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

Capítulo segundo

SUBSISTEMA METODOLÓGICO (PRIMERA PARTE)

I. Introducción

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

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

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

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

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

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

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

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

FUENTE: periodización elaborada por Stanley L. Paulson.

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

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

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

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

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

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

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

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

[156] *Ibidem*, p. 57.

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

1. *Consideraciones preliminares*

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

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

[161] *Idem.*

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

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

2. *Temas centrales de la monografía*

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

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

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

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

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

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

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

---

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

[165] *Ibidem,* p. 120.

[166] *Ibidem,* p. 32

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

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

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

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

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

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

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

[172] *Idem.*

[173] *Ibidem,* p. 79.

[174] *Idem.*

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

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

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

[175] *Ibidem,* p. 67.

[176] *Ibidem,* p. 82.

[177] *Idem.*

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

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

[180] *Ibidem,* p. 108.

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

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

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

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

---

[182] *Ibidem,* p. 110.

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

[184] *Ibidem,* p. 143.

[185] *Ibidem,* p. 144.

[186] *Idem.*

[187] *Ibidem,* p. 145.

[188] *Ibidem,* p. 146.

[189] *Ibidem,* p. 152.

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

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

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

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

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

---

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

192 *Ibidem,* p. 200.

193 *Ibidem,* p. 201.

194 *Ibidem,* p. 206.

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

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

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

1. *Consideraciones preliminares*

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

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

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

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

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

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

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

197 *Idem.*

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

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

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

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

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

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

[200] *Idem.*

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

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

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

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

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

---

[203] *Ibidem,* p. 4.

[204] *Ibidem,* p. 5.

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

[206] *Ibidem,* p. 145.

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

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

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

2. *El inicio de la fase constructivista*

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

---

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

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

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

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

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

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

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

---

213 *Idem.*

214 *Idem.*

215 *Idem.*

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

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

218 *Idem.*

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

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

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

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

[219] *Ibidem,* p. 802.

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[227] *Idem.*

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

[229] *Idem.*

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

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

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

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

---

[230] *Idem.*

[231] *Ibidem,* p. 86.

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

[233] *Idem.*

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

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

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

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

[234] *Ibidem,* p. 9.

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

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

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

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

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

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

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

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

[239] *Ibidem,* p. 200.

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

[241] *Ibidem,* p. 203.

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

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

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

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

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

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

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

---

[243] *Ibidem,* p. LIV.

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

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

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

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

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

---

[246] *Ibidem,* p. XLV.

[247] *Idem.*

[248] *Ibidem,* p. XLIX.

[249] *Idem.*

[250] *Idem.*

[251] *Idem.*

[252] *Idem.*

[253] *Ibidem,* p. 42.

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

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

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

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

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

V. Nacimiento y apogeo de la Escuela Jurídica de Viena

1. *Conformación de la Escuela Jurídica de Viena*

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

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

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

[257] *Ibidem*, p. 155.

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

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

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

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

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

[259] *Idem.*

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

[271] *Ibidem,* p. 81.

[272] *Ibidem,* p. 82.

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

[287] *Ibidem,* p. 14.

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

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

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

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

[292] *Ibidem,* p. 17.

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

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

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

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

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

---

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

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

[295] *Idem.*

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

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

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

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

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

VI. Fase clásica: teoría general del Estado

1. *Consideraciones preliminares*

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[302] *Ibidem,* p. XVII.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

[306] *Ibidem,* p. 314.

[307] *Ibidem,* p. 315.

[308] *Idem.*

[309] *Ibidem,* p. 316.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

[318] *Ibidem*, p. 326.

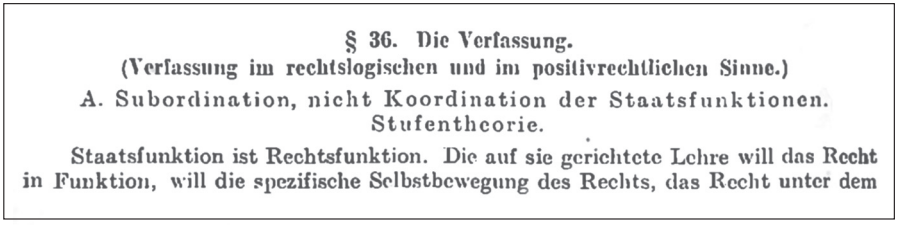
[319] Bobbio, Norberto, "Kelsen y el problema del poder", trad. de Gustavo Molina Ramos, *Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho,* núm. 8, 1988, pp. 17-24.

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

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

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

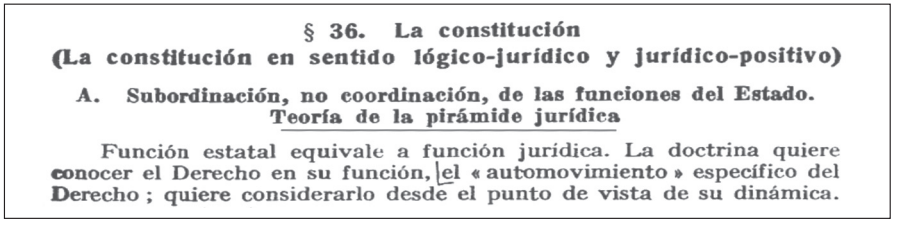
ILUSTRACIÓN 1. PARÁGRAFO 36 DE LA EDICIÓN EN ALEMÁN DE LA *TEORÍA GENERAL DEL ESTADO* DONDE SE OBSERVA QUE NO APARECE LA EXPRESIÓN "TEORÍA DE LA PIRÁMIDE JURÍDICA", SINO "TEORÍA DE LA CONSTRUCCIÓN" (*STUFENTHEORIE*)



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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

[325] *Ibidem,* p. 245.

[326] *Idem.*

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

[328] *Idem.*

[329] *Ibidem,* p. 247.

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

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

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

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

---

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

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

[333] *Ibidem,* p. 59.

[334] *Ibidem,* p. 60.

[335] *Idem.*

[336] *Ibidem,* p. 61.

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

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

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

5. *Incorporación del derecho internacional*

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

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

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

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

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

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

[343] *Ibidem,* p. LV.

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

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

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

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

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

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

6. *Incorporación de la democracia*

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

---

[351] *Idem.*

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

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

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

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

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

---

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

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

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

355 *Ibidem, passim.*

356 *Idem, infra*.

357 *Idem.*

358 *Ibidem,* p. 465

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

[363] *Ibidem,* p. 410.

[364] *Ibidem,* p. 412.

[365] *Idem.*

[366] *Idem.*

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

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

[369] *Ibidem,* p. 298.

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

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

1. *Consideraciones preliminares*

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

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

---

[370] *Ibidem,* p. 299.

[371] *Ibidem,* p. 302.

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

[373] *Ibidem,* p. 24

[374] *Ibidem,* p. 23.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

[382] *Ibidem,* p. 67.

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

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

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

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

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

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

---

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

[385] *Ibidem,* p. 76.

[386] *Idem.*

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

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

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

[390] *Idem.*

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

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

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

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

[391] *Idem.*

[392] *Ibidem,* p. 79.

[393] *Idem.*

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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