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

Capítulo tercero

SUBSISTEMA METODOLÓGICO (PARTE SEGUNDA)

I. Introducción

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

II. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica

1. *Consideraciones preliminares*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

[404] *Ibidem,* p. 278.

[405] *Ibidem,* p. 280.

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

[407] *Ibidem,* p. 28.

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

[409] *Ibidem,* p. 439.

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

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

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

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

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

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

[410] *Idem*.

[411] *Ibidem,* p. 442.

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

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

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

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

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

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

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

[416] *Ibidem,* p. 63.

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

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

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

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

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

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

[419] *Ibidem,* p. 35.

[420] *Ibidem,* p. 22.

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

[422] *Ibidem*, p. 51.

[423] *Idem.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

[445] *Ibidem,* p. 303.

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

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

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

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

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

---

[446] *Idem.*

[447] *Idem.*

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

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

[450] *Ibidem,* p. 338.

[451] *Ibidem,* p. 316.

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

[453] *Ibidem,* p. 330.

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

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

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

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

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

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

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

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

7. *¿Una ciencia jurídica pura?*

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

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

---

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

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

[458] *Ibidem,* p. 34.

[459] *Idem.*

[460] *Ibidem,* p. 35.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

[467] *Ibidem,* p. 22.

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

[469] *Idem.*

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

[471] *Idem.*

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

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

---

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

[473] *Ibidem,* p. 10.

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

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

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

[477] *Ibidem,* p. 28.

[478] *Ibidem,* p. 31.

[479] *Idem.*

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

1. *Consideraciones preliminares*

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

[491] *Ibidem,* p. 374.

[492] *Idem.*

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

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

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

---

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

494 *Ibidem,* p. 393.

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

496 *Idem.*

497 *Ibidem,* p. 40.

498 *Idem.*

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

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

501 *Idem.*

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

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

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

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

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

---

[502] *Idem.*

[503] *Ibidem,* p. 394.

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

[505] *Idem.*

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

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

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

A pesar de los bemoles señalados, el jurista austriaco introdujo también algunas mejoras al concepto de validez que le confirieron mayor claridad. Además de considerar a la validez como una obligación ligada a la obediencia del derecho, en efecto, Kelsen sostuvo que la proposición jurídica que prescriba la obediencia de un deber tiene que precisar las circunstancias de modo, tiempo, lugar y los destinatarios a los que se dirige; en otras palabras, el concepto de validez debe entrañar de manera clara sus elementos materiales y personales.[510] Pero no sólo eso, también comprendió que los elementos de la validez de las normas se encuentran condicionados por el derecho internacional.[511]

---

506 *Ibidem,* p. 46.
507 *Ibidem,* p. 49.
508 *Idem.*
509 *Ibidem,* pp. 143 y 144.
510 *Ibidem,* p. 50.
511 *Ibidem,* pp. 259, 260, 277, 407-413, 417 y 418.

Finalmente, Kelsen también amplió el objeto que las normas deben regular, pues llegó a considerar que los acontecimientos de la naturaleza y los objetos inanimados pueden ser objeto de regulación, siempre y cuando éstos se refieran de manera indirecta a la conducta de los seres humanos.[512] Así mantiene su pensamiento en el cauce de la racionalidad, al explicar que los animales, las plantas u otros objetos inanimados no pueden ser considerados como objetos directos de regulación, ya que significaría regresar a un pensamiento primitivo.[513] En ese sentido, el profesor austriaco proporciona dos ejemplos; el primero consiste en que en la Antigua Grecia existía un tribunal encargado de condenar objetos inanimados, de acuerdo con lo que refiere Demóstenes en su *Oración contra Aristócrates*.[514] Además, en la Edad Media se podía instruir un proceso contra un animal que había matado a un ser humano y podía condenársele a muerte del mismo modo que a una persona.[515]

3. *La crítica de Hans Kelsen a la teoría jurídica de John Austin*

La teoría de John Austin fue uno de los principales retos intelectuales a los que Kelsen tuvo que hacer frente en los Estados Unidos de América, pues si quería que su teoría pura del derecho tuviera éxito, tenía que destacar las diferencias y originalidad de ésta en comparación con la de que aquél.[516] El jurista vienés reconoce esta situación en el prólogo a su *Teoría general del derecho y del Estado*:

> ...[la] orientación de la teoría jurídica pura es, en principio, la misma de la llamada jurisprudencia analítica, ya que del mismo modo que John Austin en sus libros *Lectures on Jurisprudence* y *The Province of Jurisprudence Determined*, la teoría pura del derecho trata de obtener sus resultados a través del análisis exclusivo del derecho positivo.[517]

El líder de la Escuela Jurídica de Viena comienza sus reflexiones en torno a la teoría de Austin reconociendo la claridad conceptual que había alcanzado en su trabajo. Sin embargo, critica lo que a su juicio es uno de los principales bemoles de la doctrina de Austin: su sincretismo metodológico.

---

512 *Ibidem*, pp. 3 y 4.
513 *Ibidem*, p. 4.
514 *Idem.*
515 *Idem.*
516 *Ibidem*, p. V.
517 *Ibidem*, p. VIII.

En opinión del erudito austriaco, Austin no había ofrecido ninguna explicación al problema del origen fáctico de las normas jurídicas, sino que tan sólo pospuso indefinidamente la discusión. En efecto, Austin entendía a las normas de derecho como órdenes (*commands*) formalizadas en el texto de la ley; en otras palabras, las normas jurídicas son el reflejo del poder de unos hombres sobre otros. Kelsen considero su teoría como el paso que Austin no pudo dar, porque la teoría pura del derecho ya había propuesto una respuesta a la interrogante sobre el motor de la validez de las normas gracias a la doctrina de las proposiciones jurídicas, la teoría de la norma fundante y la concepción de la construcción escalonada del derecho.[518]

En opinión de Kelsen, es inadecuado creer que las normas son el reflejo de la voluntad de unos seres humanos sobre otros, porque aunque una norma es promulgada bajo ciertas condiciones, éstas varían o desaparecen con el tiempo, mientras que las oraciones en las que están expresadas perviven. Más aún, tampoco hay que olvidar que los propios súbditos han participado en la confección del derecho. Por lo tanto, las normas no pueden ser reducidas a la expresión del dominio de unas personas sobre otras.[519] Para demostrar las consideraciones anteriores, Kelsen pone como ejemplo la orden de un salteador de caminos: aunque éste posee el poder físico para que otra persona haga su voluntad, esta conducta no es un acto jurídico porque no existe un deber que lo autorice para actuar de esta manera.[520]

Es evidente que las críticas del líder de la Escuela Jurídica de Viena a la obra Austin son realizadas desde los cánones de la propia teoría pura del derecho; un análisis más profundo y contundente tendría que haber sido realizado desde las propias categorías de análisis de Austin, quien no parece ni interesado en separar su objeto de estudio del mundo del ser. En realidad, Austin está tratando de minimizar la presencia del ser en el mundo del deber sin buscar una desconexión total entre ambas esferas. Más aún, parece una paradoja que Kelsen exija tal rigor metodológico a Austin cuando la propia teoría pura del derecho había introducido algunas variaciones en los Estados Unidos de América que la apartaban del rigor neokantiano de antaño. De este modo, no parece exacto vender la idea de que la teoría pura del derecho es la evolución de la teoría general de Austin como pretende hacernos creer Kelsen.

Por último, aunque el erudito austriaco le reprochó al filósofo inglés haber eludido el problema de la fundamentación de hecho de la ciencia jurídica,

---

518 *Idem*.

519 *Ibidem*, pp. 205-207.

520 *Ibidem*, p. 37.

Kelsen en realidad tampoco había resuelto satisfactoriamente el problema con la introducción de la teoría de la norma fundante, que no es más que una elegancia jurídica. En conclusión, en el asalto final entre Kelsen y Austin, ambos autores quedaron en la condición de empate, razón por la cual el erudito austriaco fracasó en su acometido de presentar su teoría ante la academia jurídica estadounidense como una doctrina que superaba a la de Austin.

IV. Entre la fase clásica y la tardía: teoría pura del derecho (segunda edición)

1. *Consideraciones preliminares*

Es probable que la segunda edición de la *Teoría pura del derecho*, traducida al castellano por Roberto J. Vernengo y publicada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM en 1979, sea la obra más conocida en el mundo de habla hispana entre todas las que escribió Kelsen a lo largo de su existencia. La publicación en castellano de la *Teoría pura del derecho* colmó una necesidad académica de primer orden, ya que antes solamente los especialistas en la materia podían tener acceso a ella debido a la dificultad que supone el conocimiento y dominio del alemán. Sobre la publicación de este libro, Rolando Tamayo y Salmorán explica lo siguiente:

> Hace más de quince años se publicó en Viena la segunda edición totalmente reelaborada y ampliada de la *Teoría pura del Derecho*… versión que, según Norberto Bobbio, puede ser considerada como la última expresión del pensamiento de Hans Kelsen. Durante ese tiempo, esta obra fue solamente para especialistas. Era necesario recurrir al original, a la versión francesa (Dalloz, París 1962), a la edición portuguesa (Coimbra, 1962), a la versión italiana (Torino, 1966, reimpresa en 1968), o bien, a la versión inglesa (Berkeley, 1967), siendo inaccesible para cantidad de estudiosos, pero particularmente inaccesible para los innumerables estudiantes de derecho de habla española. El Instituto de Investigaciones Jurídicas ha querido colmar esta laguna en la literatura jurídica de habla castellana, y ha obtenido, para la prestigiosa editorial de la Universidad Nacional Autónoma de México, los derechos exclusivos de parte de Franz Deuticke Verlag para la publicación y distribución de esta obra en español.[521]

[521] Tamayo y Salmorán, Rolando, "Presentación", en Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho,* trad. de Roberto J. Vernengo, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1982, p. 5.

Han transcurrido 43 años desde que la segunda edición de la *Teoría pura del derecho* fue publicada en castellano; a partir de entonces se han escrito innumerables artículos y ensayos en torno a esta obra. Esta situación, sin duda alguna, hace difícil escribir algo novedoso sobre este trabajo. Sin embargo, es probable también que exista un camino que pueda aportar nuevos elementos a la discusión en torno a la teoría pura del derecho, el cual consiste en realizar un estudio comparado entre la primera y la segunda edición con el objeto de identificar los cambios más significativos en el pensamiento del jurista austriaco.

Aun a primera vista se pueden advertir algunas modificaciones sustanciales entre ambas ediciones; la más evidente es que el libro que Kelsen publicó en 1960 abarca más del doble de páginas que su *Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*. Además, el número de capítulos de la segunda edición de la *Teoría pura del derecho* es menor al de la obra publicada en 1934, aunque también hay que señalar que ésta comprende un número más amplio de epígrafes. Por último, existe un evidente reordenamiento de los temas expuestos. En síntesis, Rolando Tamayo y Salmorán explica:

> Comparada con la primera edición, ésta ha doblado prácticamente su tamaño… Las nociones básicas de la Teoría pura han sido refinadas y replanteadas a manera de superar malentendidos a los cuales daban origen las formulaciones de la primera edición. Así, por ejemplo, el significado de la norma fundamental del orden jurídico es dilucidado con mayor claridad en el presente volumen… merece destacar el esfuerzo de Kelsen por distinguir la ciencia del derecho de la ciencia natural no exactamente como mundos distintos el uno del otro, sino, simplemente, como dos diferentes unidades de consideración científica… También son interesantes las adiciones y la clasificación que realiza Kelsen sobre la relación de derecho internacional y de derecho nacional… En algunos casos Kelsen llega a modificar puntos de vista previamente sostenidos… entre otros, que el *Sollen,* el "deber ser"… es transformado en una variable deóntica, que explica las modalidades del comportamiento humano (la permisión, la habilitación, etcétera). Asimismo, Kelsen abandona su anterior opinión sobre las relaciones entre el derecho y la paz social.[522]

Entre la publicación de *Introducción a los problemas de la ciencia jurídica* y la *Teoría pura del derecho* transcurrieron casi tres décadas, para ser precisos, 26 años. Por tal motivo, es comprensible que la experiencia vital de Kelsen, como académico y político, se encuentre reflejada también en la segunda edición de su libro. Por una parte, *Introducción a los problemas de la ciencia jurídica* nace en una coyuntura política, ideológica y económica complicada para

[522] *Ibidem,* pp. 6 y 7.

Europa. Kelsen, a través de su opúsculo, deseaba proponer una respuesta a los problemas de su tiempo, razón por la cual los temas principales de su *Introducción a los problemas de la ciencia jurídica* son la ubicación de esta disciplina en el ámbito de las ciencias del espíritu, la definición de su objeto de estudio, la forma en que el derecho se encuentra constituido y la manera en que éste se crea. En una palabra, en esta primera edición, Kelsen lleva hasta sus últimas consecuencias el principio de pureza metodológica. Por otra parte, en la segunda edición de la *Teoría pura del derecho,* incorpora algunas de las modificaciones que el autor había realizado a su doctrina a través de la publicación de su *Teoría general del derecho y del Estado.* El estilo expositivo en la segunda edición de la *Teoría pura del derecho* varía de un pasaje a otro; en algunas secciones el pulso del autor es más firme que en otras, probablemente esto se deba a que, hacia el final de su existencia, Kelsen comenzó a dudar de la fundamentación neokantiana de su pensamiento.

2. *Diferencias entre la primera y la segunda edición de la* Teoría pura del derecho

La diferencia más evidente entre ambas ediciones es que *Introducción a los problemas de la ciencia jurídica* es un texto que abarca poco más de 100 páginas y se integra por nueve capítulos; se trata de una obra compacta. El primero de los capítulos se titula "Derecho y naturaleza" y comprende siete epígrafes. Aquí, Kelsen sitúa a la ciencia del derecho en el ámbito de las ciencias del espíritu. El capítulo primero de la *Teoría pura del derecho* lleva el mismo título, pero abarca seis epígrafes. Los tres primeros apartados de ambas obras son prácticamente idénticos; a partir del epígrafe 4 comienzan a notarse cambios significativos. En efecto, Kelsen amplía el concepto de norma e integra en este apartado lo que correspondía a los epígrafes 4, 5 y 6 del primer capítulo de *Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*. El numeral 7 de esta última obra correspondería, más o menos, al 5 de la *Teoría pura del derecho*. El epígrafe 6 del texto mencionado es totalmente nuevo.

El capítulo segundo de la *Teoría pura del derecho* lleva el mismo título que el de *Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*; "Derecho y moral", pero fue ampliado sustancialmente. El capítulo tercero de la *Teoría pura derecho* es radicalmente distinto a su homólogo de la *Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*. Para empezar, el primero lleva por título "Derecho y ciencia", mientras que el segundo, "El concepto de derecho y la teoría de la proposición jurídica". A primera vista, a pesar de la diferencia entre los títulos, pareciera ser que ambos conservan la misma esencia. Sin embargo, en el capítulo tercero

de la *Teoría pura del derecho*, Kelsen incorpora los resultados de sus investigaciones que desarrolló en torno a los principios de causalidad e imputación, la diferencia entre ley natural y ley jurídica, así como el principio de imputación entre los primitivos. Pero, sobre todo, emplea el capítulo tercero de la *Teoría pura del derecho* como una especie de puente para llegar a los capítulos cuarto y quinto: "Estática jurídica" y "Dinámica jurídica". El capítulo cuarto de *Introducción a los problemas de la ciencia jurídica* se llama "El dualismo de la teoría del derecho y su superación"; el capítulo quinto es similar al de la *Teoría pura del derecho* y se titula "El ordenamiento jurídico y su estructura jerárquica".

Kelsen realiza un reacomodo de los capítulos siguientes entre ambas ediciones de sus libros. En efecto, el capítulo sexto de la *Teoría pura del derecho*, "Derecho y Estado", corresponde al octavo de la *Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*. El capítulo séptimo de la *Teoría pura del derecho*, "Estado y derecho internacional", equivale al noveno de *Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*. Finalmente, el capítulo octavo de la *Teoría pura del derecho*, "La interpretación", equivale al capítulo sexto de *Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*. Por último, pareciera ser que el capítulo séptimo de la *Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*, "Los métodos de creación del derecho", hubiera sido suprimido de la segunda edición de la *Teoría pura del derecho*; sin embargo, no es así, porque los epígrafes respectivos se convierten en los primeros apartados del capítulo sexto de esta misma edición.

Está claro que sería imposible realizar un examen profundo en el breve espacio de unas cuantas hojas respecto de los principales cambios realizados entre *Introducción a los problemas de la ciencia jurídica* y la *Teoría pura del derecho.* Por tal motivo, en las páginas que siguen sólo se examinarán tres puntos del pensamiento kelseniano: la transformación de la teoría de las proposiciones jurídicas, los juicios de valor en la creación de las normas y la imagen del ser humano en la teoría pura del derecho.

3. *Metamorfosis de la doctrina de las proposiciones jurídicas*

Una proposición jurídica es un enunciado de deber cuya forma más elemental es "Si A es, B debe ser." La teoría de las proposiciones jurídicas constituye en realidad un debate sobre los límites de la moral en la creación y aplicación del derecho. Kelsen, a través del tiempo, fue refinando su doctrina hasta alcanzar un grado mayor de precisión en cuanto a los elementos constitutivos de las proposiciones jurídicas. En la fase constructivista de la teoría pura del derecho, de manera precisa en los *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado,* la estructura de las proposiciones jurídicas era la enunciada al inicio de este párrafo.

En *Introducción a los problemas de la ciencia jurídica,* el profesor austriaco precisa que una proposición jurídica es también un esquema de interpretación o significado (*eine Deutungsschema*), porque brinda criterios lingüísticos generales para que el juzgador pueda dirimir una controversia.[523] En otras palabras, una proposición jurídica no puede prever todos los supuestos hipotéticos de su aplicación, debe ser formulada en términos generales, de tal suerte que funcione como una guía para que los operadores jurídicos puedan realizar su actividad. Kelsen explica que la norma es el instrumento a través del cual los fenómenos sociales (significado subjetivo) adquieren una connotación jurídica (significado objetivo).[524] Además, en *Introducción a los problemas de la ciencia jurídica,* precisa que la validez es la existencia específica de la norma e identifica cuatro ámbitos, a saber: espacial, temporal, personal y material.[525] Es decir, cuando un legislador, o un juez, crea una norma debe especificar el territorio en que ésta debe ser aplicada, durante cuánto tiempo, a quiénes y qué conductas regulará. Aunque todos los ámbitos de validez de una norma hacen referencia a la realidad (ser), Kelsen no vincula la existencia de una norma con su eficacia.

Entre las principales innovaciones que se pueden apreciar en *Teoría general del derecho y del Estado* se encuentra el haber expandido el objeto de regulación de las normas; además de regular la conducta humana, podían reglamentar los hechos de la naturaleza y aun los objetos, siempre y cuando éstos hicieran referencia de manera indirecta a la conducta del hombre. Pero la modificación más polémica fue el haber vinculado la eficacia de las normas a su validez. Así pues, Kelsen tenía que resolver este bemol que baldonaba el rigor metodológico con el que había trabajado hasta aquel momento.

Para empezar, Kelsen explica que la validez debe estar ligada a la eficacia en términos conceptuales, porque si las normas no fueran obedecidas no serían más que derecho histórico o enunciados de buenos deseos. "Una norma que en ningún lugar y nunca es aplicada y obedecida, es decir, una norma que —como se suele decir— no alcanza cierto grado de eficacia, no es considerada como una norma jurídica válida. Un mínimo de la llamada «efectividad» es una condición de su validez".[526] Además, debe existir necesariamente un parámetro de desobediencia del derecho, ya que, en caso contrario, se estaría hablando de leyes de la naturaleza. Se aprecia, entonces, que el autor liga a la eficacia con la validez, no para proyectar su doctrina al mundo del ser, sino

[523] *Cfr.* Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre…, cit.*, pp. 15 y 19. La traducción más adecuada de la palabra *die Deutungsschema* sería "esquema de significado".

[524] *Ibidem,* pp. 17 y 18.

[525] *Ibidem,* pp. 21 y 22.

[526] *Ibidem,* p. 24.

para subrayar la importancia de mantener su teoría pura del derecho en el ámbito de las ciencias del espíritu.

Finalmente, en la *Teoría pura del derecho,* el profesor vienés refrendó todos aquellos elementos que constituyen la estructura básica de las proposiciones jurídicas y trató de eliminar algunas contradicciones ocasionadas por ligar la validez con la eficacia en relación con el principio de pureza metodológica. Para empezar, precisa en la *Teoría pura del derecho* que las normas son expresiones lingüísticas cuya primera parte tiene que ser enunciada como un ser, mientras que la segunda como un deber; [527] por ejemplo, "cuando una persona despoje de su vida a otro ser humano, ésta debe ser castigada con la prisión". El sentido de la palabra "deber" es también refinado;[528] éste comprende cuando menos cuatro funciones: mandar, permitir, autorizar y prohibir.[529] De este modo, tomando como base el ejemplo anterior, una proposición jurídica podría ser formulada de la manera siguiente: "a) cuando una persona despoje de su vida a otro ser humano, se ordena a las autoridades penales la búsqueda y aprehensión de ésta", "b) cuando una persona despoje de su vida a otro ser humano, se permite a las autoridades penales la búsqueda y aprehensión de ésta", "c) cuando una persona despoje de su vida a otro ser humano, las autoridades penales están autorizadas para la búsqueda y aprehensión de ésta" y "d) está prohibido que una persona despoje de su vida a otro ser humano, so pena de prisión". Naturalmente, las funciones del "deber" de la norma no sólo son aplicables al ámbito del derecho penal, sino a todas las ramas del derecho en general.

4. *¿Irracionalidad en la ciencia jurídica pura?*

El contacto que Kelsen tuvo con el derecho anglosajón le permitió darse cuenta de que los precedentes y la costumbre interpretan un papel importante en la creación y aplicación del derecho. En el periodo de formación de conceptos de su obra, el jurista vienés consideró a la costumbre como una expresión primitiva del derecho. En la segunda edición de su *Teoría pura del derecho* cambió de parecer, al afirmar que una práctica consuetudinaria puede llegar a ser considerada derecho, siempre que así lo reconozca una norma;[530] la costumbre sería una forma de creación del derecho. La respuesta del jurista vienés a este problema es bastante pobre, porque cuando una norma

[527] Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho, cit.,* p. 18.

[528] *Idem.*

[529] *Ibidem,* p. 19.

[530] *Ibidem,* p. 23.

reconoce una práctica habitual como derecho, entonces ésta deja de ser tal al convertirse precisamente en norma positiva. Kelsen sólo elude el examen minucioso de la cuestión porque la costumbre es una práctica cuya consecuencia es producir el efecto psicológico de obligatoriedad en una población.

Además de lo anterior, la crisis de la fundamentación neokantiana de la teoría pura del derecho sufrió otro revés cuando el erudito vienés se dio cuenta de que la creación de una norma entraña un juicio de valor, porque el ser humano selecciona una conducta o un bien digno de tutelar respecto a otros que considera irrelevantes. Al respecto, afirma:

> En la medida en que las normas, que constituyen el fundamento de los juicios de valor, son establecidas por actos de voluntad humana, y no por una voluntad sobrehumana, los valores que a través de ellos se constituyen son arbitrarios. Otros actos de voluntad humana pueden producir otras normas, contradictorias con las primeras, que constituyen a su vez otros valores, opuestos a los primeros.[531]

El autor está afirmando la tesis de que cualquier contenido podría ser derecho, base de su relativismo axiológico, pero también abre de par en par las puertas de la discusión sobre los valores en la creación de las normas. ¿Cuáles deberían de ser los parámetros racionales para regular la intromisión de juicios de valor en la creación de las normas?[532]

El tema es de gran relevancia, porque si la selección de las conductas u objetos a tutelar por las normas es arbitraria, entonces éstas también podrían serlo. El capricho en la creación del derecho sea hace patente cuando se identifican dos normas que regulan la misma conducta u objeto en sentidos opuestos. Este es el punto fino de la cuestión, el cual Kelsen no terminó de dilucidar. En la segunda edición de la *Teoría pura del derecho*, llega a la conclusión de que las normas son actos de voluntad y que por ese motivo cabe la posibilidad de que dos normas que regulan la misma conducta en sentido opuesto puedan existir. Si ese fuera el caso, entonces no podría aplicarse el principio de no contradicción, porque ambas están en vigor al unísono. Las normas no son verdaderas o falsas, sino válidas o inválidas.[533]

Si los actos por los que se crean las normas son emotivos e irracionales, entonces éstas también lo serían de algún modo. Por lo tanto, como las proposiciones jurídicas son el objeto de estudio de la ciencia jurídica, al ser irracionales, los resultados de tal ciencia lo serían. En opinión de Kelsen, el

---

[531] *Ibidem,* p. 31.

[532] *Ibidem,* p. 32.

[533] *Ibidem,* p. 33.

científico del derecho debe limitarse a describir la forma de la norma, así como a constatar si los operadores jurídicos han aplicado o no el derecho: "Se puede establecer la relación de una determinada conducta humana con un orden normativo; es decir, enunciar que esa conducta corresponde, o no, al orden, sin adoptar uno mismo una actitud emotiva frente a ese orden normativo, sea aprobándolo o desaprobándolo".[534] Más adelante, añade: "cuando expresa un valor subjetivo, ese juicio de valor es objetivo en la medida en que quien lo formula no toma en consideración si él mismo desea o quiere el objeto… si aprueba o desaprueba la conducta".[535] Pero si una norma prescribe una conducta irracional, entonces su aplicación también será un equívoco, porque no se puede llegar a una conclusión verdadera a partir de una premisa falsa.

La solución que ofrece Kelsen a esta controversia es paupérrima, pues reduce la actividad de los científicos del derecho a describir categorías de análisis y a constatar si se aplica o no el derecho.[536] Sin embargo, no hay que perder de vista que la práctica del derecho no se reduce a la aplicación lisa y llana de las normas. Por el contrario, para que él pueda hacer esto se requiere dar una serie de pasos ineludibles. El jurista primero debe identificar la norma, leer el artículo, comprender su contenido, interpretarlo y aplicarlo.[537] Esto es así porque las disposiciones jurídicas poseen un contenido complejo.[538]

5. *La imagen del ser humano en la teoría pura del derecho*

A lo largo de su obra, Kelsen desarrolló una explicación sobre la evolución del derecho en Occidente. La interpretación que hizo el autor de este proceso fue lineal y progresista, lo que entraña un juicio de valor favorable hacia la doctrina del positivismo jurídico. En la segunda edición de la *Teoría pura del derecho* explica que en la conciencia de los primeros seres humanos se gestó paulatinamente una representación sobre lo que es correcto e incorrecto.[539] Los hombres comenzaron a convivir y juzgarse los unos a los otros

---

534 *Idem.*

535 *Idem.*

536 Véase, Ruiz Manero, Juan, "Cincuenta años después de la segunda edición de la *Reine Rechtslehre.* Sobre el trasfondo de la teoría pura del derecho y sobre lo que queda de ella", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho,* núm. 33, 2010, pp. 38-46.

537 Guastini, Riccardo, *Teoria e dogmatica delle fonti,* Milán, Giuffrè Editore, 1998, p. 16.

538 *Ibidem,* pp. 17 y 18.

539 Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho, cit.,* p. 97.

con base en ciertas normas nacidas de la costumbre.[540] Cuando el ser humano comenzó a preguntarse sobre el motivo por el que obedecía estas reglas, atribuyó su origen o validez a una autoridad sobrehumana. El principio de retribución había nacido: si un ser humano se comportaba correctamente, debía ser premiado, en caso contrario, castigado.[541] Bajo este razonamiento, un acontecimiento funesto era percibido como un castigo por un mal comportamiento de la comunidad, mientras que un hecho positivo era considerado un premio por su buena conducta.[542] En los primitivos no existía la noción de la naturaleza separada de un ánima que dicta las órdenes a través de las cuales están regulados los fenómenos que en ella tienen lugar.[543]

A medida que pasó el tiempo, el ser humano logró desembrazarse de esta interpretación de la naturaleza y se dio cuenta de que existen dos dominios: el del ser y el del deber. En el plano del ser, el hombre observó que, dadas ciertas circunstancias, operan determinadas consecuencias; el principio de causalidad había nacido y su forma base es "si A es, B es". [544] Por otra parte, en el plano del deber, el humano descubrió que a menudo ciertas consecuencias son atribuidas a la conducta del hombre; se trata del principio de imputación.[545] Tal principio es el enlace normativo entre una conducta y su consecuencia jurídica: "si A es, debe ser B".[546]

En el planteamiento de Kelsen se puede percibir un eco del optimismo de la modernidad al enarbolar una visión lineal y optimista de la historia. Se trata de un juicio de valor porque el autor austriaco afirma la existencia de una evolución positiva entre el pensamiento del hombre primitivo y el del hombre moderno. Aquél se caracteriza por una concepción sociojurídica de la naturaleza; éste por una perspectiva dualista del mundo: la naturaleza y la conducta del hombre son dos objetos de estudio diferentes. Además, se trataría de una distinción psicológica,[547] ya que dicha diferenciación sólo puede tener lugar en la mente del ser humano, pues no existe como un criterio intrínsecamente objetivo a través del cual se pudiera determinar que ha existido una evolución positiva.

Las reflexiones que el otrora líder de la Escuela Jurídica de Viena realizó muestran una imagen positiva del ser humano; se trata, en efecto, de un

---

[540] *Idem.*

[541] *Idem.*

[542] *Idem.*

[543] *Idem.*

[544] *Ibidem,* p. 9.

[545] *Ibidem,* p. 98.

[546] *Ibidem,* p. 91.

[547] *Cfr.* Radbruch, Gustav, "La psicología del hombre de derecho", trad. de José Medina Echavarría, en Radbruch, Gustav, *Filosofía del derecho,* Madrid, Reus, pp. 183-194.

hombre caracterizado por su racionalidad. Estamos frente al arquetipo del ser humano heredado por el pensamiento de la Ilustración. En el mejor de los casos, sería un recurso heurístico porque ni siquiera hoy en día se está en condiciones de afirmar que el pensamiento mágico-retributivo ha desaparecido por completo. Todavía hoy existen, en efecto, algunas personas que defienden una interpretación retributiva del mundo que les rodea.

V. Fase tardía: teoría general de las normas

1. *Consideraciones preliminares*

La relación entre la lógica y las proposiciones jurídicas es el tema central de la *Teoría general de las normas.* Aunque dicha cuestión ocupó la atención de Kelsen hacia el final de su existencia, al parecer el tema ya estaba presente desde la publicación de sus *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado.* De esta manera, la relación entre el derecho y la lógica adquirió diferentes matices a través de los años; adoptó, cuando menos, dos facetas. En la primera, el líder de la Escuela Jurídica de Viena empleó la palabra "lógica" de una manera abierta o atécnica, mientras que en la segunda, la usó de una forma más estricta o técnica.

Por lo que respecta al primer uso de la palabra "lógica", en sus primeros trabajos, como en el caso de los ya mencionados *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado,* la utilizó de la siguiente manera: "La oposición entre ser y deber ser es de naturaleza lógico-formal *(formal-logisch)* y, puesto que se mueve en el ámbito lógico-formal *(formal-logische Betrachtung),* los dos mundos se encuentran divididos por un abismo infranqueable".[548] En este punto del desarrollo de la teoría pura del derecho, la palabra "lógica" podría entenderse como "metodológicamente correcto", como una expresión que subrayaba el rigor conceptual de su autor o, en otras palabras, la no intromisión de la psicología, la sociología o la política en la ciencia jurídica.[549] Kelsen consideraba su propuesta como una doctrina lógica porque los conceptos que componían su pensamiento habían sido deducidos correctamente los unos de los otros.[550] Este fue el sentido de la palabra "lógica" en la obra del jurista vienés durante cuatro décadas (1910-1950).

---

[548] Hans Kelsen, citado por Losano, Mario G., "Diritto e logica in Hans Kelsen", *Il Politico,* vol. 31, núm. 4, 1966, p. 813.

[549] *Idem.*

[550] *Ibidem,* p. 814.

Sin embargo, hacia finales de 1950 y principios de 1960, comenzó a examinar la relación entre el derecho y la lógica desde una perspectiva mucho más estricta o técnica. Con base en los desarrollos doctrinarios que comenzaban a gestarse en algunos ámbitos de la ciencia jurídica, el erudito austriaco comenzó a preguntarse si se podían aplicar los principios básicos de la lógica a las proposiciones jurídicas; quería saber si el principio de no contradicción era compatible o no con el objeto de estudio de la ciencia del derecho. En efecto, deseaba determinar si en el caso de que dos normas promulgadas al unísono, una de las cuales prohibía una conducta, mientras que la otra la permitía, eran incompatibles o contradictorias.[551]

Es evidente que, desde el punto de vista de la lógica, se trataría de una flagrante contradicción al principio de no-contradicción, porque un objeto, idea o conducta, no puede ser y no ser al mismo tiempo. Sin embargo, desde la óptica del funcionamiento del derecho no se trataría propiamente de una contradicción, porque las normas son actos de voluntad. La afirmación anterior resulta bastante arriesgada porque si las normas son actos de voluntad, más que un producto de la razón humana, entonces el objeto de estudio de la ciencia jurídica sería la regulación irracional de la conducta humana que realiza el legislador.

Con base en los razonamientos anteriores, una de las principales actividades del científico del derecho sería la eliminación de tales contradicciones, pero, al hacerlo, no sólo estaría organizando racionalmente el material jurídico que le es dado, sino que estaría tomando partido en favor de una decisión política, con lo que su actividad dejaría de ser estrictamente científica. Por si lo anterior fuera poco, si las normas fueran consideradas actos de voluntad, entonces la teoría pura del derecho tendría por objeto de estudio un ser, en lugar de un deber, porque la voluntad es una actuación efectiva del ser humano, mientras que las normas, el fruto de su intelecto. Finalmente, partiendo del supuesto de que una norma A, que permite una conducta, no se encuentra en contradicción lógica con una norma B, que prohíbe la misma conducta, entonces sería necesario el desarrollo de una lógica específica para las normas jurídicas, lo que implicaría el establecimiento de sus fundamentos y conceptos generales.

---

[551] El problema es el siguiente: si dos normas contradictorias son promulgadas al unísono no se puede resolver el conflicto lógico que surge entre ellas a través de las máximas "ley superior deroga a la inferior", "ley especial deroga a la general" o "ley posterior deroga a la anterior". El problema surge cuando dos normas se encuentran en el mismo peldaño de la construcción escalonada y regulan la misma conducta en sentidos opuestos. Cuando dos normas se sitúan en escaños distintos y regulan conductas opuestas se puede resolver la aparente contradicción con criterios como "ley posterior deroga a la anterior".

Los antecedentes de la cuestión antes descrita pueden rastrearse hasta la segunda edición de la *Teoría pura del derecho*, donde el líder de la Escuela Jurídica de Viena examina la cuestión en los capítulos "Derecho y naturaleza" y "Derecho y ciencia". Cuando examina la cuestión en su *Teoría pura del derecho*, su estilo expositivo se vuelve inseguro, "en abierto contraste con la claridad y el rigor del resto de la obra".[552] Por ejemplo, en el primero de los capítulos referidos se puede leer la siguiente afirmación: "Una norma, en cambio, no es ni verdadera ni falsa, sino válida o no válida".[553] Más adelante, añade:

> Pero los dos enunciados siguientes: "si A se produce, entonces X es debido", y "si se produce no A, entonces, X es debido", no se excluyen recíprocamente, y, por ende, las dos normas que mediante ellos se formulan pueden tener validez al mismo tiempo. [Estas] no se contradicen… puesto que pueden ser formuladas sin contradicción lógica.[554]

Las afirmaciones anteriores en realidad no logran esclarecer la relación entre el derecho y la lógica. Efectivamente, si dos normas, en principio contradictorias y que han sido promulgadas al mismo tiempo, son válidas, ¿de qué manera puede determinar, tanto el juzgador como el científico del derecho, la que debe prevalecer frente a la otra en cierto caso? Además, ¿esta prevalencia es temporal o definitiva? Si fuera definitiva se estaría reconociendo que los jueces están autorizados para derogar normas, ¿dicha derogación tendría efectos generales o particulares?

En el capítulo "Derecho y ciencia" de la *Teoría pura del derecho*, introduce una modificación a su punto de vista al afirmar que las reglas de la lógica no se aplican directamente a las normas, sino a los enunciados que las describen, los cuales constituirían el verdadero objeto de estudio de la ciencia jurídica;[555] el propio líder de la Escuela Jurídica de Viena explica: "…los principios lógicos, en general, y por ende, también el principio de contradicción, en particular, pueden aplicarse a los enunciados jurídicos que describen normas jurídicas y, también, indirectamente a las normas jurídicas".[556] Más adelante, añade:

---

552 Losano, Mario, G., "La teoría pura del derecho…", *cit.*, p. 62.

553 Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho, cit.,* p. 33.

554 *Ibidem,* pp. 39 y 40.

555 Losano, Mario, G., "Diritto e logica…", *cit.*, p. 815.

556 Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho, cit.*, p. 214. Véase, también, Losano, Mario G., "Diritto e logica…", *cit.*, p. 815; Losano, Mario, G., "La teoría pura del derecho. Del logicismo al irracionalismo", trad. de Juan Ruiz Manero, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho,* núm. 2, 1985, p. 61.

> ...el orden jurídico es descrito en enunciados jurídicos que no se contradicen...[557] Que A sea debido, y, simultáneamente, que no lo sea, es tan sinsentido, como afirmar que A es y, simultáneamente, que A no es… Más como el conocimiento del derecho… tiene que pensar conceptualmente su objeto como un todo dotado de sentido, tratando de no describirlo en oraciones contradictorias, parte del supuesto que los conflictos normativos que aparezcan dentro del material normativo que le es dado… pueden y tienen que ser disueltos por vía de interpretación.[558]

La explicación anterior no resuelve la cuestión, porque el científico del derecho, al dirimir mediante diferentes interpretaciones o argumentos una contradicción entre dos normas promulgadas al unísono y que regulan la misma conducta en sentido contrario, estaría tomando partido a favor o en contra de un punto de vista que, en última instancia, es de carácter político. Pero no sólo eso, también estaría realizando un juicio de valor al preferir una norma respecto de otra. Por si lo anterior fuera poco, suponer que el ordenamiento jurídico es una unidad coherente no es más que una mera ficción, pero el empleo de esta técnica era rechazado por el autor debido a que confiere cualidades de las que carecen ciertos objetos.

Dos años después de la publicación de la segunda edición de la *Teoría pura del derecho*, en un artículo que lleva por título "Derogación",[559] Kelsen afirmaría todo lo contrario, esto es, que las reglas de la lógica no se pueden aplicar ni a las proposiciones prescriptivas ni a las descriptivas. Por ello, afirmó la necesidad de desarrollar una lógica propia de las normas.[560] El principal argumento del profesor vienés es que las reglas de la lógica no pueden aplicarse al derecho porque ni las normas ni sus enunciados descriptivos son verdaderos o falsos, sino válidos o inválidos.[561]

Subsiste, entonces, la cuestión de cómo resolver un conflicto entre dos normas que fueron promulgadas al unísono y que regulan la misma conducta en sentido contrario. Ya se ha visto que, debido a la promulgación simultanea de dos normas que regulan una conducta en forma contradictoria, no se pueden aplicar las reglas de la lógica ni tampoco ciertas máximas del derecho, como "ley especial, deroga a la general" o "ley posterior, deroga a la anterior". Así, el principal mecanismo que Kelsen propone para resolver

---

557 Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho, cit.,* p. 214.

558 *Ibidem,* p. 215.

559 Losano, Mario G., "Diritto…", *cit.,* p. 816.

560 Losano, Mario G., "La teoría pura del derecho…", *cit.*, pp. 62 y 63.

561 Kelsen, Hans, "Derogación", trad. de Alfonso Ortiz, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* año VII, núm. 21, 1974, p. 270.

este tipo de contradicciones es la existencia de una norma derogatoria, la cual describe como una proposición jurídica que despoja a otra norma de su validez. La norma derogatoria sería una proposición de no-deber ser.[562] Al respecto, explica:

> …un conflicto entre normas no es una contradicción lógica y no puede ser comparado con una contradicción lógica. La derogación revoca la validez de algunas de las dos normas válidas. Pero en caso de una contradicción lógica entre dos aserciones, una de las dos aserciones es falsa desde el principio. Dado que la validez de una norma es su propia existencia específica, un conflicto entre normas no puede ser comparado con una contradicción lógica...[563] Dado que la norma derogatoria ni establece el "deber" de una cierta conducta ni el "deber" de abstenerse de una cierta conducta, sino el "no-deber" de una específica conducta, ella no puede ser expresada como otras normas en un enunciado de deber ser… Las normas derogatorias asumen la forma de aserciones tales como "La norma de acuerdo a la cual los hombres que hayan cumplido la edad de 21 años… (etcétera) deben… (etcétera), es revocada por la presente norma".[564]

La solución que ofrece Kelsen al problema de la existencia de dos normas que regulan la misma conducta en sentido contrario tampoco parece satisfactoria. La primera debilidad de esta tesis radica en la forma en que el erudito austriaco formuló su concepto, pues ella resulta contradictoria con la descripción de la estructura básica o general de las normas que hasta aquel momento había defendido. En aquel entonces había sostenido que las normas jurídicas son enunciados de deber que pueden cumplir, cuando menos, tres funciones: ordenar una conducta, autorizarla o prohibirla. De acuerdo con lo anterior, la norma derogatoria no podría ser un enunciado de no-deber, sino que sería un enunciado de deber que ordenaría o autorizaría la derogación de una de las dos normas en conflicto. Es decir, la norma derogatoria estaría legitimando o facultando a un juez para eliminar una de las dos normas en conflicto; se trataría de un decisionismo porque un juez tendría que formular un juicio de valor para posicionarse frente a un problema. Además, aun si se admite que la norma derogatoria es un enunciado de no-deber, ¿qué otro ejemplo de este tipo de normas podría encontrarse en un ordenamiento jurídico?

Otro bemol de la norma derogatoria (ND1), cuya función exclusiva consiste en derogar una de las proposiciones jurídicas en conflicto, podría ser

---

562 *Ibidem,* p. 261.

563 *Ibidem,* p. 270.

564 *Ibidem,* p. 261.

que ésta conduciría a un *regressus ad infinitum*, porque al cumplir su función sería necesaria la introducción de una nueva norma (ND2) que derogara a la primera, a su vez, se tendría que introducir otra nueva disposición (ND3) que derogara a esta última y así sucesivamente. Para evitar este *regressus ad infinitum* podría pensarse en la posibilidad de prescribir la derogación de la norma derogatoria en el propio texto de ésta al promulgarla; sin embargo, esta solución no parece adecuada con el esquema de la construcción escalonada del derecho, porque una norma sólo puede ser invalidada por otra superior. En otras palabras, una norma no puede "autoderogarse".

Kelsen está postergando la toma de decisión respecto de qué norma debe prevalecer cuando dos prescripciones jurídicas promulgadas al unísono regulan la misma conducta en sentido contrario. Este tipo de controversias no la resuelve una norma, sino una voluntad. Cuando dos normas promulgadas al unísono regulan la misma conducta en sentido contrario coexisten dos puntos de vista subjetivos diferentes que son arbitrados por una nueva discusión política, cuyo fruto es la introducción de una norma derogatoria y, por lo tanto, que pone un punto final a la discusión. Esta solución, aunque democrática, implica nuevos problemas, porque en la práctica judicial sería difícil esperar a que el parlamento derogue una de las dos disposiciones, porque se estaría vulnerando el derecho fundamental a la impartición de justicia de manera pronta y expedita. Por si lo anterior fuera poco, el parlamento tendría que sesionar permanentemente porque en la vida cotidiana de una sociedad se presentan numerosas controversias de esta naturaleza a cada momento.

2. *La comunicación epistolar entre Hans Kelsen y Ulrich Klug*

La relación entre el derecho y la lógica cimbró los cimientos de la teoría pura del derecho; por esta razón, Kelsen, a finales de 1950, se puso en contacto de manera epistolar con Ulrich Klug, un reconocido experto en el campo de la lógica aplicada al derecho. El intercambio de ideas entre ambos autores se prolongaría hasta la primera mitad de 1960: "el 6 de marzo de 1959 Kelsen inicia una correspondencia con Klug que duraría hasta el 28 de julio de 1965 y acompañaría la génesis de los principales artículos kelsenianos sobre las relaciones entre el derecho y lógica".[565] El intercambio intelectual entre ambos autores sería publicado, 16 años más tarde, por el Instituto Hans Kelsen, como un libro que lleva por título *Normas jurídicas y análisis lógico* (publicado en castellano por el Centro de Estudios Políticos y

[565] Losano, Mario, G., "La teoría pura del derecho…", *cit.*, p. 64.

Constitucionales): "Uno de los frutos del centenario kelseniano de 1981 fue la publicación de catorce cartas entre Kelsen y Klug, que documentan la extraordinaria precisión con la que Kelsen procedía a la revisión de su propio pensamiento".[566]

El líder de la Escuela Jurídica de Viena comienza la comunicación con Ulrich Klug mediante la pregunta siguiente: "Las reglas de la lógica, ¿se aplican en su opinión al derecho considerado como conjunto de normas, a la ciencia jurídica como conocimiento de ese objeto o a ambas?".[567] Klug explica que en su opinión las reglas de la lógica se aplican a ambos objetos debido a que los dos son sistemas de proposiciones.[568] Sin embargo, el jurista austriaco no queda satisfecho con la respuesta, razón por la cual replica a Klug y expone como argumento principal el que las reglas de la lógica no se pueden aplicar a las proposiciones jurídicas, ya que las normas no son verdaderas o falsas, sino válidas o inválidas.[569]

Las razones de Kelsen no persuaden a Klug, porque la validez de una norma no es otra cosa más que la inferencia lógica de una premisa inferior respecto de otra superior (lo que también había sostenido Kelsen a través de la teoría de la construcción escalonada del derecho). Puesto que Klug afirma que las proposiciones prescriptivas y descriptivas no dejan de ser sistemas de proposiciones, recomienda su análisis en los siguientes niveles: 1) examinar las proposiciones expresadas en las normas, 2) examinar las proposiciones contenidas en las sentencias[570] y 3) examinar las proposiciones que se ocupan de ambas (aquellas que desarrollan los juristas o científicos del derecho).[571] De acuerdo con Klug, una norma y una sentencia son axiomas verdaderos

---

566 *Idem.*

567 Kelsen, Hans y Klug, Ulrich, *Normas jurídicas y análisis lógico,* trad. de Juan Carlos Gadella, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, estudio preliminar de Eugenio Bulygin, 1988, p. 29.

568 *Ibidem,* p. 30.

569 *Ibidem,* p. 37; también pp. 70-80.

570 Mario G. Losano, al igual que Ulrich Klug, no está de acuerdo con los argumentos de Kelsen. De hecho, a través del siguiente ejemplo ilustra la importancia de la aplicación de la lógica al derecho y, en particular, al análisis de sentencias: "En la República Federal de Alemania esto ha sucedido ya en un caso que conozco con respecto a una ley impositiva. Y aquí se mostró con gran sorpresa de los organismos gubernamentales competentes que el legislador, al dictar la norma correspondiente, había caído en contradicciones que antes nadie había descubierto, a pesar de que esas disposiciones legales habían sido aplicadas desde hacía ya algún tiempo. Me parece que éste es un buen ejemplo que muestra que no hay dificultades fundamentales que se opongan a la aplicación directa de principios lógicos con respecto a normas". Losano, Mario, G., "La teoría pura del derecho…", *cit.*, p. 65.

571 Kelsen, Hans y Klug, Ulrich, *op. cit.,* p. 56. Klug explica: "Las proposiciones de deber ser son, precisamente, proposiciones, y de esta manera, todos los principios lógicos que valen para las proposiciones tienen que valer también para las de deber ser". *Ibidem,* pp. 58 y 61.

cuando pueden fundamentarse en otras premisas superiores; por tal motivo, no logra entender por qué sería necesaria la introducción de una lógica especial para las normas.[572]

Kelsen no se encuentra convencido de la solidez de los argumentos de Klug, porque en su opinión las normas, a diferencia del material ideal que constituye la materia prima de la lógica, no son propiamente actos del pensamiento, sino manifestaciones de la voluntad del hombre.[573] En este punto de la comunicación entre ambos autores, pareciera ser que Klug ha sido convencido por Kelsen, pues reconoce la necesidad de distinguir entre las proposiciones prescriptivas y descriptivas. Las normas, al ser el producto de un acto político escaparían del examen científico, ya que la lógica debe tratar de mantener su rigor y objetividad científica.[574] No obstante, Klug logra recuperarse del asalto de Kelsen gracias a la introducción de la categoría de análisis "contradicción normológica", con lo cual retorna a su tesis de que las normas jurídicas también se encuentran sujetas al escrutinio de la lógica.[575]

A partir de este momento la intensidad del debate entre ambos autores iría decreciendo. La calidad de los argumentos sería cada vez más pobre en la medida en que Hans Kelsen y Ulrich Klug se limitarían a repetir de diferente manera los argumentos ya expuestos. La comunicación entre ambos autores concluye, finalmente, con el envío de un manuscrito del líder de la Escuela Jurídica de Viena titulado "Derecho y lógica", el cual sería publicado posteriormente. Aquí, en esencia, el jurista vienés expone las razones que ya había presentado a Klug durante su comunicación epistolar.[576] Sin embargo, es importante reconocer que el erudito austriaco introduce algunos argumentos novedosos en torno a la imposibilidad de la verdad o falsedad de las normas; por ejemplo, explica que mientras que un enunciado es ver-

---

[572] *Ibidem,* p. 61.

[573] El argumento de Kelsen es pobre porque no explica lo que debe entenderse por acto del pensamiento ni su diferencia con un acto de voluntad; todo acto de voluntad tuvo que ser pensado previamente. Esta distinción que realiza es de carácter psicológico. Véase, Kelsen, Hans, *Derecho y lógica,* 2a. ed., trad. de Ulises Schmill Ordoñez y Jorge Castro Valle, México, Ediciones Coyoacán, 2016, pp. 23 y 37; además, *cfr.* Schmill Ordoñez, Ulises, "Consideraciones sobre «Derecho y lógica» de Hans Kelsen", en Schmill, Ulises, *Lógica y derecho,* 2a. ed., Cossío, José Ramón (comp.), México, Distribuciones Fontamara, 1997, pp. 31 y 32.

[574] *Ibidem,* p. 66.

[575] *Ibidem,* p. 89.

[576] Kelsen, Hans, *Derecho y lógica, cit.,* p. 10. "Un conflicto de normas es algo completamente diferente de una contradicción lógica. Si pudiese ser comparado con algo, no sería con una contradicción lógica, sino… con dos fuerzas opuestas que operan en el mismo punto".

dadero o falso, sin importar el tiempo o espacio, las normas, aunque falsas, pueden ser válidas en ciertos periodos de la historia.[577]

3. *Estructura de la obra*

Uno de los principales resultados del intercambio epistolar entre Kelsen y Klug se encuentra reflejado en una obra que fue publicada de manera póstuma por el Instituto Hans Kelsen y que lleva por título *Teoría general de las normas.* Esta se encuentra integrada por un conjunto de manuscritos que Hans Kelsen escribió hacia el final de su existencia. A pesar de las evidentes contradicciones y flaquezas de la obra, comprensibles por encontrarse inconclusa y por no haber sido revisada por su autor, no debe pasar inadvertido el importante esfuerzo intelectual que su redacción le supuso a Kelsen debido a su avanzada edad. Mientras redactaba los diferentes manuscritos de su obra, el erudito vienés encontró un invaluable apoyo en su mujer, así como en Rudolf Aladár Métall. *Teoría general de las normas* puede ser comprendida como el esfuerzo final de un hombre cuya existencia se volcó hacia el desarrollo de una doctrina que pudiera dar cuenta de los temas esenciales de la ciencia del derecho.

Contrario a lo que podría sugerir el título de la obra, Kelsen no desarrolló una profunda reflexión en torno a los distintos tipos de normas; por el contrario, centró su atención en una categoría específica de éstas: las normas jurídicas. Al parecer, la obra póstuma de Kelsen adquirió el nombre con el que hoy se le conoce debido a una nota que figuraba en uno de sus manuscritos. Otra característica importante de esta monografía póstuma es que no fue escrita por su autor de manera lineal. En realidad, se trata de una serie de extensos manuscritos que se encontraban en vías de preparación, puesto que quienes le confirieron su estructura final fueron los miembros del Instituto Hans Kelsen. Por esta razón, la obra póstuma del erudito austriaco podría admitir diversas lecturas o interpretaciones.

Teoría general de las normas se compone de 61 capítulos cortos; la organización de éstos es cuestionada por Mario G. Losano:

> ...la propia ordenación de los capítulos puede, en ocasiones, parecer discutible. [Ya que] el propio plan de la obra que se ha conservado no tiene carácter definitivo. Por ello, cualquier intento de organizar este material presenta siempre un flanco a las críticas, porque impone una determinada estructura a un texto que no fue pensado en función de ella.[578]

---

[577] *Ibidem,* p. 15.

[578] Losano, Mario, G., "La teoría pura del derecho…", *cit.*, p. 73.

Para tratar de sortear esta dificultad, Kasimierz Opalek propone dividir los 61 capítulos de la obra póstuma kelseniana en tres partes. La primera abarca los capítulos I a XXXVII, donde se encuentran expuestos los temas clásicos de la teoría pura del derecho, entre los que destacan, por ejemplo, la definición de norma, la relación entre causalidad e imputación, la relación entre ser y deber, así como el problema de la validez y eficacia.[579] La primera parte del libro también contiene algunos temas novedosos, como el análisis del acto de voluntad, el conflicto entre nomas y la inclusión de la derogación entre las funciones de la norma.[580] La segunda parte comprende los capítulos XXXVIII a XLIX, a través de los cuales Kelsen dirige sus pasos hacia el centro de su interés: la imposibilidad del paralelismo entre la verdad de una proposición jurídica y la validez de una norma;[581] en esta parte se pueden encontrar algunos de los temas que el jurista austriaco ya había discutido con Klug. Finalmente, la tercera parte de la obra abarca los capítulos L a LXI; estos once capítulos constituyen el resultado de las investigaciones de Kelsen que, en términos generales, ya han sido discutidos.[582]

La evidencia bibliográfica con la que se cuenta indica que la recopilación del material, así como la redacción de la *Teoría general de las normas*, comenzó en 1960 y que el punto de madurez de las ideas de Kelsen puede situarse en torno a 1965.[583] Esta afirmación encuentra su sustento en los estudios de Kasimierz Opalek, quien analizó meticulosamente las 296 notas a pie de página de la monografía de Kelsen. De acuerdo con este autor, la literatura que el líder de la Escuela Jurídica de Viena empleó para escribir su obra póstuma puede situarse en dos épocas: de los casi 300 libros y artículos que Kelsen empleó para la confección de su obra, 94 fueron publicados hasta el final de 1939, mientras que 133 aparecieron después de ese año.[584] Llama la atención que la bibliografía más moderna que el jurista empleo es sobre todo de derecho internacional,[585] lo que resulta comprensible, ya que el jurista, debido a la coyuntura política y personal de su época, llegó a convertirse en un especialista y autoridad en la materia. El carácter internacionalista de la bibliografía empleada por Kelsen no sólo se desprende de su contenido, sino también de su origen; del periodo anterior a 1939, Kelsen empleó una bibliografía procedente de siete Estados, con especial énfasis en las obras

579 *Ibidem*, p. 74.
580 *Idem.*
581 *Idem.*
582 *Idem.*
583 *Ibidem*, p. 70.
584 *Idem.*
585 *Idem.*

alemanas; posteriormente, utilizó obras de diecisiete Estados, donde predominaban las obras inglesas.[586]

Finalmente, la bibliografía que nutre la *Teoría general de las normas* no sólo es interesante por lo que dice, sino también por sus silencios. En opinión de Mario G. Losano, existen tres grandes ausentes en el aparato crítico de esta obra: las teorías realistas, las teorías iusnaturalistas y la sociología del derecho.[587] A pesar de que Kelsen examinó críticamente todas estas corrientes epistemológicas, parece ser que el jurista austriaco realizó un deliberado *mutis*, porque quería centrar su atención exclusivamente en su objeto de estudio.

4. *Los dilemas morales en la aplicación de las normas*

El tema medular de la teoría general de las normas es dar respuesta a la interrogante siguiente: "¿de qué manera resolver el conflicto entre dos normas que regulan la misma conducta en sentido contrario al mismo tiempo?". La pregunta de Kelsen parece que forma parte del campo de la lógica, pero en realidad se sitúa en el ámbito de los dilemas morales. Para empezar, el problema planteado por el jurista vienés muestra una nueva falencia de su pensamiento: la introducción de una nueva norma hipotética. Al igual que la norma fundante, la norma derogatoria es una proposición jurídica supuesta (un recurso metodológico) que evita proyectar al infinito (hacia abajo) una cadena de normas cuyo punto de partida sería una norma derogatoria que, a su vez, tendría que ser derogada por otra, y así sucesivamente. Para evitar este problema se tendría que suponer que la primera norma derogatoria se deroga a sí misma. Así pues, con la introducción de esta categoría de análisis se puede observar que el límite superior del sistema normativo kelseniano es la norma fundante, mientras que el límite inferior es la norma derogatoria.

En realidad, cuando dos normas regulan la misma conducta en sentido contrario al mismo tiempo, el ser humano tiene ante sí dos alternativas respecto de un mismo problema, lo cual lo conducirá a formular un juicio de valor para decantarse por una u otra posibilidad. Al tomar una decisión se tienen que ofrecer razones jurídicas, se tiene que argumentar porque se tiene que convencer a las partes, y aun a la sociedad, que dicha decisión ha sido la más adecuada. Tampoco hay que olvidar que esta decisión es una nueva norma, porque el juzgador tiene que precisar quiénes son los destinatarios de ésta, y cómo y cuándo se aplica. Kelsen en realidad lo que está haciendo es encubrir un problema ético bajo los aparentes ropajes de una controversia

[586] *Ibidem*, pp. 70 y 71.
[587] *Ibidem*, p. 71.

sobre la relación entre el derecho y la lógica. La controversia entre el derecho y la lógica revela que las consideraciones morales constituyen uno de los factores que influyen en la aplicación, creación y obediencia del derecho.[588]

Ni siquiera desde una lectura ortodoxa de la teoría pura del derecho se puede sostener una separación radical entre el derecho y la moral, ya que si se obedece al derecho sin cuestionamiento alguno se hace porque se estima que dicho ordenamiento jurídico es moralmente adecuado.[589] Por este motivo, un régimen impuesto a través de una invasión, una revolución o un golpe de Estado es percibido por el ser humano como ajeno, a menos que logre instalarse en la consciencia de los destinatarios de las normas.[590] Sin un juicio de valor respecto de la fundamentación y validez del derecho no existiría diferencia alguna entre el Estado y una banda de ladrones.[591] Más aún, si la fuerza fuera de las normas fuera la única nota que caracteriza al derecho, entonces para asegurar su eficacia sería necesario colocar detrás de una persona a un gendarme, y detrás de éste, a otro, y así sucesivamente.[592] Es por ello por lo que "La vivencia del deber tiene más bien que abarcar la convicción, aunque inconsciente, de que en la misma situación todo hombre estaría obligado a obrar del mismo modo, lo que implica —por ende— un juicio de valor no sólo sobre la propia conducta, sino también sobre la humana en general".[593] Al igual que la estructura básica de las normas jurídicas, existen ciertas consideraciones morales que trascienden el tiempo y el espacio, mientras que los hechos sobre los que operan son los que cambian.[594] Esta idea es explicada por Rudolf Laun de la siguiente manera:

> Los súbditos y la ciencia del derecho no son esclavos del legisladores sino sus jueces, quienes, aun en el caso que tengan que doblegarse ante la fuerza ex-

[588] Ross, Alf, "El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural", trad. de Genaro R. Carrió y Osvaldo Paschero, en Ross, Alf, *El concepto de validez y otros ensayos,* 4a. ed., México, Distribuciones Fontamara, 2001, p. 11; *cfr.* García Máynez, Eduardo, *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo,* 10a. ed., México, Fontamara, 2016, pp. 65-92.

[589] *Ibidem,* pp. 15, 20 y 21.

[590] *Ibidem,* pp. 16-18.

[591] Laun, Rudolf, *Derecho y moral,* trad. de Juan José Bremer, México, Ediciones Coyoacán, 2013, pp. 18 y 19.

[592] *Ibidem,* pp. 20 y 21.

[593] *Ibidem,* p. 22.

[594] *Ibidem,* p. 37. Rudolf Laun explica esta característica del positivismo jurídico de la siguiente manera: "Los conceptos del llamado derecho positivo constituyen —por tanto— el medio más importante para obtener, en un círculo más o menos amplio, una objetividad, por lo menos relativa, del derecho autónomo, y solicitar la aprobación no de un individuo aislado, sino de la mayoría de los afectados por el precepto".

> terna, son los llamados a resolver, en cada momento nuevamente, si aquello que les ha mandado dicha fuerza es bueno, es decir, moral y jurídico a la vez. De ahí que el deber autónomo, como premisa suprema de la deducción imperativista, ética y jurídica al mismo tiempo, esté situado, desde el punto de vista normativo, por encima del Estado y de su legislación, que no es otra cosa que su criatura y el instrumento de sus exigencias de poderío.[595]

De esta manera, para resolver el problema planteado por Kelsen ("¿de qué manera resolver el conflicto entre dos normas que regulan la misma conducta en sentido contrario al mismo tiempo?"), el primer paso que tendría que darse sería determinar los valores en pugna. En este punto parecería que se está transitando al naturalismo jurídico; sin embargo, los valores son directrices morales que se gestan en la cabeza de los individuos, se discuten en la sociedad y se adoptan por la comunidad como lineamientos éticos que le permiten al hombre desarrollar su esencia vital.

Ciertamente, el proceso de definición e individualización de los principios morales podría alcanzar un grado considerable de precisión conceptual, con lo que podrían evitarse numerosos procesos psicológicos de los jueces,[596] quienes no son ningunos autómatas, razón por la cual durante la instrucción de un proceso en su mente pasan numerosas ideas que le impiden observar y resolver una controversia jurídica con absoluta objetividad.[597] Tras tomar una decisión, sería necesario examinar los argumentos en favor de un valor de manera racional.[598] Esta actividad estaría a manos del científico del derecho. Kelsen se encontraba frente a las puertas de una nueva época para las discusiones académicas porque la definición de los parámetros para evaluar una decisión es el objeto de estudio de la argumentación jurídica.[599] Ésta podría parecer incompatible con las aportaciones de Kelsen; sin embargo, la argumentación jurídica podría cumplir una función correctiva en

---

[595] *Ibidem,* pp. 36 y 37.

[596] Frank, Jerome, *Derecho e incertidumbre,* 4a. ed., trad. de Carlos M. Bidegain, México, Fontamara, 2012, pp. 7-135, *passim.*

[597] Welzel, Hans, *El problema de la validez del derecho. Una cuestión límite del derecho,* México, Ediciones Coyoacán, 2011, 77 pp.; en particular, pp. 17 y 18. Este autor explica: "los conocimientos y los puntos de vista logrados por la razón no gozan de validez general objetiva; cada hombre, sumido como está en la individualidad de su captación sensible, no puede conocer lo absoluto más que modificado y condicionado, a través de su individualidad y de los grados de sus fuerzas de ánimo y espíritu".

[598] Véase, por ejemplo, Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa,* trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 2018, pp. 23 y ss.

[599] Hoerster, Norbert, *Problemas de ética normativa,* trad. de Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 1992, pp. 41-48.

la medida en que permitiría depurar los argumentos jurídicos de aquellos elementos que serían ajenos al discurso normativo.

5. *¿Es posible limitar la discrecionalidad judicial en el pensamiento de Hans Kelsen?*

Uno de los problemas más complejos que Kelsen abordó hacia el final de su vida —y que dejó abierto en su obra póstuma *Teoría general de las normas*— fue el de la contradicción normativa: ¿qué ocurre cuando dos normas válidas regulan la misma conducta en sentido opuesto, una autorizándola y otra prohibiéndola? Esta cuestión desafía el principio de no contradicción de la lógica clásica, los fundamentos de la validez jurídica, la unidad del ordenamiento y el papel del juez como aplicador del derecho.

Kelsen afirma que las normas no son proposiciones verdaderas o falsas, sino válidas o inválidas, por lo que la lógica formal no se aplica directamente a ellas, sino a los enunciados que las describen. Esto implica que la resolución de contradicciones normativas no puede ser puramente lógica, sino que involucra decisiones de carácter volitivo, abriendo un margen de discrecionalidad judicial.

Sin embargo, su teoría contiene elementos que permiten construir un modelo normativo que limite esa discrecionalidad sin contradecir sus propios postulados. La clave está en articular su teoría de la construcción escalonada del derecho, el principio de competencia, y el marco de interpretación. La contradicción entre normas del mismo nivel jerárquico puede resolverse recurriendo a criterios como la generalidad, la especificidad o coherencia interna del sistema, sin recurrir a juicios de valor.

El principio de competencia refuerza esta posibilidad: una norma es válida sólo si ha sido dictada por el órgano competente. Por lo tanto, si una de las normas en conflicto carece de esta condición, puede descartarse sin recurrir a valoraciones externas. Así, la discrecionalidad se contiene dentro de parámetros normativos.

Kelsen reconoce que interpretar es también decidir, pero sostiene que no toda decisión es arbitraria. El sistema jurídico ofrece un "marco de interpretación" que limita las opciones del juez mediante criterios como jerarquía, especialidad y temporalidad. El juez actúa como un "intérprete autorizado", no como un legislador.

Aunque el jurista vienés no desarrolló una teoría de la argumentación jurídica, su exigencia de cientificidad permite una lectura que la admite como compatible: la justificación judicial debe estar fundada en razones norma-

tivas, no ideológicas. En este sentido, la argumentación racional funciona como un mecanismo de control de la discrecionalidad.

La correspondencia entre Kelsen y Klug muestra la tensión entre el formalismo kelseniano y una lógica más flexible. Si bien Kelsen insiste en que las normas son actos de voluntad, el debate sugiere la necesidad de mecanismos que regulen el juicio valorativo en la práctica judicial. Aquí, la noción de una arquitectura normativa cerrada —con una norma fundante superior y una norma derogatoria inferior— resulta especialmente útil: incluso si los extremos del sistema dependen de ficciones metodológicas, el cuerpo del sistema puede operar con reglas internas que limitan el arbitrio judicial.

Este modelo puede enriquecerse con una lectura del *Tractatus* de Wittgenstein, que plantea que el lenguaje tiene límites y que sólo es posible hablar con sentido dentro de esos límites. Aplicado al derecho, este principio implica que el juez debe respetar los límites semánticos de las normas, evitando crear nuevos sentidos no autorizados por el sistema.

Con base en todo lo anterior, se puede construir un modelo argumentativo en tres etapas:

1) Identificación de la contradicción normativa: el juez evalúa si la contradicción es real mediante el análisis de presupuestos, jerarquía y especialidad. Si no hay contradicción lógica, se aplica la interpretación ordinaria.
2) Aplicación de principios estructurales: si la contradicción persiste, el juez determina cuál norma prevalece según la jerarquía, especialidad, competencia, temporalidad y coherencia del sistema.
3) Justificación formal y lingüística: la decisión judicial debe estar fundamentada normativamente dentro del marco interpretativo delimitado, y respetando los límites del lenguaje jurídico establecidos por el sistema.

Este modelo no elimina completamente la discrecionalidad judicial, pero la racionaliza y la somete a un control estructural y lógico. El juez decide dentro de márgenes preestablecidos, sin devenir en legislador, garantizando así la cientificidad y neutralidad del derecho en el espíritu de la teoría pura de Kelsen.