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.