone la tesis de la unidad: el derecho internacional

344 Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado, cit.,* p. 156.
345 *Ibidem,* pp. 158-163.
346 *Ibidem,* pp. 158 (*infra*), 168 (*supra*), 169 (*infra*).
347 *Ibidem,* pp. 157, 158, 162 y 168.
348 *Ibidem,* p. 158.
349 *Ibidem,* p. 171.
350 *Idem.*

y los ordenamientos jurídicos estatales parciales constituyen un mismo objeto de estudio, sólo que el primero es visto desde la perspectiva externa, mientras que el segundo desde la interna. En palabras de Kelsen: "Si hay un criterio absoluto para averiguar el carácter científico del conocimiento del Derecho o del Estado, no puede ser otro que la unidad del punto de vista gnoseológico".[351]

Sin embargo, todavía no se ha ofrecido un criterio que permita articular ambos ordenamientos jurídicos como una unidad; el jurista vienés vacila cuando todo parece indicar que va a revelar la naturaleza de aquel criterio. Podría suponerse que el criterio de validez es la norma fundante, pero cuando Kelsen aborda el tema emplea este recurso epistemológico únicamente como criterio de validez para el derecho interno.[352] Dicho de otra manera, aunque incorpora el derecho internacional a la teoría pura del derecho, no proporciona una respuesta satisfactoria sobre el criterio que confiere unidad a las normas externas e internas de un Estado. Cabe la posibilidad de que el líder de la Escuela Jurídica de Viena no hubiera examinado detalladamente la cuestión porque asumía que la discusión había quedado zanjada en las páginas de su obra *El problema de la soberanía y la teoría del derecho internacional.*

6. *Incorporación de la democracia*

Aunque Kelsen centró sus esfuerzos en desarrollar una teoría jurídica alejada de cualquier convicción política, hacia el final de su *Teoría general del Estado,* el autor se decanta por una forma de gobierno: la democracia. Este cambio en su teoría pura del derecho produjo algunas interrogantes. ¿De qué manera Kelsen concilió sus inclinaciones políticas con su obra científica? ¿Al abrazar la democracia como forma de gobierno el erudito austriaco contaminó el principio de pureza metodológica y la fundamentación neokantiana de su pensamiento?[353]

---

[351] *Idem.*

[352] *Ibidem,* pp. 325-329.

[353] Los nazi-fascistas consideraban a la doctrina pura del derecho como un arquetipo de las corrientes jurídicas liberales porque ésta se apartaba de su compromiso de partido. Algunos juristas liberales veían a la doctrina de Kelsen como la expresión de la ideología nazi-fascista porque su foco de interés es la forma del derecho. Al prescindir de cualquier consideración moral, se convertía en un modelo que, a través de la norma, situaba en primer plazo la fuerza coercitiva del Estado sin justificar la legitimidad de ésta. Algunos católicos observaban, de alguna manera, una representación de la doctrina cristiana en la doctrina pura del derecho, ya que la validez de la norma fundante debe ser supuesta, al igual que con

Para empezar, el pensamiento del jurista vienés debe ser estudiado con base en su contexto histórico, político, social y económico; en ese sentido, cabe recordar que él presenció el desmoronamiento del Imperio Austrohúngaro y el nacimiento de numerosos movimientos radicales por toda Europa (como el comunismo, el fascismo y el nacionalsocialismo). Al parecer, se decantó por la democracia porque es la forma de organización política que asegura la mayor libertad de pensamiento y expresión de los seres humanos. Por si lo anterior fuera poco, esta forma de gobierno es consecuente con el relativismo axiológico que exige la existencia de la ciencia. Finalmente, tampoco hay que perder de vista que incorpora ciertas consideraciones sobre la democracia como una especie de eco de algunos de los resultados de sus investigaciones y reflexiones que ya había publicado en otras obras, como *Esencia y valor de la democracia.*

Asimismo, realiza un crítica severa a la autocracia en el epígrafe 50 de su *Teoría general del Estado,* el cual, según explica Luis Legaz y Lacambra, "ha sido redactado por el autor para la edición española, no figurando por tanto en la edición alemana".[354] Aquí, el líder de la Escuela Jurídica de Viena considera a la autocracia como un método de creación del derecho que, a su vez, divide en bolchevismo y dictadura de un partido o Estado de un solo partido.[355] A continuación, Kelsen explica su origen y evolución en Europa y advierte que "es justamente del seno de esta democracia de donde ha surgido la autocracia moderna".[356] La aversión de este autor hacia la autocracia se debe a que ésta, en cualquiera de sus manifestaciones, se traduce en la pérdida o supresión total de toda libertad:[357] "Todas aquellas instituciones tan características del Estado de derecho, que servían para proteger al individuo contra los arbitrarios ataques de los órganos estatales o de los partidos, son radicalmente eliminadas o pierden toda eficacia real".[358] Más adelante añade:

> ...la dictadura partidista… no sólo aniquila la libertad política, sino ante todo y con especial energía la libertad intelectual, tan esencial a una democracia.

---

la idea de Dios. Por el contrario, para ciertos grupos religiosos, la doctrina de Kelsen era una expresión del ateísmo.

Véase Robles Vázquez, Jorge, "Ciencia, derecho y poder político. Una revisión kelseniana", en Carrillo Salgado, Augusto Fernando y Muñoz Mendiola, Julio César, *op. cit.,* p. 181.

354 Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado, cit.,* p. 464.

355 *Ibidem, passim.*

356 *Idem, infra*.

357 *Idem.*

358 *Ibidem,* p. 465

> Dirígese en primer término contra la libertad de prensa, porque conoce la importancia extraordinaria de la opinión pública para la solidez del poder, y por eso ahoga sin contemplaciones toda manifestación adversa o simplemente desfavorable.[359]

La autocracia dirige también sus ataques contra la ciencia, porque los cultores del pensamiento están conscientes de que es imposible alcanzar verdades o valores absolutos, a diferencia de los defensores de la autocracia, quienes afirman lo contrario, es decir, que los postulados que enarbola son los únicos y mejores.[360]

Los razonamientos anteriores permiten comprender las razones políticas por las que Kelsen se inclina por la democracia; sin embargo, todavía es necesario justificar la elección desde la perspectiva de la teoría pura del derecho y la forma en que trató de no contaminar el ideal de pureza metodológica. Al respecto, explica que las formas de gobierno clásicas no tienen por qué encontrar su origen en la distribución efectiva del poder social, sino en la forma en que se crean las normas: "la doctrina de las formas del Estado, en cualquiera de sus épocas, no ha sido otra cosa que la teoría de las distintas posibilidades de crear el orden estatal como orden jurídico".[361] Desde el punto de vista de la teoría pura del derecho, la forma de gobierno está determinada por el órgano del Estado que crea las normas: si uno solo de ellos lo hace, se está frente a una monarquía; si un grupo reducido realiza tal actividad, se habla entonces de una aristocracia; finalmente, si la mayoría de las personas, consideradas como un centro de imputación normativo y no desde su dimensión real, son las que se otorgan a sí mismas el derecho, se hace referencia a una democracia.

La democracia, explica Kelsen, es consecuente con la teoría pura del derecho, porque el ser humano considera como una carga indeseable el tener que obedecer una voluntad ajena: "La carga de la voluntad ajena, impuesta por el orden social, se hace tanto más insoportable cuanto de modo más inmediato se manifiesta en el hombre el sentimiento primario de su propio valor, cuanto más elemental es el impulso que mueve al súbdito contra el que manda".[362] Por esta razón, el hombre trata de emanciparse del mandato ajeno. Esta sería la libertad del hombre primitivo; sin embargo, la libertad

---

[359] *Ibidem,* p. 468.
[360] *Ibidem,* p. 472.
[361] *Ibidem,* p. 409.
[362] *Idem.*

natural conduce a la anarquía y, en última instancia, a la destrucción de cualquier organización social, ya que

> ...para que sea posible la sociedad como complejo sistemático distinto de la naturaleza, debe existir una legalidad social específica diferente de la legalidad natural… Desde el punto de vista de la naturaleza, la libertad significa la negación de lo social; desde el punto de vista de la sociedad, la negación de la legalidad natural o causal.[363]

El mecanismo a través del cual el ser humano puede aproximarse a su libertad es la participación de la mayoría de las personas en la creación del derecho, esto es, mediante la democracia, la cual

> ...se conforma con una aproximación a la idea primitiva [de la libertad], al declarar que para la continuación del orden pactado unánimemente (según la idea de la libertad) basta una resolución mayoritaria… [E]l principio de la mayoría absoluta… representa la aproximación relativamente mayor a la idea de libertad.[364]

Lo anterior no se traduce, por supuesto, en el atropello de los derechos de las minorías, porque para que una mayoría exista se requiere necesariamente la existencia de una minoría[365] que eventualmente pueda convertirse en mayoría. En caso contrario, se estaría en presencia del "derecho del más fuerte".[366]

La respuesta de Kelsen parece satisfactoria de acuerdo con la teoría pura del derecho, ya que aunque pueden ofrecerse numerosas razones de índole moral[367] para obedecer el derecho, el jurista vienés está en lo correcto al destacar que dichas razones, por buenas que sean, y sin importar la tradición jurídica de que se trate, son insuficientes, ya que la obediencia del derecho se encuentra condicionada en gran medida por la forma en que las normas se crean y aplican. Las personas, en efecto, a menudo lo obedecen por imitación,[368] porque prometen hacerlo,[369] porque estiman el ordenamiento

[363] *Ibidem,* p. 410.

[364] *Ibidem,* p. 412.

[365] *Idem.*

[366] *Idem.*

[367] Véase Raz Joseph, "La obligación de obedecer el derecho", en Raz, Joseph, *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral,* trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, Ediciones Coyoacán, 2011, pp. 291-310.

[368] *Ibidem,* pp. 297 y 299.

[369] *Ibidem,* p. 298.

jurídico moralmente bueno[370] o porque temen la imposición de una sanción.[371] Pero los seres humanos en cualquier momento pueden abstenerse de imitar a los demás, romper sus promesas, contravenir las disposiciones jurídicas por razones de conveniencia personal o buscar la manera de eludir la sanción de las leyes. En todos estos casos, el derecho debe ser impuesto aun en contra de la voluntad del hombre, y la imposición de las normas se estima valiosa debido a que se presupone que la mayoría de las personas participaron en su proceso de creación.

VII. El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del derecho

1. *Consideraciones preliminares*

Esta monografía constituye una versión preliminar de la primera edición de la *Teoría pura del derecho.* Kelsen comenzó a escribir este documento cuando ya formaba parte del Instituto de Altos Estudios Internacionales, con el objetivo de introducir su pensamiento en otras latitudes de Europa a través de un opúsculo que diera cuenta de las tesis principales que había desarrollado en sus monografías anteriores. El jurista vienés comienza su exposición subrayando que su teoría se encuadra en la corriente epistemológica del positivismo jurídico.[372] Para este autor, el objeto de estudio de la ciencia jurídica no es la conducta del ser humano, sino las normas jurídicas, porque para que un hecho sea considerado jurídico es necesario conferirle un sentido inmanente, el cual procede de una proposición normativa: "el hecho de que en una sala se reúnan algunos hombres, pronuncien discursos y levanten sus manos no hace de estos acontecimientos la votación de un proceso legislativo. Estos actos deben estar previstos y autorizados por una norma para ser considerados como tal".[373]

Es evidente que una de las preocupaciones principales del autor es la delimitación exacta del objeto de estudio de la ciencia del derecho.[374] Para alcanzar este objetivo, el jurista remueve con sumo cuidado todos los agentes que lo contaminan, tal es el caso de la moral, aunque no realiza esta distin-

---

[370] *Ibidem,* p. 299.

[371] *Ibidem,* p. 302.

[372] Kelsen, Hans, *El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del derecho,* trad. de Luis Legaz y Lacambra, Madrid, Reus, 2009, p. 23.

[373] *Ibidem,* p. 24

[374] *Ibidem,* p. 23.

ción con el objetivo de negar la importancia de la existencia de un derecho bueno o justo,[375] sino que procede de esta manera para delimitar dos esferas normativas que poseen características propias.[376] Kelsen advierte que ha dado este paso ya que a menudo se apela a la justicia o injusticia del derecho, es decir, moralmente aceptable o inaceptable, para justificar un sinnúmero de posiciones ideológicas.[377] A pesar de los esfuerzos del fundador de la teoría pura del derecho, la relación entre el derecho y la moral sería un aspecto que continuaría contaminando su pureza metodológica.

2. *De nueva cuenta el problema de la norma fundante*

Kelsen considera al derecho como un sistema de normas jurídicas cuya validez puede ser referida a una norma final;[378] este último criterio es la norma fundante.[379] Semejante norma tiene el carácter de un fundamento hipotético,[380] pues se trata de un recurso teórico que no forma parte de la realidad: "Con la doctrina de la norma fundamental, la teoría pura del derecho limítase a establecer las condiciones lógico-trascendentales del método del conocimiento jurídico positivo".[381] La expresión "condiciones lógico-trascendentales" es un eco de la fundamentación neokantiana de la teoría pura del derecho. Puesto que la norma fundante es un concepto *a priori*, ésta se encuentra más allá de toda experiencia sensible. Sin embargo, cuando trata de determinar la naturaleza de dicha norma, recurre al conocimiento que proviene de los sentidos (conocimiento *a posteriori*), con lo que contamina la pureza de su método. He aquí la explicación que ofrece respecto de la naturaleza de la norma fundante:

> La significación de la norma fundamental se revela con la máxima claridad en el caso de un orden jurídico que no es modificado por los causes legales, sino que es sustituido por un orden nuevo, fruto de una revolución… Supongamos un Estado monárquico en el que un grupo de hombres pretende sustituir, mediante un acto de fuerza, el régimen vigente por el republicano, y ocupar el lugar del gobierno legítimo. Si ese grupo consigue su intento… desde el

375 *Ibidem*, p. 31.
376 *Ibidem*, p. 33.
377 *Ibidem*, pp. 31-32 y 34.
378 *Idem.*
379 *Ibidem*, p. 64.
380 *Ibidem*, p. 66.
381 *Idem.*

> momento que la conducta efectiva de los hombres… no responde al orden antiguo sino al nuevo, entonces este orden nuevo es ya un orden jurídico… se presupone una nueva norma fundamental.[382]

Aunque Kelsen desea mantener su doctrina en el ámbito de las ciencias del espíritu, no consigue eludir el mundo del ser al hacer referencia a una revolución como el hecho generador de la norma fundante. En otras palabras, la fundamentación que ofrece es contradictoria, ya que dicho presupuesto heurístico oculta un fenómeno de poder: el grupo más fuerte es el que impone sus condiciones jurídicas a los demás como consecuencia de un movimiento armado. En efecto, el que el jurista vienés haga referencia a una revolución como el hecho generador de la norma fundante contradice el método de Immanuel Kant, ya que un concepto "lógico-trascendental" no requiere de un anclaje en ninguna concepción *a posteriori*. Por si lo anterior fuera poco, la tesis del jurista austriaco respecto de la norma fundante es intrínsecamente débil, ya que del hecho de que un movimiento armado triunfe, no se colige necesariamente ni el deber jurídico de crear una nueva Constitución ni la obligación moral de obedecerla. Más aún, puede ser el caso, por ejemplo, de que un movimiento armado derroque a un gobierno anterior sin que se redacte una nueva Constitución, o bien, se realicen modificaciones mínimas al pacto anterior. Además, si bien es cierto que en una revolución el grupo más fuerte es el que impone esencialmente las nuevas condiciones, dicho grupo a menudo debe negociar con otras organizaciones sociales. Finalmente, la postura que Kelsen ofrece es estática, en la medida en que supone que dicha revolución se petrifica en una norma fundante. Sin embargo, el orden establecido como resultado de una revolución, y, de manera particular, la Constitución en sentido jurídico-positivo, no sólo sufre reformas a través del proceso legislativo, sino que se encuentra sujeta a diferentes mutaciones[383] que encuentran su origen en las actuaciones del Poder Ejecutivo y Judicial.

3. *Contaminación de la pureza durante la interpretación y aplicación de las normas*

La norma fundante es el punto de partida de la cadena de validez del resto del ordenamiento jurídico, pues debajo de ésta se encuentra la Consti-

---

[382] *Ibidem,* p. 67.

[383] Jellinek, Georg, *Reforma y mutación de la Constitución,* trad. de Christina Förster, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, estudio preliminar de Pablo Lucas Verdú, prólogo y revisión de Pablo Lucas Murillo de la Cueva, 2018, pp. 9, 13, 19, 20, 24, 27 y 35.

tución en sentido jurídico-positivo, cuyo contenido, a su vez, condiciona el de las normas inferiores. En efecto, el contenido de una norma inferior (norma B) está determinado por el contenido de una norma superior (norma A). En otras palabras, el contenido de la norma A es general respecto del contenido de la norma B, cuyo contenido, a su vez, es general respecto de una norma C. La norma final de esta cadena de validez es la norma individualizada (o norma aplicada) que adquiere diferentes formas: acto administrativo, acto jurídico (contrato o convenio), sentencia, etcétera.

Determinar el contenido de las normas, esto es, el sentido de las palabras, es una actividad humana llamada "interpretación". Esta actividad es de un procedimiento espiritual,[384] es decir, una operación de la razón cuyo origen se encuentra en la indeterminación del lenguaje:

> La norma de la grada superior no puede vincular exhaustivamente al acto que la ejecuta. Siempre tiene que quedar un margen más o menos amplio de libre apreciación, de modo que, por relación al acto ejecutivo de creación o mera ejecución material, la norma de la grada superior tiene siempre el carácter de un marco que dicho acto se encarga de llenar.[385]

Para ilustrar sus ideas, el jurista austriaco pone de ejemplo la orden de detención en materia penal: si la norma A dispone que el órgano B debe detener a la persona C, es el órgano B quien, con base en la norma A, debe fijar las circunstancias de modo, tiempo y lugar de la detención.[386]

Esta indeterminación de las normas,[387] que H.L.A. Hart llamó "textura abierta del Derecho",[388] es un rasgo comprensible y, quizá, hasta necesario del sistema normativo. Es comprensible en la medida en que el propio lenguaje entraña ambigüedades o impresiones.[389] Es necesario por cuanto a que la indeterminación de las normas es una característica del lenguaje de la que el órgano A, creador del derecho, se vale con el propósito de que un órgano B regule o atienda ciertas circunstancias que el órgano A es incapaz de prever por el simple hecho de que ningún ser humano es capaz de visualizar todas las posibilidades que la norma debe regular en el futuro.[390] "Así, pues, la creación de una norma meramente general se efectúa siempre bajo

---

[384] Kelsen, Hans, *El método y los conceptos fundamentales…, cit.,* p. 75.

[385] *Ibidem,* p. 76.

[386] *Idem.*

[387] *Ibidem,* p. 77. *Supra.*

[388] Hart, H.L.A., "La textura abierta del derecho", trad. de Genaro R. Carrió, en Hart, H.L.A., *op. cit.,* p. 169.

[389] Kelsen, Hans, *El método y los conceptos fundamentales…, cit.,* pp. 77 y 78.

[390] *Idem.*

el supuesto de que la norma individual creada en ejecución de aquella continúa el proceso de determinación que constituye el sentido de la organización escalonada de las normas del Derecho".[391]

Sin la indeterminación de las normas, el derecho sería inflexible y no podría adecuarse a los problemas que se presentan; aunque paradójico, la indeterminación del derecho es un elemento que fortalece el principio de certeza jurídica, ya que de otro modo, la única "alternativa" para adecuar el contenido de las normas a los supuestos de hecho sería la reforma legislativa, lo que traería como consecuencia un hiperreformismo que, en el mediano y largo plazo, sería contraproducente, porque la modificación de una norma podría entrañar, a su vez, la creación de otra disposición cuya indeterminación sería, por su parte, objeto de una nueva reforma, así *ad infinitum.* Además, también hay que considerar que aun bajo el supuesto de que se tuviera mayoría parlamentaria, los cambios a las leyes no podrían realizarse con la velocidad suficiente, ya que el órgano creador del derecho debe también atender otras cuestiones de acuerdo con la agenda del periodo de sesiones. Finalmente, la reforma constante de las leyes no es benéfica para el ciudadano, porque contraviene el principio de certeza jurídica, ya que los cambios constantes a las leyes impiden que las personas conozcan sus derechos.

La indeterminación del lenguaje en el que se expresan las normas es el origen mismo de la interpretación como actividad, que es, de acuerdo con Kelsen, "la determinación del sentido de la norma a ejecutar, el resultado de esta actividad no puede ser otro que la determinación del marco representado por la norma ejecutada y, por tanto, el conocimiento de las varias posibilidades que existen dentro del mismo".[392] En efecto, una palabra, más aún, una oración, puede adquirir numerosos significados dependiendo del contexto de que se trate: "En consecuencia, la interpretación de la ley no tiene que llevar necesariamente a una decisión única, como si sólo ella fuese justa y recta, sino a varias decisiones, cada una de las cuales (desde el punto de vista de la norma que aplican) posee idéntico valor que las demás, si bien sólo una de ellas llega a ser".[393]

La interpretación consiste en la identificación de la norma a interpretar, la determinación del significado o significados de una palabra u oración de acuerdo con un contexto particular y la explicación o fundamenta-

[391] *Idem.*

[392] *Ibidem,* p. 79.

[393] *Idem.*

ción del por qué se selecciona un significado en lugar de otro. Cada una de las actividades antes mencionadas constituyen, a su vez, el objeto de disciplinas específicas. Por una parte, la identificación de la norma a interpretar y la determinación de su significado constituyen el objeto de interés de la lingüística, la lógica y la hermenéutica;[394] por otra parte, la explicación o fundamentación del porqué se selecciona un significado es una tarea de la filosofía moral, [395] la filosofía política, la filosofía práctica, etcétera. En otras palabras, la fundamentación de la selección de uno de los significados que una norma puede adoptar es un paso que conduce al terreno de los juicios de valor. Kelsen, al ser un relativista axiológico, respecto del último de los pasos interpretativos antes mencionado, afirmó: "La cuestión acerca de cuál de las posibilidades existentes en el marco de una norma es la «justa», es una cuestión que, por naturaleza, escapa al conocimiento jurídico".[396] Así pues, el esquema interpretativo que propone va más allá de la simple y llana subsunción (silogismo judicial), que el profesor vienés criticó en los siguientes términos:

> La teoría corriente de la interpretación quiere hacer creer que la ley, aplicada al caso concreto, sólo puede proporcionar una decisión recta, y que la "rectitud" jurídico-positiva de esta decisión está fundada en la ley. Para ella, el hecho de la interpretación es un acto puramente racional; el intérprete pone en juego su inteligencia, pero no su voluntad; y piensa que puede realizarse una elección acertada entre las distintas posibilidades ofrecidas por el Derecho positivo, ejercitando una actividad puramente intelectual.[397]

El razonamiento anterior permite observar una de las limitaciones de su doctrina, puesto que no propone ningún esquema en el ámbito de la razón práctica que permita regular o reducir el margen de subjetividad que existe cuando una norma general es individualizada. Sin embargo, también ofrece la posibilidad de echar por tierra algunos de los prejuicios e malinterpretaciones que se han desarrollado en torno a la teoría pura del derecho; esto es, de que se trata de un modelo normativo que enarbola a la subsunción como

---

[394] *Cfr.,* por ejemplo, Santos Arnaíz, José Antonio, "Presupuestos hermenéuticos de la teoría comunicacional del derecho de Gregorio Robles", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho,* núm. 35, 2017, pp. 157-179.

[395] *Cfr.,* por ejemplo, Apel, Karl-Otto, "La ética del discurso como ética de la responsabilidad: una transformación postmetafísica de la ética de Kant", en Dussel, Enrique y Apel, Karl-Otto, *Ética del discurso y ética de la liberación,* Madrid, Trotta, 2004, pp. 45-72.

[396] Kelsen, Hans, *El método y los conceptos fundamentales…, cit.,* p. 81.

[397] *Ibidem,* pp. 79 y 80.

el método principal para la aplicación de las normas.[398] La interpretación en el esquema de la teoría pura del derecho comprende, cuando menos, tres actividades que culminan con la creación de una nueva norma (identificación, interpretación y aplicación). No obstante las limitaciones del modelo kelseniano sobre la interpretación, el profesor vienés ha señalado con acierto que la aplicación de la norma se encuentra siempre delimitada por el marco lingüístico de la norma superior,[399] razón por la cual ir más allá de ese lenguaje es apartarse del propio derecho.

[398] Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, "Dejemos atrás el positivismo jurídico…", *cit.*, pp. 7-28; de manera particular, pp. 21 y 23. *Cfr.* Chiassoni, Pierluigi, "Dejemos atrás el antipositivismo…", *cit.*, pp. 103-126.

[399] Kelsen, Hans, *El método y los conceptos fundamentales…*, *cit.*, pp. 80 y 81.

Libro completo en https://tinyurl.com/472hb2hr
2026. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas,
https://www.juridicas.unam.mx/
Acervo de la BJV: https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv

Capítulo tercero

SUBSISTEMA METODOLÓGICO (PARTE SEGUNDA)

I. Introducción

En las páginas que siguen se expondrán de manera crítica las tesis principales que Kelsen desarrolló en sus monografías *Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*, *Teoría general del derecho y del Estado, Teoría pura del derecho* y *Teoría general de las normas*. Las dos primeras obras se sitúan en la fase clásica de la doctrina kelseniana; el tercer libro oscila entre las fases clásicas y el periodo tardío de la teoría pura del derecho, mientras que la *Teoría general de las normas* se localiza en la fase tardía.

II. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica

1. *Consideraciones preliminares*

Cuando Stanley L. Paulson tradujo al inglés la primera edición de la *Teoría pura del derecho* decidió anteponer el subtítulo de la obra, esto es, *Introducción a los problemas de la ciencia jurídica.* Tomó esta decisión para que la monografía del profesor vienés no fuera confundida con la segunda edición que lleva el mismo título. Su decisión ha sido una de las más adecuadas para las investigaciones en torno a la teoría pura del derecho porque permite evitar confusiones.

Puesto que en torno a *Introducción a los problemas de la ciencia jurídica* se han escrito innumerables textos, resulta difícil abonar nuevas ideas sobre una obra tan discutida. Sin embargo, hasta ahora no se ha reparado en el hecho de que la introducción de este opúsculo al mundo de habla hispana ha adolecido de algunos bemoles: el primero consiste en hacer caso omiso al contexto histórico y social en el que se gestó; la segunda falencia es que cuando se habla de esta monografía se hace sin tomar en consideración los textos

que el líder de la Escuela Jurídica de Viena publicó en los primeros años de la década de los treinta. Empero, *Introducción a los problemas de la ciencia jurídica* se encuentra relacionada con los textos que el jurista vienés escribió durante los primeros años de la década de los treinta. El resultado de haber introducido el pensamiento de Kelsen en el mundo de habla hispana sin considerar estos documentos ha sido el de producir una imagen de que se trata de una doctrina formalista.

Por lo que respecta al contexto en el que se gesta la *Introducción a los problemas de la ciencia jurídica,* cabe recordar que, durante las primeras décadas del siglo XX, Europa en general, así como Austria y Alemania en particular, estaban inmersas en una crisis social e institucional. Entre 1930 y 1934, el líder de la Escuela Jurídica de Viena publicó con rapidez una serie de trabajos extensos y profundos. Entre las obras que dio a conocer durante esta época, la que ha acaparado el foco de atención ha sido su *Introducción a los problemas de la ciencia jurídica.* La importancia de este libro radica en que ahí expone de manera sintética las principales tesis e ideas que había desarrollado a partir de la publicación de su tesis de habilitación.

Si bien es cierto que *Introducción a los problemas de la ciencia jurídica* es uno de los textos más importantes en la producción científica de Kelsen, el jurista vienés publicó otros documentos cuyo contenido se sitúa en el ámbito de la filosofía política que son igual de importantes, tal es el caso de *El Estado como integración. Una controversia de principio* (1930),[400] *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* (1931)[401] y *Amor platónico* (1933).[402] Es probable que la lectura e interpretación de *Introducción a los problemas de la ciencia jurídica* se haya realizado al margen de los textos referidos, porque éstos fueron traducidos al castellano de manera tardía.

No obstante, hoy en día sería inadecuado continuar con este tipo de lecturas e interpretaciones debido a los avances en torno a la teoría pura del derecho que han sido realizados a lo largo de varias décadas. En efecto, durante la primera mitad del siglo XX, tan sólo se contaba con las traducciones de los trabajos kelsenianos que habían realizado Luis Recaséns Siches, Justino de Azcárate y Florez, Luis Legaz y Lacambra y Eduardo García Máynez, pero hoy contamos con un abanico de posibilidades más amplio y, en consecuen-

[400] Kelsen, Hans, *El Estado como integración. Una controversia de principio,* 2a. ed., trad. de Juan Antonio García Amado, Madrid, Tecnos, 2009, 147 pp.

[401] Kelsen, Hans, "Quién debe ser el defensor de la Constitución?", trad. de Roberto J. Brie, en Schmitt, Carl y Kelsen, Hans, *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución* versus *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?,* 2a. ed., Madrid, Tecnos, 2009, pp. 301-376.

[402] Kelsen, Hans, *Amor platónico, cit.*, 153 pp.

cia, con una visión más completa sobre la doctrina de la Escuela Jurídica de Viena. Todo parece indicar que el jurista publicó una serie de documentos a través de los cuales trató de remover aquellos elementos que eran ajenos al principal objeto de estudio de la ciencia del derecho para mostrarlo en su esencia más pura.

2. *El ascenso de la masa y la aparición del concepto de "alma colectiva" en Europa*

Cuando se estudia la obra de Kelsen es necesario recrear el periodo histórico en el que vivió y desarrolló sus ideas. En ese sentido, lo que tenía frente a sus ojos fue el surgimiento y proliferación de la masa. No se trataba de un fenómeno social del todo novedoso, porque la multiplicación de la población ha sido una constante en la historia de la humanidad y, en particular, en la historia de Europa, como lo demuestra la existencia del Coliseo, que fue creado para albergar una gran cantidad de personas. La novedad de este fenómeno radicaba en su velocidad, tamaño y alcances. Entre finales del siglo XIX y principios del siglo XX la población europea había crecido a un ritmo vertiginoso. En efecto, entre 1800 y 1914, la población del Viejo Continente había pasado de 180 a 460 millones de habitantes.[403]

El crecimiento de la población entrañó importantes consecuencias materiales e intelectuales que cimbraron los fundamentos de la cultura europea. La concentración desmesurada de personas en grandes ciudades como París, Londres, Berlín, Viena y Madrid hizo que la competencia por el sustento y acceso a los servicios públicos fuera mucho más intensa. Por si lo anterior fuera poco, el desplazamiento de la población hacia las ciudades produjo un paulatino abandono del campo y la despoblación de una parte considerable del territorio europeo.

La crisis que produjo este fenómeno en el plano de la filosofía política y moral no fue menor. Desde numerosos siglos atrás, los filósofos europeos habían colocado en el centro de sus reflexiones al individuo. Esta construcción teórica parecía ser fagocitada por el concepto de masa, pues el individuo estaba siendo sustituido por la colectividad. Por esta razón, el crecimiento de la población condujo a los filósofos y científicos sociales a reflexionar sobre la posición del individuo en una sociedad que tendía a despersonalizar al hombre.

---

[403] Ortega y Gasset, José, "La rebelión de las masas", en *Ortega y Gasset,* Madrid, Gredos (colección Grandes Pensadores), prólogo de Javier Goma Lanzón y estudio introductorio por José Lasaga Medina, 2012, t. I, p. 305.

El ascenso de la muchedumbre en la escena cultural europea trajo como consecuencia el surgimiento de un concepto desconocido hasta entonces: el de alma, espíritu o voluntad colectiva. Este concepto tiene como propósito articular en uno solo los sentimientos de los individuos al tratarse de una especie de vinculación psíquica entre las personas. Aunque es innegable que uno de los principales peligros de tal concepción radica en que por medio de ésta se borra al individuo, no todas las personas luchaban por defender su singularidad; por el contrario, algunas de ellas se sentían satisfechas al formar parte de un rebaño.[404] Este tipo de individuo se caracteriza por ser como "todo aquél que no se valora a sí mismo —en bien o mal— por razones especiales, sino que se siente «como todo el mundo» y, sin embargo, no se angustia, se siente a sabor al sentirse idéntico a los demás".[405]

En el Viejo Continente, a principios del siglo XX, había millones de personas que estaban ansiosas por entregar su libertad a un líder, al Estado, o a los movimientos autocráticos. El fenómeno social fue tan lejos que condujo a reflexionar sobre la condición del ser humano y su rechazo o miedo a la libertad.[406] ¿Era posible que la libertad se convirtiera en una carga para el ser humano?[407] Probablemente uno de los principales peligros que entraña la existencia de la masa y su pretendida voluntad colectiva es que, a diferencia del individuo que ha sido el artífice de la cultura humana, la masa no es en modo alguno creadora, sino que, por el contrario, es irracional, salvaje y destructiva.

Al sustituir al hombre por la muchedumbre, se apelaba al aspecto más primitivo del individuo; según explica Luis Recaséns Siches, en la masa los seres humanos "actúan no en virtud de ideas, sino *al impulso de sentimientos elementales, simplistas, primitivos*",[408] y añade, "esas observaciones no se refieren exclusivamente a las multitudes turbulentas. Se aplican también a lo que se llama espíritu de masa; y ponen de manifiesto la mediocridad espiritual de la masa en contraste con el espíritu individual, que suele ser superior al tono que predomina en una masa".[409] Los estudios sobre psicología social han mostrado que el ser humano cuando actúa como una muchedumbre comienza a comportarse conforme a los resortes biológicos de su sistema nervioso inferior, lo que produce que afloren los mecanismos

[404] *Ibidem,* p. 278.

[405] *Ibidem,* p. 280.

[406] Fromm, Erich, *El miedo a la libertad,* trad. de Gino Germani, México, Paidós, 2017, pp. 27, 203 y 204.

[407] *Ibidem,* p. 28.

[408] Recaséns Siches, Luis, *Tratado general de sociología,* 15a. ed., México, Porrúa, 1977, p. 443.

[409] *Ibidem,* p. 439.

de su psicología animal más elemental o primitiva.[410] Al sentirse respaldado y fortalecido por la multitud, el individuo puede llegar a perder de vista las limitaciones de su individualidad, suprimir sus frenos morales y dar rienda suelta a sus más bajas pasiones.[411]

Por las razones anteriores, Kelsen estuvo interesado en examinar con atención el fenómeno de la masa y su alma colectiva desde la óptica de las ciencias del espíritu y, en particular, desde el punto de vista de la ciencia jurídica. Se dio cuenta de que con el ascenso de la masa las instituciones democráticas europeas se encontraban en peligro, del mismo modo en que lo estaba la existencia material y cultural del propio ser humano. Este tema ya se encontraba presente en su tesis de habilitación, aunque con cierta timidez, quizá porque en 1911, el problema de la masa y su espíritu colectivo todavía no había alcanzado su máxima expresión; lo anterior, por supuesto, sin dejar de considerar que Kelsen aún no contaba con el aparato conceptual que le suministró la doctrina del psicoanálisis de Sigmund Freud.

3. *La crítica de Hans Kelsen al concepto de masa y alma colectiva*

Kelsen se consideraba a sí mismo un heredero de la tradición filosófica europea que, desde la aparición de Sócrates en escena, había situado al ser humano en el centro de las reflexiones filosóficas. En sus primeros trabajos, ya había rechazado la posibilidad de que los individuos pudieran compartir una consciencia común; el fundador de la teoría pura del derecho ya había escrito en sus *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado* al respecto lo siguiente:

> El considerar al pueblo del Estado, según lo considera la psicología de los pueblos, como una comunidad espiritual fuente de una voluntad colectiva, no pasa de ser una burda ficción. Es precisamente desde el punto de vista de la psicología de los pueblos como se revela que el pueblo de un Estado no se presenta, en modo alguno, como tal unidad, sino que aparece socialmente escindido en numerosas comunidades espirituales.[412]

Además, era de la opinión que considerar al pueblo como una unidad espiritual no era más que una ficción empleada en el campo de la ideología

[410] *Idem*.

[411] *Ibidem,* p. 442.

[412] Kelsen, Hans, *Problemas capitales…, cit.,* p. 141.

política para manipular la opinión pública, pues con este tipo de recursos retóricos, el ideólogo pretende sustituir el diálogo entre las personas por una manipulación de sus emociones y sentimientos. Más aún, el ideólogo, al emplear esta clase de conceptos, trata de sepultar la racionalidad del hombre bajo el peso del fanatismo e intolerancia. Pero en los *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado* los razonamientos de Kelsen todavía adolecían de una fundamentación teórica sólida que el erudito austriaco encontró en el aparato conceptual del psicoanálisis de Freud.[413]

Todo parece indicar que los primeros contactos entre Kelsen y la doctrina freudiana pueden rastrearse a la época en que cursaba el grado de derecho en la Facultad de Ciencia Jurídica de la Universidad de Viena. Es probable que hubiera comenzado a familiarizarse con la obra de Freud cuando contaba aproximadamente con 21 años, gracias a su amigo Otto Weininger.[414] El 13 de diciembre de 1911, al poco tiempo de haber publicado sus *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado,* Kelsen dictó su primera conferencia en la Sociedad Psicoanalítica, gracias a la invitación de Hans Sachs. Once años después, el líder de la Escuela Jurídica de Viena publicó en *Imago,* revista editada por Sigmund Freud, su ensayo "El concepto de Estado y la psicología social (teniendo como referencia especial la teoría de las masas según Freud)". Poco más tarde, apareció otro de sus artículos con el título de "Dios y Estado" en la revista *Logos*, y en 1933 publicó, de nuevo en *Imago*, la primera parte de su ensayo "Amor platónico".[415]

En esencia, Kelsen explica en los textos referidos la imposibilidad de la existencia de un "alma colectiva", porque en el ámbito social a toda acción asociativa le corresponde otra disociativa. En realidad, la interacción entre los seres humanos de ninguna manera prueba el lazo específico que convierte a una multitud en una unidad. Un ejemplo que ofrece el fundador de la teoría pura del derecho al respecto es la contradicción que supone afirmar que los patrones y obreros se encuentran divididos por su posición de clase, pero al mismo tiempo se encuentran unidos por una especie de conciencia colectiva.[416] Para el fundador de la teoría pura del derecho, la unidad social propuesta a través del concepto de "alma colectiva" posee un carácter abiertamente extra-psicológico. Si los seres humanos actúan en masa se debe a que algo liga su individualidad, y ese algo es un líder o conductor que con-

[413] Al respecto, véase G. Losano, Mario, "Kelsen y Freud", trad. de Agustín Huerta Bertolotti, en Correas, Oscar, *op. cit.,* pp. 109 y ss.

[414] Carrillo Salgado, Augusto Fernando, *Poder político, ideología y psicoanálisis en la teoría pura del derecho,* México, Ediciones Coyoacán, 2023, p. 56.

[415] *Ibidem,* pp. 57 y 58.

[416] *Ibidem,* p. 63.

mueva las fibras más sensibles del espíritu de la gente al apelar a sus deseos o carencias más elementales.[417]

En sus escritos de carácter político, Kelsen ya había desarrollado algunos otros argumentos en contra del concepto de "alma colectiva"; tal es el caso de su ensayo *Esencia y valor de la democracia*, donde explica la imposibilidad de una comunidad o unidad espiritual de la sociedad, puesto que la población de un Estado se encuentra "fraccionada por diferencias nacionales, religiosas y económicas".[418] Lo anterior sin dejar de mencionar que numerosas personas no pueden participar de esa supuesta voluntad colectiva por numerosos motivos, entre ellos, su incapacidad jurídica de ejercicio.[419] Por último, la existencia de una voluntad colectiva es inadmisible porque el ser humano nace dentro de un régimen institucional en cuya constitución no ha participado, sino que recrea momento a momento.[420] En todo caso, la única unidad social podría darse en el orden jurídico, entendido como un sistema de proposiciones jurídicas que pertenecen al mundo del deber.[421] Como no existe una comunidad espiritual que sea la fuente de una voluntad colectiva, no se puede apelar a ésta ni para crear las normas ni para aplicarlas. En otras palabras, el legislador no puede aducir que su ley es el reflejo del "espíritu del pueblo", como tampoco el juez puede afirmar que ha aplicado las normas atendiendo al "alma colectiva". Ambos argumentos entrañan un evidente carácter ideológico que "encubre la realidad, desfigurándola con el propósito de conservarla y defenderla, o desenfocándola con la intención de destruirla y sustituirla por otra".[422] Pero la genuina ciencia del derecho "rechaza servir a intereses políticos de cualquier signo que sean, proporcionándoles las ideologías que les permitan legitimar o descalificar el orden social existente".[423]

4. *El debate entre Hans Kelsen y Rudolf Smend en torno a la doctrina del Estado como integración*

La principal obra de Rudolf Smend[424] lleva por título *Constitución y derecho constitucional*; en ella el autor sienta las bases de su teoría del Estado como

[417] *Ibidem,* pp. 64 y ss.

[418] Kelsen, Hans, *Esencia y valor de la democracia,* 2a. ed., trad. de Rafael Luengo Tapia y Luis Legaz y Lacambra, México, Ediciones Coyoacán, 2015, p. 30.

[419] *Ibidem,* p. 35.

[420] *Ibidem,* p. 22.

[421] Kelsen, Hans, *Introducción a los problemas…, cit.,* p. 121.

[422] *Ibidem*, p. 51.

[423] *Idem.*

[424] Rudolf Smend nació el 15 de enero de 1882 en Basilea y murió en Gotinga el 5 de julio de 1975. En 1904 obtuvo el grado de doctor en derecho con una tesis que lleva por

integración, que se opone a las doctrinas iuspositivistas, en especial a la teoría pura del derecho. Así, Rudolf Smend deja ver su animadversión hacia la teoría pura del derecho desde las primeras páginas de su obra, pues sostiene que "la línea seguida por Jellinek y Kelsen… ha llegado también a vaciar de contenido los resultados obtenidos hasta alcanzar conscientemente, con la *Teoría general del Estado de Kelsen* (1925), el punto cero".[425]

La tesis central de Smend consiste en concebir al Estado como una realidad viviente, pues, en efecto, el Estado es el escenario de numerosas relaciones entre los seres humanos y las autoridades. Pero no sólo eso, el Estado no se caracteriza por su armonía, sino por los conflictos que en su interior tienen cabida. La labor principal de los juristas consiste en proponer mecanismos para minimizar los conflictos sociales con el objeto de salvaguardar la unidad de éste. Tal objetivo puede ser alcanzado gracias al empleo de mecanismos llamados integración personal, funcional y material.[426] La integración personal es la unión de la sociedad a través de la figura del jefe de Estado. La integración funcional es la unión social por medio de mecanismos institucionales, como las elecciones y votaciones. Finalmente, la integración material es la unión de la sociedad por medio de la utilización de símbolos, como las banderas, himnos y desfiles militares, ya que éstos se encuentran "revestidos

título *El texto constitucional prusiano en comparación con el Belga,* y en 1908 defendió su trabajo de habilitación que trataba sobre el Tribunal Supremo del Imperio. Un año más tarde, fue llamado como profesor extraordinario a Greifswald. Posteriormente, se convirtió en profesor de la Universidad de Tubinga y en 1915 comenzó a dictar clases en Bonn. Entre 1933 y 1945 se retiró de la docencia y la vida pública para dedicarse al estudio del derecho. Tras el fin de la Segunda Guerra Mundial, Smend se reincorporó a la vida académica y llegó a convertirse en el rector de la Universidad de Gotinga.

Sobre la vida de Rudolf Smend, véase Brage Camazano, Joaquín, "Rudolf Smend: un constitucionalista lúcido en las repúblicas de Weimar y Bonn", en Smend, Rudolf, *Ensayos sobre la libertad de expresión, de ciencia y de cátedra como derecho fundamental y sobre el Tribunal Constitucional Federal alemán,* México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, compilación, traducción y estudio introductorio de Joaquín Brage Camazano, 2005, pp. XI-XIV.

Existen pocos especialistas en el pensamiento de Rudolf Smend, entre los que se encuentran Pablo Lucas Verdú y Joaquín Brage Camazano. Del mismo modo, son pocos los trabajos de Rudolf Smend que han sido traducidos al castellano: *Constitución y derecho constitucional, Criterios del derecho electoral en la teoría alemana del Estado del siglo XIX, La transformación del orden constitucional liberal por el sistema proporcional, La libertad de expresión, de ciencia y de cátedra* y *El Tribunal Constitucional Federal Alemán en la Ley Fundamental de Bonn de 1949.*

[425] Smend, Rudolf, *Constitución y derecho constitucional,* trad. de José María Beneyto Pérez, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 47.

[426] *Ibidem,* pp. 70-105; también, véase García Roca, F. Javier, "Sobre la teoría constitucional de Rudolf Smend (a propósito del libro de Pablo Lucas Verdú *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar)*", *Revista de Estudios Políticos,* nueva época, núm. 59, 1998, pp. 271 y 272; Jove Villares, Daniel, "Smend y Kelsen, Estado como integración y problemas actuales", *Anuario da Facultade de Direito da Universidade da Coruña,* núm. 24, 2020, pp. 74-77.

de un valor que se [ha] ido afianzando con el paso del tiempo" y se ha "forjado un vínculo con ellos por parte de la colectividad"; es por ello por lo que son "elementos capaces [de] generar adhesión", o por lo menos permiten "hacer reverberar en la subconsciente [*sic*] colectivo momentos o situaciones de unión y fuerza de la comunidad".[427]

En las páginas de su obra *Constitución y derecho constitucional*, Smend afirma la posibilidad de la conformación de una voluntad colectiva gracias al uso de diferentes mecanismos institucionales y prácticas sociales aplicadas a la población de un Estado. La integración de la sociedad consistiría en una especie de "diálogo" entre la consciencia del yo y la colectividad.[428] Desde que el libro fue publicado, las ideas de Smend han sido objeto de numerosas polémicas: por una parte, algunos académicos consideran que el autor estaba tratando de salvaguardar la integridad de la sociedad alemana de la República de Weimar, y, por otra parte, otros creen que actuaba como un intelectual del régimen nacionalsocialista.[429]

Kelsen se opuso a Smend porque consideraba que sus ideas representaban una ideología al servicio de una autocracia que pretendía ser encubierta de una supuesta objetividad científica. El texto a través del cual combatió las tesis de Smend lleva por título *El Estado como integración: una controversia de principio*. Entre los primeros defectos que el fundador de la teoría pura del derecho detecta en el trabajo de Smend se encuentra la falta de claridad conceptual. Para empezar, los razonamientos de Smend conducen a un sincretismo que critica y dice superar: la doctrina de las dos caras de Jellinek. El erudito vienés hace ver a Smend que su teoría del Estado como integración no es otra cosa más que una reformulación de dicha doctrina, porque concibe la organización sociopolítica como forma y vivencia espiritual. A pesar de que Smend afirma que desarrolla su postura a partir del marco conceptual de Theodor Litt, discurre entre el mundo del ser y del deber porque no se limita a describir y explicar la existencia o realidad del Estado en el orden normativo o espiritual, sino que la busca en su realización natural.[430] Smend duplica el objeto de estudio de la ciencia del derecho y trata de unificarlo posteriormente a través del concepto "integración", que no es otra cosa más que el supuesto "sentir común" de una sociedad (espíritu del pueblo).

---

[427] Jove Villares, Daniel, *op. cit.,* p. 76.

[428] Smend, Rudolf, *Constitución…, cit.,* pp. 48-52, 61, *passim.*

[429] *Cfr.* García Amado, Juan Antonio, "Estudio preliminar", en Kelsen, Hans, *El Estado como integración…, cit.,* p. XVI, nota a pie de página núm. 6. Sobre el análisis filosófico, político y jurídico de las minorías étnicas en las democracias modernas, véase Ibarra Palafox, Francisco Alberto, *Minorías etnoculturales y Estado nacional,* México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp. 217-226, *passim.*

[430] Kelsen, Hans, *El Estado como integración…, cit.,* p. 26.

Respecto de la utilización ideológica de la palabra "integración", Kelsen explica lo siguiente: "el concepto de Estado que tal doctrina maneja no es más que sustancialización, metodológicamente inadmisible, de una unidad de relación, es decir, una hipóstasis, y que no existe ni puede existir un sujeto colectivo como «portador» de cualesquiera poderes".[431] Si la "vida espiritual" de los seres colectivos en general, y el Estado particular, es distinta a la de los individuos, no habría más remedio que admitir la existencia de dos tipos diferentes de vida y dos distintos portadores de ésta.[432] Tendría que existir un ser sobrehumano: "Ese «espíritu» de las formaciones sociales, y en especial del Estado, es en verdad el alma de un *macroanthropos*".[433] En palabras de Kelsen:

> Que el Estado "viva espiritualmente", que posea una "vida espiritual", que haya una realidad "espiritual" de la vida del Estado, que exista una "función vital", una "plenitud vital del Estado", una "corriente vital del Estado", una "realidad de la vida espiritual", y que todo esto constituya una realidad vital espiritual, es algo que Smend afirma continuamente y con tanta mayor rotundidad cuanto que cree que con ello se coloca en contraposición a la Escuela de Viena… Pero del mismo Estado cuya realidad vital no se cansa de proclamar tan apasionadamente, tiene que acabar admitiendo que, como a todo ser colectivo, le "falta la realidad vital psicofísica, que el Estado "en sí", por esa razón, no es un "ser real".[434]

Desde el punto de vista del líder de la Escuela Jurídica de Viena, Smend estaría tratando de ofuscar la inteligencia del lector al intentar presentar unos resultados de investigación de manera objetiva, cuando éstos en realidad son la expresión de una ideología. En este sentido, Kelsen afirma lo siguiente:

> [Es] una obligación de honestidad científica el mantener la conciencia del lector claramente al tanto de esta dualidad en lugar de engañarle con la apariencia de unidad allí donde tal unidad no puede fundamentarse con los medios del conocimiento… el abandono de un postulado tal contradice los fundamentos de la ciencia en la misma medida en que sirve a las necesidades de la política.[435]

---

[431] *Ibidem,* p. 9.
[432] *Ibidem,* pp. 46 y 47.
[433] *Ibidem,* p. 48.
[434] *Ibidem,* p. 41.
[435] *Ibidem,* p. 37.

La doctrina de Smend entraña el propósito político-ideológico de supeditar la existencia del individuo a la supuesta voluntad de un ente colectivo hacia el cual se le debe una especie de lealtad absoluta.[436]

El líder de la Escuela Jurídica de Viena acusa a Smend de actuar como un teólogo del Estado al enmascarar el verdadero propósito de su obra: "Es característico de la teología servirse de las formas científicas como medio para gobernar la voluntad de los hombres. Lo que Smend emprende es prototípico de la teología política y Smend es, en su íntima naturaleza, un teólogo del Estado".[437] Más adelante, concluye que "De la misma manera aseguran también los teólogos que Dios es «espíritu» y le asignan a continuación cualidades que solo los seres animo-corporales pueden poseer".[438]

La crítica a la doctrina de Smend permite también al jurista vienés realizar una precisión respecto de la teoría pura del derecho: a diferencia de la teoría de la integración de Smend, su doctrina sí forma parte de las ciencias del espíritu, porque su principal objeto de estudio es de carácter ideal.[439] Kelsen realizaría la precisión anterior como una respuesta a los reclamos de Smend en el sentido de que la doctrina kelseniana no era más que una continuidad del trabajo de Jellinek. El fundador de la teoría pura del derecho respondería que las afirmaciones de Smend sólo revelaban su escaso conocimiento sobre su doctrina, ya que desde la publicación de su tesis de habilitación había tratado de distanciarse de la obra de Jellinek.[440]

Sobre la posición de la teoría pura del derecho y su objeto de estudio, Kelsen diría: "esta cuestión la responde la Escuela de Viena con gran energía, en el sentido de que el ámbito existencial de lo social en general, y del Estado en particular, es el espíritu y no la naturaleza, con lo que la teoría del Estado se plantea como ciencia del espíritu".[441] Con esta afirmación, Kelsen no rechaza la importancia de los fenómenos que ocurren en el mundo del ser, simplemente reitera que éstos no son del interés de la ciencia jurídica: "aun cuando he designado el Estado como un orden ideal, no he dejado ninguna duda de que este orden ideal debe acreditarse en correspondencia con una realidad natural de la conducta humana".[442] Por ello, concluye:

> ...la teoría del Estado de la Escuela de Viena recalca que el Estado pertenece a dos órdenes distintos, a dos mundos diferentes, el del Estado como formación

[436] *Ibidem*, p. 49, y *cfr.* p. 51.
[437] *Ibidem*, p. 55.
[438] *Idem.*
[439] *Ibidem*, pp. 10 y 18.
[440] *Ibidem*, pp. 7 y 8.
[441] *Ibidem*, pp. 13-18 y 36.
[442] *Ibidem*, p. 20.

> espiritual, como sistema normativo, y el de la realidad vital de los actos psicofísicos que producen este sistema normativo, lo soportan y lo realizan… La Escuela de Viena extrae de ese insuperable dualismo la consecuencia de que cada objeto únicamente pertenece o bien a la una o bien a la otra esfera.[443]

5. *La disputa entre Hans Kelsen y Carl Schmitt en torno a la idea de homogeneidad social*

Kelsen rechazó la posibilidad de la existencia de un sentir común de naturaleza psicológica; en cualquier caso, este "sentir común" podría manifestarse solamente en el texto de la norma. En un sentido parecido, en *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Kelsen llegó a expresar la idea de que es posible alcanzar una especie de acuerdo entre las diferentes fuerzas sociales en pugna a través de las sentencias que dictan los jueces de un tribunal constitucional. Los razonamientos anteriores lo colocarían en confrontación con Carl Schmitt.

En su ensayo *El defensor de la Constitución,* el jurista de Plettenberg había afirmado la existencia de una especie de "homogeneidad social", esto es, un "sentir común o colectivo". Esta voluntad supraindividual era representada por el presidente del Reich. Para desarrollar sus ideas, Carl Schmitt adoptó la teoría del poder neutro de Benjamin Constant, la cual consiste en una fuerza que armoniza las fuerzas sociales y poderes del Estado cuando se encuentran en conflicto. Benjamin Constant propuso que el poder neutro fuera el monarca, mientras que Carl Schmitt lo sustituyó por el titular del Poder Ejecutivo (presidente del Reich) porque creía que éste se encontraría en mejores condiciones para conocer y representar el "sentir" del pueblo.[444]

Kelsen denunció el carácter ideológico de las ideas de Schmitt y defendió el sistema de control concentrado de constitucionalidad que había propuesto y desarrollado. En opinión del fundador de la teoría pura del derecho, la doctrina del poder neutro adoptada por Schmitt se trataba

> ...sólo de una ideología demasiado evidente, una de las tantas ideologías… mediante la cual esta interpretación de la Constitución buscaba ocultar su intención fundamental: compensar la pérdida del poder que el Jefe de Estado había experimentado en el tránsito de la monarquía absoluta a la monarquía constitucional.[445]

---

[443] *Ibidem,* pp. 35 y 36.

[444] Kelsen, Hans, "¿Quién debe ser el defensor…", *cit.,* pp. 303 y 304.

[445] *Ibidem,* p. 303.

De acuerdo con Kelsen, no existe un sentir común representado por el presidente del Reich, porque aunque existen lazos que ligan a los seres humanos en una sociedad, también están presentes fuerzas disociativas.[446]

Este fenómeno social es ocultado mediante la ficción de la existencia de un sentir común, de un alma colectiva representada por un supuesto poder neutro. En opinión del profesor vienés, se trata de "la típica ficción de la que se echa mano cuando se trabaja con la «unidad» de la «voluntad» del Estado, o con la «totalidad» de lo colectivo, en un sentido distinto al puramente formal, con el fin de justificar una determinada configuración del orden social".[447] Por si lo anterior fuera poco, el presidente del Reich no puede ser en modo alguno un poder neutro, porque se encuentra maniatado por un sinnúmero de intereses.[448] En síntesis, como la unidad del pueblo no existe, el presidente del Reich es incapaz de conocer su contenido.

Por su parte, Kelsen defendió la idea de que el orden y unidad sociales deben ser defendidos por un órgano jurisdiccional que se sitúa en un punto intermedio entre las fuerzas políticas de un Estado y sus poderes institucionales;[449] es decir, entre las responsabilidades de los jueces de un tribunal constitucional se encontraría, además de dirimir una controversia jurídica, tratar de armonizar los intereses de los grupos sociales en pugna.[450] Ello es así porque

> Cuando el legislador autoriza al juez, dentro de determinados límites, a sopesar los intereses que se oponen y a resolver el conflicto a favor de uno u otro, le otorga una capacidad creadora de derecho y, con ello, un poder que da a la función judicial el carácter "político" que en una medida mayor tiene la legislación.[451]

Para Kelsen, los jueces constitucionales no son unos aplicadores autómatas del derecho, porque la vaguedad[452] de las normas,[453] así como la fa-

---

[446] *Idem.*

[447] *Idem.*

[448] *Ibidem,* pp. 304, 358, 362 y 363.

[449] *Ibidem,* pp. 328 y 329.

[450] *Ibidem,* p. 338.

[451] *Ibidem,* p. 316.

[452] *Ibidem,* pp. 319 y 320. Respecto de la indeterminación del lenguaje empleado al redactar las normas, Kelsen explica: "Toda palabra es superflua en orden a demostrar que la sentencia de los Tribunales ordinarios —cuyo carácter jurisdiccional está fuera de dudas y del que nunca se ha dudado— significa en numerosos casos la determinación del contenido de una ley dudosa". En otro lugar de la misma obra añade: "generalmente la jurisdicción comienza una vez que las normas, en cuanto a su contenido, se tornan dudosas y discutibles, pues de otro modo se trataría de controversias sobre hechos y nunca propiamente de controversias sobre el «derecho»".

[453] *Ibidem,* p. 330.

cultad y obligación que la propia ley le confiere a los jueces constitucionales para disipar tales ambigüedades conceptuales, le otorga a dicho tribunal un ineludible carácter político. Pensar de manera contraria, esto es, considerar a los jueces como simples aplicadores de la ley, es un postulado ideológico a través del cual se les ha querido ocultar su función creadora de derecho.[454] En definitiva, el líder de la Escuela Jurídica de Viena se decanta por esta solución porque el contenido de las sentencias de un tribunal constitucional sí puede ser objeto de un escrutinio objetivo por parte de los académicos y de la población de un Estado.

6. *El conocimiento "científico" como instrumento de poder*

Como se ha visto, Kelsen criticó el uso frecuente de conceptos como "alma colectiva", "integración" o "espíritu del pueblo" en el campo de la ciencia jurídica. Ciertamente, no se contentó con identificar y denunciar el uso ideológico de dichos conceptos, sino que trató de comprender la razón por la que algunos académicos se esforzaban en revestir sus reflexiones con el ropaje de una pretendida objetividad científica. Por ello, no buscó una respuesta en el mundo del ser, no buscó una explicación en motivos económicos o históricos, sino que dirigió sus pasos al ámbito de las ciencias del espíritu. El fundador de la teoría pura del derecho encontró en el psicoanálisis un marco conceptual adecuado para desarrollar sus pesquisas.

Uno de los resultados de las investigaciones del profesor austriaco en torno a este tema se encuentra en un ensayo publicado en 1933 y que lleva por título *Amor platónico.* En él, Kelsen analiza la psique de Platón con el propósito de demostrar que existe un vínculo entre su propuesta filosófica y su personalidad. El fundador de la teoría pura del derecho presenta al pensador griego como un individuo embriagado por un deseo de poder sobre los hombres. Platón quería someter a su voluntad a la sociedad ateniense porque creía que su inteligencia lo colocaba por encima de todas las personas y le confería dotes de mando. Con el claro propósito de lograr sus metas, Platón escribió una extensa obra y fue construyendo un círculo de seguidores que instruyó en su pensamiento e ideología.[455]

De acuerdo con el líder de la escuela vienesa, los personajes que actúan de esta manera son presos de ciertas pulsiones psicológicas que convulsionan

[454] *Ibidem,* pp. 323 y 324.

[455] Carrillo Salgado, Augusto Fernando, "La impronta del psicoanálisis en la doctrina de Hans Kelsen (con especial énfasis en sus estudios platónicos)", *Pensamiento Jurídico,* núm. 55, 2022, pp. 145-156.

su ser.[456] Se trata de personas que experimentan un complejo de inferioridad que tratan de sobrecompensar a través de una autoconciencia del Yo, la cual se ve potenciada por la ambición social. El resultado de lo anterior se traduce en una voluntad incontenible de poder sobre los seres humanos.[457] Es por ello por lo que estas personas elijen la docencia universitaria como uno de los medios para alcanzar esta meta.[458] En estos casos, "el deseo pedagógico es a menudo una voluntad de poder camuflada, el amor a la juventud y educación siguen siendo la preocupación de aquellas existencias que de esta forma disfrazan su propia situación de una manera ideológica".[459] Más adelante, el profesor austriaco añade: "Estos, tan luego como superan sus sentimientos de inferioridad y adoptan una actitud positiva hacia la sociedad, pueden hacer esto sólo en la medida en que se perciben a sí mismos mejores que los demás, o más valiosos que la masa".[460]

7. *¿Una ciencia jurídica pura?*

Introducción a los problemas de la ciencia jurídica constituye en esencia una síntesis de las principales tesis que el líder de la Escuela Jurídica de Viena había desarrollado a partir de la publicación de sus *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado.* A diferencia de las obras analizadas más arriba, el estilo expositivo que el erudito austriaco adopta en la redacción de este opúsculo es muy sobrio en la medida en que emplea frases breves, directas, libres de todo adorno literario. Inclusive, si se compara *Introducción a los problemas de la ciencia jurídica* con los *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado,* de inmediato se puede advertir que el rigor conceptual de la primera obra es superior al de la segunda.

Existe la posibilidad de que Kelsen hubiera redactado los ensayos arriba examinados con el propósito de mostrar las tesis centrales de su doctrina en su esencia más pura. El calificativo "puro", o el sustantivo "pureza", eran dos categorías de análisis muy extendidas en los ambientes científicos alemanes de la época debido a la influencia de la filosofía kantiana y neokantiana.[461]

---

[456] Kelsen, Hans, *Amor platónico, cit.*, p. 29.

[457] *Ibidem,* pp. 29 y 33.

[458] *Ibidem,* p. 34.

[459] *Idem.*

[460] *Ibidem,* p. 35.

[461] Robles Morchón, Gregorio, "Presentación", en Kelsen, Hans, *Introducción a los problemas…, cit.,* p. 17.

Con ambas palabras se está haciendo referencia a la pureza del método, pero con eso no quiere decirse que el derecho no comparte ningún lazo con otras disciplinas de las ciencias del espíritu, sino que se trata de subrayar que la ciencia jurídica posee conceptos y métodos propios.[462]

Sobre el particular, Kelsen explica que "Si se autocalifica como teoría «pura» del derecho, es debido a que se propone asegurar un conocimiento dirigido exclusivamente al derecho y porque pretende eliminar de dicho conocimiento todo aquello que no pertenezca al objeto exactamente delimitado";[463] más adelante, añade: "una ojeada a la ciencia jurídica tradicional, tal y como ha sido desarrollada en los siglos XIX y XX, demuestra con gran nitidez cuán lejos se encuentra de ajustarse a esa exigencia de pureza metódica",[464] y concluye: "De manera absolutamente acrítica, la jurisprudencia se ha mezclado con la psicología y la biología, con la ética y la teología".[465] Esta última frase constituye una pieza clave para comprender el origen, sentido y alcances de *Introducción a los problemas de la ciencia jurídica* en el contexto de las monografías arriba analizadas.

Introducción a los problemas de la ciencia jurídica es un texto que fue introducido en el mundo de habla hispana en 1960. Desde entonces se han publicado un número ingente de trabajos en torno a esta obra. En consecuencia, tratar de realizar una exégesis exhaustiva de esta monografía sería tanto como verter una gota de agua en el océano. Por lo tanto, para los efectos de esta investigación es suficiente mencionar que el líder de la Escuela Jurídica de Viena reitera en ella la importancia de la distinción entre el derecho y la moral, reintroduce el concepto de proposición jurídica, enarbola su tesis en contra de los dualismos metodológicos, expone algunas consideraciones sobre el tema de la interpretación de las normas, explica la teoría sobre la construcción escalonada del derecho, reafirma su doctrina sobre la identidad entre el derecho y el Estado, y, asimismo, dedica un capítulo a la relación entre el derecho internacional y los ordenamientos jurídicos estatales parciales.

Asimismo, en esta obra, Kelsen apuesta por la forma de las normas, esto es, por su construcción lógica a través de la claridad conceptual, ya que está convencido de que el uso claro del lenguaje lo mantendrá a salvo de cualquier ideología. Esta estrategia, en principio, es adecuada porque la forma

[462] *Ibidem*, p. 18.
[463] *Ibidem*, p. 41.
[464] *Idem.*
[465] *Idem.*

del derecho precede a su contenido, cualquiera que éste sea.[466] La exposición de los contenidos del derecho no es una labor que corresponda a la teoría jurídica, sino que es una tarea de cada una de las diversas disciplinas o ramas de la ciencia del derecho.[467] La aprehensión del derecho a través de su forma es una postura epistemológica adecuada para aproximarse con un grado elevado de objetividad a la ciencia jurídica, porque la claridad conceptual y la forma del derecho frenan o, cuando menos, ralentizan el aspecto mudable e histórico de las normas promulgadas por el ser humano. En el variar de las acciones del hombre, la forma representa la determinación de un orden.[468] La tendencia hacia la formalización es una característica esencial de cualquier ciencia que pretende mostrarse como rigurosa, ya que a un lado de los valores sustanciales existen también otros formales, como el orden, la constancia y la coherencia.[469]

A pesar de todo, el fundador de la teoría pura del derecho se equivoca al creer que la forma del derecho mantendrá apartada a la ciencia jurídica de cualquier ideología. Aunque sea una paradoja, creer que la ciencia del derecho puede estar exenta de toda ideología es en sí mismo un postulado ideológico. Asumir que una ciencia del derecho libre de cualquier sincretismo metodológico es mejor que cualquier otra versión del derecho, entraña un juicio de valor positivo al considerar deficientes al resto de las versiones sobre la ciencia jurídica. Claramente la perspectiva del profesor vienés es una muestra del pensamiento moderno a través de la cual la realidad es presentada como un progreso, y supone la existencia de un hombre que ha alcanzado la plenitud que le exige su razón en la medida en que puede resolver sus disputas con otros seres humanos a través de la palabra.[470] Para Kelsen, el progreso se manifestaría como la creación de un orden que carece de sentido teleológico y que, precisamente por esa ausencia de dirección, permite forjar al ser humano cualquier camino.[471]

Sin embargo, Kelsen, al centrar su atención en la forma del derecho, limita al extremo su objeto de estudio, en la medida en que es incapaz de

---

[466] García Máynez, Eduardo, *Importancia de la teoría jurídica pura,* 2a. ed., México, Fontamara, 2016, pp. 21 y 33.

[467] *Ibidem,* p. 22.

[468] *Ibidem,* p. 23. Eduardo García Máynez cita el siguiente artículo de Bobbio, Norberto, "Sul formalismo giuridico", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale,* nueva serie, año 1, núm. 4, octubre-diciembre de 1958, p. 997.

[469] *Idem.*

[470] Martínez-Sicluna y Sepúlveda, Consuelo, "El personalismo contemporáneo", *Verbo,* núms. 463-464, 2008, p. 306.

[471] *Idem.*

ofrecer una respuesta a otros fenómenos jurídicos.[472] Tal es el caso de las actividades que tienen por objeto discutir el modo en que los juristas interpretan y aplican los textos jurídicos.[473] El propio Kelsen, en *Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*, explica en torno a la interpretación y los textos jurídicos que esta actividad "constituye un procedimiento intelectual vinculado al proceso creativo del derecho en el tránsito progresivo desde un nivel superior a otro inferior previsto por el primero".[474] En torno a esta debilidad de la teoría pura del derecho, Gregorio Robles Morchón explica: "El problema de la decisión es algo que, por principio, no interesa a Kelsen, pues según él es pura y simplemente expresión del irracionalismo, pues se inserta en el marco de la política jurídica".[475]

Finalmente, si bien es cierto que el rigor conceptual es una herramienta eficaz para alcanzar la mayor objetividad posible en el ámbito de las ciencias del espíritu, el lenguaje no puede llegar a convertirse en un objeto de estudio completamente objetivo, porque su aparición, desarrollo y estudio están sujetos a factores culturales y consideraciones personales insoslayables. El lenguaje es el resultado de una consciencia individual y su uso, o asimilación colectiva, es la representación de ideas o pensamientos.[476] Aun de manera inconsciente, a través del lenguaje, el ser humano se circunscribe a cierta concepción filosófica sobre el hombre y su relación con el mundo.[477] Por esta razón, algunas ideas no pueden existir en ciertas sociedades, ya que éstas no disponen de palabras para expresarlas.[478] Por ejemplo, le diferencia entre derecho y moral, tesis enarbolada por Kelsen, no existía en el mundo de la Antigua Grecia porque eran un mismo objeto de estudio.[479] Otro ejemplo, la concepción del individuo como uno de los principales centros de imputación de las normas, idea que sostiene el líder de la Escuela Jurídica de Viena, sólo tendría sentido en una sociedad liberal-individualista y no en ciertas sociedades donde prevalece la comunidad frente al individuo.

---

[472] Robles, Gregorio, *Las limitaciones de la teoría pura del derecho,* México, Ediciones Coyoacán (col. Derecho y Sociedad), 2013, p. 9.

[473] *Ibidem,* p. 10.

[474] Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica,* trad. de Gregorio Robles Morchón y Félix F. Sánchez, Madrid, Trotta, 2011, pp. 101-112 (en adelante *Introducción a los problemas de la ciencia jurídica),* p. 101.

[475] Robles, Gregorio, *Las limitaciones…, cit.,* p. 22.

[476] Correas, Oscar, *Crítica de la ideología jurídica. Ensayo sociosemiológico,* 3a. ed., México, Ediciones Coyoacán, 2010, pp. 27 y 53.

[477] *Ibidem,* p. 28.

[478] *Ibidem,* p. 31.

[479] *Idem.*

III. El declive de la fundamentación neokantiana: teoría general del derecho y del Estado

1. *Consideraciones preliminares*

Kelsen continuó desarrollando sus ideas en Europa hasta que se vio obligado a abandonar el Viejo Continente debido al avance de las tropas nacionalsocialistas. Encontró refugio en los Estados Unidos de América. Podría creerse que la teoría pura del derecho fue acogida por la academia estadounidense con los brazos abiertos debido a la fama de la que ya gozaba su autor; sin embargo, su pensamiento pasó prácticamente inadvertido. En efecto, "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, pero su enfoque hacia la teoría jurídica jamás encontró seguimiento entre los juristas de América, aunque su reputación crecía internacionalmente".[480]

Tampoco podría decirse que Kelsen sólo cosechó fracasos, porque entre sus éxitos se encuentra, por ejemplo, el hecho de que su *Teoría general del derecho y del Estado* hubiera sido elegida como el primer volumen de la *Serie sobre filosofía del derecho del siglo XX de la Academia estadounidense de juristas,* así como el que hubiera sido invitado a dictar un ciclo de conferencias sobre derecho internacional en el marco de la reconocida cátedra Oliver Wendell Holmes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard.[481]

¿Por qué no tuvo notables repercusiones el pensamiento de Kelsen en los Estados Unidos de América? Para empezar, el líder de la Escuela Jurídica de Viena se encontró con una forma de comprender y estudiar el derecho muy diferente a la que estaba acostumbrado. Mientras que en los Estados Unidos de América el estudio del derecho es pragmático, en el Viejo Continente la enseñanza de la ciencia jurídica se basa en el análisis y comprensión de conceptos plasmados en gruesos tratados escritos por profesores universitarios considerados como eruditos. Tampoco hay que perder de vista que el estudio y comprensión de la teoría pura del derecho exige un conocimiento previo sobre filosofía del que carece el alumno americano promedio.

La manera de concebir la enseñanza y aprendizaje del derecho en los Estados Unidos de América se debe a los cambios acaecidos en la academia

---

[480] Telman, D.A. Jeremy, "La recepción de la teoría jurídica de Hans Kelsen en Estados Unidos: un modelo sociológico", trad. de Augusto Fernando Carrillo Salgado, en Ibarra Palafox, Francisco; Carrillo Salgado, Augusto Fernando; Hernández Manríquez, Javier, y Muñoz Mendiola, Julio César (coords.), *op. cit.*, p. 370.

[481] *Ibidem,* pp. 372 y 373.

jurídica y práctica forense del siglo XIX. Antes de la Guerra Civil, en la Unión Americana, el aprendizaje y la práctica de la abogacía eran un oficio que no requería un título universitario.[482] Conforme la sociedad creció, el estudio de las normas estadounidenses y su práctica en los juzgados y tribunales comenzó a profesionalizarse. Poco a poco comenzaron a constituirse numerosos grupos de poder en las diferentes universidades estadounidenses que se disputaron su preminencia a través del control ideológico y enseñanza de la abogacía. En este contexto, Christopher Columbus Langdell, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard, propuso que la enseñanza de la abogacía fuera realizada a partir del estudio de casos sobresalientes, lo que conectaba el prestigio del derecho con la idea de estar introduciendo un método que lograba compaginar el aprendizaje teórico de las normas con su ejercicio. El método de Langdell triunfó y comenzó a hacerse popular.[483]

Kelsen fue tomando consciencia de las diferencias culturales en torno a la forma de comprender y enseñar el derecho en ambos continentes. En sus escritos autobiográficos, el fundador de la teoría pura del derecho expresa su sentir y pesar de la siguiente forma: "las escuelas de derecho norteamericanas no tienen un especial interés en una teoría científica del derecho. Ellas son *training schools* —escuelas para el oficio jurídico— y su función es la preparación para el oficio práctico de un abogado. Se enseña casi exclusivamente derecho norteamericano, y está de acuerdo con el *case method*".[484] Más adelante, el autor austriaco añade:

> Lo que yo echo de menos aquí, en el Political Science Department es que exista proporcionalmente tan poco interés en el trabajo científico, entre los inteligentes, aplicados y en su mayoría muy amables estudiantes …a lo largo de todos los años no encontré a uno solo que quisiera especializarse en el campo de la jurisprudencia.[485]

En el plano teórico, cuando Kelsen llegó a los Estados Unidos de América, algunas de las ideas que había desarrollado en Europa ya habían sido planteadas por John Austin. En consecuencia, podría haber parecido que la teoría pura del derecho se incorporaba de manera tardía a las discusiones académicas estadounidenses. Entre las similitudes que existen entre el pensamiento de ambos juristas se encuentran el que los dos afirmaban la existencia

[482] Telman, D.A. Jeremy, *op. cit.,* p. 379.
[483] *Ibidem,* pp. 380 y 381.
[484] Kelsen, Hans, *Autobiografía, cit.,* p. 171.
[485] *Ibidem,* p. 172.

de una ciencia del derecho[486] cuyo objeto de estudio son las normas jurídicas positivas. Además, los dos autores están de acuerdo en que las normas son mandatos generales heterónomos,[487] y construyeron sus teorías en el marco de la tradición romano-canónica. Finalmente, coincidían en que era importante separar el derecho de la moral.[488]

El positivismo jurídico de John Austin era, sin embargo, mucho más compatible con las discusiones teóricas del derecho estadounidense que la teoría pura del derecho, porque su propuesta no dejaba de estar conectada con la realidad. Mientras que Kelsen, a través de la teoría de la norma fundante, había tratado de eludir la discusión sobre la fundamentación política del derecho, Austin llegó a reconocer que las normas jurídicas son la expresión del dominio de unos hombres sobre otros: "El objeto de la ciencia del derecho es el derecho positivo: derecho simple y estrictamente así llamado o derecho establecido por superiores políticos a inferiores políticos".[489]

Otra causa por la que probablemente no prosperó la teoría pura del derecho en los Estados Unidos de América es que el positivismo jurídico de Austin ya había sido desplazado por el realismo jurídico como una especie de reflejo teórico de los cambios acaecidos en torno a la profesionalización de la abogacía estadounidense durante el siglo XIX.[490] Por esta razón, "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 doctrina jurídica".[491] De este modo, resulta "fácil entender que el enfoque de Kelsen se marchitaría en una tierra tan infértil".[492] Por si lo anterior fuera poco, debido a los acontecimientos ocurridos durante la primera mitad del siglo XX en Europa, para los realistas el positivismo jurídico, al prescindir de los hechos del mundo sensible, era una postura epistemológica incapaz de entender y solucionar los fenómenos políticos de la época.

Además, en la academia estadounidense la teoría imperante era la de Lon Fuller, un jurista con el que Kelsen ya había entrado en contacto tiempo atrás. A pesar de la existencia de un vínculo cordial entre ambos autores,

---

[486] Austin, John, *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia,* México, Ediciones Coyoacán, 2011, pp. 7 y 20. En esta edición no se especifica el traductor.

[487] Tamayo y Salmorán, Rolando, *El derecho y la ciencia del derecho (Introducción a la ciencia jurídica),* México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1986, pp. 37, 41 y 43.

[488] Austin, John, *Sobre la utilidad…, cit.*

[489] Austin, John, *The province of jurisprudence determined,* p. 1, citado por Tamayo y Salmorán, Rolando, *op. cit.,* p. 45.

[490] Telman, D.A. Jeremy, *op. cit.,* pp. 373-375.

[491] *Ibidem,* p. 374.

[492] *Idem.*

discrepaban en la forma en que concebían el derecho y sus fenómenos.[493] Lon Fuller poseía un conocimiento sólido sobre la teoría pura del derecho, e inclusive recomendaba la lectura de los textos de Kelsen en su curso de filosofía del derecho en la Universidad de Harvard, pero el profesor estadounidense fue un lector crítico de la doctrina jurídica vienesa.[494] La obra principal en la que Fuller analiza el trabajo de Kelsen se titula *El derecho en búsqueda de sí mismo*.[495]

En dicha obra, las principales críticas de Fuller a la teoría pura del derecho son las siguientes: en primer lugar, rechaza la distinción entre el derecho que es y el que debe ser;[496] en segundo lugar, al ser un cognitivista ético, considera que cada aplicación de un derecho subóptimo es una oportunidad para mejorarlo.[497] Por si lo anterior fuera poco, Fuller subraya que la teoría pura del derecho es incapaz de ofrecer una explicación de lo que los abogados y jueces hacen en la práctica.[498] Para formular sus críticas al positivismo jurídico de Kelsen, Fuller adoptó algunas de las tesis principales de los realistas americanos, sin llegar a convertirse en uno de ellos. En realidad, el jurista estadounidense se situaba en un punto intermedio entre el realismo y el normativismo, pues consideraba que ambas corrientes eran dos intentos fallidos de construir una teoría jurídica. La primera por concebir al derecho como un conjunto cambiante de "comportamientos" de los jueces, y la segunda, por tratarse de simples "formas vacías".[499]

Por otra parte, la amistad entre ambos juristas fue de importancia capital para que el erudito austriaco pudiera establecerse en los Estados Unidos de América. Al parecer, se conocieron en Europa en 1938 gracias a la intermediación de Roscoe Pound.[500] Paulatinamente, la relación entre Kelsen y Fuller fue volviéndose más cercana, al grado de que el profesor vienés le comunicó al filósofo estadounidense su intención de migrar hacia los Estados Unidos de América debido a los avances del ejército de Adolf Hitler por Europa y el consecuente temor de que Suiza pudiera ser también invadida.[501]

---

493 Schauer, Frederick, "Fuller y Kelsen-Fuller sobre Kelsen", trad. de Augusto Fernando Carrillo Salgado, en Ibarra Palafox, Francisco; Carrillo Salgado, Augusto Fernando; Hernández Manríquez, Javier, y Muñoz Mendiola, Julio César (coords.), *op. cit.,* p. 394.

494 *Ibidem,* p. 393.

495 Porciello, Andrea, *En los orígenes del neoconstitucionalismo. El antipositivismo de Lon L. Fuller,* trad. de Celia Díez Huertas, Lima, Palestra, 2019, p. 35.

496 *Idem.*

497 *Ibidem,* p. 40.

498 *Idem.*

499 *Ibidem,* pp. 43, 59, 63, 71 y 72.

500 Schauer, Frederick, *op. cit.,* p. 393.

501 *Idem.*

Al parecer, Roscoe Pound y Lon Fuller impulsaron la propuesta para que Kelsen fuera invitado a ocupar la cátedra Oliver Wendell Holmes en la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard en 1941.[502] Pero no sólo eso, luego de que el fundador de la teoría pura del derecho se vio obligado a abandonar dicha universidad, Fuller trató de encontrarle un lugar en la Universidad de Illinois, en la que él mismo había impartido clases.[503]

2. *El intento de Hans Kelsen por adaptar su teoría al contexto académico estadounidense*

Con la publicación de su *Teoría general del derecho y del Estado,* Kelsen hizo algo más que exponer en inglés algunas de sus teorías e ideas que ya había desarrollado en Europa; en realidad, centró sus esfuerzos en adaptar su teoría pura del derecho a los debates académicos jurídicos de los Estados Unidos de América.[504] Entre las principales características que de inmediato llaman la atención de la monografía kelseniana se encuentra el estilo expositivo claro y sencillo que el autor adopta, en comparación con el de sus textos anteriores que estaban cargados de erudición filosófica. El profesor vienés se dio cuenta de que el público estadounidense no estaba interesado en leer textos confeccionados con un lenguaje técnico, tal y como lo explica en el prólogo de su obra:

> El presente libro tiene por objeto formular nuevamente… pensamientos e ideas anteriormente expuestos en alemán y francés. [Para] presentar los elementos esenciales de… "la teoría pura del derecho", en forma tal que sus elementos resulten más accesibles a quienes se han educado en las tradiciones y atmósfera del *Common Law*; [y] dar una formulación que le haga capaz de abarcar tanto los problemas e instituciones de los derechos inglés y norteamericano, como los de los países de derecho escrito.[505]

Con la publicación de su *Teoría general del derecho y del Estado*, el fundador de la teoría pura del derecho introdujo una serie de cambios en su pensamiento que resquebrajaron la fundamentación neokantiana de su obra. Para empezar, dada la importancia de los precedentes en la cultura jurídica estadounidense, Kelsen centró su atención en el tema de la eficacia de las normas, un tópico al que había dedicado pocas páginas en sus otras obras.

---

[502] *Idem.*

[503] *Ibidem,* p. 394.

[504] Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado, cit.*, p. V.

[505] *Idem.*

Con anterioridad, el profesor vienés había considerado que la validez consistía en la posibilidad de fundamentar una norma inferior en relación con otra superior. En *Teoría general del derecho y del Estado*, Kelsen considera como elemento de la validez el hecho de que los seres humanos se conduzcan de acuerdo con lo que las normas prescriben.[506] En otras palabras, Kelsen liga el concepto de validez con el de eficacia.[507] En ese sentido, en la monografía referida afirma:

> ...si bien validez y eficacia son dos conceptos enteramente distintos, entre ellos hay, sin embargo, una relación muy importante. Una norma es considerada como válida sólo bajo la condición de que pertenezca a un sistema normativo, a un orden que, considerado en su totalidad, es eficaz. Así pues, la eficacia es condición de la validez, pero no la razón de la misma.[508]

La modificación de Kelsen al concepto de validez es una mancha a la fundamentación neokantiana de la teoría pura del derecho, ya que del ser no se puede derivar un deber, y viceversa, del hecho de que unas normas sean obedecidas, no se colige la obligación jurídica de hacerlo, pues podría ser el caso de que éstas hubieran entrado en vigor sin haberse seguido adecuadamente el proceso legislativo. Además, la afirmación de que "una norma es considerada como válida sólo bajo la condición de que pertenezca a un sistema normativo que, considerado en su totalidad, es eficaz" no es más que una expresión vacua, porque el fundador de la teoría pura del derecho no precisa ni el número ni las condiciones en las que deben ser obedecidas dichas normas.[509]

A pesar de los bemoles señalados, el jurista austriaco introdujo también algunas mejoras al concepto de validez que le confirieron mayor claridad. Además de considerar a la validez como una obligación ligada a la obediencia del derecho, en efecto, Kelsen sostuvo que la proposición jurídica que prescriba la obediencia de un deber tiene que precisar las circunstancias de modo, tiempo, lugar y los destinatarios a los que se dirige; en otras palabras, el concepto de validez debe entrañar de manera clara sus elementos materiales y personales.[510] Pero no sólo eso, también comprendió que los elementos de la validez de las normas se encuentran condicionados por el derecho internacional.[511]

---

506 *Ibidem,* p. 46.
507 *Ibidem,* p. 49.
508 *Idem.*
509 *Ibidem,* pp. 143 y 144.
510 *Ibidem,* p. 50.
511 *Ibidem,* pp. 259, 260, 277, 407-413, 417 y 418.

Finalmente, Kelsen también amplió el objeto que las normas deben regular, pues llegó a considerar que los acontecimientos de la naturaleza y los objetos inanimados pueden ser objeto de regulación, siempre y cuando éstos se refieran de manera indirecta a la conducta de los seres humanos.[512] Así mantiene su pensamiento en el cauce de la racionalidad, al explicar que los animales, las plantas u otros objetos inanimados no pueden ser considerados como objetos directos de regulación, ya que significaría regresar a un pensamiento primitivo.[513] En ese sentido, el profesor austriaco proporciona dos ejemplos; el primero consiste en que en la Antigua Grecia existía un tribunal encargado de condenar objetos inanimados, de acuerdo con lo que refiere Demóstenes en su *Oración contra Aristócrates*.[514] Además, en la Edad Media se podía instruir un proceso contra un animal que había matado a un ser humano y podía condenársele a muerte del mismo modo que a una persona.[515]

3. *La crítica de Hans Kelsen a la teoría jurídica de John Austin*

La teoría de John Austin fue uno de los principales retos intelectuales a los que Kelsen tuvo que hacer frente en los Estados Unidos de América, pues si quería que su teoría pura del derecho tuviera éxito, tenía que destacar las diferencias y originalidad de ésta en comparación con la de que aquél.[516] El jurista vienés reconoce esta situación en el prólogo a su *Teoría general del derecho y del Estado*:

> ...[la] orientación de la teoría jurídica pura es, en principio, la misma de la llamada jurisprudencia analítica, ya que del mismo modo que John Austin en sus libros *Lectures on Jurisprudence* y *The Province of Jurisprudence Determined*, la teoría pura del derecho trata de obtener sus resultados a través del análisis exclusivo del derecho positivo.[517]

El líder de la Escuela Jurídica de Viena comienza sus reflexiones en torno a la teoría de Austin reconociendo la claridad conceptual que había alcanzado en su trabajo. Sin embargo, critica lo que a su juicio es uno de los principales bemoles de la doctrina de Austin: su sincretismo metodológico.

---

512 *Ibidem*, pp. 3 y 4.
513 *Ibidem*, p. 4.
514 *Idem.*
515 *Idem.*
516 *Ibidem*, p. V.
517 *Ibidem*, p. VIII.

En opinión del erudito austriaco, Austin no había ofrecido ninguna explicación al problema del origen fáctico de las normas jurídicas, sino que tan sólo pospuso indefinidamente la discusión. En efecto, Austin entendía a las normas de derecho como órdenes (*commands*) formalizadas en el texto de la ley; en otras palabras, las normas jurídicas son el reflejo del poder de unos hombres sobre otros. Kelsen considero su teoría como el paso que Austin no pudo dar, porque la teoría pura del derecho ya había propuesto una respuesta a la interrogante sobre el motor de la validez de las normas gracias a la doctrina de las proposiciones jurídicas, la teoría de la norma fundante y la concepción de la construcción escalonada del derecho.[518]

En opinión de Kelsen, es inadecuado creer que las normas son el reflejo de la voluntad de unos seres humanos sobre otros, porque aunque una norma es promulgada bajo ciertas condiciones, éstas varían o desaparecen con el tiempo, mientras que las oraciones en las que están expresadas perviven. Más aún, tampoco hay que olvidar que los propios súbditos han participado en la confección del derecho. Por lo tanto, las normas no pueden ser reducidas a la expresión del dominio de unas personas sobre otras.[519] Para demostrar las consideraciones anteriores, Kelsen pone como ejemplo la orden de un salteador de caminos: aunque éste posee el poder físico para que otra persona haga su voluntad, esta conducta no es un acto jurídico porque no existe un deber que lo autorice para actuar de esta manera.[520]

Es evidente que las críticas del líder de la Escuela Jurídica de Viena a la obra Austin son realizadas desde los cánones de la propia teoría pura del derecho; un análisis más profundo y contundente tendría que haber sido realizado desde las propias categorías de análisis de Austin, quien no parece ni interesado en separar su objeto de estudio del mundo del ser. En realidad, Austin está tratando de minimizar la presencia del ser en el mundo del deber sin buscar una desconexión total entre ambas esferas. Más aún, parece una paradoja que Kelsen exija tal rigor metodológico a Austin cuando la propia teoría pura del derecho había introducido algunas variaciones en los Estados Unidos de América que la apartaban del rigor neokantiano de antaño. De este modo, no parece exacto vender la idea de que la teoría pura del derecho es la evolución de la teoría general de Austin como pretende hacernos creer Kelsen.

Por último, aunque el erudito austriaco le reprochó al filósofo inglés haber eludido el problema de la fundamentación de hecho de la ciencia jurídica,

---

518 *Idem*.

519 *Ibidem*, pp. 205-207.

520 *Ibidem*, p. 37.

Kelsen en realidad tampoco había resuelto satisfactoriamente el problema con la introducción de la teoría de la norma fundante, que no es más que una elegancia jurídica. En conclusión, en el asalto final entre Kelsen y Austin, ambos autores quedaron en la condición de empate, razón por la cual el erudito austriaco fracasó en su acometido de presentar su teoría ante la academia jurídica estadounidense como una doctrina que superaba a la de Austin.

IV. Entre la fase clásica y la tardía: teoría pura del derecho (segunda edición)

1. *Consideraciones preliminares*

Es probable que la segunda edición de la *Teoría pura del derecho*, traducida al castellano por Roberto J. Vernengo y publicada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM en 1979, sea la obra más conocida en el mundo de habla hispana entre todas las que escribió Kelsen a lo largo de su existencia. La publicación en castellano de la *Teoría pura del derecho* colmó una necesidad académica de primer orden, ya que antes solamente los especialistas en la materia podían tener acceso a ella debido a la dificultad que supone el conocimiento y dominio del alemán. Sobre la publicación de este libro, Rolando Tamayo y Salmorán explica lo siguiente:

> Hace más de quince años se publicó en Viena la segunda edición totalmente reelaborada y ampliada de la *Teoría pura del Derecho*… versión que, según Norberto Bobbio, puede ser considerada como la última expresión del pensamiento de Hans Kelsen. Durante ese tiempo, esta obra fue solamente para especialistas. Era necesario recurrir al original, a la versión francesa (Dalloz, París 1962), a la edición portuguesa (Coimbra, 1962), a la versión italiana (Torino, 1966, reimpresa en 1968), o bien, a la versión inglesa (Berkeley, 1967), siendo inaccesible para cantidad de estudiosos, pero particularmente inaccesible para los innumerables estudiantes de derecho de habla española. El Instituto de Investigaciones Jurídicas ha querido colmar esta laguna en la literatura jurídica de habla castellana, y ha obtenido, para la prestigiosa editorial de la Universidad Nacional Autónoma de México, los derechos exclusivos de parte de Franz Deuticke Verlag para la publicación y distribución de esta obra en español.[521]

[521] Tamayo y Salmorán, Rolando, "Presentación", en Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho,* trad. de Roberto J. Vernengo, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1982, p. 5.

Han transcurrido 43 años desde que la segunda edición de la *Teoría pura del derecho* fue publicada en castellano; a partir de entonces se han escrito innumerables artículos y ensayos en torno a esta obra. Esta situación, sin duda alguna, hace difícil escribir algo novedoso sobre este trabajo. Sin embargo, es probable también que exista un camino que pueda aportar nuevos elementos a la discusión en torno a la teoría pura del derecho, el cual consiste en realizar un estudio comparado entre la primera y la segunda edición con el objeto de identificar los cambios más significativos en el pensamiento del jurista austriaco.

Aun a primera vista se pueden advertir algunas modificaciones sustanciales entre ambas ediciones; la más evidente es que el libro que Kelsen publicó en 1960 abarca más del doble de páginas que su *Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*. Además, el número de capítulos de la segunda edición de la *Teoría pura del derecho* es menor al de la obra publicada en 1934, aunque también hay que señalar que ésta comprende un número más amplio de epígrafes. Por último, existe un evidente reordenamiento de los temas expuestos. En síntesis, Rolando Tamayo y Salmorán explica:

> Comparada con la primera edición, ésta ha doblado prácticamente su tamaño… Las nociones básicas de la Teoría pura han sido refinadas y replanteadas a manera de superar malentendidos a los cuales daban origen las formulaciones de la primera edición. Así, por ejemplo, el significado de la norma fundamental del orden jurídico es dilucidado con mayor claridad en el presente volumen… merece destacar el esfuerzo de Kelsen por distinguir la ciencia del derecho de la ciencia natural no exactamente como mundos distintos el uno del otro, sino, simplemente, como dos diferentes unidades de consideración científica… También son interesantes las adiciones y la clasificación que realiza Kelsen sobre la relación de derecho internacional y de derecho nacional… En algunos casos Kelsen llega a modificar puntos de vista previamente sostenidos… entre otros, que el *Sollen,* el "deber ser"… es transformado en una variable deóntica, que explica las modalidades del comportamiento humano (la permisión, la habilitación, etcétera). Asimismo, Kelsen abandona su anterior opinión sobre las relaciones entre el derecho y la paz social.[522]

Entre la publicación de *Introducción a los problemas de la ciencia jurídica* y la *Teoría pura del derecho* transcurrieron casi tres décadas, para ser precisos, 26 años. Por tal motivo, es comprensible que la experiencia vital de Kelsen, como académico y político, se encuentre reflejada también en la segunda edición de su libro. Por una parte, *Introducción a los problemas de la ciencia jurídica* nace en una coyuntura política, ideológica y económica complicada para

[522] *Ibidem,* pp. 6 y 7.

Europa. Kelsen, a través de su opúsculo, deseaba proponer una respuesta a los problemas de su tiempo, razón por la cual los temas principales de su *Introducción a los problemas de la ciencia jurídica* son la ubicación de esta disciplina en el ámbito de las ciencias del espíritu, la definición de su objeto de estudio, la forma en que el derecho se encuentra constituido y la manera en que éste se crea. En una palabra, en esta primera edición, Kelsen lleva hasta sus últimas consecuencias el principio de pureza metodológica. Por otra parte, en la segunda edición de la *Teoría pura del derecho,* incorpora algunas de las modificaciones que el autor había realizado a su doctrina a través de la publicación de su *Teoría general del derecho y del Estado.* El estilo expositivo en la segunda edición de la *Teoría pura del derecho* varía de un pasaje a otro; en algunas secciones el pulso del autor es más firme que en otras, probablemente esto se deba a que, hacia el final de su existencia, Kelsen comenzó a dudar de la fundamentación neokantiana de su pensamiento.

2. *Diferencias entre la primera y la segunda edición de la* Teoría pura del derecho

La diferencia más evidente entre ambas ediciones es que *Introducción a los problemas de la ciencia jurídica* es un texto que abarca poco más de 100 páginas y se integra por nueve capítulos; se trata de una obra compacta. El primero de los capítulos se titula "Derecho y naturaleza" y comprende siete epígrafes. Aquí, Kelsen sitúa a la ciencia del derecho en el ámbito de las ciencias del espíritu. El capítulo primero de la *Teoría pura del derecho* lleva el mismo título, pero abarca seis epígrafes. Los tres primeros apartados de ambas obras son prácticamente idénticos; a partir del epígrafe 4 comienzan a notarse cambios significativos. En efecto, Kelsen amplía el concepto de norma e integra en este apartado lo que correspondía a los epígrafes 4, 5 y 6 del primer capítulo de *Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*. El numeral 7 de esta última obra correspondería, más o menos, al 5 de la *Teoría pura del derecho*. El epígrafe 6 del texto mencionado es totalmente nuevo.

El capítulo segundo de la *Teoría pura del derecho* lleva el mismo título que el de *Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*; "Derecho y moral", pero fue ampliado sustancialmente. El capítulo tercero de la *Teoría pura derecho* es radicalmente distinto a su homólogo de la *Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*. Para empezar, el primero lleva por título "Derecho y ciencia", mientras que el segundo, "El concepto de derecho y la teoría de la proposición jurídica". A primera vista, a pesar de la diferencia entre los títulos, pareciera ser que ambos conservan la misma esencia. Sin embargo, en el capítulo tercero

de la *Teoría pura del derecho*, Kelsen incorpora los resultados de sus investigaciones que desarrolló en torno a los principios de causalidad e imputación, la diferencia entre ley natural y ley jurídica, así como el principio de imputación entre los primitivos. Pero, sobre todo, emplea el capítulo tercero de la *Teoría pura del derecho* como una especie de puente para llegar a los capítulos cuarto y quinto: "Estática jurídica" y "Dinámica jurídica". El capítulo cuarto de *Introducción a los problemas de la ciencia jurídica* se llama "El dualismo de la teoría del derecho y su superación"; el capítulo quinto es similar al de la *Teoría pura del derecho* y se titula "El ordenamiento jurídico y su estructura jerárquica".

Kelsen realiza un reacomodo de los capítulos siguientes entre ambas ediciones de sus libros. En efecto, el capítulo sexto de la *Teoría pura del derecho*, "Derecho y Estado", corresponde al octavo de la *Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*. El capítulo séptimo de la *Teoría pura del derecho*, "Estado y derecho internacional", equivale al noveno de *Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*. Finalmente, el capítulo octavo de la *Teoría pura del derecho*, "La interpretación", equivale al capítulo sexto de *Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*. Por último, pareciera ser que el capítulo séptimo de la *Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*, "Los métodos de creación del derecho", hubiera sido suprimido de la segunda edición de la *Teoría pura del derecho*; sin embargo, no es así, porque los epígrafes respectivos se convierten en los primeros apartados del capítulo sexto de esta misma edición.

Está claro que sería imposible realizar un examen profundo en el breve espacio de unas cuantas hojas respecto de los principales cambios realizados entre *Introducción a los problemas de la ciencia jurídica* y la *Teoría pura del derecho.* Por tal motivo, en las páginas que siguen sólo se examinarán tres puntos del pensamiento kelseniano: la transformación de la teoría de las proposiciones jurídicas, los juicios de valor en la creación de las normas y la imagen del ser humano en la teoría pura del derecho.

3. *Metamorfosis de la doctrina de las proposiciones jurídicas*

Una proposición jurídica es un enunciado de deber cuya forma más elemental es "Si A es, B debe ser." La teoría de las proposiciones jurídicas constituye en realidad un debate sobre los límites de la moral en la creación y aplicación del derecho. Kelsen, a través del tiempo, fue refinando su doctrina hasta alcanzar un grado mayor de precisión en cuanto a los elementos constitutivos de las proposiciones jurídicas. En la fase constructivista de la teoría pura del derecho, de manera precisa en los *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado,* la estructura de las proposiciones jurídicas era la enunciada al inicio de este párrafo.

En *Introducción a los problemas de la ciencia jurídica,* el profesor austriaco precisa que una proposición jurídica es también un esquema de interpretación o significado (*eine Deutungsschema*), porque brinda criterios lingüísticos generales para que el juzgador pueda dirimir una controversia.[523] En otras palabras, una proposición jurídica no puede prever todos los supuestos hipotéticos de su aplicación, debe ser formulada en términos generales, de tal suerte que funcione como una guía para que los operadores jurídicos puedan realizar su actividad. Kelsen explica que la norma es el instrumento a través del cual los fenómenos sociales (significado subjetivo) adquieren una connotación jurídica (significado objetivo).[524] Además, en *Introducción a los problemas de la ciencia jurídica,* precisa que la validez es la existencia específica de la norma e identifica cuatro ámbitos, a saber: espacial, temporal, personal y material.[525] Es decir, cuando un legislador, o un juez, crea una norma debe especificar el territorio en que ésta debe ser aplicada, durante cuánto tiempo, a quiénes y qué conductas regulará. Aunque todos los ámbitos de validez de una norma hacen referencia a la realidad (ser), Kelsen no vincula la existencia de una norma con su eficacia.

Entre las principales innovaciones que se pueden apreciar en *Teoría general del derecho y del Estado* se encuentra el haber expandido el objeto de regulación de las normas; además de regular la conducta humana, podían reglamentar los hechos de la naturaleza y aun los objetos, siempre y cuando éstos hicieran referencia de manera indirecta a la conducta del hombre. Pero la modificación más polémica fue el haber vinculado la eficacia de las normas a su validez. Así pues, Kelsen tenía que resolver este bemol que baldonaba el rigor metodológico con el que había trabajado hasta aquel momento.

Para empezar, Kelsen explica que la validez debe estar ligada a la eficacia en términos conceptuales, porque si las normas no fueran obedecidas no serían más que derecho histórico o enunciados de buenos deseos. "Una norma que en ningún lugar y nunca es aplicada y obedecida, es decir, una norma que —como se suele decir— no alcanza cierto grado de eficacia, no es considerada como una norma jurídica válida. Un mínimo de la llamada «efectividad» es una condición de su validez".[526] Además, debe existir necesariamente un parámetro de desobediencia del derecho, ya que, en caso contrario, se estaría hablando de leyes de la naturaleza. Se aprecia, entonces, que el autor liga a la eficacia con la validez, no para proyectar su doctrina al mundo del ser, sino

[523] *Cfr.* Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre…, cit.*, pp. 15 y 19. La traducción más adecuada de la palabra *die Deutungsschema* sería "esquema de significado".

[524] *Ibidem,* pp. 17 y 18.

[525] *Ibidem,* pp. 21 y 22.

[526] *Ibidem,* p. 24.

para subrayar la importancia de mantener su teoría pura del derecho en el ámbito de las ciencias del espíritu.

Finalmente, en la *Teoría pura del derecho,* el profesor vienés refrendó todos aquellos elementos que constituyen la estructura básica de las proposiciones jurídicas y trató de eliminar algunas contradicciones ocasionadas por ligar la validez con la eficacia en relación con el principio de pureza metodológica. Para empezar, precisa en la *Teoría pura del derecho* que las normas son expresiones lingüísticas cuya primera parte tiene que ser enunciada como un ser, mientras que la segunda como un deber; [527] por ejemplo, "cuando una persona despoje de su vida a otro ser humano, ésta debe ser castigada con la prisión". El sentido de la palabra "deber" es también refinado;[528] éste comprende cuando menos cuatro funciones: mandar, permitir, autorizar y prohibir.[529] De este modo, tomando como base el ejemplo anterior, una proposición jurídica podría ser formulada de la manera siguiente: "a) cuando una persona despoje de su vida a otro ser humano, se ordena a las autoridades penales la búsqueda y aprehensión de ésta", "b) cuando una persona despoje de su vida a otro ser humano, se permite a las autoridades penales la búsqueda y aprehensión de ésta", "c) cuando una persona despoje de su vida a otro ser humano, las autoridades penales están autorizadas para la búsqueda y aprehensión de ésta" y "d) está prohibido que una persona despoje de su vida a otro ser humano, so pena de prisión". Naturalmente, las funciones del "deber" de la norma no sólo son aplicables al ámbito del derecho penal, sino a todas las ramas del derecho en general.

4. *¿Irracionalidad en la ciencia jurídica pura?*

El contacto que Kelsen tuvo con el derecho anglosajón le permitió darse cuenta de que los precedentes y la costumbre interpretan un papel importante en la creación y aplicación del derecho. En el periodo de formación de conceptos de su obra, el jurista vienés consideró a la costumbre como una expresión primitiva del derecho. En la segunda edición de su *Teoría pura del derecho* cambió de parecer, al afirmar que una práctica consuetudinaria puede llegar a ser considerada derecho, siempre que así lo reconozca una norma;[530] la costumbre sería una forma de creación del derecho. La respuesta del jurista vienés a este problema es bastante pobre, porque cuando una norma

[527] Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho, cit.,* p. 18.

[528] *Idem.*

[529] *Ibidem,* p. 19.

[530] *Ibidem,* p. 23.

reconoce una práctica habitual como derecho, entonces ésta deja de ser tal al convertirse precisamente en norma positiva. Kelsen sólo elude el examen minucioso de la cuestión porque la costumbre es una práctica cuya consecuencia es producir el efecto psicológico de obligatoriedad en una población.

Además de lo anterior, la crisis de la fundamentación neokantiana de la teoría pura del derecho sufrió otro revés cuando el erudito vienés se dio cuenta de que la creación de una norma entraña un juicio de valor, porque el ser humano selecciona una conducta o un bien digno de tutelar respecto a otros que considera irrelevantes. Al respecto, afirma:

> En la medida en que las normas, que constituyen el fundamento de los juicios de valor, son establecidas por actos de voluntad humana, y no por una voluntad sobrehumana, los valores que a través de ellos se constituyen son arbitrarios. Otros actos de voluntad humana pueden producir otras normas, contradictorias con las primeras, que constituyen a su vez otros valores, opuestos a los primeros.[531]

El autor está afirmando la tesis de que cualquier contenido podría ser derecho, base de su relativismo axiológico, pero también abre de par en par las puertas de la discusión sobre los valores en la creación de las normas. ¿Cuáles deberían de ser los parámetros racionales para regular la intromisión de juicios de valor en la creación de las normas?[532]

El tema es de gran relevancia, porque si la selección de las conductas u objetos a tutelar por las normas es arbitraria, entonces éstas también podrían serlo. El capricho en la creación del derecho sea hace patente cuando se identifican dos normas que regulan la misma conducta u objeto en sentidos opuestos. Este es el punto fino de la cuestión, el cual Kelsen no terminó de dilucidar. En la segunda edición de la *Teoría pura del derecho*, llega a la conclusión de que las normas son actos de voluntad y que por ese motivo cabe la posibilidad de que dos normas que regulan la misma conducta en sentido opuesto puedan existir. Si ese fuera el caso, entonces no podría aplicarse el principio de no contradicción, porque ambas están en vigor al unísono. Las normas no son verdaderas o falsas, sino válidas o inválidas.[533]

Si los actos por los que se crean las normas son emotivos e irracionales, entonces éstas también lo serían de algún modo. Por lo tanto, como las proposiciones jurídicas son el objeto de estudio de la ciencia jurídica, al ser irracionales, los resultados de tal ciencia lo serían. En opinión de Kelsen, el

---

[531] *Ibidem,* p. 31.

[532] *Ibidem,* p. 32.

[533] *Ibidem,* p. 33.

científico del derecho debe limitarse a describir la forma de la norma, así como a constatar si los operadores jurídicos han aplicado o no el derecho: "Se puede establecer la relación de una determinada conducta humana con un orden normativo; es decir, enunciar que esa conducta corresponde, o no, al orden, sin adoptar uno mismo una actitud emotiva frente a ese orden normativo, sea aprobándolo o desaprobándolo".[534] Más adelante, añade: "cuando expresa un valor subjetivo, ese juicio de valor es objetivo en la medida en que quien lo formula no toma en consideración si él mismo desea o quiere el objeto… si aprueba o desaprueba la conducta".[535] Pero si una norma prescribe una conducta irracional, entonces su aplicación también será un equívoco, porque no se puede llegar a una conclusión verdadera a partir de una premisa falsa.

La solución que ofrece Kelsen a esta controversia es paupérrima, pues reduce la actividad de los científicos del derecho a describir categorías de análisis y a constatar si se aplica o no el derecho.[536] Sin embargo, no hay que perder de vista que la práctica del derecho no se reduce a la aplicación lisa y llana de las normas. Por el contrario, para que él pueda hacer esto se requiere dar una serie de pasos ineludibles. El jurista primero debe identificar la norma, leer el artículo, comprender su contenido, interpretarlo y aplicarlo.[537] Esto es así porque las disposiciones jurídicas poseen un contenido complejo.[538]

5. *La imagen del ser humano en la teoría pura del derecho*

A lo largo de su obra, Kelsen desarrolló una explicación sobre la evolución del derecho en Occidente. La interpretación que hizo el autor de este proceso fue lineal y progresista, lo que entraña un juicio de valor favorable hacia la doctrina del positivismo jurídico. En la segunda edición de la *Teoría pura del derecho* explica que en la conciencia de los primeros seres humanos se gestó paulatinamente una representación sobre lo que es correcto e incorrecto.[539] Los hombres comenzaron a convivir y juzgarse los unos a los otros

---

534 *Idem.*

535 *Idem.*

536 Véase, Ruiz Manero, Juan, "Cincuenta años después de la segunda edición de la *Reine Rechtslehre.* Sobre el trasfondo de la teoría pura del derecho y sobre lo que queda de ella", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho,* núm. 33, 2010, pp. 38-46.

537 Guastini, Riccardo, *Teoria e dogmatica delle fonti,* Milán, Giuffrè Editore, 1998, p. 16.

538 *Ibidem,* pp. 17 y 18.

539 Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho, cit.,* p. 97.

con base en ciertas normas nacidas de la costumbre.[540] Cuando el ser humano comenzó a preguntarse sobre el motivo por el que obedecía estas reglas, atribuyó su origen o validez a una autoridad sobrehumana. El principio de retribución había nacido: si un ser humano se comportaba correctamente, debía ser premiado, en caso contrario, castigado.[541] Bajo este razonamiento, un acontecimiento funesto era percibido como un castigo por un mal comportamiento de la comunidad, mientras que un hecho positivo era considerado un premio por su buena conducta.[542] En los primitivos no existía la noción de la naturaleza separada de un ánima que dicta las órdenes a través de las cuales están regulados los fenómenos que en ella tienen lugar.[543]

A medida que pasó el tiempo, el ser humano logró desembrazarse de esta interpretación de la naturaleza y se dio cuenta de que existen dos dominios: el del ser y el del deber. En el plano del ser, el hombre observó que, dadas ciertas circunstancias, operan determinadas consecuencias; el principio de causalidad había nacido y su forma base es "si A es, B es". [544] Por otra parte, en el plano del deber, el humano descubrió que a menudo ciertas consecuencias son atribuidas a la conducta del hombre; se trata del principio de imputación.[545] Tal principio es el enlace normativo entre una conducta y su consecuencia jurídica: "si A es, debe ser B".[546]

En el planteamiento de Kelsen se puede percibir un eco del optimismo de la modernidad al enarbolar una visión lineal y optimista de la historia. Se trata de un juicio de valor porque el autor austriaco afirma la existencia de una evolución positiva entre el pensamiento del hombre primitivo y el del hombre moderno. Aquél se caracteriza por una concepción sociojurídica de la naturaleza; éste por una perspectiva dualista del mundo: la naturaleza y la conducta del hombre son dos objetos de estudio diferentes. Además, se trataría de una distinción psicológica,[547] ya que dicha diferenciación sólo puede tener lugar en la mente del ser humano, pues no existe como un criterio intrínsecamente objetivo a través del cual se pudiera determinar que ha existido una evolución positiva.

Las reflexiones que el otrora líder de la Escuela Jurídica de Viena realizó muestran una imagen positiva del ser humano; se trata, en efecto, de un

---

[540] *Idem.*

[541] *Idem.*

[542] *Idem.*

[543] *Idem.*

[544] *Ibidem,* p. 9.

[545] *Ibidem,* p. 98.

[546] *Ibidem,* p. 91.

[547] *Cfr.* Radbruch, Gustav, "La psicología del hombre de derecho", trad. de José Medina Echavarría, en Radbruch, Gustav, *Filosofía del derecho,* Madrid, Reus, pp. 183-194.

hombre caracterizado por su racionalidad. Estamos frente al arquetipo del ser humano heredado por el pensamiento de la Ilustración. En el mejor de los casos, sería un recurso heurístico porque ni siquiera hoy en día se está en condiciones de afirmar que el pensamiento mágico-retributivo ha desaparecido por completo. Todavía hoy existen, en efecto, algunas personas que defienden una interpretación retributiva del mundo que les rodea.

V. Fase tardía: teoría general de las normas

1. *Consideraciones preliminares*

La relación entre la lógica y las proposiciones jurídicas es el tema central de la *Teoría general de las normas.* Aunque dicha cuestión ocupó la atención de Kelsen hacia el final de su existencia, al parecer el tema ya estaba presente desde la publicación de sus *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado.* De esta manera, la relación entre el derecho y la lógica adquirió diferentes matices a través de los años; adoptó, cuando menos, dos facetas. En la primera, el líder de la Escuela Jurídica de Viena empleó la palabra "lógica" de una manera abierta o atécnica, mientras que en la segunda, la usó de una forma más estricta o técnica.

Por lo que respecta al primer uso de la palabra "lógica", en sus primeros trabajos, como en el caso de los ya mencionados *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado,* la utilizó de la siguiente manera: "La oposición entre ser y deber ser es de naturaleza lógico-formal *(formal-logisch)* y, puesto que se mueve en el ámbito lógico-formal *(formal-logische Betrachtung),* los dos mundos se encuentran divididos por un abismo infranqueable".[548] En este punto del desarrollo de la teoría pura del derecho, la palabra "lógica" podría entenderse como "metodológicamente correcto", como una expresión que subrayaba el rigor conceptual de su autor o, en otras palabras, la no intromisión de la psicología, la sociología o la política en la ciencia jurídica.[549] Kelsen consideraba su propuesta como una doctrina lógica porque los conceptos que componían su pensamiento habían sido deducidos correctamente los unos de los otros.[550] Este fue el sentido de la palabra "lógica" en la obra del jurista vienés durante cuatro décadas (1910-1950).

---

[548] Hans Kelsen, citado por Losano, Mario G., "Diritto e logica in Hans Kelsen", *Il Politico,* vol. 31, núm. 4, 1966, p. 813.

[549] *Idem.*

[550] *Ibidem,* p. 814.

Sin embargo, hacia finales de 1950 y principios de 1960, comenzó a examinar la relación entre el derecho y la lógica desde una perspectiva mucho más estricta o técnica. Con base en los desarrollos doctrinarios que comenzaban a gestarse en algunos ámbitos de la ciencia jurídica, el erudito austriaco comenzó a preguntarse si se podían aplicar los principios básicos de la lógica a las proposiciones jurídicas; quería saber si el principio de no contradicción era compatible o no con el objeto de estudio de la ciencia del derecho. En efecto, deseaba determinar si en el caso de que dos normas promulgadas al unísono, una de las cuales prohibía una conducta, mientras que la otra la permitía, eran incompatibles o contradictorias.[551]

Es evidente que, desde el punto de vista de la lógica, se trataría de una flagrante contradicción al principio de no-contradicción, porque un objeto, idea o conducta, no puede ser y no ser al mismo tiempo. Sin embargo, desde la óptica del funcionamiento del derecho no se trataría propiamente de una contradicción, porque las normas son actos de voluntad. La afirmación anterior resulta bastante arriesgada porque si las normas son actos de voluntad, más que un producto de la razón humana, entonces el objeto de estudio de la ciencia jurídica sería la regulación irracional de la conducta humana que realiza el legislador.

Con base en los razonamientos anteriores, una de las principales actividades del científico del derecho sería la eliminación de tales contradicciones, pero, al hacerlo, no sólo estaría organizando racionalmente el material jurídico que le es dado, sino que estaría tomando partido en favor de una decisión política, con lo que su actividad dejaría de ser estrictamente científica. Por si lo anterior fuera poco, si las normas fueran consideradas actos de voluntad, entonces la teoría pura del derecho tendría por objeto de estudio un ser, en lugar de un deber, porque la voluntad es una actuación efectiva del ser humano, mientras que las normas, el fruto de su intelecto. Finalmente, partiendo del supuesto de que una norma A, que permite una conducta, no se encuentra en contradicción lógica con una norma B, que prohíbe la misma conducta, entonces sería necesario el desarrollo de una lógica específica para las normas jurídicas, lo que implicaría el establecimiento de sus fundamentos y conceptos generales.

---

[551] El problema es el siguiente: si dos normas contradictorias son promulgadas al unísono no se puede resolver el conflicto lógico que surge entre ellas a través de las máximas "ley superior deroga a la inferior", "ley especial deroga a la general" o "ley posterior deroga a la anterior". El problema surge cuando dos normas se encuentran en el mismo peldaño de la construcción escalonada y regulan la misma conducta en sentidos opuestos. Cuando dos normas se sitúan en escaños distintos y regulan conductas opuestas se puede resolver la aparente contradicción con criterios como "ley posterior deroga a la anterior".

Los antecedentes de la cuestión antes descrita pueden rastrearse hasta la segunda edición de la *Teoría pura del derecho*, donde el líder de la Escuela Jurídica de Viena examina la cuestión en los capítulos "Derecho y naturaleza" y "Derecho y ciencia". Cuando examina la cuestión en su *Teoría pura del derecho*, su estilo expositivo se vuelve inseguro, "en abierto contraste con la claridad y el rigor del resto de la obra".[552] Por ejemplo, en el primero de los capítulos referidos se puede leer la siguiente afirmación: "Una norma, en cambio, no es ni verdadera ni falsa, sino válida o no válida".[553] Más adelante, añade:

> Pero los dos enunciados siguientes: "si A se produce, entonces X es debido", y "si se produce no A, entonces, X es debido", no se excluyen recíprocamente, y, por ende, las dos normas que mediante ellos se formulan pueden tener validez al mismo tiempo. [Estas] no se contradicen… puesto que pueden ser formuladas sin contradicción lógica.[554]

Las afirmaciones anteriores en realidad no logran esclarecer la relación entre el derecho y la lógica. Efectivamente, si dos normas, en principio contradictorias y que han sido promulgadas al mismo tiempo, son válidas, ¿de qué manera puede determinar, tanto el juzgador como el científico del derecho, la que debe prevalecer frente a la otra en cierto caso? Además, ¿esta prevalencia es temporal o definitiva? Si fuera definitiva se estaría reconociendo que los jueces están autorizados para derogar normas, ¿dicha derogación tendría efectos generales o particulares?

En el capítulo "Derecho y ciencia" de la *Teoría pura del derecho*, introduce una modificación a su punto de vista al afirmar que las reglas de la lógica no se aplican directamente a las normas, sino a los enunciados que las describen, los cuales constituirían el verdadero objeto de estudio de la ciencia jurídica;[555] el propio líder de la Escuela Jurídica de Viena explica: "…los principios lógicos, en general, y por ende, también el principio de contradicción, en particular, pueden aplicarse a los enunciados jurídicos que describen normas jurídicas y, también, indirectamente a las normas jurídicas".[556] Más adelante, añade:

---

552 Losano, Mario, G., "La teoría pura del derecho…", *cit.*, p. 62.

553 Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho, cit.,* p. 33.

554 *Ibidem,* pp. 39 y 40.

555 Losano, Mario, G., "Diritto e logica…", *cit.*, p. 815.

556 Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho, cit.*, p. 214. Véase, también, Losano, Mario G., "Diritto e logica…", *cit.*, p. 815; Losano, Mario, G., "La teoría pura del derecho. Del logicismo al irracionalismo", trad. de Juan Ruiz Manero, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho,* núm. 2, 1985, p. 61.

> ...el orden jurídico es descrito en enunciados jurídicos que no se contradicen...[557] Que A sea debido, y, simultáneamente, que no lo sea, es tan sinsentido, como afirmar que A es y, simultáneamente, que A no es… Más como el conocimiento del derecho… tiene que pensar conceptualmente su objeto como un todo dotado de sentido, tratando de no describirlo en oraciones contradictorias, parte del supuesto que los conflictos normativos que aparezcan dentro del material normativo que le es dado… pueden y tienen que ser disueltos por vía de interpretación.[558]

La explicación anterior no resuelve la cuestión, porque el científico del derecho, al dirimir mediante diferentes interpretaciones o argumentos una contradicción entre dos normas promulgadas al unísono y que regulan la misma conducta en sentido contrario, estaría tomando partido a favor o en contra de un punto de vista que, en última instancia, es de carácter político. Pero no sólo eso, también estaría realizando un juicio de valor al preferir una norma respecto de otra. Por si lo anterior fuera poco, suponer que el ordenamiento jurídico es una unidad coherente no es más que una mera ficción, pero el empleo de esta técnica era rechazado por el autor debido a que confiere cualidades de las que carecen ciertos objetos.

Dos años después de la publicación de la segunda edición de la *Teoría pura del derecho*, en un artículo que lleva por título "Derogación",[559] Kelsen afirmaría todo lo contrario, esto es, que las reglas de la lógica no se pueden aplicar ni a las proposiciones prescriptivas ni a las descriptivas. Por ello, afirmó la necesidad de desarrollar una lógica propia de las normas.[560] El principal argumento del profesor vienés es que las reglas de la lógica no pueden aplicarse al derecho porque ni las normas ni sus enunciados descriptivos son verdaderos o falsos, sino válidos o inválidos.[561]

Subsiste, entonces, la cuestión de cómo resolver un conflicto entre dos normas que fueron promulgadas al unísono y que regulan la misma conducta en sentido contrario. Ya se ha visto que, debido a la promulgación simultanea de dos normas que regulan una conducta en forma contradictoria, no se pueden aplicar las reglas de la lógica ni tampoco ciertas máximas del derecho, como "ley especial, deroga a la general" o "ley posterior, deroga a la anterior". Así, el principal mecanismo que Kelsen propone para resolver

---

557 Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho, cit.,* p. 214.

558 *Ibidem,* p. 215.

559 Losano, Mario G., "Diritto…", *cit.,* p. 816.

560 Losano, Mario G., "La teoría pura del derecho…", *cit.*, pp. 62 y 63.

561 Kelsen, Hans, "Derogación", trad. de Alfonso Ortiz, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* año VII, núm. 21, 1974, p. 270.

este tipo de contradicciones es la existencia de una norma derogatoria, la cual describe como una proposición jurídica que despoja a otra norma de su validez. La norma derogatoria sería una proposición de no-deber ser.[562] Al respecto, explica:

> …un conflicto entre normas no es una contradicción lógica y no puede ser comparado con una contradicción lógica. La derogación revoca la validez de algunas de las dos normas válidas. Pero en caso de una contradicción lógica entre dos aserciones, una de las dos aserciones es falsa desde el principio. Dado que la validez de una norma es su propia existencia específica, un conflicto entre normas no puede ser comparado con una contradicción lógica...[563] Dado que la norma derogatoria ni establece el "deber" de una cierta conducta ni el "deber" de abstenerse de una cierta conducta, sino el "no-deber" de una específica conducta, ella no puede ser expresada como otras normas en un enunciado de deber ser… Las normas derogatorias asumen la forma de aserciones tales como "La norma de acuerdo a la cual los hombres que hayan cumplido la edad de 21 años… (etcétera) deben… (etcétera), es revocada por la presente norma".[564]

La solución que ofrece Kelsen al problema de la existencia de dos normas que regulan la misma conducta en sentido contrario tampoco parece satisfactoria. La primera debilidad de esta tesis radica en la forma en que el erudito austriaco formuló su concepto, pues ella resulta contradictoria con la descripción de la estructura básica o general de las normas que hasta aquel momento había defendido. En aquel entonces había sostenido que las normas jurídicas son enunciados de deber que pueden cumplir, cuando menos, tres funciones: ordenar una conducta, autorizarla o prohibirla. De acuerdo con lo anterior, la norma derogatoria no podría ser un enunciado de no-deber, sino que sería un enunciado de deber que ordenaría o autorizaría la derogación de una de las dos normas en conflicto. Es decir, la norma derogatoria estaría legitimando o facultando a un juez para eliminar una de las dos normas en conflicto; se trataría de un decisionismo porque un juez tendría que formular un juicio de valor para posicionarse frente a un problema. Además, aun si se admite que la norma derogatoria es un enunciado de no-deber, ¿qué otro ejemplo de este tipo de normas podría encontrarse en un ordenamiento jurídico?

Otro bemol de la norma derogatoria (ND1), cuya función exclusiva consiste en derogar una de las proposiciones jurídicas en conflicto, podría ser

---

562 *Ibidem,* p. 261.

563 *Ibidem,* p. 270.

564 *Ibidem,* p. 261.

que ésta conduciría a un *regressus ad infinitum*, porque al cumplir su función sería necesaria la introducción de una nueva norma (ND2) que derogara a la primera, a su vez, se tendría que introducir otra nueva disposición (ND3) que derogara a esta última y así sucesivamente. Para evitar este *regressus ad infinitum* podría pensarse en la posibilidad de prescribir la derogación de la norma derogatoria en el propio texto de ésta al promulgarla; sin embargo, esta solución no parece adecuada con el esquema de la construcción escalonada del derecho, porque una norma sólo puede ser invalidada por otra superior. En otras palabras, una norma no puede "autoderogarse".

Kelsen está postergando la toma de decisión respecto de qué norma debe prevalecer cuando dos prescripciones jurídicas promulgadas al unísono regulan la misma conducta en sentido contrario. Este tipo de controversias no la resuelve una norma, sino una voluntad. Cuando dos normas promulgadas al unísono regulan la misma conducta en sentido contrario coexisten dos puntos de vista subjetivos diferentes que son arbitrados por una nueva discusión política, cuyo fruto es la introducción de una norma derogatoria y, por lo tanto, que pone un punto final a la discusión. Esta solución, aunque democrática, implica nuevos problemas, porque en la práctica judicial sería difícil esperar a que el parlamento derogue una de las dos disposiciones, porque se estaría vulnerando el derecho fundamental a la impartición de justicia de manera pronta y expedita. Por si lo anterior fuera poco, el parlamento tendría que sesionar permanentemente porque en la vida cotidiana de una sociedad se presentan numerosas controversias de esta naturaleza a cada momento.

2. *La comunicación epistolar entre Hans Kelsen y Ulrich Klug*

La relación entre el derecho y la lógica cimbró los cimientos de la teoría pura del derecho; por esta razón, Kelsen, a finales de 1950, se puso en contacto de manera epistolar con Ulrich Klug, un reconocido experto en el campo de la lógica aplicada al derecho. El intercambio de ideas entre ambos autores se prolongaría hasta la primera mitad de 1960: "el 6 de marzo de 1959 Kelsen inicia una correspondencia con Klug que duraría hasta el 28 de julio de 1965 y acompañaría la génesis de los principales artículos kelsenianos sobre las relaciones entre el derecho y lógica".[565] El intercambio intelectual entre ambos autores sería publicado, 16 años más tarde, por el Instituto Hans Kelsen, como un libro que lleva por título *Normas jurídicas y análisis lógico* (publicado en castellano por el Centro de Estudios Políticos y

[565] Losano, Mario, G., "La teoría pura del derecho…", *cit.*, p. 64.

Constitucionales): "Uno de los frutos del centenario kelseniano de 1981 fue la publicación de catorce cartas entre Kelsen y Klug, que documentan la extraordinaria precisión con la que Kelsen procedía a la revisión de su propio pensamiento".[566]

El líder de la Escuela Jurídica de Viena comienza la comunicación con Ulrich Klug mediante la pregunta siguiente: "Las reglas de la lógica, ¿se aplican en su opinión al derecho considerado como conjunto de normas, a la ciencia jurídica como conocimiento de ese objeto o a ambas?".[567] Klug explica que en su opinión las reglas de la lógica se aplican a ambos objetos debido a que los dos son sistemas de proposiciones.[568] Sin embargo, el jurista austriaco no queda satisfecho con la respuesta, razón por la cual replica a Klug y expone como argumento principal el que las reglas de la lógica no se pueden aplicar a las proposiciones jurídicas, ya que las normas no son verdaderas o falsas, sino válidas o inválidas.[569]

Las razones de Kelsen no persuaden a Klug, porque la validez de una norma no es otra cosa más que la inferencia lógica de una premisa inferior respecto de otra superior (lo que también había sostenido Kelsen a través de la teoría de la construcción escalonada del derecho). Puesto que Klug afirma que las proposiciones prescriptivas y descriptivas no dejan de ser sistemas de proposiciones, recomienda su análisis en los siguientes niveles: 1) examinar las proposiciones expresadas en las normas, 2) examinar las proposiciones contenidas en las sentencias[570] y 3) examinar las proposiciones que se ocupan de ambas (aquellas que desarrollan los juristas o científicos del derecho).[571] De acuerdo con Klug, una norma y una sentencia son axiomas verdaderos

---

566 *Idem.*

567 Kelsen, Hans y Klug, Ulrich, *Normas jurídicas y análisis lógico,* trad. de Juan Carlos Gadella, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, estudio preliminar de Eugenio Bulygin, 1988, p. 29.

568 *Ibidem,* p. 30.

569 *Ibidem,* p. 37; también pp. 70-80.

570 Mario G. Losano, al igual que Ulrich Klug, no está de acuerdo con los argumentos de Kelsen. De hecho, a través del siguiente ejemplo ilustra la importancia de la aplicación de la lógica al derecho y, en particular, al análisis de sentencias: "En la República Federal de Alemania esto ha sucedido ya en un caso que conozco con respecto a una ley impositiva. Y aquí se mostró con gran sorpresa de los organismos gubernamentales competentes que el legislador, al dictar la norma correspondiente, había caído en contradicciones que antes nadie había descubierto, a pesar de que esas disposiciones legales habían sido aplicadas desde hacía ya algún tiempo. Me parece que éste es un buen ejemplo que muestra que no hay dificultades fundamentales que se opongan a la aplicación directa de principios lógicos con respecto a normas". Losano, Mario, G., "La teoría pura del derecho…", *cit.*, p. 65.

571 Kelsen, Hans y Klug, Ulrich, *op. cit.,* p. 56. Klug explica: "Las proposiciones de deber ser son, precisamente, proposiciones, y de esta manera, todos los principios lógicos que valen para las proposiciones tienen que valer también para las de deber ser". *Ibidem,* pp. 58 y 61.

cuando pueden fundamentarse en otras premisas superiores; por tal motivo, no logra entender por qué sería necesaria la introducción de una lógica especial para las normas.[572]

Kelsen no se encuentra convencido de la solidez de los argumentos de Klug, porque en su opinión las normas, a diferencia del material ideal que constituye la materia prima de la lógica, no son propiamente actos del pensamiento, sino manifestaciones de la voluntad del hombre.[573] En este punto de la comunicación entre ambos autores, pareciera ser que Klug ha sido convencido por Kelsen, pues reconoce la necesidad de distinguir entre las proposiciones prescriptivas y descriptivas. Las normas, al ser el producto de un acto político escaparían del examen científico, ya que la lógica debe tratar de mantener su rigor y objetividad científica.[574] No obstante, Klug logra recuperarse del asalto de Kelsen gracias a la introducción de la categoría de análisis "contradicción normológica", con lo cual retorna a su tesis de que las normas jurídicas también se encuentran sujetas al escrutinio de la lógica.[575]

A partir de este momento la intensidad del debate entre ambos autores iría decreciendo. La calidad de los argumentos sería cada vez más pobre en la medida en que Hans Kelsen y Ulrich Klug se limitarían a repetir de diferente manera los argumentos ya expuestos. La comunicación entre ambos autores concluye, finalmente, con el envío de un manuscrito del líder de la Escuela Jurídica de Viena titulado "Derecho y lógica", el cual sería publicado posteriormente. Aquí, en esencia, el jurista vienés expone las razones que ya había presentado a Klug durante su comunicación epistolar.[576] Sin embargo, es importante reconocer que el erudito austriaco introduce algunos argumentos novedosos en torno a la imposibilidad de la verdad o falsedad de las normas; por ejemplo, explica que mientras que un enunciado es ver-

---

[572] *Ibidem,* p. 61.

[573] El argumento de Kelsen es pobre porque no explica lo que debe entenderse por acto del pensamiento ni su diferencia con un acto de voluntad; todo acto de voluntad tuvo que ser pensado previamente. Esta distinción que realiza es de carácter psicológico. Véase, Kelsen, Hans, *Derecho y lógica,* 2a. ed., trad. de Ulises Schmill Ordoñez y Jorge Castro Valle, México, Ediciones Coyoacán, 2016, pp. 23 y 37; además, *cfr.* Schmill Ordoñez, Ulises, "Consideraciones sobre «Derecho y lógica» de Hans Kelsen", en Schmill, Ulises, *Lógica y derecho,* 2a. ed., Cossío, José Ramón (comp.), México, Distribuciones Fontamara, 1997, pp. 31 y 32.

[574] *Ibidem,* p. 66.

[575] *Ibidem,* p. 89.

[576] Kelsen, Hans, *Derecho y lógica, cit.,* p. 10. "Un conflicto de normas es algo completamente diferente de una contradicción lógica. Si pudiese ser comparado con algo, no sería con una contradicción lógica, sino… con dos fuerzas opuestas que operan en el mismo punto".

dadero o falso, sin importar el tiempo o espacio, las normas, aunque falsas, pueden ser válidas en ciertos periodos de la historia.[577]

3. *Estructura de la obra*

Uno de los principales resultados del intercambio epistolar entre Kelsen y Klug se encuentra reflejado en una obra que fue publicada de manera póstuma por el Instituto Hans Kelsen y que lleva por título *Teoría general de las normas.* Esta se encuentra integrada por un conjunto de manuscritos que Hans Kelsen escribió hacia el final de su existencia. A pesar de las evidentes contradicciones y flaquezas de la obra, comprensibles por encontrarse inconclusa y por no haber sido revisada por su autor, no debe pasar inadvertido el importante esfuerzo intelectual que su redacción le supuso a Kelsen debido a su avanzada edad. Mientras redactaba los diferentes manuscritos de su obra, el erudito vienés encontró un invaluable apoyo en su mujer, así como en Rudolf Aladár Métall. *Teoría general de las normas* puede ser comprendida como el esfuerzo final de un hombre cuya existencia se volcó hacia el desarrollo de una doctrina que pudiera dar cuenta de los temas esenciales de la ciencia del derecho.

Contrario a lo que podría sugerir el título de la obra, Kelsen no desarrolló una profunda reflexión en torno a los distintos tipos de normas; por el contrario, centró su atención en una categoría específica de éstas: las normas jurídicas. Al parecer, la obra póstuma de Kelsen adquirió el nombre con el que hoy se le conoce debido a una nota que figuraba en uno de sus manuscritos. Otra característica importante de esta monografía póstuma es que no fue escrita por su autor de manera lineal. En realidad, se trata de una serie de extensos manuscritos que se encontraban en vías de preparación, puesto que quienes le confirieron su estructura final fueron los miembros del Instituto Hans Kelsen. Por esta razón, la obra póstuma del erudito austriaco podría admitir diversas lecturas o interpretaciones.

Teoría general de las normas se compone de 61 capítulos cortos; la organización de éstos es cuestionada por Mario G. Losano:

> ...la propia ordenación de los capítulos puede, en ocasiones, parecer discutible. [Ya que] el propio plan de la obra que se ha conservado no tiene carácter definitivo. Por ello, cualquier intento de organizar este material presenta siempre un flanco a las críticas, porque impone una determinada estructura a un texto que no fue pensado en función de ella.[578]

---

[577] *Ibidem,* p. 15.

[578] Losano, Mario, G., "La teoría pura del derecho…", *cit.*, p. 73.

Para tratar de sortear esta dificultad, Kasimierz Opalek propone dividir los 61 capítulos de la obra póstuma kelseniana en tres partes. La primera abarca los capítulos I a XXXVII, donde se encuentran expuestos los temas clásicos de la teoría pura del derecho, entre los que destacan, por ejemplo, la definición de norma, la relación entre causalidad e imputación, la relación entre ser y deber, así como el problema de la validez y eficacia.[579] La primera parte del libro también contiene algunos temas novedosos, como el análisis del acto de voluntad, el conflicto entre nomas y la inclusión de la derogación entre las funciones de la norma.[580] La segunda parte comprende los capítulos XXXVIII a XLIX, a través de los cuales Kelsen dirige sus pasos hacia el centro de su interés: la imposibilidad del paralelismo entre la verdad de una proposición jurídica y la validez de una norma;[581] en esta parte se pueden encontrar algunos de los temas que el jurista austriaco ya había discutido con Klug. Finalmente, la tercera parte de la obra abarca los capítulos L a LXI; estos once capítulos constituyen el resultado de las investigaciones de Kelsen que, en términos generales, ya han sido discutidos.[582]

La evidencia bibliográfica con la que se cuenta indica que la recopilación del material, así como la redacción de la *Teoría general de las normas*, comenzó en 1960 y que el punto de madurez de las ideas de Kelsen puede situarse en torno a 1965.[583] Esta afirmación encuentra su sustento en los estudios de Kasimierz Opalek, quien analizó meticulosamente las 296 notas a pie de página de la monografía de Kelsen. De acuerdo con este autor, la literatura que el líder de la Escuela Jurídica de Viena empleó para escribir su obra póstuma puede situarse en dos épocas: de los casi 300 libros y artículos que Kelsen empleó para la confección de su obra, 94 fueron publicados hasta el final de 1939, mientras que 133 aparecieron después de ese año.[584] Llama la atención que la bibliografía más moderna que el jurista empleo es sobre todo de derecho internacional,[585] lo que resulta comprensible, ya que el jurista, debido a la coyuntura política y personal de su época, llegó a convertirse en un especialista y autoridad en la materia. El carácter internacionalista de la bibliografía empleada por Kelsen no sólo se desprende de su contenido, sino también de su origen; del periodo anterior a 1939, Kelsen empleó una bibliografía procedente de siete Estados, con especial énfasis en las obras

579 *Ibidem*, p. 74.
580 *Idem.*
581 *Idem.*
582 *Idem.*
583 *Ibidem*, p. 70.
584 *Idem.*
585 *Idem.*

alemanas; posteriormente, utilizó obras de diecisiete Estados, donde predominaban las obras inglesas.[586]

Finalmente, la bibliografía que nutre la *Teoría general de las normas* no sólo es interesante por lo que dice, sino también por sus silencios. En opinión de Mario G. Losano, existen tres grandes ausentes en el aparato crítico de esta obra: las teorías realistas, las teorías iusnaturalistas y la sociología del derecho.[587] A pesar de que Kelsen examinó críticamente todas estas corrientes epistemológicas, parece ser que el jurista austriaco realizó un deliberado *mutis*, porque quería centrar su atención exclusivamente en su objeto de estudio.

4. *Los dilemas morales en la aplicación de las normas*

El tema medular de la teoría general de las normas es dar respuesta a la interrogante siguiente: "¿de qué manera resolver el conflicto entre dos normas que regulan la misma conducta en sentido contrario al mismo tiempo?". La pregunta de Kelsen parece que forma parte del campo de la lógica, pero en realidad se sitúa en el ámbito de los dilemas morales. Para empezar, el problema planteado por el jurista vienés muestra una nueva falencia de su pensamiento: la introducción de una nueva norma hipotética. Al igual que la norma fundante, la norma derogatoria es una proposición jurídica supuesta (un recurso metodológico) que evita proyectar al infinito (hacia abajo) una cadena de normas cuyo punto de partida sería una norma derogatoria que, a su vez, tendría que ser derogada por otra, y así sucesivamente. Para evitar este problema se tendría que suponer que la primera norma derogatoria se deroga a sí misma. Así pues, con la introducción de esta categoría de análisis se puede observar que el límite superior del sistema normativo kelseniano es la norma fundante, mientras que el límite inferior es la norma derogatoria.

En realidad, cuando dos normas regulan la misma conducta en sentido contrario al mismo tiempo, el ser humano tiene ante sí dos alternativas respecto de un mismo problema, lo cual lo conducirá a formular un juicio de valor para decantarse por una u otra posibilidad. Al tomar una decisión se tienen que ofrecer razones jurídicas, se tiene que argumentar porque se tiene que convencer a las partes, y aun a la sociedad, que dicha decisión ha sido la más adecuada. Tampoco hay que olvidar que esta decisión es una nueva norma, porque el juzgador tiene que precisar quiénes son los destinatarios de ésta, y cómo y cuándo se aplica. Kelsen en realidad lo que está haciendo es encubrir un problema ético bajo los aparentes ropajes de una controversia

[586] *Ibidem*, pp. 70 y 71.
[587] *Ibidem*, p. 71.

sobre la relación entre el derecho y la lógica. La controversia entre el derecho y la lógica revela que las consideraciones morales constituyen uno de los factores que influyen en la aplicación, creación y obediencia del derecho.[588]

Ni siquiera desde una lectura ortodoxa de la teoría pura del derecho se puede sostener una separación radical entre el derecho y la moral, ya que si se obedece al derecho sin cuestionamiento alguno se hace porque se estima que dicho ordenamiento jurídico es moralmente adecuado.[589] Por este motivo, un régimen impuesto a través de una invasión, una revolución o un golpe de Estado es percibido por el ser humano como ajeno, a menos que logre instalarse en la consciencia de los destinatarios de las normas.[590] Sin un juicio de valor respecto de la fundamentación y validez del derecho no existiría diferencia alguna entre el Estado y una banda de ladrones.[591] Más aún, si la fuerza fuera de las normas fuera la única nota que caracteriza al derecho, entonces para asegurar su eficacia sería necesario colocar detrás de una persona a un gendarme, y detrás de éste, a otro, y así sucesivamente.[592] Es por ello por lo que "La vivencia del deber tiene más bien que abarcar la convicción, aunque inconsciente, de que en la misma situación todo hombre estaría obligado a obrar del mismo modo, lo que implica —por ende— un juicio de valor no sólo sobre la propia conducta, sino también sobre la humana en general".[593] Al igual que la estructura básica de las normas jurídicas, existen ciertas consideraciones morales que trascienden el tiempo y el espacio, mientras que los hechos sobre los que operan son los que cambian.[594] Esta idea es explicada por Rudolf Laun de la siguiente manera:

> Los súbditos y la ciencia del derecho no son esclavos del legisladores sino sus jueces, quienes, aun en el caso que tengan que doblegarse ante la fuerza ex-

[588] Ross, Alf, "El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural", trad. de Genaro R. Carrió y Osvaldo Paschero, en Ross, Alf, *El concepto de validez y otros ensayos,* 4a. ed., México, Distribuciones Fontamara, 2001, p. 11; *cfr.* García Máynez, Eduardo, *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo,* 10a. ed., México, Fontamara, 2016, pp. 65-92.

[589] *Ibidem,* pp. 15, 20 y 21.

[590] *Ibidem,* pp. 16-18.

[591] Laun, Rudolf, *Derecho y moral,* trad. de Juan José Bremer, México, Ediciones Coyoacán, 2013, pp. 18 y 19.

[592] *Ibidem,* pp. 20 y 21.

[593] *Ibidem,* p. 22.

[594] *Ibidem,* p. 37. Rudolf Laun explica esta característica del positivismo jurídico de la siguiente manera: "Los conceptos del llamado derecho positivo constituyen —por tanto— el medio más importante para obtener, en un círculo más o menos amplio, una objetividad, por lo menos relativa, del derecho autónomo, y solicitar la aprobación no de un individuo aislado, sino de la mayoría de los afectados por el precepto".

> terna, son los llamados a resolver, en cada momento nuevamente, si aquello que les ha mandado dicha fuerza es bueno, es decir, moral y jurídico a la vez. De ahí que el deber autónomo, como premisa suprema de la deducción imperativista, ética y jurídica al mismo tiempo, esté situado, desde el punto de vista normativo, por encima del Estado y de su legislación, que no es otra cosa que su criatura y el instrumento de sus exigencias de poderío.[595]

De esta manera, para resolver el problema planteado por Kelsen ("¿de qué manera resolver el conflicto entre dos normas que regulan la misma conducta en sentido contrario al mismo tiempo?"), el primer paso que tendría que darse sería determinar los valores en pugna. En este punto parecería que se está transitando al naturalismo jurídico; sin embargo, los valores son directrices morales que se gestan en la cabeza de los individuos, se discuten en la sociedad y se adoptan por la comunidad como lineamientos éticos que le permiten al hombre desarrollar su esencia vital.

Ciertamente, el proceso de definición e individualización de los principios morales podría alcanzar un grado considerable de precisión conceptual, con lo que podrían evitarse numerosos procesos psicológicos de los jueces,[596] quienes no son ningunos autómatas, razón por la cual durante la instrucción de un proceso en su mente pasan numerosas ideas que le impiden observar y resolver una controversia jurídica con absoluta objetividad.[597] Tras tomar una decisión, sería necesario examinar los argumentos en favor de un valor de manera racional.[598] Esta actividad estaría a manos del científico del derecho. Kelsen se encontraba frente a las puertas de una nueva época para las discusiones académicas porque la definición de los parámetros para evaluar una decisión es el objeto de estudio de la argumentación jurídica.[599] Ésta podría parecer incompatible con las aportaciones de Kelsen; sin embargo, la argumentación jurídica podría cumplir una función correctiva en

---

[595] *Ibidem,* pp. 36 y 37.

[596] Frank, Jerome, *Derecho e incertidumbre,* 4a. ed., trad. de Carlos M. Bidegain, México, Fontamara, 2012, pp. 7-135, *passim.*

[597] Welzel, Hans, *El problema de la validez del derecho. Una cuestión límite del derecho,* México, Ediciones Coyoacán, 2011, 77 pp.; en particular, pp. 17 y 18. Este autor explica: "los conocimientos y los puntos de vista logrados por la razón no gozan de validez general objetiva; cada hombre, sumido como está en la individualidad de su captación sensible, no puede conocer lo absoluto más que modificado y condicionado, a través de su individualidad y de los grados de sus fuerzas de ánimo y espíritu".

[598] Véase, por ejemplo, Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa,* trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 2018, pp. 23 y ss.

[599] Hoerster, Norbert, *Problemas de ética normativa,* trad. de Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 1992, pp. 41-48.

la medida en que permitiría depurar los argumentos jurídicos de aquellos elementos que serían ajenos al discurso normativo.

5. *¿Es posible limitar la discrecionalidad judicial en el pensamiento de Hans Kelsen?*

Uno de los problemas más complejos que Kelsen abordó hacia el final de su vida —y que dejó abierto en su obra póstuma *Teoría general de las normas*— fue el de la contradicción normativa: ¿qué ocurre cuando dos normas válidas regulan la misma conducta en sentido opuesto, una autorizándola y otra prohibiéndola? Esta cuestión desafía el principio de no contradicción de la lógica clásica, los fundamentos de la validez jurídica, la unidad del ordenamiento y el papel del juez como aplicador del derecho.

Kelsen afirma que las normas no son proposiciones verdaderas o falsas, sino válidas o inválidas, por lo que la lógica formal no se aplica directamente a ellas, sino a los enunciados que las describen. Esto implica que la resolución de contradicciones normativas no puede ser puramente lógica, sino que involucra decisiones de carácter volitivo, abriendo un margen de discrecionalidad judicial.

Sin embargo, su teoría contiene elementos que permiten construir un modelo normativo que limite esa discrecionalidad sin contradecir sus propios postulados. La clave está en articular su teoría de la construcción escalonada del derecho, el principio de competencia, y el marco de interpretación. La contradicción entre normas del mismo nivel jerárquico puede resolverse recurriendo a criterios como la generalidad, la especificidad o coherencia interna del sistema, sin recurrir a juicios de valor.

El principio de competencia refuerza esta posibilidad: una norma es válida sólo si ha sido dictada por el órgano competente. Por lo tanto, si una de las normas en conflicto carece de esta condición, puede descartarse sin recurrir a valoraciones externas. Así, la discrecionalidad se contiene dentro de parámetros normativos.

Kelsen reconoce que interpretar es también decidir, pero sostiene que no toda decisión es arbitraria. El sistema jurídico ofrece un "marco de interpretación" que limita las opciones del juez mediante criterios como jerarquía, especialidad y temporalidad. El juez actúa como un "intérprete autorizado", no como un legislador.

Aunque el jurista vienés no desarrolló una teoría de la argumentación jurídica, su exigencia de cientificidad permite una lectura que la admite como compatible: la justificación judicial debe estar fundada en razones norma-

tivas, no ideológicas. En este sentido, la argumentación racional funciona como un mecanismo de control de la discrecionalidad.

La correspondencia entre Kelsen y Klug muestra la tensión entre el formalismo kelseniano y una lógica más flexible. Si bien Kelsen insiste en que las normas son actos de voluntad, el debate sugiere la necesidad de mecanismos que regulen el juicio valorativo en la práctica judicial. Aquí, la noción de una arquitectura normativa cerrada —con una norma fundante superior y una norma derogatoria inferior— resulta especialmente útil: incluso si los extremos del sistema dependen de ficciones metodológicas, el cuerpo del sistema puede operar con reglas internas que limitan el arbitrio judicial.

Este modelo puede enriquecerse con una lectura del *Tractatus* de Wittgenstein, que plantea que el lenguaje tiene límites y que sólo es posible hablar con sentido dentro de esos límites. Aplicado al derecho, este principio implica que el juez debe respetar los límites semánticos de las normas, evitando crear nuevos sentidos no autorizados por el sistema.

Con base en todo lo anterior, se puede construir un modelo argumentativo en tres etapas:

1) Identificación de la contradicción normativa: el juez evalúa si la contradicción es real mediante el análisis de presupuestos, jerarquía y especialidad. Si no hay contradicción lógica, se aplica la interpretación ordinaria.
2) Aplicación de principios estructurales: si la contradicción persiste, el juez determina cuál norma prevalece según la jerarquía, especialidad, competencia, temporalidad y coherencia del sistema.
3) Justificación formal y lingüística: la decisión judicial debe estar fundamentada normativamente dentro del marco interpretativo delimitado, y respetando los límites del lenguaje jurídico establecidos por el sistema.

Este modelo no elimina completamente la discrecionalidad judicial, pero la racionaliza y la somete a un control estructural y lógico. El juez decide dentro de márgenes preestablecidos, sin devenir en legislador, garantizando así la cientificidad y neutralidad del derecho en el espíritu de la teoría pura de Kelsen.

Libro completo en https://tinyurl.com/472hb2hr
2026. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas,
https://www.juridicas.unam.mx/
Acervo de la BJV: https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv

Capítulo cuarto

SUBSISTEMA ONTOLÓGICO: DERECHO CONSTITUCIONAL

I. Introducción

En el área del derecho constitucional, el líder de la Escuela Jurídica de Viena no publicó tratados tan extensos como sus textos sobre metodología del derecho, sino que centró sus esfuerzos, sobre todo, en redactar un conjunto de ensayos que de algún modo tenían como objeto principal dar respuesta a ciertos problemas que él consideró apremiantes de acuerdo con el contexto político y jurídico del momento. Por este motivo, en las páginas siguientes se adoptará más bien un criterio cronológico, temático y crítico para exponer y examinar las aportaciones del profesor vienés en el ámbito del derecho constitucional. En efecto, se analizarán especialmente las principales aportaciones que Kelsen realizó a las áreas de la justicia constitucional y el parlamentarismo.

Al respecto, se procederá de la siguiente manera: en primer lugar, se expondrán algunos episodios de la vida de Kelsen con el propósito de subrayar que la génesis de la filosofía política y moral de este autor se encuentra íntimamente ligada a su experiencia vital. Después, se expondrán los desarrollos que el jurista austriaco realizó al ámbito de la justicia constitucional; en ese contexto, se hará una referencia obligada a la querella que sostuvo con Carl Schmitt. Finalmente, se analizarán las ideas del jurista austriaco sobre el parlamentarismo, y se contrastarán con las de Carl Schmitt, no sólo para destacar las principales diferencias entre el pensamiento de ambos autores, sino también para subrayar algunos puntos en los que se encontraban de acuerdo.

II. Génesis del pensamiento constitucionalista de Hans Kelsen

1. *La experiencia de Hans Kelsen como estudiante en la Universidad de Viena*

Hans Kelsen nació en Praga, hoy capital de la República Checa, en aquel entonces una de las ciudades más importantes del Imperio Austrohúngaro, el 11

de octubre de 1881, y murió en Berkeley, California, el 11 de abril de 1973. Una de las características más evidentes de la etapa final del Imperio Austrohúngaro eran sus contradicciones políticas, jurídicas y económicas, pero, por una parte, el Imperio era la meca cultural del Viejo Continente y un centro financiero muy importante de Europa. Por otra parte, era un extenso Estado donde cohabitaban numerosos grupos humanos, algunos de los cuales vivían en opulencia, mientras que otros en situación de pobreza.

La familia de Kelsen formaba parte de una minoría étnica, ya que era de origen judío y sus miembros hablaban alemán en una ciudad donde el checo era el idioma más extendido.[600] Por si lo anterior fuera poco, habría que considerar que la familia de la que provenía el futuro líder de la Escuela Jurídica de Viena era de clase media-baja y se dedicaba al comercio. Precisamente, su pertenencia a una minoría étnica permitiría a Kelsen visualizar algunos de los peligros principales a los que éstas se encuentran expuestas.

El ambiente cultural e intelectual en el que el jurista vienés estuvo imbuido también interpretó un papel significativo en su formación espiritual; las lecturas que el joven austriaco realizó también contribuyeron en la formación de su pensamiento en el ámbito de la filosofía política y moral. En ese sentido, Rudolf Aladár Métall explica:

> El joven estudiante devoró… tanto los viejos como los… modernos poetas y escritores de la lengua alemana. Entre ellos su pasión fue ante todo *Naturalezas problemáticas,* de Friedrich Spielhagen, una novela impregnada de desengaño de la vida… Fueron las novelas de Knut Hamsun las que más tarde lo impresionaron profundamente y quizá constituyeron los primeros fundamentos de la visión pesimista del mundo, que encontraría luego su fortalecimiento en las detenidas lecturas de Schopenhauer.[601]

En 1900, el joven austriaco se matriculó en la Facultad de Ciencia Jurídica de la Universidad de Viena para estudiar el grado de derecho. Tras concluir sus estudios, comenzó a redactar su tesis doctoral titulada *La teoría*

[600] La madre de Hans Kelsen hablaba checo y alemán, mientras que su padre y hermanos sólo dominaban esta última lengua. Es probable que en el seno materno del jurista austriaco se hubiera privilegiado el idioma alemán porque éste era visto como un idioma culto y podría ofrecer mayores ventajas para insertarse en el mercado laboral dominado por la industria alemana y austriaca. Rudolf Aladár Métall explica: "El idioma materno de ambos [los padres de Hans Kelsen] era el idioma alemán, aunque Auguste Löwy habla igualmente bien el checo y la parte de su familia que vivía en Bohemia y más tarde en la República de Checoslovaquia se consideró siempre perteneciente a la nación checa. Ciertamente, Hans Kelsen mismo no habló nunca checo y su idioma materno era el alemán". Aladár Métall, Rudolf, *op. cit.*, p. 20.

[601] *Ibidem,* p. 21.

del Estado de Dante Alighieri, motivado por la idea de comenzar una carrera académica. Al poco tiempo de concluir esta investigación, comenzó la redacción de su tesis de habilitación, *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado.* Precisamente durante su formación universitaria comenzaron a surgir una serie de dificultades personales, debido a su origen étnico, a las que el joven austriaco tuvo que hacer frente.

Para empezar, en 1905, frente al antisemitismo racial y religioso, el joven jurista decidió hacerse bautizar tras haber tomado la decisión de intentar hacer una carrera académica; decidió dar ese paso pues sabía que de otro modo no podría alcanzar su objetivo, que era dedicarse a la ciencia jurídica;[602] al respecto, Aladár Métall refiere:

> En 1905, aun estando en vida su padre, Hans Kelsen se había hecho bautizar, tomando tal decisión después de que resolvió intentar una carrera académica. Él creyó que tenía que dar este paso, pues de otra manera el antisemitismo, no sólo racial sino religioso, que imperaba en las escuelas superiores austriacas, le impediría el progreso en su carrera.[603]

Además de lo anterior, numerosos apoyos económicos por parte de la Universidad de Viena le fueron negados durante su formación doctoral debido a su origen judío; por ejemplo, sólo hasta 1908 pudo obtener una beca para realizar una estancia de investigación en la Universidad de Heidelberg durante tres semestres, porque al parecer el jurista austriaco había sido el único estudiante en presentarse como candidato a la mencionada beca. Cuando el joven jurista fue a despedirse de su director de tesis, el jurista Bernatzik, éste le dio a entender de manera bastante clara que:

> …tenía pocas posibilidades de hacer una carrera académica y que sería mejor para mí, llegar a ser abogado o empleado de banco. Ya antes me había percatado que su actitud frente a mí se había enfriado sustancialmente, prefiriendo visiblemente a otros miembros del seminario. Su actitud se explicaba, sólo parcialmente, como un rechazo de mis posiciones teóricas. La razón fundamental podía ser muy bien que, siendo la actitud de la facultad poco amistosa en relación con los judíos, él quisiera evitar el tener que tomar posición a favor de un candidato judío. No creo que él personalmente fuera antisemita, pero ya que el número de profesores y docentes de la facultad que no eran arios era relativamente grande, no era de hecho fácil abogar por un candidato judío.[604]

---

602 *Ibidem,* p. 28.

603 *Idem.*

604 *Ibidem,* pp. 27 y 28.

Tras su llegada a la Universidad de Heidelberg, el joven Kelsen entró en contacto con el círculo de Georg Jellinek, uno de los juristas más destacados de la época, de quien comenzó a distanciarse poco a poco porque no se encontraba de acuerdo con su teoría sobre la doble faz del derecho, esto es, que los fenómenos jurídicos deben examinarse desde un punto de vista histórico-sociológico y desde una perspectiva formalista. El futuro líder de la Escuela Jurídica de Viena no pudo concluir el periodo de investigación previsto en la Universidad de Heidelberg, porque las necesidades económicas de su familia lo constriñeron a regresar a Viena. De vuelta en esta ciudad, buscó empleo en la universidad con el propósito de mantenerse en contacto con los círculos académicos vieneses; de nueva cuenta, su origen judío le impidió alcanzar su objetivo. Aladár Métall, al respecto, narra lo siguiente:

> Solicitó [Kelsen], con buenas perspectivas de éxito, una plaza libre como redactor en las oficinas de la Universidad de Viena, lo cual le pareció deseable debido a las relaciones con la universidad y los círculos académicos… Se le comunicó, con gran júbilo de su parte, que era el mejor calificado de todos los aspirantes y que por lo tanto sería nombrado próximamente por el rector… Sin embargo, cuando el día fijado compareció Kelsen en las oficinas de la universidad, Brockhausen, visiblemente apenado, le comunicó que el propósito de nombrarlo había tropezado con dificultades inesperadas. Tras algunos titubeos se le dio a entender que, al ver los documentos que acompañaban la solicitud el rector no había advertido algo que descubrió más tarde, al leer el acta de nacimiento de 1881 y el acta de bautismo de 1905: Kelsen era de origen judío. El nombramiento de una persona de origen judío para un puesto que exigía constantes relaciones con estudiantes alemanes antisemitas no podía tomarse en cuenta.[605]

Los episodios anteriores de la vida de Kelsen muestran de manera clara como padeció diversos atropellos educativos, laborales, económicos y jurídicos debido a su pertenencia a una minoría étnica. Es probable que este tipo de vivencias personales, las lecturas que realizó, la experiencia que ganó al contemplar en primera fila el desmoronamiento del Imperio Austrohúngaro, el nacimiento de la República de Austria y el ascenso de los regímenes autocráticos por toda Europa, así como su férrea convicción por desarrollar una auténtica ciencia del derecho, le hubieran permitido comprender los riesgos a los que se encuentran expuestas las minorías étnicas frente a ciertas convicciones ideológicas, intelectuales, culturales y religiosas de una mayoría. No sólo por cuestiones intelectuales, sino también por motivos personales,

[605] *Ibidem*, p. 30.

Kelsen habría dedicado numerosas páginas al análisis de la justicia constitucional, así como al parlamentarismo.

2. *El desmoronamiento del Imperio Austrohúngaro*

A finales del siglo XIX y principios del XX, el Imperio Austrohúngaro era un Estado de dimensiones colosales que se caracterizaba por sus contradicciones. Viena era su capital y se distinguía por la riqueza étnica de su población, por su modernidad, por su belleza arquitectónica y por su aparente crecimiento y desarrollo económico. En Viena floreció la obra musical de Schönberg, Alban Berg y Anton Webern, la pintura de Jugendstil, la arquitectura de Bauhaus, Adolf Loos y Otto Wagner, las letras de Schnitzler, Rike y Hoffmannstal, la termodinámica de Boltzmann y las teorías económicas de Hayek.[606] En Viena nació el psicoanálisis de Sigmund Freud y la teoría pura del derecho de Kelsen.

El Imperio Austrohúngaro se caracterizaba paradójicamente también por la tensión constante, y en ocasiones hasta violenta, entre los diferentes grupos étnicos de su población. Por una parte, la diversidad étnica enriquecía culturalmente a la sociedad; por la otra, no siempre era posible conciliar todos los intereses de las personas. Además, entre la población existía un profundo sentimiento de pertenencia que ligaba a sus habitantes a sus lugares de origen más que al Imperio y gobierno central. Como era de esperarse, varios grupos políticos trataron de beneficiarse de este sentimiento de pertenencia, razón por la cual los líderes locales exaltaban la identidad de su población y se mostraban renuentes a someterse al mando de las autoridades centrales del Imperio Austrohúngaro por el temor a perder su posición de privilegio. Dicho de otro modo, poco a poco fue gestándose cierta tensión entre el centro y la periferia estatal que terminó desmoronando al Imperio. A lo anterior habría que sumar las consecuencias económicas y políticas que acarreó la conclusión de la Primera Guerra Mundial; se trataba, en suma, del principio del fin.

Kelsen vivió los acontecimientos descritos muy de cerca; primero como simple espectador, posteriormente como participante. Al concluir su tesis de habilitación, se incorporó como profesor *(Privatdozent)* en la Facultad de Derecho de la Universidad de Viena, puesto que ocupó entre 1911 y 1914, ya que el estallido de la Primera Guerra Mundial lo obligó a incorporarse al Ministerio de Guerra bajo las órdenes de Rudolf von Stöger-Steiner.[607] De

[606] *Ibidem*, p. 10.

[607] *Ibidem,* pp. 35 y ss.

esta manera, el fundador de la teoría pura del derecho fue involucrándose en el desenvolvimiento de los acontecimientos políticos de la época; primero como parte del cuerpo burocrático de dicho ministerio, posteriormente al escalar por los peldaños de la administración pública como asesor de figuras políticas del más alto nivel.

Esta situación le permitió al erudito austriaco situarse en una posición por medio de la cual pudo presenciar en primera fila el desarrollo de los acontecimientos históricos que culminaron en la desintegración del Imperio Austrohúngaro y el nacimiento de la República de Austria. En ese sentido, de inmediato se dio cuenta que la derrota del ejército austrohúngaro suponía también el desmoronamiento de la monarquía.[608] Por tal motivo, para él la salvaguarda de la cohesión territorial y social del otrora Imperio Austrohúngaro se convirtió en uno de los temas prioritarios de sus reflexiones académicas.[609] El propio Kelsen expone sus reflexiones de la manera siguiente:

> Dado que el ejército era lo único que mantenía unida a la monarquía, no me cabía la menor duda de que sería inevitablemente liquidada, a menos que se hiciera el intento de mantenerla en una forma completamente nueva. En este sentido preparé un memorándum que terminaba con la siguiente proposición: …el emperador debería declarar que su persona y la dinastía no constituirían obstáculo alguno, pero que si la nueva federación de Estados lo consideraba necesario, por razones económicas y políticas, él estaba dispuesto a figurar de algún modo al frente de [una] federación. Quizá los factores económicos y políticos, que hasta la fecha habían hecho necesaria la existencia de la monarquía en el corazón de Europa, serían suficientemente fuertes para mantener con vida un Estado federal centroeuropeo.[610]

Kelsen publicó muy poco durante los años en los que trabajó en el Ministerio de Guerra, sobre todo porque así se lo habían impuesto sus superiores jerárquicos debido a que la publicación de algún documento académico podría comprometer no sólo el puesto que ostentaba, sino a todo el Ministerio. Esto no quiere decir, de ninguna manera, que él hubiera suspendido sus actividades científicas. Por el contrario, en aquel momento el jurista austriaco comenzó una investigación de largo aliento sobre el problema de la soberanía. Por si lo anterior fuera poco, organizó un seminario privado en su apartamento, el cual estaba conformado por un grupo selecto de algunos jóvenes que habían sido sus alumnos entre 1911 y 1914.[611] Al terminar la

608 *Ibidem,* p. 38.
609 *Idem.*
610 *Idem.*
611 *Ibidem,* p. 47.

Gran Guerra, Kelsen había recibido dos ofertas de trabajo para permanecer en la administración pública austriaca. No obstante, el erudito albergaba el deseo de incorporarse como profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Viena, lo que finalmente consiguió.[612]

El profesor vienés, en los años posteriores a la Gran Guerra, redujo su participación política a tertulias y seminarios privados entre algunos intelectuales que se reunían en el Café de la Peña:[613] "Ahí se encontraba a menudo con un grupo de políticos e intelectuales que, aun siendo liberales, no compartían las mismas posiciones. Entre ellos estaban Karl Renner, Otto Bauer y Max Adler".[614] También mantuvo contacto con personalidades de la derecha austriaca, como Josef Schumpeter, más tarde ministro de finanzas y de quien había sido padrino de bodas, Ludwig von Mises, Othmar Spann, Rudolf Sieghart, Rudolf Goldscheid, Richard N. Coudenhove-Calergi, Emanuel von Grab y Richard Strauss.[615]

La conclusión de la Primera Guerra Mundial trajo consigo numerosos cambios en la política, economía y sociedad del otrora Imperio Austrohúngaro, entre los cuales se encontró el hecho de que la tensión entre los numerosos grupos sociales y políticos se agudizó. En efecto, se conformaron dos grandes bloques: el que pugnaba por una reconfiguración administrativa del Imperio como una República centralista, y el que luchaba por el establecimiento de una República federal. Sobre este episodio histórico, Sara Lagi refiere:

> El colapso de la monarquía de los Habsburgo significó una transición hacia una república democrática que fue proclamada oficialmente en 1919, y, de manera más precisa, el establecimiento de una Asamblea Nacional Provisional, que albergó tres fuerzas políticas principales: el Partido Socialcristiano, los nacionalistas, así como los socialdemócratas.[616]

La Asamblea Nacional Provisional era un órgano de gobierno transitorio con miras al establecimiento de un congreso constituyente que pudiera darle una ley fundamental a la futura República de Austria. Al respecto, de nueva cuenta, Sara Lagi precisa: "En febrero de 1919, el Congreso Constitu-

---

612 *Ibidem,* p. 44.

613 *Ibidem,* p. 50.

614 *Idem.*

615 *Ibidem,* pp. 50 y 51.

616 Lagi, Sara, "La teoría de la justicia constitucional de Hans Kelsen como una alternativa antiautoritaria: algunas cuestiones y controversias", trad. de Augusto Fernando Carrillo Salgado, en Ibarra Palafox, Francisco; Carrillo Salgado, Augusto Fernando; Hernández Manríquez, Javier, y Muñoz Mendiola, Julio César (coords.), *op. cit.,* p. 283.

yente fue electo a través del sufragio universal de hombres y mujeres… Todo el proceso constituyente estuvo profundamente marcado por la lucha directa entre los socialdemócratas y socialcristianos, para determinar el sistema institucional de la República austriaca".[617] Como se ha explicado en líneas superiores, esta pugna no era más que el reflejo de la tensión entre centro y periferia de las fuerzas políticas austriacas:

> ...las fuerzas católicas conservadoras pugnaban por una solución federal, principalmente porque su presencia era especialmente fuerte entre los estados federados (*Länder)*… Por otra parte, los socialdemócratas estaban a favor de una solución centralizada y unitaria, porque, a diferencia de sus adversarios, la "Viena roja" era su baluarte.[618]

A finales de 1918, el profesor austriaco fue llamado por Karl Renner, quien en aquel entonces era canciller de Austria, para solicitarle su participación en la preparación de la Constitución de la recién nacida República.[619] Renner compartía con Kelsen una apreciación positiva de la democracia parlamentaria como mejor forma de gobierno, y estaba preocupado también por salvaguardar la unidad territorial y política del Imperio. Renner dio al jurista vienés un amplio margen de acción para que realizara su labor y sólo le indicó que dos elementos tendrían que aparecer obligatoriamente en sus proyectos de Constitución: la salvaguarda de la democracia parlamentaria y una descentralización que no constituyera una limitación muy fuerte al gobierno central.[620]

El canciller austriaco le sugirió a Kelsen que tomara como ejemplo a la Constitución de Weimar, que había sido promulgada recientemente a consecuencia de la conclusión de la Primera Guerra Mundial; a pesar de ello, la Constitución de Austria mantuvo una identidad propia. En ese sentido, por ejemplo, entre las principales diferencias que existen entre ésta y la alemana se encuentra que la Constitución de Austria no contempló un catálogo de derechos público-subjetivos como el de su homóloga alemana, porque la Ley Fundamental del Estado de 1867, todavía en vigor en el otrora Imperio Austrohúngaro, cumplía con esa función.[621]

Si bien es cierto que Kelsen ya se había convertido en un jurista y actor político reconocido, se estaría faltando a la verdad si se dijera que la Cons-

---

617 *Idem.*

618 *Idem.*

619 *Ibidem,* p. 52.

620 *Idem.*

621 *Ibidem,* pp. 53 y 54.

titución de Austria es producto exclusivo de su genialidad; en realidad, no trabajó de manera aislada, sino que se incorporó a un cuerpo de expertos para tratar de resolver la cuestión:

> Cuando la Asamblea Nacional "constituyente" amenazaba con fracasar en su tarea principal, debido principalmente a los conflictos entre los partidos y a las tendencias centrífugas de las regiones (*Länder*), se constituyó, el 11 de julio de 1920, una comisión de expertos integrada por el doctor Mayr, Kelsen, el doctor Fröhlich y el doctor Mannlicher.[622]

Puesto que la tutela de los derechos público-subjetivos era un tema resuelto gracias a la existencia de la Ley Fundamental del Estado de 1867, el erudito austriaco centró su atención, sobre todo, en idear un mecanismo para resolver las tensiones que pudieran surgir entre centro y periferia (entidades federativas y gobierno central); la solución que Kelsen propuso fue el control concentrado de constitucionalidad por un órgano jurisdiccional.[623] Éste es, precisamente, el sello característico de la Constitución austriaca y una de las principales aportaciones que el jurista vienés realizó al constitucionalismo contemporáneo.

III. El control concentrado de la Constitución en la obra de Hans Kelsen

1. *Una institución para la salvaguarda de la cohesión de la República de Austria*

En el ideario colectivo existe la idea de que el erudito austriaco propuso un modelo de justicia constitucional parecido a los que hoy existen, esto es, el de un tribunal que conoce tanto de las disputas que surgen entre el gobierno central de un Estado y las demarcaciones políticas que lo componen a través de mecanismos como la acción de inconstitucionalidad, o acción pública de inconstitucionalidad, y la controversia constitucional, así como de aquellas controversias cuyo eje central es la protección de los derechos fundamentales de los individuos, como en el caso del juicio de amparo, el recurso de amparo y la acción de tutela.

Sin embargo, los desarrollos del líder de la Escuela Jurídica de Viena en el ámbito de la justicia constitucional no han sido bien comprendidos ni

[622] *Ibidem*, p. 54.
[623] *Idem.*

suficientemente discutidos entre los estudiosos del derecho. En realidad, el modelo de control concentrado de constitucionalidad que Kelsen plasmó en la primera Constitución de la República de Austria se refería sobre todo a los mecanismos que permiten preservar la distribución de competencias entre el gobierno central de un Estado y sus entidades federativas. En otras palabras, el erudito austriaco estaba preocupado, sobre todo, en mantener la unidad entre el centro y la periferia de lo que fue el Imperio Austrohúngaro.

Georg Jellinek, un jurista positivista y un pensador político de inspiración liberal, ya había concebido a la justicia constitucional como un mecanismo para la salvaguarda de los derechos público-subjetivos de los individuos frente a las arbitrariedades de un gobierno despótico;[624] esto es, como uno de los principales instrumentos para proteger los derechos de las minorías frente a los ataques de las mayorías.[625] Es probable que la preocupación de Jellinek por proteger a los individuos frente al poder del Estado encuentre su origen, al igual que en el caso de Kelsen, en su propia experiencia vital. Jellinek, en efecto, al ser de origen judío, formaba parte de una minoría étnica (de hecho, ésta fue la causa principal por la que tuvo que abandonar su puesto como profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Viena); en segundo término, su convicción se vio reafirmada porque los años que pasó en la capital del Imperio Austrohúngaro, caracterizada por su composición multicultural (integrado por alemanes, húngaros, checos, polacos, rutenos, rumanos, italianos, croatas, serbios, eslovacos y eslovenos), le mostraron la delicada condición de las minorías frente a la mayoría.[626]

En esencia, Jellinek expuso sus ideas respecto de la función que debería cumplir un tribunal constitucional en una obra que lleva por título *Una corte constitucional para Austria*. En este texto, el autor propone la transformación de la Corte Imperial de Austria (un órgano judicial en materia de derecho administrativo) en un tribunal constitucional cuya función principal sería ofrecer a las minorías la oportunidad de que pudieran impugnar las iniciativas de ley y medidas del Estado que restringieran o vulneraran sus derechos público-subjetivos.[627] Jellinek enarbolaba esta idea porque en su opinión la historia del pensamiento jurídico y político del siglo XIX se había caracterizado por la constante búsqueda por definir las fronteras del poder del Estado frente al individuo.[628]

---

[624] Lagi, Sara, "Georg Jellinek: un pensador político liberal…", *cit*., p. 189.

[625] *Ibidem,* p. 193.

[626] *Ibidem,* p. 192.

[627] *Ibidem,* p. 194.

[628] Jellinek, Georg, *Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich,* Viena, Alfred Hölder, 1885, pp. 1 y 2.

Estos mecanismos tendrían que abarcar también la protección de las minorías parlamentarias frente a las mayorías.[629] De acuerdo con la tradición liberal, como en el caso de Jean Jacques Rousseau, el parlamento, al ser el representante del pueblo, no podía atentar contra éste. El triunfo de la mayoría haría ver a las minorías que se encontraban equivocadas.[630] Por supuesto, la idea que había planteado el filósofo ginebrino, además de cumplir con una función epistemológica, también entrañaba repercusiones prácticas, a saber: silenciar la participación en la toma de decisión de la otrora aristocracia pro monárquica.[631] Conforme la nueva realidad política impuesta por la Revolución francesa fue normalizándose, la idea de Rousseau se convirtió en un verdadero problema, porque impedía la participación de las minorías parlamentarias en la creación de las normas.

Jellinek abandonó parcialmente el punto de vista de Rousseau y se situó en una posición un poco más realista en términos políticos. Para Jellinek, los derechos público-subjetivos de las minorías deberían estar protegidos también en el parlamento.[632] Además, estaba consciente de que el punto de vista de Rousseau no era más que una ficción porque los legisladores ya no mantenían un contacto con sus representados después del proceso electoral. Por tal motivo, para Jellinek, "el parlamento era concebido como aquel lugar en el que podía tomar forma la «tiranía de la mayoría», y en el que los legisladores podían amenazar los derechos de libertad de la minoría".[633] Jellinek discrepaba de las ideas de Rousseau, en efecto, porque su "pueblo" poseía atribuciones legislativas ilimitadas, y, en consecuencia, podría devenir un tirano.[634] Por este motivo, inspirado por la tradición jurídica estadounidense, destacó la importancia de la promulgación de un catálogo de derechos de rango constitucional que fueran inalterables,[635] los cuales debían ser tutelados por un tribunal especializado.

Kelsen, por su parte, entendía que, en principio, la cuestión de la salvaguarda de los derechos público-subjetivos de las minorías se encontraba resuelta en el plano teórico gracias a los desarrollos constitucionales de su

---

629 *Ibidem,* p. 3.

630 Baumert, Renaud, "Kelsen, lecteur critique de Rousseau : De la volonté générale à la volonté collective", *Jus Politicum,* núm. 10, 2013, pp. 7-9.

631 Jellinek, Georg, *Ein Verfassungsgerichtshof…, cit.,* p. 5.

632 Lagi, Sara, "Hans Kelsen e Georg Jellinek: Il parlamento", en Lagi, Sara, *Il pensiero politico di Hans Kelsen (1911-1920). Le origini di Essenza e valore della democrazia,* Génova, Name, 2007, pp. 63, 64, 69-71.

633 *Ibidem,* p. 65. La traducción es propia.

634 *Ibidem,* p. 66.

635 *Ibidem,* pp. 67 y 68.

maestro Jellinek, así como a la existencia del Tribunal Administrativo Austriaco, encargado de velar por la adecuada aplicación de la Ley Fundamental del Estado de 1867. La atención del erudito austriaco, en consecuencia, se centró en una necesidad inmediata: la salvaguarda de la integridad espacial, jurídica y política del otrora Imperio Austrohúngaro. En otras palabras, trató de encontrar un mecanismo para reconducir por los causes ascéticos de la racionalidad jurídica la constante efervescencia política que brotaba entre el centro de la recién nacida República de Austria y sus entidades federativas.

En efecto, al desmoronarse el Imperio Austrohúngaro las facciones políticas a favor de un gobierno central (los partidarios de la Monarquía Austriaca que aún conservaban algo de poder político) trataron de preservar la mayor cantidad de prerrogativas a su favor, mientras que todas las entidades federativas se dieron prisa en promulgar Constituciones locales a fin de salvaguardar sus intereses (fuerzas políticas centrífugas).[636] En una palabra, la joven República de Austria se debatía entre constituirse en un Estado unitario o uno federal. Un primer paso para resolver esta contradicción entre centro y periferia fue reservar la competencia legislativa al gobierno federal, al tiempo que se permitió a las entidades federativas la ejecución de tales disposiciones jurídicas.[637] Pero no sólo eso, también se pactó una modesta participación de éstas en la configuración de las leyes. El Consejo Nacional era el titular de la competencia legislativa federal, mientras que las dietas territoriales eran los órganos legislativos de las entidades federativas,[638] los cuales participaban en la legislación nacional a través del Consejo federal, cuyos miembros eran elegidos, precisamente, de entre los miembros de las dietas.[639]

Aunque este diseño institucional permitía la participación de las entidades federativas en la creación de las normas, a menudo se presentaban algunos problemas en su creación, ya que en cada entidad federativa coexistían órganos administrativos tanto federales como locales.[640] Era necesario, por lo tanto, que el Estado austriaco pudiera garantizar el respeto de las competencias jurídico-administrativas establecidas entre los órganos del

[636] Kelsen, Hans, "Jurisdicción constitucional y jurisdicción administrativa al servicio del Estado federal, según la nueva Constitución federal austriaca de 1o. de octubre de 1922", trad. de Juan Luis Requejo Pagés, en Kelsen, Hans, *Escritos sobre justicia constitucional*, Madrid, Tecnos, Juan Luis Requejo Pagés (ed.), 2021, pp. 3-6.

[637] *Ibidem,* pp. 8 y 9.

[638] *Ibidem,* p. 9.

[639] *Idem.* Las entidades federativas no contaban con el mismo número de representantes, pues el número de éstos estaba condicionado por la cantidad de ciudadanos que habitaban en la demarcación territorial.

[640] *Ibidem*, p. 13.

gobierno federal y los órganos del gobierno local para asegurar la existencia de la joven República de Austria. Kelsen consideró que el mejor garante de la Constitución tendría que ser un órgano jurisdiccional, ya que a su modo de ver las cosas éste se sitúa en un punto medio entre la administración y la legislatura, del mismo modo que entre el gobierno federal y las entidades federativas. Pero no sólo eso, al estar constituido por un cuerpo de peritos en derecho, el tribunal constitucional podría ir construyendo, con una técnica jurídica adecuada, los límites normativos entre el gobierno central y las entidades federativas de la República de Austria. Él mismo explica la cuestión de la siguiente manera:

> El hecho de que la Constitución federal condicione, en una medida desacostumbradamente extensa desde el punto de vista del puro principio del Estado federal, las constituciones de los *Länder*… plantea el problema técnico jurídico del control de constitucionalidad federal de la administración del *Land*… Podría, a lo sumo, cuestionarse… si el necesario control jurídico tendría que ser ejercido por órganos de la federación, por órganos de los *Länder* o por órganos comunes de la federación y los *Länder.*[641]

Kelsen se decantó por un órgano jurisdiccional que garantizara la aplicación de las normas constitucionales, pero ¿qué tipo de tribunal tenía en mente? El jurista planteó la existencia de un Tribunal Constitucional Austriaco que coexistiera con el Tribunal Administrativo,[642] el cual, entre otras funciones, era el encargado de salvaguardar los derechos público-subjetivos de los ciudadanos tutelados por la ya mencionada Ley Fundamental del Estado de 1867. Desde el punto de vista de su composición, el Tribunal Administrativo Austriaco se integraba por jueces profesionales que eran designados por el presidente de la Federación, a propuesta del gobierno federal. La conformación de dicho tribunal entrañaba un componente democrático, ya que el nombramiento de su presidente, y la mitad de sus miembros, necesitaba el consentimiento del vicepresidente de la República de Austria, de la comisión principal del Consejo Nacional y del Consejo Federal.[643]

Por su parte, el Tribunal Constitucional Austriaco estaba integrado por un presidente, un vicepresidente, doce miembros titulares y cuatro suplentes. El presidente, vicepresidente y la mitad de los miembros titulares y suplentes eran elegidos de manera vitalicia por el Consejo Nacional, mientras que la otra mitad por el Consejo Federal.[644] Así pues, la participación de

[641] *Ibidem,* p. 15.
[642] *Idem.*
[643] *Ibidem,* p. 16.
[644] *Idem.*

las entidades federativas en la conformación de dicho tribunal se encontraba garantizada; en otras palabras, con este diseño institucional se aseguraba que la voz de las entidades federativas y la del gobierno federal sería escuchada. En síntesis, de acuerdo con el propio Kelsen, "Desde el punto de vista de su nombramiento ambos tribunales pueden ser considerados como órganos comunes de la federación y los *Länder* y, por tanto, el control jurídico que ejercen sobre estas últimas no tiene una connotación completamente centralista".[645]

Entre las principales tareas del Tribunal Constitucional ideado por Kelsen se encontrarían el control de constitucionalidad de las normas federales y locales,[646] como lo explica:

> ...es inadmisible que una ley federal ordinaria irrumpa en el ámbito de competencias garantizado constitucionalmente al *Land*; no menos inadmisible que el que una ley territorial regule objetos reservados a la federación. En la observancia de la Constitución radica la única garantía para la conservación de la competencia legislativa de los *Länder* frente a la de la federación.[647]

El Tribunal Constitucional ideado por el profesor vienés era un agente de equilibrio entre las fuerzas jurídico-políticas del gobierno central y las entidades federativas. Este órgano jurisdiccional también podía dirimir controversias de carácter administrativo, siempre y cuando éstas entrañaran un problema de constitucionalidad;[648] en ambos casos, el carácter del Tribunal Constitucional sería excepcional en relación con los demás tribunales y autoridades administrativas.[649]

Por ese motivo era lógica la coexistencia del Tribunal Administrativo con el Tribunal Constitucional, porque el primero cumplía sus encomiendas de manera cotidiana, mientras que el segundo sólo de forma excepcional. Además, a diferencia de la tarea principal encomendada al Tribunal Administrativo Austriaco, el Tribunal Constitucional no podía pronunciarse sobre el fondo del asunto, sólo podía determinar si la norma aplicada vulneraba el ámbito de competencia de la Federación austriaca o de alguna de las entidades federativas.[650]

El procedimiento de control de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional concebido por el erudito austriaco podía ser incoado por demanda

---

645 *Idem.*
646 *Ibidem,* p. 17.
647 *Ibidem,* p. 23.
648 *Ibidem,* p. 19.
649 *Ibidem,* p. 20.
650 *Ibidem,* pp. 32-34.

del gobierno federal en relación con una norma local o territorial que afectara el ámbito de su competencia, por el gobierno de una entidad federativa cuando una norma del gobierno federal lesionara su ámbito de acción, o de manera *ex officio* (esto es, por *motu proprio)* por el propio Tribunal Constitucional.[651] Quienes estaban legitimados para interponer la demanda eran los titulares del gobierno, federal o de la entidad federativa, sin que tuviera que acreditar un interés especial.[652] La demanda podía presentarse en cualquier momento.[653] En esencia, la inconstitucionalidad podía consistir en la inobservancia del proceso establecido por la Constitución para la creación de una norma o que el contenido de ésta rompiera con el orden de competencias establecido en la Constitución de la República de Austria.[654] En caso de que el Tribunal Constitucional concluyera que una norma era inconstitucional, ésta tenía que ser revocada (el efecto de la revocación podía referirse a toda la norma o a una porción de ella).

Por lo que respecta a los efectos en el tiempo de las sentencias del Tribunal Constitucional ideado por Kelsen, existen por lo menos tres posibilidades. Como regla general, los efectos de la sentencia dictada en la causa eran inmediatos y futuros; la derogación de la norma tenía lugar con la publicación de la sentencia en el boletín federal o territorial.[655] Sin embargo, el Tribunal Constitucional, atendiendo a las circunstancias del caso, podía conceder un plazo que no excediera los seis meses para que una norma declarada inconstitucional, o una porción de ésta, perdiera su vigencia. Además, también existía la posibilidad de que los efectos de la sentencia tuvieran un carácter retroactivo, siempre y cuando de la controversia expuesta ante el órgano de control constitucional se desprendiera que los efectos de la sentencia sólo afectarían a las partes en conflicto.[656]

Las competencias del Tribunal Constitucional ideado por Kelsen iban más allá de resolver las controversias que pudieran suscitarse por la invasión de competencias; por ejemplo, el Tribunal podía dirimir las impugnaciones de elecciones al Consejo Nacional, al Consejo Federal, a las Dietas y, en general, a todos los cuerpos generales de representación.[657] También podía resolver los conflictos sobre la pérdida de mandato de algunos representantes, como el presidente federal, los miembros del gobierno federal y

[651] *Ibidem,* p. 24.
[652] *Idem*.
[653] *Idem.*
[654] *Ibidem,* p. 25.
[655] *Ibidem,* p. 26.
[656] *Idem.*
[657] *Ibidem,* p. 37.

los miembros de un gobierno territorial.[658] El Tribunal Constitucional kelseniano ocupaba el puesto más alto en la jerarquía jurisdiccional, pero no sólo desde un punto de vista formal, sino también, y sobre todo, funcional, pues era el encargado de resolver los conflictos de competencia entre los tribunales y las autoridades administrativas, entre los tribunales y el Tribunal Administrativo, y los conflictos de atribuciones entre el propio Tribunal Constitucional y el Administrativo.[659]

El modelo de control concentrado de constitucionalidad propuesto por Kelsen, y plasmado en el texto de la Constitución de la República de Austria, se encuentra ligado a la teoría de la construcción escalonada del derecho adoptada de Adolf Merkl.[660] El Tribunal Constitucional desempeñaría una labor altamente técnica porque tendría que encargarse de examinar la adecuación de las normas federales o locales con el contenido constitucional y los procedimientos de creación de las leyes establecidos en la carta magna. El modelo de control concentrado de constitucionalidad propuesto por Kelsen se basa en el examen lingüístico de las prescripciones normativas y su jerarquía; en otras palabras, el juez constitucional, dentro de una controversia, debe cerciorarse de que una norma secundaria hubiera sido promulgada conforme al proceso legislativo, y que su contenido guarde correspondencia con las proposiciones jurídicas de la Constitución. La teoría de la construcción escalonada del derecho permite observar la complejidad de la interrelación entre las normas, ya que la estructura de un sistema normativo no puede ser reducida a una "pirámide" como por lo general se cree.[661] Sobre este último punto, Matheus Pelegrino da Silva explica lo siguiente:

> …la presentación de la construcción escalonada sugiere que las decisiones judiciales siempre están basadas en normas que se encuentran expresadas en la Constitución, en una ley o en un decreto (o en otro tipo de normas generales). Esto podría ser una representación errónea sobre la manera en que se crean los diferentes tipos de normas, porque no todas las decisiones judiciales se basan en decretos, ya que pueden fundarse únicamente en prescripciones presentes en las leyes. En algunas circunstancias, las disposiciones de las leyes tampoco serán utilizadas para fundar una decisión judicial, tal como sucede cuando una corte constitucional declara en una sentencia que una ley es inconstitucional. Esta decisión, como debería ser fácil de ver, no está basada en

[658] *Idem.* Véase, también, p. 39.

[659] *Ibidem*, p. 38.

[660] Muñoz Mendiola, Julio César, "La vigencia del pensamiento kelseniano en torno a la jerarquía de la Constitución", en Carrillo Salgado, Augusto Fernando y Muñoz Mendiola, Julio César (coords.), *op. cit.,* pp. 154 y 155.

[661] Pelegrino da Silva, Matheus, *op. cit.,* pp. 129.

> la ley, sino solamente en normas constitucionales, y anula una disposición, lo que claramente indica que las decisiones judiciales, al menos en algunas circunstancias, no son jerárquicamente inferiores a las leyes.[662] Un tercer problema con la representación usual de la construcción escalonada está relacionado con el hecho de que cada peldaño está casi siempre ocupado por un solo tipo de norma, y la posibilidad de que un peldaño sea ocupado por más de un tipo de norma usualmente no se menciona.[663]

El control de constitucionalidad de las normas es una actividad que requiere un conocimiento profundo del andamiaje de un sistema normativo, razón por la cual debe recaer en las manos de un perito del derecho. Además, puesto que dicho control de constitucionalidad, en numerosas ocasiones, entrañaba un componente contramayoritario, no podía ser realizado con base en meras consideraciones políticas. En realidad, la característica anterior del Tribunal Constitucional kelseniano fue el punto de partida de numerosas críticas, pues se llegó a afirmar que era un tribunal contramayoritario y burgués, porque mientras que el parlamento promulgaba ciertas normas, un cuerpo reducido de juristas las derogaba. Entre los numerosos argumentos que Kelsen ofreció para defender su punto de vista se encuentra el de que la soberanía pertenece a todo el Estado, entendido como un sistema de normas, y no solamente a uno de sus órganos, como el parlamento.[664]

El modelo de control de constitucionalidad propuesto por Kelsen fue novedoso en Europa central, pues no sólo había sido creado para aliviar las tensiones políticas entre las entidades federativas y el gobierno central de la República de Austria, sino que también, colateralmente, había revitalizado la doctrina de la división de funciones al mostrar que ésta no debía entenderse en términos absolutos, sino funcionales y que, puesto que los órganos del Estado convivían de manera dinámica y constante, era necesario un ente que pudiera salvaguardar el equilibrio entre los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial.[665] En ese sentido,

> ...aunque el diseño institucional prevé un desarrollo armónico entre poderes públicos… lo cierto es que no puede advertir y contener todas las tensiones que se dan en un sistema de control de poder… parecería más una necesidad

662 *Ibidem,* p. 130.

663 *Ibidem,* p. 132.

664 Muñoz Mendiola, Julio César, "La vigencia del pensamiento kelseniano…", *cit.*, p. 157.

665 Véase Muñoz Mendiola, Julio César, "La legitimidad democrática del juez constitucional a través de su función del ejercicio del poder público", en Muñoz Mendiola, Julio César, *La legitimidad democrática del juez constitucional,* México, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 102-105.

> conceptual o de praxis política, que una forma de dar respuesta a la complejidad del diseño institucional del modelo constitucional actual.[666]

Finalmente, como consecuencia lógica del razonamiento anterior, además del reconocimiento o identificación de las normas que forman parte del texto constitucional, los jueces constitucionales deben garantizar su respeto y asegurar que sus sentencias se concreticen,[667] pero éstas, para su materialización en la realidad social, requieren el involucramiento de diferentes órganos del Estado y poderes públicos (ejecución de sentencia),[668] de ahí la necesidad de que los jueces constitucionales, en sus sentencias, den instrucciones precisas a los órganos del Estado para asegurar su cumplimiento.

2. *Una institución para la salvaguarda de la libertad*

Como se ha visto, el Tribunal Constitucional fue diseñado por Kelsen para mantener la integridad territorial, política y jurídica de la recién nacida República de Austria; sin embargo, el modelo jurisdiccional ideado por el profesor austriaco sufrió algunas transformaciones a lo largo de la década de 1920 y 1930 como respuesta a los cambios políticos acaecidos en Austria debido a la efervescencia social que se vivía en toda Europa. En efecto, la experiencia que el erudito austriaco obtuvo en tanto juez constitucional[669] y profesor universitario le permitió comprender la coyuntura política de su tiempo y replantear algunas de sus ideas en torno a la naturaleza y funciones de un Tribunal Constitucional.

Las reflexiones del erudito austríaco sobre este tema están reflejadas en un ensayo que publicó en 1928 y que lleva por título *La garantía jurisdiccional de la Constitución;* en el preámbulo de este trabajo explica que para su redacción se apoyó en "su experiencia de muchos años como miembro y relator permanente del Tribunal Constitucional de Austria".[670] El líder de la Escuela Jurídica de Viena, durante los años en que ocupó un puesto en el tribunal antes referido, pudo seguir de cerca la decadencia económica y política de Austria. El final de la Gran Guerra trajo consigo el surgimiento de movi-

---

666 *Ibidem,* p. 104.

667 *Ibidem,* p. 113.

668 *Ibidem,* p. 114.

669 Hans Kelsen pudo incorporarse como miembro del Tribunal Constitucional de Austria gracias al impulso político de Karl Renner, así como de la Asamblea Nacional. Al respecto, véase Aladár Métall, Rudolf, *op. cit.,* p. 65.

670 Kelsen, Hans, "La garantía jurisdiccional de la Constitución. La justicia constitucional (a)", trad. de Juan Luis Requejo Pagés, en Kelsen, Hans, *Escritos…, cit.,* pp. 155 y 156.

mientos políticos de extrema derecha e izquierda que sustituían al individuo por la masa. En ese contexto, Kelsen se dio cuenta de que la libertad del individuo corría peligro y, por tal motivo, creyó que el Tribunal Constitucional podría ser un instrumento contra el liberticidio de la mayoría y la opresión de la minoría.[671]

El erudito austriaco entendía a la democracia, así como a sus instituciones para su defensa, como una forma de gobierno y coexistencia social en oposición a los sistemas políticos de extrema derecha e izquierda, encarnados, respectivamente, por el fascismo y el comunismo.[672] Durante su encargo como juez constitucional, pudo presenciar el surgimiento de movimientos radicales de extrema izquierda y derecha, esta última representada por el Partido Socialcristiano,[673] cuya principal oposición política era el Partido Socialdemócrata. Los socialcristianos fueron ganando paulatinamente poder político en el parlamento, el cual deseaban eliminar para otorgar mayores facultades al presidente de la República de Austria y, de este modo, poder concretizar sin mayores aspavientos su agenda política.[674] "Buscaban facilitar así, en caso de emergencia, un gobierno sin parlamento, ya que en el parlamento el Partido Social-cristiano, no sólo requería del Partido Nacionalista, formado por la derecha burguesa para integrar mayoría, sino que además se veía cada vez más obstaculizado por una fuerte minoría social-demócrata".[675] El Partido Socialcristiano, a través de un hábil discurso cargado de retórica, deseaba vender la idea de que éste representaba la verdadera democracia por tratarse de la fuerza mayoritaria en el parlamento y, al haber conquistado el poder, ya no era necesaria la existencia de esta institución.

Pero el parlamento no fue el único blanco de los ataques de los socialcristianos; por el contrario, ellos también centraron sus esfuerzos en acabar con el Tribunal Constitucional diseñado por Kelsen;[676] un objetivo que alcanzaron al sustituirlo por un tribunal *ad hoc* a su agenda política, y aunque trataron de conservar al erudito austriaco como miembro de este nuevo tribunal, él decidió declinar tan "generosa" oferta, porque implicaba amordazarlo intelectual y políticamente, así como contribuir a mantener una opere-

---

671 Lagi, Sara, "La teoría de la justicia constitucional de Hans Kelsen…", *cit.*, p. 287. Véase, también, Robles Vázquez, Jorge, "La concepción de autocracia en el pensamiento político de Hans Kelsen", en Ibarra Palafox, Francisco; Carrillo Salgado, Augusto Fernando; Hernández Manríquez, Javier, y Muñoz Mendiola, Julio César (coords.), *op. cit.*, pp. 227-236.

672 Lagi, Sara, "La teoría de la justicia constitucional de Hans Kelsen…", *cit.*, p. 288.

673 Aladár Métall, Rudolf, *op. cit.*, p. 65.

674 *Ibidem,* p. 66.

675 *Idem.*

676 Kelsen, Hans, "La garantía jurisdiccional de la Constitución…", *cit.*, p. 156.

ta "democrática".[677] En otras palabras, si Kelsen hubiera permanecido como uno de los miembros del Tribunal Constitucional se habría convertido en una de las marionetas de los socialcristianos. Walter Frisch Philipp explica este episodio histórico de la manera siguiente:

> El cinco de marzo de 1933, se puso término a la democracia en Austria, pues un partido político se apropió del gobierno en su totalidad, así como del parlamento, con el fin de poder oponerse con mayor eficacia a la presión, cada vez más creciente, de Alemania, dirigida en aquel tiempo por Hitler, y de triunfar contra otros partidos políticos austriacos en lucha por la política interna del país. La consecuencia de este cataclismo político fue la abolición de la jurisdicción constitucional que había creado Kelsen… Es decir, el paso de la democracia a un Estado totalitario sólo podía lograrse eliminando a la Corte Constitucional. Es natural que durante la ocupación de Austria por Alemania en el periodo de 1938 a 1945, no haya habido lugar para la jurisdicción constitucional.[678]

Es comprensible que el Tribunal Constitucional de Austria se hubiera convertido en uno de los blancos de ataque de los socialcristianos al tratarse de uno de los órganos del Estado que, precisamente, podía racionalizar las decisiones inadecuadas o excesos nacidos en sede parlamentaria,[679] en caso de que algunas instituciones o mecanismos políticos fallaran, como el referendo y la iniciativa popular, o fuera insuficiente la tensión dialéctica entre el principio de la mayoría y la regla de la minoría. En síntesis, al eliminar ambas instituciones, los socialcristianos habían llevado a cabo su plan maestro: acabar con la democracia en Austria.

El erudito vienés se percató de que la libertad de los individuos estaba en grave peligro debido al ascenso del fascismo, no sólo en Austria, sino en toda Europa; por este motivo, trasladó sus preocupaciones políticas e intelectuales a sus estudios sobre el control de constitucionalidad. En 1928, el jurista publicó un ensayo titulado *La garantía jurisdiccional de la Constitución,* el cual enriquece las ideas que había plasmado en su trabajo *Jurisdicción constitucional y jurisdicción administrativa al servicio del Estado federal según la nueva Constitución federal austriaca de 1o. de octubre de 1920*.

Kelsen dio lectura a su ensayo *La garantía jurisdiccional de la Constitución* en la Quinta Reunión de Profesores Alemanes de Derecho público que fue celebrada en Viena el 23 y 24 de abril de 1928. Este documento fue publi-

---

677 *Ibidem,* pp. 70 y 71.

678 Philipp, Walter Frisch, *La forma en que se plasmó la teoría pura del derecho de Hans Kelsen en la jurisdicción austriaca,* trad. de Elsa Bieler, México, Ediciones Coyoacán, 2011, p. 43.

679 Lagi, Sara, "La teoría de la justicia constitucional de Hans Kelsen…", *cit.*, p. 290.

cado en Berlín al año siguiente con el resto de las ponencias del mencionado congreso; a decir verdad, la publicación del ensayo del profesor austriaco pasó sin pena ni gloria. Kelsen decidió enviar el manuscrito a París para que su pupilo Charles Eisenmann lo tradujera al francés; esta versión ha sido la que ha gozado de mayor éxito al grado de haber opacado el texto original en alemán. Es probable que el éxito de esta segunda versión se deba a que Kelsen incluye una introducción en la que explica los puntos que pretende desarrollar, y que realiza una mejor distribución de los párrafos, así como importantes añadidos.[680] Posteriormente, el erudito austriaco viajó a París para participar en una mesa de discusiones en la que dio lectura a la versión francesa de su ensayo, el cual, a diferencia de su versión en alemán, fue objeto de una acalorada discusión.[681] En 1975, Rolando Tamayo y Salmorán tradujo la versión francesa del ensayo de Kelsen y la publicó en la revista mexicana *Anuario Jurídico* que editaba el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.[682]

Tras ocho años de experiencia y reflexión en el Tribunal Constitucional de Austria, el autor de *La garantía jurisdiccional de la Constitución* llegó a considerar que el sistema de control constitucional que había creado ya no sólo debía centrarse en dirimir aquellas controversias que pusieran en riesgo la cohesión entre el gobierno federal y las entidades federativas, sino también en salvaguardar los derechos público-subjetivos de las personas. El líder de la Escuela Jurídica de Viena llegó a dicha conclusión luego de presenciar el desmoronamiento de las instituciones judiciales austriacas creadas con el objeto de salvaguardar las libertades de los individuos.[683]

---

680 García Belaunde, Domingo, "Nota preliminar", en Kelsen, Hans, "La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)" (b), trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 15, 2011, pp. 249 y 250.

681 *Ibidem*, p. 250.

682 *Idem.*

683 Philipp, Walter Frisch, *op. cit.*, p. 42. Este autor describe el andamiaje judicial austriaco de finales del siglo XIX y principios del XX de la manera siguiente: "En el año 1867, Austria alcanzó definitivamente su forma estatal de tipo constitucional. Como consecuencia de tal situación constitucional, se instituyó el llamado *Reichsgericht* (Tribunal del Imperio), tribunal de derecho público, el que muestra en su competencia algunos rasgos que insinúan la competencia del *Verfassungsgerichthoft* (Corte Constitucional) posterior, creado por Kelsen para la República… Junto al *Reichsgericht* funcionaba además una *Staatsgerichthof* (Corte del Estado) ante la que se podía acusar a los ministros de Estado en relación con su responsabilidad en el ejercicio de su actividad oficial… De la competencia del *Reichsgericht* y del *Staatsgerichthof* puede concluirse que corresponde a los rasgos característicos de una monarquía constitucional del siglo pasado que tenía por principio el de un Estado de derecho en el sector del derecho público… Al fin de la monarquía austriaca en el año de 1918, y al entrar en vigor la Constitución federal en el año 1920, cuyo creador fue, como se sabe, Hans Kelsen, se instituyó la Corte Constitucional de la República austriaca".

La forma en que Kelsen comenzó a revalorizar la esencia y funciones del Tribunal Constitucional parte, a su vez, de la manera en que replanteó en términos académicos la naturaleza de la Constitución en sentido jurídico-positivo. A lo largo de la historia contemporánea, se han ofrecido innumerables definiciones en torno a este concepto. De manera sintética podrían ser identificados tres posicionamientos: *a*) la Constitución como una vivencia cotidiana (Constitución real o material); *b*) la Constitución como un simple pedazo de papel, y *c*) la Constitución como el producto del acuerdo entre diferentes fuerzas políticas y sociales.[684] El líder de la Escuela Jurídica de Viena se decanta por este último concepto de Constitución.

En *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, Kelsen evoluciona desde una posición teórica a través de la cual miraba a la Constitución como el centro de imputación final del ordenamiento jurídico, a un punto de vista mucho más amplio. A finales de 1920, comienza a definir a la Constitución como un principio supremo que determina la totalidad del ordenamiento normativo; se trata de una concepción más bien sustantiva que formal. Entre las funciones esenciales de la Constitución se encuentran el trazar principios, orientaciones y límites al contenido del resto de las normas y proclamar la igualdad entre las personas, salvaguardando su libertad de opinión y conciencia, la inviolabilidad de su propiedad, etcétera.[685] En palabras de Kelsen:

> …la Constitución dispone, en el fondo, que las leyes no solo deberán ser elaboradas según la forma que ella prescribe, sino, además, que no podrán contener ninguna disposición que atente contra la igualdad, la libertad, la propiedad, etc. *La Constitución no es entonces únicamente una regla de procedimiento, sino una regla de fondo, y, en consecuencia, una ley puede ser inconstitucional por causa de una irregularidad procedimental en su confección o porque su contenido contradice los principios u orientaciones formulados en la Constitución al exceder los límites que con ellos se le imponen.*[686]

Para Kelsen, la Constitución no sólo proporciona los parámetros orgánicos que delimitan la esfera de competencia del gobierno federal y las entidades federativas, sino que también es un instrumento promulgado para salvaguardar los derechos sustantivos de los individuos; es decir, la Constitución haría las veces de un escudo en favor del ser humano contra la arbitrariedad del Estado. Puesto que la Constitución de la República de Austria

---

[684] Véase, Lassalle, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?,* 20a. ed., trad. de Wenceslao Roces Suárez, México, Ediciones Coyoacán, 2020, pp. 39-48 y 82-98.

[685] Kelsen, Hans, "La garantía jurisdiccional de la Constitución. La justicia constitucional a)", *cit.*, pp. 164 y 165.

[686] *Ibidem,* p. 165. Énfasis añadido.

no contaba con un catálogo de derechos fundamentales como su homóloga de la República de Weimar, sino que coexistía con la Ley Fundamental del Estado de 1867, es probable que el profesor austriaco tuviera en mente un "bloque de constitucionalidad" compuesto por ambas normas.[687]

Además del texto de la propia Constitución y la Ley Fundamental del Estado de 1867, el bloque de constitucionalidad que tenía en mente se encontraba compuesto por las normas del derecho internacional público. En efecto, el erudito austriaco retoma la tesis del monismo metodológico, razón por la cual concibe al orden normativo externo e interno como una unidad. Kelsen propone y adopta la tesis de la unidad con el propósito de ir más allá de cualquier posición política, ya que cuando se quiere dar preferencia a los intereses del país, se da preminencia al derecho interno, mientras que, en caso contrario, al externo.[688] Al respecto, explica:

> …no puede determinarse de manera perfectamente unívoca el lugar del tratado internacional en el edificio del ordenamiento jurídico. Solo cabe concebirlo como una norma inmediatamente subordinada a la Constitución y determinada por ella si se supone que la Constitución es un grado supremo, es decir, desde el punto de vista de la primacía del Derecho interno. Si se trasciende ese punto de vista, si se parte de la idea de la superioridad del Derecho Internacional sobre los diferentes ordenamientos estatales, es decir, si se parte de la primacía del ordenamiento como un orden jurídico superior a los Estados contratantes, creado conforme a una regla del Derecho de gentes por un órgano propio de la comunidad internacional formado por los representantes de esos Estados… Desde este punto de vista, el tratado ostenta frente a la ley, e incluso frente a la Constitución, una cierta preminencia, por cuanto puede derogar una ley ordinaria o constitucional, siendo imposible, en cambio, lo contrario.[689]

Hacia finales de la década de los veinte, Kelsen consideraba la suscripción de tratados internacionales como una especie de creación, asimilación o incorporación de las normas del derecho internacional al texto de la Constitución. Los tratados internacionales reciben una legitimación democrática indirecta al ser suscritos por el principal representante del Estado y porque

---

[687] Algunos autores han afirmado que la teoría pura del derecho de Kelsen es una propuesta limitada ante la realidad jurídica actual, puesto que no contemplaba un catálogo de derechos fundamentales como el que se encuentra en las Constituciones contemporáneas. Al parecer esta apreciación es equivocada. Al respecto, *cfr.* Suárez Romero, Miguel Ángel, "Alcances y límites de la validez jurídica en el modelo de Estado de derecho de Hans Kelsen ante un concepto integral de derechos humanos", en Carrillo Salgado, Augusto Fernando y Muñoz Mendiola, Julio César (coords.), *op. cit.,* pp. 201-223.

[688] *Ibidem,* p. 172.

[689] *Idem.*

son ratificados por el parlamento.[690] Sin embargo, las proposiciones jurídicas a través de las cuales están expresados los tratados internacionales podrían contravenir las normas constitucionales de un Estado. Como en aquel momento no existía un tribunal internacional que pudiera examinar estas cuestiones,[691] la armonización del contenido de los tratados internacionales con el texto constitucional y sus normas secundarias estaría a cargo del Tribunal Constitucional.

Por las razones anteriores, Kelsen afirma y explica lo siguiente: "Una ley contraria a un tratado es, por consiguiente —al menos de manera indirecta—, inconstitucional".[692] Más adelante, añade: "¿Hay que permitir también al Tribunal Constitucional anular la infracción del Derecho Internacional los actos estatales sometidos a su control?".[693] A lo que él mismo responde: "En este caso, en efecto, es voluntad de la Constitución que estas normas sean respetadas también por el legislador; hay, pues, que asimilar completamente las leyes contrarias al Derecho Internacional a las leyes inconstitucionales".[694]

El sistema de control de constitucionalidad planteado por Kelsen en 1928 funcionaba, en consecuencia, de la manera siguiente: el punto de partida era la teoría de la norma fundante y la teoría de la construcción escalonada del derecho;[695] el juez debía identificar la controversia a dirimir, y posteriormente tenía que examinar la correspondencia de la norma impugnada con el proceso de creación de las normas establecido en la Constitución.[696] Puesto que la aplicación de las normas es al mismo tiempo un acto de creación de derecho,[697] el juez constitucional debía verificar que el contenido sustancial de la norma impugna correspondiera con los ejes rectores sustantivos de la Constitución. Al respecto, el erudito austriaco explica:

> …cuando la Constitución establece principios relativos al contenido de las leyes, por ejemplo, en un catálogo de derechos fundamentales, los actos administrativos realizados en aplicación de estas leyes pueden ser inconstitucionales

[690] *Ibidem,* pp. 203 y 204.

[691] *Ibidem,* p. 173.

[692] *Ibidem,* p. 203.

[693] *Idem.*

[694] *Ibidem,* p. 204.

[695] Kelsen, Hans, "La garantía jurisdiccional de la Constitución. La justicia constitucional a)", *cit.*, p. 160. En esta página, el líder de la Escuela Jurídica de Viena precisa: "no hace mucho que ha aparecido en la doctrina la idea de la estructura jerárquica del Derecho o, lo que es lo mismo, de la naturaleza jurídica de la totalidad de las funciones estatales y sus funciones recíprocas".

[696] *Ibidem,* p. 159. Véanse, también, las pp. 168 y 169.

[697] *Ibidem,* p. 157.

> en un sentido distinto a aquel en el que lo es todo acto administrativo ilegal. Si, por ejemplo, la Constitución dispone que la expropiación solo puede tener lugar mediando indemnización y, en un caso concreto, se procede a una expropiación sobre la base de una ley perfectamente constitucional… pero en contradicción con sus disposiciones -es decir, sin indemnización-, el acto administrativo no es ilegal y, por tanto, inconstitucional en el sentido ordinario, porque no solo es contrario a la ley y, por tanto, al principio constitucional general de legalidad de la ejecución, sino que también contradice un principio especial establecido expresamente por la Constitución… Se comprende entonces que contra los actos ilegales de esta naturaleza se active una institución que sirve a la garantía de la Constitución.[698]

Al parecer, hacia la década de los treinta, Kelsen consideró el control de constitucionalidad como un mecanismo para proteger ciertos derechos sustantivos del ser humano. La afirmación anterior podría parecer que contamina el ideal de pureza defendido por el fundador de la teoría pura del derecho hasta aquel momento; sin embargo, dichas directrices no implicaban el reconocimiento de la existencia de un orden normativo superior al orden jurídico positivo, sino que éstas eran concebidas por el jurista vienés como el resultado del acuerdo político entre las fuerzas del Congreso Constituyente; en otras palabras, él está haciendo un llamado a respetar lo ya acordado. Está claro que el fundador de la teoría pura del derecho no está apelando a la existencia de un derecho natural, porque inclusive desaconseja la utilización de palabras como "justicia", "moralidad", etcétera, en la confección de la Constitución:

> ...la apelación a la equidad, a la libertad, a la igualdad, a la justicia, a la moralidad, etc., solo significa, a falta de una precisión de esos valores, que tanto el legislador como los órganos de ejecución de la ley están autorizados para colmar discrecionalmente el ámbito que les ha sido confiado por la Constitución y la ley.[699]

Aunque la propuesta de solución que ofrece Kelsen a la turbulencia política de su época era atrevida e innovadora, ésta también resultó insuficiente en el campo de la filosofía política y aplicación práctica. En efecto, cuando se reconoce que en el texto de la Constitución existen ciertas directrices, el juez constitucional se encuentra inevitablemente frente a la situación de justificar su decisión ante los jueces y la sociedad.[700] Por si lo anterior fuera poco, el

---

[698] *Ibidem,* p. 170.

[699] *Ibidem,* p. 207.

[700] Al respecto, véase, por ejemplo, Encinas Duarte, Gabriel, "Algunas implicaciones del pluralismo ético en lo jurídico: entre la «abstinencia epistémica» y «cultura de la justifica-

balance entre las fuerzas políticas que plantea Kelsen requiere una materialización efectiva.[701] Es probable que por esta razón su modelo no hubiera podido hacer frente satisfactoriamente a la realidad.

Por otro lado, el jurista austriaco precisa también las características que deben tener las sentencias dictadas por un Tribunal Constitucional. Para empezar, los fallos deben tener un carácter constitutivo, pues en la sentencia se debe declarar que la norma general o el acto de autoridad impugnado son nulos.[702] El Tribunal podría declarar inconstitucional una norma o tan sólo una porción de ésta. Por lo que respecta a los efectos en el espacio de las sentencias de un Tribunal Constitucional, éste se encuentra facultado para declarar que la validez de una norma cesa inmediatamente, después de cierto tiempo o, inclusive, con efectos retroactivos.[703] Por último, como regla general, explica Kelsen que en el caso de las normas, los efectos de la sentencia serían generales, mientras que en el de los actos de autoridad, particulares.[704]

El jurista vienés introdujo también nuevas consideraciones en torno a la conformación del Tribunal Constitucional. En ese sentido, el autor destaca la necesidad de la independencia formal y material de dicho tribunal.[705] Por si lo anterior fuera poco, el líder de la Escuela Jurídica de Viena indica que el número de miembros que integren el mencionado órgano jurisdiccional no debe ser muy amplio, ya que, a diferencia del parlamento, se trata de una institución del Estado que cumple funciones técnicas. El erudito austriaco añade que los jueces deben ser inamovibles y que éstos deberían de ser seleccionados de manera colegiada por el presidente y el parlamento de entre una terna propuesta por una comisión compuesta por los representantes de las mejores facultades de derecho del país.[706]

---

ción»", en Martínez Gómez, Jesús Armando; Carrillo Salgado, Augusto Fernando, y Muñoz Mendiola, Julio César (coords.), *Racionalidad, argumentación jurídica e interpretación en el Estado constitucional de derecho,* México, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 19-52; en esa misma obra colectiva, Melero de la Torre, Mariano C., "Argumentación jurídica y teoría positivista del derecho", pp. 75-105.

[701] *Cfr.* Muñoz Mendiola, Julio César, "¿Racionalidad política o racionalidad jurídica en la argumentación jurídica de la Suprema Corte de Justicia de la Nación?", en Martínez Gómez, Jesús Armando; Carrillo Salgado, Augusto Fernando, y Muñoz Mendiola, Julio César (coords.), *op. cit.,* pp. 207-238.

[702] *Ibidem,* p. 178.

[703] *Ibidem,* p. 181.

[704] *Ibidem,* pp. 186-189.

[705] *Ibidem,* pp. 174 y 182.

[706] *Ibidem,* pp. 190 y 191. Kelsen imprime cierto esfuerzo en despolitizar al Tribunal Constitucional; a principios de 1920 había planteado un sistema de selección de los jueces constitucionales con una participación intensa de las dietas provinciales y el gobierno federal. A finales de la década antes referida, el profesor vienés precisa que los miembros del mencio-

Finalmente, una demanda ante el Tribunal Constitucional puede ser presentada por los titulares de los gobiernos de las entidades federativas contra los actos emanados de la Federación; el presidente del gobierno federal también puede presentar su demanda contra los actos emanados de los estados miembros.[707] Entre las principales innovaciones que el erudito austriaco introduce se encuentra la posibilidad de que los tribunales del Poder Judicial y aun los particulares, mediante una *actio popularis,* pudieran recurrir al Tribunal Constitucional. Puesto que Kelsen teme que el Tribunal Constitucional pudiera verse rebasado al recibir demasiadas demandas temerarias, sólo contempla la participación de los ciudadanos en el proceso como terceros interesados.[708] El autor también propone la creación y desarrollo de una nueva institución: el Defensor de la Constitución, que tendría que iniciar de oficio ante el tribunal el procedimiento de control de constitucionalidad de los actos que estimara irregulares.[709]

3. *El debate entre Carl Schmitt y Hans Kelsen sobre el guardián de la Constitución*

El debate intelectual que Carl Schmitt y Hans Kelsen libraron al comienzo de la década de los treinta ha tenido tales repercusiones que ésta ha configurado y determinado la forma en que se entiende la justicia constitucional en Europa continental y Latinoamérica; por esta razón, es inevitable hacer alguna referencia a esta disputa, aunque hay que reconocer que se han escrito innumerables páginas al respecto.[710] La conclusión de la Primera Guerra Mundial trajo como consecuencia la promulgación de nuevas Constituciones tanto para la República de Austria como para la República de Weimar. En las páginas de las Constituciones de los países referidos se establecieron determinados mecanismos para la salvaguarda del orden institucional. En el caso de la República de Austria, Kelsen creó un Tribunal Constitucional cuyo fin principal era mantener la integridad territorial,

---

nado órgano jurisdiccional debían ser seleccionados de entre los juristas más destacados de las diferentes facultades de derecho de Austria.

[707] *Ibidem,* p. 215.

[708] *Ibidem,* p. 213. Durante el desarrollo del procedimiento judicial ante el Tribunal Constitucional podría intervenir la autoridad responsable, el órgano del Estado que ha solicitado el recurso y el particular, como tercero interesado, sin que éste pudiera acudir directamente ante el Tribunal Constitucional.

[709] *Ibidem,* p. 215. La figura kelseniana del defensor de la Constitución se asemeja al moderno defensor del pueblo.

[710] Lagi, Sara, "La teoría de la justicia constitucional de Hans Kelsen…", *cit.*, p. 281.

política y jurídica del otrora Imperio Austrohúngaro. Por lo que respecta a Alemania, su Constitución contemplaba una serie de complejos mecanismos para tal efecto, los cuales eran prolíficos porque se quería, por una parte, asegurar la participación de la mayoría de las facciones políticas en la salvaguarda del orden institucional, mientras que, por otro lado, se trataba de mantener dividido el poder político.

Sin embargo, una de las principales consecuencias colaterales de este diseño institucional fue la de que no se tenía claridad respecto de qué órgano del Estado era el principal garante de la Constitución.[711] El presidente del *Reich* gozaba de tales atribuciones, quien era reconocido como la institución suprema encargada de salvaguardar la integridad del Estado, al tiempo que el Tribunal Supremo de Justicia comenzó a desautorizar las normas del parlamento.[712] Los gobernadores de las entidades federativas de la República de Weimar también abusaron de estas prerrogativas en el marco de su ámbito territorial. Todo lo anterior ocurría con fundamento, o excusándose, en el artículo 48 de la Constitución de Weimar.

El conflicto se convirtió también en una controversia que sería dirimida en sede judicial. En efecto, el 10 de octubre de 1932, en Leipzig, fue celebrado un proceso ante el Tribunal Supremo de Justicia de Alemania, cuya causa consistía en determinar si el presidente del Reich, encabezado por Hindenburg y el canciller Von Papen, representado y asistido jurídicamente por Carl Schmitt y otros juristas, estaba facultado o no para destituir de sus funciones de gobierno a Otto Braun, gobernador de la entidad federativa de Prusia.[713] En realidad, el conflicto de fondo era determinar si el presidente del Reich era el órgano del Estado mejor facultado para salvaguardar el orden constitucional.

La causa judicial anterior se convirtió en objeto de numerosas discusiones académicas, entre las que se encuentra la controversia entre Carl Schmitt y Hans Kelsen en 1929. El primero publicó un extenso ensayo titulado *El defensor de la Constitución;* al poco tiempo, el líder de la Escuela Jurídica de Viena dio contestación con un texto denominado *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Aunque el texto de Schmitt precede en orden cronológico al de Kelsen, en realidad el punto de partida de la discusión entre ambos juristas se encuentra en los desarrollos en materia de derecho constitucional

[711] Lombardi, Giorgio, "Estudio preliminar. La querella Schmitt/Kelsen: consideraciones sobre lo vivo y lo muerto en la gran polémica sobre la justicia constitucional del siglo XX", trad. de José Luis Aja Sánchez, en Schmitt, Carl y Kelsen, Hans, *op. cit.,* p. XXX.

[712] *Ibidem,* p. XXXI.

[713] *Ibidem,* pp. LXIV y LXV.

que el profesor vienés ya había realizado, tanto en términos teóricos como prácticos; una muestra de ello se encuentra en que a lo largo de las primeras dos partes de *El defensor de la Constitución,*[714] el jurista alemán se dedica a examinar críticamente algunos de los postulados centrales que su homólogo austriaco ya había publicado en otras ocasiones.

Schmitt es un crítico de las instituciones político-jurídicas de la tradición liberal europea, como el concepto de democracia, de parlamentarismo y, por supuesto, el de Tribunal Constitucional. Este jurista considera que éstas son incapaces de colmar las exigencias sociales y teóricas de su época. Para Schmitt, las instituciones político-jurídicas europeas son la expresión del pensamiento burgués. Por lo que respecta a la lectura de las circunstancias político-jurídicas de su tiempo, considera el pluralismo político como un peligro para la unidad y paz sociales. Por este motivo, defiende la existencia de un poder político lo suficientemente fuerte para poner orden; ese poder, el poder neutro, como él lo denomina, lo encuentra, o cree encontrarlo, en el presidente del Reich.[715] El poder "neutro" es un factor de equilibrio, pues hace las veces de mediador, es un órgano del Estado que actúa de manera excepcional y que posee facultades amplias para lograr su fin.[716] Al parecer, la única limitación que tendría el poder neutro sería el refrendo de sus acciones y el contrapeso de los partidos políticos.[717]

Kelsen, por su parte, realizó una crítica al trabajo de Schmitt, pues dio cuenta de que el poder "neutro" que defendía, además de tratarse de una camisa a la medida para el *Führer,* era poseedor de tal número de facultades que éstas ponían en peligro la existencia de las instituciones político-jurídicas de Alemania. Para empezar, el líder de la Escuela Jurídica de Viena desveló el hecho de que la teoría del jurista alemán era una reformulación de la superada doctrina de Benjamin Constant, a través de la cual se le reconocía y otorgaba facultades omnímodas a los monarcas europeos.[718] En ese sentido, el profesor austriaco recuerda al lector que, a lo largo de la historia moderna de las instituciones políticas, el parlamento y el gobierno se encuentran

---

[714] Gómez Ornafel, Germán, "Estudio de contextualización. El defensor de la Constitución", en Schmitt, Carl y Kelsen, Hans, *op. cit.,* pp. 377-379.

[715] Schmitt, Carl, "El defensor de la Constitución", trad. de Manuel Sánchez Sarto, en Schmitt, Carl y Kelsen, Hans, *op. cit.,* pp. 252-298.

[716] *Ibidem,* pp. 252-259.

[717] Es evidente que los candados que Schmitt establece al poder neutro, al presidente del Reich como defensor de la Constitución, son más que nada simbólicos, porque en el momento en que escribió y publicó su ensayo, el partido nacionalsocialista y, de manera específica, Adolf Hitler, era la fuerza política más poderosa.

[718] Kelsen, Hans, "¿Quién debe ser el defensor…?", *cit.*, pp. 303 y 304.

en un proceso de tensión constante a través del cual éste quiere imponerse sobre aquél.[719]

Otra característica de la respuesta del jurista vienés que llama la atención es el estilo expositivo tan severo adoptado por su autor, quien frecuentemente se expresaba con mesura. Kelsen se refiere a las ideas que Schmitt desarrolla en su ensayo en torno a la teoría del poder neutro de la manera siguiente: "dicho texto exhuma del desván del teatro constitucional el trasto más viejo, a saber: que el jefe de Estado, y ningún otro órgano, sería el defensor natural de la Constitución, con el fin de poner nuevamente en uso… este requisito verdaderamente cubierto de polvo".[720] El punto de vista del fundador de la teoría pura del derecho es claro; él se decanta por el Tribunal Constitucional como el mejor defensor de la carta magna porque no forma parte de ninguno de los otros poderes, sino que se encuentra por encima de ellos de manera funcional;[721] por si lo anterior fuera poco, el Tribunal Constitucional, al estar compuesto por un grupo colegiado de peritos en derecho, sería capaz de reconducir por los causes de la racionalidad jurídica los conflictos políticos que fueran sometidos a su consideración.[722]

Kelsen también da contestación a la crítica de su homólogo alemán sobre que el Tribunal Constitucional estaría actuando como un legislador al crear derecho a través de sus sentencias y, con ello, rompería el orden institucional. El profesor vienés explica que dicho tribunal actuaría más bien como una especie de legislador negativo al derogar o indicar la modificación que debe realizarse en torno a determinadas disposiciones jurídicas debido a su inconstitucionalidad.[723] Es verdad que, en ocasiones, los jueces constitucionales crean derecho al dictar sus sentencias y, con ello, transgreden los límites de la teoría sobre la división de poderes (funciones); sin embargo, esto sucede en gran medida si el legislador promulga normas ambiguas;[724] en consecuencia, si quisiera reducirse el margen de acción de los jueces constitucionales, tendrían que crearse normas más precisas.

El debate entre ambos autores no sólo atañe a una controversia sobre quién debe ser el guardián de la Constitución, sino que es una muestra clara de dos formas distintas y opuestas de entender el derecho, así como también la filosofía política y moral. Por una parte, Schmitt considera negativo el pluralismo político, pues teme la disgregación social a la que conduce; por la otra, Kelsen

719 *Ibidem,* p. 349.
720 *Ibidem,* p. 306.
721 *Ibidem,* pp. 350-352.
722 *Ibidem,* pp. 315-322.
723 *Ibidem,* pp. 323-328, 333 y 337.
724 *Ibidem,* p. 330.

está consciente de que en una democracia es imposible, y hasta indeseable, borrar las diferencias entre los diversos grupos sociales so pena de eliminar la libertad del individuo. El jurista alemán estima posible la existencia de una voluntad común que podría ser conocida y representada por el presidente del Reich. El jurista austriaco rechaza tal idea en razón de su carga ideológica, pues es imposible la existencia de un querer común a todos los hombres.[725]

Al examinar críticamente los argumentos de ambos contendientes lo primero que es necesario tomar en consideración es que si bien es cierto que el tiempo inclinó la balanza a favor de Kelsen, esto no significa que él haya tenido la razón absoluta. Por una parte, Schmitt indicó con claridad magistral que el pluralismo político desbocado tiende a degenerar en fuerzas sociales centrífugas y disgregantes.[726] Además, pareciera ser que el paso de los años también le ha otorgado la razón a su argumento de que el equilibrio de tales fuerzas demanda la intervención de un poder supremo que coordine las acciones de la administración pública en todos sus niveles.

Colocar al Tribunal Constitucional como el órgano encargado de resolver las controversias entre las entidades federativas y el gobierno central, como lo propuso el otrora líder de la Escuela Jurídica de Viena, ha sido una de las mejores contribuciones a la teoría jurídica contemporánea, porque un órgano jurisdiccional colegiado es el más adecuado para resolver tales cuestiones técnico-jurídicas. Sin embargo, aun durante la época en la que Kelsen publicó su respuesta a Schmitt, ha sido ingenuo pensar que las facultades y el poder jurídico-político de un Tribunal Constitucional es tal que puede transformar la realidad social de manera eficaz a través de sus sentencias. En realidad, un Tribunal Constitucional tan sólo puede actuar como un director de orquesta al indicar a los órganos e instituciones del Estado la manera en que podrían actuar, siempre en el marco de la ley, para que éstos traten de colmar las necesidades de su población.[727] Esta crítica a las aportaciones de Kelsen está más vigente que nunca, pues desde hace varias décadas se ha creído que un tribunal constitucional es capaz de equilibrar todas las fuerzas sociales a través de sus sentencias, pero los hechos han demostrado que no es así.

---

[725] *Ibidem*, pp. 353-358.

[726] *Cfr.* Lagi, Sara, "La teoría de la justicia constitucional de Hans Kelsen…", *cit.*, p. 297.

[727] Al respecto, véase, por ejemplo, Suárez Romero, Miguel Ángel, "Una propuesta de argumentación legislativa ante el embate del juez constitucional en México", en Martínez Gómez, Jesús Armando; Carrillo Salgado, Augusto Fernando, y Muñoz Mendiola, Julio César (coords.), *op. cit.*, pp. 141-170; en esa misma obra colectiva, Carrillo Salgado, Augusto Fernando, "Examen crítico de algunos elementos centrales del no-positivismo de Robert Alexy: ¿un modelo objetivo o ideología sobre la argumentación jurídica?", pp. 107-140; sin dejar de mencionar, Muñoz Mendiola, Julio César, "La legitimidad democrática del juez constitucional en la práctica judicial constitucional", en Muñoz Mendiola, Julio César, *La legitimidad democrática…*, *cit.*, pp. 133-138.

IV. La crisis de las instituciones democráticas durante la República de Weimar

1. *Consideraciones preliminares*

El parlamento, una institución emanada de la Revolución francesa, es uno de los productos del pensamiento ilustrado. Sin embargo, ésta no siempre ha gozado de prestigio; en realidad, en Europa fue perdiendo su capacidad aglutinante a finales del siglo XIX y principios del XX debido a que los legisladores no mantenían contacto con la sociedad. Por si lo anterior fuera poco, las normas que promulgaban no contribuían a mejorar las condiciones materiales, culturales y espirituales de la población. Por tal motivo, un número significativo de europeos consideraron que el parlamento era una institución político-jurídica al servicio de la burguesía. El triunfo de la Revolución de octubre y el advenimiento del comunismo habían logrado demostrar aparentemente que se podía prescindir de las instituciones jurídico-políticas liberales y que la democracia tal y como había sido entendida no era más que una opereta.[728]

El golpeteo ideológico en contra del parlamentarismo y el sistema de partidos políticos empeoró conforme las condiciones económicas, políticas, jurídicas, culturales y sociales fueron deteriorándose como consecuencia del final de la Primera Guerra Mundial y de los efectos económicos de la crisis financiera de 1929. Los diversos regímenes europeos de extrema derecha e izquierda convirtieron al parlamento en uno de sus objetos predilectos de ataque. Ambas posiciones querían acabar con él, pero sin perder la legitimación popular.[729] En otras palabras, los dirigentes de este tipo de regímenes autocráticos querían salvaguardar la apariencia democrática y ganarse el consentimiento del pueblo "o por lo menos aparentan creer en él, recurriendo ya sea a medios antiguos, tales como los plebiscitos, o a medios nuevos, las grandes paradas colectivas o esos festivales en que se hace concurrir a grandes masas".[730]

En el marco del contexto antes descrito, el líder de la Escuela Jurídica publicó en 1925 un ensayo titulado *El problema del parlamentarismo* (que es una especie de síntesis de un texto más amplio titulado *Esencia y valor de la democracia*). En *El problema del parlamentarismo* describe el panorama político de la época:

---

[728] Kelsen, Hans, "La dictadura de partido", *Universidad. Mensual de Cultura Popular,* núm. 9, t. II, 1936, p. 38. No se menciona en el documento original quién realizó la traducción.

[729] *Ibidem,* pp. 39 y 40.

[730] *Ibidem,* p. 41.

> El principio parlamentarista es recusado resueltamente tanto por los partidos de extrema derecha como por los de extrema izquierda; la invocación a la *dictadura* o a un *orden corporativo* se formula con voz cada vez más alta. Y ni siquiera desde dentro de los partidos de centro deja de reconocerse un cierto enfriamiento con respecto a los ideales de otro tiempo.[731]

Kelsen, al ser un demócrata liberal, considera que la lucha por el parlamentarismo es la lucha por la libertad política. El profesor vienés, sin embargo, estaba consciente de las deficiencias de dicha institución, razón por la cual propuso una serie de medidas que permitieran mejorarla, tal es el caso del referendo, la iniciativa popular, la vigilancia de los actos del Poder Legislativo, la desaparición de la inmunidad de los parlamentarios, etcétera.[732] Las medidas anteriores estaban encaminadas sobre todo a salvaguardar el proceso dialógico entre mayorías y minorías parlamentarias.[733] Sin embargo, dada la coyuntura política, económica y social del momento, el parlamentarismo naufragó en Europa y, sobre todo, en Alemania y Austria.

2. *Surgimiento y naufragio de las instituciones democráticas de la República de Weimar*

A principios del siglo XX las instituciones democráticas de la República de Weimar padecieron una crisis terrible,[734] cuyas raíces se encuentran en el proceso de consolidación del Estado alemán. Hasta antes de 1871, el territorio de lo que hoy llamamos Alemania era una zona compuesta por diversos pueblos que compartían ciertos elementos identitarios, como el idioma, costumbres, tradiciones y determinados eventos históricos. Gracias a una política exterior basada en la guerra, el nacionalismo,[735] así como en negociaciones diplomáticas, Otto von Bismarck había logrado unificar los

---

[731] Kelsen, Hans, "El problema del parlamentarismo", trad. de Manuel Atienza Rodríguez, en Kelsen, Hans, *Escritos sobre la democracia y el socialismo,* Madrid, Debate, selección y presentación de Juan Ruiz Manero, 1988, p. 85. Este ensayo es una especie de apretado resumen del texto *Esencia y valor de la democracia.*

[732] *Ibidem,* pp. 89-92.

[733] *Ibidem,* pp. 101-104.

[734] Véase, Vita, Leticia, *La legitimidad del derecho y del Estado en el pensamiento jurídico de Weimar: Hans Kelsen, Carl Schmitt y Hermann Heller,* Buenos Aires, Eudeba, 2014, pp. 27-35; Lagi, Sara, "La democrazia di Hans Kelsen: tra procedura ed etica", *Il pensiero politico. Rivista di Storia delle Idee Politiche e Sociali,* núm. 2, 2003, pp. 239-243, y Carrillo Salgado, Augusto Fernando, "Una introducción a los debates jurídicos de la República de Weimar", *Foro. Revista de Derecho,* núm. 38, 2022, pp. 165-186.

[735] Planze, Otto, "Bismarck and German Nationalism", *The American Historical Review,* núm. 3, 1955, pp. 548-566.

pueblos alemanes bajo la dirección de Prusia. Este político alemán alcanzó sus objetivos con el apoyo del Partido Liberal,[736] el cual se encontraba compuesto por miembros de la burguesía.

Durante esta época, la mayoría de las instituciones del Estado eran consideradas como la expresión de los intereses de los capitalistas y no como órganos representativos del pueblo, porque a través de ellas se trataba de salvaguardar ciertos privilegios. Si bien es cierto que Bismarck había logrado la unificación de los pueblos de lo que hoy conocemos como Alemania, también es verdad que este estadista no se había preocupado por formar una clase dirigente que pudiera sucederle, razón por la cual la responsabilidad de la dirección política comenzó a recaer, más que nada, sobre el parlamento,[737] el cual, sin embargo, debido a su pluralidad, ausencia de liderazgos y falta de consenso, no estuvo a la altura de las circunstancias.

Francia e Inglaterra, mientras tanto, se habían posicionado entre las principales potencias económicas y bélicas europeas. Alemania entró en un tardío pero veloz proceso de industrialización que le permitió insertarse rápidamente en el mercado europeo. Esta acumulación de riqueza trajo como consecuencia la aparición de una carrera armamentista, de tal suerte que los países mencionados pronto se encontraron en una competencia por colocarse como la principal potencia del Viejo Continente.[738] Dicha pugna económica condujo al proteccionismo económico, así como a la aparición de movimientos nacionalistas que "reivindicaban" la identidad de unos países frente a otros. La tensión entre las naciones fue aumentando y la diplomacia poco a poco se mostró como una herramienta incapaz de resolver las disputas entre dichos países. De esta manera, en 1914, estalló la Primera Guerra Mundial.

En 1918, Alemania fue constreñida a suscribir el Tratado de Versalles, por medio del cual se le obligó a pagar todos los daños ocasionados por la Gran Guerra.[739] El Tratado de Versalles fue visto por el pueblo alemán como un yugo insoportable. La izquierda alemana culpó a la burguesía y a la monarquía de la derrota. En su opinión, ambas habían conducido al pueblo alemán a un combate irracional para satisfacer su deseo de conquistar mayores espacios económicos en el mercado europeo y global. A su vez, la derecha germana acusó a la izquierda de la derrota porque a su modo de ver la situa-

[736] Mork, Gordon R., "Bismarck and the «Capitulation» of German Liberalism", *The Journal of Modern History,* núm. 1, 1971, pp. 59-75.

[737] Caracciolo, Antonio, "Presentazione", en Schmitt, Carl, *Dottrina della costituzione (a cura di Antonio Caracciolo),* Milán, Giuffrè Editore, 1984, p. VIII.

[738] Carrillo Salgado, Augusto Fernando, "Una introducción…", *cit.*, p. 169.

[739] *Idem.*

ción, el sabotaje y la falta de apoyo del movimiento obrero-anarquista había debilitado a la milicia trayendo como resultando la derrota de Alemania.[740] Era imposible un diálogo parlamentario para alcanzar acuerdos.

Por si lo anterior fuera poco, el grueso de la población germana se encontraba en la miseria, ya que el costo humano, económico y político de la guerra había sido muy alto. Además, el conflicto bélico había conducido a la muerte a millones de combatientes alemanes, y un gran número de soldados conservaron sus vidas, pero fueron gravemente heridos y mutilados.[741] Los soldados, al volver a su casa, tuvieron que hacer frente al desempleo y a la ausencia de seguridad social.[742] Lo anterior sin dejar de mencionar que una profunda crisis económica erosionó el valor real de la moneda alemana.

La división del pueblo germano fue intelectual. Por una parte, se encontraban los pensadores liberales que rendían culto al individualismo y al "progreso" científico, aun a costa de la contaminación del medio ambiente y la explotación de los seres humanos.[743] Por la otra, los marxistas denunciaban las contradicciones del capitalismo.[744] También se hallaba un grupo de pensadores que miraban hacia el pasado y compartían algunos puntos de contacto con los intelectuales liberales, pues consideraban los valores alemanes en peligro frente a la integración del país al concierto de naciones.[745] Finalmente, otra postura sostenía que ninguno de los polos antes mencionados estaba en lo correcto, porque al final de cuentas el ser humano no tenía una verdadera razón de ser en este mundo. Esta postura puede considerarse como una clara muestra del pesimismo espiritual e irracionalismo de la época.[746]

Con el propósito de acabar con estas diferencias, se propuso la instauración de una forma de gobierno parlamentaria y democrática.[747] Tras cele-

---

[740] *Idem.* Véase, también, Restrepo Zapata, Juan David, "El Estado alemán durante la República de Weimar", *Revista en Historia General,* núm. 1, 2015, p. 81.

[741] Wermester, Catherine, "Des mutilés et des machines. Images de corps mutilés et rationalisation industrielle sous la république de Weimar", *Vintième Siècle, Revue d'Histoire,* núm. 61, 1999, pp. 3-13.

[742] Evans, Richard J. y Geary, Dick (eds.), *The German Unemployed. Experiences and Consequences of Mass Unemployment from the Weimar Republic to the Third Reich,* Nueva York, Routledge, 2015, pp. 44-72.

[743] Dupeux, Louis, "La nouvelle droite «révolutionnaire-conservatrice» et son influence sous la République de Weimar", *Revue d'Histoire Moderne et Contemporaine,* núm. 3, 1994, pp. 472 y ss.

[744] Heller, Hermann, "L'Europe et le fascisme (1929)", trad. de Philippe Quesne, *Cités,* núm. 6, 2001, pp. 179-195.

[745] *Ibidem,* p. 473.

[746] *Ibidem,* pp. 474 y ss.

[747] Rürup, Reinhard, "Génesis y fundamentos de la Constitución de Weimar", *Ayer,* núm. 5, 1992, pp. 125-158.

brarse un Congreso Constituyente, el 11 de agosto de 1919, se promulgó la Constitución que daría nacimiento a la República de Weimar,[748] un periodo de tiempo que abarca de 1918 a 1933.[749] Durante la República el gobierno contaba con las características siguientes: la forma de Estado era una Federación y la de gobierno una República democrática.[750] Se estableció un gobierno central que legislaba en materia de relaciones exteriores, colonias, nacionalidad, ejército, moneda, aduanas y telecomunicaciones. Además, se abandonó cualquier política exterior anexionista al establecer a nivel constitucional el derecho a la autodeterminación de los pueblos germanos.[751] La soberanía residía en el pueblo y se incluyó un capítulo de derechos fundamentales en la Constitución. El poder político se dividió en Legislativo, Ejecutivo y Judicial.[752] El primero de ellos se integraba por un *Reichstag*,[753] que era el parlamento de la República y se componía por diputados que debían contar con 20 años y duraban cuatro años en su encargo.[754] El Poder Ejecutivo residía en una sola persona: el presidente. Para ocupar este cargo debía contarse con más de 35 años, ser elegido mediante voto universal-directo y duraba en su puesto siete años, aunque podía reelegirse por otro periodo.[755] La administración de justicia era impartida por un Tribunal del Imperio y tribunales locales, cuyos jueces ocupaban el puesto de manera vitalicia.[756]

La instauración de la República de Weimar fue incapaz de solucionar todos los problemas descritos. En medio de la crisis aludida, un movimiento político se hizo con todo el poder: el nacionalsocialismo. El partido de Adolf Hitler preservó aparentemente las instituciones democráticas de la República, pero se aseguró de eliminar todos aquellos mecanismos institucionales que permitieran a otras facciones disputarse el poder.[757]

En las universidades alemanas se emprendió un "examen" minucioso de todas las instituciones jurídicas con el objetivo de desmantelarlas: "el pro-

---

[748] Gerd, Krumeich, "La République de Weimar et le poids de la Grand Guerre", *Histoire, Économie et Société,* núm. 2, 2004, p. 177.

[749] Weitz, Eric D., *Weimar Germany. Promise and tragedy,* Nueva Jersey/Oxfordshire, Princeton University Press, 2007, p. 129.

[750] "Constitución del Imperio Alemán de 11 de agosto de 1919", *Textos constitucionales españoles y extranjeros,* Madrid, Athenaeum, 1930.

[751] *Ibidem,* artículo 2o.

[752] *Ibidem,* artículos 22-61 y 101-108.

[753] *Ibidem,* artículos 20-40 y 60-67.

[754] *Ibidem,* artículo 22.

[755] *Ibidem,* artículo 43.

[756] *Ibidem,* artículo 104.

[757] Rüthers, Bernd, *Teoría jurídica y jurista de cámara en el Tercer Reich,* trad. de Juan Antonio García Amado, Madrid, Marcial Pons, 2016, p. 52.

grama que guiaba la política jurídica del nazismo era el de una completa «renovación jurídica popular» basada en la ideología nacionalsocialista".[758] A decir verdad, no existía una teoría jurídica dominante, sino que diversos académicos luchaban por ganarse el favor del régimen (entre ellos, Carl Schmitt). Sin embargo, todas ellas tenían ciertos puntos en común; por ejemplo, afirmaban que la Constitución se encontraba por debajo de las órdenes del *Führer.* Además, los académicos sostenían que el sistema clásico de fuentes era insuficiente para dirimir una controversia; por tal motivo, era necesario descubrir los principios emanados del pueblo para interpretar las normas, así como conocer la voluntad del caudillo.

En el número 31 de la *Revista Jurídica Semanal* se fijaron dos principios para dirimir controversias: "Para las cuestiones penales la consigna era así: «Antes: ninguna pena sin ley. Ahora: ningún criminal sin su pena»… En materia civil: «Decida usted rápidamente, como un *Führer*, decida usted claramente, como un *Führer*, y decida usted de tal manera que hasta el último perciba que ha hablado el derecho".[759] En una palabra, los nacionalsocialistas afirmaban que era necesario destruir el principio de seguridad jurídica y sustituirlo por un decisionismo judicial en favor del caudillo. Sobre el particular, Bernd Rüthers precisa:

> Claramente se aprecia también que los partidarios de la renovación jurídica nacionalsocialista no pretendían lograrla con ayuda de la teoría positivista del derecho, bien representada hasta entonces en la filosofía del derecho. Esa teoría más bien era tildada de "normativismo" vacío y de formalismo. Los nuevos contenidos de lo jurídico debían extraerse de fuentes adicionales y completamente distintas. El positivismo jurídico era visto como un molesto obstáculo. El nuevo pensamiento jurídico debía radicarse "más allá del derecho natural y del positivismo".[760]

Las nuevas fuentes normativas del nazismo eran: el liderazgo "providencial" del *Führer*, el carácter nacional o "comunidad racial del pueblo", el programa del Partido Nacionalsocialista, el "espíritu" del nacionalsocialismo y el "sano sentimiento popular".[761] Estas fuentes no se encontraban ordenadas jerárquicamente, lo que conducía a confusiones y, en última instancia, a una terrible inseguridad jurídica.[762] El derecho nazi no fue exhaustivo, riguroso,

[758] *Ibidem,* p. 51.
[759] *Ibidem,* p. 53.
[760] *Ibidem,* p. 59.
[761] *Ibidem,* pp. 59 y 60.
[762] *Ibidem,* p. 61.

exigente y opresivo, ni gestionado por un poder fuertemente jerarquizado y minuciosamente organizado.[763] Más bien, el régimen nacionalsocialista era un entramado amorfo e inestable. Es por ello por lo que los conflictos normativos y administrativos eran resueltos en función del carácter personal o conexiones de los implicados.[764]

V. La disputa entre Carl Schmitt y Hans Kelsen sobre el parlamentarismo

1. *La crítica de Carl Schmitt a las instituciones democráticas*

Carl Schmitt fue uno de los críticos más agudos y brillantes de las instituciones democráticas modernas. En efecto, a pesar de su simpatía por el nacionalsocialismo, "las desacertadas elecciones políticas de Schmitt no deberían ni opacar el valor de su obra ni disminuir el interés por la misma";[765] "en cualquier caso, siempre es mejor encender una vela que perder tiempo maldiciendo la oscuridad".[766]

Además de la querella entre Carl Schmitt y Hans Kelsen sobre el guardián de la Constitución, ambos autores también tuvieron sus desavenencias en torno a las principales instituciones democráticas, en especial sobre el parlamentarismo, cuyo origen se remonta a la década de los veinte. Schmitt "defendía" la existencia de la "democracia", pero bajo nuevos ropajes. Pero no sólo eso, clamaba por la eliminación total del parlamento. Por su parte, Kelsen era un defensor crítico de las instituciones democráticas heredadas por la Ilustración, así como del parlamento.

Los ataques de Schmitt a las instituciones democráticas parten de su concepción general sobre la naturaleza del ser humano, así como de sus reflexiones sobre los fines del Estado moderno. Para desarrollar sus propias ideas, tomó como referencia algunos razonamientos de Thomas Hobbes. Al igual que él, Schmitt asume como presupuesto heurístico la peligrosidad natural del ser humano.[767] Esa es la razón por la que resulta necesaria la existencia de un aparato institucional fuerte que pudiera dirimir o regular

[763] Peña Freire, Antonio Manuel, *op. cit.,* p. 63.

[764] *Idem.*

[765] Dolfo, Augusto, "*J'accuse…!* Algunas consideraciones acerca del compromiso nacionalsocialista de Carl Schmitt", *Isegoria,* núm. 67, 2022, p. 4.

[766] *Ibidem,* p. 5.

[767] Vita, Leticia, "El pensamiento jurídico y político de Carl Schmitt", en Vita, Leticia, *op. cit.,* p. 109.

los conflictos entre los seres humanos.[768] El punto de vista de Schmitt constituye una respuesta a la descomposición política, social, económica y jurídica de la República de Weimar.

De acuerdo con Schmitt, el Estado moderno debería de ser una institución fuerte con el objeto de que pudiera poner un punto final a las disputas entre los diferentes grupos humanos que alberga en su interior. La siguiente cita textual de uno de los trabajos de Schmitt sobre Thomas Hobbes sintetiza el pensamiento del jurista alemán: "A Hobbes interesa sobre todo superar, con el Estado, la anarquía del Derecho de resistencia feudal, o eclesiástico y contrapone al pluralismo medieval la unidad racional de un Estado centralizado".[769] Ello no quiere decir que Schmitt esté a favor de una ausencia del Estado, mejor dicho, de una irresponsabilidad de las autoridades estatales, sino que más bien pugna por una reformulación de él:

> Si a este propósito se quiere hablar de totalidad, es menester considerar, empero, que a la totalidad de un poder estatal de tal naturaleza corresponde siempre también la totalidad de responsabilidad de la protección y seguridad de los ciudadanos… Al cesar la protección, cesa también cada obligación de obediencia y el individuo readquiere su libertad natural.[770]

Además de lo anterior, Schmitt era un crítico de las instituciones liberales y democráticas del Estado burgués,[771] porque ellas enmascaran los conflictos sociales sin resolverlos.[772] Finalmente, de acuerdo con él, la ley sólo constituye una pauta general para resolver una controversia, pero es incapaz de contemplar todos los supuestos que debe regular; de ahí la necesidad de su decisionismo.

2. *La crítica de Carl Schmitt al parlamentarismo*

Uno de los textos más importantes de Carl Schmitt sobre el parlamentarismo lleva por título *Los fundamentos histórico-espirituales del parlamentarismo en su situación actual;* al parecer el jurista alemán comenzó a trabajar en esta obra en 1918. Se trata de un texto crítico a través del cual pretende demos-

---

[768] *Idem.* Veáse, también, Galli, Carlo, "Introduzione", en Schmitt, Carl, *Scritti su Thomas Hobbes,* trad. de Carlo Galli, Milán, 1986, pp. 1-28.

[769] Schmitt, Carl, "Lo Stato come meccanismo in Hobbes e in Cartesio", en Schmitt, Carl, *Scritti…, cit.,* p. 52.

[770] *Idem.*

[771] Schmitt, Carl, *Dottrina…, cit.,* pp. 189-194.

[772] *Ibidem,* p. 111.

trar la innecesaria existencia del parlamento.[773] Comienza a desarrollar sus ideas explicando que el parlamentarismo encuentra su origen en la oposición al poder desmesurado de las monarquías europeas.[774] En ese sentido, el parlamentarismo significó un cambio de paradigma en la medida en que se sustituyó una fundamentación política del poder por otras: mientras que en la monarquía el presupuesto heurístico consiste en que el poder emana de Dios, en el parlamentarismo el poder emana del pueblo.[775] Más aún, mientras que en la monarquía las decisiones son tomadas por el rey en absoluta secrecía, en el parlamentarismo se requiere la existencia de discusiones públicas para que una decisión sea adoptada:[776] "En todos los sistemas donde reina el despotismo ilustrado la opinión pública (*öffentliche*) desempeña el papel de un correctivo absoluto".[777]

Schmitt considera que el parlamento se encuentra en crisis debido a sus famélicos resultados prácticos. El jurista alemán explica que los pilares del parlamentarismo, la discusión y la publicidad, no eran más que simples adornos porque la *res publica* se había convertido en objeto de rapiña y compromiso partidista: "hoy el Parlamento parece más bien una enorme *Antichambre* de las oficinas o las comisiones de los invisibles poderosos".[778] En otro lugar de la misma obra, agrega:

> …tal como hoy están, de hecho, las cosas, es prácticamente del todo imposible trabajar de otra forma que en comisiones, y en comisiones cada vez más reducidas, evitando, a fin de cuentas, al pleno del Parlamento —es decir, lo que le da su carácter público (*öffentliche*)— privándolo de su fin y convirtiéndolo necesariamente en una fachada.[779]

El parlamento, en una palabra, lejos de ser un espacio público para la discusión, se había convertido en el instrumento de unos cuantos.[780]

Puesto que en el parlamento ya no se daban las discusiones públicamente, no podía decirse que éstas eran el producto de la voluntad del propio

---

[773] Kennedy, Ellen, "*Die geistesgeschitliche Lage des heutigen Parlamentarismus* de Carl Schmitt en su circunstancia histórica", en Schmitt, Carl, *Los fundamentos histórico-espirituales del parlamentarismo en su situación actual,* trad. de Pedro Madrigal Devesa, Madrid, Tecnos, 2016, p. 168.

[774] Schmitt, Carl, *Los fundamentos…, cit.,* p. 52.

[775] *Ibidem,* p. 67.

[776] *Ibidem,* p. 72.

[777] *Ibidem,* p. 81.

[778] *Ibidem*, p. 19.

[779] *Ibidem,* p. 105.

[780] *Ibidem,* p. 12; véase, también, p. 5.

pueblo. Pero no hay que olvidar que el parlamento es el lugar donde las normas eran creadas en el Estado burgués; en consecuencia, la crisis del parlamentarismo es al mismo tiempo la crisis del normativismo.[781] Finalmente, si el parlamento ya no era el espacio de las discusiones y consensos, habría que preguntarse si eran necesarios los partidos políticos.[782]

Para Schmitt, además de la opereta que suponen las actuaciones del parlamento y los partidos políticos, estas instituciones políticas conducen a la disolución social porque obstaculizan la homogeneización del pensamiento del pueblo al fomentar los desacuerdos. Por tal motivo, para el jurista de Plettenberg, la existencia del parlamento y los partidos políticos es perniciosa. En realidad, lo que es necesario es una refundación de las instituciones estatales con el objeto de que éstas contribuyan a homogeneizar el pensamiento de la población, así como a disminuir las diferencias culturales y materiales de sus miembros constitutivos. En el pensamiento schmittiano, el jefe de Estado sería la figura clave, porque él podría conocer de una forma más adecuada el querer y sentir de su pueblo. El jurista alemán adopta algunos elementos de la teoría del Estado como integración de Rudolf Smend.[783] La integración u homogeneidad social podría ser alcanzada mediante ciertas técnicas sociales, como las marchas o procesiones, el uso de símbolos y los procesos institucionales electorales. Schmitt reduce la heterogeneidad social a dos grupos básicos: los amigos y enemigos. Esta distinción es el núcleo en torno al cual gira la vida política. A partir de esta distinción, Schmitt asegura que es necesaria la exclusión de un sector de la población a favor del aglutinamiento de la mayoría, e inclusive que dicha exclusión sería inevitable.[784] En caso contrario, existiría el riesgo de la desintegración absoluta del tejido social. Para defender su punto de vista, Schmitt propone los siguientes ejemplos de carácter histórico:

> ...hay que decir que una democracia puede excluir —dado que a la igualdad también pertenece siempre una desigualdad— a una parte de la población dominada por el Estado sin dejar, por ello, de ser una democracia… Ni en la *polis* democrática ateniense ni en el Imperio inglés han tenido los mismos derechos políticos todos los que habitaban en el territorio del Estado. De los más de 400 millones de habitantes del Imperio británico más de 300 millones no son ciudadanos ingleses. Cuando se habla de la democracia inglesa, del derecho al voto y del sufragio "universal" e igualdad "universal", esos cientos de millones

781 *Ibidem,* p. 14.

782 *Ibidem,* p. 16.

783 Caracciolo, Antonio, *op. cit.*, pp. XII, XX y XXI.

784 *Ibidem,* p. 25.

> son ignorados en la democracia inglesa con tanta naturalidad como los esclavos en la democracia ateniense.[785]

Schmitt considera la idea de la igualdad social, que muy frecuentemente acompaña a las ideas democráticas, un concepto extraído del liberalismo económico[786] y una ilusión, más que una realidad palpable. En otras palabras, en el seno de la democracia de masas contemporáneas existe cierta tensión caracterizada por la contradicción entre una pretendida igualdad conceptual entre todos los seres humanos y su diferencial real o material: "con la igualdad universal de todos los hombres no puede ser solucionado el problema de la igualdad y homogeneidad sustanciales que necesita una democracia".[787] Schmitt no quiere renunciar al ideal de la homogeneidad social, ya que la grandeza de una nación y un Estado depende de que todas las fuerzas sociales discurran hacia una misma dirección. Más bien, la igualdad entre los seres humanos no puede ser alcanzada por los mecanismos tradicionales del Estado liberal y burgués. Pero gracias a los mecanismos que el jurista de Plettenberg toma prestados del pensamiento de Rudolf Smend, sí es posible lograr tal objetivo.[788]

3. *La defensa del parlamentarismo por parte de Hans Kelsen*

Las críticas que Schmitt realizó a la democracia en general y al parlamentarismo en particular fueron certeras. Sin embargo, para Kelsen las razones esgrimidas por el jurista de Plettenberg no eran insuficientes para concluir que ambas instituciones debían ser demolidas. El líder de la Escuela Jurídica de Viena se convirtió en un defensor crítico de la democracia y, sobre todo, del parlamentarismo.[789] La vehemencia del profesor austriaco

[785] *Ibidem,* pp. 25 y 26.

[786] *Ibidem,* p. 31.

[787] *Ibidem,* p. 35.

[788] *Ibidem,* pp. 105-153.

[789] Llama la atención que algunos aspectos de la obra de Kelsen como pensador político coincidan con las tesis centrales de algunos pensadores contemporáneos cuyo trabajo se ha centrado en la defensa del parlamentarismo frente a la excesiva confianza hacia la justicia constitucional. Véase, por ejemplo, Gargarella, Roberto y Martí, José Luis, "Estudio preliminar. La filosofía del derecho de Jeremy Waldron: convivir entre desacuerdos", en Waldron, Jeremy, *Derecho y desacuerdos,* trad. de José Luis Martí y Águeda Quiroga, Madrid, Marcial Pons, 2005, pp. XIII-XLIII; Gama, Leopoldo, *Derechos, democracia y jueces. Modelos de filosofía constitucional,* Madrid, Marcial Pons, prólogo de Manuel Atienza Rodríguez, 2019, pp. 120-132.

por defender el parlamentarismo se debe a que él comprendió que la crisis del parlamentarismo ponía en riesgo la libertad del individuo. Las tesis principales que el jurista vienés desarrolló en torno a esta institución encuentran su origen en la década de los veinte con la publicación de un ensayo titulado *Esencia y valor de la democracia,* que alcanzó dos ediciones. En él afirma de manera terminante que "La lucha por el parlamentarismo [es] la lucha por la libertad política",[790] ya que "la idea de la libertad es y será el centro eterno y fundamental de toda especulación política".[791]

En razón de lo anterior, *Esencia y valor de la democracia* comienza con el análisis de la libertad del hombre. El jurista austriaco precisa que la libertad no debe entenderse como la autodeterminación natural del ser humano, quien, en principio, cuenta tan sólo con su propio ingenio y fuerza para sobrevivir; la libertad es, más bien, una libertad social: "Desde el punto de vista de la naturaleza, y en sentido primitivo, libertad significa la negación de las leyes sociales, y desde el punto de vista de la Sociedad, la negación de las leyes naturales".[792] Sin embargo, ¿en qué consiste esa libertad social?, ¿cómo puede ser materializada?

Para dar respuesta a las interrogantes anteriores, el profesor vienés se aproximó críticamente al trabajo del filósofo Jean Jacques Rousseau.[793] La libertad social consiste en la posibilidad de poder participar en la promulgación de las normas, así como en la oportunidad de realizar un proyecto de vida personal gracias a su existencia. Sin embargo, la promulgación de las normas no es una tarea sencilla, porque implica una paradoja: por una parte, el deseo de preservar la libertad sin dejar de pertenecer a la comunidad política y, por la otra, someterse al yugo del imperio de la ley.[794] En ese sentido, explica: "Si la Sociedad y el Estado han de existir, precisa también que exista un orden obligatorio para la conducta recíproca de los hombres, y, por consiguiente, una autoridad. Pero ya que hayamos de ser gobernados, aspiramos al menos a gobernarnos por nosotros mismos".[795]

Es evidente que el ser humano en las sociedades modernas no podría participar directamente en la creación de las normas; es por ello por lo que el hombre requiere de un representante: el parlamentario. Kelsen, a diferencia de Rousseau, rechaza la existencia de una voluntad general reflejada en las

[790] Kelsen, Hans, *Esencia…, cit.,* p. 51.
[791] *Ibidem,* p. 52.
[792] *Ibidem,* p. 17.
[793] Baumert, Renaud, *op. cit.,* pp. 2-4.
[794] Kelsen, Hans, *Esencia…, cit.,* pp. 15 y 16.
[795] *Ibidem,* p. 16.

normas;[796] para el erudito austriaco el ser humano acepta las normas porque ha participado en su creación. Además, refuta la existencia de una voluntad popular, porque al tratarse de una idea metafísica podría contribuir a encubrir una infinidad de ideologías cuyo objeto sería acabar con las minorías disidentes. Kelsen explica que la voluntad general se sitúa por encima de la individual y que, por tal motivo, en la obra de Rousseau no existe lugar para las minorías; él quería acabar con la aristocracia del Viejo Régimen. Sin embargo, concluido el tiempo revolucionario, el pensamiento rousseauniano podría servir como punto de partida para la exclusión de las minorías.

Kelsen concuerda con Schmitt en que el parlamento se había convertido en una mera farsa, en una simulación para legitimar ciertos intereses que eran salvaguardados por los parlamentarios gracias a que gozaban de cierta inmunidad (impunidad) constitucional. Al respecto, por ejemplo, el jurista vienés precisa: "Si el parlamentarismo durante el largo tiempo de su existencia no sólo no ha sabido merecer las simpatías de las grandes masas, sino todavía menos de los intelectuales, no ha sido ello ajeno al abuso del anacrónico privilegio de inmunidad".[797]

Así pues, para asegurar la participación real del individuo en la confección de las normas era necesario realizar algunas reformas al parlamentarismo. En ese sentido, las principales modificaciones que Kelsen propone son asegurar la participación de las minorías a través de la tensión dialéctica entre la regla de la mayoría y el principio de la minoría, la introducción del referendo, la iniciativa popular y la supresión de la inmunidad parlamentaria.[798] La base del parlamento es el diálogo entre diferentes grupos sociales, por lo que deben existir cuando menos dos asociaciones humanas en pugna.[799] Más adelante, añade: "el sentido del principio de la mayoría no consiste en que triunfe la voluntad del mayor número, sino en aceptar la idea de que bajo la acción de este principio, los individuos integrantes de la comunidad social se dividen en dos grupos fundamentales".[800] La existencia del principio de la mayoría y, en consecuencia, el de la minoría trae como consecuencia, en efecto, el nacimiento de dos grupos básicos adversos que luchan por el poder y, con ello, contribuyen a reducir las innumerables tendencias de disgregación social al crear una contraposición cardinal.[801] Para Kelsen, "la voluntad colectiva creada con arreglo al llamado principio de la mayoría no constituye

[796] Baumert, Renaud, *op. cit.,* pp. 6 y 7.
[797] Kelsen, Hans, *Esencia…, cit.,* p. 69.
[798] *Ibidem,* pp. 65-72.
[799] *Ibidem,* p. 83.
[800] *Ibidem,* p. 86.
[801] *Idem.*

una dictadura de la mayoría sobre la minoría, sino un resultado de las influencias recíprocas de ambos grupos, como consecuencia del choque de sus intenciones políticas".[802]

Por lo que respecta al referendo, esta institución jurídica consiste en someter a la aprobación del electorado ciertas iniciativas de ley elaboradas por el parlamento en áreas jurídicas específicas. La iniciativa popular, por su parte, es la facultad de los ciudadanos para proponer un texto que eventualmente podría convertirse en una norma. La inmunidad parlamentaria, finalmente, es una institución jurídica creada para proteger a los parlamentarios del monarca, y Kelsen considera que esta figura jurídica debe ser suprimida porque los regímenes monárquicos habían prácticamente desaparecido de toda Europa central y dicha institución había perdido su razón de ser.[803] En síntesis, el líder de la Escuela Jurídica de Viena reconoce que aunque la representación parlamentaria es una abstracción que ha limitado la participación real de los individuos en la configuración de las normas, se trata de una de las aportaciones más significativas para la filosofía política y moral porque ha "mantenido en un nivel sensato el movimiento político de los siglos XIX y XX".[804]

Las aportaciones de Kelsen en torno al parlamentarismo pueden ser el objeto de críticas. En primer lugar, para que esta institución funcione se requiere un nivel de bienestar mínimo en toda la sociedad; en caso contrario, las propuestas de los parlamentarios no podrán materializarse y, con ello, el electorado quitará su confianza de dicha institución, como sucedió en la República de Weimar y Austria. En segundo lugar, el parlamentarismo kelseniano presupone la existencia de un ser humano altamente racional que sea capaz de adoptar acuerdos con base en el diálogo.

Finalmente, el concepto que Kelsen dibujó respecto de la minoría parlamentaria parece bastante pálido. En principio, el jurista austriaco considera a una minoría tan sólo con base en su constitución numérica. Sin embargo, no todas las minorías son grupos vulnerables, como no todas las mayorías son grupos poderosos; piénsese, por ejemplo, en los patrones que, siendo una minoría, son mucho más fuertes en términos económicos y políticos que la mayoría de los trabajadores. Lo mismo sucede con las mujeres que, aun siendo una mayoría numérica, son consideradas como una minoría debido a las vulneraciones multidimensionales a sus derechos de las que son víctimas. La concepción de Kelsen respecto de la minoría, tal y como se puede apreciar,

[802] *Ibidem,* p. 87.
[803] *Ibidem,* p. 68.
[804] *Ibidem,* pp. 54 y 55.

resulta bastante limitada, aun desde la óptica de su propio tiempo, porque brinda una imagen poco satisfactoria de la forma en que participan de manera real en la sociedad ciertos grupos humanos.[805]

La aportación de Kelsen en torno al proceso por medio del cual se crean las normas en sede parlamentaria es bastante pobre. La promulgación de una norma es el resultado de un intercambio de ideas desde diferentes puntos de vista,[806] y este proceso dialógico debe entrañar cierta racionalidad, de la que no se ocupa el pensador austriaco. El jurista vienés no ofrece un modelo que permita regular el proceso dialógico o argumentativo en sede parlamentaria. Este punto es importante, ya que si la conformación de las normas fuera irracional, entonces el propio sistema normativo también lo sería,[807] lo que terminaría afectando la fundamentación neokantiana de la teoría pura del derecho.[808]

4. *La crítica de Kelsen al concepto de homogeneidad social*

Durante la década de los veinte, el líder de la Escuela Jurídica de Viena realizó una crítica profunda al concepto de "homogeneidad social", en cualquiera de sus manifestaciones, tal es el caso de los conceptos "integración", "voluntad general", "espíritu del pueblo", "alma del pueblo", etcétera. Para desarrollar sus ideas en contra de tales conceptos, adoptó algunas categorías de análisis del psicoanálisis de Sigmund Freud, cuya obra conoció durante sus años de juventud como estudiante de grado en la Facultad de Ciencia Jurídica de la Universidad de Viena. Entre sus trabajos más importantes en este respecto se encuentran sus ensayos *El concepto de Estado y la psicología social (teniendo como referencia especial la teoría de las masas según Freud),* así como *Dios y Estado.* En ambas obras, Kelsen desarrolla sus críticas y pensamientos a partir de la llamada psicología de masas, cuyo fundador fue Gustavo Le Bon.[809]

---

[805] Al respecto, véase, por ejemplo, Gargarella, Roberto, *Crisis de la representación política,* México, Fontamara, 1997, pp. 30 y 31.

[806] *Cfr.* Bremer, Juan José, "La justicia", en Stammler, Rudolf, *La teoría crítica del derecho,* trad. de Juan José Bremer, México, Ediciones Coyoacán, 2011, pp. 31-33. Véase, también, Recaséns Siches, Luis, "El neocriticismo formalista de Rodolfo Stammler", en Recaséns Siches, Luis, *Direcciones contemporáneas…, cit.*, pp. 51-76.

[807] *Cfr.* Bremer, Juan José, "Repertorio conceptual", en Bremer, Juan José, *op. cit.,* pp. 13 y 17.

[808] Bremer, Juan José, "Genealogía filosófica", en Bremer, Juan José, *op. cit.,* p. 9.

[809] Le Bon, Gustavo, *Psicología de las multitudes,* trad. de J.M. Navarro de Palencia, México, Editorial Divulgación, 1975, 149 pp.

Kelsen centró su atención en la psicología de masas porque los diferentes actores políticos empleaban el concepto de "voluntad", "espíritu" o "alma" del pueblo para manipular a la población, así como para justificar sus actuaciones. Sobre el particular, el líder de la Escuela Jurídica de Viena manifiesta su preocupación del modo siguiente:

> En la medida en que este concepto sólo expresa cierta comunidad de conciencia, es inofensivo. Permanece no obstante la tendencia evidente de afirmar este "espíritu del pueblo" como una realidad psíquica, distinta a las almas individuales, por lo que el concepto de espíritu del pueblo adquiere el carácter metafísico inherente al espíritu objetivo según Hegel.[810]

En *El concepto de Estado y la psicología social*, el principal objeto de estudio del líder de la Escuela Jurídica de Viena no es el Estado, sino el concepto de "alma colectiva" o "espíritu del pueblo". El fundador de la teoría pura del derecho explica que, frente a ciertas actuaciones sociales, como la toma violenta de un órgano del Estado por una muchedumbre, algunos autores han llegado a la conclusión de que, bajo ciertas circunstancias, los actos individuales de los seres humanos se unen en un todo supraindividual,[811] se cree poder observar una especie de interacción psíquica que consiste en que el alma de un hombre actúa sobre el alma de otro y que de ella recibe efectos a su vez.[812]

La reconstrucción de los argumentos del erudito vienés en contra del concepto de "alma colectiva", y sus expresiones sinónimas, deviene una tarea complicada debido a la exposición abigarrada de sus consideraciones. Sin embargo, una lectura meticulosa del texto permite identificar y dividir los argumentos en dos grupos; el primero corresponde a las ideas que son propias del autor, mientras que el segundo proviene del marco conceptual del psicoanálisis de Sigmund Freud. Las ideas propias de Kelsen en contra del concepto de "alma colectiva" o "espíritu del pueblo" son las siguientes:

1) En el ámbito social, a toda acción asociativa corresponde una acción disociativa.[813]

---

[810] Kelsen, Hans, "El concepto de Estado y la psicología social (teniendo como referencia especial a la teoría de las masas según Freud)", trad. de F. Lucce, en Correas, Oscar (coord.), *El otro…, cit.*, p. 381.

[811] *Ibidem*, p. 373.

[812] *Ibidem,* p. 374.

[813] *Ibidem,* p. 375. Esta idea ya se encuentra presente en obras anteriores. Por ejemplo, Kelsen, Hans, *Problemas capitales…, cit.*, p. 141. "El considerar al pueblo del Estado, según lo considera la psicología de los pueblos, como una comunidad espiritual fuente de una volun-

2) La interacción entre los seres humanos de ninguna manera prueba el lazo específico que convierte a una multitud en una unidad.[814]
3) La unidad social, esto es, del Estado, sólo puede darse desde el punto de vista normativo.[815]

Respecto de 1) y 2), expone las siguientes ideas. Para empezar, no puede existir un "alma colectiva", "espíritu del pueblo", "integración" u "homogeneidad social" porque en el seno de una comunidad humana no todos participan en la vida pública, tal es el caso de los locos, los niños, las personas que duermen, los que les falta la conciencia de esta pertenencia o los que simplemente no se interesan por la vida política.[816] Por si lo anterior fuera poco, no hay que olvidar que la sociedad se encuentra dividida en diferentes grupos antagónicos, como los patrones y trabajadores, razón por la cual: "es imposible afirmar que empresarios y obreros están divididos por oposición de conciencia de clase y al mismo tiempo ligados por la comunidad de conciencia de Estado".[817] Por lo que respecta a 3), la unidad de la sociedad sólo puede estar determinada por las normas porque éstas definen quiénes pertenecen a un Estado y quiénes no.

Las ideas que Kelsen emplea en contra de los conceptos de "alma colectiva", "espíritu del pueblo", "integración" u "homogeneidad social" que provienen del psicoanálisis son las siguientes:

1)" La unidad presupuesta del Estado posee un carácter abiertamente extra-psicológico.[818]
2)" Es erróneo hablar de un "lazo" entre los hombres porque este "lazo", que es reconocido como sociedad, opera enteramente en el individuo.[819]
3)" El problema de la "masa", "alma colectiva", "espíritu del pueblo", "integración" u "homogeneidad social" es, por lo tanto, el problema de la unidad social o "lazo" social.[820]

---

tad colectiva, no pasa de ser una burda ficción. Es precisamente desde el punto de vista de la psicología de los pueblos como se revela que el pueblo de un Estado no se presenta, en modo alguno, como tal unidad, sino que aparece socialmente escindido en numerosas comunidades espirituales". Otro ejemplo se encuentra en Kelsen, Hans, *Esencia…, cit.*, p. 30.

814 *Idem.*

815 *Ibidem,* p. 376.

816 *Idem.*

817 *Ibidem,* p. 377.

818 *Ibidem,* p. 384.

819 *Ibidem,* pp. 379, 387 y 388.

820 *Ibidem,* p. 385.

4)" Si los seres humanos actúan en masa se debe a que algo liga su individualidad.[821]
5)" Para que la masa conserve su consistencia es necesaria una fuerza; esta fuerza es Eros.[822]
6)" El fenómeno anterior se encuentra relacionado a ciertas heridas del Yo.[823]
7)" Una masa es psicológicamente imposible sin un conductor.[824]
8)" La masa es primitiva, agresiva; la masa es, en suma, la resurrección de la horda primitiva.[825]

Por lo que respecta a los argumentos 1)" y 2)", tal y como se explicó en líneas superiores, Kelsen rechaza la existencia de un querer o sentir común; el jurista, al igual que Freud, considera que el ser humano no pierde su individualidad aun cuando forme parte de una masa; en consecuencia, el concepto de "alma colectiva", "espíritu del pueblo", "integración" u "homogeneidad social" no puede ser estudiado desde el punto de vista de la psicología, sino de la ideología política (de ahí que Kelsen considere dicho concepto extra-psicológico). Sobre el particular, explica: "Freud no cae de ninguna manera en el error de esa hipótesis. *Con gran perspicacia niega desde el principio de sus investigaciones la oposición entre psicología-individual y psicología-social,* y aclara que la oposición entre actos psíquicos y sociales… pertenece «absolutamente al terreno de la psicología individual»".[826] Esta tesis, como se puede apreciar, es compartida por el profesor austriaco.

Sobre 3)", el líder de la Escuela Jurídica de Viena observó que la psicología social da por presupuesta la existencia de un "alma colectiva", "espíritu del pueblo", "integración" u "homogeneidad social", pero no se pregunta si este fenómeno es real o no.[827] Freud, sin embargo, sí formula esta pregunta, "y es precisamente por esta pregunta que Freud no solamente rasga el velo de la hipóstasis «alma colectiva», sino que erige sobre todo el problema de la unidad social, del lazo social";[828] Kelsen rechaza la existencia del "alma colectiva", "espíritu del pueblo", "integración" u "homogeneidad social", aunque reconoce que los individuos actúan como una masa o muchedumbre

[821] *Ibidem,* p. 388.
[822] *Ibidem,* p. 389.
[823] *Ibidem,* p. 390.
[824] *Ibidem,* p. 391.
[825] *Idem*.
[826] *Ibidem,* p. 387 (énfasis en el original); también, p. 388.
[827] *Ibidem,* p. 388.
[828] *Idem.*

bajo ciertas circunstancias. La cuestión consiste en determinar por qué actúa el individuo de esta manera y cómo se comporta.

La respuesta a las interrogantes anteriores se encuentra en 4)", 5)", 6)" y 7)". Con base en los conceptos de Freud, el líder de la Escuela Jurídica de Viena comienza su explicación afirmando que el individuo actúa en masa por identificación[829] con el otro, esto es, por amor (Eros).[830] En otras palabras, un individuo convierte a otro ser humano en objeto de su deseo, de su voluntad y demanda.[831] Sin embargo, aún sigue en pie una interrogante, ¿por qué el individuo convierte a otro en objeto de su deseo? La respuesta se encuentra en una lesión del Yo.[832] En efecto, por lo general, el narcisismo humano impide que una persona se someta al poder psíquico de otro. Esta restricción del narcisismo, una restricción del Yo, sólo puede darse cuando una persona se siente desvalida y cree obtener cierto beneficio al someterse a otro ser humano.

Cuando el ser humano se une a otros en una muchedumbre, ésta no actúa por sí misma, no tiene una autoconsciencia, sino que requiere un líder, alguien que la conduzca. El profesor vienés proporciona dos ejemplos: el primero es el del dirigente revolucionario que llama a destruir el palacio de gobierno;[833] el segundo, el líder que despierta el entusiasmo patriótico entre las personas.[834] En ambos casos se puede apreciar que la masa no actúa de acuerdo con los resortes de una misteriosa "alma colectiva", "espíritu del pueblo", "integración" u "homogeneidad social", sino como consecuencia del llamado de otro personaje: el líder.[835] Por último, lo que revelan ambos ejemplos, además, es que la masa resulta una entidad inferior al individuo,[836]

---

[829] En el psicoanálisis, la identificación es un mecanismo de defensa del Yo a través del cual un individuo absorbe una o varias características de la personalidad de otro por considerarlo como una especie de modelo o ejemplo a seguir.

[830] No debe entenderse el concepto como amor erótico o amor sexual, sino como proyección de un deseo que se cree no puede ser realizado a través de otro individuo. De acuerdo con la doctrina de Sigmund Freud, existen dos fuerzas universales que animan la conducta del ser humano; por una parte se encuentra Eros, por la otra, Tánatos. La primera es una fuerza creadora; la segunda, una destructora.

[831] Kelsen, Hans, "El concepto de Estado y la psicología social…", *cit.*, p. 384.

[832] *Ibidem,* pp. 390 y 391. La estructura psicodinámica propuesta por Sigmund Freud se integra por tres elementos, el ello, el yo y el superyó. El *ello* corresponde a los impulsos o apetencias, en sentido amplio, del ser humano; el *yo* hace referencia a la autoconsciencia, y el *superyó*, a la gama de directrices morales que el hombre interioriza. El *yo* es el factor de equilibrio entre las otras dos estructuras que, usualmente, se encuentran en pugna.

[833] *Ibidem,* p. 382.

[834] *Idem.*

[835] *Ibidem,* p. 393.

[836] *Ibidem,* pp. 380 y 386.

en la medida en que conduce al desbordamiento de las pasiones más salvajes del ser humano.[837]

El jurista vienés continuaría con sus reflexiones en *Dios y Estado*, el cual se encuentra dividido en dos partes, de las cuales sólo la primera será objeto de nuestro interés, porque en ella se aprecia con mayor claridad la impronta del psicoanálisis en el pensamiento de Kelsen y porque pueden encontrarse una serie de interesantes ideas que matizan o complementan el ensayo anterior. Una de las características principales de este documento consiste en que su autor es mucho más meticuloso y claro al exponer sus ideas en comparación con lo que podemos leer en *El concepto de Estado y la psicología social (teniendo como referencia especial a la teoría de las masas según Freud),* el cual, dado su estilo expositivo, podría parecer un ensayo preliminar.

El profesor austriaco comienza su exposición explicando que al interior de la masa se pueden identificar dos fenómenos sociales: el primero consiste en la identificación de los individuos entre sí, mientras que el segundo, en la identificación entre éstos y el líder.[838] Esto constituye una innovación respecto de *El concepto de Estado y la psicología social.* Kelsen considera, de acuerdo con Freud, que la sumisión del grupo al caudillo constituye en una especie de regresión psicológica por medio de la cual el niño se somete de nuevo a la autoridad del padre.[839] Dicho fenómeno, sin embargo, no es exclusivo del mundo contemporáneo. Por el contrario, ya se encuentra presente en otras construcciones sociales, como las religiones, en las que a través del concepto de Dios, "la divinidad de todas las religiones, y no solamente las más primitivas, es venerada bajo el nombre de padre; así se explica también que los soberanos de todos los tiempos hayan reivindicado ante sus súbditos este mismo nombre".[840]

El líder de la Escuela Jurídica de Viena añade: "Es precisamente esta relación de amor hacia el padre la que nos permite comprender cómo puede ser placentera una sumisión que sólo puede cumplirse en detrimento de

---

[837] *Ibidem,* pp. 391 y 392.

[838] Kelsen, Hans, "Dios y Estado", trad. de Jean Hennequin, en Correas, Oscar (coord.), *El otro…, cit.,* pp. 265 y 266.

[839] *Ibidem,* p. 270.

[840] *Ibidem,* p. 271. Kelsen considera la sumisión a Dios como una característica del pensamiento primitivo porque Dios representa al mismo tiempo el valor más elevado, así como el origen de la cadena de validez de las normas naturales y humanas. *Ibidem,* p. 268. "El primitivo no establece en su divinidad distinción alguna entre un aspecto ético-normativo y un aspecto natural-causal, pues la necesidad de justificación y la explicación son para él una y la misma cosa… En esto consiste, precisamente, la visión antropomorfa del mundo propia del mito: el comportamiento de toda cosa es interpretado como si fuera comportamiento humano… todas las cosas son interpretadas como seres antropomorfos, es decir, dotados de alma".

la autosuficiencia".[841] En efecto, un comportamiento sorprendente del ser humano que pudo observarse con especial claridad durante la República de Austria, y en particular durante la República de Weimar, fue que el hombre rechazó con vehemencia su libertad para someterse al yugo de diferentes regímenes autocráticos.

Kelsen explica que la sumisión de los individuos a la autoridad del líder encubre el deseo de someter a los demás. En otras palabras, la sumisión es también voluntad de poder; el ser humano se somete para poder someter a los otros. En este punto, el jurista retorna al ejemplo de la religión: el autor explica que a lo largo de la historia ningún creyente se ha conformado con la sumisión a su Dios, sino que a través de su religión ha querido someter a los demás a través de las guerras, como las cruzadas, por ejemplo.[842] En *Dios y Estado,* en suma, logra comprender el motivo esencial por el que un ser humano se complace con someterse a la voluntad de otro: "uno se somete a la autoridad del grupo para que los otros también queden sometidos por igual a ella; estos otros, precisamente, los que no quiero tener arriba de mí, sino que, cuando mucho, tolero a mi lado, como iguales a mí, y que, ya que no puedo dominarlos directamente, domino indirectamente".[843] Tras la máscara de la nación o Estado, el hombre puede dar rienda suelta a sus instintos.[844]

[841] *Ibidem,* p. 271.
[842] *Idem.*
[843] *Ibidem,* p. 272.
[844] *Idem.*

Libro completo en https://tinyurl.com/472hb2hr
2026. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas,
https://www.juridicas.unam.mx/
Acervo de la BJV: https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv

Capítulo quinto

SUBSISTEMA ONTOLÓGICO: DERECHO INTERNACIONAL

I. Introducción

En Iberoamérica, Hans Kelsen es conocido sobre todo por sus obras de carácter metodológico, las cuales conforman un proyecto académico de largo aliento que, en su conjunto, es conocido como la teoría pura del derecho. Sin embargo, quien fuera el líder de la Escuela Jurídica de Viena también destacó en otras áreas de la ciencia jurídica debido a sus importantes contribuciones, como lo es el derecho internacional. La obra de Kelsen en este último ámbito, sin embargo, resulta poco conocida, no sólo por los filósofos del derecho, sino también por los propios especialistas del derecho internacional tanto en el mundo de habla hispana[845] como en el anglosajón.[846] Esto resulta sorprendente, y hasta paradójico, porque los textos de este autor cuyo tema central es, precisamente, la ciencia del derecho, no son los que más páginas ocupan en toda su obra; en realidad, sus escritos sobre derecho internacional son los más abundantes. Es por ello por lo que Mario G. Losano ha sostenido lo siguiente: "Hay que señalar que, al menos desde el punto de vista bibliométrico, los avatares de la vida llevaron a Kelsen a ser sobre todo un internacionalista".[847]

[845] *Cfr.,* por ejemplo, Sepúlveda, César, "La naturaleza y la esencia del derecho internacional", en Sepúlveda, César, *Derecho internacional,* 10a. ed., México, Porrúa, 1979, pp. 39-65; en particular, las pp. 52-56.

[846] Telman, D.A. Jeremy, "La recepción de la teoría jurídica de Hans Kelsen en Estados Unidos: un modelo sociológico", trad. de Augusto Fernando Carrillo Salgado, en Ibarra Palafox, Francisco; Carrillo Salgado, Augusto Fernando; Hernández Manríquez, Javier, y Muñoz Mendiola, Julio César (coords.), *op. cit.,* p. 370. Al respecto, D.A. Jeremy Telman explica: "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, pero su enfoque hacia la teoría jurídica jamás encontró seguimiento entre los juristas de América, aunque su reputación crecía internacionalmente… 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".

[847] Losano, Mario, "Hans Kelsen: una biografía…", *cit.*, p. 114.

De acuerdo con la periodización de la obra de Kelsen que Stanley L. Paulson ha propuesto, adoptada con reservas en el capítulo segundo de esta investigación, las principales aportaciones que el jurista austriaco realizó al derecho internacional forman parte de la llamada fase clásica de su trabajo.[848] Es importante notar, sin embargo, que a pesar de que las aportaciones que realizó al derecho internacional se sitúan en la fase clásica de su obra, caracterizada por la impronta o influencia del neokantismo, en esta área de su doctrina se puede observar un paulatino debilitamiento en la fundamentación kelseniana. En efecto, este bemol del pensamiento internacionalista de Kelsen se agudizó en los trabajos que escribió sobre dicha materia entre 1945 y 1955.

El objetivo general de este capítulo consiste en exponer de manera sistemática las tesis principales que Kelsen aportó y desarrolló al derecho internacional entre la década de los veinte y la de los cincuenta. Así las cosas, éste se encuentra dividido en los siguientes apartados. En primer lugar, se explican los episodios más importantes de la vida del jurista vienés en los que se puede observar la manera en la que el autor fue aproximándose al examen exhaustivo de los temas centrales del derecho internacional hasta convertirse en un especialista en la materia. Posteriormente, se explican algunas de las tesis centrales que desarrolló en el ámbito internacionalista durante el tiempo en que fue académico en Alemania, Suiza y los Estados Unidos de América. Más adelante se exponen algunas de las transformaciones de la fundamentación neokantiana del pensamiento internacionalista de Kelsen al término de la Segunda Guerra Mundial. Por último, se analiza la relación entre el derecho internacional y la teoría pura del derecho.

II. Experiencia vital de Hans Kelsen como un especialista del derecho internacional

1. *Los años en la Universidad de Viena*

A menudo, las aproximaciones biográficas sobre Kelsen colocan el acento en todos aquellos trabajos relacionados de manera directa con la teoría pura del derecho, entre los que se encuentran, por ejemplo, los *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado* o ambas ediciones de la *Teoría pura del derecho*. En las líneas

[848] Paulson, Stanley L., "Four Phases in Hans Kelsen's Legal Theory?…", *cit.*, pp. 153-166, especialmente, p. 161; *cfr.* Paulson, Stanley L., "Una periodización…", *cit.*, pp. 53-86.

siguientes se procederá de manera diferente, ya que se destacará la experiencia vital del jurista austriaco en tanto especialista del derecho internacional.

Hans Kelsen nació en Praga, el 11 de octubre de 1881,[849] su familia era de origen judío y pertenecía a la clase media-baja austriaca.[850] En otras palabras, el joven austriaco no provenía ni de una familia adinerada ni de abolengo, lo cual de alguna manera representaba una desventaja. Se matriculó en la Facultad de Ciencia Jurídica de la Universidad de Viena, donde cursó el grado de derecho, escribió su tesis doctoral y redactó su tesis de habilitación. En esencia, el tema central de este último trabajo era el derecho público austriaco de finales del siglo XIX y principios del XX, pero su contenido era tan rico y profundo que desbordó los causes de su objeto hasta proyectarse hacia el ámbito de la filosofía y la metodología jurídicas.

A pesar de las notables contribuciones que Kelsen había realizado al campo de la teoría jurídica, él mismo se dio cuenta, sin embargo, que no había abordado un tema central de la ciencia jurídica: la relación entre el derecho internacional y los ordenamientos jurídicos estatales parciales. Efectivamente, en el prólogo a la segunda edición de la obra antes mencionada, el autor precisa que no se había ocupado del derecho internacional desde el punto de vista de la teoría pura del derecho, y señala, además, que el precursor en esta área había sido su alumno, colega y amigo, Alfred Verdross:

> Las investigaciones de la presente obra versan solamente sobre los problemas del orden jurídico de un solo Estado, sin ocuparse para nada de las *relaciones de los diversos Estados entre sí y con el orden jurídico internacional*… El mérito de haber planteado por vez primera el problema de las relaciones entre el derecho de un Estado y el derecho internacional, desde el punto de vista de la teoría pura del derecho, corresponde a ALFRED VERDROSS. En su estudio publicado en 1914, "Zur Konstruktion des Volkerrechts" (en *Zeitschrift für Volkerrechts,* t. VIII, págs. 329 ss.), este autor distingue dos posibilidades antagónicas: la de concebir el derecho internacional desde el punto de vista del orden jurídico de cada Estado, como parte de éste, y la de encuadrar los órdenes jurídicos de los diversos Estados sujetos dentro del marco del derecho internacional, supeditándolos a él. Como se ve, en este estudio impera todavía la construcción dualista de un derecho internacional coexistente con los órdenes jurídicos de los distintos Estados y sin conexión alguna con ellos. En cambio, en su obra publicada en 1920 con el título de "*Die volkerrechiswidrigen Kriegshandlugen und der Strafanspruch des Staaten*", proclama ya expresamente que "el derecho internacional y el de-

[849] Kelsen, Hans, *Autobiografía…, cit.,* p. 52. Véase, también, Schmill Ordóñez, Ulises, "Aportaciones teóricas de la teoría pura del derecho", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho,* núm. 33, 2010, p. 19.

[850] *Ibidem,* p. 68.

recho nacional tienen necesariamente que ser partes de un sistema jurídico unitario" (*op. cit.,* pp. 41 y ss.).[851]

La parte final de la cita anterior revela una de las ideas centrales del pensamiento internacionalista kelseniano: la tesis de la unidad. De acuerdo con esta idea, el derecho internacional y los ordenamientos jurídicos parciales estatales constituyen un solo objeto de estudio. Esta idea fue planteada, como se ha dicho, por Alfred Verdross. El mérito del erudito austriaco, no obstante, radica en haber llevado el razonamiento de su alumno hasta sus últimas consecuencias; la cita anterior contribuye también a confirmar y destacar el hecho de que el profesor austriaco comenzó a incorporar el derecho internacional a su doctrina a partir de la década de los veinte.

Entre 1919 y 1929, el jurista austriaco fue profesor de teoría y filosofía del derecho en la Facultad de Ciencia Jurídica de la Universidad de Viena, donde se conformó un grupo de investigación a su alrededor conocido como la Escuela Jurídica de Viena; Kelsen tuvo que abandonar dicha facultad, y se vio obligado también a separarse de su cargo como juez constitucional debido a la polémica jurídico-política que desató una de las causas que él dirimió en torno a la procedencia, o no, del divorcio en Austria.[852] Posteriormente, se incorporó como profesor de derecho internacional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Colonia.

A partir de aquel momento, el jurista vienés cultivó el ámbito del derecho internacional con especial intensidad, hasta mediados de la década de los cincuenta, momento en el cual iría abandonando paulatinamente la materia para dirigir de nuevo su interés a los temas clásicos de la teoría pura del derecho, pero con la novedad de que trató de ligar su doctrina con los estudios sobre lógica aplicada al derecho que, para aquel entonces, estaban ganando terreno en las discusiones académicas. Si bien es cierto que comenzó a dedicarse con intensidad al derecho internacional a partir de su incorporación como profesor en la Universidad de Colonia, no hay que olvidar que

[851] Kelsen, Hans, *Problemas capitales…, cit.,* pp. LIV y LV. Énfasis en el original.

[852] Losano, Mario, "Hans Kelsen: una biografía…", *cit.*, p. 118. Hans Kelsen tuvo que abandonar su puesto como profesor de la Facultad de Ciencia Jurídica de la Universidad de Viena y separarse de su cargo como juez vitalicio del Tribunal Constitucional de Austria debido al repudio social del que fue víctima luego de participar en la resolución de una controversia sobre las dispensas matrimoniales (divorcio). En realidad, se trataba de una lucha por el poder político entre el gobierno federal de Austria y las entidades federativas; en efecto, mientras que el gobierno central aprobaba las dispensas, algunos de los estados federados las rechazaban. Como Kelsen se inclinaba hacia las dispensas, se le atacó porque políticamente fue considerado como un garante de los intereses del gobierno central.

ya había analizado anteriormente algunos de los temas centrales del derecho internacional; tal es el caso de su extensa monografía *El problema de la soberanía y la teoría del derecho internacional. Contribución a una teoría pura del derecho.*

2. *Los años en la Universidad de Colonia*

Tras abandonar Viena, Kelsen se incorporó como profesor de la Universidad de Colonia, donde regentó la cátedra de derecho internacional.[853] La decisión de incorporarse a la Facultad de Derecho antes mencionada resultó sorprendente, pues, de acuerdo con el contexto político y social del momento, él, "judío y demócrata, aceptó la llamada... en una Alemania donde ya los nacionalsocialistas estaban ganando rápidamente aceptación popular y escaños parlamentarios".[854] En efecto, para aquel momento el movimiento nacionalsocialista ya había emergido y se encontraba en una fase de rápida expansión y consolidación. Es probable que el erudito vienés hubiera decidido incorporarse al claustro docente de dicha facultad debido al estimulante ambiente intelectual que existía a pesar del siniestro trasfondo político y económico de la Alemania de aquel entonces. Durante la República de Weimar, en efecto, aparecieron numerosas y novedosas interpretaciones sobre la ciencia jurídica, su objeto de estudio y su finalidad.

Así pues, el punto de partida, en sentido estricto, de la trayectoria académica de Kelsen como un especialista del derecho internacional se encuentra en Colonia; el autor, al respecto, en sus escritos biográficos, explica: "La casualidad quiso que precisamente entonces yo recibiera una convocatoria a la Universidad de Colonia. La acepté, a pesar de que conllevaba la obligación de dictar derecho internacional, materia con la que anteriormente no me había ocupado de manera intensa".[855] El 2 de noviembre de 1930, a la edad de casi 50 años, Kelsen pasó a formar parte del claustro docente de la universidad referida,[856] en la que permaneció durante dos años y medio más. En dicha universidad, el erudito austriaco impartió la cátedra de derecho internacional, una rama de la ciencia jurídica que si bien es cierto no dominaba, no le era del todo desconocida, pues, como se ha mencionado, ya se había ocupado de esta materia con anterioridad en diferentes textos, como en el caso de su monografía *El problema de la soberanía y la teoría del derecho internacional*

853 Losano, Mario, "Hans Kelsen: una biografía…", *cit.*, p. 119.

854 *Idem.*

855 Kelsen, Hans, *Autobiografía, cit.*, p. 150.

856 Aladár Métall, Rudolf, *op. cit.*, p. 75.

de 1920, así como algunas conferencias que dictó en La Haya en 1926 y un artículo que publicó en 1929 en el que abordaba el tema de la soberanía.[857]

Durante el semestre del verano de 1932, el fundador de la Escuela Jurídica de Viena dictó una serie de conferencias sobre derecho internacional en calidad de profesor visitante en el Instituto Universitario de Altos Estudios Internacionales en Ginebra, así como en la Academia de Derecho Internacional de la Haya.[858] Estas experiencias fueron esenciales para la carrera profesional de Kelsen, pues le permitieron ganar un importante capital social que más tarde le sería de utilidad para escapar del nacionalsocialismo. En Colonia fue designado decano de la Facultad de Derecho de la universidad antes mencionada.[859] Por si lo anterior fuera poco, no dejó de ampliar su obra científica en otros ámbitos; de esta época datan sus ensayos *¿Quién debe ser el guardián de la Constitución?,* su artículo sobre la sentencia del tribunal estatal del 25 de octubre de 1932, *La teoría general del derecho a la luz de la concepción del materialismo histórico, Forma de Estado y concepción del mundo, La justicia platónica* y *Amor platónico.*[860]

La buena suerte del fundador de la Escuela Jurídica de Viena pronto se esfumó debido a la toma del poder por parte de los nacionalsocialistas en 1933; primero el jurista se separó de su cargo como decano a manera de medida precautoria y adoptó un perfil más bajo. Sin embargo, una mañana, al leer el periódico mientras desayunaba, su esposa le hizo notar que su nombre aparecía en la última página del diario en la que se precisaba que había sido cesado temporalmente de su cátedra como profesor de derecho internacional.[861] Cabe destacar que en aquel momento el fundador de la Escuela Jurídica de Viena no había sido una de las víctimas directas del nacionalsocialismo debido a su origen judío, religión que por cierto no había practicado nunca, sino que, más bien, su destitución se debió a que era un declarado demócrata y un pacifista en un ambiente donde la democracia era repudiada y se enarbolaba una perspectiva bélica.[862]

Debido a su prestigio y aportaciones, numerosos profesores se opusieron a la deposición de Kelsen como profesor de derecho internacional e, inclusive, escribieron una carta dirigida al Ministerio Prusiano de Ciencia, Arte y Educación en la que se hablaba bien de él y se precisaba que había sido

---

857 *Idem.*

858 *Idem.*

859 *Ibidem,* p. 76.

860 *Idem.* Existe traducción al castellano de este texto; véase, Kelsen, Hans, *Amor…, cit.*, 153 pp.

861 *Ibidem,* p. 77.

862 *Idem.*

un crítico brillante del marxismo (uno de los motivos principales de las destituciones en aquel entonces era simpatizar con el marxismo y comunismo). Esta epístola, sin embargo, no encontró resonancia alguna, a pesar de que estaba firmada por importantes personalidades, como Hans Carl Nipperdey, Heinrich Lehmann, Hans Planitz, Godehard Josef Ebers, Albert Coenders y Gotthold Bohne.[863] Es probable que la carta no hubiera tenido el efecto deseado debido a que faltaba la firma de Carl Schmitt, quien, en aquel entonces, ya colaboraba de manera estrecha con el gobierno de Adolf Hitler. Finalmente, Kelsen fue cesado de manera definitiva de su puesto como profesor y le fue retirada su pensión.

Debido a la delicada coyuntura política del momento, y para evitar la vigilancia de la correspondencia que imperaba en Alemania, el erudito austriaco se trasladó temporalmente a Viena,[864] donde entró en contacto con algunos de sus colegas de otras universidades con el propósito de encontrar un puesto académico adecuado. El fundador de la Escuela Jurídica de Viena recibió tres ofrecimientos: el primero de la Escuela Londinense de Economía, el segundo de la recién fundada Nueva Escuela para la Investigación Social y, finalmente, un ofrecimiento del Instituto Universitario de Altos Estudios Internacionales, el cual aceptó.[865]

3. *Los años en el Instituto Universitario de Altos Estudios Internacionales*

El 25 de octubre de 1933, Kelsen dictó su lección inaugural en el Instituto Universitario de Altos Estudios Internacionales, titulada *La técnica del derecho internacional y la organización de la paz*; al poco tiempo, estableció relaciones con altos funcionarios de la Sociedad de Naciones y de la Organización Internacional del Trabajo. El profesor austriaco, durante el tiempo que pasó en Ginebra, no sólo dirigió sus esfuerzos hacia el derecho internacional,[866] sino que extendió sus intereses hacia otros campos relacionados con la ciencia jurídica; por ejemplo, dictó una conferencia sobre la justicia platónica ante la

863 *Ibidem,* p. 78.

864 Aladár Métall, Rudolf, *op. cit.,* p. 78.

865 *Ibidem,* p. 81.

866 Entre los textos que publicó durante su época ginebrina se encuentran: "La téchnique du droit international et l'organisation de la paix", *Revue de Droit International et de Législation Comparée,* vol. 15, núm. 1, 1934, pp. 5-24; "Les résolutions de la S. D. N. concernant la séparation du pacte et des traités de paix", *Revue de Droit International et de Législation Comparée,* vol. 20, núm. 1, 1939, pp. 101-113, y *Law Technique, and the International Law,* trad. de Albert Highley, Ginebra, Geneve Research Centre, 1939, 178 pp.

Sociedad Ginebrina a favor de la Cultura y el Arte Alemán; también publicó su ensayo *La política helénico-macedónica y la "política" de Aristóteles,* sin dejar de mencionar, por supuesto, la aparición de la primera edición de su *Teoría pura del derecho.* De igual forma, durante esta época el profesor vienés recibió la distinción doctor *honoris causa* por las universidades de Utrecht y Harvard.[867]

Aunque Kelsen había encontrado cierta paz en Ginebra, todavía no había resuelto todas sus preocupaciones. Al incorporarse al Instituto de Altos Estudios Internacionales, el erudito contaba con 53 años, lo que era una edad bastante avanzada para la época. Para poder alcanzar una pensión por jubilación, Kelsen tenía que continuar vinculado a una universidad alemana, razón por la cual aceptó una propuesta de su colega Franz Weiss para ocupar la cátedra de derecho internacional en la Universidad Alemana de Praga, la cual intercalaba con la que ya ocupaba en el instituto antes mencionado.[868] Al principio, su incorporación a dicha universidad lucía bastante prometedora, ya que

> Además de los derechos de pensión, el ofrecimiento de Praga presentaba otra ventaja segura de carácter práctico y que en la situación de aquel entonces era muy importante. Con la cátedra en una universidad checoslovaca, se adquiría automáticamente la nacionalidad checa, lo cual significaba, sobre todo, también un pasaporte checoslovaco. Es comprensible que Kelsen no tuviese mucho interés en verse obligado a tener que usar un pasaporte alemán con la cruz gamada y además adornado con una "J".[869]

La experiencia de Praga le permitió darse cuenta de que la vida de sus seres queridos, y aun la propia, comenzaba a correr peligro debido al avance militar, político, ideológico y económico del nacionalsocialismo por toda Europa. En ese sentido, antes de su llegada e incorporación a la Universidad de Praga, comenzaron a sucederse diversas expresiones de repudio antisemita en su contra.[870] Por si lo anterior fuera poco, el día de su lección inaugural se les impidió el paso a través de la fuerza y la represión a los alumnos que se habían matriculado con él.[871] Finalmente, se descubrió un complot a través del cual se quería atentar contra su vida.[872] A pesar de todas las dificultades que tuvo que sortear, Kelsen recordaba los años en Suiza de manera bastan-

867 Aladár Métall, Rudolf, *op. cit.*, pp. 82 y 83.

868 *Ibidem,* p. 85. Kelsen dictaba cátedra un semestre en Ginebra y otro en Praga.

869 *Ibidem,* p. 86.

870 *Ibidem,* pp. 86 y 87.

871 *Ibidem,* pp. 87 y 88.

872 *Ibidem,* p. 88.

te positiva, tal y como lo narra en sus escritos biográficos: "Las condiciones externas en Ginebra eran magníficas. Sólo dos lecciones y un seminario en la semana [*sic*]. El sueldo no era tan bueno como en Colonia, pero suficiente para llevar una vida cómoda. Sobre todo, tiempo suficiente para trabajar científicamente [*sic*]".[873]

4. *La migración a los Estados Unidos de América*

Ante las muestras tan claras del deterioro social en Europa, así como al avance del antisemitismo, Kelsen decidió partir hacia los Estados Unidos de América el 28 de mayo de 1940. En la Unión Americana, el profesor austriaco continuaría cultivando la disciplina jurídica del derecho internacional; en efecto, publicaría numerosas monografías, artículos y ensayos en los que examinaría la naturaleza jurídica de la ONU, sus debilidades institucionales, y también centraría su atención en la condición jurídico-política de Alemania al término de la Segunda Guerra Mundial y la responsabilidad individual y colectiva de quienes la habían provocado. De igual forma, sería un asesor importante de numerosas figuras políticas que participaron en la creación de la ONU.

En los Estados Unidos de América, se incorporó temporalmente como profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard. El fundador de la teoría pura del derecho albergaba la esperanza de permanecer como profesor asociado, pero esto jamás sucedió.[874] No se conoce la razón exacta por la que él no fue aceptado como titular de una cátedra en la Universidad de Harvard. La versión oficial es que el rector no prolongó el contrato de Kelsen porque no existía una plaza disponible.[875] Investigaciones recientes han señalado, sin embargo, que otros motivos de carácter político interpretaron un papel importante en este episodio de la vida del jurista vienés.[876] En aquel momento, el líder de la Escuela Jurídica de Viena estaba siendo investigado por las autoridades del FBI debido a la cercanía que alguna vez tuvo con los austromarxistas durante la época en que había participado en la redacción de la Constitución de la República de Austria.[877] Además, por increíble que parezca, sobre Kelsen pesaba la sospecha de que había colaborado con la fundamentación ideológica del nacionalsocialismo.

---

873 *Ibidem,* p. 154.

874 *Idem.*

875 *Idem.*

876 Kelsen, Hans, *Autobiografía, cit.,* p. 170.

877 Schuett, Robert, *Hans Kelsen's Political Realism,* Reino Unido, Edinburgh University Press, 2021, pp. 8-13.

Estas no son las únicas explicaciones que se han realizado en torno a este episodio de la vida del fundador de la teoría pura del derecho, también se ha considerado que "la ausencia de fluidez en el inglés de Kelsen en aquel tiempo, su incapacidad para enseñar cursos básicos de derecho estadounidense y los temas financieros post depresión parecen haber desempeñado algún papel, así como la supuesta oposición del profesorado más antiguo de derecho internacional".[878] En sus escritos autobiográficos, el profesor austriaco expresa lo siguiente respecto de este episodio de su vida: "Ese fracaso me hirió bastante, con mayor razón cuando yo, como doctor honoris causa de la Universidad de Harvard, había esperado un mejor trato".[879] A pesar de los problemas anteriores, el erudito austriaco contó con la ayuda de sus colegas Lon Fuller y Roscoe Pound, quienes intercedieron para que pudiera hallar acomodo en otra universidad. En el verano de 1942, logró colocarse como profesor visitante en la Universidad de California y, tres años más tarde, alcanzó la posición de profesor a tiempo completo de las cátedras de derecho internacional, teoría jurídica y origen de las instituciones jurídicas.[880] Más tarde, Kelsen vería restituidos algunos de sus derechos por parte del gobierno austriaco; además, con la pensión que recibió de la Universidad de California pudo jubilarse y comprarse una casa.

III. Aportaciones que Hans Kelsen realizó en Europa al derecho internacional

1. *Consideraciones preliminares*

Las principales aportaciones que Hans Kelsen realizó al derecho internacional se sitúan en la fase clásica de su teoría pura del derecho. Sin embargo, el estilo expositivo y los fundamentos que el jurista austriaco empleó no fue siempre el mismo. En efecto, en los trabajos que publicó sobre derecho internacional entre las décadas de los veinte y los cuarenta se puede observar la impronta del neokantismo, principalmente el de Hermann Cohen.[881] A partir de 1945, aproximadamente, la fundamentación neokantiana de su doctrina internacionalista comienza a flaquear, sin que ésta desaparezca por completo. Efectivamente, la base epistemológica del profesor vienés se tam-

878 Schauer, Frederick, *op. cit.*, pp. 391-401.

879 Kelsen, Hans, *Autobiografía, cit.,* pp. 170 y 171.

880 *Ibidem,* p. 171.

881 Heidemann, Carsten, "Das «Faktum» der Rechtswissenschaft", *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie,* núm. 163, 2020.

balea, en la medida en que, al examinar los problemas más acuciantes del derecho internacional, comienza a introducir razonamientos, planteamientos e ideas que contaminaron el principio de pureza metodología. Por ejemplo, a diferencia de Immanuel Kant, que planteó la posibilidad de una organización internacional surgida a partir de un tratado, Kelsen consideró que la paz podría ser salvaguardada mediante un tribunal internacional de justicia que regulara el uso de la fuerza entre los Estados del mundo, lo que proyectó en algún sentido su teoría pura del derecho al mundo del ser.

Por si lo anterior fuera poco, en la obra que el otrora líder de la Escuela Jurídica de Viena escribió entre 1945 y 1955 sobre derecho internacional comienzan a aparecer conceptos e ideas que, al parecer, no pueden ser deducidos a partir de los métodos trascendental y analítico que son propios del neokantismo. Entre dichos conceptos se encuentran la fundamentación realista (en términos políticos) del derecho internacional. Para Kelsen, la existencia de las normas jurídicas internacionales es necesaria porque entre los Estados siempre surgirán conflictos. Además, el jurista austriaco fue también un defensor del concepto de la "guerra justa", la cual es una reacción bélica en contra de un daño arbitrario por parte de un Estado a otro. La guerra justa es la antítesis de la guerra de agresión e implica un juicio de valor al considerarla como un medio de defensa adecuado. Finalmente, el otrora líder de la Escuela Jurídica de Viena en reiteradas ocasiones afirmó y explicó que si se le compara con los ordenamientos normativos estatales, el derecho internacional es un derecho primitivo debido a la descentralización en la producción y aplicación de sus normas, pero no se puede sostener con total seguridad que el derecho nacional esté mucho más centralizado frente al internacional.

2. *Los años en la Universidad de Viena (el problema de la soberanía y la teoría del derecho internacional)*

En 1920, el profesor vienés publicó una monografía titulada *El problema de la soberanía y la teoría del derecho internacional;* en este libro sentó las bases de lo que sería su obra posterior sobre derecho internacional. En términos generales, las reflexiones de Kelsen son desarrolladas a partir de una de las tesis principales de Alfred Verdross, la de que el derecho internacional y los ordenamientos jurídicos estatales parciales constituyen una unidad.[882]

[882] Carrino, Agostino, "Presentazione", en Kelsen, Hans, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto,* Milán, Giuffrè, 1989, pp. VII y VIII.

En *El problema de la soberanía y la teoría del derecho internacional,* comienza su exposición tratando de esclarecer el concepto de soberanía, para poder determinar su relación con su teoría normativista sobre el Estado y el derecho. La monografía de constituye una fractura con las tesis sobre la soberanía que imperaban a finales del siglo XIX y principios del XX en Europa, las cuales compartían en común la idea de la existencia de dos ordenamientos jurídicos, el internacional y el nacional. Así las cosas, en las páginas de *El problema de la soberanía y la teoría del derecho internacional,* el jurista vienés trató de definir con la mayor precisión posible lo que debe comprenderse por soberanía; esto le permitió demostrar que la discusión sobre qué ordenamiento jurídico debe prevalecer, el internacional o el estatal, no es más que un falso dilema[883] y, más que nada, una cuestión política.

A lo largo del tiempo, explica Kelsen, los pensadores políticos han sostenido numerosas y variadas tesis sobre lo que debe comprenderse por soberanía. Si bien es cierto que la mayoría de dichos filósofos se encuentran de acuerdo en que la soberanía es, en esencia, la capacidad para ejercer cierto poder político, jurídico, económico e ideológico sobre los hombres sin que exista una fuerza superior, no han logrado ponerse de acuerdo sobre quién, o quiénes, deben ser los titulares de dicha soberanía, o de qué manera ésta se ejerce. Para Platón, por ejemplo, la soberanía residiría en el filósofo-gobernante; para San Agustín, en Dios; para los filósofos de la Revolución francesa, como Rousseau, ésta se encontraría en el pueblo, y para Carl Schmitt, en el caudillo. Kelsen critica este tipo de perspectivas por considerarlas subjetivas en dos sentidos; primero, porque hacen referencia al ser humano como punto de partida del concepto de soberanía (idealismo subjetivista frente al idealismo trascendental u objetivista); segundo, debido a que encubren tesis ideológicas cuyo objetivo final es justificar y legitimar a las personas que ejercen el poder político en una sociedad.

El erudito austriaco, por su parte, sostiene lo que considera una tesis objetivista, ya que afirma que la soberanía es la capacidad de autodeterminación de un Estado, el cual es identificado con el propio ordenamiento jurídico.[884] Se trata, efectivamente, de una tesis cuya fundamentación es de corte neokantiano y con la cual el profesor vienés trata de eludir una fundamentación fáctica que podría emanar de una sociedad multicultural.[885]

---

[883] *Ibidem,* pp. XI y ss.

[884] La tesis kelseniana sobre la soberanía del ordenamiento jurídico podría estar sujeta a la misma crítica que ha sido realizada a la teoría de la norma fundante, esto es, que elude examinar a profundidad el origen y justificación jurídico-moral del poder político a nivel internacional.

[885] Carrino, Agostino, *op. cit.,* p. XIV.

De esta manera, la soberanía kelseniana se convierte en un postulado, en un presupuesto, en una hipótesis de la razón jurídica "pura", a través de la cual el ordenamiento jurídico no requiere ser fundado metajurídicamente.[886] La soberanía kelseniana es una herramienta que permite reducir la tensión cognitiva que produce el pensar o reflexionar sobre el origen real del poder político de las normas jurídicas. Este concepto es, además, una cualidad funcional que participa del proceso de secularización y modernización al impedir que el pensamiento se proyecte al mundo real.[887]

Como la soberanía equivale a la capacidad del ordenamiento jurídico para producir sus propias normas, es comprensible que Kelsen la asociara con la positividad del propio ordenamiento normativo. La expresión "positividad del derecho" no debe ser entendida como la eficacia de las normas, sino tan sólo como el monopolio en la creación de éstas. A diferencia de la Escuela Histórica del Derecho, encabezada por Savigny, que había identificado la positividad de las normas con su eficacia, el líder de la Escuela Jurídica de Viena trató de evitar hacer referencia a la eficacia de las normas para preservar su objeto de estudio en el ámbito del deber.[888]

Con base en las ideas anteriores, Kelsen desarrolla la tesis de la unidad entre el derecho internacional y los ordenamientos jurídicos estatales parciales, que había sido planteada por primera vez por su colega, amigo y otrora discípulo, Alfred Verdross. En el marco de los razonamientos anteriores, sin duda alguna, uno de los debates que más dolores de cabeza ha ocasionado a lo largo de la historia del derecho internacional ha sido el de determinar qué ordenamiento debe prevalecer frente al otro (el nacional o el internacional).[889] Para el jurista austriaco se trata de un falso dilema porque la existencia de un ordenamiento supone la del otro; por tal motivo, afirma que el derecho internacional y el derecho nacional constituyen una unidad lógica. En otras palabras, todos los ordenamientos nacionales serían, desde la óptica kelseniana, ordenamientos jurídicos parciales del derecho internacional, los cuales se encuentran situados en el mismo nivel. Puesto que todos los ordenamientos jurídicos nacionales son parciales, éstos se encuentran en un plano de igualdad y poseen el mismo valor.[890]

---

886 *Ibidem,* p. XVIII.

887 *Ibidem,* p. XXX.

888 *Ibidem,* p. 133.

889 El problema de determinar qué ordenamiento debe prevalecer es un tema recurrente en las discusiones académicas que se dan en el marco de la teoría jurídica contemporánea; por ejemplo, tras la reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011 en México, se discutió extensamente sobre los alcances del artículo 133 constitucional.

890 Carrino, Agostino, *op. cit.,* p. XXXIX. El relativismo axiológico de Kelsen está reflejado también en la tesis de que todos los ordenamientos jurídicos estatales parciales poseen

Es evidente que aunque Kelsen quería alcanzar una objetividad absoluta con su teoría pura del derecho, y, en este caso, con su teoría sobre la soberanía, en realidad, entre la forma político-jurídica y la forma epistemológica de su pensamiento existe una conexión íntima.[891] En efecto, no es un secreto que el jurista en el campo de la política era un demócrata, mientras que en el ámbito epistemológico era un relativista axiológico, razón por la cual para él todos los valores poseen la misma importancia debido a su inconmensurabilidad. De ahí que el erudito austriaco haya realizado la siguiente afirmación respecto del valor que tienen los ordenamientos jurídicos estatales parciales y que concuerda con lo que hasta ahora se ha venido exponiendo: "El Estado, sin embargo, es algo supremo, más exactamente, algo superior, solo en relación con sus súbditos y no a los otros Estados coordinados con él, respecto de los cuales, por lo tanto, es definido solo como «independiente», no como algo superior".[892] Hay que prestar especial atención sobre todo a la parte final de la afirmación anterior, ya que ahí sostiene que todos los ordenamientos jurídicos se encuentran en el mismo nivel.[893]

Kelsen explica que el problema sobre la prevalencia de un ordenamiento jurídico sobre el otro, el internacional sobre el nacional, o viceversa, no es una cuestión que pueda ser resuelta por el derecho positivo, porque podría ser perfectamente válido que en una Constitución se estableciera una jerarquía específica entre ambos ordenamientos jurídicos. Por tal motivo, es la ciencia jurídica la que debe poner un punto final a la cuestión.[894] La tesis de la unidad entre el derecho internacional y los ordenamientos jurídicos estatales parciales es una respuesta que se basa en las relaciones lógicas que existen entre ambos sistemas de normas.[895] Para el jurista vienés, no existe una relación de coordinación entre el derecho internacional y el derecho nacional; tal afirmación conduciría a un regreso hacia el infinito, ya que sería necesario un tercer sistema que marcara las pautas de dicha relación, y otro que reglamentara éste, y así sucesivamente.[896] Kelsen destaca además que el ámbito personal de validez de las normas jurídicas tampoco puede ser empleado como un argumento fuerte para distinguir entre la prevalencia de un ordenamiento jurídico sobre el otro, ya que tanto en el caso de las normas del

el mismo valor al situarse en el mismo nivel. No obstante, esta postura es, a su vez, un juicio de valor.

891 *Ibidem,* p. XXXVI.

892 Kelsen, Hans, *Il problema della sovranità…, cit.,* p. 12.

893 *Ibidem,* p. 60.

894 *Ibidem,* p. 152.

895 *Ibidem,* p. 154.

896 *Ibidem,* p. 164.

derecho internacional como en las del derecho nacional, el destinatario de las normas no es ni más ni menos que el ser humano.[897] La unidad de ambos ordenamientos jurídicos está determinada por la norma fundante del derecho internacional, una norma presupuesta que clausura el sistema y evita un regreso hacia el infinito.

Otra característica de la soberanía que Kelsen considera relevante es el hecho de que se trata, en realidad, de un poder limitado en la medida en la que la existencia de un Estado supone una limitación en el tiempo y en el espacio de sus normas frente a los otros ordenamientos jurídicos estatales parciales. En caso de que no existiera tal limitación, el derecho internacional sería una maraña de normas.[898] La limitación de la soberanía de un Estado frente a la de los otros ordenamientos jurídicos estatales parciales es de naturaleza lógica. Pero tal limitación sólo es formal porque ni el resto de los ordenamientos jurídicos estatales parciales ni el propio derecho internacional pueden condicionar directamente el contenido o materia de las normas.[899]

Otro problema que analiza en su monografía *El problema de la soberanía y la teoría del derecho internacional* es la idea del reconocimiento de un Estado por otro país. Reconocer a un Estado significa que una organización social de carácter internacional acepta la existencia de un poder jurídico sobre una sociedad, espacio y tiempo. El reconocimiento de un Estado se traduce también en el establecimiento de relaciones diplomáticas entre ambas naciones, sin dejar de mencionar, por supuesto, el surgimiento de vínculos comerciales y culturales entre éstas. A lo largo de la historia del derecho internacional, el reconocimiento se ha encontrado supeditado a la concesión de ciertos beneficios, por lo general económicos, de un Estado frente a otro Estado más fuerte. Así pues, resulta evidente que el reconocimiento no sólo es un fenómeno jurídico, sino también político y económico. De acuerdo con la fundamentación neokantiana de la teoría pura del derecho, el reto consistiría en mantener al reconocimiento en el mundo del deber. Kelsen, al respecto, realiza una doble distinción: el reconocimiento es un acto jurídico declarativo, mientras que, desde el punto de vista político, se trata de un acto constitutivo. La ciencia jurídica pura debe centrar su atención en el primero de los actos si quiere permanecer en el mundo del deber. Ésta debe limitarse a constatar que un

[897] *Ibidem,* pp. 191 y 192. La tesis más común es que los Estados son los principales sujetos del derecho internacional; para Kelsen, sin embargo, aunque un Estado es el objeto de estudio de la ciencia jurídica, quienes aplican y resienten los efectos de las normas son los seres humanos. Ellos son, en última instancia, los principales destinatarios de las normas.

[898] *Ibidem,* p. 65.

[899] *Ibidem,* p. 125.

ordenamiento jurídico ha reunido ciertas características para poder afirmar que un Estado es tal.[900]

Por último, es importante mencionar que aunque Kelsen trata de desarrollar sus ideas sin hacer referencia a elementos que provengan del mundo del ser,[901] y que el autor busca evitar a toda costa cualquier sincretismo metodológico, de manera excepcional, el erudito austriaco, en algunas ocasiones, hace uso de la historiografía para desarrollar sus ideas. Por ejemplo, al inicio de su monografía, se ve obligado a recurrir a la historiografía para localizar el origen del concepto de soberanía. Éste, explica Kelsen, no existía entre los griegos, sino que aparece en la doctrina de Bodin, pues fue él quien planteó por primera vez la idea sobre la existencia de dos ordenamientos jurídicos: el internacional y los nacionales.[902]

A. *La réplica de Carl Schmitt a "El problema de la soberanía y la teoría del derecho internacional"*

Con base en una fundamentación epistemológica neokantiana, en *El problema de la soberanía y la teoría del derecho internacional*, Kelsen quería despolitizar las discusiones en torno a los conceptos centrales del derecho internacional para reconducir el discurso jurídico por los cauces de la racionalidad. La monografía no pasó inadvertida por el público académico; por el contrario, algunas de las tesis que en ella expuso fueron objeto de críticas. Dos años después de su aparición, en efecto, Carl Schmitt publicó un breve texto monográfico titulado *Teología política. Cuatro capítulos sobre la doctrina de la soberanía* (1922)*;* en esta obra, el jurista alemán dedica una serie de comentarios críticos a algunas de las ideas que el líder de la Escuela Jurídica de Viena había expuesto en *El problema de la soberanía y la teoría del derecho internacional*. La respuesta que Schmitt ofrece a las tesis normativistas kelsenianas es de tipo histórico; para empezar, considera ingenuo el intento del jurista vienés de despolitizar el proceso evolutivo del concepto de soberanía, tal y como había ido desarrollándose en Europa.[903] Schmitt explica que Kelsen había planteado

[900] *Ibidem,* p. 127.

[901] *Ibidem,* pp. 5 y 6.

[902] *Ibidem,* pp. 5-12.

[903] Schmitt, Carl, *Teología política. Cuatro capítulos sobre la doctrina de la soberanía,* trad. de Francisco Javier Conde y Jorge Navarro Pérez, Madrid, Trotta, 2009, p. 11. En *Teología política,* Schmitt explica que el concepto de soberanía, tal y como había sido examinado en Europa, no es unívoco. Se trata de un concepto que ha sufrido numerosas metamorfosis a lo largo del tiempo, de acuerdo con las circunstancias sociales imperantes en el Viejo Continente. Sin embargo, todos estos cambios siempre se han referido al ejercicio real del poder político; por

una hipótesis que se aleja de la realidad social, pues no resuelve en absoluto el problema sobre el concepto de soberanía. En efecto, para él, considerar a la soberanía como una cualidad hipotética del ordenamiento jurídico no es una respuesta que pueda hacer frente a ciertas situaciones que exigen un ejercicio real del poder político. He aquí algunas críticas que el jurista alemán dirige en ese sentido al otrora líder de la Escuela Jurídica de Viena:

> La objetividad que para sí reivindica Kelsen se reduce a eliminar todo elemento personalista y a referir el orden jurídico a la validez impersonal de una norma impersonal.[904] [En otro lugar de esa misma obra, Carl Schmitt añade lo siguiente] La crítica es fácil para quien a nada se aventura y sigue resueltamente una línea ideológica sin preocuparse de probar con algún ejemplo concreto en qué se distingue de lo anterior su propia jurisprudencia. Los conjuros metodológicos, la agudeza de los conceptos y la crítica penetrante sólo tienen valor si son a manera de ejercicios preparatorios. Cuando con el pretexto de que la jurisprudencia es cosa formal, no calan la entraña de las cosas, aunque se disfracen como quieran, no por eso salen de la antecámara de la jurisprudencia.[905]

Dicho lo anterior, el jurista de Plettenberg, a diferencia del líder de la Escuela Jurídica de Viena, personaliza de nueva cuenta la discusión sobre el concepto de soberanía. De esta manera, el punto de partida de *Teología política*, por lo que respecta al concepto de "soberanía", comienza con una frase contundente de su autor, la cual define desde un inicio su posición frente al problema: "Soberano es quien decide sobre el estado de excepción".[906] Tal y como se puede apreciar, Schmitt no define qué entiende por soberanía y tampoco quién es el soberano; para él, la soberanía es simple y llanamente el ejercicio de la fuerza política, jurídica y económica. La soberanía de una organización social llegará hasta donde se extienda de manera efectiva la influencia de un grupo social sobre el grueso de la población.

---

tal motivo, la hipótesis de Kelsen, ante los ojos de Schmitt, despolitiza el problema y posterga la discusión sobre quién debe ejercer el poder sobre la población. En palabras del jurista alemán: "Ya sea sólo Dios soberano, es decir, el que en la tierra obra como su representante indiscutible, ya lo sea el emperador, el príncipe o el pueblo, esto es, aquellos que con el pueblo pueden identificarse sin contradicción, se plantea siempre el problema del sujeto de la soberanía, es decir, la aplicación del concepto a una situación concreta… La pregunta que se formula es la misma: quién dispone de las facultades no regladas constitucionalmente, es decir, quién es competente cuando el orden jurídico no resuelve el problema de la competencia". *Ibidem,* p. 16.

904 *Ibidem,* p. 30.

905 *Ibidem,* p. 24.

906 *Ibidem,* p. 13.

El segundo aspecto que llama la atención respecto de la definición de Schmitt es la expresión "estado de excepción". Éste no es para el jurista alemán lo que hoy en día podría entenderse como estado de necesidad, idea que, por lo general, hace referencia a la autorización de emplear poderes ilimitados frente a una situación extraordinaria y crítica, como una revuelta o un movimiento social intestino. Para el jurista alemán, el estado de excepción es una situación anómala que subraya el límite de las normas jurídicas. El estado de excepción se presenta a cada instante; ahí, por ejemplo, donde un Estado invade la competencia de otro, cuando un grupo de personas trata de poner en jaque las instituciones estatales o cuando, empleando términos contemporáneos, existe una "colisión" entre dos principios. De acuerdo con Schmitt, la soberanía no se muestra con toda su intensidad en un estado normal de cosas, como aduce Kelsen, sino que, al tratarse de un poder político, éste se verá con mayor claridad en situaciones límite: "La excepción es más interesante que el caso normal. Lo normal nada prueba, la excepción, todo… En la excepción, la fuerza de la vida efectiva hace saltar la costra de una mecánica anquilosada en repetición".[907] Para Schmitt, la excepción prueba quién tiene el poder para resolverla y, en consecuencia, quién es el soberano.

Puesto que el estado de excepción es una situación anómala que se presenta a cada paso en el marco del funcionamiento de la vida institucional cotidiana, explica Schmitt, sería imposible tratar de definir con toda precisión aquello que debe entenderse como tal. Al respecto, señala: "El caso excepcional, el que no está previsto en el orden jurídico vigente, puede a lo sumo ser calificado como caso de extrema necesidad, de peligro para la existencia del Estado o de otra manera análoga, pero no se puede delimitar rigurosamente".[908] El estado de excepción es, en otras palabras, una situación contingente.

Para el jurista alemán, quien debe determinar en el ámbito administrativo qué es un estado de excepción y qué no lo es sería el soberano (el presidente del *Reich*). Pero también en sede judicial, especialmente en el ámbito constitucional, se presentan estados de excepción; aquí serían los jueces quienes tendrían que determinar qué se entiende como tal y qué no lo es, pero siempre siguiendo lo que diga el soberano (presidente del *Reich*). Por lo que respecta al primero de los casos, explica: "La facultad de derogar las leyes vigentes, sea con carácter general o especial, es el atributo más genuino de la soberanía".[909] El soberano, esto es, el presidente del *Reich,* en la teoría polí-

[907] *Ibidem,* p. 20.
[908] *Ibidem,* p. 14.
[909] *Ibidem,* p. 15.

tica de Schmitt, se encuentra por encima de los demás poderes (incluyendo, naturalmente, el Judicial).

De lo expuesto hasta ahora se puede colegir que las raíces de la teoría de Schmitt se encuentran en la teología política. En efecto, para este autor, los conceptos políticos modernos han sido tomados prestados del cristianismo. Por ejemplo, la libertad (en sentido amplio, esto es, libertad de expresión escrita u oral, para elegir un medio de subsistencia, etcétera) correspondería al libre albedrío. El respeto hacia los demás individuos sería el equivalente del amor al prójimo. En ese mismo orden de ideas, se puede establecer un parangón entre el poder omnímodo católico, esto es, la fuerza divina de Dios y el soberano. Al respecto, el erudito alemán explica: "Todos los conceptos centrales de la moderna teoría del Estado son conceptos teológicos secularizados… El estado de excepción tiene en la jurisprudencia análoga significación que el milagro de la teología".[910] El milagro que realiza el soberano en la teoría política de Schmitt consistiría en identificar y resolver el estado de excepción.

Es evidente que el jurista alemán logró colocar sobre la mesa de las discusiones jurídico-políticas de manera original e interesante el problema de la soberanía, así como destacar las limitaciones de las tesis kelsenianas; sin embargo, no ofrece respuesta alguna a cómo deben regularse las decisiones que dirimen un caso excepcional; es cierto que los ordenamientos jurídicos, o mejor dicho, las normas que los constituyen, poseen limitaciones o, en el peor de los casos, vacíos o lagunas, pero ello no quiere decir que el poder decisor puede actuar arbitrariamente. Schmitt, en realidad, lo que está planteando es la existencia de un poder soberano sin límites, lo que sería peligroso para cualquier democracia. Las actuaciones del poder soberano, para no ser arbitrarias, tendrían que estar reguladas por la razón práctica general y la argumentación jurídica en particular.

3. *Los años en el Instituto de Altos Estudios Internacionales*

Como se ha visto, en Colonia la preocupación principal de Kelsen fue despolitizar las discusiones en torno a ciertos conceptos centrales del derecho internacional. En Ginebra, el jurista austriaco refinó su pensamiento e introdujo nuevos problemas e ideas de acuerdo con la coyuntura histórica que estaba viviendo. En ese sentido, entre los textos más importantes que Kelsen publicó durante su época ginebrina se encuentran: *La técnica del derecho*

[910] *Ibidem*, p. 37.

internacional y la organización de la paz (1934),[911] *Las resoluciones de la Sociedad de Naciones concernientes a la separación del pacto y tratados de paz* (1939),[912] *La técnica jurídica en el derecho internacional* (1939) y la *Teoría del derecho internacional consuetudinario* (1939).[913] Durante los años que el jurista pasó en Ginebra comienza a resquebrajarse paulatinamente la fundamentación neokantiana de su obra internacionalista al abandonar el rigor metodológico adoptado al introducir conceptos que extrajo del pensamiento de diversos autores. A pesar de sus esfuerzos, conforme pasaba el tiempo, al parecer, fue incapaz de mantener su pensamiento internacionalista en el mundo del deber.

A. *Fisuras de la fundamentación neokantiana del pensamiento internacionalista kelseniano*

En Ginebra, en términos generales, la fundamentación neokantiana del líder de la Escuela Jurídica de Viena en el ámbito del derecho internacional sigue siendo fuerte, ya que trata de evitar cualquier referencia al mundo del ser para permanecer en el análisis de las categorías de análisis que forman parte del mundo del deber. Sin embargo, en la producción científica kelseniana ya se pueden observar algunas fisuras en el edificio teórico que el jurista austriaco había construido hasta aquel entonces. La más evidente de ellas consiste en el debilitamiento de su relativismo axiológico. En efecto, el erudito austriaco sitúa a la salvaguarda de la paz como el problema central del derecho internacional y, con ello, él está colocando también un fin principal que los ordenamientos jurídicos parciales estatales deben perseguir. En ese orden de ideas, el profesor vienés explica que, a lo largo de la historia, ningún ser humano ha negado la necesidad de salvaguardar la paz del mundo;[914] inclusive aquellos dirigentes políticos con una visión belicista de la realidad habían tratado de encubrir sus intenciones con la máscara de la paz.

Es comprensible, y hasta moralmente loable, que el jurista vienés hubiera tratado de dar respuesta a los problemas internacionales coyunturales de su época, pero ello se tradujo también en el menoscabo de su relativismo axiológico, así como en un debilitamiento de la fundamentación neokantiana de su pensamiento al partir de problemas materiales con el objeto de llegar a soluciones ideales. Además, se puede observar que el líder de la Escuela Jurídica de Viena se aparta del neokantismo, porque mientras que Immanuel Kant, en su

[911] Kelsen, Hans, "La téchnique du droit…", *cit.*, pp. 5-24.
[912] Kelsen, Hans, "Les résolutions…", *cit.*, pp. 101-113.
[913] Kelsen, Hans, *Law technique…, cit.,* 178 pp.
[914] Kelsen, Hans, "La téchnique du droit…", *cit.*, p. 5.

obra *Hacia la paz perpetua,* propuso la suscripción voluntaria de un tratado para la creación de una especie de confederación de países, Kelsen, por su parte, desarrolló una visión política más realista. Para este último, la paz no es una cuestión estrictamente moral, sino jurídica;[915] por tal motivo, comienza a desarrollar todo un andamiaje normativo y político cuyo objetivo es la consecución de la paz. En los escritos sobre derecho internacional que Kelsen redactó en Ginebra parece que actúa más como asesor político que como jurista.

El primer paso que el erudito propone para alcanzar la paz es el desarme de los países de Europa continental, así como de todas las naciones del mundo. Esta medida consiste en la reducción a su mínima expresión de la capacidad bélica de cada país del mundo. Tal medida, propuesta en el pacto Briand-Kellogg y la carta fundadora de la Sociedad de Naciones, sólo sería posible a través del establecimiento de una fuerza que fuera superior a todos los Estados y que estuviera expresada en las normas e instituciones que regularan su aplicación.[916] En otras palabras, Kelsen propone que los Estados reduzcan su capacidad bélica para crear una fuerza armada centralizada. Dicha fuerza armada se encargaría de restablecer el orden internacional a través del uso de la coacción regulada por el derecho.

En el ámbito del derecho internacional, las principales sanciones son las represalias y la guerra,[917] y la diferencia entre ambas medidas es de grado. Aquéllas consisten en una limitación en la esfera económica, política o territorial de un Estado como consecuencia de una lesión injustificada hacia otro. La guerra, por su parte, es la aniquilación total de un miembro de la comunidad internacional. Kelsen sólo reconoce la guerra como una reacción a una agresión injustificada o, lo que es lo mismo, el erudito austriaco es partidario de la doctrina de la guerra justa. Las represalias y la guerra son sanciones primitivas,[918] porque al tratarse de castigos colectivos aplicados por la comunidad internacional sobre un Estado se asemejan a la venganza de la sangre del derecho penal[919] en las que participaba toda la comunidad en contra de un agresor.

Por lo que respecta a las represalias, de acuerdo con el jurista vienés, la parte afectada tiene el derecho de aplicarlas sólo si una sentencia así lo ordena. Mejor dicho, la parte afectada tiene el derecho de aplicar las san-

915 *Idem.*

916 *Ibidem,* p. 7.

917 *Ibidem,* p. 8.

918 *Ibidem,* p. 22.

919 Véase Castellanos, Fernando, *Lineamientos elementales de derecho penal,* 39a. ed., México, Porrúa, 1998, pp. 31-33.

ciones expresadas en el fallo en caso de que el Estado culpable se niegue a acatar de buena fe el contenido de la sentencia de una corte internacional de justicia. Si el Estado agresor opusiera alguna resistencia, la comunidad internacional podría reaccionar en su contra[920] gracias a la previa centralización de la fuerza coactiva. Una característica de la obra internacionalista de Kelsen durante su época ginebrina es que reconoce que en la medida en que los Estados de la comunidad internacional fueran integrándose, los titulares de la pretensión y acción procesal podrían ser también los propios individuos.[921]

Kelsen extiende su tesis respecto de la característica primitiva de las represalias y la guerra a todo el derecho internacional. En efecto, para él, el derecho internacional es un derecho primitivo debido a la descentralización en la promulgación y aplicación de las normas.[922] En la aurora de la humanidad, el derecho y su aplicación emanaban de la costumbre, y ésta, como es bastante conocido, es una de las principales fuentes del derecho internacional. El fundador de la Escuela Jurídica de Viena estima que de seguir el mismo curso que los ordenamientos jurídicos estatales parciales, el derecho internacional perdería su carácter primitivo para convertirse en un orden normativo centralizado; es evidente que se trata, por supuesto, de un juicio de valor y una perspectiva optimista, más que de un verdadero razonamiento científico, porque no existe manera de predecir que ese será el camino que tomará el derecho internacional en su evolución o que el derecho de los ordenamientos jurídicos estatales parciales es superior al del derecho internacional.

He aquí algunas palabras del propio Kelsen al respecto: "el derecho internacional *superará* este estado primitivo. Ya se han realizado progresos significativos en este sentido al seno de algunas comunidades jurídicas particulares, tales como las comunidades de Estados constituidos por la Sociedad de Naciones o por el Pacto Briand-Kellogg".[923] Más adelante, agrega una metáfora de carácter biologicista que no le favorece mucho a la fundamentación neokantiana de su pensamiento:

> Si está permitido establecer analogías en el domino del derecho con aquello que sucede en la naturaleza… situado bajo el signo de la *ley fundamental biogenética*… aquí la comunidad internacional en su conjunto —que corresponde

[920] *Idem.*

[921] *Ibidem,* p. 22.

[922] *Ibidem*, *passim.*

[923] *Ibidem,* p. 10. La traducción es propia; énfasis añadido.

> por decirlo así, a la especie— debe reproducir, en el estado embrionario en la que aún se encuentra, todos los estadios del desarrollo a través del cual el orden jurídico interno ha pasado anteriormente.[924]

Kelsen realiza, como se puede advertir fácilmente, un juicio de valor al asegurar de manera terminante que el derecho internacional general *superará* el estado primitivo en el que se encuentra. Además de las críticas expuestas en líneas superiores, no se puede afirmar con la seguridad con que lo hace el jurista vienés que el derecho nacional es un derecho evolucionado frente al derecho internacional, sino más bien tan sólo se puede suponer tal condición. Piénsese, por ejemplo, en los numerosos métodos de creación de las normas que caracterizan al Estado moderno, todos los cuales merman la idea respecto de la centralización en la creación del derecho. Además, tampoco podría asegurarse que la aplicación de las normas nacionales sea el medio más eficaz para imponer los mandatos del derecho, porque a menudo las sentencias son impugnadas en numerosas ocasiones, lo que dificulta el cumplimiento del fallo o las controversias jurídicas se arreglan mediante la mediación.

B. *Introducción de conceptos ajenos a la fundamentación neokantiana*

A menudo se ha tratado de ver en el jurista vienés un precursor del sistema internacional actual; esto es, uno en el que la Organización de las Naciones Unidas (ONU) ocupa un papel central y en torno al cual orbitan diferentes sistemas jurisdiccionales regionales internacionales. Kelsen fue un pacifista, es cierto, pero su visión difería de la actual. Como se ha visto más arriba, el líder de la Escuela Jurídica de Viena consideró al derecho como uno de los principales instrumentos para alcanzar la paz, y aunque la siguiente idea fue desarrollada más tarde por él, tenía también en mente la creación de una corte internacional de justicia capaz de hacer cumplir las normas del derecho internacional. En otras palabras, el modelo internacionalista que el jurista austriaco tenía en mente habría seguido cauces muy distintos a los que hoy en día conocemos.[925] A decir verdad, el profesor austriaco consideró que el fracaso de la Sociedad de Naciones se debió a que ésta no colocó en el centro de la dinámica de la política internacional una corte que fuerza capaz de resolver las disputas que surgen entre las naciones del mundo. Por tal

[924] *Ibidem,* p. 11. La traducción es propia.
[925] *Ibidem,* p. 24.

motivo, durante su época ginebrina, no dedicó muchas páginas a estudiar la conformación y funciones de una sociedad internacional de naciones.[926]

Otro tema de interés para Kelsen durante los años que pasó en Ginebra fue el de la fundamentación epistemológica del derecho internacional;[927] en este punto, al parecer, abrevó del pensamiento de diversos autores para construir su propio punto de vista, pero, al hacerlo, fue introduciendo conceptos que no siempre parecen compatibles con la fundamentación neokantiana de su obra. Por ejemplo, pareciera ser que desarrolló una visión realista, en términos de filosofía política, respecto del derecho internacional, ya que consideró necesaria la existencia de estas normas debido a los constantes conflictos que surgen entre las naciones; para Kelsen, la existencia del derecho internacional posee un carácter pragmático, más que moral.[928] Entre los autores que comparten este punto de vista, y de los cuales el líder de la Escuela Jurídica de Viena pudo haber tomado prestadas algunas ideas, se encuentran Thomas Hobbes, Baruch Espinosa, Hegel, Adolf Lasson, Glumpowicz, Lundstet y Olivecrona.[929]

Por otra parte, llama la atención el intento del profesor austriaco por combatir una postura específica en torno a la esencia del derecho internacional, la cual consiste en considerarlo como una subespecie de las normas morales. Entre los autores que han soportado este punto de vista se encuentran John Austin, Julius Binder, Félix Somló y Burckhardt. [930] El jurista vienés, por su parte, a través de conceptos como la norma fundante del derecho internacional trató de superar esta visión para ofrecer una visión normativista del derecho internacional que fuera compatible con su teoría pura.

Finalmente, Kelsen coincidió plenamente con un tercer grupo de pensadores, que han visto al derecho internacional como un ordenamiento jurídico débil o, mejor dicho, análogo al de las comunidades primitivas.[931] Para estos autores, el derecho internacional es un derecho deficiente en la medida en que no existen órganos que monopolicen su creación y aplicación: "estos publicistas …estiman que el derecho internacional es un derecho transicional en un estado de constante mejoramiento, que tendrá que desembocar por fuerza en un sistema acabado, en un derecho federal de las naciones".[932]

---

[926] *Ibidem,* pp. 16 y 17.

[927] Kelsen, Hans, *Teoría del derecho internacional consuetudinario,* trad. de Ariel Peralta García, México, Ediciones Coyoacán, 2012, p. 16.

[928] Sepúlveda, César, "La naturaleza y la esencia del derecho internacional", en Sepúlveda, César, *Derecho internacional,* 10a. ed., México, Porrúa, p. 40.

[929] *Ibidem,* pp. 40-42.

[930] *Ibidem,* pp. 43 y 44.

[931] *Ibidem,* p. 45.

[932] *Idem.*

Entre los principales expositores de esa corriente se encuentran Oppenheim, Holland, Zitelmann y De Louter.[933]

Una de las principales críticas que se le puede formular a estos filósofos es que juzgan la naturaleza del derecho internacional a partir de algunas características que son propias del derecho positivo nacional y, al hacerlo, pierden de vista que el primero posee rasgos propios; por ejemplo, hay quien considera que el derecho internacional "es de carácter diverso, es de más elevada naturaleza, se aplica «intergentes», entre los Estados, y cuando se aplica, no se apela a la autoridad, como en el caso del derecho interno, sino que se apela a la razón misma, al sentido de equidad, a una conciencia más elevada".[934]

Kelsen, como se ha mencionado, para introducir su personal punto de vista asimilaría las tesis anteriores y crearía una perspectiva ecléctica. El erudito austriaco no negaría la calidad jurídica del derecho internacional. Para él, las normas del derecho internacional pueden ser consideradas como derecho, ya que entre sus principales características se encuentran su aplicación compulsoria (aunque también precisó que, en algunas ocasiones, dichas normas se encuentran incompletas, ya que sólo establecen supuestos generales que deben ser ulteriormente individualizados y materializados por los órganos del Estado). Además, rechazaría la idea de que el fundamento del derecho internacional es la moral y propondría una alternativa semejante a la empleada en el caso del sistema jurídico nacional para clausurarlo (teoría de la norma fundante del derecho internacional).[935]

Debajo de la norma fundante del derecho internacional, explica Kelsen, se encuentra la costumbre, una palabra polisémica que a menudo se emplea para hacer referencia tanto al proceso de creación del derecho como a su resultado o producto.[936] El líder de la Escuela Jurídica de Viena entiende como tal uno de los diferentes métodos de creación del derecho.[937] Ésta se sitúa en un punto intermedio entre el fundamento de la validez del derecho internacional y la máxima *pacta sunt servanda* (base de los tratados internacionales);[938] al final de esta jerarquía se encuentran las sentencias de las cortes internacionales de justicia.[939]

---

933 *Idem.*

934 *Idem*.

935 Kelsen, Hans, *Teoría del derecho internacional…, cit.,* pp. 14 y 15.

936 *Ibidem,* pp. 27-29.

937 *Ibidem,* pp. 7-10.

938 *Ibidem,* pp. 23-25.

939 *Ibidem,* p. 18.

IV. Metamorfosis en el pensamiento internacionalista kelseniano

1. *Eclecticismo del pensamiento internacionalista de Hans Kelsen*

A medida que la Segunda Guerra Mundial se agudizaba, el eclecticismo del pensamiento internacionalista de Kelsen se fue haciendo también más marcado. El autor comenzó a introducir una serie de conceptos que contrastaban con el rigor metodológico y la fundamentación neokantiana que se puede observar en su monográfica de la década de los veinte, titulada *El problema de la soberanía y la teoría del derecho internacional. Contribución a una teoría pura del derecho.* Tales ideas son, por ejemplo, la propia noción de un ordenamiento jurídico universal, la necesidad del derecho internacional debido a que entre las naciones y entre los individuos siempre surgen conflictos de interés, el concepto de la guerra justa, y la tesis de que el derecho internacional es un ordenamiento jurídico primitivo.

No siempre es fácil identificar las raíces del pensamiento kelseniano en el ámbito del derecho internacional, ya que el autor abrevó de otras tradiciones jurídicas sin hacer una expresa referencia a éstas, probablemente con el deseo de no contaminar la pureza de su método. El problema se agudiza cuando se recuerda que Kelsen no fue un autor prolífico en su aparato crítico. Sin embargo, esta labor es necesaria porque permite entender las características de la obra del autor en comento. Aunque el líder de la Escuela Jurídica de Viena trató de desarrollar su obra con el mayor rigor conceptual posible, guiado por el principio de pureza metodológica (es decir, tratando de evitar todo sincretismo epistemológico), en realidad, en numerosas ocasiones, incurrió en diferentes deslices que, en su conjunto, contaminaron la fundamentación neokantiana de su pensamiento. En ese sentido, por ejemplo, Danilo Zolo explica lo siguiente:

> Resulta bastante claro que la opción a favor de la primacía del Derecho internacional y contra la idea de la soberanía de los Estados-naciones en Kelsen, a pesar de la proclamada pureza neokantiana de su ciencia del derecho, es una elección ideológica y política, respaldada con decisiones metodológicas, presupuestos valorativos e implicaciones morales.[940]

[940] Zolo, Danilo, "Hans Kelsen: International Peace through International Law", *European Journal of International Law,* núm. 9, 1998, p. 310.

A decir verdad, en la obra sobre derecho internacional de Kelsen subyacen diversas ideas que pueden encontrarse en el trabajo de los precursores más destacados del derecho internacional. En otras palabras, el trabajo sobre derecho internacional que Kelsen escribió constituye una especie de síntesis crítica de algunas de las tesis principales que habían sido desarrolladas por otros autores en torno a la fundamentación y naturaleza del derecho internacional. Al respecto, han sido identificadas cuando menos tres posiciones esenciales asimiladas por el profesor vienés[941] (sin que por ello él pueda ser encasillado en una tradición distinta al positivismo jurídico). La primera se circunscribe al ámbito del iusnaturalismo, la segunda fluctúa entre el contractualismo y el derecho natural, mientras que la tercera se circunscribe a la sociología del derecho.

El jurista vienés tomaría prestada la idea de un ordenamiento jurídico universal de la tradición iusnaturalista; se trata de una idea planteada por San Agustín de Hipona y desarrollada por el profesor salmantino Francisco de Vitoria. Al respecto, de nueva cuenta, haciendo referencia a Danilo Zolo, el líder de la Escuela Jurídica de Viena sería una especie de heredero de la tradición medieval de la *Civitas maxima:*

> Kelsen presenta la propuesta conclusiva de una "revolución del conocimiento cultural", en un sentido cosmopolita. Esta es en todo sentido un programa político, que proclama una evolución de la comunidad jurídica internacional desde su condición "primitiva", impuesta por el dogma de la soberanía estatal, a una organización universal de la humanidad… Este programa propone de nuevo, en el siglo XX, una doctrina ilustrada del derecho natural que puede ser rastreada a la Europa del siglo XVIII.[942]

Además de lo anterior, es muy probable que Kelsen hubiera tomado prestada del pensamiento hobbesiano la idea de que una de las principales características del ser humano es su egoísmo, el cual lo conduce a disputarse el poder en todos los ámbitos, incluido —por supuesto— el del derecho internacional; esta tesis le permitiría subrayar la necesidad de la existencia de un ordenamiento jurídico de carácter universal. Finalmente, de Oppenheim, Holland, Zitelmann y De Louter, el profesor austriaco, al parecer, tomó prestada la tesis de que el derecho internacional es un derecho primitivo o subdesarrollado en comparación con las instituciones jurídicas del derecho nacional.

---

941 *Cfr.* Kelsen, Hans, *Teoría del derecho internacional…, cit.*, p. 16.

942 Zolo, Danilo, *op. cit.,* p. 310.

2. *El origen iusnaturalista del derecho internacional y la guerra justa*

Es probable que la postura epistemológica en torno a la fundamentación y naturaleza del derecho internacional más antigua sea la del iusnaturalismo. Los primeros intentos por fundamentar esta disciplina jurídica pueden rastrearse a finales de la primera mitad de la Edad Media. Durante esta época se afirmaba que la validez del derecho internacional se encuentra subordinada a su correspondencia con ciertas directrices éticas promulgadas por Dios que, en su conjunto, constituyen un derecho superior al creado por el ser humano. Entre los principales representantes de esta corriente se encuentran el otrora obispo de Hipona, San Agustín, y el catedrático salmantino Francisco de Vitoria.[943]

San Agustín no sólo ha sido uno de los pilares filosóficos de la iglesia cristiana,[944] sino también uno de los precursores del derecho internacional. Influido por la doctrina de Platón y la revitalización que Plotino hizo de ella,[945] San Agustín propuso la existencia de dos ciudades: la de Dios y la del Mal. La Ciudad de Dios se caracteriza por la paz, belleza, armonía y, en el caso que nos ocupa, por la fraternidad que impera entre los seres humanos. La Ciudad del Mal, por el contrario, no es más que una pálida imitación de la primera porque es el escenario de los pecados del hombre. En vista de la imperfección de esta segunda ciudad, el ser humano debe tomar como ejemplo a la Ciudad de Dios para mejorar su realidad.[946]

Al adoptar la Ciudad de Dios como un modelo a seguir, la fraternidad entre todos los seres humanos se convierte también en uno de los objetivos principales de la humanidad o, por decirlo de algún modo, en una especie de parámetro universal que permitiría ligar a todos los Estados y naciones del orbe. "Para este autor, la humanidad forma una sola comunidad, a pesar de la diversidad individual, y esa comunidad mundial es el tercer nivel en la jerar-

---

943 Seara Vázquez, Modesto, *Derecho internacional público,* 22a. ed., México, Porrúa, 2005, pp. 36-39.

944 Antuñano Alea, Salvador, "Estudio introductorio", en San Agustín, *Confesiones* & *Contra los académicos,* trad. de Ángel Custodio Vega, Madrid, Gredos (col. Grandes Pensadores), 2014, pp. XIII-LVI. Véase, también, Montes de Oca, Francisco, "Introducción", en San Agustín, *Confesiones,* 11a. ed., traducción, introducción y notas de Francisco Montes de Oca, México, Porrúa (col. "Sepan Cuantos…"), 1995, pp. IX-LXII.

945 *Idem.*

946 San Agustín, *La ciudad de Dios,* José Morán (ed.), Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1953, pp. 714-717.

quía de las asociaciones humanas precedida por la familia, que es la primera, y por la ciudad en segundo lugar".[947]

Francisco de Vitoria,[948] catedrático de la Universidad de Salamanca, al igual que San Agustín, se ocuparía de esta cuestión, y lo haría también desde el punto de vista del iusnaturalismo. El profesor salmantino desarrolló su pensamiento a partir de la adopción de la *Suma teológica* de Santo Tomás de Aquino, la influencia del nominalismo parisiense y del humanismo.[949] Francisco de Vitoria construyó una obra con un enfoque realista del mundo porque centra su atención en los problemas más acuciantes del hombre.

El profesor salmantino es recordado como el fundador del derecho internacional moderno, el cual desarrolló gracias a las reflexiones que realizó en torno a la condición del ser humano frente al poder de las autoridades, así como la licitud, ilicitud, fines y alcances de la guerra. De acuerdo con el catedrático español, cada individuo es titular de ciertas prerrogativas o derechos inalienables que le permiten desarrollar su esencia vital conforme a los fines que se fija. Estas potestades las denomina "derechos para todo hombre".[950]

Las características esenciales de los derechos para todo hombre son su universalidad, inalienabilidad y necesidad.[951] En términos generales, "los derechos de todo hombre consisten en respetar la dignidad de la persona, es decir, su igualdad y su libertad, en el ámbito familiar, civil e internacional, para así lograr la felicidad de cada uno y la paz en la sociedad; protegiendo siempre a los más débiles".[952] Las prerrogativas a las que hace referencia Francisco de Vitoria se encuentran diseminadas a lo largo de toda su obra, pero a pesar de ello es posible identificarlas y agruparlas en las siguientes categorías: derechos de igualdad, libertad, de la primera sociedad (familia), de la sociedad civil y derechos de la sociedad internacional.[953] Para el profesor salmantino, el ser humano no sólo forma parte de una comunidad local, sino que también es miembro de una sociedad global o internacional.

---

[947] Seara Vázquez, Modesto, *op. cit.,* p. 36.

[948] Sobre la vida de Francisco de Vitoria, véase Coujou, Jean Paul e Idoya Zorroza, María, "Biografía de Francisco de Vitoria", en Coujou, Jean Paul e Idoya Zorroza, María, *Bibliografía vitoriana,* Pamplona, Universidad de Navarra (col. Cuadernos de Pensamiento Español), 2014, pp. 11-33.

[949] *Ibidem,* p. 16.

[950] Pliego Ramos, Alicia Catalina, "Los derechos para todo hombre en Francisco de Vitoria", en Aspe Armella, Virginia e Idoya Zorroza, María (eds.), *Francisco de Vitoria en la Escuela de Salamanca y su proyección en Nueva España,* Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 2014, p. 101.

[951] *Ibidem,* p. 104.

[952] *Idem.*

[953] *Ibidem,* pp. 104-108.

La doctrina de los derechos de todo hombre de Francisco de Vitoria se encuentra ligada a su teoría sobre el derecho internacional. Puesto que estas prerrogativas son inherentes a todos los seres humanos del planeta, existe una obligación común o universal, por parte de todas las autoridades, sean temporales o espirituales, de respetarlas. Sin embargo, el ser humano, en ejercicio de su libre albedrío, a menudo comete numerosos atropellos contra los derechos de todo hombre; el más claro ejemplo de estas vejaciones se encuentra en la guerra. Por ello, rechazó a la guerra como medio de ataque, pero la aceptó como instrumento de defensa; se trata, en una palabra, de la doctrina de la guerra justa.

La guerra justa o la guerra defensiva es, para Francisco de Vitoria, un instrumento cuyo objetivo principal consiste en restablecer la protección de los derechos de todo hombre.[954] Para el catedrático salmantino, los fines de la guerra son la paz y la seguridad de la comunidad política mundial. Así pues, la guerra justa es una medida cuya existencia no puede ser rechazada porque en el mundo no podrían existir condiciones que pudieran asegurar la felicidad de los seres humanos si los tiranos, bribones o saqueadores pudieran actuar impunemente u oprimir a los buenos e inocentes.[955]

Francisco de Vitoria explica que la guerra justa sólo puede ser llevada a cabo ante un peligro real e inminente; esto es, como respuesta a una agresión inmediata, que no se encuentre en la imaginación ni de los príncipes ni de las personas.[956] La guerra, explica el filósofo salmantino, no es justa cuando opera la vanidad o gloria personal del príncipe;[957] por tal motivo, éste tiene que seguir el consejo de un cuerpo de asesores compuesto por hombres ilustrados.[958] Puesto que los derechos de todo hombre son universales, no es lícito asesinar al inocente durante el desarrollo de la guerra.[959] La guerra debe, por último, perseguir un fin restitutivo; por tal motivo, no es lícito abusar de las propiedades del enemigo derrotado.[960]

3. *La visión de Thomas Hobbes sobre derecho internacional*

La segunda corriente sobre la fundamentación del derecho internacional de la cual abrevó probablemente Kelsen es la del contractualismo del

[954] Vitoria, Francisco de, *El derecho a la guerra (con texto latino al frente) (De iure belli (Con testo latino a fronte)),* traducción, introducción y notas de Carlo Galli, Bari, Laterza, 2005, p. 11.

[955] *Ibidem,* p. 13.

[956] *Ibidem,* p. 21.

[957] *Ibidem,* p. 29.

[958] *Ibidem,* p. 43.

[959] *Ibidem,* p. 67.

[960] *Ibidem,* p. 37.

pensador inglés Thomas Hobbes; él, en realidad, ofreció una visión realista sobre la política internacional que parece compatible con el enfoque del erudito austriaco. Hobbes consideró que el derecho internacional es una máscara bajo la cual se ocultan los pactos o acuerdos internacionales que son, en realidad, el resultado de numerosas negociaciones políticas y relaciones de poder entre los Estados.[961] La visión de este autor es la del realismo político. Se trata, en una palabra, de la doctrina del derecho del más fuerte.[962]

La obra de Thomas Hobbes se encuentra influenciada tanto por la coyuntura histórica en la que se desarrolló su existencia como por la formación académica que recibió. Como se sabe, durante el siglo XVI, España e Inglaterra se disputaban la hegemonía de Europa y, en general, del mundo entero; ambas naciones se atacaban mutuamente de diferentes maneras, desde la abierta confrontación hasta la lucha velada en los ámbitos de la cultura y la economía. Además, en el ámbito interno, Hobbes vivió en un contexto geopolítico, y nacional, caracterizado por el miedo, la violencia y la zozobra.[963]

Por otra parte, el pensador inglés estuvo influenciado por el aprendizaje del griego, el latín y la lectura de los clásicos, en particular, por la obra y pensamiento de Tucídides, de quien inclusive tradujo por primera vez al inglés su famosa *Guerra del Peloponeso*.[964] Al parecer, Hobbes aprendió, o interpretó de la obra de Tucídides, que la democracia tiende a desintegrarse en facciones hasta degenerar en el caos. Por este motivo, con su traducción, pretendía contribuir a la educación de sus compatriotas para que el pasado les ayudara a conducir su existencia en el presente y en el porvenir.[965] Otros autores que dejaron una impronta significativa en el pensamiento hobbesiano fueron Euclides, Francis Bacon, Galileo Galilei y René Descartes; en la obra del filósofo inglés también están presentes los principios básicos de la lógica, la matemática y la física de su tiempo.[966]

---

961 Sepúlveda, César, "La naturaleza…", *cit.*, p. 40.

962 Xirau, Ramón, *Introducción a la historia de la filosofía,* 13a. ed., México, UNAM (col. Textos Universitarios), 2008, pp. 45 y 46.

963 Hernández Arias, José, "Thomas Hobbes, filósofo del poder y la libertad", en Hobbes, Thomas, *Tratado sobre el ciudadano; Leviatán* y *vida de Thomas Hobbes de Malmesbury escrita por él mismo,* trad. de Joaquín Rodríguez Feo, Carlos Mellizo y José Rafael Hernández Arias, Madrid, Gredos (col. Grandes Pensadores), 2012, p. XIV. Al respecto, véase Schmitt, Carl, "Lo Stato come meccanismo in Hobbes e in Cartesio", trad. de Carlo Galli, en Schmitt, Carl, *Scritti…*, *cit.*, pp. 50 y 51.

964 *Ibidem,* p. XVI.

965 *Ibidem,* p. XVII.

966 *Ibidem,* pp. XVIII-XXIII.

Con estas herramientas, Hobbes centró sus esfuerzos en criticar las tesis principales del naturalismo aristotélico-tomista. "Así pues, Hobbes se embarcó en una demolición sistemática de la doctrina aristotélica de la virtud, apartándose, por lo demás, del derecho natural cristiano, con sus ingredientes estoicos, que había introducido una específica finalidad, normatividad y sentido inmanente en la comunidad política".[967] Mientras que la mayoría de los pensadores de la Alta y Baja Edad Media habían desarrollado su pensamiento suponiendo la existencia de ciertas directrices morales representadas en última instancia por un principio supremo llamado Dios, para el pensador inglés el concepto de justicia jamás podría servir como el fundamento para una coexistencia pacífica. Para él, en realidad, la paz sólo se podría imponer a través de una refinada técnica del poder.[968]

Para desarrollar sus ideas, el pensador inglés tuvo que analizar y describir los rasgos constitutivos fundamentales del ser humano, el cual concibe como una criatura sujeta a sus apetencias físicas y espirituales que provienen, en esencia, de todo cuanto le rodea.[969] Por tal motivo, esta penosa condición conduce al ser humano a un estado de conflicto de todos contra todos. En ese sentido, explica Hobbes, "esta es la causa de que, si dos hombres desean la misma cosa, y en modo alguno pueden disfrutarla ambos, se vuelven enemigos, y en el camino que conduce al fin… tratan de aniquilarse o sojuzgarse uno a otro".[970]

El problema no es para nada menor, porque tal condición podría conducir, en última instancia, a la aniquilación del género humano. Para evitar esta destrucción masiva es necesaria la creación de una fuerza o potencia que sea superior a todos los individuos.[971] Por este motivo, el Estado deviene uno de los principales objetos de estudio de Hobbes:

> El punto de partida de la construcción del Estado, en Hobbes, es el miedo al estado de naturaleza… En el estado de naturaleza cada uno puede asesinar al otro… En la condición "civil" y estatal, por su parte, todos los ciudadanos del Estado tienen asegurada su existencia física; aquí, reina la paz, la seguridad y el orden.[972]

---

967 *Idem.*

968 *Ibidem,* p. XXVI.

969 Hobbes, Thomas, *Leviatán. O la materia, forma y poder de una República eclesiástica y civil,* 2a. ed., trad. de Manuel Sánchez Sarto, México, Fondo de Cultura Económica (col. Política y Derecho), 2014, pp. 6 y ss.; pp. 40-50.

970 *Ibidem,* p. 101.

971 *Ibidem,* pp. 137 y ss.

972 Schmitt, Carl, "Lo Stato…", *cit.*, pp. 47 y 48. La traducción es propia.

Así pues, una de las tareas políticas principales de cualquier sociedad es la construcción de un Estado fuerte, capaz de garantizar la paz y seguridad en todo sentido. Sin embargo, si el Estado es incapaz de garantizar la seguridad de cada uno de los individuos, entonces cesaría también la obligación de obedecerlo.[973] Esta protección que ofrecería el Estado no termina al interior de una organización social, sino que también debe garantizar la seguridad de los individuos en el ámbito externo. En efecto, en el plano internacional, se replicaría el estado de naturaleza descrito por el pensador inglés. Es por ello por lo que, desde el origen de la humanidad, han existido naciones que tratan de imponerse frente a otras. En consecuencia, una de las tareas principales de los individuos consistiría centrar sus esfuerzos en construir un Estado tan poderoso que fuera capaz de dictar las reglas del juego en el plano internacional.

Entre los autores modernos que han defendido este tipo de ideas se encuentran Espinosa, Hegel, Lasson, Glumpowicz, Lundstet y Olivecrona.[974] Aunque ellos desarrollaron sus propias ideas, también compartieron las siguientes tesis con Hobbes: consideraban que el derecho internacional es el resultado de un juego de fuerzas económico-políticas entre los Estados. Además, creían que no era del todo adecuado analizar las normas del derecho internacional desde el punto de vista de la justicia o legalidad formal, sino que debían ser examinadas desde la perspectiva de su adecuación a una situación política concreta. Finalmente, consideraron que el derecho internacional era inferior al derecho nacional, porque numerosas disposiciones del derecho de gentes han carecido de una sanción debido a la inexistencia de un monopolio de la fuerza entre las naciones.[975]

4. *El derecho internacional como un derecho primitivo*

A mediados del siglo XIX y principios del XX, surgió un tercer grupo de pensadores que sostienen que el derecho internacional es un derecho análogo al de las comunidades primitivas; se trata, en efecto, de un derecho deficiente[976] o inferior en la medida en que no existen órganos que monopolicen su creación y aplicación: "estos publicistas… estiman que el derecho internacional es un derecho transicional en un estado de constante mejoramiento,

[973] *Ibidem,* p. 51.

[974] Sepúlveda, César, "La naturaleza…", *cit.*, pp. 40-42.

[975] *Idem.*

[976] *Ibidem*, p. 45.

que tendrá que desembocar por fuerza en un sistema acabado, en un derecho federal de las naciones".[977] Entre los principales expositores de esta corriente se encuentran Oppenheim, Holland, Zitelmann y De Louter.[978]

Oppenheim destaca que el derecho internacional no existía durante la antigüedad, sino que fue desarrollándose paulatinamente como un producto de la civilización cristiana a partir de la segunda mitad de la Edad Media. Además, este jurista expone que autores como Hobbes, Pufendorf y Austin han rechazado la existencia del derecho internacional debido a la ausencia de una autoridad política soberana que cree dichas normas y, en consecuencia, que no es posible reconocerles alguna fuerza vinculante. Oppenheim, sin embargo, destaca que este punto de vista no es exacto, ya que dicha perspectiva sólo sería adecuada al derecho escrito que emana del Estado, pero no podría dar cuenta de otras formas de creación del derecho.

De acuerdo con Oppenheim, numerosos autores han reconocido a lo largo del tiempo que la costumbre es un verdadero método de creación del derecho. Por si lo anterior fuera poco, no hay que perder de vista que los tribunales de justicia no sólo aplican las normas legisladas, sino también aquellas que emanan de la propia práctica judicial y, en general, de la costumbre.[979] También expone que si bien es cierto que la coercitividad de las normas que conforman a los ordenamientos jurídicos modernos emana de la existencia de un poder central, éste no es el único método para conferir a las normas jurídicas una fuerza vinculante; el reconocimiento colectivo o consentimiento mutuo es otro camino para delegar un poder de hecho a las normas de derecho.

El derecho que Oppenheim está describiendo, uno que emana de la costumbre y carente de órganos centrales para su creación y aplicación, está presente sobre todo entre las comunidades primitivas: "Para la existencia del derecho, ni una autoridad legislativa, ni una corte de justicia son necesarias. Donde sea que surja una cuestión de derecho en una comunidad primitiva, es la propia comunidad y no una corte la que decide".[980] Naturalmente, conforme una comunidad va creciendo hasta convertirse en un Estado, las circunstancias cotidianas impiden que la propia comunidad se haga cargo colectivamente de determinar qué es el derecho y cómo debe aplicarse.[981]

---

977 *Idem.*

978 *Idem.*

979 Oppenheim, L., *International Law. A Treatise,* vol. I: *Paz*, Nueva York-Bombay, Longmans, Green, 1905, pp. 2-5.

980 *Ibidem,* p. 7. La traducción es propia.

981 *Idem.*

Las reflexiones anteriores permiten a Oppenheim estar en condiciones de proponer un concepto de derecho que, a su juicio, pudiera ser válido tanto al que emana de un proceso legislativo definido como al que surge de la costumbre: "Podemos decir que el derecho es un cuerpo de reglas para la conducta humana en una comunidad que, a través del consentimiento común de esta comunidad, debería ser impuesto por un poder externo".[982] De acuerdo con este concepto, las condiciones esenciales para que exista el derecho son: que existan una comunidad, un cuerpo de reglas para la conducta humana y un consentimiento común. Como se puede apreciar, no es una condición esencial ni que las normas jurídicas estén por escrito ni que exista una autoridad legislativa central o una corte de justicia.[983]

Puesto que el derecho internacional, al igual que el estatal, cumple con las condiciones antes apuntadas, éste puede ser considerado como tal. Por comunidad, el autor entiende un número de individuos ligados, en menor o mayor medida, por intereses comunes que crean una convivencia constante.[984] Nadie podría negar que, a través de los siglos, se han ido creando normas de derecho internacional que obligan a los Estados.[985] Oppenheim reconoce, sin embargo, que en comparación con el derecho estatal, la fuerza vinculante es uno de los elementos más débiles del derecho internacional, sin que por ello pueda dejar de ser considerado de esta manera.[986]

Con el paso del tiempo, Oppenheim introdujo nuevos desarrollos a su pensamiento. Para empezar, amplió el elemento subjetivo de su definición, al reconocer que los Estados no son los únicos sujetos de derecho internacional, sino que también lo son las organizaciones internacionales y aun los propios individuos. También modificó el ámbito de competencia del derecho internacional al subdividirlo en universal y particular (según se trate de pocos o muchos sujetos vinculados por un tratado).[987] Además, reafirmó su perspectiva optimista respecto del desarrollo del derecho internacional:

> Mientras que algunas deficiencias en el derecho internacional lo hacen, sin duda alguna, un orden jurídico imperfecto, los desarrollos particulares en los últimos 50 años indican un progreso considerable hacia su mejoramiento. El

---

[982] *Ibidem,* p. 8. La traducción es propia.

[983] *Ibidem,* pp. 8 y 9.

[984] *Ibidem,* p. 10.

[985] *Ibidem,* p. 12.

[986] *Ibidem,* p. 13.

[987] Oppenheim, L., *Oppenheim's International Law,* vol. I: *Paz*, 9a. ed., Sir Robert Jennings y Sir Arthur Watts (eds.), Londres-Nueva York, Longman, 1996, p. 4.

> surgimiento de un sistema de sanciones para el reforzamiento del derecho internacional es deseable.[988]

Más adelante, agrega:

> Existen también otras señales de la creciente madurez en el orden jurídico internacional. Éstas incluyen el reconocimiento de que ciertas reglas poseen el carácter de *ius cogens,* lo que reduce el área de operación de las reglas puramente consensuales… Existe también un crecimiento en la aceptación de que las reglas del derecho internacional son la base sobre la cual reposan los derechos de los Estados y no solamente limitaciones.[989]

Finalmente, es importante mencionar que Kelsen adoptó abiertamente algunos de los postulados de Oppenheim. Pero no sólo eso, Oppenheim también conocía la obra que el erudito austriaco había desarrollado durante los años que pasó en Austria, Suiza y los Estados Unidos de América. Una muestra de lo anterior se encuentra en el hecho de que al inicio del capítulo 1 de su libro *Derecho internacional*, publicado en 1955, contempla como lecturas recomendadas para sus alumnos algunas de las obras más importantes del líder de la Escuela Jurídica de Viena, tal es el caso de *El problema de la soberanía y la teoría del derecho internacional* (pp. 102-274), *Teoría general del Estado* (pp. 119-132), *Derecho y paz en las relaciones internacionales* (pp. 3-82), *Teoría general del derecho y del Estado* (pp. 328-354), y *Principios de derecho internacional* (pp. 3-44, 196-201).[990]

V. Aportaciones que Hans Kelsen realizó al derecho internacional en los Estados Unidos de América

1. *Consideraciones preliminares*

Debido al temor de Kelsen de que Suiza pudiera ser tomada por las tropas nacionalsocialistas, él y su familia zarparon hacia los Estados Unidos de América el 28 de mayo de 1940. Al poco tiempo de su llegada, comenzó a realizar las gestiones necesarias para encontrar acomodo en alguna universidad estadounidense; al jurista vienés le pareció una idea adecuada tratar de encontrar un lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard, de la que no

[988] *Ibidem,* p. 11. La traducción es propia.
[989] *Ibidem,* p. 12. La traducción es propia.
[990] *Ibidem,* p. 3.

hacía mucho tiempo había recibido la distinción como *Doctor honoris causa.* Instalado como docente, Kelsen recibió la cátedra Oliver Wendell Holmes, lo que le permitió dictar un ciclo de conferencias sobre la importancia, características y alcances del derecho internacional.[991]

Como se ha dicho, la fundamentación neokantiana del pensamiento internacionalista kelseniano fue diluyéndose paulatinamente a medida que el autor fue incorporando algunas de las tesis principales de otros expertos en la materia para conformar su pensamiento. La obra sobre derecho internacional que el erudito austriaco publicó en los Estados Unidos de América es una muestra clara del fenómeno referido. En efecto, en la Unión Americana las preocupaciones del fundador de la teoría pura del derecho giraron en torno a la salvaguarda de la paz y la creación de un tribunal internacional de justicia.

2. *La seguridad colectiva como el fin principal del derecho internacional*

Desde sus primeros trabajos, el jurista vienés dejó muy claro que su punto de vista en el ámbito de la ética era el relativismo axiológico; para el líder de la Escuela Jurídica de Viena, la ciencia jurídica no puede enarbolar ningún valor como su estandarte principal porque perdería su pretensión de objetividad. Pero Kelsen, el relativista axiológico, en los Estados Unidos de América parece que muda de opinión al respecto, porque afirma que sí existe un fin principal en el ámbito del derecho internacional, y, en general, para todo el derecho: la paz. Al respecto, afirma lo siguiente:[992] "El Derecho es, en esencia, un orden para promover la paz. Tiene por objeto que un grupo de individuos pueda convivir en tal forma que los conflictos que se susciten entre ellos puedan solucionarse una manera pacífica".[993] Es cierto que la afirmación anterior constituye una aporía en la obra kelseniana en la medida en que contradice lo que el autor había afirmado anteriormente; sin embargo, también permite observar que la fundamentación de la teoría del erudito austriaco aún encontraba sus raíces en el pensamiento de Immanuel Kant, porque este autor situó también a la paz como el valor supremo del derecho internacional, de acuerdo con su obra titulada *Hacia la paz perpetua*.[994]

---

[991] Kelsen, Hans, *Derecho y paz en las relaciones internacionales,* 2a. ed., trad. de Florencio Acosta, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, 209 pp.

[992] *Ibidem,* p. 23.

[993] *Idem.*

[994] Véase Monereo Pérez, José Luis, "Soberanía y derecho internacional en Hans Kelsen: mito y realidad", en Kelsen, Hans, *Principios…, cit.*, p. XI; véase, también, Leyva Martínez,

La paz, o seguridad colectiva, como también la llama Kelsen, sólo puede garantizarse a través del uso de la fuerza.[995] El otrora líder de la Escuela Jurídica de Viena parece que se muestra como una especie de realista político en el ámbito de las relaciones internacionales, porque a diferencia de Immanuel Kant, quien propone que los Estados del orbe suscriban voluntariamente un tratado internacional para crear una comunidad global que garantice la paz, Kelsen considera que la mejor forma de salvaguardar la paz es a través del uso de la fuerza en contra del Estado que quebrante el orden global. El monopolio de la fuerza en el ámbito del derecho internacional sólo se puede conseguir a través de una paulatina centralización en la producción y aplicación de las normas.[996]

El monopolio en la creación y aplicación de las normas no debe conducir a una centralización absoluta de los Estados, porque entonces desaparecería el derecho internacional y se crearía un orden nacional global. Además, de acuerdo con el profesor vienés, tal ideal parece imposible de lograr debido a la pugna de intereses entre los diversos Estados del orbe; se trata, sin duda alguna, más bien de una utopía.[997] La forma en que se manifiesta la fuerza de las normas del derecho internacional es a través de la guerra y las represalias; ambas son sanciones internacionales, pero la primera se distingue de las segundas en que aquélla tiene como objetivo infringir la mayor cantidad de daño posible a un Estado, mientras que éstas son restricciones específicas a ciertas esferas de un Estado. En la doctrina internacionalista han existido dos grandes posiciones sobre la guerra: por una parte, algunas personas aceptan la idea de la guerra de agresión, esto es, el ataque sorpresivo de un Estado a otro cuando así lo considere adecuado; por otra parte, se encuentra la teoría de la guerra justa, por medio de la cual sólo se acepta recurrir a la guerra como medio de defensa. Kelsen se decanta por la doctrina de la guerra justa; sin embargo, al hacer esto el autor está introduciendo de nuevo un juicio de valor que contraviene el principio del relativismo axiológico.[998]

Gustavo, "Estudio preliminar", en Kant, Immanuel, *Hacia la paz perpetua. Un bosquejo filosófico,* trad. de Gustavo Leyva Martínez, México, Fondo de Cultura Económica, 2018, p. VII; *cfr.* Truyol y Serra, Antonio, "Presentación", en Kant, Immanuel, *Sobre la paz perpetua,* 6a. ed., trad. de Joaquín Abellán, España, Tecnos, 1998, p. XII, y Ramírez Cleves, Gonzalo A., "La paz perpetua de Kant y el pensamiento de Kelsen sobre el pacifismo", en Ramírez Cleves, Gonzalo A. (coord.), *Ecos de Kelsen: vida, obra y controversias,* Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2012, p. 528.

995 Kelsen, Hans, *Derecho y paz…, cit.,* p. 52.

996 *Ibidem,* pp. 49 y 81-100.

997 *Ibidem,* pp. 49-52 y 153-176.

998 *Ibidem,* pp. 57-76.

3. *La necesidad de un tribunal internacional de justicia para la salvaguarda de la seguridad colectiva*

Durante la Segunda Guerra Mundial, Kelsen no centró su atención en la creación de órganos internacionales de carácter político, como la Sociedad de Naciones,[999] que pudieran salvaguardar la paz o seguridad colectiva, sino que creía que esta función podría ser cumplida mejor por un tribunal internacional de justicia.[1000] Al principio, el tribunal que el otrora líder de la Escuela Jurídica de Viena tenía en mente perseguía el objetivo de dirimir las disputas entre los Estados con motivo de una transgresión a un tratado o norma internacional. En este sentido, el tribunal kelseniano tendría un carácter de arbitraje, pues la ejecución de sus sentencias estaría a cargo de un órgano especial de ejecución que se valdría de la fuerza centralizada creada por los Estados. En un primer momento, el jurista austriaco consideró a los Estados como los principales sujetos del derecho internacional. Sin embargo, en vista de las monstruosidades cometidas durante el conflicto armado antes mencionado, principalmente por las dictaduras del Eje, Kelsen comenzó a cuestionarse, como un gran número de juristas europeos, si los individuos pudieran ser sujetos también del derecho internacional; la respuesta a la interrogante anterior fue afirmativa.[1001] Así, plantea esta cuestión en los siguientes términos:

> La exigencia de que se castigue a los *criminales de guerra* es, o debería ser, ante todo, la exigencia de que se castigue a los *autores de la segunda guerra mundial*, a las personas moralmente responsables por uno de los mayores crímenes en la historia de la humanidad… Castigar a los autores de una guerra significa hacer a ciertos individuos responsables castigándolos por actos cometidos por ellos mismos, por sus órdenes o con su autorización. Esto no significa castigar a un Estado como tal, es decir, a un Estado como un cuerpo colectivo. [1002]

De acuerdo con Kelsen, las sanciones del derecho internacional no sólo pueden ser colectivas, sino también individuales. El jurista tiene en mente el castigo de los individuos responsables de la Segunda Guerra Mundial, sobre todo están en su mira los jerarcas nazis. Empero, y puesto que no desea incurrir en argumentos de carácter moral, va a tratar de buscar un punto de partida jurídico desde el derecho positivo para desarrollar sus consideracio-

---

[999] *Ibidem,* p. 184.

[1000] *Ibidem,* p. 182.

[1001] Kelsen, Hans, *La paz por medio del derecho…, cit.,* pp. 91 y ss.

[1002] *Ibidem,* pp. 91 y 92. Énfasis añadido.

nes. Por tal motivo, el profesor vienés centra sus esfuerzos en encontrar excepciones a la regla general de que los principales sujetos del derecho internacional son los Estados. La primera de ellas es la aplicación de una sanción a los individuos que cometen piratería.[1003] Otra excepción se encuentra en el rompimiento del bloqueo y contrabando.[1004] Encontró, además, una tercera excepción, pues el derecho internacional general autoriza el castigo de los individuos que dañen los cables telegráficos submarinos.[1005] El castigo de los crímenes de guerra es la cuarta excepción. De acuerdo con esta regla, los individuos que no pertenezcan a las fuerzas armadas del enemigo, pero que tomasen las armas contra el Estado ocupante, podrían ser juzgados y castigados como criminales por el Estado afectado.[1006]

En realidad, Kelsen no encuentra una respuesta satisfactoria a la pregunta de si pueden ser castigados con base en la ley aquellas personas responsables de la Segunda Guerra Mundial, porque de acuerdo con la última excepción que ha sido referida, se puede castigar a la gente que no forme parte del gobierno, pero que atente contra la población civil del Estado enemigo. El líder de la Escuela Jurídica de Viena explica que existe una doctrina de acuerdo con la cual la responsabilidad individual de los miembros del gobierno que por una orden de un mando superior han realizado un acto que puede ser considerado criminal, no pueden estar sujetos a la jurisdicción de los tribunales de otro Estado.[1007] Esta regla no significa que existe un privilegio personal de exención de la jurisdicción penal y civil, sino que es la consecuencia de la regla de derecho internacional de que ningún Estado puede pretender jurisdicción por parte de sus tribunales sobre los actos de otro Estado.[1008] Luego entonces, si los individuos han de ser juzgados y eventualmente castigados por los tribunales de otro Estado, o por un tribunal internacional, debido a los actos que han realizado a nombre del propio gobierno, se requiere de antemano la conclusión de un tratado internacional.[1009]

A pesar de lo anterior, Kelsen señala la existencia de una doctrina que podría ser el sustento para juzgar a los responsables de la Segunda Guerra Mundial; ésta consiste en que un individuo es responsable de cometer ciertos actos inhumanos si éstos ya eran considerados moralmente dañinos, aunque no estuvieran contemplados de este modo por el ordenamiento jurídico po-

[1003] *Ibidem,* p. 94.
[1004] *Ibidem,* p. 95.
[1005] *Ibidem,* p. 97.
[1006] *Idem*.
[1007] *Ibidem,* pp. 100 y 101.
[1008] *Ibidem,* p. 102.
[1009] *Ibidem,* p. 103.

sitivo. Al respecto, en palabras del propio jurista austriaco, "El tratado no [haría] más que transformar su responsabilidad moral en responsabilidad Jurídica. El principio que prohíbe las leyes *ex post facto* no es, con razón, aplicable a ese tratado".[1010] El otrora líder de la Escuela jurídica de Viena no se decanta por esta solución, aunque tampoco la descarta ni la censura, porque conduce al campo de la ética y, con ello, a un sincretismo metodológico.

En síntesis, a pesar de su aparente nitidez doctrinal, en realidad sucede todo lo contrario, ya que existe una falta de claridad conceptual en los escritos de posguerra de Kelsen. El estilo del jurista vienés en estos documentos es, en efecto, vacilante. Si se leen con detenimiento sus ideas, no resuelve la cuestión sobre los alcances de la jurisdicción internacional en cuanto a los individuos que ocasionaron la Segunda Guerra Mundial, en la medida en que no logra distinguir entre los criminales de guerra y los autores de ésta. Los criminales de guerra son aquellas personas que no forman parte de las fuerzas armadas de un Estado que se encuentra en conflicto con otro y, no obstante, atentan contra la población del Estado enemigo. Las sanciones individuales en contra de los criminales de guerra ya estaban previstas por el derecho internacional general. El problema real radicaba en determinar si era posible, o no, someter a juicio a los autores de la Segunda Guerra Mundial. De acuerdo con la explicación que desarrolla Kelsen, éstos no podían ser llevados a juicio porque un Estado no podía tener jurisdicción sobre otro. Además, tampoco hay que perder de vista la existencia de dos máximas esenciales del positivismo jurídico: "ninguna persona puede ser juzgada por un tribunal establecido con posterioridad al hecho que es considerado como delito" y "no pueden aplicarse normas penales en perjuicio de ningún individuo de manera retroactiva". Cuando el líder de la Escuela Jurídica de Viena propone la creación de un tribunal internacional de justicia lo hace con miras a futuro y no hacia el pasado: quería sentar las bases de una justicia internacional para el caso de que una nueva guerra pudiera estallar.[1011]

Características del tribunal internacional de justicia kelseniano

Kelsen fue meticuloso en el diseño de su tribunal internacional de justicia, el cual se compondría por 17 miembros designados entre eminentes juristas, cuyo nombramiento sería de carácter vitalicio, cada Estado propondría dos posibles candidatos al tribunal y enviaría sus propuestas a una se-

[1010] *Ibidem,* p. 104.

[1011] *Ibidem,* pp. 137-148; véanse, también, pp. 149-155.

cretaría general de una tentativa liga permanente para el mantenimiento de la paz. Una vez electos, los miembros del tribunal gozarían de privilegios e inmunidades diplomáticas; naturalmente, éstos no podrían ejercer ninguna otra función mientras estuvieran en el cargo. El tribunal, de entre sus miembros, contaría con un presidente y un vicepresidente. Todos los miembros residirían en la sede del tribunal. El *quorum* para que éste pudiera funcionar sería de 11 miembros.[1012]

El tribunal internacional que el otrora líder de la Escuela Jurídica de Viena tenía en mente poseía una doble función; la primera consistía en dirimir las disputas entre los Estados que fueran parte de una organización internacional con el objeto de evitar agresiones entre éstos; la segunda función del tribunal internacional de justicia era castigar a todos aquellos individuos que cometieran crímenes contra la humanidad en tanto funcionarios en representación de sus Estados. En este respecto, se trata de un tribunal de naturaleza esencialmente penal. Kelsen se decanta por esta opción porque un tribunal internacional que tiene que juzgar crímenes de tal naturaleza podría ser mucho más imparcial que un tribunal nacional.[1013] La base sobre la que deberían realizar su actividad los jueces internacionales sería, naturalmente, el derecho internacional positivo. Es importante subrayar que el erudito austriaco no hizo alusión al concepto de "derechos humanos" en sus escritos internacionalistas de posguerra, porque éste pertenece al ámbito de la doctrina del derecho natural; además, era una teoría que se encontraba en proceso de construcción y, finalmente, porque el propio Kelsen no los consideraba como proposiciones jurídicas en sentido estricto, pues carecían de una sanción, es decir, no poseían la forma básica "Si A es, debe ser B".[1014]

En caso de que fuera realizado un parangón entre el tribunal internacional de justicia de Kelsen y las cortes internacionales de justicia contemporáneas, probablemente el modelo kelseniano se asemejaría más bien a un punto intermedio entre la Corte Internacional de Justicia y la Corte Penal Internacional, que al Tribunal Europeo de Derechos Humanos o a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Para empezar, porque la Corte Internacional de Justicia posee una composición similar a la del tribunal ideado por el erudito austriaco; está compuesta por quince miembros, los cuales son propuestos y selectos de acuerdo con lo más desgranado del ámbito jurídico nacional. La propuesta de candidatos es enviada al secretario general de la ONU para ser sometida a votación de la Asamblea General. Los jueces gozan de inmunidad diplomática y la corte funciona también

[1012] *Ibidem,* pp. 138-144.

[1013] *Ibidem,* p. 123.

[1014] *Ibidem,* pp. 103 y ss., *passim*.

permanentemente.[1015] Además de eso, la Corte Internacional de Justicia no conoce de contiendas sobre DDHH, sino más bien su competencia abarca todos los conflictos en otros numerosos ámbitos que las partes le sometan, así como a los asuntos previstos en la Carta de la ONU.[1016] Finalmente, la Corte Penal Internacional tiene como función principal el juzgar crímenes como los perpetrados por las dictaduras europeas durante la Segunda Guerra Mundial.

4. *Otras aportaciones que Hans Kelsen realizó al derecho internacional*

En los Estados Unidos de América, Kelsen publicó dos monografías de extensión considerable; la primera fue publicada en 1950 y lleva por título *El derecho de las Naciones Unidas: un análisis crítico de sus problemas fundamentales,* mientras que la segunda se titula *Principios de derecho internacional público* y fue publicada dos años más tarde. La primera es una monografía compuesta por 1000 páginas*;* aquí, el autor explica las instituciones que conforman a la ONU. El jurista comienza su exposición analizando la técnica con la que fue redactada la carta de la ONU, lo que le permite evidenciar sus principales flaquezas en términos conceptuales. De acuerdo con el otrora líder de la Escuela Jurídica de Viena, la Carta de la ONU es un instrumento más bien político que jurídico; esta característica resulta especialmente evidente en la forma en que están redactados sus artículos, pues éstos, al carecer de sanción, son más bien enunciados que proposiciones jurídicas.[1017] Kelsen concluye que las contradicciones de dicho instrumento internacional son en realidad irrelevantes, porque la carta no impone a los miembros, obligación alguna más allá de alguna sanción económica.[1018]

En *Principios de derecho internacional público,* Kelsen expone de nueva cuenta algunas tesis que ya había desarrollado en Colonia y Ginebra, a saber: que el derecho internacional es un derecho primitivo debido a la descentralización en la creación y aplicación de las normas. De igual modo, el erudito austriaco afirma que el fin principal del derecho internacional es la salvaguarda de la paz o seguridad colectiva. Entre las novedades que introduce se encuentra la tesis de que el derecho internacional comprende cuatro ámbi-

[1015] Seara Vázquez, Modesto, *Derecho internacional público,* 22a. ed., México, Porrúa, 2005, pp. 482-494.

[1016] *Ibidem,* p. 356.

[1017] Telman, D.A. Jeremy, "Law or Politics...", *cit.*, pp. 516 y 517.

[1018] *Ibidem,* p. 516.

tos de validez: territorial, temporal, personal y material. "Esta delimitación es la función específica del derecho internacional. En efecto, por el derecho internacional se determinan las esferas de validez territorial y personal, así como la temporal y la material, de los órdenes jurídicos nacionales".[1019] Además, explica que estos ámbitos son expuestos en términos muy generales en las normas del derecho internacional para que los Estados puedan precisar sus alcances.

En esa misma obra, se puede apreciar otro menoscabo de la fundamentación neokantiana del pensamiento internacionalista de Kelsen cuando explica en qué consiste la validez territorial del derecho internacional. Para el erudito austriaco, ésta consiste en la obediencia efectiva del derecho internacional en un espacio determinado. Otro ámbito en el que se puede observar el resquebrajamiento de la fundamentación neokantiana de la teoría pura del derecho se encuentra en el análisis que el autor realiza respecto del nacimiento, continuidad y extinción del Estado. Al respecto, precisa:

> Tanto el momento en que un Estado comienza a existir, esto es, cuando un orden jurídico nacional comienza a ser válido, como el momento cuando un Estado cesa de existir, es decir, cuando un orden jurídico nacional cesa de ser válido, está determinado por el derecho internacional positivo de acuerdo con el principio de efectividad.[1020]

El jurista austriaco llega a la conclusión de que un Estado deja de ser considerado como tal siempre que exista una alteración significativa de su territorio:

> ...en caso de que se efectúen [los cambios] por revolución o *coup d'état*, éste [el Estado] continúa siendo el mismo únicamente si el territorio (y la población que vive en él) se mantiene igual, de manera general… Una revolución victoriosa o *coup d'état* exitoso no destruyen la identidad del orden jurídico, que ellos han cambiado, siempre que la esfera de validez territorial permanezca idéntica.[1021]

VI. El derecho internacional en la teoría pura del derecho

El derecho internacional no siempre estuvo presente en los textos metodológicos de la teoría pura del derecho. Como se ha visto en líneas superiores de

[1019] Kelsen, Hans, *Principios..., cit.*, p. 161.
[1020] *Ibidem*, p. 203.
[1021] *Ibidem*, p. 207.

este capítulo, en el prólogo a la segunda edición de los *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*, Kelsen precisa que en dicha obra no se ocupa ni de las relaciones de los Estados entre sí ni de éstos con el derecho internacional.[1022] El jurista de Praga aclara, además, que Alfred Verdross fue el primero en plantear el problema de los vínculos entre un Estado y el derecho internacional desde el punto de vista de la teoría pura del derecho.[1023]

Algunos de los resultados más significativos de las investigaciones que Kelsen había realizado sobre la relación entre la teoría pura del derecho y el derecho internacional fueron incorporados a sus monografías cuyo contenido principal es la metodología y la filosofía del derecho a partir de la década de los veinte; esto resulta especialmente evidente con la publicación de la *Teoría general del Estado* de 1925. El jurista vienés trata el tema en el capítulo cuarto, epígrafes 22 y 23, así como en el capítulo séptimo, epígrafe 36. Kelsen comienza su exposición planteando la antítesis entre dos doctrinas: "una presupone al Estado, al orden estatal, como orden supremo, al paso que la otra afirma el orden internacional como un orden superior a los Estados. Pueden recibir estas teorías, respectivamente, el nombre de «primado del orden jurídico estatal» y «primado del orden jurídico internacional»".[1024] Más adelante, el jurista expone los argumentos principales de cada una de estas dos posturas.[1025] Se trata, en efecto, de una tesis dualista través de la cual se plantea la existencia de dos ordenamientos jurídicos: el estatal y el internacional.

Kelsen, sin embargo, rechazó cualquier dualismo metodológico o duplicación del objeto de estudio; él consideró a la doctrina de los dos ordenamientos jurídicos como un falso dilema que no podía ser resuelto ni afirmando la primacía de un ordenamiento sobre otro[1026] ni tampoco sosteniendo la validez coordinada de los dos ordenamientos normativos.[1027] Este dualismo, en realidad, en numerosas ocasiones, enmascara una pugna de intereses políticos y, en ocasiones, hasta militares, la cual consiste en brindar preeminencia a los factores reales de poder internos o externos a un país. El jurista plantea una estrategia para introducir su posición epistemológica. Primero precisa que, desde el punto de vista de la doctrina del derecho positivo, se debe otorgar el mismo valor a las dos hipótesis, porque no se puede atribuir preferencia a una u otra so pena de caer en lo subjetivo;[1028] en otras

[1022] Kelsen, Hans, *Problemas capitales…, cit.*, p. LIV.
[1023] *Ibidem,* p. LV.
[1024] Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado, cit.*, p. 156.
[1025] *Ibidem,* pp. 158-163.
[1026] *Ibidem,* pp. 158 (*infra*), 168 (*supra*), 169 (*infra*).
[1027] *Ibidem,* pp. 157, 158, 162 y 168.
[1028] *Ibidem,* p. 158.

palabras, todos los ordenamientos jurídicos poseen el mismo valor: "No son, pues, razones de índole jurídica aquellas que pueden dar la preferencia a una u otra de las dos hipótesis".[1029] Es decir, las dos teorías que han sido expuestas constituyen dos hipótesis epistemológicas distintas.[1030] Por lo tanto, decantarse por una u otra posturas es, más bien, una decisión que encuentra su origen en la política o ideología en la medida en que ambas posiciones constituyen dos modos diferentes de concebir el mundo y sus valores.[1031]

Kelsen da un segundo paso: introduce el enfoque normativista. En su opinión, la preminencia de un ordenamiento jurídico sobre otro se trata de un falso dilema porque está claro que la existencia del derecho estatal supone necesariamente la existencia del derecho internacional general, y viceversa. En concordancia con este razonamiento, propone la tesis de la unidad entre el derecho estatal y el derecho internacional: "Si hay un criterio absoluto para averiguar el carácter científico del conocimiento del Derecho o del Estado, no puede ser otro que la unidad del punto de vista gnoseológico".[1032] Se trata, en efecto, de la unidad desde el punto de vista jurídico-científico. Dicha unidad está determinada por un criterio de validez común. Sin embargo, cuando parece que va a revelar la naturaleza de aquel criterio, Kelsen duda. Podría pensarse que dicho criterio de validez es la norma fundante. Pero al tratar el tema, el jurista vienés emplea dicha categoría de análisis únicamente como un criterio de validez para el derecho interno, sin hacer mayor mención del derecho internacional. En efecto, Kelsen concibe a la norma fundante como una Constitución en sentido lógico-jurídico (y no jurídico-positivo)[1033] que tan sólo fundamenta el derecho estatal.

En *Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*, Kelsen ofrece una respuesta a este tema. Aquí, comienza por definir a la norma fundante del derecho internacional como la proposición jurídica que confiere la calidad de hecho creador de normas jurídicas a la costumbre que nace de ciertas prácticas jurídicas entre los Estados.[1034] Ésta, en vía de consecuencia, confiere su validez a todas las variantes del derecho internacional, así como a los diversos órdenes jurídicos estatales subordinados al mismo.[1035] El jurista explica que existen tres tipos de derecho internacional: el general, el par-

[1029] *Ibidem,* p. 159.

[1030] *Ibidem,* p. 171.

[1031] *Idem.*

[1032] *Idem.*

[1033] *Ibidem,* pp. 325-329.

[1034] Kelsen, Hans, *Théorie pure du droit. Introduction à la science du droit,* trad. de Henri Thévenaz, Suiza, Éditions de la Baconnière, 1953, pp. 164-184.

[1035] *Idem.*

ticular o convencional y el creado por tribunales internacionales u órganos similares.[1036] El derecho internacional general se encuentra por encima del derecho internacional particular o convencional y el creado por las cortes internacionales; sin embargo, la norma fundante internacional antecede a todas las variantes de derecho internacional antes mencionadas.

En *Introducción a los problemas de la ciencia jurídica,* Kelsen recoge su tesis de que el derecho internacional es un derecho primitivo, debido a la descentralización en la creación y aplicación de las normas, que ha ido transitando paulatinamente hacia la centralización. El profesor vienés repite, también, su opinión respecto de la posible evolución del derecho internacional general, es decir, que éste podría alcanzar el mismo grado de desarrollo técnico que los ordenamientos jurídicos estatales parciales.[1037] En esta monografía también expresa su opinión de que existe una alta probabilidad de que sea creado un orden jurídico universal con el paso del tiempo, pero, al mismo tiempo, la realidad política lo conduce a mantener una actitud cautelosa al respecto. Por esa razón, postula la unidad entre el derecho internacional y los ordenamientos jurídicos estatales parciales sólo en términos teóricos.[1038]

El fundador de la teoría pura del derecho, asimismo, en *Introducción a los problemas de la ciencia jurídica* explica que el derecho internacional delimita la validez territorial, temporal y personal de los ordenamientos jurídicos estatales parciales[1039] y que éste se encuentra compuesto por proposiciones jurídicas incompletas que deben ser matizadas por los ordenamientos jurídicos estatales parciales. Otro aspecto que Kelsen precisa es que como el Estado es incapaz de suscribir tratados por sí mismo, requiere de ciertos órganos[1040] que puedan cumplir tal función y que éstos pueden ser unipersonales o colegiados. Desde el punto de vista externo, se trata de un órgano del derecho internacional; desde el punto de vista interno, es un órgano que forma parte del Estado que representa. La importancia de este órgano radica en que reduce y concretiza la complejidad de los múltiples lazos que ligan al derecho internacional con el derecho de los Estados.[1041]

Kelsen continuaría incorporando los resultados de sus investigaciones sobre la relación entre el derecho internacional y la teoría pura del derecho en su obra *Teoría general del derecho y del Estado.* En este libro reitera su tesis de que el fin principal del derecho internacional es la seguridad colectiva, es

[1036] *Ibidem,* pp. 164 y 165.
[1037] *Ibidem,* p. 168. La traducción es propia.
[1038] *Ibidem,* pp. 168, 169, 182 y 184.
[1039] *Ibidem,* p. 181.
[1040] *Ibidem,* p. 182.
[1041] *Idem.*

decir, la paz, y que ésta sólo puede garantizarse si la violencia o coacción es regulada.[1042] En primer lugar, es necesario que todos los Estados del orbe disminuyan su poder bélico para crear una fuerza centralizada al servicio del restablecimiento de la paz. El uso de la fuerza estaría regulado por las normas del derecho internacional y sólo estaría permitido como última *ratio.* Los actos coercitivos o interferencias violentas en tanto reacción contra un acto jurídico de otro Estado adquieren el nombre de represalias o guerra.[1043] Kelsen no dedica mucho espacio al tema de las represalias, sino que más bien realiza un estudio exhaustivo sobre la guerra.[1044] En ese sentido, expone las dos doctrinas principales en torno a ella. Por una parte, se encuentra la opinión de que la guerra no es un acto antijurídico ni una sanción mientras que un Estado no se encuentre obligado mediante un tratado a abstenerse de hacer la guerra.[1045] Por otra parte, con base en un punto de vista contrario, se sostiene que la guerra se encuentra prohibida conforme al derecho internacional, ya que sólo está permitida como reacción contra un acto ilegal;[1046] se trata de la doctrina de la guerra justa.

El jurista se inclina, una vez más, por esta última.[1047] Kelsen explica que la doctrina de la guerra justa ha sido la dominante porque existe un consenso general, tanto jurídico como moral, contra la guerra. Tan es así que aun los "más radicales partidarios de la guerra, los más extremados filósofos del imperialismo, en su afán de glorificar a ésta y vilipendiar al pacifismo, únicamente la justifican cuando es un medio dirigido al logro de un fin bueno".[1048] El jurista vienés realiza un estudio general sobre la doctrina de la guerra justa partiendo del derecho de los primitivos,[1049] continuando con la evolución de esta doctrina en la Edad Media[1050] y concluyendo con la posición que dicha doctrina guarda en el derecho internacional contemporáneo.[1051]

Kelsen también presenta los argumentos principales contra la doctrina de la guerra justa. El primero de ellos, que considera el más débil, consiste en afirmar que recurrir a la guerra sería una limitación a la soberanía de los Estados.[1052] La segunda objeción consiste en que la guerra está prohibida por

1042 Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado, cit.*, pp. 390 y ss.
1043 *Ibidem,* p. 393.
1044 *Ibidem,* pp. 394 y 395.
1045 *Ibidem,* p. 394.
1046 *Idem.*
1047 *Ibidem,* pp. 395-397.
1048 *Ibidem,* p. 396.
1049 *Ibidem,* p. 398.
1050 *Ibidem,* p. 399.
1051 *Idem.*
1052 *Ibidem,* p. 400.

la moral, pero no por el derecho internacional.[1053] La objeción de más peso es que la guerra no puede ser interpretada ni como sanción ni como acto antijurídico, porque el "derecho internacional general carece de un tribunal capaz de decidir la cuestión. El problema sólo puede decidirse, por tanto, a través de un mutuo acuerdo entre las partes en pugna".[1054] Kelsen, en consecuencia, clama por la promulgación de normas de derecho internacional que regulen puntualmente el fenómeno de la guerra, así como la creación de un tribunal internacional de justicia.

Un elemento que parece ser una novedad en el pensamiento internacionalista de Kelsen es la explicación de que si bien es cierto que los Estados son los sujetos inmediatos del derecho internacional, en última instancia los destinatarios de dicho ordenamiento jurídico son los individuos; al respecto, él mismo explica: "Si el derecho internacional no obligara y facultara a los hombres, las obligaciones y derechos establecidos por él no tendrían ningún contenido, y el derecho internacional no obligaría o autorizaría a nadie en ningún sentido".[1055] En la afirmación anterior se puede apreciar cierto humanismo en el pensamiento de Kelsen, porque hace énfasis en el hecho de que los Estados y los legisladores internos deben tener siempre en consideración las consecuencias que las normas de derecho internacional pueden tener sobre los individuos. Esta reflexión conduce al fundador de la teoría pura del derecho a subrayar que las normas del derecho internacional son proposiciones jurídicas incompletas. En ese sentido, explica que una norma jurídica consta de dos elementos: el material (lo que debe hacerse o evitarse) y el personal. Por lo general, las normas de derecho internacional fijan el primero de los elementos, pero no el segundo. Es el Estado, en efecto, el que determina los sujetos que deben cumplir con tal o cual conducta.[1056]

En la segunda edición de la *Teoría pura del derecho,* el otrora líder de la Escuela Jurídica de Viena amplía su explicación sobre la relación entre el derecho internacional y la teoría pura del derecho. De nueva cuenta, reafirma su tesis de que la expresión de la fuerza coactiva de las normas de derecho internacional se encuentra en las represalias y la guerra. También dedica algunas páginas al análisis de las principales doctrinas en torno a la guerra. Kelsen se decanta de nuevo por la teoría de la guerra justa, ofrece más o menos las mismas razones arriba señaladas y añade que dicha doctrina fue el fundamento de los tratados de paz a través de los cuales se dio por concluida la Primera Guerra Mundial y que sustentaron las normas constitutivas de la

[1053] *Ibidem,* p. 401.
[1054] *Ibidem,* pp. 401 y 402.
[1055] *Ibidem,* p. 407.
[1056] *Ibidem,* p. 408.

Sociedad de Naciones; sin dejar de mencionar que dicho fundamento también se encuentra presente en el Pacto Briand-Kellogg.[1057] Por si lo anterior fuera poco, Kelsen reitera que no debe perderse de vista que son los individuos los destinarios finales de las sanciones colectivas: "la guerra y las represalias tienen carácter de sanciones… dirigidas contra el Estado… aunque en forma inmediata estén dirigidas contra seres humanos".[1058] Es decir, cuando se expresa que es un Estado el que sufre las sanciones colectivas, en realidad lo que se quiere decir es que son los seres humanos que pertenecen a dicho Estado quienes padecen realmente tales sanciones.[1059] La postura pacifista y humanista del fundador de la Escuela Jurídica de Viena es clara.

Kelsen precisa también que tanto la doctrina de la primacía del derecho internacional como la de la primacía del derecho estatal conducen a teorías monistas; a la unidad de ambos ordenamientos normativos. El problema radica en determinar el fundamento de la validez de esa unidad.[1060] Si se asume que los Estados anteceden al derecho internacional, como sucede entre un Estado federal y las entidades que lo conforman, entonces se colocará como fuente superior al derecho estatal.[1061] Si se considera, por el contrario, que el derecho internacional es el ordenamiento que delimita la competencia espacial, temporal y personal de los Estados, entonces se dará preferencia a este ordenamiento jurídico. La primera de las posturas a menudo está relacionada con visiones imperialistas[1062] del mundo, mientras que la segunda con perspectivas pacifistas.[1063]

Por último, llama la atención que el erudito austriaco incorpora la tesis de que la responsabilidad colectiva de los Estados se está convirtiendo en responsabilidad individual, razón por la cual subraya de nueva cuenta la necesidad del establecimiento de tribunales de justicia internacionales permanentes.[1064] En suma, la postura pacifista y humanista de Kelsen fue acentuándose en sus textos sobre metodología del derecho como resultado de la incorporación de algunos resultados que el jurista alcanzó a través de sus investigaciones sobre la relación entre el derecho internacional y la teoría pura del derecho.

[1057] Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho, cit.*, pp. 324 y 325.
[1058] *Ibidem,* p. 325.
[1059] *Idem.*
[1060] *Ibidem,* p. 341.
[1061] *Ibidem,* pp. 335-341.
[1062] *Ibidem,* p. 345.
[1063] *Ibidem,* p. 344.
[1064] *Ibidem,* p. 330.

Libro completo en https://tinyurl.com/472hb2hr
2026. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas,
https://www.juridicas.unam.mx/
Acervo de la BJV: https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv

Capítulo sexto

SUBSISTEMA DEONTOLÓGICO

I. Introducción

Hans Kelsen fue un relativista axiológico, pues sostenía que, tanto desde el punto de vista de la ciencia jurídica como desde la perspectiva de la filosofía política y moral, no podía colocarse ningún valor en la cúspide de una jerarquía moral debido a la subjetividad e, inclusive, irracionalidad de los juicios de valor. En efecto, de acuerdo con el profesor vienés, una ciencia auténtica no tendría por qué enarbolar un valor como su principal estandarte, ya que debe limitarse a la descripción de los fenómenos jurídicos que analiza, así como brindar una posible solución a éstos a través de ciertas teorías. Desde la óptica de la filosofía política y moral, y, de manera más exacta, desde el punto de vista de la democracia y el parlamentarismo, ambos deben acoger y salvaguardar todos los valores sin decantarse por uno en específico; de lo contrario, devendría una autocracia.

El objetivo general de las siguientes páginas consiste en explicar el origen del relativismo axiológico de Kelsen, presentar sus principales rasgos y criticar las tesis centrales que el otrora líder de la Escuela Jurídica de Viena desarrolló al respecto. La exposición está dividida de la manera siguiente. En primer lugar, se ofrecerá una explicación a la génesis del relativismo axiológico kelseniano de acuerdo con el contexto epistemológico de la filosofía de habla alemana de finales del siglo XIX y principios del siglo XX. En segundo lugar, serán desarrolladas las principales tesis del pensamiento político y moral de Platón para poder comprender las críticas que el profesor vienés realizó en torno a sus ideas. Posteriormente, se procederá de manera similar con la obra de Aristóteles. Después, la atención se desplazará al debate que el líder de la Escuela Jurídica de Viena sostuvo con Eric Voegelin. Finalmente, se expondrá la relación entre las tesis centrales del relativismo axiológico kelseniano y teoría pura del derecho.

II. La génesis del relativismo axiológico de Hans Kelsen

1. *El relativismo axiológico en la filosofía alemana de finales del siglo XIX y principios del siglo XX*

A principios del siglo XX, en Europa, existía un fuerte impulso hacia la separación entre la ética y el resto de las ciencias del espíritu. Esta situación está presente en la obra de Lionel Robbins y Julius Ayer. El primero, en su libro *Ensayo sobre la naturaleza y significado de la ciencia económica,* sostuvo la tesis de que era necesario desterrar del campo de la economía cualquier juicio de valor para desarrollar una ciencia objetiva. El segundo, Julius Ayer, filósofo, en su obra *Lenguaje, verdad y lógica,* afirmó que el análisis del lenguaje debe realizarse al margen de toda consideración moral.[1065]

Probablemente el origen del relativismo axiológico kelseniano se encuentre en el contexto epistemológico de la filosofía de habla alemana de finales del siglo XIX, y principios del XX, la cual se caracterizaba por un desencanto generalizado hacia la modernidad; en efecto, existía una especie de bancarrota moral. Durante siglos, el proyecto de la modernidad había enarbolado una confianza ciega hacia la racionalidad del ser humano como uno de sus principales estandartes y había albergado un ingenuo optimismo hacia el porvenir gracias a los acelerados desarrollos tecnológicos alcanzados.

Sin embargo, poco a poco comenzaron a aparecer algunas de las contradicciones de aquella visión optimista del mundo; por ejemplo, si bien es cierto que los desarrollos científicos y tecnológicos habían producido mayores comodidades para el ser humano que las de tiempos precedentes, éstas se encontraban reservadas para unas cuantas personas. Tampoco se tiene que perder de vista los daños al medio ambiente ocasionados por el "desarrollo" y la "modernidad". Lo anterior, finalmente, sin olvidar la paulatina carrera armamentística que se gestaba en la "prospera" y "pacífica" Europa, la cual ponía en entredicho la posibilidad de que el ser humano pudiera dirimir sus disputas a través del diálogo y la razón. Entre los pensadores de lengua alemana que mejor supieron interpretar el siniestro panorama de su tiempo se encontraban Arthur Schopenhauer y Friedrich Nietzsche; a pesar de la diferencia entre el pensamiento de cada uno de ellos, coincidieron en un punto:

[1065] Vázquez, Rodolfo, *Cinco enfoques teóricos sobre la justicia,* México, Instituto de la Judicatura Federal-Consejo de la Judicatura Federal-Miguel Ángel Porrúa (col. Jueces y Democracia), 2019, pp. 17-19.

las bases morales de Europa se estaban desmoronando a una velocidad vertiginosa e inevitable.

En el campo jurídico aún se seguían defendiendo con optimismo algunas de las directrices científicas heredadas por el proyecto iluminista; tal es el caso de autores como Gerber, Gierke, Laband y Jellinek. Kelsen, por su parte, como un hijo de su tiempo, comenzó a distanciarse de dicho optimismo con el propósito de desarrollar una ciencia jurídica y una práctica judicial libre de cualquier juicio de valor.[1066] Ciertamente no es posible identificar una fuente única y directa en la que el jurista vienés se hubiera apoyado para desarrollar su escepticismo axiológico, sino que éste sería más bien el resultado del contexto epistemológico de la filosofía de habla alemana de su tiempo.[1067] En ese sentido, existe la posibilidad de que el pensamiento de Georg Lukács hubiera influido de alguna manera a Kelsen, ya que el filósofo húngaro fue uno de los pioneros en explicar la manera en que el irracionalismo había sentado sus raíces en Europa.[1068]

Immanuel Kant, por supuesto, sería otro candidato para comprender los fundamentos del relativismo axiológico de Kelsen. Sin duda alguna, no se puede descartar la influencia de este autor en la obra kelseniana, porque él era expresamente un neokantiano. Cabe recordar que Kant había desplazado hacia el ámbito de la metafísica todas aquellas consideraciones morales que no podían ser determinadas con exactitud por la razón.[1069]

Dilthey también pudo haber influido en la conformación del relativismo axiológico del líder de la Escuela Jurídica de Viena gracias a su filosofía de la vida, por medio de la cual dio un giro hacia el subjetivismo al colocar la vivencia individual en el centro de su teoría del conocimiento.[1070] El punto de vista de Dilthey coincidiría con la tesis kelseniana de que es el objeto el que determina el método y que éste es determinado por el individuo. Es posible que Schopenhauer y Nietzsche pudieran haber repercutido de alguna forma en la conformación del relativismo axiológico del profesor vienés, pues ambos pensadores explicaron que no existe una igualdad moral entre los seres humanos y que cada uno desarrolla y comparte sus valores de acuerdo con los fines que se propone.[1071]

[1066] *Cfr.,* por ejemplo, Sendín Mateos, José Antonio, *La filosofía moral de Hans Kelsen,* Madrid, Marcial Pons, prefacio de Miguel Ángel Rodilla, 2017, p. 40.

[1067] *Idem.*

[1068] *Ibidem,* p. 41.

[1069] *Idem.*

[1070] *Ibidem,* pp. 42 y 43.

[1071] *Ibidem* p. 44.

Es cierto que el líder de la Escuela Jurídica de Viena en su obra no hizo una referencia directa al pensamiento de Schopenhauer, pero Aladár Métall, en los escritos biográficos que preparó en torno a la vida y trabajo de su maestro, nos ofrece una pista al respecto pues, precisa que el profesor vienés leyó con atención algunos libros de este autor durante su formación universitaria, y que quedó cautivado por el pesimismo y desencanto de la vida de Schopenhauer.[1072] Al respecto, resulta esclarecedora la siguiente cita textual de Aladár Métall: "Fueron las novelas de Knut Hamsun las que más tarde lo impresionaron profundamente [a Kelsen] y quizá constituyeron los primeros fundamentos de la visión pesimista del mundo, *que encontraría luego su fortalecimiento en las detenidas lecturas de Schopenhauer*".[1073]

Es posible percibir algún eco de *El mundo como voluntad y representación*[1074] de Schopenhauer en el trabajo del profesor austriaco. Por ejemplo, ambos autores comparten la visión realista y pesimista sobre el ser humano, porque tanto para Schopenhauer como para Kelsen el hombre es una criatura cuyos deseos es necesario regular o gobernar.[1075] Schopenhauer, en *El mundo como voluntad y representación,* precisa lo siguiente: "El hombre, al ser la objetivación más perfecta de la voluntad de vivir, es en consecuencia también el más necesitado de todos los seres; por todos sus lados es volición y necesidad concretas, una concreción, de mil necesidades".[1076]

Recordemos que para Kelsen el derecho es una herramienta necesaria para poner un coto a las apetencias del ser humano. Un deseo o necesidad es un anhelo intenso del espíritu humano por poseer un objeto o alcanzar una meta que se estima valiosa; detrás de un deseo se oculta un valor, pero existen tantos deseos y valores como seres humanos sobre la faz de la Tierra. Los deseos son tan subjetivos como los juicios de valor que se formulan en torno a ellos y no se puede decir con toda seguridad cuál de ellos tiene más peso que los otros. Puesto que no todos los deseos del hombre pueden colmarse debido a la existencia limitada de bienes materiales y honores en el mundo, es comprensible, e inevitable, que el ser humano entre en conflicto a cada instante con sus congéneres. Otra similitud entre el pensamiento

---

[1072] Aladár Métall, Rudolf, *op. cit.*, p. 21.

[1073] *Idem*. Énfasis añadido.

[1074] Moreno Claros, Luis Fernando, "Arthur Schopenhauer, el filósofo pesimista", en Schopenhauer, Arthur, *El mundo como voluntad y representación,* trad. de Rafael José Díaz Fernández y María Montserrat Armas Concepción, Madrid, Gredos (col. Grandes Pensadores), 2014, t. I, p. XXV.

[1075] Schopenhauer, Arthur, *op. cit.*, pp. 358-375.

[1076] *Ibidem,* p. 360.

de Kelsen y Schopenhauer es que el profesor vienés compartía con él cierta animadversión hacia la filosofía idealista, pero mientras que Kelsen extendió su rechazo a todas las variantes de esta forma de hacer filosofía y, en particular, convirtió la doctrina de Platón en uno de los blancos predilectos de sus agudas críticas, Schopenhauer expresó sobre todo un virulento rechazo al idealismo de Hegel.[1077]

En tanto que la crítica de Schopenhauer hacia la existencia de una moral única provenía de su desencanto de la vida y, en particular, de la moderna, Friedrich Nietzsche, quien durante su juventud también había leído a este autor,[1078] construyó sus propias ideas sobre las cenizas de la moral cristiana. En efecto, Nietzsche se dio cuenta de que el ciudadano había perdido la fe en los valores encarnados por Dios.[1079] El diagnóstico de este pensador, aunque certero, conducía a reconocer la existencia de numerosas concepciones sobre la moral y, en consecuencia, a construir numerosos cánones que permitieran su análisis y clasificación. La crítica que Nietzsche había realizado a la moral tradicional había revelado que ésta era, en realidad, la imposición de un punto de vista ético particular:

> Lo que los filósofos llamaban el "fundamento de la moral", y lo que se exigían a sí mismos bajo esta frase, no era, bien mirado, más que una forma sabia de la *creencia* ingenua en la moral reinante, un nuevo medio de *expresarla;* por consiguiente, un estado de hecho dentro de una moralidad dada, e incluso, en última instancia, una manera de negar que esta moral pudiera ser considerada como un problema… Toda moral es contraria al *laisser aller* [dejar ir], es una tiranía que se ejerce contra la "naturaleza" y también contra la "razón"; pero esto no es una objeción contra ella, a menos que se quiera decretar en nombre de cualquier otra moral la prohibición de toda tiranía y de toda sinrazón. Lo esencial de toda moral, lo que constituye su valor inapreciable, es que es una coacción prolongada.[1080]

[1077] Moreno Claros, Luís Fernando, *op. cit.,* p. XXVIII.

[1078] Cano, Germán, "Friedrich Nietzsche, crítico de la moral", en Nietzsche, Friedrich, *El nacimiento de la tragedia; El caminante y su sombra; La ciencia jovial,* trad. de Germán Cano Cuenca y Alfredo Brotons Muñoz, Madrid, Gredos (col. Grandes Pensadores), 2014, t. I, pp. XIV y XXXIV. Germán Cano, en su estudio introductorio, explica la influencia que el autor de *El mundo como voluntad y representación* tuvo en el joven Friedrich Nietzsche: "Schopenhauer ofrecía esa atracción por el mundo inconsciente e irracional de la potencia que ya se intuía en los primeros escritos de Nietzsche, así como permitía justificar el desprecio hacia lo que le parecía una excesiva tiranía de la moral y la razón"; *ibidem,* p. XXXV.

[1079] *Idem.*

[1080] Nietzsche, Friedrich, *Más allá del bien y del mal,* trad. de Carlos Vergara, Madrid, Gredos (col. Grandes Pensadores), 2014, t. II, pp. 466 y 467.

A la crisis moral, y a la consecuente proliferación de numerosos sistemas de valores, Nietzsche ofreció la siguiente respuesta: en primer lugar, propone reinterpretar la obra de la Grecia clásica; en segundo término, planteó una especie de ética de la responsabilidad. Para este autor, el estudio de la cultura helénica constituye el punto de partida de la cultura occidental; al retornar al origen de sus raíces, el ser humano estaría en condiciones de comprenderse mejor a sí mismo.[1081] Kelsen, por su parte, sería un crítico férreo de la filosofía platónica y aristotélica. Nietzsche, con su ética de la responsabilidad, devuelve al hombre el peso de sus acciones.[1082] En otras palabras, el humano no tiene más remedio que hacerse cargo de sus propias decisiones y las consecuencias que éstas conllevan.

Otro autor que pudo haber contribuido en la conformación del relativismo axiológico de Kelsen es Max Weber. No es un secreto que el erudito austriaco se interesó, leyó y respetó la obra de Weber desde que entró en contacto con ella cuando escribía su tesis de habilitación tanto en Viena como en la Universidad de Heidelberg. Sin embargo, Kelsen estudiaría con intensidad las ideas de Max Weber tiempo después. Weber fue uno de los pioneros en examinar el problema del relativismo moral en el campo de las ciencias del espíritu; para este autor, los juicios de valor no deben introducirse ni al investigar ni al exponer los resultados de las investigaciones en el área de las ciencias sociales. Weber defendería esta tesis a partir de la década de 1910.

El sociólogo alemán explica que los juicios de valor son contingentes y que, en consecuencia, no pueden ser adoptados como parámetros universales, pues toda disciplina científica persigue como fin principal el mostrar, describir y solucionar de manera objetiva los fenómenos que analiza. Por ejemplo, un historiador no decidirá si la Revolución francesa ha sido favorable o perjudicial para Francia, sino que tendrá que limitarse a explicar las repercusiones que este acontecimiento tuvo en el desarrollo de la cultura occidental.[1083] En 1911, Max Weber publicó un ensayo titulado *El sentido de "no hacer juicios de valor" en la sociología y en la economía* (traducido al castellano como *Por qué no se deben hacer juicios de valor en la sociología y en la economía)* en el que explica:

> …la pregunta de si *realmente* debemos o no debemos hacer juicios de valor en la cátedra… es una cuestión de política universitaria… Quien, *en su calidad* de

[1081] Cano, Germán, *op. cit.,* pp. XXXVI, LV y LVIII.

[1082] *Ibidem,* p. XLVII.

[1083] Abellán, Joaquín, "Estudio preliminar", en Weber, Max, *Por qué no se deben hacer juicios de valor en la sociología y en la economía (El sentido de "no hacer juicios de valor" en la sociología y en la economía),* trad. de Joaquín Abellán, Madrid, Alianza, 2010, p. 32.

> profesor universitario, reclame todavía hoy para la Universidad y por consiguiente para sí mismo, la función general de formar hombres, de difundir convicciones políticas… tendrá una posición distinta a la de quien crea tener que afirmar el hecho… de que el aula universitaria despliega sus efectos realmente valiosos sólo a través de una enseñanza *profesionalizada* y que, por ello, la única virtud específica para la que tiene que educar es la "honestidad intelectual.[1084]

En el pasaje antes citado, Weber está reconociendo que los juicios de valor en las ciencias del espíritu se encuentran ligados a la transmisión de una convicción política más que a la enseñanza objetiva del conocimiento. El sociólogo alemán volvería a examinar la cuestión en dos ensayos posteriores de 1917 que llevan por título *La ciencia como vocación* y *La política como vocación,* los cuales fueron traducidos en castellano como un texto titulado *El político y el científico*. Aquí, Weber describe las funciones y fines que desarrollan y persiguen los científicos y los políticos.[1085] El sociólogo alemán concluye que ambas actividades son incompatibles, pues mientras que el científico trata de describir un fenómeno de manera objetiva con el propósito de ofrecer una solución, el político quiere persuadir y convencer a su auditorio de que sus convicciones son las más adecuadas a pesar de que éstas no atiendan siempre a razones objetivas. Es por ello por lo que Weber sostiene que "el verdadero maestro habrá de cuidarse mucho de inducir hacia una posición determinada a sus alumnos aprovechando de su autoridad como catedrático; no deberá hacerlo ni directamente ni por medio de sugerencias".[1086] Kelsen compartía esta misma opinión.

2. *Hans Kelsen y los filósofos griegos (Platón y Aristóteles)*

La impronta del relativismo axiológico de Kelsen no sólo se encuentra reflejada en su afirmación de que "cualquier contenido puede ser derecho", o en la tesis de que los juicios de valor, al ser subjetivos, no pueden ser la piedra angular ni de la ciencia jurídica ni de la aplicación del derecho; en realidad, los razonamientos anteriores sintetizan tan sólo una parte de sus investigaciones en torno a la relación entre el derecho y la moral, las cuales desarrolló a lo largo de varias décadas. Los resultados de sus investigaciones en esta área se encuentran reflejados sobre todo en sus trabajos sobre el pensamiento de los filósofos griegos.

1084 Weber, Max, *Por qué no se deben hacer juicios de valor…, cit.,* pp. 69 y 70.

1085 Weber, Max, *El político..., cit.,* pp. 105-107, 110 y 112.

1086 *Ibidem,* p. 105.

En torno al relativismo axiológico de Kelsen, a sus estudios sobre los filósofos griegos, la doctrina del iusnaturalismo y sus reflexiones sobre la relación entre el derecho y la moral, algunos autores han distinguido tres etapas: "*i)* una primera comprendida entre 1905 y 1928, *ii*) una segunda entre 1928 y 1960 y *iii*) la etapa final, a partir de 1960, marcada por la aparición de *Das Problem der Gerechtigkeit* [El problema de la justicia]".[1087] Es importante advertir que desde sus trabajos de la fase de formación de conceptos, el jurista austriaco ya había realizado algunas críticas en torno a la relación entre el derecho y la moral, así como a la imposibilidad de fundamentar la ciencia jurídica sobre la base de algún juicio de valor, pero estas críticas eran en realidad bastante pobres.[1088]

La originalidad del pensamiento de Kelsen en esta área es especialmente visible en los trabajos que publicó durante las décadas de los veinte, de los treinta y de los cincuenta (periodo de tiempo que coincide con la etapa clásica de la teoría pura del derecho, de acuerdo con la periodización propuesta por Stanley L. Paulson). Posteriormente, el profesor austriaco volvería al tema, pero cada día con menor interés; en otras palabras, con el transcurrir de los años se hace palpable el cansancio y apatía en torno a este tópico por parte del otrora líder de la Escuela Jurídica de Viena. Esta fatiga por el tema podría explicarse con base en el interés de Kelsen por estudiar la relación entre la lógica y el derecho.

A finales de 1920, y durante la década de los treinta, las reflexiones de Kelsen en torno a la relación entre el derecho y la moral se verían reflejadas principalmente en sus estudios sobre el pensamiento y la obra de Platón y Aristóteles. Al menos dos razones podrían explicar el tardío interés del profesor vienés por el tema durante esta época: primero, antes de que Kelsen entrara en escena en Austria y Alemania, la doctrina del iusnaturalismo ya había sido criticada con intensidad y remplazada por el positivismo jurídico; es probable que el líder de la Escuela Jurídica de Viena hubiera dado por sentado que los argumentos principales contra el iusnaturalismo ya habían sido desarrollados.[1089] Segundo, al parecer, Kelsen comenzó a interesarse en analizar la obra de Platón y Aristóteles debido a la aparición de numerosas críticas que cuestionaban la utilidad del positivismo, en especial del positivismo jurídico, y que se autoproclamaban como las doctrinas más adecuadas sobre el derecho (tal es el caso de la teoría del Estado como integración de Rudolf Smend, y el decisionismo de Carl Schmitt).

[1087] Sendín Mateos, José Antonio, *op. cit.,* p. 58; *passim,* pp. 58-61.

[1088] *Idem.*

[1089] *Ibidem,* pp. 49 y 50, *passim*.

El número de páginas que el profesor vienés escribió sobre la doctrina de Platón y Aristóteles entre las décadas de los veinte, de los treinta y de los cincuenta no es nada despreciable, razón por la cual no deja de resultar sorprendente que muchos estudiosos de su pensamiento no hayan prestado suficiente atención a este aspecto de la obra kelseniana, que interpreta un papel capital en el pensamiento del erudito vienés.[1090] Precisamente esta falta de estudios en torno a la obra que escribió sobre Platón y Aristóteles ha conducido a subestimar el relativismo axiológico del fundador de la Escuela Jurídica de Viena y calificarlo como superficial, sobre todo porque uno de los textos más conocidos que lleva por título *¿Qué es justicia?* constituye una síntesis apretadísima de las reflexiones que realizó en torno a la filosofía moral de Platón y otros pensadores.

Sin embargo, el trabajo del profesor vienés en torno a los filósofos griegos es tan amplio que "es posible identificar cinco áreas en torno a las cuales giran los trabajos de Kelsen sobre la filosofía griega: el derecho natural de los griegos, la idea de justicia en la religión y poesía griega, la filosofía social de Platón y Aristóteles, así como la idea de retribución en la religión griega".[1091] Entre los primeros trabajos del erudito austriaco sobre el derecho natural de los griegos se encuentra su ensayo de 1928 titulado *Los fundamentos filosóficos de la doctrina del derecho natural y del positivismo jurídico*;[1092] el profesor vienés continuó trabajando sobre el tema, al punto de concluir un manuscrito sobre el derecho natural de los griegos de 234 páginas.[1093] También compuso un manuscrito sobre la idea de justicia en la religión y poesía griega de 188 páginas, fechado entre septiembre y octubre de 1929.[1094] En ambos casos, el líder de la Escuela Jurídica de Viena no publicó los resultados de sus investigaciones.

Después de abandonar Viena, el profesor austriaco inaugura sus cursos en la Universidad de Colonia con una conferencia titulada *La justicia platónica* (dictada el 20 de noviembre de 1930).[1095] En 1933 publica un artículo con el mismo título, aunque no se sabe si se trata del manuscrito de su conferencia o de un texto nuevo; ese mismo año publica la primera parte de su ensayo *Amor platónico,* el cual gira en torno a la relación entre la personalidad de Pla-

[1090] *Ibidem,* p. 50.

[1091] Jabloner, Clemens y Zeleny, Klaus, "Kelsen y los filósofos griegos: una introducción", trad. de Augusto Fernando Carrillo Salgado, en Kelsen, Hans, *Amor…, cit.,* p. 12.

[1092] *Ibidem,* p. 13.

[1093] *Idem.*

[1094] *Ibidem,* p. 15.

[1095] *Ibidem,* p. 16.

tón y su proyecto filosófico.[1096] Luego de asentar su residencia en los Estados Unidos de América, el jurista austriaco desarrolló una investigación titulada *Platón o la ilusión de la justicia. Un examen crítico de la filosofía social de Platón* (publicado de manera póstuma por el Instituto Hans Kelsen; el manuscrito original se encuentra fechado en 1950 y ha sido traducido sólo al portugués).[1097] En 1953, el profesor vienés publica la primera versión de su ensayo *¿Qué es justicia?*, donde retoma algunas categorías de análisis de Platón con el objeto de poner sobre la mesa de discusiones la imposibilidad de construir un concepto universal sobre la justicia.[1098] Cuatro años más tarde, publica un texto con el título de *Platón y la doctrina del derecho natural.*[1099]

La obra de Kelsen en torno al pensamiento de Aristóteles, en comparación con lo que escribió sobre Platón, es ligeramente menos extensa. En ese sentido, para el semestre de verano de 1933, el jurista austriaco había planeado una conferencia titulada *La filosofía social de Aristóteles* que ya no pudo dictar debido a su deposición como profesor de la cátedra de derecho internacional de la Universidad de Colonia.[1100] Al parecer, durante esa misma época, el líder de la Escuela Jurídica de Viena había concluido un manuscrito escrito a máquina de escribir que comprendía una extensión aproximada de 410 páginas, cuyo título era *La filosofía social de Aristóteles,* y que se encontraba dividido en cuatro capítulos: "Metafísica", "Ética", "Filosofía del derecho (justicia)" y "Política"; el libro no vio la luz como unidad, sino como artículos en diferentes revistas.[1101] Quizá el artículo kelseniano más conocido sobre el pensamiento aristotélico es el publicado en 1933 con el título de *La política heleno-macedónica y la "política" de Aristóteles* (el cual se compone de una especie de breviario de los capítulos 1, 2 y 4 de su manuscrito de 410 páginas),[1102] que fue traducido por Luis Legaz y Lacambra. En 1947, Kelsen publicó su

[1096] *Ibidem,* p. 17.

[1097] *Ibidem,* p. 18. Sobre la extensión y contenido del manuscrito, Clemens Jabloner y Klaus Zeleny explican: "Hacia 1950 había sido elaborado un manuscrito de aproximadamente 600 páginas mecanografiadas con más de 1300 notas a pie de página, el cual contiene cuatro partes: *El dualismo platónico, Amor platónico* (esta es una versión amplificada del texto publicado en 1933), *La verdad platónica* (dividido en *Ciencia y Verdad*) y *La justicia platónica* (esta parte no tiene que ver con el texto publicado en 1933), que se encuentra dividida en: *La justicia de la retribución, La realización de la justicia: la doctrina del alma de Platón, El conocimiento de la justicia: la doctrina de las ideas de Platón* y *La esencia de la justicia: el misticismo de Platón".*

[1098] *Ibidem,* p. 20.

[1099] *Ibidem,* p. 19.

[1100] *Ibidem,* p. 21.

[1101] *Idem.*

[1102] *Ibidem,* p. 22.

ensayo *Las metamorfosis de la idea de la justicia,* y, diez años más tarde, vio la luz su artículo *La doctrina sobre la justicia de Aristóteles.*[1103]

III. La crítica de Hans Kelsen a la filosofía de Platón

1. *Consideraciones preliminares*

Durante casi tres décadas, Kelsen centró su atención en la obra de Platón; el trabajo que desarrolló al respecto fue bastante extenso, razón por la cual es sorprendente que los especialistas en el pensamiento del líder de la Escuela Jurídica de Viena hayan prestado tan poca atención a este aspecto de la obra kelseniana. Resulta bastante curioso observar que un gran número de estos trabajos no fueron publicados por el jurista vienés mientras estaba con vida, a pesar de que en algunas ocasiones ya contaba inclusive con pruebas editoriales. En lengua castellana, estas obras han ido apareciendo paulatinamente de manera póstuma gracias al Instituto Hans Kelsen.

Las investigaciones que desarrolló en torno al pensamiento y obra de Platón pueden ser divididas en tres áreas: *a)* una reflexión sobre la relación entre la personalidad del filósofo griego y su obra, *b)* una crítica a la "teoría" platónica sobre el conocimiento y la idea de justicia, y *c)* una crítica a la teoría platónica sobre el Estado. Ese será el orden expositivo de los siguientes apartados, pero antes de entrar en materia primero es necesario presentar de manera sintética los aspectos centrales de la vida y obra de Platón para que el lector pueda estar en condiciones de comprender y valorar las aportaciones de Kelsen.

Esbozo sobre la vida de Platón

Aristocles nació y vivió aproximadamente entre los años 428-427 a.C. y 348-347 a.C;[1104] alcanzó la edad de 81 años. Este autor pasó a la historia con el seudónimo de Platón, el cual significa "el de los hombros anchos", porque se dice que era un hombre atlético o robusto.[1105] La familia de Pla-

[1103] *Idem.*

[1104] Lledó Íñigo, Emilio, "Introducción general", en Platón, *Diálogos (Apología de Sócrates; Critón; Eutifrón; Ion; Lisis; Cármides; Hipias menor; Hipias mayor; Laques; Protágoras),* trad. de Julio Calonge Ruíz, Emilio Lledó Íñigo y Carlos García Gual, Madrid, Gredos (col. Biblioteca Clásica), 2015, t. I, pp. 120 y 127.

[1105] *Ibidem,* p. 121.

tón era parte de lo más desgranado de la oligarquía ateniense. Este hecho podría explicar la inclinación natural del filósofo por la política y quizá también su desprecio hacia la democracia. Platón recibió una educación propia de su condición social, la cual se basaba en el conocimiento de la filosofía, la ética y la política, porque se esperaba que estas herramientas le permitieran integrarse en la vida política de la Hélade. Sin embargo, él no logró reunir las cualidades suficientes para ser un político; por ejemplo, su voz no tenía la potencia de un buen orador. Quizá por ello se evocó más bien a la filosofía. Platón entró en contacto con la doctrina de Heráclito y Parménides, lo que fue decisivo para la formación de su pensamiento. En ese sentido, una de las principales contribuciones de Platón a la filosofía de occidente sería el haber armonizado las tesis de ambos pensadores. El filósofo también conoció las doctrinas místicas de los pitagóricos, de quienes adoptó un estilo literario misterioso y la idea de formar una especie de comunidad espiritual o secta con sus alumnos, pero quien dejaría la impronta más profunda en su pensamiento sería su maestro Sócrates.

Tras la muerte de Sócrates, Platón emprendió un viaje por Grecia; se dirigió hacia Mégara y, tras su regreso, comenzó su actividad literaria (aproximadamente el filósofo contaba con 28 años).[1106] El pensador griego continuaría viajando por el mundo conocido durante varios años más; estas travesías lo enriquecerían intelectualmente y le ayudarían a desarrollar su pensamiento. Entre los viajes más importantes que realizó se encuentran sus travesías hacia Siracusa, Italia, porque en esta ciudad trataría de llevar a la práctica sus ideas filosóficas y sistema político. La primera vez que Platón viajó hacia esta región contaba con aproximadamente 40 años.[1107] El filósofo griego creyó que Siracusa sería el lugar más adecuado para implantar su modelo político porque ahí se había impuesto una autocracia:

> Cuando los siracusanos expulsan a los cartagineses, que habían ocupado y destruido Agrigento en el 406 y amenazaban Siracusa, tienen por general a un joven oficial, Dionisio, a quien, en el año 405, convertirían en tirano de la ciudad. Hasta su muerte, en 367, dominó en Siracusa, en cuya corte ejerce también gran influencia Dión, hermano de Aristómaca, segunda mujer de Dionisio.[1108]

Platón trabó amistad con Dión,[1109] y trató de persuadir a Dionisio de implantar su modelo político en Siracusa, pero éste lo hizo prisionero y lo

[1106] *Ibidem,* p. 123.
[1107] *Ibidem,* p. 124.
[1108] *Ibidem,* p. 125.
[1109] *Idem.*

redujo a la condición de esclavitud.[1110] Por fortuna, el filósofo griego logró recobrar su libertad y regresó a Grecia, donde compró unos terrenos en un lugar llamado Academos y fundó una especie de instituto de enseñanza superior (La Academia). La formación intelectual con el filósofo griego duraba varias décadas. Algunas personas consideran que el filósofo griego articuló a su alrededor una especie de secta mística (al estilo de los pitagóricos). En la Academia platónica la enseñanza se basaba en el contacto directo entre el maestro y el alumno; la dirección la ostentaba Platón y, debajo de él, había una jerarquía de profesores y pupilos.

Al parecer, Platón empleaba su obra escrita como un texto introductorio para revelar una verdad superior a sus alumnos través del diálogo y la discusión. El filósofo griego era muy escéptico respecto de la capacidad de la obra escrita para revelar ciertas verdades, pues creía que la comunicación íntima entre el profesor y su pupilo podía conducir a la contemplación de ciertos principios.[1111] "Cuál era la función que tenía la obra escrita dentro de este esquema ha sido objeto de un amplio debate. Lo más probable es que constituyera solo un peldaño que tenía la función de hacer recordar, fijar y facilitar el aprendizaje de los alumnos".[1112] Finalmente, la actividad académica desarrollada al interior de la Academia no era desinteresada, ya que entre sus principales objetivos se encontraba el de incidir en la política de los Estados griegos (*polis*), como lo demuestran las numerosas conexiones que tuvo la comunidad platónica con los gobernantes de la Hélade.[1113]

A pesar del fracaso de su primer viaje a Siracusa, Platón no se dio por vencido y retornó a este lugar en dos ocasiones más para tratar de instaurar su modelo político: "en el año 367 vuelve a Siracusa, llamado no por Dión, sino por Dionisio I… Pero, después de la llegada de Platón, Dionisio II, sucesor de su padre, destierra a Dión, y a continuación marcha Platón también".[1114] Por último, "El tercer viaje a Siracusa tiene lugar en el 361, pero tampoco… fue por invitación de Dión, sino del mismo Dionisio II".[1115] El filósofo griego jamás pudo ver realizado su sueño de llevar a la práctica su modelo filosófico.

[1110] *Idem.*

[1111] Lisi, Francisco, "Introducción", en Platón, *Apología de Sócrates; Critón; Eutifrón; Lisis; Cármides; Laques* y *Protágoras,* trad. de Julio Calonge, Emilio Lledó y Carlos García Gual, Madrid, RBA-Gredos, 2022, t. I, p. 13.

[1112] *Ibidem,* p. 11.

[1113] *Idem.*

[1114] Lledó Íñigo, Emilio, *op. cit.,* p. 126.

[1115] *Idem.*

2. *Esbozo sobre el pensamiento de Platón*

El trabajo de Platón ha sido el objeto de acalorados debates, cuyo objeto es dilucidar el sentido o significado de sus ideas. En torno al pensamiento platónico, se pueden identificar por lo menos dos posturas esenciales; por una parte, algunas personas lo consideran como uno de los primeros teóricos de la democracia; probablemente ésta haya sido la opinión dominante desde la irrupción de su pensamiento, pasando por la Edad Media hasta llegar a nuestros días. Por otra parte, algunos eruditos de la materia estiman que Platón es un brillante embaucador de hombres, el primer teórico del totalitarismo; esta perspectiva es reciente, pues encuentra su origen a principios del siglo XX.[1116]

Hasta donde se sabe, ningún texto de este autor se perdió; con toda seguridad se le han atribuido 27 diálogos divididos en tres bloques. El primer grupo, los diálogos de juventud, estaría constituido por lo que Platón escribió bajo la influencia de Sócrates (*Apología de Sócrates, Cármides, Critón, Eutidemo, Eutifrón, Gorgias, Hipias Mayor, Ion, Laques, Lisis, Hipias Menor, Menéxeno, Melión* y *Protágoras*). Existe un segundo grupo de diálogos que corresponde al periodo de madurez (*Crátilo, Parménides, Fedón, Fedro, El banquete, República* y *Teeteto);* el tercer grupo fue escrito hacia el final de su existencia, posterior al segundo viaje a Siracusa (*Sofista, Político, Filebo, Timeo, Críticas* y *Leyes*). Otros diálogos, en total ocho, han sido considerados apócrifos (*Alcibíades, Alcibíades II, Hiparco, Amantes, Téages, Clitofonte, Minos* y *Epínomis*).[1117] Se le han atribuido 13 cartas, de las cuales ocho están fuera de duda por lo que respecta a su autenticidad; también se conservan tres fragmentos de lo que pudieron haber sido sus tragedias.[1118]

Debido a la complejidad y extensión del pensamiento del filósofo griego, ha existido un debate sobre la forma en que deben organizarse y estudiarse sus diálogos. Los métodos para organizar el material bibliográfico pueden dividirse en externos e internos. Entre los primeros se encuentran, por ejemplo, *a)* la referencia en los diálogos a personas o sucesos históricos cuya fecha se conoce, *b)* referencias de un diálogo a otro, y *c)* dependencia de otras obras de la época.[1119] Entre los criterios internos se hayan: *a)* el contenido real de los diálogos, *b)* su estructura artística, y *c)* el lenguaje empleado.[1120]

[1116] Lisi, Francisco, *op. cit.*, pp. 5 y 6.
[1117] *Ibidem*, p. 15.
[1118] *Ibidem,* p. 14.
[1119] *Ibidem,* pp. 47 y 48.
[1120] *Ibidem,* p. 49.

A. *Teoría del conocimiento (doctrina sobre las ideas)*

La teoría del conocimiento de Platón, conocida tradicionalmente como doctrina de las ideas, reposa sobra la base de un dualismo ontológico, el cual consiste en armonizar las tesis principales de Heráclito y Parménides. De acuerdo con el filósofo griego, la realidad está compuesta por dos niveles de análisis: por un lado, se encuentra el mundo sensible, en el que todo cambia (Heráclito); por el otro, se haya el mundo inteligible, en el que nada sufre modificaciones (Parménides). El ser humano percibe la realidad sensible a través de sus sentidos; el mundo inteligible, compuesto por ideas, sólo puede ser conocido a través de la razón; éste sería el principal objeto de estudio del filósofo griego, ya que, para él, todo cuanto percibimos por medio de los sentidos es un reflejo o copia defectuosa de una idea.

No se puede confiar en nada de lo que se capta a través de los órganos corporales, pues dicho conocimiento se encuentra contaminado por la ruindad del cuerpo, el cual "Nos colma de amores y deseos, de miedos y de fantasmas de todo tipo, y de una enorme trivialidad, de modo que ¡cuán verdadero es el dicho de que en realidad con él no nos es posible meditar nunca nada! Porque, en efecto, guerras, revueltas y batallas ningún otro las origina sino el cuerpo y los deseos de este". Por este motivo, "en realidad, tenemos demostrado que, si alguna vez vamos a saber algo limpiamente, hay que separarse de él y hay que observar los objetos reales en sí con el alma por sí misma".[1121] Platón plantea evadir toda contaminación corporal a fin de alcanzar el conocimiento en su esencia más pura: "Y mientras vivimos, como ahora, según parece, estaremos más cerca del saber en la medida en que no tratemos ni nos asociemos con el cuerpo, a no ser en la estricta necesidad, y no nos contaminemos de la naturaleza suya, sino que nos purifiquemos de él, hasta que la divinidad misma nos libere".[1122] La exposición de la teoría del conocimiento de Platón se encuentra diseminada a lo largo de toda su obra, y está representada a través de innumerables alegorías.

> Pocos son los pasajes en los que se hace referencia directa a la doctrina de las ideas y no existe ninguna exposición coherente sobre la naturaleza de estos principios de todas las cosas. Mitos, alegorías, alusiones en medio de excursos, referencias al pasar, eso es todo lo que encontramos de la auténtica doctrina platónica en sus escritos.[1123]

[1121] Platón, "Fedón", trad. de Carlos García Gual, en Platón, *El banquete; Fedón; Fedro,* trad. de Marcos Martínez, Carlos García Gual y Emilio Lledó, Madrid, RBA-Gredos, 2022, pp. 114 y 115.

[1122] *Ibidem,* p. 115.

[1123] *Idem.*

Como se decía, las ideas yacen en un mundo inteligible, que no es un contenido mental subjetivo, como lo concebimos hoy en día (al ser herederos del pensamiento de la modernidad, las ideas se alojan en nuestra cabeza), sino que se trata de una realidad ideal, externa al ser humano, que existe en otro plano, del mismo modo en que existe la realidad en la que ahora vivimos; este mundo inteligible, este mundo de las ideas sería el punto de partida, y el punto de llegada, de la propia existencia del ser humano.[1124] Al tratarse de un mundo ignoto, el ser humano a lo mucho podría tener atisbos, reminiscencias o vagos recuerdos,[1125] cuya descripción más cercana podría ser la alegoría o el mito, un recurso que Platón emplea con frecuencia a lo largo de toda su obra.[1126]

Entonces, para el filósofo griego, saber es recordar o vislumbrar los contornos de esas ideas a las que el ser humano estuvo expuesto antes de nacer y a las que llegará al morir. Cuando el ser humano contempla un objeto y, a partir de éste, intuye otro, se trata de una reminiscencia. Para Platón, antes de que el hombre comenzara a ver, oír y percibir todo cuanto le rodea, ya lo había captado de un lugar, pero al nacer, éste pierde dicho conocimiento[1127] que puede recuperar gracias al estudio y la reflexión: "quienes decimos que aprenden no hacen nada más que acordarse, y el aprender sería una reminiscencia".[1128] En síntesis, para el filósofo griego, saber es recordar.

B. *Teoría política*

La teoría política de Platón se encuentra ligada a su teoría del conocimiento, así como a su doctrina del alma. Como se ha visto, el filósofo griego explica que el verdadero conocimiento no puede ser extraído de la experiencia sensible, sino del mundo de las ideas. La constitución física y espiritual del hombre sigue la misma lógica. En esencia, el ser humano se encuentra integrado por dos elementos: el cuerpo y el alma; el primero de dichos elementos posee características del mundo sensible, mientras que el segundo, del mundo inteligible. El cuerpo es perecedero, se corrompe con el paso del tiempo, aunque se ponga empeño en preservarlo, pero el alma es inmortal y, en consecuencia, incorruptible.

[1124] Platón, "Apología de Sócrates", en Platón, *Apología de Sócrates…, cit.,* p. 60.

[1125] Platón, "Fedón…", *cit.*, pp. 120-122, 132, 133, 135, 137-139, 141, 148, 166, 177 y 178, *passim*.

[1126] *Ibidem*, pp. 106, 107 y 110-112.

[1127] *Ibidem,* pp. 125, 128 y 129.

[1128] *Ibidem,* p. 130.

El alma platónica se encuentra compuesta por tres elementos: el alma racional, el alma concupiscible y el alma irascible. La primera representa a la razón humana; la segunda, a las pasiones más bajas, mientras que la tercera, a las pasiones nobles, como la amistad. Los dos últimos elementos del alma platónica son los más groseros, pues las emociones por más nobles que sean, conducen, o podrían conducir, a tomar decisiones irracionales. En consecuencia, el elemento más importante de la triada anterior es el alma racional. Para explicar el funcionamiento de estos tres elementos, Platón ofrece una metáfora; el alma es como la cuadriga que debe llevar las riendas tensas para guiar dos corceles, uno bravío y otro más dócil; el cuadriga representa al alma racional; el primer caballo, a la concupiscible, y el tercero, a la irascible.

Una vez que ha sido explicada la teoría del alma de Platón ya se está en condiciones de comprender la relación de ésta con su teoría política. El espíritu más noble será aquel en el que el alma racional domine a las otras; sin embargo, existen espíritus que, debido a su falta de templanza, sean dominados por el alma concupiscible o irascible. El filósofo griego asoció a cada una de estas almas un metal. A la concupiscible, el bronce; a la irascible, la plata, y a la inteligible, el oro. Estas almas dan lugar a tres tipos de personalidades. Las personas que poseen un alma de bronce corresponden a las personas que dan preferencia a los placeres y actividades físicas; aquellos que tienen un alma de plata buscan la superación personal a través de la lucha, el combate y el esfuerzo. Finalmente, los humanos con alma de oro se deleitan con las actividades propias de la razón o inteligencia, como la poesía, el estudio o la filosofía.[1129]

En la sociedad, estas almas están reflejadas en la clase trabajadora, en los miembros del ejército y en los gobernantes. En la teoría política de Platón, la sociedad se encuentra organizada verticalmente; en la cúspide se encuentran los filósofos-gobernantes, en un peldaño inferior se sitúan los guerreros, y en la base se encuentran el resto de las personas, que en términos generales serían los profesionistas y comerciantes. En principio, la sociedad platónica es elitista, pero él añade un elemento meritocrático, porque reconoce la posibilidad de que un alma de bronce pueda dar a luz un alma de plata o, inclusive, de oro. Podría suceder lo mismo en sentido inverso, que un alma de oro de a luz otra de plata o, en el peor de los casos, de bronce. En ambos casos, explica el pensador griego, cada una de dichas personalidades debe ser trasladada a su sitio.

A través de las páginas de su obra, principalmente en la *República,* Platón presta atención a las almas de oro y plata o, lo que es lo mismo, a los filó-

[1129] Platón, "República", trad. de Conrado Eggers Lan, en Platón, *Diálogos,* trad. de Conrado Eggers Lan, Madrid, Gredos (Biblioteca Clásica), 2015, t. IV.

sofos y a la milicia. Los filósofos son quienes deben realizar las funciones de gobierno de acuerdo con el modelo social propuesto por este pensador. Los militares, o guardianes, por su parte, son los encargados de salvaguardar la paz interna y externa del Estado. Puesto que entre los principales fines del Estado (*polis*) se encuentra la prosperidad de todas las personas que en él habitan, cada persona debe ocupar su sitio en la sociedad.[1130] Lo anterior justifica el papel preponderante de los guardianes en la sociedad platónica. Sin embargo, éstos, al poseer la fuerza de las armas, constituyen un peligro latente para la clase dirigente, así como para el pueblo llano. Se requiere, por lo tanto, un control férreo sobre ellos.

La respuesta que Platón ofrece a esta cuestión podría calificarse de distópica. De acuerdo con el filósofo griego, los futuros guardianes deben ser seleccionados desde que son unos críos y deben ser apartados de sus madres a fin de que puedan cumplir con su función en el porvenir. Los guardianes deben ser controlados ideológicamente a través de la educación, motivo por el cual es necesario censurar obras literarias que pudieran sembrar en su cabeza algún anhelo de rebeldía o debilidad moral. También es menester controlar la música que los guardianes escuchan, pues ésta debe atizar su espíritu combativo y el valor.[1131] Finalmente, Platón quiere fomentar el amor entre los guardianes, más allá de la simple camaradería, para asegurar que en el campo de batalla éstos pudieran sacrificar sus vidas por el ser amado.[1132]

C. *El Eros platónico*

Entre las numerosas aportaciones a la cultura de occidente que Platón realizó se encuentra la fundación de la Academia, uno de los antecedentes de

---

[1130] Platón, "República…", *cit.*, pp. 90 y ss.

[1131] *Ibidem,* pp. 131 y ss.

[1132] Platón, "Banquete", trad. de Marcos Martínez, en Platón, *El banquete…, cit.,* p. 37. "Es más, afirmo que un hombre que está enamorado, si fuera descubierto haciendo algo feo o soportándolo de otro sin defenderse por cobardía, visto por su padre, sus compañeros o por cualquier otro, no se dolería tanto como si fuera visto por su amado. Y esto mismo observamos también en el amado, a saber, que siente extraordinaria vergüenza ante sus amantes cuando se le ve en una acción fea… Y si hombres como esos combatieran uno al lado del otro, vencerían, aun siendo pocos, por así decirlo, a todo el mundo. Un hombre enamorado, en efecto, soportaría sin duda menos ser visto por su amado abandonando la formación o arrojando lejos las armas, que si lo fuera por todos los demás, y antes de eso preferiría mil veces morir. Y dejar atrás al amado o no ayudarle cuando esté en peligro… ninguno hay tan cobarde que el propio Eros no le inspire para el valor, de modo que sea igual al más valiente por naturaleza. Y es absolutamente cierto que lo que Homero dijo, que un dios "inspira" valor" en algunos héroes, lo proporciona Eros a los enamorados como algo nacido de sí mismo".

la universidad occidental; sin embargo, la Academia platónica no corresponde exactamente a lo que hoy llamamos universidad. Platón fundó una comunidad de varones[1133] basada en el amor al conocimiento y en el amor entre sus miembros. La Academia platónica, debido a los vínculos que ligaban a los profesores con sus alumnos, y entre sus camaradas, así como a la misteriosa manera en que el conocimiento era transmitido a través de los diálogos y de manera oral, era una especie de comunidad mística o secta.

Si se sigue el mismo razonamiento que el que guía la obra de Platón en general, podría decirse que la Academia era mucho más importante en términos espirituales que en términos materiales. Hacia el profesor debía existir una devoción absoluta, de ahí que el filósofo griego llegara a afirmar: "si bien, en realidad, los dioses valoran muchísimo esta virtud en el amor, sin embargo, la admiran, elogian y recompensan más cuando el amado ama al amante, que cuando el amante al amado, pues un amante es cosa más divina que un amado, ya que está poseído por un dios".[1134] El Eros platónico va mucho más allá de la simple vinculación física que en cierto modo desprecia: "Este es el amor con el que aman los hombres ordinarios… aman en ellos más a sus cuerpos que sus almas y, finalmente, aman a los menos inteligentes posible, con vistas solo a conseguir su propósito, despreocupándose de si la manera de hacerlo es bella o no".[1135] En otro pasaje de su obra, Platón reitera esta idea: "Y es pérfido aquel amante vulgar que se enamora más del cuerpo que del alma, pues ni siquiera es estable, al no estar enamorado tampoco de una cosa estable, ya que tan pronto como se marchita la flor del

[1133] El amor que Platón alaba en *El banquete* es el masculino: "El otro [Eros], en cambio, procede de Urania, que, en primer lugar, no participa de hembra, sino únicamente de varón —y es este el amor de los mancebos—, y, en segundo lugar, es más vieja y está libre de violencia. De aquí que los inspirados por este amor se dirijan precisamente a lo masculino, al amar lo que es más fuerte por naturaleza y posee más inteligencia". *Ibidem,* p. 40. Más adelante, en esa misma obra, el filósofo griego explica que la admiración de la belleza externa de los mancebos es el primer paso para poder admirar la verdadera belleza, la espiritual: "quien quiera ir por el recto camino a ese fin comience desde joven a dirigirse hacia los cuerpos bellos. Y, si su guía lo dirige rectamente, enamorarse en primer lugar de un solo cuerpo y engendrar en él bellos razonamientos; luego, debe comprender que la belleza que hay en cualquier cuerpo es afín a la que hay en otro y que, si es preciso perseguir la belleza de la forma, es una necedad no considerar una y la misma la belleza que hay en todos los cuerpos… debe hacerse amante de todos los cuerpos bellos y calmar ese fuerte arrebato por uno solo, despreciándolo y considerándolo insignificante. A continuación, debe considerar más valiosa la belleza de las almas que la del cuerpo, de suerte que, si alguien es virtuoso de alma, aunque tenga un escaso esplendor, séale suficiente para amarle, cuidarle, engendrar y buscar razonamientos tales que hagan mejores a los jóvenes". *Ibidem,* p. 80.

[1134] *Ibidem,* p. 39.

[1135] *Ibidem,* p. 40.

cuerpo del que estaba enamorado, «desaparece volando», tras violar muchas palabras y promesas".[1136]

El vínculo espiritual que nace entre el amante y el amado, entre el profesor y su alumno, repercute favorablemente a ambas partes: "cuando se juntan amante y amado, cada uno con su principio, el uno sirviendo en cualquier servicio que sea justo hacer al amado que le ha complacido, el otro colaborando, igualmente, en todo lo que sea justo colaborar con quien lo hace sabio y bueno".[1137] Para mantener esta liga entre el maestro y el alumno es necesario templar[1138] el espíritu, pues no es fácil desembarazarse de las distracciones del cuerpo humano; Platón encontró un ejemplo de esta especie de castidad en su maestro Sócrates, de quien cuenta que era capaz de sobreponerse incólume de cualquier tentación física.[1139]

3. *Análisis crítico de Hans Kelsen a la filosofía de Platón*

Hans Kelsen fue un lector crítico de la obra de Platón, pues no consideró a este filósofo griego uno de los pioneros de la democracia; por el contrario, para él se trata de uno de los primeros teóricos del totalitarismo. La crítica que el erudito vienés realizó a la obra de Platón no es superficial; en realidad, cuando se analizan los trabajos que escribió respecto de Platón, lo primero que salta a la vista es el profundo conocimiento sobre la materia que el profesor vienés poseía; podría inclusive llegarse a decir que él era realmente un especialista en el pensamiento platónico del mismo modo que era un especialista del derecho internacional.

Para empezar, no cabe la menor duda de que el líder de la Escuela Jurídica de Viena conocía muy bien todos los aspectos biográficos de Platón. Dicho conocimiento reposaba en el estudio meticuloso que Kelsen realizó de la obra de los mejores especialistas en Platón de aquella época; de acuerdo con el aparato crítico que el jurista vienés empleó, se hace patente que leyó el trabajo de Kurt Singer, Zeller, Ritter, Hildebrant, Mehlis, Chapman, Brecht, Pohlenz, Lagerborg, Wilamowitz-Möllendorff, Gomperz, etcétera.[1140] En efecto, el erudito austriaco conocía con lujo de detalle los episodios más

[1136] *Ibidem,* p. 43.

[1137] *Ibidem,* p. 44.

[1138] *Ibidem,* pp. 60-62.

[1139] *Ibidem,* pp. 83-98.

[1140] Kelsen, Hans, *Amor…, cit.,* pp. 29-39. En particular, véase el aparato crítico que el profesor vienés emplea en las notas a pie de página.

importantes de la vida de Platón; esto es, su estirpe de abolengo, su relación espiritual con Sócrates, el pesimismo que le invadió cuando su maestro fue ejecutado, los primeros viajes que realizó a Siracusa y alrededor del mundo conocido, su fracaso al tratar de llevar a la práctica sus ideas, la fundación de la Academia, así como la paulatina conformación de una comunidad de pensamiento en torno a él; finalmente, Kelsen también estaba al tanto de los últimos intentos de Platón por materializar sus ideas políticas y sus nuevos fracasos. En síntesis, el erudito austriaco dominaba la versión canónica sobre la vida del filósofo griego.

A. *Análisis psicoanalítico de la personalidad de Platón*

La originalidad del trabajo de Kelsen en torno a Platón comienza a percibirse en la interpretación y explicación que realizó sobre la relación entre la personalidad del filósofo griego y su legado intelectual. Con base en los datos biográficos de Platón, gracias al psicoanálisis y con la ayuda de la filología, el líder de la Escuela Jurídica de Viena desarrolló una profunda investigación a través de la cual concluyó que, detrás de la pretendida objetividad o amor al conocimiento que el filósofo griego profesaba, se ocultaba, en realidad, un deseo vehemente por obtener cierto poder político sobre los seres humanos, esto es, sobre los habitantes de las *polis* griegas. Para el jurista austriaco, el pensamiento platónico, y, en general, el de la mayoría de los filósofos idealistas, es el resultado de una personalidad megalomaníaca. Al respecto, Kelsen explica:

> La concepción que podemos hacernos de Platón a partir del vestigio documental no nos muestra una naturaleza erudita y fría, contemplativa, que encuentra sus satisfacciones en una conciencia aguda del mundo, no es una naturaleza filosófica cuyo pensamiento y empeño se dirigían a esclarecer y dilucidar tanto la naturaleza, como la sociedad, a hacer inteligible la profusión confusa de lo dado; más bien *nos muestra un alma sacudida por los más poderosos afectos —aliada a su Eros, del que no podía separarse— en la que residía una voluntad incontenible de poder sobre los hombres.*[1141]

Como se puede apreciar de la cita anterior, Kelsen trató de penetrar en lo más recóndito de la mente de Platón con el propósito de comprender las raíces de su pensamiento. La tarea que se propuso el jurista austriaco, además de ingeniosa y novedosa, era complicada, no sólo por la distancia que

[1141] *Ibidem,* p. 29. Énfasis añadido.

separaba la existencia de ambos autores, sino también por el hecho de tener que leer lo que se oculta "entre las líneas" de las páginas de los *Diálogos* platónicos. Kelsen, en una palabra, estaba desarrollando un metadiscurso sobre la obra del filósofo griego. Pero ¿por qué albergaba Platón en su alma un deseo vehemente de poder sobre los seres humanos? De acuerdo con el jurista vienés, este anhelo del filósofo griego encuentra su origen en la autoconsciencia de ser diferente, así como en el rechazo que la sociedad realizaba a esta característica de su personalidad.

Para empezar, Platón se sabía diferente debido a su extraordinaria capacidad intelectual que lo condujo a pensar que personas como él debían ejercer el poder. Además, Platón, al mismo tiempo, profesaba un amor hacia los varones, pero era un amor no corpóreo, más bien él exigía una lealtad y entrega absoluta entre los miembros de su comunidad. La incomprensión social hacia su Eros era inadmisible a los ojos de una personalidad megalomaníaca como la de Platón; es por ello por lo que, de acuerdo con Kelsen, "los sentimientos de culpabilidad e inferioridad son compensados, mejor aún, sobrecompensados, por una autoconciencia potenciada por la ambición social".[1142] Más adelante, el líder de la Escuela Jurídica de Viena añade: "Éstos, tan luego como superan sus sentimientos de inferioridad y adoptan una actitud positiva hacia la sociedad, pueden hacer esto sólo en la medida en que se perciban a sí mismos mejores que los demás, o más valiosos que la masa".[1143] Esta sería la base de la hipótesis kelseniana sobre la relación entre el pensamiento y obra de Platón; un deseo de poder que nace de un sentimiento de inferioridad convertido en megalomanía.

Las ideas anteriores son expuestas por el líder de la Escuela Jurídica de Viena en un ensayo que publicó en 1933 y que lleva por título *Amor platónico*, en el que continuó desarrollando sus ideas de la manera siguiente: "es la peculiaridad de este Eros la que explica la relación personal de Platón con la sociedad en general y con la sociedad ateniense-democrática en particular. Ella expone su huida de este mundo y al mismo tiempo su anhelo por dominarlo de manera constructiva".[1144] Es decir, de acuerdo con lo expuesto, "La conciencia de «ser diferente» induce un doloroso aislamiento, con ello surge cierta oposición hostil a la sociedad que al no comprender plenamente estas formas peculiares de Eros no sólo las desprecia, sino que a menudo somete su expresión a un castigo jurídico".[1145]

[1142] Kelsen, Hans, *Amor…, cit.,* p. 33.

[1143] *Ibidem,* p. 35.

[1144] *Ibidem,* p. 30.

[1145] *Ibidem,* p. 33.

Con base en los razonamientos anteriores, el erudito austriaco explica que los factores sociales y personales condujeron al filósofo griego a desarrollar una firme convicción: transformar al mundo a su semejanza; la gente como él, inteligente, conocedora de la verdad última, diferente a los demás, debía de gobernar. La principal herramienta que Platón eligió para lograr su objetivo fue la educación, es decir, el control y difusión del conocimiento. Para el filósofo griego, existe una relación entre el poder político y el saber. Al respecto, la explicación que ofrece Kelsen es sumamente esclarecedora: "El deseo pedagógico es a menudo una voluntad de poder camuflada a partir del objeto original… El amor a la juventud y educación siguen siendo la preocupación de aquellas existencias que de esta forma disfrazan su propia situación de una manera ideológica".[1146]

La hipótesis de Kelsen no sólo resulta válida para el caso de Platón, sino que, en realidad, ésta constituye una explicación plausible a casos similares. Tal y como se ha explicado al inicio de este capítulo, el jurista vienés comparte el punto de vista de Max Weber de que la transmisión del conocimiento está ligada en ocasiones al control ideológico sobre los alumnos y la población, pero el erudito austriaco iría más lejos al tratar de encontrar una explicación a este fenómeno. Para Kelsen, el sustrato de aquellas personalidades que veladamente pretenden transmitir un mensaje ideológico bajo los falsos ropajes de una pretendida objetividad científica, podría ser la mezcla de un complejo de inferioridad-superioridad con un vehemente deseo de control ideológico.

Es evidente que los argumentos del erudito austriaco fueron revolucionarios para la sociedad austriaca de la primera mitad del siglo XX, porque esta lectura sobre la relación entre la personalidad y obra de Platón era un tema sobre el que pesaba un absoluto silencio. Más aún, visto en retrospectiva, Kelsen fue uno de los pioneros en identificar los componentes antidemocráticos de la obra de Platón, anticipándose, con ello, a la monografía de Karl Popper que lleva por título *La sociedad abierta y sus enemigos.* El jurista vienés, consciente de que su punto de vista podría resultar escandaloso, explica su convicción intelectual en torno a este asunto en los siguientes términos:

> Una mirada inclusive al temprano periodo de desarrollo de las personalidades más prominentes puede enseñarnos mucho sobre qué tan circunspectos deberíamos de ser en nuestra condena ética de las desviaciones eróticas, qué tan poco deberíamos identificar la norma sexual con la norma moral. Sin embargo, hoy debería ser una proposición autoevidente de que no se viola en el más mínimo grado la veneración debida a un gran hombre en el dominio del

[1146] *Ibidem,* p. 34.

> espíritu al tratar de alcanzar una comprensión de su Eros ya que, sin esto, el entendimiento de su personalidad y su trabajo serían imposibles.[1147]

A decir verdad, los rasgos característicos del Eros platónico no han sido del todo un secreto a lo largo de la historia de la filosofía; el reto para Kelsen consistía más bien en explicar de manera satisfactoria el origen de este Eros y probar la existencia de un rechazo social hacia éste por parte de los atenienses. Lo anterior, por supuesto, sin dejar de recordar la dificultad de la empresa, debido a que la opinión académica en general en torno al Eros platónico ha sido la de que se trataba de una práctica aceptada por la sociedad griega. Así pues, gracias al examen filológico de los *Diálogos*, Kelsen explica que el Eros platónico encuentra su origen en el deseo incestuoso hacia la madre,[1148] no vencido, por parte del filósofo griego, quien veía en toda mujer a su progenitora.[1149] En contraste, en las páginas de los diálogos platónicos se puede apreciar una alabanza hacia los varones de la familia de Platón,[1150] así como un esfuerzo significativo por preservar el recuerdo de ellos. Las mujeres interpretan un papel casi insignificante en la obra del filósofo griego. El desprecio hacia ellas por parte de Platón es manifiesto, pues identifica el principio del bien con lo masculino, y en lo femenino, el del mal; del mismo modo, la razón es varón, mientras que el placer, mujer. Aunque las mujeres también son tomadas en consideración por el pensador griego, por ejemplo, en la *República,* esto es así en la medida en que son masculinizadas.[1151] El desprecio platónico hacia ellas también se hace patente en el mito de la transmutación de las almas, expuesto en el *Timeo,* de acuerdo con el cual si un ser humano durante esta vida material no sigue una existencia virtuosa, reencarnará en un ser inferior; en el caso del varón, este ser inferior sería una mujer, y ésta, en un animal similar al que hubiera guiado su existencia humana.[1152]

Posteriormente, el líder de la Escuela Jurídica de Viena realiza un examen filológico de las obras literarias de los escritores contemporáneos a Platón para determinar si su Eros era aceptado o rechazado socialmente. La tesis central de Kelsen al respecto es la siguiente:

[1147] *Ibidem,* p. 32.

[1148] De acuerdo con la teoría sobre el desarrollo psicosexual de Sigmund Freud, se puede observar que durante los primeros años de existencia del ser humano, existe una especie de atracción erótica del hijo hacia la madre, y de la hija hacia el padre. Para poder insertarse en la sociedad, el humano debe vencer esta atracción y canalizar sus pulsiones hacia otras personas ajenas al seno familiar.

[1149] Kelsen, Hans, *Amor…, cit.,* p. 34.

[1150] *Idem.*

[1151] *Ibidem,* pp. 39-48.

[1152] *Ibidem,* pp. 42-44.

> Platón estuvo constreñido a sublimar su Eros principalmente porque estaba en conflicto con las reglas morales y jurídicas de la sociedad ateniense de su época. La creencia generalizada de que la pederastia era una práctica bastante extendida en el mundo de la antigüedad y, por lo tanto, que no era repudiada moralmente como sí acontecía en la cultura cristiana es completamente incorrecta.[1153]

Por ejemplo, Licurgo había promulgado una ley contra este tipo de prácticas; es más, sólo la elite dórica acostumbraba a practicar este Eros. Jenofonte, en su obra, también describe el rechazo social hacia este Eros.[1154]

La cultura helénica, por medio de su religión y manifestaciones artísticas, expresaba un rechazo abierto hacia el Eros platónico; Zeus, por ejemplo, se caracterizaba por su atracción desenfrenada hacia las mujeres, y Afrodita incorporaba el amor hacia el hombre. Por si lo anterior fuera poco, el matrimonio entre Zeus y Hera se encuentra en el centro de la vida olímpica. Los poemas homéricos también habían seguido la misma línea representada a través del matrimonio entre Héctor y Andrómaca, y el de Odiseo con Penélope.[1155] En ese mismo contexto cultural, es importante recordar que el teatro griego interpretó un papel central en la formación del pueblo heleno y reflejaba los valores del grueso de dicha sociedad. Así, por ejemplo, Eurípides condenó este tipo de Eros; sin dejar de mencionar al comediante Aristófanes, que hizo lo mismo, y quien, por cierto, era un acérrimo detractor de la filosofía platónica.[1156]

En el ámbito jurídico, la legislación ateniense condenaba también el Eros platónico; por ejemplo, la presencia de adultos no autorizados en la noche y durante la madrugada en las escuelas de lucha atenienses debía ser castigada con la pena de muerte; los jóvenes que se prestaban a este tipo de prácticas perdían sus derechos civiles, es decir, ya no podía participar de los cargos públicos, hablar en la asamblea popular ni comparecer ante los tribunales. Los profesores no podían ingresar a las habitaciones de los jóvenes antes del amanecer o después de la puesta del sol; quebrantar esta ley se castigaba con la pena máxima.[1157] El propio Platón, como se ha visto, por ejemplo, en *El banquete,* reconocía que el Eros hacia los jóvenes se encontraba prohibido.[1158] En resumen, la crítica que Kelsen realiza a la relación entre la personalidad de Platón y su doctrina alberga una sólida coherencia lógica interna.

[1153] *Ibidem,* pp. 57 y 58.
[1154] *Ibidem,* pp. 58 y 59.
[1155] *Ibidem,* p. 60.
[1156] *Ibidem,* pp. 61 y 62.
[1157] *Ibidem,* pp. 65 y 66.
[1158] *Ibidem,* pp. 69-71.

B. *La crítica de Hans Kelsen a la teoría de la justicia de Platón*

La teoría política de Platón, y con ella su doctrina sobre la justicia, reposa en su teoría del conocimiento. Para el filósofo griego, la justicia es la obediencia y defensa de su proyecto político. Platón, como un heredero de los místicos pitagóricos, decía haber "visto" la verdad absoluta, el supremo bien; él afirmaba ser el único poseedor de ese conocimiento. Ese bien supremo es la República platónica, un orden jurídico justo que existiría en el mundo metafísico de las ideas; la justicia intrínseca de este ordenamiento jurídico consistiría en organizar de manera armónica y perfecta a la sociedad.[1159]

En consecuencia, justas serían aquellas personas que pusieran todo su empeño en tratar de materializar ese ordenamiento estatal descrito por Platón. Si se considera lo que se ha explicado sobre la teoría del conocimiento, el Eros platónico, el deseo de poder del filósofo griego y el sectarismo de la comunidad que fundó, resulta evidente la naturaleza ideológica de su doctrina.[1160] La defensa de la República platónica implica por supuesto que el filósofo ateniense retribuyera de algún modo a sus acólitos. La existencia del mundo de las ideas, del alma y la doctrina de la transmutación de éstas sentaría las bases de la retribución ultraterrena para aquellos que lucharan en vida por materializar la República platónica,[1161] sin dejar de mencionar, naturalmente, que en la Academia platónica estaban siendo formados los futuros dirigentes de ese modelo estatal, quienes a su pesar gozarían de ciertos privilegios materiales al hacerse con el control del poder político.

No existe la democracia en el pensamiento filosófico y modelo político de Platón porque sus acólitos tendrían que pasar necesariamente por la Academia para formar sus almas, con el objetivo de aproximarse lo más posible a la idea misma de la justicia, pero que en el siglo V a.C. el acceso a la educación estaba reservado para unos cuantos, para una élite. En consecuencia, el grueso de la población tendría que creer en lo que los filósofos platónicos dijeran qué es la justicia. Por este motivo, la salvación ultraterrena estaba dirigida, más bien, a ese grupo selecto de personas. Si éstas, gracias a su formación filosófica, eran capaces de mirar con cierta nitidez a través de esa luz resplandeciente, entonces se aproximarían a la idea misma de la justicia, que podrían transmitir a los demás. Sobre el control ideológico del conocimiento en la obra de Platón, Kelsen explica:

[1159] Kelsen, Hans, "La justicia platónica", trad. de Luis Legaz y Lacambra, en Kelsen, Hans, *La idea del derecho natural..., cit.,* p. 100.

[1160] *Ibidem,* pp. 100 y 101.

[1161] *Ibidem,* pp. 108 y 109.

> La salvación del elegido, del agraciado, esto es, la visión del Bien, que es el secreto del caudillo, se convierte por lo mismo en salvación para los demás, para los gobernados. Pero éstos no pueden seguir al caudillo en su vía de salvación que conduce a la visión directa del Bien, y por eso deben ser excluidos del gobierno. Su salvación no pueden encontrarla sino en la sumisión absoluta a la autoridad del caudillo, que es el único que conoce el Bien y que por conocerlo puede quererlo. Puesto que sólo el gobernante filósofo conoce el Dios-Bien; y por este saber que le pone en posesión de un secreto constituye un ser aparte del resto del pueblo, no queda a éste, es decir, a la masa de los desposeídos de derechos políticos más que la creencia, no en Dios mismo, cuyo conocimiento no puede serles accesible, sino en el saber del regente, en su carisma. Esta creencia es el fundamento de la obediencia incondicional de los súbditos, sobre la que se basa la autoridad del Estado platónico. La mística platónica, expresión la más perfecta del irracionalismo, es una justificación de su política antidemocrática, es la ideología de toda autocracia.[1162]

Las conclusiones a las que llega Kelsen cobran un sentido mucho más profundo cuando se toma en consideración el contexto político y social en el que éstas se gestaron. Efectivamente, no hay que olvidar que desarrolla sus investigaciones a finales de la década de los veinte y principios de la década de los treinta; es decir, durante el surgimiento y ascenso de numerosos regímenes de extrema izquierda y derecha en Europa, como el comunismo, el fascismo y el nacionalsocialismo, los cuales eran guiados por caudillos que ejercieron un férreo control ideológico en las universidades gracias a la complicidad de algunos juristas a su servicio. En ese sentido, la cita textual anterior demuestra no sólo un interés apasionado por el tema, sino también constituye una denuncia y una crítica al control ideológico de la población a través del conocimiento "científico". En otras palabras, es probable que no sólo hubiera llegado a las conclusiones expuestas en la cita textual anterior con base en sus pesquisas, sino que también éstas son el producto de una reflexión profunda respecto de la academia de su tiempo.

Al margen de las consideraciones anteriores, es indiscutible que Kelsen miró a la doctrina de Platón como una de las doctrinas sobre el derecho natural de mayor relevancia para Europa debido a las raíces tan profundas que había echado y su vitalidad de fénix a lo largo de numerosos siglos. Estas reflexiones lo condujeron a realizar un examen exhaustivo de los postulados principales a toda doctrina sobre el derecho natural. El jurista austriaco entiende como tal, la existencia de un orden jurídico superior al

[1162] *Ibidem*, p. 116.

creado por el hombre.[1163] La validez del derecho natural sería absoluta,[1164] a diferencia del derecho positivo, que es relativa. En este último caso, debido a la participación del ser humano en su creación, el derecho tendría que entrañar necesariamente cierto dejo de injusticia, que conduciría a su discusión y revisión constante.[1165]

Entre los principales bemoles del derecho natural que Kelsen identificó se encuentran los siguientes: la dificultad para determinar su contenido, el problema para descubrir las sanciones en caso de infracción y su necesaria o inevitable positivación. Para empezar, no hay que olvidar la inestable existencia del derecho natural, el cual ha sufrido numerosas transformaciones a lo largo de la historia.[1166] En cualquier caso, todas las variantes del iusnaturalismo compartirían en común su existencia en la conciencia del ser humano como una especie de representación de una norma en la *psique* o, dicho de otro modo, como un susurro en la conciencia del hombre que produciría un sentimiento o una necesidad interior de obediencia.[1167]

Puesto que el derecho natural carece de sanciones, en principio no sería necesaria la existencia de órganos estatales que lo aplicaran,[1168] sino que se confiaría su conocimiento y obediencia al ser humano. En otras palabras, se trataría de un derecho que impulsaría al hombre hacia la virtud. Sin embargo, pensar de este modo sería pecar de ingenuidad, ya que, nos recuerda Kelsen, "hay que aceptar, a base de la experiencia, que la intuición de lo «acertado» y «justo», es decir, de la consecuencia prescrita por la ordenación jurídico-natural, que el saber sobre la conducta «acertada» y «justa», falta a los hombres, o por lo menos a la mayoría de ellos".[1169]

Aun si existiera un consenso en torno al contenido del derecho natural, todavía sería necesario hacer frente a otro problema: su aplicación. En efecto, la aplicación del contenido del derecho natural requiere cuando menos un acto de la voluntad humana; en consecuencia, el derecho natural tendría que ser positivado, y con ello se desmoronaría la idea de que se trata de un derecho intrínsecamente existente. En otras palabras, el derecho natural sería incapaz de afirmar su existencia sin su positivación.[1170] Pero este fenóme-

[1163] Kelsen, Hans, "La idea del derecho natural", trad. de Francisco Ayala, en Kelsen, Hans, *La idea del derecho natural…, cit.,* p. 22.

[1164] *Ibidem,* p. 13.

[1165] *Ibidem,* p. 14.

[1166] *Ibidem,* p. 19.

[1167] *Ibidem,* p. 16.

[1168] *Ibidem,* p. 19.

[1169] *Ibidem,* p. 34.

[1170] *Ibidem,* pp. 22 y 27.

no conduce de nueva cuenta a cuestionar la nobleza de los actos humanos, porque, aunque se esté de acuerdo en la existencia del derecho natural y su contenido, existe la posibilidad de que su aplicación sea defectuosa en razón de algún interés del hombre. Es necesario, en consecuencia, que los seres humanos sean obligados por la fuerza a respetar el derecho en cuya creación han participado. Sobre el particular, el profesor vienés concluye:

> En tanto que el Derecho natural, cuya existencia objetiva se presupone, debe ser aplicado al caso concreto; en tanto que se pone en relación en el proceso de su individualización con la realidad del acontecer efectivo; en tanto que tiene que ser aplicado por hombres empíricos, la posibilidad de su realización depende de las aptitudes y condiciones de estos hombres empíricos…[1171] En tanto que la gran masa de los hombres carece de la necesaria intuición o de la buena voluntad, o de ambas, para conducirse con arreglo al Derecho natural, es evidente que necesitan ser obligados a ello.[1172]

Kelsen considera que su teoría pura del derecho, así como su relativismo axiológico, superan las críticas que realizó a las tesis principales de todas las doctrinas del derecho natural porque él prescinde del contenido mutable de las normas para presentar las estructuras invariables de cualquier norma jurídica positiva. Además, las normas positivas pueden ser examinadas objetivamente porque no se encuentran en la cabeza del ser humano, sino en los códigos. Finalmente, la aplicación del derecho positivo sí puede ser mesurada. Quizá entre las pocas notas características que podrían compartir ambas formas en las que se presenta el derecho se encuentre la de que las normas del derecho natural también son formuladas como enunciados de deber.

IV. La crítica de Hans Kelsen a la filosofía de Aristóteles

1. *Consideraciones preliminares*

El segundo filósofo griego del que Kelsen se ocupó fue Aristóteles. Las diferencias entre los análisis que el erudito austriaco realizó en torno a Platón y su pupilo son evidentes. Para empezar, no realizó un examen exhaustivo ni de la *psique* ni de la obra de Aristóteles como sí lo hizo con Platón. Para ser más precisos, centró su atención en dos aspectos particulares del legado intelectual

[1171] *Ibidem*, p. 28.
[1172] *Ibidem*, p. 35.

aristotélico: su ética y su teoría política. Las críticas que realizaría a estas áreas de la filosofía aristotélica le permitirían destacar la vacuidad de la doctrina del justo medio. A continuación, el orden expositivo será el siguiente: para empezar, se presentará una síntesis sobre la vida de Aristóteles; posteriormente, se expondrán las tesis centrales de su ética nicomáquea, así como las de su teoría política; por último, se expondrán las críticas que el profesor vienés realizó a estos aspectos de la obra aristotélica.

Esbozo sobre la vida de Aristóteles

Aristóteles nació en 384 a.C., en la ciudad Macedónica de Estagira; su padre era un reconocido médico al servicio del rey Amintas III; el progenitor de Aristóteles murió cuando éste era un crio, razón por la cual quedó al cuidado de su tutor Próxeno de Atarneo. El estagirita fue enviado a Atenas, donde ingresó a la Academia, en la que permaneció durante 20 años.[1173] Como Aristóteles fue el discípulo más brillante de Platón, muchas personas creyeron que él sucedería a su mentor en la dirección de esta institución educativa tras su muerte, pero no fue así, pues quien ocupó la dirección de la Academia fue Espeusipo, un sobrino de Platón. Probablemente el elitismo platónico interpretó algún papel en este episodio histórico, pero tampoco hay que perder de vista que Aristóteles era un meteco (un extranjero) y, en consecuencia, no podía acceder a ciertos cargos públicos, como la dirección de instituciones de educación superior.[1174]

Tras la muerte de su mentor, el estagirita peregrinó durante varios años a lo largo y ancho de Asia menor; de esta manera, se convirtió en el profesor de los hijos de numerosos gobernantes. Durante estos años, realizó algunas de sus investigaciones de carácter jurídico-político más importantes, como la compilación y estudio de poco más de 150 Constituciones. Aristóteles recibió una carta del rey Filipo II, padre de Alejandro de Macedonia (a cuyo apellido se le agregaría años más tarde el adjetivo de "magno"), para que educara a su hijo y los amigos de éste.[1175] El estagirita formó minuciosamente la mente de Alejandro y sus camaradas sobre la base de algunas de las ideas que Platón había desarrollado en la *República*; por ejemplo, fomentó los lazos de convivencia entre Alejandro y sus amigos para asegurar una lealtad

[1173] Candel, Miguel, "Aristóteles, primer filósofo sistemático", en Aristóteles, *Protréptico; Metafísica,* trad. de Carlos Megino Rodríguez y Tomás Calvo Martínez, Madrid, Gredos (col. Grandes Pensadores), 2014, pp. XII y XIII.

[1174] *Idem.*

[1175] *Ibidem,* p. XIII.

absoluta de éstos hacia aquél. Además, Aristóteles moldeó la mente de su pupilo en los ámbitos de la filosofía y las matemáticas, así como también en literatura y poesía.

Una vez concluida su labor, volvió a Atenas, donde, con ayuda de su colega y amigo Teofrasto, adquirió unos terrenos cerca del templo de Apolo Licio, donde fundó un centro educativo que fue conocido como el Liceo, en el que se enseñaban diferentes materias, sobre todo en lo que hoy llamaríamos ciencias naturales. Puesto que los miembros del Liceo acostumbraban a dar vueltas alrededor de sus jardines, fueron conocidos como los peripatéticos (*peripateîn).* Aristóteles murió el 322 a.C. El Liceo no contó con la misma estabilidad que la Academia, razón por la cual fue trasladado a Alejandría, donde continuaría con sus actividades académicas bajo la dirección de Teofrasto.[1176]

2. *Esbozo sobre la obra de Aristóteles*

Mientras que de Platón se conserva prácticamente todo lo que escribió, de Aristóteles, a pesar de tratarse de un trabajo mucho más extenso que el de su maestro, tan sólo nos han llegado algunos fragmentos. La obra del estagirita se caracterizaba por su sistematicidad, y cubrió un gran número de áreas del conocimiento humano; podría decirse que se trataba de la primera de las enciclopedias de occidente, pero hoy se cuenta tan sólo con sus apuntes juveniles y con las notas que empleaba para dictar sus clases. Aristóteles inauguró una nueva forma de crear conocimiento, muy cercana a lo que hoy concebiríamos como saber científico. En ese sentido, el trabajo de este filósofo influyó de tal manera en Europa y, en general, en occidente, que filosofía y ciencia fueron empleados como conceptos sinónimos hasta el siglo XVIII.[1177]

A. *Ética aristotélica*

Aristóteles fue el primer autor de Occidente en estudiar la ética como una disciplina científica; los principales libros en los que estudia el tema son: *Ética nicomáquea, Ética eudemia* y su *Magna moralia.*[1178] De acuerdo con Aristó-

[1176] *Ibidem,* p. XIV.

[1177] *Ibidem,* p. XIX.

[1178] Martínez Manzano, T., "Introducción", en Aristóteles, *Ética nicomáquea; Ética Eudemia; Acerca del alma,* trad. de Julio Pallí Bonet y Tomás Calvo Martínez, Madrid, Gredos (col. Biblioteca Clásica), 2015, p. 11.

teles, la ética es una disciplina que debe ser examinada de manera independiente respecto de cualquier otro saber. En segundo lugar, la ética, para Aristóteles, posee un evidente carácter psicológico, que constituye un proceso para discernir entre dos o más elementos ideales contrarios. Finalmente, la ética aristotélica entraña una marcada dimensión práctica, pues no se trata de una reflexión erudita sobre el bien, como en el caso de Platón, sino de un instrumento para ser empleado en la vida cotidiana.[1179]

En efecto, Aristóteles explica que la ética es un instrumento para que el individuo pueda alcanzar su felicidad, e indica que existen tres tipos de felicidad: los placeres sensuales, los honores y, finalmente, la virtud. La felicidad asociada a los placeres sensuales es la manifestación más vulgar de ésta, por lo que la considera como una expresión propia de los animales. La felicidad vinculada a los honores sería un estímulo para la vida militar. Finalmente, la virtud sería la mejor de las felicidades y el fruto de una vida contemplativa.[1180] La clasificación aristotélica sobre la felicidad coincide con las almas platónicas de bronce, plata y oro. Pues bien, la virtud no es un estado de bienestar permanente, sino que se trata de un hábito que puede alcanzarse con esfuerzo; en otras palabras, la ética aristotélica consiste en educar las emociones.[1181]

Ahora bien, ¿de qué manera se practica la ética? La teoría del justo medio (*mesótes*) es la respuesta del estagirita. Para entender el método de Aristóteles es necesario estar consciente de la existencia de dos tipos de virtud, la dianoética y la ética en sentido estricto; la primera es el descubrimiento de los valores a través de la educación, mientras que la segunda es una herramienta cotidiana que consiste en situarse en un punto medio entre una virtud pura y un vicio extremo. La virtud dianoética es el producto de la reflexión; la virtud en sentido estricto es el fruto de la práctica. Ambas están ligadas porque la primera es una directriz para la segunda, mientras que esta última suministra el material que permite la elaboración de aquélla.[1182]

Así pues, la ética aristotélica es una ética de la moderación, ya que el estagirita devuelve al individuo la responsabilidad de sus decisiones y consecuencias a éstas. Se trata de una ética de la moderación porque las personas deben situarse a cada paso que dan entre el exceso y el defecto, entre lo mucho y lo poco; por ejemplo, la valentía sería el punto medio entre la temeridad y la cobardía; la liberalidad, el punto medio entre la prodigalidad y

[1179] Candel, Miguel, *op. cit.,* pp. LXII-LXX, LXXXI-LXXXVI.

[1180] Martínez Manzano, T., *op. cit.,* p. 13.

[1181] Candel, Miguel, *op. cit.,* pp. LXV-LXX.

[1182] Aristóteles, "Ética nicomáquea", en Aristóteles, *op. cit.,* pp. 43 y 44.

la tacañería.[1183] La ética requiere de la dianoética, es decir, de una reflexión filosófica profunda porque el método aristotélico conduce a otros problemas. Por ejemplo, el justo medio podría no ser el mismo en función del sujeto que valore. Por si lo anterior fuera poco, también habría que preguntarse si existen vicios que no admitan un punto medio, como la injusticia, la perversidad y la envidia.[1184]

Aristóteles también añadió otros elementos a su teoría ética, como la deliberación y la elección. El primero es un diálogo interno del individuo porque éste debe identificar el exceso y el defecto. Posteriormente, él tiene que desarrollar argumentos en torno a un punto y otro, para, finalmente, tomar una decisión.[1185] El proceso anterior, esto es, la deliberación, búsqueda del justo medio y la elección formarían, en opinión del filósofo griego, mejores ciudadanos y, con ello, mejores leyes, las cuales tendrían como fin principal la distribución moderada de los bienes entre la población por medio de la ley. De este modo, Aristóteles concluye que la justicia es la obediencia al texto de la ley.[1186]

B. *Teoría política*

La principal obra de Aristóteles en este ámbito lleva por título precisamente *La política*, pero es un libro inconcluso. Los numerosos editores de esta obra han ordenado los libros que lo integran de diferentes maneras con el objeto de darle mayor coherencia;[1187] es por este motivo por el que el texto aristotélico podría admitir numerosas lecturas. A través de sus páginas, Aristóteles se debate entre alejarse de la dirección de su maestro Platón para desarrollar un pensamiento original, o, de algún modo, darle continuidad a su pensamiento. Por una parte, el estagirita quería desarrollar una teoría política que pudiera tener una aplicación práctica. Además, quería descubrir la manera en que el hombre de Estado puede gobernar adecuadamente de acuerdo con las condiciones políticas a su alrededor.[1188] Por otra parte, la teoría política aristotélica, que se encuentra conectada con la teoría ética del estagirita, revela que el pensamiento del filósofo griego es en realidad muy

[1183] *Ibidem,* pp. 43-52.
[1184] *Ibidem,* pp. 51-57.
[1185] *Ibidem,* pp. 59-66.
[1186] *Ibidem,* pp. 100-108.
[1187] Sabine, George H., *Historia de la teoría política (revisada por Thomas Landon Thorson),* 3a. ed., trad. de Vicente Guerrero, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, pp. 91 y 92.
[1188] *Ibidem,* p. 94.

similar al de Platón.[1189] En efecto, Aristóteles, al igual que su maestro, concibe a la sociedad como un comunidad de seres humanos compuesta por tres clases sociales: la clase trabajadora, la milicia y una elite gobernante.

El estagirita realizó un examen meticuloso de las Constituciones de un gran número de *polis* griegas; gracias a este estudio concluyó que existen tres formas de gobierno puras y tres impuras. Por una parte, se encuentran la monarquía, la aristocracia y la República; por otra parte, se hayan las formas impuras, esto es, la tiranía, oligarquía y democracia. La clasificación aristotélica reposa en el número de personas que ejercen el poder político, así como el fin que persiguen al ejercerlo. La línea que divide a los gobiernos puros de los impuros es el respeto de las normas que han sido establecidas gracias a la participación de los ciudadanos.[1190] La participación de los ciudadanos en la creación de las normas sería el resultado de un reposado pensamiento que sería producto del método ético ideado por Aristóteles; al mismo tiempo, el Estado aristotélico perseguiría un ideal ético que sería la búsqueda del equilibrio entre las clases sociales.[1191]

3. *Crítica de Hans Kelsen a la ética aristotélica*

En 1933, Kelsen publicó un ensayo titulado *La "política" de Aristóteles y la política heleno-macedónica*; aunque los manuscritos del estagirita se distinguen de los de su maestro por su sobriedad, el profesor austriaco consideró y tildó a Aristóteles de ser un continuador encubierto de las tesis centrales de Platón. El profesor austriaco explica que, cuando menos en apariencia, el estagirita hizo su mejor esfuerzo en presentar sus ideas como la contrapartida de la doctrina de Platón. En efecto, mientras que el filósofo griego desarrolló una doctrina idealista, Aristóteles era un filósofo empirista. Sin embargo, ambos filósofos comparten el mismo principio a partir del cual todo entra en movimiento; Platón hablaba de un concepto supremo, la justicia, en tanto que Aristóteles hizo referencia a un bien supremo, esto es, Dios o un primer motor.[1192] Es evidente que los dos filósofos estaban conscientes de que la definición de dicho principio supremo sería en vano al ser cuestionada de manera constante, razón por la que jamás dieron cuenta del contenido de aquel bien supremo.

[1189] *Idem.*

[1190] *Ibidem,* pp. 95 y 96.

[1191] *Ibidem,* pp. 97, 98, 105, 108 y 109.

[1192] Kelsen, Hans, "La «política» de Aristóteles y la política heleno-macedónica", trad. de Luis Legaz y Lacambra, en Kelsen, Hans, *La idea del derecho natural…, cit.,* p. 118.

Por si lo anterior fuera poco, en caso de que hubieran tratado de responder dicha interrogante, aun con cierto grado de sofisticación, de inmediato se les hubiera preguntado la manera a través de la cual ellos habían entrado en contacto con aquel bien, mientras que otras personas no lo habían logrado y, probablemente, jamás lo lograrían.[1193] En el caso de Aristóteles, quizá el problema sea mucho más grave, puesto que su sistema hace referencia al mundo del ser, y, por lo tanto, ese primer motor tendría que formar también parte del mundo sensible.[1194] De esta manera, Kelsen demostró que la obra aristotélica era contradictoria. En efecto, Aristóteles había tratado de presentarse ante la comunidad académica como una especie de innovador en relación con la obra de su maestro, de ahí su afán por estudiar y clasificar los fenómenos del mundo sensible, así como su vehemente deseo por desarrollar una teoría ética de naturaleza de carácter práctico. Sin embargo, el punto de partida de la teoría aristotélica continúa situándose en el mundo de las ideas, porque los valores no se encuentran en ningún recoveco del mundo sensible.[1195]

Pero no sólo eso, Aristóteles afirma haber encontrado un método matemático, cuasi científico, para resolver los conflictos morales, aunque éstos no podrían ser dirimidos mediante fórmulas destinadas a regular aspectos del mundo sensible. En efecto, es posible medir con exactitud la distancia entre el punto A y el punto B en un terreno, pero ¿de qué manera se podría estar seguro de que C es el punto medio entre una virtud A y un vicio B? Por si lo anterior fuera poco, no sólo basta identificar la virtud y el vicio, sino también sopesar las consecuencias de inclinar la balanza en favor o en contra de uno u otro. En otras palabras, mientras que decantarse por un vicio puede ser favorable para algunas personas y perjudicial para otras, optar por la virtud también puede resultar contraproducente para ciertos individuos.[1196] De esta manera, Kelsen demuestra que la doctrina aristotélica de la virtud no es más que una fórmula vacía de todo contenido.

4. *Crítica de Hans Kelsen a la teoría política aristotélica*

La teoría política de Aristóteles se encuentra vinculada a su teoría ética.[1197] El punto medular de la teoría política del estagirita es la división

[1193] *Ibidem,* p. 119.

[1194] *Ibidem,* p. 120.

[1195] *Ibidem,* p. 128, *passim*.

[1196] Kelsen, Hans, "¿Qué es justicia?", trad. de Albert Calsamiglia, en Kelsen, Hans, *¿Qué es justicia?,* trad. de Albert Calsamiglia, Barcelona, Planeta-Agostini, 1993, pp. 55 y 56.

[1197] Kelsen, Hans, "La «política» de Aristóteles…", *cit.*, pp. 128 y 129. La tesis del líder de la Escuela Jurídica de Viena ha sido sostenida también por otros autores contemporáneos;

tripartita de las formas de gobierno. Las formas puras son la monarquía, la aristocracia y la República; las formas espurias o impías son la tiranía, la oligarquía y la democracia. Las primeras se distinguen de las segundas por la búsqueda del bien común, el respeto a la ley y la sujeción voluntaria a ésta por parte de los ciudadanos. En las formas de gobierno puras existe una directriz axiológica clara: el bien común.[1198] En palabras del propio Aristóteles:

> Es evidente, pues, que todos los regímenes que tienen como objetivo el bien común son rectos, según la justicia absoluta; en cambio, cuantos atienden sólo al interés personal de los gobernantes, son defectuosos y todos ellos desviaciones de los regímenes rectos, pues son despóticos y la ciudad es una comunidad de hombres libres.[1199]

A Kelsen le llama la atención el hecho de que Aristóteles defiende en algunos momentos a la monarquía, mientras que, en otros, a la República, sin dejar de mencionar que despreciaba abiertamente a la democracia.[1200] De acuerdo con el fundador de la teoría pura del derecho, esta tensión reflejada en la obra de Aristóteles se debe a que éste, durante 20 años, había vivido arropado por la libertad republicana de Atenas, al tiempo en que se había convertido en el maestro y consejero personal de Alejandro Magno, quien era el heredero del rey de Macedonia, Filipo II. El estagirita, debido a ciertos compromisos políticos, no podía despotricar ni en contra del republicanismo ni en contra de la monarquía, pero tampoco podía decantarse abiertamente por una u otra forma de gobierno.[1201] Sin embargo, con gran sutileza, Aristóteles va conduciendo al lector hacia una opinión favorable en torno a la monarquía.

Por si lo anterior fuera poco, el concepto de "bien común" equivaldría a la doctrina del punto medio, sin importar la forma de gobierno de que se trate; esta doctrina, como cabe recordar, fue considerada una fórmula vacía por Kelsen, sin dejar de mencionar, por supuesto, que el concepto mismo de bien común no es más que una fórmula vacía que varía de una época a otra.[1202] El propio Aristóteles ya se había dado cuenta del problema al tratar de determinar la persona o personas que deberían gobernar; los desposeí-

---

cfr. García Valdés, Manuela, "Introducción", en Aristóteles, *Política,* trad. de Manuel García Valdés, Madrid, Gredos (col. Biblioteca Clásica), 2015, pp. 13 y ss.

[1198] Aristóteles, *Política, cit.*, pp. 115, 120 y 122.

[1199] *Ibidem,* p. 117.

[1200] Kelsen, Hans, "La «política» de Aristóteles…", *cit.*, p. 134.

[1201] *Ibidem,* pp. 140, 141 y 159-168.

[1202] Kelsen, Hans, "¿Qué es justicia?", *cit.*, pp. 42 y 43.

dos seguramente querrán privar de sus bienes a los ricos, mientras que éstos creerán que si aquéllos son incapaces de administrar sus propios recursos, con mayor razón no podrán hacerlo adecuadamente respecto de los bienes de la *polis*.[1203]

A pesar de todo, el estagirita no abandona el concepto de bien común, el cual identifica con la obediencia al texto de la ley. En efecto, para zanjar cualquier disputa en torno a qué se debe entender como tal y quién debe gobernar, Aristóteles propone que la ley se sitúe por encima de todos los ciudadanos; éstos, al participar en su promulgación, serían los responsables de velar por el bien común.[1204] Sin embargo, el imperio de la ley aristotélico admite una excepción: en última instancia, el monarca no se encuentra sujeto a las normas porque él reúne todas las virtudes. De este modo, Aristóteles vuelve de nueva cuenta a la senda trazada por su mentor, Platón, al enarbolar la teoría del filósofo-gobernante.[1205] En palabras del estagirita:

> …resulta evidente que la legislación es forzosamente referida a los iguales en linaje y en capacidad, pero para hombres de esa clase superior no hay ley, pues ellos mismos son la ley. Ciertamente, sería ridículo que alguien intentara legislar para ellos. Quizás le dirían lo que Antístenes atribuye a los leones, cuando las liebres hablando en la asamblea reclaman los mismos derechos para todos.[1206]

Aunque el líder de la Escuela Jurídica de Viena comparte con Aristóteles el respeto por el derecho, el jurista austriaco no está de acuerdo en identificarlo con la justicia, porque actuar de este modo sería justificar un orden social previamente establecido a través de las normas jurídicas. Kelsen, sin embargo, quería mantener una estricta objetividad científica en sus investigaciones científicas. En el plano teórico, el jurista estaba convencido de que la ciencia sólo puede dar sus mejores frutos en un ambiente de libertad; en el plano práctico, el jurista vienés estaba consciente de que la democracia, para que fuera tal, debe de acoger todos los valores posibles. Aunado a ello, el profesor vienés situó el texto de las normas por encima de cualquier ciudadano y no admitió ninguna excepción a esta regla; en otras palabras, hasta el propio monarca estaría obligado a cumplir con lo prescrito por el derecho. Finalmente, Kelsen, a diferencia de Aristóteles, rechazó también la hipótesis de que el Estado posee un fin último. De acuerdo con el primero, el Estado

---

[1203] Aristóteles, *Política, cit.,* pp. 122 y 123.

[1204] *Ibidem,* p. 131.

[1205] Kelsen, Hans, "La «política» de Aristóteles…", *cit.*, pp. 143-150.

[1206] Aristóteles, *Política, cit.,* p. 132.

no posee un fin preestablecido, sino que éste varia en cada época y lugar. En síntesis, la crítica que el líder de la Escuela Jurídica de Viena realizó al concepto de Estado aristotélico le permitió subrayar lo original de su modelo sobre el Estado y el derecho, el cual es un engranaje de normas, libres de todo contenido moral.

5. *La justicia como problema: entre la tradición filosófica y la ciencia jurídica de Kelsen*

El jurista austriaco desarrolló una crítica sistemática a la filosofía política y moral de Platón y Aristóteles, cuyo punto culminante es su ensayo *¿Qué es la justicia?*, publicado en 1953. Este ensayo no es una pieza aislada, sino la síntesis de una larga trayectoria intelectual en la que Kelsen confrontó los fundamentos filosóficos del iusnaturalismo griego con el objetivo de construir un modelo formalista del derecho, libre de contenidos morales y metafísicos.

Desde 1928, Kelsen buscó desmontar la idea de una justicia universal enraizada en la tradición platónica. Su producción al respecto es vasta: escribió manuscritos y ensayos como *La justicia platónica* (1930) y *Platón o la ilusión de la justicia* (1950), en los que critica a Platón por convertir la justicia en un ideal abstracto con pretensión normativa universal, lo que —según él— encubre una estrategia de poder ideológico. Interpreta la figura del filósofo-rey como la cristalización del deseo de control político enmascarado como sabiduría objetiva.

La crítica a Aristóteles, aunque menos desarrollada, apunta en la misma dirección: el jurista vienés señala que su ética del justo medio y su noción de "bien común" introducen principios trascendentes sin posibilidad de verificación racional, lo que contradice el carácter empírico que se atribuye a su pensamiento. Así, para Kelsen, tanto Platón como Aristóteles perpetúan un error estructural al fundar el derecho en valores metafísicos.

Estas investigaciones reforzaron en el profesor austriaco su tesis fundamental: la justicia, entendida como valor absoluto, no puede constituir ni el punto de partida ni el objetivo final de una ciencia jurídica. *¿Qué es la justicia?* recoge esta conclusión y declara de forma explícita la imposibilidad de construir un concepto universal y racionalmente verificable de justicia.

No obstante, su postura puede ser objeto de numerosas críticas. Se le puede reprochar un reduccionismo ideológico, especialmente en su interpretación de Platón. Al considerar que la teoría de las ideas no es más que una coartada de dominio político, Kelsen pasa por alto su dimensión pedagógica

y cosmológica, aplicando categorías modernas a contextos antiguos sin suficiente matización.

Asimismo, su crítica a Aristóteles ha sido calificada de descontextualizada, pues exige de su filosofía una cientificidad axiológicamente neutral que nunca pretendió ofrecer. El estagirita proponía una *phronesis*, una sabiduría práctica adaptada a circunstancias históricas concretas, no una teoría normativa absoluta.

Otra crítica apunta a la paradoja del anti-metafísico que emplea herramientas metafísicas. Kelsen rechaza los fundamentos no verificables de Platón y Aristóteles, pero su propia noción de "norma fundante" también carece de base empírica y ha sido comparada con una ficción normativa similar a las ideas platónicas. Giuseppe Capograssi, por ejemplo, señala que la norma fundante es, en el fondo, una ficción útil, una suerte de "primer motor inmóvil" del sistema jurídico, sin ser menos abstracta o indemostrable que las ideas platónicas.

Se le puede objetar además una falta de apertura hermenéutica. Su lectura polémica de los textos antiguos impide un diálogo con la tradición que podría enriquecer su propia teoría, especialmente frente a tensiones modernas entre derecho, poder y moral. En efecto, la aproximación de Kelsen a los textos clásicos no busca interpretar, sino refutar. Esto podría ser visto como una actitud poco filosófica, especialmente en lo que respecta a la posibilidad de establecer un diálogo con la tradición.

Finalmente, se señala su omisión de la dimensión práctica y política de la justicia. Al separar el derecho de la justicia, su teoría no ofrece herramientas para criticar normas injustas. Radbruch o Capograssi han advertido que esta neutralidad deja al derecho indefenso ante el autoritarismo. En su afán de separar el derecho de la justicia como valor moral, Kelsen pasa por alto que toda teoría jurídica, por más formalista que sea, tiene efectos en el mundo social. Ignorar la dimensión valorativa del derecho, o reducirla a una elección subjetiva o irracional, puede tener como consecuencia la imposibilidad de criticar jurídicamente normas injustas.

Las críticas anteriores revelan tensiones profundas en el proyecto teórico kelseniano. Su rechazo del absolutismo moral es coherente con su defensa de una ciencia jurídica autónoma, pero su método de crítica y su propia estructura conceptual no están exentos de paradojas. No obstante, estas tensiones también dan cuenta de la riqueza y complejidad de su pensamiento, y del ambicioso esfuerzo por salvaguardar la objetividad científica en tiempos de crisis.

El proyecto del erudito austriaco es ambicioso: preservar la autonomía de la ciencia jurídica mediante un formalismo metodológico fundado en el

relativismo axiológico. Al desmontar la idea de una justicia trascendente, el jurista vienés libera al derecho de su subordinación a una moral impuesta y reivindica el pluralismo normativo dentro de una democracia procedimental. Este esfuerzo constituye una de las más sofisticadas defensas de la objetividad científica y del respeto a la diversidad de valores en el pensamiento jurídico contemporáneo.

V. Crítica de Hans Kelsen a la filosofía de Eric Voegelin

1. *Consideraciones preliminares*

Los estudios que Kelsen realizó en torno a la filosofía de Platón y Aristóteles le permitieron llegar a la conclusión de que la moral no puede ser ni el punto de partida ni el punto de llegada de una ciencia jurídica, porque no es posible establecer una jerarquía objetiva de valores, mientras que toda ciencia persigue en general la objetividad de sus análisis y conclusiones para ser considerada como tal. Las reflexiones que realizó el jurista vienés no se detuvieron en el análisis de los filósofos griegos antes mencionados, sino que, por el contrario, se extendieron al examen de la obra de ciertos autores que comenzaron a desarrollar sus doctrinas en el área de las ciencias del espíritu, las cuales se caracterizaban por ser una especie de mezcla entre la teología política, ideología y revitalización de algunos de los postulados de la doctrina platónica. El interés de Kelsen por esta cuestión se reavivó en la década de los cincuenta debido a la publicación de un libro escrito por su antiguo alumno Eric Voegelin, el cual lleva por título *Una nueva ciencia de la política.*

En esencia, en su libro, Eric Voegelin realiza un examen crítico sobre la modernidad y la ciencia positivista con el propósito de desacreditarlos y sustituirlos por una doctrina sobre la política basada en el retorno a la lectura de autores clásicos, como Platón; también propuso la revitalización de algunos postulados de la doctrina cristiana y la mezcla de éstos con ciertas directrices de carácter ideológico. De acuerdo con Voegelin, la ciencia positivista había remplazado la búsqueda de la verdad por el rigor metodológico y, con ello, se cerraba la puerta a cualquier conocimiento trascendente. Esto trajo como consecuencia que los fundamentos morales de la civilización cristiana se resquebrajaran dejando inerme a las ciencias sociales ante cualquier ideología.[1207]

[1207] Hernando Neto, Eduardo, "Es posible una nueva ciencia política? A propósito del debate Kelsen-Voegelin", en Ibarra Palafox, Francisco; Carrillo Salgado, Augusto Fernando; Muñoz Mendiola, Julio César, y Hernández Manríquez, Javier, *op. cit.,* p. 187.

El jurista vienés quedó horrorizado y atónito frente a lo que consideró una pseudociencia del derecho, esto es, la "nueva" ciencia de la política de Voegelin. La "ciencia" de éste, explica el jurista austriaco, era una reformulación del platonismo; en otras palabras, se trataba de una manifestación de una ideología ya superada bajo los supuestos ropajes de una ciencia jurídica y política, tan "objetivas" como "novedosas". Kelsen se autoimpuso la tarea de escribir una recensión al libro de su pupilo, que tituló *¿Una nueva ciencia de la política? Réplica a Eric Voegelin*. La recensión fue tan meticulosa y profunda que incrementó progresivamente su extensión hasta rebasar las 100 páginas; sin embargo, a pesar de la profundidad y riqueza conceptual de ésta, el profesor austriaco jamás la publicó mientras estuvo con vida.

En torno a esta decisión, se han colocado sobre la mesa tres posibilidades:[1208] la primera, y quizá la más obvia, es que Kelsen no quiso publicar su recensión porque el número de páginas era tan vasto que ninguna revista podría haberla acogido como una reseña. También es probable que se hubiera abstenido de publicar su reflexión como un libro debido a que ésta no era nada halagadora para Voegelin; el fundador de la teoría pura del derecho pudo haber considerado que su recensión sería más bien una especie de falta de respeto. También cabe la posibilidad de que no hubiera publicado su "reseña" debido a que su interés por el tema fue tan intenso que decidió emprender una investigación más extensa y profunda; en otras palabras, es probable que hubiera considerado que su trabajo se diluiría en las páginas de una investigación más amplia, la cual fue publicada de manera póstuma con el título *Religión secular. Una polémica contra la malinterpretación de la filosofía social, la ciencia y la política modernas como "nuevas religiones"*.

Esta última hipótesis parece ser la más fuerte de todas debido a la fuerza explicativa que comporta y la evidencia documental que se conserva. En efecto, en 1955, Kelsen escribió a Colin E. Franklin, editor de *Routledge and Kegan Paul*, para informarle que estaba trabajando en un nuevo libro; en una carta conservada por el Instituto Hans Kelsen en Viena, dirigida al editor referido, el jurista austriaco le explica: "Mientras me ocupaba del problema de la justicia en filósofos o sociólogos del siglo XIX, como Comte, Marx, Nietzsche y otros, he descubierto que en algunas recientes teorías de la cultura se ha intentado encontrar implicaciones teológicas en las obras de estos

[1208] Eckhart, Arnold, "Posfacio", trad. de Joaquín Etorena, en Kelsen, Hans, *¿Una nueva ciencia de la política? Réplica a Eric Voegelin,* trad. de Isolda Rodríguez Villegas, Buenos Aires, Katz, 2006, pp. 259-264. En su posfacio, Arnold Eckhart juega también con la posibilidad de que Kelsen se hubiera irritado con Voegelin debido a que él estaba tratando de trazar su propia senda apartada de la línea de investigación de su mentor.

autores, y reinterpretarlas como teología disfrazada o desnaturalizada".[1209] Al parecer, mientras redactaba su "reseña", Kelsen se dio cuenta de que el libro de Voegelin era en realidad la muestra de una tendencia cada vez más recurrente en las ciencias del espíritu: la "teologización" del conocimiento "científico". De esta manera, en la carta en comento, el jurista vienés añade:

> Este intento se combina con una tendencia más o menos explícita de anular la emancipación de la ciencia de la especulación metafísica religiosa, emancipación que es un elemento característico de la civilización moderna. Esta tendencia presente en la literatura contemporánea me ha parecido tan grave que le he dedicado un estudio.[1210]

De algún modo, la investigación que emprendió estuvo conectada con lo que ya había escrito sobre los filósofos griegos, pero no sólo eso, sino también con algunas de las ideas principales que había sostenido al debatir con Rudolf Smend y Carl Schmitt.

Toda la evidencia disponible parece indicar que tras concluir su "reseña", comenzó una investigación exhaustiva sobre el origen y el desarrollo de las ideas principales de las teorías sobre teología política; dicha investigación le llevó más o menos una década. A principios de 1960, concluyó el libro, inclusive entregó el manuscrito a su editor y corrigió las pruebas editoriales, pero en 1964, cuando el libro estaba a punto de salir a la venta, el profesor austriaco decidió retirarlo del proceso editorial, razón por la cual se vio obligado a pagar una indemnización a su editor, que cubrió con su propio peculio. Tendrían que pasar aproximadamente 50 años para que el Instituto Hans Kelsen decidiera publicar los resultados de esa investigación con el título de *Religión secular* (2012), que había sido escrito en inglés y que apareció en esa misma lengua.[1211]

Del mismo modo que sucedió con la reseña que el fundador de la teoría pura del derecho había escrito respecto de la obra de Voegelin, los motivos por los cuales Kelsen no publicó su libro *Religión secular* continúan siendo un misterio. Se ha especulado con la posibilidad de que dudó de la verosimilitud de los resultados de su investigación debido a lo avanzado de su edad (cuando realizó su investigación contaba con aproximadamente 80 años); probablemente el profesor austriaco dudó de su capacidad como investiga-

[1209] La Torre, Massimo y García Pascual, Cristina, "Hans Kelsen, Eric Voegelin y la legitimidad de la modernidad", trad. de Manuel Abella, en Kelsen, Hans, *Religión secular. Una polémica contra la malinterpretación de la filosofía social, la ciencia y la política modernas como "nuevas religiones",* trad. de Manuel Abella, Madrid, Trotta, 2015, pp. 24 y 25.

[1210] *Idem.*

[1211] *Ibidem*, p. 23.

dor y quizá de que estuviera comprendiendo con claridad los debates de su tiempo. También es posible que no hubiera querido publicar su obra con base en el contexto político de finales de 1950 y principios de 1960. Efectivamente, en aquel momento, Voegelin se había convertido en uno de los principales intelectuales del macartismo,[1212] razón por la cual Kelsen quiso evitar un confrontamiento directo con él para preservar la tranquilidad profesional y política que había conquistado con tanto esfuerzo en la Unión Americana. Por último, el titubeo del profesor vienés podría haber estado ligado a la aparición de las obras de Bertrand Russell y Julian Huxley, quienes afirmaban la existencia de sentimientos religiosos sin la necesidad de un Dios; tesis que era contraria a lo que Kelsen había sostenido a lo largo de las páginas que conforman su obra inédita.[1213]

Por lo que respecta al plano personal, la tensión entre Kelsen y Voegelin representa un proceso de distanciamiento paulatino entre los miembros fundadores de la Escuela Jurídica de Viena y su mentor. En efecto, al inicio, la Escuela era un grupo de investigación compacto y sólido que compartía intereses en común y que estaba guiado por el jurista vienés. Sin embargo, poco a poco sus miembros fueron tomando su camino y dirigiendo sus investigaciones por sendas inclusive contrarias al formalismo de la teoría pura, tal es el caso de Adolf Merkl, Fritz Sander, Luis Legaz y Lacambra y Luis Recaséns Siches. El erudito austriaco, poco a poco, fue quedándose solo. En el caso de Eric Voegelin, escribió su tesis doctoral en ciencia política bajo la dirección del jurista austriaco Othmar Spann, misma que concluyó y defendió en 1922. La relación entre ambos fue tan estrecha que Voegelin se convirtió en asistente de investigador de Kelsen al año siguiente,[1214] esta cercanía duró aproximadamente diez años.

El distanciamiento entre ambos pensadores no sólo fue intelectual, sino también político e ideológico, pues en algún momento de su existencia, Voegelin cedió a la fascinación del austrofascismo.[1215] Primero, Voegelin se aproximó a Othmar Spann, con el que compartió su fe católica y visión conservadora de la vida;[1216] posteriormente, comenzó a publicar una serie de polémicos libros, entre los que se encuentran, por ejemplo, *Raza y Estado;* tres años más tarde, publica *El Estado autoritario.*[1217] Los textos se encuentran escritos en un lenguaje bastante ambiguo; por una parte, podrían ser interpre-

[1212] *Ibidem,* pp. 25 y 26.
[1213] *Ibidem,* p. 26.
[1214] Hernando Neto, Eduardo, *op. cit.,* p. 184.
[1215] La Torre, Massimo y García Pascual, Cristina, *op. cit.*, p. 11.
[1216] *Ibidem,* p. 12.
[1217] Hernando Neto, Eduardo, *op. cit.,* p. 184.

tados como un análisis sobre la relación entre la ideología de ciertos regímenes autocráticos y las ciencias sociales, pero, por otra parte, también pueden leerse como una especie de loa al austrofascismo.

Durante la década de los treinta, Voegelin se deshizo en alabanzas a favor del régimen autoritario de Austria, pero no consiguió ganarse la simpática absoluta de los nazis. Por esta razón, en 1938, tras la invasión de las tropas de Adolf Hitler a Austria, Voegelin decidió huir hacia los Estados Unidos de América,[1218] en donde desarrollaría investigaciones en torno a la ciencia política, la filosofía moral y la historia del pensamiento político europeo. Al parecer, Voegelin simpatizó en algún momento de su existencia con el austrofascismo como parte de una estrategia para salvaguardar su integridad personal, física y profesional.

2. *Argumentos principales de Eric Voegelin a favor de una "nueva" ciencia de la política*

El libro *Una nueva ciencia de la política* es el producto de un periodo de investigación que Voegelin realizó en 1950 en Europa gracias al apoyo de la Fundación John Simon Guggenheim, un subsidio del Consejo de Investigación de la Universidad del Estado de Louisiana y el resultado de seis conferencias que él dictó en 1951.[1219] El libro es un ensayo sobre filosofía política, filosofía moral y filosofía de la religión. Al tratarse de un ensayo, los conceptos que introduce no se encuentran libres de contradicciones.

Voegelin comienza su exposición expresando su inconformidad y oposición hacia la ciencia positivista; en ese sentido, las principales críticas del autor son que el positivismo produjo una "hipertecnificación" de la sociedad occidental, el abandono del interés por encontrar un conocimiento trascendente para sustituirlo por un deseo vehemente por hallar una verdad "objetiva" basada en un método rígido. Para este pensador, el individuo se encuentra enajenado por los "progresos científicos". Voegelin propone como punto de partida para la refundación de las ciencias del espíritu y, en particular, de la ciencia política, un retorno al estudio de la doctrina de autores como Platón y Aristóteles, así como un regreso a la especulación metafísica[1220] de carácter religioso con el objetivo de alcanzar verdades trascendentes,[1221] es

[1218] La Torre Massimo y García Pascual, Cristina, *op. cit.,* p. 14.

[1219] Voegelin, Eric, *La nueva ciencia de la política. Una introducción,* trad. de Joaquín Ibarburu, Buenos Aires, Katz, 2006, p. 10.

[1220] *Ibidem,* p. 19.

[1221] Carabante Muntada, José María, "Experiencia religiosa y orden político. La propuesta de Eric Voegelin", *Analysis 2X,* 2021, pp. 107-114.

decir, resultados que vayan más allá de la suma de hechos y variables empíricas. y que conduzcan al ser humano a una especie de estado de iluminación. Al respecto, Voegelin explica:

> Una mayor generalización respecto de la relación de los grados de racionalidad con las experiencias religiosas y la comparación con las instancias griega y cristiana exigían un nuevo estudio de la filosofía griega que revelara las relaciones entre el desarrollo de la metafísica griega y las experiencias religiosas de los filósofos que las desarrollan, y un estudio más amplio de la metafísica medieval tiene que establecer la correspondiente relación para el caso cristiano.[1222]

Voegelin considera que el retorno a la lectura de autores como Platón y Aristóteles debe realizarse tan sólo como escaramuza, ya que él está consciente de la imposibilidad de restaurar en su totalidad el pensamiento filosófico de estos autores.[1223] Por tal motivo, más adelante, añade:

> Devolver la ciencia política a sus principios implica que el trabajo de restauración es necesario debido a que se perdió la conciencia de esos principios. El movimiento hacia la reteorización debe entenderse, de hecho, como una recuperación de la destrucción de la ciencia que caracterizó a la era positivista en la segunda mitad del siglo XIX.[1224]

Una vez dado este paso, es necesario continuar con la marcha, es decir, trazar una nueva senda que conduzca al desarrollo de lo que él llama "una nueva ciencia de la política".

Además de lo anterior, Voegelin considera que es importante introducir de nueva cuenta valores a la actividad científica; en otras palabras, expresa estar en desacuerdo en despojar a la ciencia de todo juicio de valor y explica que esta forma de pensar es un razonamiento reciente (y negativo) en la historia del desarrollo de las ciencias sociales que surge a mediados del siglo XIX.[1225] Entre las principales consecuencias de haber removido todo contenido axiológico de las ciencias sociales, explica Voegelin, se encuentra la creación y desarrollo de un pensamiento acrítico en aras de una supuesta objetividad científica. Aunado a ello, explica que tal punto de vista fue conducido al extremo de crearse una opinión general en el sentido de que una persona que defendiera un valor en el ámbito científico era, en realidad, un ideólogo.[1226]

[1222] Voegelin, Eric, *op. cit.,* p. 39.
[1223] *Ibidem,* pp. 13-16.
[1224] *Ibidem,* p. 16.
[1225] *Ibidem,* p. 24.
[1226] *Ibidem,* p. 32.

Una vez que se han establecido las condiciones para el desarrollo de la "nueva ciencia de la política", es decir, una crítica a la corriente epistemológica del positivismo, un llamado a la relectura de autores clásicos como Platón y Aristóteles, y el reconocimiento de la importancia de los valores en el desarrollo del pensamiento científico, Voegelin considera encontrarse en las condiciones adecuadas para comenzar a desarrollar su "nueva" ciencia de la política, que es, además, una revitalización de la filosofía de la religión. La propuesta de Voegelin parte de los conceptos de "articulación del pueblo" y "representación política". El autor explica que la ciencia política que pretende reformular nace en la *kósmion,* esto es, en una sociedad que participa en la creación de sus instituciones, así como la representación simbólica de éstas.[1227] La representación de dichas instituciones gira en torno a su expresión por medio de conceptos, así como la representación política real.

Voegelin destaca el hecho de que a lo largo de la historia los conceptos políticos han sufrido numerosas mutaciones, tal es el caso de "representación política".[1228] A menudo, las personas dan por sentado que las instituciones políticas se encuentran acabadas o que han alcanzado su perfección. En la Edad Media, por ejemplo, la representación del reino o súbdito recaía en el rey, pero a medida en que las sociedades europeas se hicieron más complejas, al interior de los reinos se fueron creando feudos con representaciones, y cuando éstos se multiplicaron, se crearon también representantes de un grupo de feudos. Más aún, ni siquiera hoy en día existe un concepto inequívoco sobre la representación política, ¿quién posee la representación del "pueblo"? Cuando menos existen cinco posibles respuestas a esta interrogante: el presidente, el parlamento, los partidos políticos, las secretarías de Estado y los órdenes de gobierno.[1229]

De acuerdo con Voegelin, el desarrollo de los conceptos de la nueva ciencia política debe realizarse también a partir del rescate de ciertos elementos valiosos de la cultura occidental, los cuales se encuentran en el Imperio romano,[1230] pues éste no sólo sentó las bases de los conceptos políticos europeos, sino que de algún modo dio paso al surgimiento del cristianismo.[1231] Esta religión permitió el nacimiento de ciertas nociones que valdría la pena traer de vuelta, como la visión lineal de la historia y el optimismo hacia el porvenir. En ese sentido, Joaquín de Floria, referido por Voegelin, propuso

[1227] *Ibidem,* p. 42.
[1228] *Ibidem,* pp. 46-55.
[1229] *Ibidem,* pp. 53-57.
[1230] *Ibidem,* p. 136.
[1231] *Ibidem,* p. 133.

una periodización de la historia con base en la santísima trinidad. Para este autor, ha existido un tiempo del Padre, del Hijo y del Espíritu Santo (Edad Antigua, Edad Media y Modernidad). Cada una de estas etapas se encuentra acompañada de una evolución espiritual.[1232]

Como se ha podido apreciar, Voegelin siguió un camino meticuloso y complejo a través del cual trató de revitalizar la teología política y la filosofía de la religión; por tal motivo, no es de extrañar que se trate de un crítico acérrimo de la secularización. No es un secreto que Voegelin se encuentra en desacuerdo con el proceso iniciado en el siglo XVIII, el cual consiste en reducir la influencia de la Iglesia cristiana en la construcción de la ciencia, la cual alcanzó uno de sus puntos más elevados en la obra de Diderot y D'Alambert.[1233] Para Voegelin, es importante traer de nueva cuenta a la ciencia política la vivencia religiosa de experimentar el descubrimiento de una verdad trascendente.

A pesar de todo, Voegelin está consciente de que el recurso que emplea ya había sido utilizado por otros autores, como San Agustín. Más aún, que dadas las condiciones históricas y culturales del tiempo presente, no es posible plantear con seriedad la destrucción del proceso de secularización. Al respecto, explica:

> Es evidente que no es posible explicar siete siglos de historia intelectual mediante la estupidez y la deshonestidad. Debe asumirse que en las almas de esos hombres hubo un impulso que los cegó a la falacia… La atención debe centrarse en qué lograron los pensadores por medio de su construcción falaz. Sobre ese punto no hay dudas. Llegaron a una certeza acerca del sentido de la historia y del lugar que ocupaban en ella, a la que de otro modo no hubieran accedido.[1234]

Esta idea de Voegelin funciona, entonces, como una especie de presupuesto metodológico: considerar que el replanteamiento de la ciencia política conduce a alcanzar verdades trascendentes permitiría evitar el marchitamiento de esta disciplina. La afirmación anterior funcionaría como una certeza. Pero ¿por qué motivo el ser humano necesita de certezas? La explicación que Voegelin ofrece a esta interrogante, además de epistemológica, entraña una profunda carga psicológica:

> Ahora bien, las certezas son necesarias a los efectos de superar las incertidumbres y su carga de nerviosismo; y la siguiente pregunta entonces sería: ¿qué

[1232] *Ibidem,* p. 138.
[1233] *Ibidem,* pp. 147 y 148.
[1234] *Ibidem,* p. 150.

> incertidumbre específica era tan perturbadora que debería ser superada a través del dudoso método de la inmanentización falaz?… La incertidumbre es la esencia misma del cristianismo. La sensación de seguridad en un "mundo lleno de dioses" se pierde con esos dioses; cuando el mundo se desacraliza, la comunicación con el Dios trascendente queda reducida al tenue vínculo de la fe.[1235]

La fe en ciertas verdades consideradas absolutas permite al ser humano mantenerse firme frente a un mundo caótico, lleno de cambios e incertidumbre.[1236] En otras palabras, de acuerdo con él, la experiencia trascendente ofrecida por el cristianismo en el campo de la producción del conocimiento ha cumplido desde su origen una función civilizatoria, pues reduce el estrés cognitivo de pensar en el porvenir y la incertidumbre que éste provoca. Voegelin, finalmente, cree observar la trascendencia de esta forma en el pensamiento de autores como Hegel, Schelling o Marx, quienes, al igual que los cristianos, aducen la existencia de una historia lineal, cuyas etapas discurren poco a poco hacia un Estado supremo de perfección.

3. *Réplica de Hans Kelsen a los argumentos principales de Eric Voegelin*

Hans Kelsen leyó con atención la obra de Eric Voegelin, la cual lo motivó a escribir una recensión que jamás publicó y gracias a la cual desarrolló una investigación mucho más extensa, en la que criticó el trabajo de Voegelin y extendió sus reflexiones hasta el ámbito de la teología política y filosofía de la religión. Dicho en otras palabras, los argumentos que Kelsen desarrolló en ambos textos constituyen en su conjunto una réplica a su antiguo alumno de Viena. Pero no sólo eso, el jurista aprovechó también la ocasión para refinar algunas de sus ideas en torno a su teoría pura del derecho.

El jurista vienés, de nueva cuenta, estaba defendiendo el positivismo jurídico. De acuerdo con él, el positivismo es un punto de vista epistemológico, el cual consiste en describir, explicar y resolver los problemas de la realidad del ser humano con la mayor objetividad posible, sin realizar juicios de valor o introducir conceptos ideológicos. El profesor austriaco explica también que existen tantas manifestaciones del positivismo como autores han desarrollado sus investigaciones desde esta perspectiva epistemológica. En realidad, para el fundador de la teoría pura del derecho, la propuesta de Voegelin constituye

[1235] *Ibidem*, pp. 150 y 151.
[1236] *Ibidem*, p. 152.

una muestra significativa de una patología que aquejó al ámbito académico europeo durante el siglo XX, especialmente durante el tiempo de la dictadura fascista y nazi: tratar de revestir una ideología con los falsos ropajes de una supuesta objetividad científica. Al respecto, Kelsen explica lo siguiente:

> Cuando las guerras y los movimientos revolucionarios sacuden los cimientos del orden social establecido y se vuelve imperiosa la necesidad de una justificación absoluta y no meramente relativa de ese orden, la religión, y con ella la teología y otras especulaciones metafísicas, se ubica al frente de la vida intelectual y se transforma en un instrumento ideológico de la política. En vista de la gran importancia que reviste la ciencia en la sociedad moderna, aumenta la tendencia —siempre existente pero reprimida en periodos de equilibrio social— a emplear la ciencia social con el mismo propósito… Un síntoma característico y muy serio de esta tendencia es un libro de reciente publicación que ha sido ampliamente comentado: *La nueva ciencia de la política,* de Eric Voegelin.[1237]

Al comienzo de su reflexión, el jurista vienés destaca una afirmación de Voegelin en la que sostiene que el positivismo ha sido una corriente del pensamiento que ha traído como consecuencia la enajenación del pensamiento, la obsesión por los cálculos y un marchitamiento del proceso reflexivo debido al vehemente deseo de alcanzar resultados por medio de un método rígido. Kelsen destaca la generalidad de la afirmación de Voegelin, pues éste jamás precisa a qué tipo de positivismo se refiere. En otras palabras, de acuerdo con el líder de la Escuela Jurídica de Viena, Voegelin estaría incurriendo en una falacia de generalización anticipada; en el mejor de los casos, Voegelin estaría describiendo algunas de las falencias del positivismo. Es evidente que si no existiera el positivismo, no podrían haberse alcanzado los desarrollos científicos y técnicos actuales. Por si lo anterior fuera poco, explica Kelsen que Voegelin estaría incurriendo en una flagrante contradicción, pues, por una parte, afirma que su propuesta es la piedra angular de una nueva ciencia de la política, pero, por la otra, al tratar de revitalizar el pensamiento de Platón y Aristóteles, así como la trascendencia del conocimiento cristiano, más bien estaría intentando revivir una forma de pensamiento ya superada.[1238]

No pasa inadvertido para Kelsen que cuando Voegelin trata de borrar la frontera entre el ser y el deber está creando una especie de teología política o metafísica religiosa.[1239] El fundador de la Escuela Jurídica de Viena

---

[1237] Kelsen, Hans, *¿Una nueva ciencia de la política?..., cit.,* pp. 16 y 17.

[1238] *Ibidem,* pp. 18-25.

[1239] *Ibidem,* pp. 40 y 55.

reafirma una de sus convicciones: los profesores universitarios no deben tratar de implantar en las mentes de sus pupilos posturas políticas, sino que deben limitarse a explicar a sus alumnos la evolución de las ideas políticas a través del tiempo. Voegelin, por el contrario, pretende influir en los juicios de valor de los estudiantes universitarios. Al respecto, el líder de la Escuela Jurídica de Viena precisa:

> …es un uso erróneo de esta debilidad del individuo [adoptar una convicción política] si, en los Estados totalitarios, las universidades deben asumir la tarea del adoctrinamiento político de los estudiantes o, como lo formula Voegelin, "influir en los valores de los estudiantes". Dado que esto no puede lograrse mediante un "conocimiento objetivo de la realidad política", la tarea de influir en los valores políticos de los estudiantes puede desempeñarse sólo mediante un conocimiento ideológicamente distorsionado de la realidad política, es decir, mediante una doctrina que finge que sólo ese valor preferido por el poder político que directa o indirectamente controla la universidad es inherente a la realidad y, por ende, el único valor absoluto y verdadero. Ello significa que las universidades se vuelven instrumentos de la política y, cuando se encuentran bajo el control exclusivo del gobierno, un tipo de política intelectual.[1240]

4. *Entre la ciencia y la ideología: el debate Kelsen* vs. *Voegelin y sus repercusiones en la teoría pura del derecho*

La crítica que el jurista austriaco realizó al pensamiento de los filósofos griegos se intensificó con el debate que sostuvo con su antiguo discípulo Voegelin. El enfrentamiento intelectual entre Kelsen y Voegelin representa uno de los episodios más significativos en la historia de la filosofía del derecho y la ciencia política del siglo XX. No se trató simplemente de una discrepancia entre dos teóricos, sino de un verdadero choque de paradigmas: por un lado, el formalismo normativo fundado en el relativismo axiológico, y por otro, la revitalización de una filosofía política de inspiración platónica y cristiana, preocupada por reinstaurar el vínculo entre el derecho, la moral y la trascendencia.

Kelsen llegó a este conflicto armado no sólo con su vasta obra jurídica, sino también con una crítica profundamente elaborada de la tradición filosófica griega. Su análisis de Platón y Aristóteles no fue accesorio, sino central en su esfuerzo por emancipar la ciencia jurídica de cualquier fundamentación metafísica. Desde textos como *La justicia platónica* y *Platón o la ilusión de la*

[1240] *Ibidem*, p. 49.

justicia, hasta su ensayo *¿Qué es la justicia?*, Kelsen consolidó una tesis rotunda: la justicia no puede ser un valor absoluto ni objetivo, y, por lo tanto, no puede formar parte del núcleo metodológico de una ciencia del derecho. Esta línea de pensamiento lo llevó a enfrentar toda tentativa de restaurar una idea trascendental de justicia, ya fuera en forma de derecho natural, teología política o filosofía moral esencialista.

En este contexto, la publicación de *Una nueva ciencia de la política* (1952) por parte de Voegelin, su antiguo discípulo, fue vista por Kelsen como un intento de reintroducir el dogmatismo en el corazón del pensamiento político. Voegelin criticaba la modernidad, el positivismo científico y el racionalismo jurídico por haber abandonado la "búsqueda de la verdad" en favor de un formalismo sin alma. Voegelin argumentaba que el positivismo había eliminado toda posibilidad de acceso a la verdad trascendente, dejando a las sociedades modernas sin fundamento moral frente a las ideologías. En su opinión, la ciencia debía recuperar su dimensión espiritual para enfrentar el nihilismo contemporáneo. Su propuesta, inspirada en Platón y en una lectura teológica de la historia, era restituir un orden espiritual perdido, capaz de orientar a las sociedades modernas frente al caos de las ideologías.

El jurista vienés reaccionó con asombro y rechazo. Consideraba que Voegelin disfrazaba de ciencia lo que no era más que una ideología reaccionaria, un retorno disfrazado a formas de pensamiento superadas. La recensión crítica que redactó, titulada *¿Una nueva ciencia de la política? Réplica a Eric Voegelin*, rebasó las 100 páginas y nunca fue publicada en vida. Su contenido, sin embargo, sirvió de base para una investigación más ambiciosa que culminó en su obra póstuma *Religión secular*, donde profundiza en el análisis de las formas contemporáneas de teologización del saber científico.

Este episodio revela dos grandes contribuciones del profesor austriaco a la teoría jurídica contemporánea. En primer lugar, reafirma la validez del relativismo axiológico como pilar de la ciencia del derecho. Para Kelsen, sólo en un marco epistemológico donde los valores no se imponen como absolutos puede construirse una teoría jurídica verdaderamente universal y objetiva. Voegelin, al insistir en una idea de verdad trascendente, convierte la política en una cuestión religiosa y deslegitima cualquier forma de pluralismo normativo. La teoría pura del derecho, en cambio, se presenta como una garantía institucional para sociedades democráticas: su neutralidad axiológica no es una renuncia a los valores, sino una forma de respetar todos sin privilegiar a ninguno.

En segundo lugar, el debate con Voegelin condujo a Kelsen a desarrollar una visión más amplia de los peligros de la ideologización del saber jurí-

dico. Su crítica a Voegelin no se limita al contenido del libro, sino que forma parte de un esfuerzo más amplio por diagnosticar una tendencia general en las ciencias sociales: la infiltración de valores religiosos o ideológicos bajo formas pseudocientíficas. Esta preocupación se entrelaza con sus críticas anteriores a autores como Carl Schmitt o Rudolf Smend, quienes también, a su juicio, introducían nociones teológicas o historicistas incompatibles con una ciencia del derecho autónoma.

No obstante, el episodio también revela algunas áreas de oportunidad y límites en el pensamiento kelseniano. Uno de ellos es su resistencia para reconocer que, incluso en las ciencias normativas, las decisiones interpretativas no pueden eliminar del todo el trasfondo valorativo. Aunque Kelsen distingue con rigor entre ciencia y política, entre descripción normativa y justificación moral, sus críticos —como Radbruch o Capograssi— han señalado que esta separación no siempre puede sostenerse en la práctica. Frente a normas injustas, el derecho necesita más que el formalismo para defender su legitimidad.

Asimismo, la crítica de Kelsen a Voegelin, aunque es poderosa, no está exenta de tensiones internas. Por ejemplo, al atacar las ideas metafísicas del filósofo alemán, él mismo apela a nociones como la "norma fundante", que han sido interpretadas como ficciones normativas con cierto parecido funcional a los conceptos trascendentales que critica. Esta paradoja ha sido subrayada por autores contemporáneos, como Riccardo Guastini, quienes advierten que el jurista vienés, en su afán por eliminar toda metafísica, corre el riesgo de fundar su teoría en un vacío conceptual no menos problemático.

Por otra parte, la decisión de Kelsen de no publicar su recensión ni su obra *Religión secular* en vida sugiere una dimensión humana y política de su pensamiento que pocas veces se explora. Tal vez temía que un enfrentamiento directo con Voegelin, convertido en figura respetada del macartismo intelectual, comprometiera su estabilidad profesional en Estados Unidos. Tal vez dudó de la relevancia de su propio argumento en un clima cultural cada vez más marcado por el existencialismo religioso y el pensamiento post-nietzscheano. Lo cierto es que esta autocensura voluntaria añade un matiz de prudencia a la figura del líder de la Escuela Jurídica de Viena, mostrando que incluso los más firmes defensores de la racionalidad científica saben medir las consecuencias de sus intervenciones.

Finalmente, el debate con Voegelin también pone en evidencia el progresivo aislamiento intelectual de Kelsen. Miembros de su propia escuela —como Adolf Merkl o Fritz Sander— se alejaron de la teoría pura, y pensadores como Luis Recaséns Siches o Luis Legaz y Lacambra desarrollaron líneas de pensamiento con mayor apertura hacia la filosofía del espíritu o la

justicia material. Voegelin no fue sólo un opositor ideológico, fue un discípulo que simboliza el proceso mediante el cual muchos intelectuales centroeuropeos rompieron con el racionalismo jurídico kelseniano para explorar otras formas de pensamiento político, más sensibles a la experiencia histórica y a las exigencias éticas del siglo XX.

Sin embargo, el pensamiento y obra de Voegelin tampoco se encuentran exentas de críticas y bemoles. Este autor apela constantemente a categorías como "orden del ser", "experiencia de lo divino", "metaxu" (término tomado de Platón) y "simbolismo existencial", que no siempre son definidos con claridad ni sometidos a un tratamiento analítico riguroso. Esto hace que muchas de sus obras resulten de difícil acceso y ambiguas en sus consecuencias prácticas. A diferencia de Kelsen, cuya teoría se articula sobre una arquitectura lógica estricta, Voegelin construye un discurso que oscila entre lo filosófico, lo teológico y lo histórico, sin delimitar bien los planos.

Tal y como le sucede al jurista vienés en su interpretación política de Platón, Voegelin también incurre en anacronismos y proyecciones ideológicas, aunque desde el signo contrario. Interpreta a Platón —especialmente en *La República* y *Las leyes*— como un pensador que vivió una "experiencia de orden trascendente" que debe recuperarse como fundamento de la política moderna. Sin embargo, autores más filológicos o contextualizados, como Werner Jaeger, destacan que la obra platónica es más dialógica, más crítica e incluso irónica en su concepción del conocimiento y el poder. Voegelin tiende a absolutizar la idea platónica del "orden" e ignora los matices pedagógicos, retóricos y literarios de la filosofía griega.

Uno de los principales bemoles del pensamiento de Voegelin es su resistencia para reconocer los límites entre lo científico, lo filosófico y lo religioso. Su crítica al positivismo, aunque válida en muchos aspectos —como la denuncia de su esterilidad espiritual o su falta de respuesta al nihilismo moderno—, lo lleva a intentar una suerte de "re-teologización" de la política. La consecuencia de esta postura es la aparición de un discurso que, aunque disfrazado de filosofía política, puede servir de soporte a proyectos conservadores o reaccionarios. En sus primeros textos —como *Raza* y *Estado* o *El Estado autoritario*— esta ambigüedad es particularmente problemática.

En comparación con historiadores del pensamiento como Jaeger, Voegelin se muestra menos riguroso en su reconstrucción histórica. Su lectura de los clásicos es más simbólica que contextual, más fenomenológica que filológica. Esto se nota en su tendencia a trazar continuidades demasiado generales (por ejemplo, entre la gnosis antigua y los totalitarismos del siglo XX), lo que le resta poder explicativo y puede hacer que su teoría suene más a narración metafísica que a análisis crítico.

Aunque Voegelin critica los totalitarismos del siglo XX, su propia teoría no siempre es compatible con los fundamentos del pensamiento democrático moderno. Al proponer una "reconexión" con la verdad trascendente como fundamento del orden político, corre el riesgo de reemplazar el pluralismo por una forma velada de teocracia filosófica. Esto es lo que Kelsen intuye cuando lo acusa de disfrazar la ideología con ropajes científicos.

Frente a pensadores como Marx, Nietzsche o Freud —a quienes critica en bloque como parte del colapso espiritual de Occidente—, Voegelin no desarrolla una crítica detallada ni dialógica. Simplemente los presenta como síntomas de la ruptura del "orden del ser", sin considerar que muchas de sus ideas pueden representar respuestas legítimas al problema de la alienación, el poder o el sentido. En esto, Voegelin se muestra más dogmático que filosófico.

En conclusión, el debate entre Kelsen y Voegelin constituye mucho más que una polémica académica. Se trata de un momento de inflexión en la historia del pensamiento jurídico, en el que se confrontan dos visiones del derecho, la ciencia y la política: una que busca salvaguardar la objetividad y el pluralismo a través de la neutralidad valorativa, y otra que pretende restaurar el sentido perdido mediante un retorno a lo trascendente. Las lecciones de este debate siguen siendo vigentes hoy, cuando la tensión entre razón y fe, entre ciencia y convicción, continúa marcando las fronteras de la teoría del derecho y de la vida democrática.

VI. El relativismo axiológico en la teoría pura del derecho

Las reflexiones de Hans Kelsen sobre la relación entre el derecho y la moral, entre el poder político y el control del conocimiento, ya están presentes en su tesis de habilitación *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*. En esta monografía explica que las primeras organizaciones humanas no distinguían entre el derecho y la moral, ya que el derecho emanaba de la costumbre, lo que trae como consecuencia que las normas resultantes formen parte de ambos dominios.[1241] En otras palabras, no era posible distinguir entre el ser y el deber porque la conducta de los seres humanos coincide prácticamente con lo que prescribe el derecho debido a que éste y la costumbre son el mismo objeto de estudio.[1242] En el contexto de las primeras civilizaciones humanas

[1241] Kelsen, Hans, *Problemas capitales…, cit.*, p. 29.
[1242] *Ibidem*, p. 30.

no existían órganos del Estado que pudieran cumplir con la función de crear y aplicar el derecho.

Tuvieron que transcurrir numerosos siglos para que esta situación cambiara. En efecto, con el nacimiento de las grandes civilizaciones europeas, la función de creación y aplicación de las normas fue diferenciándose. Así pues, el nacimiento de la ciencia jurídica es reciente, pues esta disciplina se origina con la creación del derecho moderno mediante el proceso legislativo y la instauración de tribunales; sin lugar a duda, la metamorfosis descrita hizo posible la distinción con mayor nitidez entre el ser y el deber. En suma, el nacimiento de la ciencia jurídica es uno de los frutos de la Ilustración y la modernidad. Kelsen explica el punto anterior de la manera siguiente:

> El contenido de la norma, para los efectos del derecho positivo, ya no se deriva por abstracción de lo que usualmente viene practicándose, del examen del ser y del devenir histórico, sino que el contenido de la norma jurídica se determina, de modo inequívoco, por medio de un acto de libre y espontánea creación del derecho, totalmente independiente, en lo formal, del desarrollo jurídico efectivo. El acto legislativo ha venido a trazar una clara y nítida línea divisoria entre el desarrollo del derecho y el derecho vigente, línea divisoria de la mayor importancia para el método del conocimiento del derecho.[1243]

La teoría pura del derecho se ancla en el proceso evolutivo histórico descrito; se trata, por lo tanto, de una teoría sobre el derecho positivo. Debido a las transformaciones anteriores, hoy en día ya se está en condiciones de examinar de manera independiente las normas jurídicas de la moral o, lo que es lo mismo, ya existe una diferencia nítida entre el deber jurídico y el deber moral. Los razonamientos anteriores no deben ser interpretados en el sentido de negar la relación entre la ciencia jurídica y otras disciplinas, sino que el otrora líder de la Escuela Jurídica de Viena tan sólo quiere subrayar la necesidad de emplear con rigor los diferentes métodos de las ciencias del espíritu para no mezclar el objeto de la ciencia del derecho con otras disciplinas:

> Ni queremos tampoco decir que al jurista, por el mero hecho de serlo, le estén vedadas las investigaciones sociológicas, psicológicas e históricas. Por el contrario. Estas investigaciones son de todo punto necesarias, sólo que el jurista que las emprenda no debe perder jamás de vista que, en cuanto sociólogo, psicólogo o historiador, sigue derroteros totalmente distintos de aquellos que le conducen a sus conocimientos específicamente jurídicos.[1244]

[1243] *Ibidem,* p. 33.
[1244] *Ibidem,* p. 36.

El jurista vienés continuó desarrollando su reflexión a lo largo de los años subsecuentes en el contexto de unas circunstancias políticas, económicas, jurídicas y sociales bastante adversas. En *Teoría general del Estado* es patente el relativismo axiológico de Kelsen; al respecto, el erudito vienés centra su atención en un tema que no había tratado en su tesis de habilitación, a saber: la autocracia. El otrora fundador de la Escuela Jurídica de Viena entiende como tal un régimen de gobierno de partido único, basado en el control absoluto del poder político e ideológico. El jurista vienés era un partidario de la democracia, una forma de gobierno que debe dar cabida a todos los valores, pues de lo contrario se tendría que negar la libertad de pensamiento, al igual que la libertad política. En ese sentido, resulta especialmente significativa la siguiente explicación de Kelsen:

> Compréndase que un sistema semejante [la autocracia] no puede dejar de influir sensiblemente en la escuela y la enseñanza, y que la libertad de la ciencia no puede ser respetada por él. La ciencia es puesta al servicio incondicionado de los intereses del poder político, en tanto que es susceptible de ello: y la ciencia social lo es, sin duda alguna.[1245]

De nueva cuenta, se puede observar la presencia de la tesis de Kelsen de que la política está relacionada con el control ideológico y la educación; para él, no puede existir la libertad de pensamiento donde no existe la libertad política. Por tal motivo, para el erudito austriaco:

> …quien estima que el conocimiento humano no puede alcanzar verdades ni valores absolutos, no sólo ha de estimar posible, cuando menos, la propia opinión, sino la ajena y aun la opuesta. Por eso el relativismo es la concepción del mundo que presupone la idea democrática. La democracia concede igual valor a la voluntad política de cada cual, respetando por igual cada creencia, toda opinión en que aquella se manifiesta.[1246]

En ese mismo sentido, más adelante, el fundador de la teoría pura del derecho añade:

> …la creencia de que el conocimiento humano no puede alcanzar más que verdades y valores relativos; la convicción de que cada verdad y cada valor —tal y como el hombre los encuentra— tienen que estar dispuestos en todo momento a retirarse y dejar paso a otros, conduce a la ideología del criticismo y del positivismo, entendida por toda aquella dirección de la filosofía y de la

[1245] Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado, cit.,* p. 468.
[1246] *Idem.*

> ciencia que parte de lo positivo, es decir, de lo dado, de la mudable y siempre cambiante experiencia, rechazando la hipótesis de un "absoluto" trascendente a aquella.[1247]

Una vez más, Kelsen está denunciando el control político a través del control del conocimiento. Es cierto que la convicción política del fundador de la teoría pura del derecho es clara, pero la tesis de considerar adecuado que la ciencia jurídica no enarbole ningún juicio de valor ya es en sí misma un juicio de valor y, en consecuencia, contradictoria con lo que él había sostenido hasta entonces. Sin embargo, dadas las circunstancias políticas de la década de los veinte en Austria y Alemania, y, en general, en toda Europa, el punto de vista del erudito austriaco resulta comprensible y hasta justificado. A pesar de la existencia de semejante contradicción en el pensamiento kelseniano, sus reflexiones no pierden su valor, pues es cierto que la autocracia se traduce en la afirmación de la existencia de un bien supremo, del conocimiento de éste y su apropiación. El fundador de la teoría pura del derecho explica algunas de las consecuencias de esta forma de pensar en los términos siguientes:

> …si hay alguien que se halla en posesión del Bien sumo, ¿qué puede pedirse sino la obediencia ciega, rendida, desinteresada y agradecida de aquellos para quienes la imposición del afortunado que alcanzó "la verdad" ha de ser la solución? Pero, para que esta obediencia pueda darse, es preciso creer que, en efecto, la persona autoritaria del legislador esté en posición del Bien sumo, que esté en comunicación con la divinidad, cuyo conocimiento es inaccesible a la gran masa de súbditos.[1248]

En *El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del derecho,* versión preliminar de la primera edición de la *Teoría pura del derecho,* el erudito vienés retoma el tema sobre la relación entre el derecho y la moral. En ella, precisa que la ciencia jurídica no debe ser justificada o descalificada con base en algún tipo de directriz axiológica, ya que éstas son contingentes. El objeto de estudio de la ciencia jurídica, esto es, el derecho, nace de los conflictos de intereses que se gestan en la sociedad y éstos deben ser solucionados a través de un compromiso entre los grupos humanos involucrados,[1249] pero esta clase de compromisos a menudo son el resultado de satisfacer un interés, esto es, un valor, a costa de otro. Si se quiere hablar de ciencia jurídica, ningún valor puede estar por encima del otro:

[1247] *Ibidem,* p. 472.

[1248] *Idem.*

[1249] Kelsen, Hans, *El método…, cit.,* p. 32.

> Contra estas tendencias dirígese la teoría jurídica pura. Ella aspira a exponer el derecho tal y como es, sin legitimarlo por su justicia ni descalificarlo por su injusticia, preguntándose por el Derecho real y posible, no por el derecho justo…[1250] Por eso se opone, en particular, a ponerse al servicio de cualesquiera intereses políticos, suministrándoles la ideología con arreglo a la cual pudiérase legitimar o descalificar el orden social existente.[1251]

El punto de vista anterior está expresado en los mismos términos en *Introducción a los problemas de la ciencia jurídica* y es más o menos replicado en *Teoría general del derecho y del Estado*, donde el autor afirma, de nueva cuenta, que el derecho y cualquier ideal sobre la justicia deben mantenerse separados metodológicamente. Sin embargo, aunque hace su mejor esfuerzo por desarrollar sus conceptos de la manera más objetiva posible, no lo consigue, ya que, por una parte, rechaza la posibilidad de una justicia que pueda colmar todas las necesidades e intereses de la población, y, por la otra, exalta la importancia del individuo en sociedad y su capacidad para resolver los conflictos sociales mediante el diálogo. El jurista austriaco enarbola una convicción política liberal,[1252] pero dicha convicción es también el resultado de un juicio de valor, tan válido como defender un punto de vista comunista o socialdemócrata.[1253]

En *Teoría general del derecho y del Estado,* Kelsen hace referencia explícita a la doctrina del derecho natural y, de manera específica, tilda de vacía la fórmula *suum cuique*, porque no da cuenta de manera clara qué debe entenderse como suyo de cada quien. Además, a pesar de autoproclamarse como un neokantiano, rechaza expresamente la idea del imperativo categórico bajo la misma lógica con la que criticó la fórmula *suum cuique*, ya que considera al imperativo como una fórmula vacía. Sin embargo, probablemente el aspecto más interesante de la *Teoría general del derecho y del Estado* en este respecto es que hace referencia explícita a la doctrina de Platón, la cual tilda de ser la piedra angular de la doctrina del derecho natural en Occidente, porque postula de manera meticulosa la existencia de dos órdenes de conocimiento, uno inmutable, absoluto y justo, y otro mutable, relativo e injusto. He aquí el pasaje a través del cual realiza su crítica:

> La doctrina del derecho natural se caracteriza por el establecimiento de un dualismo fundamental entre derecho positivo y derecho natural… El dualismo de los derechos positivo y natural, característico de la doctrina, se asemeja en

[1250] *Ibidem,* p. 33.
[1251] *Ibidem,* p. 34.
[1252] Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho…, cit.,* pp. 3-7.
[1253] *Ibidem,* p. 7.

> tal respecto al dualismo metafísico de la realidad y la idea platónica. El centro de la filosofía de Platón es la doctrina de las ideas… El dualismo entre realidad e idea, entre el mundo imperfecto de nuestros sentidos y otro mundo perfecto, inaccesible a la experiencia de los mismos sentidos, es decir, el dualismo entre naturaleza y supernaturaleza, entre lo natural y lo sobrenatural, lo empírico y lo trascendente, el más acá y el más allá, esta reduplicación del universo, no es sólo un elemento de la filosofía platónica, sino ingrediente típico de toda interpretación metafísica o, lo que es lo mismo, religiosa, de lo existente.[1254]

Es evidente que la idea anterior constituye una incorporación de los resultados de las investigaciones que el profesor austriaco había realizado en torno a la filosofía de los griegos y, en particular, de Platón, la cual constituye una especie de síntesis de sus reflexiones sobre los problemas a los que conduce ligar cualquier idea sobre la justicia con el derecho, así como la imposibilidad de la existencia de dos órdenes normativos distintos.

En la segunda edición de la *Teoría pura del derecho* sigue una línea argumentativa similar a la empleada hasta este momento. En esta monografía, se ocupa del tópico referido en el segundo capítulo; esta característica de su obra constituye una muestra clara del profundo interés que el autor tenía por el tema. Al abordar el tema, el líder de la Escuela Jurídica de Viena es meticuloso. Para empezar, señala que la ética, a diferencia de la ciencia jurídica, se ocupa de normas expresadas en forma de enunciados de deber, pero lo hace enfatizando que éstas corresponden al ámbito interno del humano, mientras que las normas jurídicas, al externo, pues son impuestas las sanciones a través de la fuerza del Estado.[1255] Aunado a ello, explica que las normas morales, vistas en su conjunto, podrían ser consideradas como un orden normativo primitivo, en la medida en que no existen órganos para su creación y aplicación. Para Kelsen, las normas morales son leyes indiferenciadas. Nótese la similitud del razonamiento del erudito austriaco con alguna tesis que ya había sostenido anteriormente sobre la naturaleza de las normas del derecho internacional.[1256] El pensamiento del jurista vienés está sintetizado en la afirmación siguiente: "La exigencia de escindir el derecho de la moral, y la ciencia jurídica de la ética, significa que la validez de las normas jurídicas positivas no depende de su correspondencia con el orden moral".[1257]

En suma, el relativismo axiológico en la teoría pura del derecho puede condensarse de la manera siguiente: las obligaciones morales y jurídicas son

---

[1254] *Ibidem,* pp. 13 y 14.

[1255] Kelsen, Hans, *Teoría pura…, cit.,* pp. 71 y 72.

[1256] *Ibidem,* p. 75.

[1257] *Ibidem,* p. 85.

formuladas mediante enunciados de deber; sin embargo, el deber moral difiere del deber jurídico en que el primero corresponde al fuero interno de los individuos, mientras que el segundo es impuesto por los órganos del Estado. Kelsen reconoce la existencia de numerosas directrices axiológicas y niega que alguna de ellas pueda ser la fuente de validez del ordenamiento jurídico; en otras palabras, considera que la ciencia jurídica no puede partir de ningún ideal de justicia, so pena de convertirse en una ideología. Finalmente, en el plano político, ninguna directriz axiológica puede convertirse en el eje rector de la vida institucional del Estado porque los regímenes democráticos deben dar cabida a todos los valores.

Libro completo en https://tinyurl.com/472hb2hr
2026. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas,
https://www.juridicas.unam.mx/
Acervo de la BJV: https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv

VIGENCIA DEL PENSAMIENTO DE HANS KELSEN: ENTRE EL LEGADO, LA CRÍTICA Y EL DIÁLOGO

En el complejo escenario jurídico contemporáneo, caracterizado por el pluralismo normativo, la constitucionalización del derecho y el debate constante entre legalismo y justicia, la figura de Hans Kelsen vuelve a emerger como un punto de referencia fundamental. A pesar de las múltiples críticas que ha recibido —particularmente tras la Segunda Guerra Mundial—, su pensamiento no sólo no ha sido superado, sino que ha sido objeto de una revalorización crítica, especialmente en América Latina, donde su influencia continúa moldeando la teoría y la práctica del derecho.

Una de las principales aportaciones de esta investigación consiste precisamente en mostrar que la obra de Kelsen no debe ser leída fragmentariamente ni reducida o ridiculizada a caricaturas simplistas. Aquí se ha propuesto una lectura integral de la obra y pensamiento del jurista vienés como un sistema compuesto por tres subsistemas: metodológico, ontológico y deontológico. Esta arquitectura conceptual permite reorganizar el pensamiento kelseniano en función de sus diferentes preocupaciones: cómo debe estudiarse el derecho (metodología), cómo se constituye como fenómeno normativo (ontología) y cómo debe situarse frente a los valores (deontología).

En efecto, a través de las páginas de esta investigación ha sido demostrado que la propuesta filosófica del profesor austriaco es algo más que una doctrina sobre el formalismo jurídico, un aspecto de la teoría pura del derecho por el que ha sido mejor conocida en el mundo de habla hispana desde su introducción por Luis Recaséns Siches, Luis Legaz y Lacambra, Justino de Azcárate Florez, Eduardo García Máynez y Mario de la Cueva. El método propuesto y desarrollado a través de las páginas que conforman esta investigación ha demostrado ser adecuado para alcanzar el objetivo general planteado desde un inicio: articular de manera coherente la obra escrita e ideas de Kelsen. Ello no quiere decir, por supuesto, que dicho método sea el único camino plausible para estudiar el trabajo del erudito austriaco, sólo se trata de *una* senda que permite a los estudiosos del derecho de habla hispana analizar la obra del jurista.

Tal y como se ha explicado en las páginas de esta investigación, la teoría pura del derecho podría ser vista como un modelo omnicomprensivo (sistema) articulado por tres subsistemas: metodológico, ontológico y deontológico. El primero corresponde al estudio de las principales categorías de análisis de la teoría general del derecho, considerada como una ciencia; en este sentido, las ideas o postulados de Kelsen se encuentran cristalizados en sus principales monografías, comenzando con su tesis de habilitación *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado,* hasta llegar a su obra póstuma *Teoría general de las normas*.

El subsistema ontológico de la teoría pura del derecho se encuentra compuesto por aquellas obras que el jurista vienés escribió sobre derecho constitucional y derecho internacional, gracias a las cuales explicó la manera en que el derecho se aplica en los ámbitos mencionados. Por lo que respecta al derecho constitucional, centró su atención en realizar una extensa reflexión sobre la justicia constitucional y el parlamentarismo. En ese sentido, consideró la existencia de un tribunal constitucional como una pieza clave para salvaguardar la unidad política y territorial del Imperio Austrohúngaro o, mejor dicho, de la República de Austria, pues ésta corría el riesgo de desintegrarse a principios del siglo XX debido a la presión de las fuerzas centrífugas de carácter político que amenazaban su unidad. Pero no sólo eso, el tribunal constitucional tenía como función la corrección y depuración de las contradicciones del sistema normativo durante el proceso de control de constitucionalidad. Finalmente, en las postrimerías de la década de los veinte, Kelsen concibió como tercera labor del tribunal constitucional la salvaguarda de los derechos fundamentales del individuo debido al surgimiento de movimientos políticos radicales que cooptaron, o inclusive demolieron, las principales instituciones democráticas europeas.

Sin embargo, el sistema de control concentrado de constitucionalidad propuesto por el profesor austriaco entraña dos falencias. La primera consiste en la excesiva generalidad con la que el autor expresa sus ideas, mientras que la segunda, que en cierto modo es continuación de la primera, radica en la falta de meticulosidad por parte de Kelsen, por lo que corresponde al ámbito de la razón práctica, ya que no ofrece pauta alguna para regular el proceso dialógico entre los jueces constitucionales.

El parlamento fue la segunda institución de la que se hizo cargo el líder de la Escuela Jurídica de Viena en el ámbito del derecho constitucional. Para él, las normas son el resultado de un ejercicio democrático o, mejor dicho, de un compromiso racional entre los diferentes actores políticos de una sociedad. Tras cristalizarse dichos acuerdos políticos en el texto de las normas jurídicas, éstas se convertirían en el objeto de estudio de la ciencia jurídica y

la materia prima de los jueces constitucionales. El parlamentarismo no gozaba de aceptación entre los austriacos y alemanes, ya que era considerada una forma de gobierno al servicio de la burguesía, quien trataba de salvaguardar sus propios intereses. El líder de la Escuela Jurídica de Viena se convirtió en un defensor crítico del parlamentarismo, así como en uno de sus principales reformadores. Por ello, propuso la eliminación de la inmunidad de los parlamentarios y la introducción del referendo e iniciativa popular con el propósito de asegurar la participación efectiva de los ciudadanos en la conformación de las normas. Pero de nueva cuenta incurrió en el mismo error cometido en sus estudios sobre justicia constitucional: expresar sus ideas en términos generales y no proponer lineamiento alguno para regular el proceso dialógico de creación de las normas (razón práctica).

El derecho internacional es la segunda área que compone el subsistema ontológico. Aquí, el erudito austriaco realizó estudios en torno al concepto de "soberanía", la relación entre el derecho internacional y los ordenamientos jurídicos estatales parciales, las características de las normas del derecho internacional, así como la necesidad de la creación de un tribunal internacional de justicia. Sobre este último punto, Kelsen, tomando como punto de partida su experiencia como juez del Tribunal Constitucional de Austria, consideró adecuado primero crear un tribunal que obligara a los Estados a cumplir con la costumbre y los tratados internacionales, y posteriormente órganos internacionales de carácter político. Entre las principales debilidades de los estudios de Kelsen sobre derecho internacional que escribió entre 1920 y 1950 se encuentra el paulatino resquebrajamiento de la fundamentación neokantiana de su pensamiento.

Los subsistemas metodológico y ontológico están ligados a la idea de que la validez del derecho no puede ser extraída de la moral. El fundador de la teoría pura del derecho no está negando que en la aplicación de las normas no se presenten dilemas morales o que éstos no sean relevantes, sino que él tan sólo está queriendo subrayar la independencia de la ciencia jurídica frente a otras disciplinas. Esta idea estaba presente en su tesis de habilitación y atravesó un proceso de ampliación entre las décadas de los venite y los cincuenta. A decir verdad, aún no se ha escrito la última palabra sobre el origen del relativismo axiológico de la teoría pura del derecho. La evidencia con la que hoy se cuenta apunta en la dirección de que este aspecto de la doctrina kelseniana encuentra su punto de partida en el pensamiento de autores como Schopenhauer, Nietzsche, Weber, entre otros.

En *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado,* el profesor vienés explica que las primeras civilizaciones humanas desarrollaron un derecho cuya fuente de creación y aplicación era la costumbre; razón por la cual en este estadio

del desarrollo de la cultura jurídica no existía diferencia alguna entre el derecho y la moral. La modernidad trajo consigo la división de trabajo en todos los ámbitos, incluyendo el jurídico. Gracias a la creación del proceso legislativo se ha podido examinar de manera separada el derecho de la moral.

Al observar que numerosos autores empleaban elementos de la moral y conceptos ideológicos, el erudito austriaco quiso comprender las causas de este fenómeno. En ese sentido, tomó como punto de partida el pensamiento y obra de Platón. Tras analizar ambos elementos, concluyó que la ciencia, en ocasiones, es ligada a ciertas ideologías con el objetivo de ejercer poder sobre los seres humanos. Kelsen también leyó críticamente la obra de Aristóteles, y calificó la doctrina del justo medio como un instrumento fallido para resolver los dilemas morales.

Paulatinamente fueron apareciendo doctrinas que, al igual que la de Platón y Aristóteles, trataron de enmascarar alguna ideología con los ropajes del derecho. Tal es el caso de Rudolf Smend, Carl Schmitt y su alumno Eric Voegelin. En la década de los cincuenta, Voegelin publicó un ensayo titulado *Una nueva ciencia de la política,* en cuyas páginas expresa la tesis de que el positivismo había marchitado el pensamiento filosófico con el objetivo de producir una ciencia acrítica y una tecnificación del saber. Por tal motivo, primero propuso retomar la lectura de autores clásicos del pensamiento occidental, como Platón; posteriormente, intentó desarrollar una nueva ciencia política retomando ciertos conceptos griegos. Kelsen escribió una recensión crítica a la obra de su pupilo, la cual alcanzó una extensión de poco más de 100 páginas, que jamás publicó en vida. El erudito austriaco estuvo tan interesado en el tema que prolongó sus investigaciones hasta la década de los sesenta y escribió un libro que jamás llegó a las librerías por decisión de él. En esencia, el fundador de la teoría pura del derecho afirma que Voegelin, al igual que Platón, estaba tratando de mezclar el conocimiento científico con la ideología.

Estructurar la obra total de Kelsen de la manera anterior es clave para comprender por qué sigue siendo relevante: frente a un entorno jurídico crecientemente complejo, su teoría ofrece un marco para pensar el derecho como sistema normativo autónomo, sin caer en reduccionismos moralistas ni en voluntarismos políticos. En otras palabras, su propuesta conserva una vigencia fundamental para quienes buscan comprender el derecho desde una lógica formal y racional, sin por ello renunciar a la crítica o a la sensibilidad histórica.

En Latinoamérica, el interés renovado por el jurista vienés se explica, en parte, por la necesidad de contar con herramientas teóricas que permitan analizar críticamente fenómenos como el constitucionalismo populista, la

expansión judicial o la politización de la justicia. En un contexto donde las normas muchas veces son vistas como obstáculos antes que como garantías, la teoría pura del derecho recuerda que el orden jurídico no puede subsistir sin una estructura racional que distinga entre lo jurídico y lo político, entre el deber ser y el ser. En América Latina, la revitalización del interés por Kelsen no es casual. La UNAM, a través de su Instituto de Investigaciones Jurídicas, organizó entre 2021 y 2023 tres seminarios internacionales que congregaron a numerosos expertos, de diversos países, para examinar la vigencia y los retos de su obra. Asimismo, en Veracruz, Colombia, Brasil y Cuba se han celebrado ciclos de conferencias y publicado monografías que analizan el legado del jurista. Se insiste, este renovado interés refleja la necesidad de contar con una teoría del derecho capaz de distinguir entre la validez formal de la norma y sus implicaciones ético-sociales.

El interés anterior por la obra y pensamiento de Kelsen no es ingenuo ni acrítico. Como bien ha sido señalado en la presente investigación, uno de los principales desafíos que enfrenta la obra del profesor austriaco es su distanciamiento radical respecto a la moral y la justicia. Su relativismo axiológico, si bien garantiza la neutralidad de la ciencia jurídica, también lo ha llevado a ser acusado de "deshumanizar" el derecho. Esta tensión es especialmente visible en los debates acaecidos después de la Segunda Guerra Mundial, donde se le cuestionó por sostener que una norma válida puede ser injusta y, sin embargo, jurídicamente vinculante. Críticos como Gustav Radbruch, Miguel Villoro Toranzo o Giuseppe Capograssi han enfatizado que el derecho no puede desvincularse totalmente de su contenido ético sin perder su legitimidad.

Sin embargo, la fusión entre el derecho y la moral, expresada en directrices axiológicas como los derechos humanos, no sólo han ofrecido nuevas razones para argumentar en sede judicial, sino también han sido el punto de partida de nuevos fenómenos jurídicos u objetos de investigación. Precisamente, la enseñanza kelseniana recuerda que, en un orden constitucional, las normas sólo pueden subsistir si se articulan en un sistema jerárquico de validez, donde cada disposición encuentra su fundamento en una norma superior sin diluirse en juicios de valor. Esta claridad formal resulta especialmente valiosa ante la tendencia actual de recurrir a parámetros indeterminados (justicia, derechos humanos, solidaridad) para justificar decisiones judiciales, lo que puede abrir la puerta a voluntarismos políticos, como en realidad acontece.

A decir verdad, las críticas que han sido realizadas a la teoría pura del derecho no anulan la utilidad del enfoque kelseniano, sino que nos invitan a complementarlo y actualizarlo. En ese sentido, el diálogo entre Kelsen y las

doctrinas contemporáneas —como el positivismo incluyente, el constitucionalismo principialista o la filosofía analítica del derecho— es más fértil que antagónico. Teóricos como Norberto Bobbio, Letizia Gianformaggio o Riccardo Guastini han mostrado que es posible releer a Kelsen desde nuevas claves, reconociendo sus límites, pero también su capacidad de articular un pensamiento jurídico riguroso y crítico. El positivismo jurídico inclusivo incorpora la convicción de que un contenido ético mínimo acompaña a todo orden válido sin renunciar a la pureza metodológica. Por su parte, la filosofía analítica ha subrayado el carácter deóntico de las proposiciones jurídicas y ha explorado la lógica normativa como complemento de la lógica clásica. Estas lecturas muestran que es posible ampliar la fundación kelseniana sin traicionar su esencia: manteniendo la autonomía del derecho y donando al mismo tiempo espacios para evaluar sus consecuencias valorativas.

La teoría pura del derecho no niega la existencia de valores, sino que delimita el campo de la ciencia jurídica respecto al discurso moral o político. Esta distinción, lejos de ser un dogma, es una herramienta epistémica que permite conservar la racionalidad en un campo muchas veces dominado por la retórica ideológica. Por eso, en lugar de considerar a Kelsen como una figura "superada", conviene pensar su teoría como un faro que sigue iluminando los fundamentos del derecho positivo en una época de incertidumbre normativa y fragmentación institucional.

Aunque esta investigación revela un trabajo riguroso y de gran valor intelectual, también plantea áreas claras de oportunidad y algunas limitaciones que, de atenderse, podrían fortalecer aún más sus aportes. En primer lugar, la tesis se apoya casi exclusivamente en fuentes europeas y anglosajonas, con escaso diálogo con la producción latinoamericana contemporánea sobre Kelsen. Dado el renovado interés que existe en la región —materializado en seminarios y congresos organizados por la UNAM y otras universidades—, incorporar estudios de autores locales permitiría enriquecer la perspectiva, mostrar recepciones diversas y sintonizar mejor con los problemas jurídicos latinoamericanos.

Una segunda área de oportunidad es la falta de aplicaciones prácticas o estudios de caso. El modelo de subsistemas promete utilidad para analizar instituciones concretas (como un tribunal constitucional), pero este trabajo de investigación no ejemplifica cómo emplear el enfoque en situaciones reales. Incluir casos específicos habría demostrado la potencia explicativa del sistema kelseniano y su capacidad para iluminar desafíos actuales, como la expansión de la jurisdicción constitucional o el ejercicio excesivo de la discrecionalidad judicial. Además, la tesis podría beneficiarse de representaciones gráficas (mapas conceptuales, esquemas de la jerarquía normativa,

diagramas de relaciones entre subsistemas) que facilitaran la comprensión de su estructura compleja. En un texto donde la "reducción de la complejidad interna" es un objetivo, el apoyo visual agilizaría la asimilación de sus ideas centrales.

Desde el punto de vista deontológico, la tesis expone el relativismo axiológico de Kelsen, pero no profundiza lo suficiente en sus implicaciones prácticas ni en las críticas que este relativismo recibe de corrientes como el no-positivismo de Radbruch y de Alexy. Una discusión más amplia sobre cómo conciliar la neutralidad valorativa con las demandas de justicia social y derechos humanos reforzaría la dimensión ética del análisis. Finalmente, la integración interdisciplinaria es todavía mejorable. Aunque la tesis recurre a la teoría de sistemas, la hermenéutica y la historia del pensamiento, podría incorporar aportes de la ciencia política (teoría de la representación), la sociología jurídica (estudios sobre legitimidad) o la economía del derecho (análisis costo-beneficio de la normatividad) para enriquecer su diagnóstico sobre la funcionalidad y límites del ordenamiento jurídico.

La investigación ofrece un marco conceptual sólido para estudiar la obra de Kelsen de manera integral, pero ganaría en claridad, aplicabilidad y relevancia regional si ampliara su diálogo con la academia latinoamericana, incorporara estudios de caso, utilizara esquemas visuales, profundizara la dimensión ética de su relativismo y se abriera a disciplinas afines. Atender estas limitaciones no sólo robustecería la tesis, sino que contribuiría a consolidar la teoría pura del derecho como herramienta viva y crítica en los debates jurídicos del siglo XXI.

En conclusión, seguir leyendo al jurista vienés hoy es un acto de responsabilidad intelectual. Seguir leyendo a Kelsen en el siglo XXI significa comprometerse con un riguroso ejercicio intelectual. No se trata de aceptar ciegamente su propuesta, sino de comprenderla en toda su complejidad, reconstruir sus alcances, identificar sus límites y dialogar con ella desde las exigencias del presente. En un tiempo en el que las instituciones jurídicas enfrentan presiones crecientes, la claridad conceptual, el rigor lógico y la autonomía metodológica que defiende la teoría pura del derecho son más necesarios que nunca. En América Latina, donde los desafíos institucionales y sociales exigen marcos conceptuales sólidos, la teoría pura del derecho sigue ofreciendo un faro que ilumina la distinción entre la forma normativa y la evaluación moral, protegiendo al mismo tiempo la coherencia interna del ordenamiento jurídico. Este diálogo crítico y abierto, que combina rigor lógico y sensibilidad histórica, es la mejor garantía de que el pensamiento de Kelsen continúe vivo y útil en las complejas realidades contemporáneas.

A través de esta investigación se ha demostrado que la teoría pura del derecho es una doctrina que va más allá del formalismo jurídico. En estas páginas se ha querido ofrecer una visión distinta de la teoría pura del derecho compatible con la lectura canónica que se ha realizado desde la introducción del pensamiento del jurista vienés en el mundo de habla hispana. La interpretación sobre la obra kelseniana que aquí se ha ofrecido ha sido posible gracias al interés y empeño de incontables juristas que, a lo largo de numerosas décadas, han traducido y discutido la obra del autor. Lo anterior demuestra el error de quienes afirman que la teoría de Kelsen está muerta. En realidad, la teoría pura del derecho es de las pocas doctrinas que continúan despertando acalorados debates como ninguna otra.

Sin duda alguna, es un error afirmar que la teoría pura del derecho se encuentra superada, del mismo modo que lo sería decir que no vale la pena leer a los autores clásicos como Platón o Aristóteles. Todos ellos han mirado el mismo objeto de estudio desde diferentes ángulos, de tal suerte que dialogar con ellos es de gran relevancia para poder comprender mejor el derecho.

Libro completo en https://tinyurl.com/472hb2hr
2026. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas,
https://www.juridicas.unam.mx/
Acervo de la BJV: https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv

FUENTES DE INFORMACIÓN

ABELLÁN, Joaquín, "Estudio preliminar", en WEBER, Max, *Por qué no se deben hacer juicios de valor en la sociología y en la economía (El sentido de "no hacer juicios de valor" en la sociología y en la economía)*, trad. de Joaquín Abellán, Madrid, Alianza, 2010.

ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio, "Sobre el concepto de orden jurídico", *Crítica. Revista Hispanoamericana de Filosofía*, vol. 8, núm. 23, 1976.

ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio, *Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*, 2a. ed., Buenos Aires-Bogotá, Astrea, 2002.

ALEXY, Robert, "Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín", trad. de A. Daniel Oliver-Lalana, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 23, 2000.

ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, 2a. ed., trad. de Jorge M. Seña, Barcelona, Gedisa, 2004.

ALEXY, Robert, "Los principales elementos de mi filosofía del derecho", trad. de A. Daniel Oliver-Lalana, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 32, 2009.

ALEXY, Robert, "The Dual Nature of Law", *Ratio Juris*, vol. 23, núm. 2, 2010.

ALEXY, Robert, "El no-positivismo incluyente", trad. de María Claudia Quimbayo Duarte, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 36, 2013.

ALEXY, Robert, "Legal Certainty and Correctness", *Ratio Juris*, vol. 28, núm. 4, 2015.

ANTUÑANO ALEA, Salvador, "Estudio introductorio", en SAN AGUSTÍN, *Confesiones y contra los académicos*, trad. de Ángel Custodio Vega, Madrid, Gredos (col. Grandes Pensadores), 2014.

APEL, Karl-Otto, "La ética del discurso como ética de la responsabilidad: una transformación postmetafísica de la ética de Kant", en DUSSEL, Enrique y APEL, Karl-Otto, *Ética del discurso y ética de la liberación*, Madrid, Trotta, 2004.

ARISTÓTELES, "Ética nicomáquea", en ARISTÓTELES, *Ética nicomáquea; Ética Eudemia; Acerca del alma,* trad. de Julio Pallí Bonet y Tomás Calvo Martínez, Madrid, Gredos (col. Biblioteca Clásica), 2015.

ARISTÓTELES, *Política,* trad. de Manuel García Valdés, Madrid, Gredos (col. Biblioteca Clásica), 2015.

ATIENZA, Manuel, *Contribución a una teoría de la legislación,* Madrid, Civitas, 1997.

ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, "8 preguntas a Norberto Bobbio", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho,* núm. 2, 1985.

ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, "Dejemos atrás el positivismo jurídico", *Isonomía,* núm. 27, 2007.

AUSTIN, John, *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia,* México, Ediciones Coyoacán, 2011.

BARASH, Jeffrey Andrew, "Hermann Heller critique de Carl Schmitt", *Cités, Qu'est-ce qu'un chef? La crise de l'autorité aujourd'hui,* núm. 6, 2001.

BAUME, Sandrine, "La réception critique de Carl Schmitt", *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, 2008, núm. 27.

BAUMERT, Renaud, "Kelsen, lecteur critique de Rousseau : de la volonté générale à la volonté collective", *Jus Politicum,* núm. 10, 2013.

BIX, Brian, "Radbruch's Formula and Conceptual Analysis", *American Journal of Jurisprudence*, vol. 45, 2011.

BOBBIO, Norberto, "Sul formalismo giuridico", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, nueva serie, año 1, núm. 4, 1958.

BOBBIO, Norberto, "Kelsen y el problema del poder", trad. de Gustavo Molina Ramos, *Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, núm. 8, 1988.

BOBBIO, Norberto, *Teoría general del derecho,* trad. de Eduardo Rozo Acuña, Madrid, Debate, 1995.

BOBBIO, Norberto, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico,* trad. de Elías Díaz, Ernesto Garzón Valdés, Andrea Greppi y Alfonso Ruíz Miguel, Madrid, Trotta, 2018.

BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico,* 12a. ed., México, Ediciones Coyoacán, 2020.

BOVERO, Michelangelo, "Norberto Bobbio, profesor", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 28, 2005.

BRAGE CAMAZANO, Joaquín, "Rudolf Smend: un constitucionalista lúcido en las repúblicas de Weimar y Bonn", en SMEND, Rudolf, *Ensayos sobre la*

libertad de expresión, de ciencia y de cátedra como derecho fundamental y sobre el Tribunal Constitucional Federal alemán, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, compilación, traducción y estudio introductorio de Joaquín Brage Camazano, 2005.

BREMER, Juan José, "Genealogía filosófica", en STAMMLER, Rudolf, *La teoría crítica del derecho,* trad. de Juan José Bremer, México, Ediciones Coyoacán, 2011.

BREMER, Juan José, "Repertorio conceptual", en STAMMLER, Rudolf, *La teoría crítica del derecho,* trad. de Juan José Bremer, México, Ediciones Coyoacán, 2011.

BREMER, Juan José, "La justicia", en STAMMLER, Rudolf, *La teoría crítica del derecho,* trad. de Juan José Bremer, México, Ediciones Coyoacán, 2011.

BRUNET, Pierre, "Introduction : la hiérarchie des normes, fétiche ou nécessité?", *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law,* núm. 21, 2013.

BULYGIN, Eugenio, "Discurso pronunciado por el Dr. Eugenio Bulygin con motivo de su investidura como doctor *honoris causa* por la Universidad de Alicante", *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho*, año 6, núm. 12, 2008.

BULYGIN, "Dogmática jurídica y sistematización del derecho", en ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio, *Análisis lógico y derecho,* Madrid, Trotta, 2021.

BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Derecho constitucional mexicano,* 20a. ed., México, Porrúa, 2010.

CANDEL, Miguel, "Aristóteles, primer filósofo sistemático", en ARISTÓTELES, *Protréptico; Metafísica*, trad. de Carlos Megino Rodríguez y Tomás Calvo Martínez, Madrid, Gredos (col. Grandes Pensadores), 2014.

CANO, Germán, "Friedrich Nietzsche, crítico de la moral", en NIETZSCHE, Friedrich, *El nacimiento de la tragedia; El caminante y su sombra; La ciencia jovial,* trad. de Germán Cano Cuenca y Alfredo Brotons Muñoz, Madrid, Gredos (col. Grandes Pensadores), 2014, t. I.

CAPOGRASSI, Giuseppe, "Impressioni su Kelsen tradotto", CAPOGRASSI, Giuseppe, *Trattato da Giuseppe Capograssi,* Milan, Giuffrè, 1958, vol. V.

CARABANTE MUNTADA, José María, "Experiencia religiosa y orden político. La propuesta de Eric Voegelin", *Analysis 2X,* 2021.

CARACCIOLO, Antonio, "Presentazione", en SCHMITT, Carl, *Dottrina della Costituzione (a cura di Antonio Caracciolo)*, Milán, Giuffrè, 1984.

CARACCIOLO, Ricardo, "Unas palabras en recuerdo de Eugenio Bulygin", *Discusiones,* núm. 27, 2021.

CARPIZO, Jorge, "Prefacio u homenaje al maestro Eduardo García-Máynez (*sic*) en ocasión de la quincuagésima edición de esta obra", en GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 62a. ed., México, Porrúa, prólogo de Virgilio Domínguez, 2020.

CARRILLO SALGADO, Augusto Fernando, "Un acercamiento al positivismo inclusivo de Hans Kelsen", en CARRILLO SALGADO, Augusto Fernando y MUÑOZ MENDIOLA, Julio César (coords.), *Actualidad del pensamiento teórico jurídico de Hans Kelsen,* México, Tirant lo Blanch, 2021.

CARRILLO SALGADO, Augusto Fernando, "Una académica comprometida con el estudio de la historia del pensamiento iuspolítico alemán y el trabajo de Hans Kelsen: una aproximación a la apasionante obra de Sara Lagi", *Precedente. Revista Jurídica,* vol. 19, 2021.

CARRILLO SALGADO, Augusto Fernando, "La impronta del psicoanálisis en la doctrina de Hans Kelsen (con especial énfasis en sus estudios platónicos)", *Pensamiento Jurídico,* núm. 55, 2022.

CARRILLO SALGADO, Augusto Fernando, "Una introducción a los debates jurídicos de la República de Weimar", *Foro. Revista de Derecho,* núm. 38, 2022.

CARRILLO SALGADO, Augusto Fernando, *Poder político, ideología y psicoanálisis en la Teoría pura del derecho,* México, Ediciones Coyoacán, 2023.

CARRILLO SALGADO, Augusto Fernando, "Examen crítico de algunos elementos centrales del no-positivismo de Robert Alexy: ¿un modelo objetivo o ideología sobre la argumentación jurídica?", en MARTÍNEZ GÓMEZ, Jesús Armando; CARRILLO SALGADO, Augusto Fernando, y MUÑOZ MENDIOLA, Julio César (coords.), *Racionalidad, argumentación e interpretación en el Estado constitucional de derecho,* México, Tirant lo Blanch-Universidad Autónoma de Querétaro, 2023.

CHIASSONI, Pierluigi, "Dejemos atrás el antipositivismo", en AGUILÓ REGLA, Josep y GRÁNDEZ CASTRO, Pedro (eds.), *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza*, Lima, Palestra, 2017.

COMTE, Auguste, *Cours de philosophie positive,* Francia, Académie de Grenoble, collection dirigée par Laurence Hansen-Love.

CORREAS, Oscar, "La filosofía política de Kelsen", en CORREAS, Oscar, *Kelsen y los marxistas*, 2a. ed., México, Ediciones Coyoacán, 2004.

CORREAS, Oscar, *Crítica de la ideología jurídica. Ensayo sociosemiológico*, 3a. ed., México, Ediciones Coyoacán, 2010.

COUJOU, Jean Paul y IDOYA ZORROZA, María, "Biografía de Francisco de Vitoria", en COUJOU, Jean Paul y IDOYA ZORROZA, María, *Bibliografía*

vitoriana, Pamplona, Universidad de Navarra (col. Cuadernos de Pensamiento Español), 2014.

CRUZ DOMÍNGUEZ, José Oswaldo, "Lenguaje y semántica jurídica en Kelsen", en CARRILLO SALGADO, Augusto Fernando y MUÑOZ MENDIOLA, Julio César, *Actualidad del pensamiento teórico-jurídico de Hans Kelsen,* México, Tirant lo Blanch, 2021.

CUEVA, Mario de la, "Hans Kelsen, *El contrato y el tratado* analizados desde el punto de vista de la teoría pura del derecho", trad. de Eduardo García Máynez, *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, núms. 18-20, 1943.

DOLFO, Augusto, "J'accuse…! Algunas consideraciones acerca del compromiso nacionalsocialista de Carl Schmitt", *Isegoría,* núm. 67, 2022.

DUPEUX, Louis, "La nouvelle droite «révolutionnaire-conservatrice» et son influence sous la République de Weimar»", *Revue d'Histoire Moderne et Contemporaine,* núm. 3, 1994.

ENCINAS DUARTE, Gabriel, "Algunas implicaciones del pluralismo ético en lo jurídico: entre la «abstinencia epistémica» y «cultura de la justificación»", en MARTÍNEZ GÓMEZ, Jesús Armando; CARRILLO SALGADO, Augusto Fernando, y MUÑOZ MENDIOLA, Julio César (coords.), *Racionalidad, argumentación jurídica e interpretación en el Estado constitucional de derecho*, México, Tirant lo Blanch, 2023.

EVANS, Richard J. y GEARY, Dick (eds.), *The German Unemployed. Experiences and Consequences of Mass Unemployment from the Weimar Republic to the Third Reich,* Nueva York, Routledge, 2015.

FERRAJOLI, Luigi, "El derecho como sistema de garantías", *Themis,* núm. 119, 1993.

FERRAJOLI, Luigi, "Estilo de Letizia Gianformaggio", trad. de Daniel González Lagier, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 27, 2004.

FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Eduardo García Máynez como jurista", en AA.VV., *Estudios jurídicos en memoria de Eduardo García Máynez*, México, Porrúa, 1996.

FLORES, Imer B., "Una visita a Hans Kelsen en México", *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 8, enero-diciembre de 2014.

FRANK, Jerome, *Derecho e incertidumbre,* 4a. ed., trad. de Carlos M. Bidegain, México, Fontamara, 2012.

FROMM, Erich, *El miedo a la libertad,* trad. de Gino Germani, México, Paidós, 2017.

GAMA, Leopoldo, *Derechos, democracia y jueces. Modelos de filosofía constitucional,* Madrid, Parcial Pons, prólogo de Manuel Atienza Rodríguez, 2019.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio, "Nazismo, derecho y filosofía del derecho", *Anuario de Filosofía del Derecho,* núm. VIII, 1991.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio, "Estudio preliminar", en KELSEN, Hans, *El Estado como integración. Una controversia de principio,* 2a. ed., trad. de Juan Antonio García Amado, Madrid, Tecnos, 2009.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo, "Nota preliminar", en KELSEN, Hans, "La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)" (b), trad. de Rolando Tamayo Salmorán, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 15, 2011.

GARCÍA LÓPEZ, Daniel J., "Hans Kelsen y la traditionelle Rechtslehre. Los antecedentes de la pureza metodológica en el pensamiento de Carl Friedrich von Gerber", *Derechos y Libertades*, época II, núm. 33, 2015.

GARCÍA LÓPEZ, Daniel J., "Kelsen *versus* Kelsen. La impureza de la pureza metodológica", en CARRILLO SALGADO, Augusto Fernando y MUÑOZ MENDIOLA, Julio César (coords.), *Actualidad del pensamiento teórico jurídico de Hans Kelsen*, México, Tirant lo Blanch, 2021.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, "Datos biográficos del doctor Mario de la Cueva", en MADRID, Miguel de la; GONZÁLEZ AVELAR, José Miguel, y ÁLVAREZ DEL CASTILLO, Enrique (eds.), *Testimonios sobre Mario de la Cueva*, México, Porrúa, 1982.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Algunos aspectos de la doctrina kelseniana. Exposición y crítica*, México, Ediciones Coyoacán, 2011.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Importancia de la teoría jurídica pura,* 2a. ed., México, Fontamara, 2016.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo,* 10a. ed., México, Fontamara, 2016.

GARCÍA ROCA, F. Javier, "Sobre la teoría constitucional de Rudolf Smend (a propósito del libro de Pablo Lucas Verdú, *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar*)", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 59, 1988.

GARGARELLA, Roberto, *Crisis de la representación política*, México, Fontamara, 1997.

GARGARELLA, Roberto y MARTÍ, José Luis, "Estudio preliminar. La filosofía del derecho de Jeremy Waldron: convivir entre desacuerdos", en WALDRON, Jeremy, *Derecho y desacuerdos,* trad. de José Luis Martí y Águeda Quiroga, Madrid, Marcial Pons, 2005.

GERD, Krumeich, "La République de Weimar et le poids de la Grand Guerre ", *Histoire, économie et société,* núm. 2, 2004.

GIANFORMAGGIO, Letizia, "Letizia Gianformaggio (Siena)", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho,* núm. 1, 1984.

GIANFORMAGGIO, Letizia, *Estudios sobre Kelsen,* trad. de Tomás Serrano Coronado *et al.*, México, Fontamara, 2002.

GÓMEZ ORNAFEL, Germán, "Estudio de contextualización. El defensor de la Constitución", en SCHMITT, Carl y KELSEN, Hans, *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución* versus *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 2009.

GONZÁLEZ A. ALPUCHE, Juan, "Luis Recaséns Siches", en RODRÍGUEZ GARCÍA, Fausto E. (coord.), *Estudios en honor del doctor Luis Recaséns Siches*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1980.

GRAS, Alain, "Quelques mots clés de la sociologie de Niklas Luhmann", *Cahiers Internationaux de Sociologie*, vol. 89, 1990.

GUASTINI, Riccardo, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milán, Giuffrè Editore, 1998.

GUASTINI, Riccardo, "Normas, juicios de validez y ciencia jurídica en el último Kelsen", trad. de Jordi Ferrer Beltrán, en GUASTINI, Riccardo, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, trad. de Jordi Ferrer Beltrán, Barcelona, Gedisa, 1999.

GUASTINI, Riccardo, "El conocimiento jurídico y la interpretación científica según Kelsen", trad. de Jordi Ferrer Beltrán, en GUASTINI, Riccardo, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, trad. de Jordi Ferrer Beltrán, Barcelona, Gedisa, 1999.

GUASTINI, Riccardo, "Gerarchie normative", *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, núm. 21, 2013.

GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio, "Hermann Heller: compromiso, exilio y memoria", *e-SLegal History Review*, núm. 25, 2017.

HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa,* t. I: *Racionalidad de la acción y racionalización social,* t. II: *Crítica de la razón funcionalista*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 2018.

HART, H.L.A., "El derecho como unión de reglas primarias y secundarias", trad. de Genaro R. Carrió, en HART, H.LA., *El concepto de derecho*, 3a. ed., trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012.

HART, H.L.A., "La textura abierta del derecho", trad. de Genaro R. Carrió, en HART, H.LA., *El concepto de derecho*, 3a. ed., trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012.

HEIDEMANN, Carsten, "Norms, Facts, and Judgments. A Reply to S. L. Paulson", *Oxford Journal of Legal Studies,* vol. 19, núm. 2, 1999.

HELLER, Hermann, *La soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*, trad. de Mario de la Cueva, México, UNAM, 1965.

HELLER, Hermann, *Teoría del Estado,* trad. de Luis Tobio, México, Fondo de Cultura Económica, 1995.

HELLER, Hermann, "L'Europe et le fascisme (1929)", *Cités,* núm. 6, 2001.

HERNÁNDEZ ARIAS, José, "Thomas Hobbes, filósofo del poder y la libertad", en HOBBES, Thomas, *Tratado sobre el ciudadano; Leviatán* y *Vida de Thomas Hobbes de Malmesbury escrita por él mismo,* trad. de Joaquín Rodríguez Feo, Carlos Mellizo y José Rafael Hernández Arias, Madrid, Gredos (col. Grandes Pensadores), 2012.

HERRERO, Montserrat, "Estudio preliminar", en SCHMITT, Carl, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, Madrid, Tecnos, estudio preliminar, traducción y notas de Montserrat Herrero, 1996.

HERRERO DE MIÑÓN, Miguel, "Introducción", en JELLINEK, Georg, *Fragmentos de Estado,* trad. de Michael Forster, Miguel Herrero de Miñón y José Carlos Esteban, Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2016.

HOBBES, Thomas, *Leviatán. O la materia, forma y poder de una República eclesiástica y civil,* 2a. ed., trad. de Manuel Sánchez Sarto, México, Fondo de Cultura Económica (col. Política y Derecho), 2014.

HOERSTER, Norbert, *Problemas de ética normativa,* trad. de Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 1992.

HOSBAWM, Eric J., "Introducción", en MARX, Karl, *Formaciones económicas precapitalistas*, 2a. ed., trad. de Eric J. Hosbawm, México, Siglo Veintiuno Editores, 2015.

IBARRA PALAFOX, Francisco Alberto, *Minorías etnoculturales y Estado nacional,* México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

JABLONER, Clemens y ZELENY, Klaus, "Kelsen y los filósofos griegos: una introducción", trad. de Augusto Fernando Carrillo Salgado, en KELSEN, Hans, *Amor platónico,* trad. de Augusto Fernando Carrillo Salgado, México, Ediciones Coyoacán, 2022.

JAKAB, András, "Problèmes de la Stufenbaulehre. L'échec de l'idée d'inférence et les perspectives de la théorie pure du droit", *Droit et Société,* núm. 66, 2007.

JELLINEK, Georg, *Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich,* Viena, Alfred Hölder, 1885.

JELLINEK, Georg, *Teoría general del Estado,* trad. de Fernando de los Ríos, México, Fondo de Cultura Económica, 2017.

JELLINEK, Georg, *Reforma y mutación de la Constitución,* trad. de Christina Förster, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, estudio preliminar de Pablo Lucas Verdú, prólogo y revisión de Pablo Lucas Murillo de la Cueva, 2018.

JERVOLINO, Domenico y ALUNNI, Charles, "Notes sur Capograssi et Piovani", *Archives de Philosophie,* vol. 57, núm. 1, 1994.

JOVE VILLARES, Daniel, "Smend y Kelsen, Estado como integración y problemas actuales", *Anuario da Facultade de Direito da Universidade da Coruña,* núm. 24, 2020.

KANT, Immanuel, *Hacia la paz perpetua. Un bosquejo filosófico,* traducción, estudio preliminar, notas, índices y tablas de Gustavo Leyva Martínez, México, FCE-UAM-UNAM, 2018.

KELSEN, Hans, "Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung" (primera parte), *Archiv des Öffentlichen Rechts*, vol. 32, núms. 1-2, 1914.

KELSEN, Hans, "Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung" (segunda parte), *Archiv des Öffentlichen Rechts,* vol. 32, núms. 3-4, 1914.

KELSEN, Hans, *Allgemeine Staatslehre,* Berlín, Verlag von Julius Springer, 1925.

KELSEN, Hans, *Compendio de teoría general del Estado,* 2a. ed., trad. de Luis Recaséns Siches y Justino de Azcárate Flórez, Barcelona, Bosch. Casa Editorial, 1934.

KELSEN, Hans, "La téchnique du droit international et l'organisation de la paix", *Revue de Droit International et de Législation Comparée*, vol. 15, núm. 1, 1934.

KELSEN, Hans, "La dictadura de partido", *Universidad. Mensual de cultura popular,* núm. 9, t. II, 1936 [sin traductor].

KELSEN, Hans, "Les résolutions de la S. D. N. concernant la séparation du pacte et des tratés de paix", *Revue de Droit International et de Legislation Comparée*, vol. 20, núm. 1, 1939.

KELSEN, Hans, *Law Technique, and the International Law*, trad. de Albert Highley, Suiza, Geneva Research Centre, 1939.

KELSEN, Hans, "Peace Through Law", *Journal of Legal and Political Sociology,* vol. 2, 1943.

KELSEN, Hans, *Peace Through Law,* Estados Unidos de América, The University of North Carolina Press, 1944.

KELSEN, Hans, *The Law of The United Nations,* Londres, The London Institute of World Affairs, 1951.

KELSEN, Hans, *Théorie pure du droit. Introduction à la science du droit,* trad. de Henri Thévenaz, Suiza, Éditions de la Baconnière, 1953.

KELSEN, Hans, *Principles of International Law,* Nueva York, Rinehart y Company, 1954.

KELSEN, Hans, *Collective Security Under International Law*, Estados Unidos de América, U. S. Naval War College, 1954.

KELSEN, Hans, "Derogación", trad. de Alfonso Ortiz, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año VII, núm. 21, 1974.

KELSEN, Hans, *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado (desarrollados con base en la teoría de la proposición jurídica),* trad. de Wenceslao Roces, México, UNAM-Porrúa, 1987.

KELSEN, Hans y KLUG, Ulrich, *Normas jurídicas y análisis lógico,* trad. de Juan Carlos Gardella, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, estudio preliminar de Eugenio Bulygin, 1988.

KELSEN, Hans, "El problema del parlamentarismo", trad. de Manuel Atienza Rodríguez, en KELSEN, Hans, *Escritos sobre la democracia y el socialismo,* selección y presentación de Juan Ruiz Manero, Madrid, Debate, 1988.

KELSEN, Hans, *¿Qué es justicia?,* trad. de Albert Calsamiglia, Barcelona, Planeta-Agostini, 1993.

KELSEN, Hans, "¿Qué es el positivismo jurídico?", trad. de Mario de la Cueva, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. XVI, núm. 61, 1996.

KELSEN, Hans, *Derecho y paz en las relaciones internacionales,* 2a. ed., trad. de Florencio Acosta, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.

KELSEN, Hans, "El concepto de Estado y la psicología social (teniendo como referencia especial a la teoría de las masas según Freud)", trad. de F. Lucce, en CORREAS, Oscar (coord.), *El otro Kelsen,* México, Ediciones Coyoacán, 2006.

KELSEN, Hans, "Dios y Estado", trad. de Jean Hennequin, en CORREAS, Oscar (coord.), *El otro Kelsen,* México, Ediciones Coyoacán, 2006.

KELSEN, Hans, *Autobiografía,* trad. de Luis Villar Borda, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.

KELSEN, Hans, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik,* Tubinga, Mohr Siebeck, presentación de Matthias Jestaedt, 2008.

KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado,* 3a. ed., trad. de Eduardo García Máynez, México, UNAM, 2008.

KELSEN, Hans, *La paz por medio del derecho,* 2a. ed., trad. de Luis Echávarri, Madrid, Trotta, 2008.

KELSEN, Hans, *El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del derecho*, trad. de Luis Legaz y Lacambra, Madrid, Reus, 2009.

KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, 16a. ed., trad. de Roberto J. Vernengo, México, Porrúa, 2009.

KELSEN, Hans, "Quién debe ser el defensor de la Constitución?", trad. de Roberto J. Brie, en SCHMITT, Carl y KELSEN, Hans, *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución* versus *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 2009.

KELSEN, Hans, *El Estado como integración. Una controversia de principio,* 2a. ed., trad. de Juan Antonio García Amado, Madrid, Tecnos, 2009.

KELSEN, Hans, "La paz por el derecho", trad. de Constantino Ramos, en KELSEN, Hans, *La idea del derecho natural y otros ensayos*, México, Ediciones Coyoacán, 2010.

KELSEN, Hans, "La idea del derecho natural", trad. de Francisco Ayala, en KELSEN, Hans, *La idea del derecho natural y otros ensayos*, México, Ediciones Coyoacán, 2010.

KELSEN, Hans, "La «política» de Aristóteles y la política heleno-macedónica", trad. de Luis Legaz y Lacambra, en KELSEN, Hans, *La idea del derecho natural y otros ensayos,* México, Ediciones Coyoacán, 2010.

KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*, trad. de Gregorio Robles Morchón y Félix F. Sánchez, Madrid, Trotta, 2011.

KELSEN, Hans, *Compendio de la teoría general del Estado,* trad. de Luis Recaséns Siches y Justino de Azcárate Flórez, México, Ediciones Coyoacán, prólogo de Albert Calsamiglia, 2012.

KELSEN, Hans, *Teoría del derecho internacional consuetudinario,* trad. de Ariel Peralta García, México, Ediciones Coyoacán, 2012.

KELSEN, Hans, *Principios de derecho internacional general,* trad. de Hugo Caminos y Ernesto C. Hermida, Granada, Comares, 2013.

KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado,* 3a. ed., trad. de Eduardo García Máynez, México, UNAM, 2014.

KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia,* 2a. ed., trad. de Rafael Luengo Tapia y Luis Legaz y Lacambra, México, Ediciones Coyoacán, 2015.

KELSEN, Hans, *Derecho y lógica,* 2a. ed., trad. de Ulises Schmill Ordoñez y Jorge Castro Valle, México, Ediciones Coyoacán, 2016.

KELSEN, Hans, *La teoría del Estado de Dante Alighieri,* 2a. ed., trad. de Luis Requejo Pagés, Oviedo, KRK, 2018.

KELSEN, Hans, *Teoría general de las normas,* trad. de Miguel Ángel Rodilla, Madrid, Marcial Pons, 2018.

KELSEN, Hans, *El contrato y el tratado analizados desde el punto de vista de la teoría pura del derecho*, 2a. ed., trad. de Eduardo García Máynez, México, Ediciones Coyoacán, 2019.

KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia jurídica,* 3a. ed., trad. de Moisés Nilve, México, Ediciones Coyoacán, 2019.

KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado,* 5a. ed., trad. de Luis Legaz y Lacambra, México, Ediciones Coyoacán, 2021.

KELSEN, Hans, "Jurisdicción constitucional y jurisdicción administrativa al servicio del Estado federal, según la nueva Constitución federal austriaca de 1o. de octubre de 1920", trad. de Juan Luis Requejo Pagés, en KELSEN, Hans, *Escritos sobre justicia constitucional,* Juan Luis Requejo Pagés (ed.), Madrid, Tecnos, 2021.

KELSEN, Hans, "La garantía jurisdiccional de la Constitución", trad. de Juan Luis Requejo Pagés, en KELSEN, Hans, *Escritos sobre justicia constitucional*, Juan Luis Requejo Pagés (ed.), Madrid, Tecnos, 2021.

KELSEN, Hans, *Amor platónico,* trad. de Augusto Fernando Carrillo Salgado, México, Ediciones Coyoacán, 2022.

KENNEDY, Ellen, "Die geistesgeschitliche Lage des heutigen Parlamentarismus de Carl Schmitt en su circunstancia histórica", en SCHMITT, Carl, *Los fundamentos histórico-espirituales del parlamentarismo en su situación actual*, trad. de Pedro Madrigal Devesa, Madrid, Tecnos, 2016.

KUCSKO-STADLMAYER, Gabriele, "La contribución de Adolf Merkl a la teoría pura del derecho", trad. de Virginia Martínez Bretones, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vol. 55, núm. 244, 2005.

KUNZ, Josef L., *La teoría pura del derecho. Cuatro conferencias en la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, Ediciones Coyoacán, prólogo de Luis Recaséns Siches, 2010.

LAGI, Sara, "La democrazia di Hans Kelsen: tra procedura ed etica", *Il pensiero Politico. Rivista di Storia delle Idee Politiche e Sociali,* núm. 2, 2003.

LAGI, Sara, "Alcune considerazioni su rappresentanza e sovranità in Hermann Heller", en CHIGNOLA, Sandro y DUSO, Giuseppe (coords.), *Storia dei concetti. Storia del pensiero político,* Nápoles, Editoriale Scientifica, 2006.

LAGI, Sara, "Hans Kelsen e Georg Jellinek: Il parlamento", en LAGI, Sara, *Il pensiero politico di Hans Kelsen (1911-1920). Le origini di Essenza e valore della democrazia,* Génova, Name, 2007.

LAGI, Sara, "Los inicios de su carrera académica: la separación de la «Traditionelle Rechtslehre» de Gerber, Laband y Jellinek (1905-1911)", en LAGI, Sara, *El pensamiento político de Hans Kelsen (1911-1920). Los orígenes de la "Esencia y valor de la democracia"*, España, Biblioteca Nueva, 2007.

LAGI, Sara, "Pensare la democrazia: Hans Kelsen e Hermann Heller a confronto", en BUFANO, Rossella (coord.), *Libertà, uguaglianza, democrazia nel pensiero politico europeo (XVI-XXI secolo),* Lecce, Millela, 2018.

LAGI, Sara, "Georg Jellinek: un pensador político liberal contra el gobierno despótico (1885-1898)", trad. de Augusto Fernando Carrillo Salgado, *Precedente. Revista Jurídica,* vol. 19, 2021.

LAGI, Sara, "La teoría de la justicia constitucional de Hans Kelsen como una alternativa antiautoritaria: algunas cuestiones y controversias", trad. de Augusto Fernando Carrillo Salgado, en IBARRA PALAFOX, Francisco Alberto; CARRILLO SALGADO, Augusto Fernando; HERNÁNDEZ MANRÍQUEZ, Javier, y MUÑOZ MENDIOLA, Julio (coords.), *Hans Kelsen ante el siglo XXI,* México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2023.

LASSALLE, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?,* 20a. ed., trad. de Wenceslao Roces Suárez, México, Ediciones Coyoacán, 2020.

LAUN, Rudolf, *Derecho y moral,* trad. de Juan José Bremer, México, Ediciones Coyoacán, 2013.

LE BON, Gustavo, *Psicología de las multitudes,* trad. de J.M. Navarro de Palencia, México, Editorial Divulgación, 1975.

LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *Kelsen. Estudio crítico de la teoría pura del derecho y del Estado de la Escuela de Viena,* Barcelona, Bosch, 1933.

LEPSIUS, Oliver, "Hans Kelsen on Dante Alighieri's Political Philosophy", trad. de Oliver Lepsius y Angela Whale, *The European Journal of International Law,* vol. 27, núm. 4, 2017.

LEYVA MARTÍNEZ, Gustavo, "Estudio preliminar", en KANT, Immanuel, *Hacia la paz perpetua. Un bosquejo filosófico*, trad. de Gustavo Leyva Martínez, México, Fondo de Cultura Económica, 2018.

LLEDÓ ÍÑIGO, Emilio, "Introducción general", en PLATÓN, *Diálogos* (*Apología de Sócrates; Critón; Eutifrón; Ion; Lisis; Cármides; Hipias menor; Hipias mayor; Laques; Protágoras*), trad. de Julio Calonge Ruíz, Emilio Lledó Íñigo y Carlos García Gual, Madrid, Gredos (col. Biblioteca Clásica), 2015, t. I.

LISI, Francisco, "Introducción", en PLATÓN, *Apología de Sócrates; Critón; Eutifrón; Lisis; Cármides; Laques y Protágoras,* trad. de Julio Calonge, Emilio Lledó y Carlos García Gual, Madrid, RBA-Gredos, 2022, t. I.

LOMBARDI, Giorgio, "Estudio preliminar. La querella Schmitt/Kelsen: consideraciones sobre lo vivo y lo muerto en la gran polémica sobre la justicia constitucional del siglo XX", trad. de José Luis Aja Sánchez, en SCHMITT, Carl y KELSEN, Hans, *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución* versus *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 2009.

LÓPEZ MEDEL, Jesús, "Luis Legaz Lacambra (un apunte humano-científico), *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 13, t. II, 1981.

LÓPEZ MEDEL, Jesús, "Presentación para la segunda edición", en KELSEN, Hans, *El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del derecho*, trad. de Luis Legaz y Lacambra, Madrid, Reus, 2009.

LÓPEZ DE LIZAGA, José Luis, *Lenguaje y sistemas sociales. La teoría sociológica de Jürgen Habermas y Niklas Luhmann,* Zaragoza, Prensas Universitarias de Zaragoza, 2012.

LOSANO, Mario G., "La teoría pura del derecho. Del logicismo al irracionalismo", trad. de Juan Ruiz Manero, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 2, 1985.

LOSANO, Mario G., "Diritto e logica in Hans Kelsen", *Il Político,* vol. 31, núm. 4, 1966.

LOSANO, Mario G., "Hans Kelsen: una biografía cultural mínima", trad. de Francisco Javier Ansuátegui Roig, *Derechos y Libertades*, época II, núm. 14, enero de 2006.

LOSANO, Mario G., "Kelsen y Freud", trad. de Agustín Huerta Bertolotti, en CORREAS, Oscar, *El otro Kelsen,* 2a. ed., México, Ediciones Coyoacán, 2006.

LUHMANN, Niklas, "Insistence on Systems Theory: Perspectives from Germany-An Essay", *Social Forces*, vol. 61, núm. 4, 1983.

LUHMANN, Niklas, *Introducción a la teoría de sistemas,* trad. de Javier Torres Nafarrete, México, Universidad Iberoamericana, 2002.

LUHMANN, Niklas, *Introduction to Systems Theory,* trad. de Peter Gilgen, Reino Unido, Polity Press, 2013.

MAGALLÓN IBARRA, Jorge, "Luis Recaséns Siches. La lógica de lo humano", en SERRANO MIGALLÓN, Fernando, *Los maestros del exilio español en la Facultad de Derecho*, México, Porrúa, 2003.

MARTÍNEZ BRETONES, María Virginia, *Gustav Radbruch. Vida y obra,* 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.

MARTÍNEZ MANZANO, T., "Introducción", en ARISTÓTELES, *Ética nicomáquea; Ética Eudemia; Acerca del alma,* trad. de Julio Pallí Bonet y Tomás Calvo Martínez, Madrid, Gredos (col. Biblioteca Clásica), 2015.

MARTÍNEZ-SICLUNA Y SEPÚLVEDA, Consuelo, "El ordenamiento jurídico más allá de la geometría legal", *Verbo: Revista de Formación Cívica y de Acción Cultural, según el Derecho Natural y Cristiano*, núms. 449-450, 2006.

MARTÍNEZ-SICLUNA Y SEPÚLVEDA, Consuelo, "El personalismo contemporáneo", *Verbo,* núms. 463-464, 2008.

MASSINI-CORREAS, Carlos I., "En memoria de Eugenio Bulygin (1931-2021)", *Revista Jurídica Austral*, vol. 2, núm. 1, 2021.

MELERO DE LA TORRE, Mariano C., "Argumentación jurídica y teoría positivista del derecho", en MARTÍNEZ GÓMEZ, Jesús Armando; CARRILLO SALGADO, Augusto Fernando, y MUÑOZ MENDIOLA, Julio César, *Racionalidad, argumentación jurídica e interpretación en el Estado constitucional de derecho,* México, Tirant lo Blanch-Universidad Autónoma de Querétaro, 2023.

MERLINO, Antonio, "Hermann Heller tra Kelsen e Schmitt", *Costituzionalismo.it,* núm. 1, 2021.

MERKL, Adolf, "Das doppelte Rechtsantlitz", *Juristische Blätter,* núms. 41-42, 1918.

MILLARD, Éric, "La hiérarchie des normes. Une critique sur un fondement empiriste", *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, núm. 21, 2013.

MOLINA PIÑEIRO, Luis J., *Luis Recaséns Siches. Humanista y universitario de excepción*, México, UNAM, 2011.

MONEREO PÉREZ, José Luis, "Soberanía y derecho internacional en Hans Kelsen: mito y realidad", en KELSEN, Hans, *Principios de derecho internacional general,* trad. de Hugo Caminos y Ernesto C. Hermida, Granada, Comares, 2013.

MONTES DE OCA, Francisco, "Introducción", en SAN AGUSTÍN, *Confesiones,* 11a. ed., México, Porrúa, traducción, introducción y notas de Francisco Montes de Oca (col. "Sepan Cuantos…"), 1995.

MORENO CLAROS, Luís Fernando, "Arthur Schopenhauer, el filósofo pesimista", en SCHOPENHAUER, Arthur, *El mundo como voluntad y representación,* trad. de Rafael José Díaz Fernández y María Montserrat Armas Concepción, Madrid, Trotta (col. Grandes Pensadores), 2014, t. I.

MORK, Gordon R., "Bismarck and the «Capitulation» of German Liberalism", *The Journal of Modern History,* núm. 1, 1971.

MUÑOZ MENDIOLA, Julio César, "La vigencia del pensamiento kelseniano en torno a la jerarquía de la Constitución", en CARRILLO SALGADO, Augusto Fernando y MUÑOZ MENDIOLA, Julio César (coords.), *Actualidad del pensamiento teórico jurídico de Hans Kelsen,* México, Tirant lo Blanch, 2021.

MUÑOZ MENDIOLA, Julio César, "La legitimidad democrática del juez constitucional a través de su función del ejercicio del poder público", en MUÑOZ MENDIOLA, Julio César, *La legitimidad democrática del juez constitucional*, México, Tirant lo Blanch, 2023.

MUÑOZ MENDIOLA, Julio César, "¿Racionalidad política o racionalidad jurídica en la argumentación jurídica de la Suprema Corte de Justicia de la Nación?", en MARTÍNEZ GÓMEZ, Jesús Armando; CARRILLO SALGADO, Augusto Fernando, y MUÑOZ MENDIOLA, Julio César (coords.), *Racionalidad, argumentación jurídica e interpretación en el Estado constitucional de derecho,* México, Tirant lo Blanch-Universidad Autónoma de Querétaro, 2023.

NIETZSCHE, Friedrich, *Más allá del bien y del mal,* trad. de Carlos Vergara, Madrid, Gredos (col. Grandes Pensadores), 2014, t. II.

NOUR SCKELL, Soraya, "Kelsen as reader of Freud: the identity issue", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, núm. 114, 2007.

NOUR SCKELL, Soraya, "Droit et démocratie chez Hans Kelsen. La critique kelsénienne de la personnalisation de l'État", *Trans/Form/Acao,* vol. 38, núm. 1, 2015.

NOUR SCKELL, Soraya, "Derecho y democracia en Hans Kelsen. La crítica kelseniana de la personalización del Estado", trad. de Augusto Fernando Carrillo Salgado, *Revista Direito e Praxis*, vol. XX, núm. X, 2021.

NOUR SCKELL, Soraya, "Kelsen como lector de Freud: la cuestión identitaria", trad. de Augusto Fernando Carrillo Salgado, en IBARRA PALAFOX, Francisco; CARRILLO SALGADO, Augusto Fernando; HERNÁNDEZ MANRÍQUEZ, Javier, y MUÑOZ MENDIOLA, Julio César (eds.), *Hans Kelsen ante el siglo XXI. Un diálogo crítico*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2023.

ORTEGA Y GASSET, José, "La rebelión de las masas", en *Ortega y Gasset,* Madrid, Gredos, (col. Grandes Pensadores), prólogo de Javier Goma Lanzón y estudio introductorio por José Lasaga Medina, 2012, t. I.

PALAU, Gladys, "Carlos E. Alchourrón. Breve biografía intelectual", *Crítica. Revista Hispanoamericana de Filosofía,* vol. XXVIII, núm. 82, 1996.

PALOMINO MANCHEGO, José F., "Bio-bibliografía de Hans Kelsen", en KELSEN, Hans, *Introducción a la teoría pura del derecho*, trad. de Emilio O. Rabasa, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.

PAULSON, Stanley L., "Radbruch on Unjust Laws: competing Earlier and Later Views?", *Oxford Journal of Legal Studies,* vol. 15, núm. 3, 1995.

PAULSON, Stanley L., "The Neo-Kantian Dimension of Hans Kelsen's Pure Theory of Law", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 12, núm. 3, 1992.

PAULSON, Stanley L., "Hans Kelsen's Earliest Legal Theory: Critical Constructivism", *The Modern Law Review*, vol. 59, núm. 6, 1996.

PAULSON, Stanley L., "Four Phases in Hans Kelsen's Legal Theory? Reflections on a Periodization", *Oxford Journal of Legal Studies,* vol. 18, núm. 1, 1998.

PAULSON, Stanley L., "Arriving at a Defensible Periodization of Hans Kelsen's Legal Theory", *Oxford Journal of Legal Studies,* vol. 19, núm. 2, 1999.

PAULSON, Stanley L., "On the Background and Significance of Gustav Radbruch's Post-War Papers", *Oxford Journal of Legal Studies,* vol. 26, núm. 1, 2006.

PAULSON, Stanley L., "Una periodización de la teoría jurídica de Hans Kelsen. Tres fases", *Revista Cubana de Derecho,* vol. 1, núm. 2, 2021.

PAVLAKOS, George, "Corrección y cognitivismo. Comentarios al argumento de la pretensión de corrección de Robert Alexy", trad. de Gonzalo Villa Rosas, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 35, 2012.

PELEGRINO DA SILVA, Matheus, "Representación pictórica y malinterpretación de la construcción escalonada (Stufenbau)", trad. de Augusto Fernando Carrillo Salgado, en IBARRA PALAFOX, Francisco; CARRILLO SALGADO, Augusto Fernando; HERNÁNDEZ MANRÍQUEZ, Javier, y MUÑOZ MENDIOLA, Julio César (coords.), *Hans Kelsen ante el siglo XXI. Un diálogo crítico*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2023.

PEÑA FREIRE, Antonio Manuel, "Lecciones del nazismo jurídico para la filosofía de derecho: Radbruch y el positivismo jurídico", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho,* núm. 43, 2020.

PETTINOTTI, Paola, "La vita", en MASSARENTI, Armando (ed.), *Weber. Vita, pensiero, opere scelte*, Milán, Il Sole 24 ore, 2007.

PHILIPP, Walter Frisch, *La forma en que se plasmó la teoría pura del derecho de Hans Kelsen en la jurisdicción austriaca,* trad. de Elsa Bieler, México, Ediciones Coyoacán, 2011.

PLANZE, Otto, "Bismarck and German Nationalism", *The American Historical Review,* núm. 3, 1955.

PLATÓN, "República", trad. de Conrado Eggers Lan, en PLATÓN, *Diálogos*, trad. de Conrado Eggers Lan, Madrid, Gredos (Biblioteca Clásica), 2015, t. IV.

PLATÓN, "Apología de Sócrates", en PLATÓN, *Apología de Sócrates; Critón; Eutifrón; Lisis; Cármides; Laques y Protágoras,* trad. de Julio Calonge, Emilio Lledó y Carlos García Gual, Madrid, RBA-Gredos, 2022, t. I.

PLATÓN, "Fedón", trad. de Carlos García Gual, en PLATÓN, *El banquete; Fedón; Fedro,* trad. de Marcos Martínez, Carlos García Gual y Emilio Lledó, Madrid, RBA-Gredos, 2022, t. II.

PLATÓN, "Banquete", trad. de Marcos Martínez, en PLATÓN, *El banquete; Fedón; Fedro,* trad. de Marcos Martínez, Carlos García Gual y Emilio Lledó, Madrid, RBA-Gredos, 2022, t. II.

PLIEGO RAMOS, Alicia Catalina, "Los derechos para todo hombre en Francisco de Vitoria", en ASPE ARMELLA, Virginia e IDOYA ZORROZA, María (eds.), *Francisco de Vitoria en la Escuela de Salamanca y su proyección en Nueva España,* Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 2014.

PORCIELLO, Andrea, *En los orígenes del neoconstitucionalismo. El antipositivismo de Lon L. Fuller*, trad. de Celia Díez Huertas, Lima, Palestra, 2019.

PUY MUÑOZ, Francisco, "¿Qué vigencia cabe augurar en el siglo XXI a la filosofía del derecho de D. Luis Legaz Lacambra?", *Direito,* vol. 12, núm. 2, 2003.

RADBRUCH, Gustav, "Five Minutes of Legal Philosophy", trad. de Bonnie Litschewski Paulson y Stanley L. Paulson, *Oxford Journal of Legal Studies,* vol. 26, núm. 1, 2006.

RADBRUCH, Gustav, "Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law", trad. de Bonnie Litschewski Paulson y Stanley L. Paulson, *Oxford Journal of Legal Studies,* vol. 26, núm. 1, 2006.

RADBRUCH, Gustav, "La psicología del hombre de derecho", trad. de José Medina Echavarría, en RADBRUCH, Gustav, *Filosofía del derecho,* Madrid, Reus, 2008.

RAMEL, Frédéric, "Carl Schmitt face à Hans Kelsen: la joute se poursuit à l'échelle internationale", *Études Internationales,* vol. 40, núm. 1, 2009.

RAMÍREZ CLEVES, Gonzalo A., "La paz perpetua de Kant y el pensamiento de Kelsen sobre el pacifismo", en RAMÍREZ CLEVES, Gonzalo A. (coord.), *Ecos de Kelsen: vida, obra y controversias*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012.

RAZ, Joseph, "La obligación de obedecer el derecho", trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, en RAZ, Joseph, *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, Ediciones Coyoacán, 2011.

RECASÉNS SICHES, Luis, "Estudio preliminar", en KELSEN, Hans, *Compendio de teoría general del Estado*, 2a. ed., trad. de Luis Recaséns Siches y Justino de Azcárate Flórez, Barcelona, Bosch, 1934.

RECASÉNS SICHES, *Tratado general de sociología,* 15a. ed., México, Porrúa, 1977.

RECASÉNS SICHES, "El neocriticismo formalista de Rodolfo Stammler", en RECASÉNS SICHES, Luis, *Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico. La filosofía del derecho en el siglo XX,* México, Ediciones Coyoacán, 2007.

RECASÉNS SICHES, "Introducción a la estimativa jurídica", en RECASÉNS SICHES, Luis, *Introducción al estudio del derecho,* 17a. ed., México, Porrúa, 2014.

REDEKER, Robert, "Connaissez-vous Giuseppe Capograssi?", *Revue des Deux Mondes,* 2016.

REQUEJO PAGÉS, Juan Luis, "Nota preliminar", en KELSEN, Hans, *La teoría del Estado de Dante Alighieri*, 2a. ed., edición y traducción de Juan Luis Requejo Pagés, Oviedo, KRK Ediciones, 2018.

RESTREPO ZAPATA, Juan David, "El Estado alemán durante la República de Weimar", *Revista en Historia General,* núm. 1, 2015.

RÍOS, Fernando de los, "Prólogo del traductor", en JELLINEK, Georg, *Teoría general del Estado*, trad. de Fernando de los Ríos, México, Fondo de Cultura Económica, 2017.

ROBLES MORCHÓN, Gregorio, *Las limitaciones de la teoría pura del derecho,* México, Ediciones Coyoacán, 2013.

ROBLES VÁZQUEZ, Jorge, "Ciencia, derecho y poder político. Una revisión kelseniana", en CARRILLO SALGADO, Augusto Fernando y MUÑOZ MENDIOLA, Julio César (eds.), *Actualidad del pensamiento teórico jurídico de Hans Kelsen*, México, Tirant lo Blanch, 2021.

ROBLES VÁZQUEZ, Jorge, "La concepción de autocracia en el pensamiento político de Hans Kelsen", en IBARRA PALAFOX, Francisco; CARRILLO SALGADO, Augusto Fernando; HERNÁNDEZ MANRÍQUEZ, Javier, y MUÑOZ MENDIOLA, Julio César, *Hans Kelsen ante el siglo XXI. Un diálogo crítico,* México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2023.

ROSS, Alf, "El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural", trad. de Genaro R. Carrió y Osvaldo Paschero, en ROSS, Alf, *El concepto de validez y otros ensayos*, 4a. ed., México, Distribuciones Fontamara, 2001.

RUIZ MANERO, Juan, "Sobre la crítica de Kelsen al marxismo", en CORREAS, Oscar (coord.), *El otro Kelsen*, 2a. ed., México, Ediciones Coyoacán, 2006.

RUIZ MANERO, Juan, "Cincuenta años después de la segunda edición de la *Reine Rechtslehre*. Sobre el trasfondo de la teoría pura del derecho y sobre lo que queda de ella", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 33, 2010.

RÜRUP, Reinhard, "Génesis y fundamentos de la Constitución de Weimar", *Ayer,* núm. 5, 1992.

RÜTHERS, Bernd, *Teoría jurídica y jurista de cámara en el Tercer Reich,* trad. de Juan Antonio García Amado, Madrid, Marcial Pons, 2016.

SABINE, George H., *Historia de la teoría política (revisada por Thomas Landon Thorson),* 3a. ed., trad. de Vicente Guerrero, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.

SAN AGUSTÍN, *La ciudad de Dios,* José Morán (ed.), Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1953.

SANTOS ARNAÍZ, José Antonio, "Presupuestos hermenéuticos de la teoría comunicacional del derecho de Gregorio Robles", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho,* núm. 35, 2017.

SCHAUER, Frederick, "Fuller and Kelsen-Fuller on Kelsen", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie: Die Reine Rechtslehre auf dem Prüstand*, núm. 163, 2020.

SCHAUER, Frederick, "Fuller y Kelsen-Fuller sobre Kelsen", trad. de Augusto Fernando Carrillo Salgado, *Revista Cubana de Derecho,* vol. 2, núm. 2, 2022.

SCHAUER, Frederick, "Fuller y Kelsen-Fuller sobre Kelsen", trad. de Augusto Fernando Carrillo Salgado, en IBARRA PALAFOX, Francisco; CARRILLO SALGADO, Augusto Fernando; HERNÁNDEZ MANRÍQUEZ, Javier, y MUÑOZ MENDIOLA, Julio César, *Hans Kelsen ante el siglo XXI. Un diálogo crítico,* México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2023.

SCHMILL ORDOÑEZ, Ulises, "Un poema de Hans Kelsen", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho,* núm. 19, 1996.

SCHMILL ORDOÑEZ, Ulises, "Consideraciones sobre «Derecho y lógica» de Hans Kelsen", en SCHMILL ORDOÑEZ, Ulises, *Lógica y derecho,* 2a. ed., José Ramón Cossío (comp.), México, Distribuciones Fontamara, 1997.

SCHMILL ORDOÑEZ, Ulises, "Aportaciones teóricas de la teoría pura del derecho", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 33, 2010.

SCHMITT, Carl, *Dottrina della costituzione,* Antonio Caracciolo (ed.), Milán, Giuffrè, 1984.

SCHMITT, Carl, "Lo Stato come meccanismo in Hobbes e in Cartesio", trad. de Carlo Galli, en SCHMITT, Carl, *Scritti su Thomas Hobbes,* Carlo Galli (ed.), Milán, Giuffrè Editore, 1986.

SCHMITT, Carl, "Le Führer protège le droit", trad. de Mira Köller y Dominique Séglard, *Cités,* núm. 14, 2003.

SCHMITT, Carl, "El defensor de la Constitución", trad. de Manuel Sánchez Sarto, en SCHMITT, Carl y KELSEN, Hans, *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución* versus *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?,* 2a. ed., Madrid, Tecnos, 2009.

SCHMITT, Carl, *Los fundamentos histórico-espirituales del parlamentarismo en su situación actual,* trad. de Pedro Madrigal Devesa, Madrid, Tecnos, 2016.

SCHOPENHAUER, Arthur, *El mundo como voluntad y representación,* trad. de Rafael José Díaz Fernández y María Montserrat Armas Concepción, Madrid, Trotta (col. Grandes Pensadores), 2014, t. I.

SCHUETT, Robert, *Hans Kelsen's Political Realism,* Reino Unido, Edinburgh University Press, 2021.

SEARA VÁZQUEZ, Modesto, *Derecho internacional público,* 22a. ed., México, Porrúa, 2005.

SENDÍN MATEOS, José Antonio, *La filosofía moral de Hans Kelsen,* Madrid, Marcial Pons, prefacio de Miguel Ángel Rodilla, 2017.

SENIOR, Alberto F., *Sociología,* 16a. ed., México, Porrúa, 2005.

SMEND, Rudolf, *Constitución y derecho constitucional,* trad. de José María Beneyto Pérez, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

SUÁREZ ROMERO, Miguel Ángel, "La crisis de la ley", en SUÁREZ ROMERO, Miguel Ángel, *Crisis de la ley y Estado constitucional. La argumentación jurídica del legislador,* México, Porrúa, prólogo de Francisco Javier Ansuátegui Roig, 2015.

SUÁREZ ROMERO, Miguel Ángel, "Alcances y límites de la validez jurídica en el modelo de Estado de derecho de Hans Kelsen ante un concepto integral de derechos humanos", en CARRILLO SALGADO, Augusto Fernando y MUÑOZ MENDIOLA, Julio César (coords.), *Actualidad del pensamiento teórico jurídico de Hans Kelsen,* México, Tirant lo Blanch, 2021.

SUÁREZ ROMERO, Miguel Ángel, "Una propuesta de argumentación legislativa ante el embate del juez constitucional en México", en MARTÍNEZ GÓMEZ, Jesús Armando; CARRILLO SALGADO, Augusto Fernando, y MUÑOZ MENDIOLA, Julio César (coords.), *Racionalidad, argumentación jurídica e interpretación en el Estado constitucional de derecho,* México, Tirant lo Blanch-Universidad Autónoma de Querétaro, 2023.

TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, "Presentación", en KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho,* trad. de Roberto J. Vernengo, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1982.

TAMAYO Y SALMORÁN, *El derecho y la ciencia del derecho (Introducción a la ciencia jurídica)*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1986.

TELMAN, D.A. Jeremy, "The Reception of Hans Kelsen's Legal Theory in the United States: A Sociological Model", *Law Faculty Publications,* 2008.

TELMAN, D.A. Jeremy, "Law or Politics? Hans Kelsen and the Post-War International Order", *Constellations,* vol. 18, núm. 4, 2011.

TELMAN, D.A. Jeremy, "La recepción de la teoría jurídica de Hans Kelsen en los Estados Unidos: un modelo sociológico", trad. de Augusto Fernando Carrillo Salgado, en IBARRA PALAFOX, Francisco; CARRILLO SALGADO, Augusto Fernando; HERNÁNDEZ MANRÍQUEZ, Javier, y MUÑOZ MENDIOLA, Julio César (eds.), *Hans Kelsen ante el siglo XXI. Un diálogo crítico*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2023.

TORRE, Massimo la y GARCÍA PASCUAL, Cristina, "Hans Kelsen, Eric Voegelin y la legitimidad de la modernidad", trad. de Manuel Abella, en KELSEN, Hans, *Religión secular. Una polémica contra la malinterpretación de la filosofía social, la ciencia y la política modernas como "nuevas religiones",* trad. de Manuel Abella, Madrid, Trotta, 2015.

TREVES, Renato, "La doctrina del Estado de Hermann Heller", trad. de Ramón Pulito Granata y Francisco Giacopello, *Revista de la Facultad de Derecho de México,* núms. 25-26, 1957.

TRUYOL Y SERRA, Antonio, "Presentación", en KANT, Immanuel, *Sobre la paz perpetua,* 6a. ed., trad. de Joaquín Abellán, Madrid, Tecnos, 1998.

VÁZQUEZ, Rodolfo, *Cinco enfoques teóricos sobre la justicia,* México, Instituto de la Judicatura Federal-Consejo de la Judicatura Federal-Miguel Ángel Porrúa (col. Jueces y Democracia), 2019.

VERDROSS, Alfred, *La filosofía del derecho del mundo occidental. Visión panorámica de sus fundamentos y principales problemas*, trad. de Mario de la Cueva, México, UNAM, 1983.

VERNENGO, Roberto J., "In memoriam Carlos Eduardo Alchourrón", *Theoria: an International Journal for Theory, History and Foundations of Science,* núm. 26, vol. 11, 1996.

VILLORO TORANZO, Miguel, *Lecciones de filosofía del derecho. El proceso de la razón y el derecho*, 2a. ed., México, Porrúa, 1984.

VITA, Leticia, "La República de Weimar y sus juristas", en VITA, Leticia, *La legitimidad del derecho y del Estado en el pensamiento jurídico de Weimar: Hans Kelsen, Carl Schmitt y Hermann Heller,* Buenos Aires, Eudeba, 2014.

VITA, Leticia, "El pensamiento jurídico y político de Carl Schmitt", en VITA, Leticia, *La legitimidad del derecho y del Estado en el pensamiento jurídico de Weimar: Hans Kelsen, Carl Schmitt y Hermann Heller,* Buenos Aires, Eudeba, 2014.

VITORIA, Francisco de, *De iure belli (Con testo latino a fronte),* Bari, Laterza, traducción, introducción y notas de Carlo Galli, 2005.

VOEGELIN, Eric, *La nueva ciencia de la política. Una introducción,* trad. de Joaquín Ibarburu, Buenos Aires, Katz, 2006.

WALTER, Robert, "Origen y desarrollo del concepto de norma fundamental", trad. de Ariel Peralta García y Rolando Tamayo y Salmorán, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vol. 55, núm. 244, 2005.

WEBER, Max, *El político y el científico,* trad. de Martha Johanssen Rojas, México, Colofón, 2004.

WEBER, Max, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva,* trad. de José Medina Echavarría *et al*., 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2008.

WEBER, Max, *Por qué no se deben hacer juicios de valor en la sociología y en la economía (el sentido de "no hacer juicios de valor" en la sociología y en la economía),* trad. de Joaquín Abellán, Madrid, Alianza, 2010.

WEITZ, Eric D., *Weimar Germany. Promise and tragedy,* Nueva Jersey/Oxfordshire, Princeton University Press, 2007.

WELZEL, Hanz, *El problema de la validez del derecho. Una cuestión límite del derecho,* México, Ediciones Coyoacán, 2011.

WERMESTER, Catherine, "Des mutilés et des machines. Images de corps mutilés et rationalisation industrielle sous la république de Weimar", *Vintième Siècle, Revue d'Histoire,* núm. 61, 1999.

XIRAU, Ramón, *Introducción a la historia de la filosofía,* 13a. ed., México, UNAM (col. Textos Universitarios), 2008.

ZALEWSKA, Monika, "The Metaphorical Aspect of Hans Kelsen's Pure Theory of Law", *Principia LXV*, 2018.

ZARKA, Yves Charles, "Présentation: Carl Schmitt, le nazi", *Cités,* núm. 14, 2003.

Un enfoque integral de la teoría pura del derecho de Hans Kelsen, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se publicó en versión digital el 3 de noviembre de 2026. En su composición tipográfica se utilizó tipo *Baskerville* en 9, 10 y 11 puntos.

UN ENFOQUE INTEGRAL DE LA TEORÍA pura del derecho de Hans Kelsen ofrece una lectura renovada, sistemática y profundamente crítica de una de las doctrinas jurídicas más influyentes del siglo XX. Frente a las interpretaciones fragmentarias, simplificadas o ideologizadas que suelen acompañar la recepción del pensamiento de Hans Kelsen en el ámbito hispanoamericano, esta obra propone comprender su pensamiento como un sistema articulado en tres planos —metodológico, ontológico y deontológico—, mostrando su coherencia interna y sus tensiones. Lejos de ser una exégesis tradicional, este trabajo demuestra que la obra kelseniana no es un formalismo rígido ni una abstracción deshumanizada, sino un proyecto científico que busca delimitar con precisión el objeto del conocimiento jurídico sin renunciar al examen de la justicia, la interpretación, la discrecionalidad judicial y la democracia. Sin duda, esta obra reabre el diálogo sobre la teoría pura en el siglo XXI y confirma su relevancia frente a los desafíos jurídico-filosóficos actuales.

JURÍDICAS

ISBN 978-607-642-492-6