

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
DOCTORADO EN DERECHO



TESIS DOCTORAL

**LA NORMA JURÍDICA EN LA TEORÍA
PURA DEL DERECHO DE HANS KELSEN
Y SU INFLUENCIA EN EL PENSAMIENTO
JURÍDICO CONTEMPORÁNEO**

MSc. LESTHER CASTELLANOS RODAS

GUATEMALA, MAYO DE 2018

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
DOCTORADO EN DERECHO

**LA NORMA JURÍDICA EN LA TEORÍA PURA DEL DERECHO
DE HANS Kelsen Y SU INFLUENCIA EN EL PENSAMIENTO
JURÍDICO CONTEMPORÁNEO**

TESIS DOCTORAL

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

MSc. LESTHER CASTELLANOS RODAS

Previo a conferírsele el Grado Académico de

DOCTOR EN DERECHO

Guatemala, mayo de 2018

**JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL I: Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II: MSc. Rosario Gil Pérez
VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV: Br. Jhonathan Josué Mayorga Urrutia
VOCAL V: Br. Freddy Noé Orellana Orellana
SECRETARIO: Lic. Fernando Antonio Chacón Urizar

CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

DECANO: Lic. Gustavo Bonilla
DIRECTOR: Dr. Ovidio David Parra Vela
VOCAL: Dr. Nery Roberto Muñoz
VOCAL: Dr. Hugo Roberto Jáuregui
VOCAL: MSc. Erwin Iván Romero Morales

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN PRIVADO DE TESIS**

PRESIDENTE: Dr. René Arturo Villegas Lara
VOCAL: Dr. Adolfo González Rodas
SECRETARIO: Dr. Ovidio David Parra Vela

RAZÓN: “El autor es el propietario de sus derechos de autor con respecto a la Tesis sustentada». (Artículo 5 del Normativo de tesis de Maestría y Doctorado de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Estudios de Postgrado).

Guatemala, 17 de febrero del 2018.

Doctor
Ovidio Parra Vela
Director
Escuela de Postgrados
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala.
Campus central.

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

SECRETARÍA

21 FEB. 2018

RECIBIDO

Hora: 14 Minutos: 21

OFICIAL

Estimado Dr. Parra Vela:

Atentamente me dirijo a usted en mi calidad de asesor de la tesis doctoral intitulada “LA NORMA JURÍDICA EN LA TEORÍA PURA DEL DERECHO DE HANS Kelsen Y SU INFLUENCIA EN EL PENSAMIENTO JURÍDICO CONTEMPORÁNEO”, perteneciente al doctorando **Lesther Castellanos Rodas**.

Las recomendaciones dadas por la terna el 9 de agosto del 2017 al licenciado Lesther Castellanos Rodas, fueron efectuadas, desarrolladas y analizadas con la seriedad y rigor académico esperado, lo que determina que la tesis mencionada además de cumplir con los requisitos reglamentarios establecidos por esta Escuela de Postgrados, cumple con las indicaciones dadas al sustentante el día de su defensa de tesis; las cuales han sido atendidas de manera adecuada.

Habiendo cumplido los requisitos reglamentarios y académicos-metodológicos de la Escuela de Estudios de Postgrados de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala sobre trabajos de investigación, y las sugerencias, recomendaciones e indicaciones dadas, me permito opinar favorablemente sobre la aprobación del trabajo de investigación relacionado del Licenciado Lesther Castellanos Rodas.

Sin otro particular y en cumplimiento de mi labor como docente y asesor de tesis de esta Noble Escuela de Postgrados, me despido.

Deferentemente,



Dr. Saúl González Cabrera
Asesor de Tesis

Guatemala, 02 de abril de 2018.

Dr. Ovidio David Parra Vela
Director de la Escuela de Estudios de Postgrado,
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Señor director:

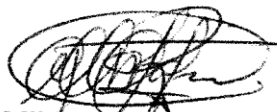
Por la presente, hago constar que he realizado la revisión de los aspectos gramaticales de la tesis:

**LA NORMA JURÍDICA EN LA TEORÍA PURA DEL DERECHO DE HANS
KELSEN Y SU INFLUENCIA EN EL PENSAMIENTO JURÍDICO
CONTEMPORÁNEO**

Esta tesis fue presentada por el MSc. Lesther Castellanos Rodas del Doctorado en Derecho de la Escuela de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

En tal sentido, considero que, una vez realizadas las correcciones indicadas, la tesis puede imprimirse.

Atentamente,



Dra. Mildred C. Hernández Roldán
Revisora
Colegio Profesional de Humanidades
Colegiada 5456

Mildred Catalina Hernández Roldán
Colegiada 5456



D.E.E.P. ORDEN DE IMPRESIÓN

LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, Guatemala, diecisiete de abril del dos mil dieciocho.-----

En vista de que el MSc. Lester Castellanos Rodas aprobó examen privado de tesis en el **Doctorado en Derecho**, lo cual consta en el acta número 27-2017 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **“LA NORMA JURÍDICA EN LA TEORÍA PURA DEL DERECHO DE HANS KELSEN Y SU INFLUENCIA EN EL PENSAMIENTO JURÍDICO CONTEMPORÁNEO”**. Previo a realizar el acto de investidura de conformidad con lo establecido en el Artículo 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado.-----

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”

Dr. Ovidio David Parra Vela

DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO



DEDICATORIA

A mi hija y sobrinos: Alessia, Pilar, Montserrat y Juan Ignacio.

“Los títulos no son garantía de conocimiento, y ciertamente tampoco de felicidad.”

“Crezcan pensando y siendo ustedes mismos, en ello radica el verdadero pensamiento crítico y la autenticidad de la felicidad.”

A mi patria: Guatemala.

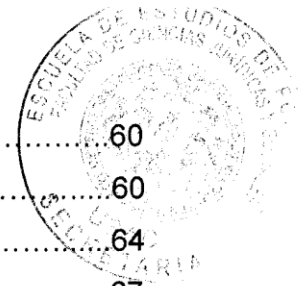
Recordad:

“...tus hijos valientes y altivos, que veneran la paz cual presea, nunca esquivan la ruda pela si defienden su tierra y su hogar.”

ÍNDICE



Introducción	
Capítulo I	
Hans Kelsen y los fundamentos básicos de su teoría	1
1.1 Sobre la vida de Hans Kelsen.....	1
1.2 Contexto social y cultural donde surge la teoría kelseniana.....	3
1.3 Presupuestos para el estudio de las doctrinas de Hans Kelsen.....	6
1.3.1 El Derecho, definición y fundamentos.....	6
1.3.2 El Derecho como norma coactiva.....	17
1.3.3 La pureza metódica de la obra de Kelsen.....	24
1.4. La teoría de Kelsen como la teoría de los derechos positivos.....	27
Capítulo II	
Las aportaciones teóricas de la Teoría pura del Derecho de Hans Kelsen	33
2.1. Desarrollos teóricos en manos de Kelsen.....	34
2.1.1. Teoría general del Derecho.....	34
2.1.2. La estática jurídica.....	34
2.1.3. Elementos del Estado.....	36
2.1.4. La dinámica jurídica.....	36
2.1.5. Formas de Estado.....	37
2.1.6. Teoría general del Derecho y del Estado.....	40
2.1.7. El deber ser (<i>Sollen</i>).....	41
2.1.7.1 El deber jurídico y el deber moral.....	42
2.1.7.2 El comportamiento obligado y la conducta debida.....	47
2.1.7.3 La norma jurídica y la obligación.....	48
2.1.8 Lógica jurídica.....	55
2.1.9 Teoría positiva del Derecho.....	56
2.1.9.1 Derecho constitucional.....	56
2.1.9.2 Derecho internacional.....	57
2.1.9.3 Filosofía del Derecho.....	59



2.1.9.4 Sobre Platón.....	60
2.1.10 Crítica de la ideología.....	60
2.1.10.1 La justicia.....	64
2.2. La idea kelseniana del sistema jurídico en la teoría pura.....	67

Capítulo III

El pensamiento jurídico y filosófico contemporáneo para el estudio de la teoría de la norma jurídica85

3.1 Posiciones críticas.....	85
3.2 Kelsen y la teoría egológica de Carlos Cossio.....	88
3.2.1 Posición de Kelsen sobre la interpretación de Cossio a la teoría pura del Derecho.....	96
3.2.2 Luces y sombras de una polémica científica	99
3.2.3 Lógica formal (Kelsen) vs., lógica trascendental (Cossio).....	104
3.2.4. Silogismo de Kelsen vs., esquema de Cossio.....	107
3.3 Kelsen y Luigi Ferrajoli: acercamiento y síntesis.....	109
3.4 Influencia kelseniana en las concepciones sobre la teoría de la norma jurídica.....	117
3.4.1 Alcance del pensamiento de Kelsen en la concepción del Derecho internacional.....	119
3.4.2 Impronta de Kelsen en el Derecho europeo y latinoamericano.....	121
3.4.3 Asimilación de la obra de Kelsen en la ciencia jurídica española.....	126
3.5 La interpretación normativa desde la visión kelseniana.....	133
3.6 Hacia una moderna concepción de la norma jurídica.....	138

Capítulo IV

Interpretación y argumentación.141

4.1 De la interpretación de la norma jurídica.....	141
4.2 El Derecho como materia de interpretación.....	144
4.3 De la lógica formal a la interpretación.....	149
4.3.1 Del formalismo lógico de la época a la posición de Kelsen.....	158

CONCLUSIÓN.....	163
------------------------	------------

BIBLIOGRAFÍA.....	167
--------------------------	------------

INTRODUCCIÓN



Hans Kelsen es uno de los más grandes juristas de todos los tiempos, sin duda el más influyente en el siglo XX. Su obra ha originado diversas polémicas, los estudiosos reconocen innegables aportes a la ciencia y a la Filosofía del Derecho por parte del ilustre maestro vienés.

Las concepciones teóricas y filosóficas del citado autor han sido objeto de diversas posiciones, hay quienes le han reconocido extraordinario valor y existen autores que se han convertido en enfurecidos detractores de sus teorías. Aun cuando no es posible abordar en el presente estudio todos los detalles relativos a la teoría kelseniana, sus posibles valores o sus desaciertos, al menos sus aspectos más trascendentales ameritan ser profundizados desde una visión científica para abordar su teoría acerca de la norma jurídica.

Es por ello que se precisa profundizar en la génesis del positivismo jurídico, en el enfoque sistémico y en el carácter de ciencia pura del Derecho, cuestiones que han sido muy debatidas por distintos autores. En este sentido, el trabajo indaga en la doctrina de otros renombrados juristas que han reconocido sus fortalezas y sus desaciertos, de modo que las conclusiones puedan servir a la doble finalidad de entender el pensamiento de un autor clásico para la Filosofía del Derecho, a la vez que se ilumina la problemática del positivismo desde un acercamiento histórico.

La teoría pura del Derecho de Hans Kelsen constituye una de las piezas capitales de la teoría jurídica contemporánea. Como ha señalado Mario Losano: *“Todas las teorías del Derecho del siglo XX terminan siendo analizadas en función de su mayor o menor proximidad respecto a la teoría pura, enunciada por Kelsen en los primeros decenios del siglo y desarrollada luego hasta los últimos años de su vida”*¹. Por esta razón, la referencia a la doctrina kelseniana en un estudio destinado a analizar las principales

¹ Losano, Mario. **Hans Kelsen: una biografía cultural mínima. Derechos y libertades.** Págs. 113-128.



concepciones contemporáneas en el ámbito de la teoría del Derecho resulta más que obligada.

A la hora de abordar el estudio de la teoría de Kelsen resulta esencial tener presente su carácter complejo e interdependiente. *“La complejidad de esta teoría se debe, entre otras razones, a la existencia de una duplicidad de fondo que atraviesa el conjunto de la doctrina kelseniana y que es fruto de su pretensión de ser, al mismo tiempo, una teoría del Derecho y una teoría de la ciencia del Derecho, e, incluso, una teoría de la ciencia normativa”*². Por su parte, el carácter marcadamente interdependiente de dicha doctrina supone que la comprensión de muchos de sus conceptos exija tener en cuenta el contexto en el que se insertan en la obra kelseniana.

En medio de este complejo escenario del pensamiento científico y la especial trascendencia de estos rasgos, un trabajo de estas características implica que no pueda aspirar a dar cuenta de todos los elementos de la teoría pura del Derecho y tampoco a exponer de manera rigurosa sus aspectos esenciales, ni abordar con la exigencia requerida el inigualable esfuerzo jurídico del pensador.

Aunque sin límite, señalaremos, en una primera aproximación, los aportes teóricos del maestro y los presupuestos que condicionan la aproximación de Kelsen al fenómeno jurídico, cuya comprensión resulta crucial para entender el conjunto de su esquema conceptual, y a exponer de manera sintética el elemento de su construcción que en mayor medida ha influido en la teoría jurídica post-kelseniana, esto es, su concepción del Derecho como sistema. Trataremos de tocar aquellos vértices que han envuelto de forma excepcional su obra que le han merecido la crítica, como primer aspecto impulsor y cambiante de concepciones que hasta la fecha permanecían incólumes, respecto a la concepción misma del Derecho y su trascendencia para el análisis jurídico.

² *Ibíd.* Págs. 113-128.



La investigación pretende justificar detenidamente en el capítulo primero, las razones de este estudio. Hans Kelsen constituye una figura privilegiada y a partir de ello debemos entender los diversos componentes que integran el espíritu de sus doctrinas, mientras que en otros autores solo suelen aparecer algunos rasgos de este pensamiento, el estatalismo, el legalismo, el normativismo, etc.

La trayectoria de este autor abordó numerosas de estas variantes, constituyéndose así en un magnífico ejemplo para estudiar los grados de formación del paradigma que tanto resalta en su teoría pura del Derecho. Por eso, a medida que vayamos explicando las inflexiones del pensamiento de Kelsen, nos iremos percatando de que son mutaciones generalizables a buena parte de la cultura jurídica mundial. Y es que, más tarde o más temprano, con más o menos fuerza, sus ideas, inquietudes y contradicciones han terminado filtrándose en el imaginario jurídico contemporáneo.

Como hemos enunciado se hace necesario evaluar su teoría en sentido general para extraer de sus concepciones doctrinales los aspectos positivos y negativos que posibiliten enriquecer las doctrinas contemporáneas a partir de la visión sistémica, completa y unitaria de Hans Kelsen.

Lo antes expuesto permite delimitar el problema científico en la interrogante que sirve de guía de trabajo para nuestra investigación. *¿Cuáles son las aportaciones teóricas fundamentales de Hans Kelsen sobre la norma jurídica, al pensamiento jurídico y filosófico contemporáneo?* El problema se delimita en función de los siguientes criterios:

- 1. Filosófico y jurídico:** se pretende presentar brevemente las aportaciones de Kelsen a diversos campos del pensamiento jurídico y filosófico, partiendo del concepto de la pureza metódica como la construcción conceptual en los “problemas capitales” de la norma coactiva y de la imputación. Exponer la tesis de la identidad del Derecho y el Estado y evaluar cómo se plantean y resuelven jurídicamente los problemas relativos al Estado, enumerar los ensayos sobre la



filosofía de Platón y sobre el origen de la ley de causalidad a partir de conceptos normativos, en especial el principio de retribución, así como las críticas a la teoría política y jurídica del marxismo y del comunismo.

2. **Lógico-jurídico:** consiste en la aplicabilidad de los principios lógico- formales a las normas. Se evalúa el pensamiento kelseniano relacionado con la validez de los principios de la lógica formal en las normas jurídicas.

3. **Las doctrinas iusfilosóficas de la Escuela egológica:** aquí se analizarán los criterios esencialmente ofrecidos por Carlos Cossío en contraposición a la teoría kelseniana.

Como hipótesis de trabajo se formuló la siguiente: *El enfoque sistemático y unitario del Derecho, constituye el aporte fundamental de Hans Kelsen al pensamiento jurídico y filosófico contemporáneo para el estudio de la teoría de la norma jurídica y permite dar un orden racional a la rapsodia de teorías jurídicas actuales que pretenden resolver situaciones particulares de forma fragmentada.*

Como objetivo general se propuso demostrar la importancia del estudio crítico y de la toma de posición respecto a las aportaciones teóricas y filosóficas en torno a la norma jurídica en el pensamiento de Hans Kelsen, para la concepción de las nuevas teorías jurídicas en la contemporaneidad.

Como objetivos específicos se trazaron los siguientes:

1. Analizar los principales aportes teóricos de la teoría pura del Derecho de Hans Kelsen.

2. Exponer las consideraciones filosóficas y jurídicas sobre la norma jurídica realizadas por Hans Kelsen.



3. Determinar los aciertos y desaciertos de la teoría kelseniana sobre la norma jurídica según las doctrinas postkelsenianas.
4. Establecer los presupuestos para un estudio completo y transparente de la teoría sobre la norma jurídica de Hans Kelsen como base científica para la elaboración de nuevas teorías.

La naturaleza de esta investigación es de carácter teórico-filosófica, toda vez que el problema a tratar es de índole histórico-doctrinal y filosófico, por lo cual los métodos a utilizar son fundamentalmente teóricos: el histórico-lógico, doctrinal, análisis y síntesis, el inductivo-deductivo, de lo general a lo particular y dentro de los empíricos se utilizará el análisis de documentos. Por las razones expuestas las fuentes de la presente investigación serán predominantemente bibliográficas.

Los conceptos generales dentro de los cuales quedará comprendido el problema de la presente investigación son: las aportaciones teórico-filosóficas de Hans Kelsen. En un primer momento se precisa indagar sobre el ambiente social y cultural de donde surgió la teoría pura del Derecho, con el objeto de colocarla en su contexto histórico y, con ello, poner las condiciones mínimas necesarias para su exacta caracterización. Kelsen es un producto típico de su época y no podría ser de otra manera. La preocupación central de Kelsen consiste en librar a la ciencia jurídica de elementos ajenos, ideológicos, ético-políticos y sociológicos.

“En uno de los primeros párrafos de la “Teoría pura del Derecho” de 1934, al exponer las razones por las que califica de “pura” a su teoría jurídica, se encuentra claramente expresada la tensión histórico-sociológica y epistemológica de la Viena de principios del siglo XX, tal como se presentaba en el campo de la jurisprudencia, la que era un espejo de la cultura de la Viena finisecular y de principios del siglo pasado”³.

³ Kelsen, Hans. **La teoría pura del Derecho**. Pág. 25.



En esta primera obra de Kelsen, publicada cuando tenía treinta años, se establecen los fundamentos de toda su obra posterior. Aparecen las relaciones o el paralelismo entre la teoría jurídica y la teología, el surgimiento de la ley de causalidad a partir del principio de retribución, el análisis de las doctrinas del Derecho penal y civil en lo que se refiere al concepto de la voluntad, la crítica definitiva al postulado de que la relación teleológica que constituye la ley explicativa de la normatividad, la teoría de la interpretación jurídica, etcétera.

Se expondrá la tesis central de la teoría kelseniana: El Derecho entendido como un orden coactivo de la conducta humana. Con esta oración ya está dado el concepto del Derecho en la teoría pura. Sin embargo, una enunciación escueta no logra desarrollar los conceptos implícitos en tal formulación y exponer el camino, a menudo tortuoso y siempre difícil, de los razonamientos para llegar a tal formulación. Durante los años posteriores a 1911, hasta su muerte acaecida el 19 de abril de 1973, abordó diversos rubros: Su teoría general del Estado, la teoría positiva del Derecho, filosofía del Derecho, teoría política y la crítica de la ideología.

El positivismo jurídico debe ser diferenciado del positivismo filosófico según afirma el propio Hans Kelsen. El positivismo toma como punto de partida lo positivo, lo dado, lo comprensible, por lo que la descripción es el único objeto de la investigación. *“El positivismo jurídico es aquella teoría jurídica que entiende como Derecho solo el Derecho positivo por lo que no concede validez alguna a ningún otro orden social”*⁴. Si para el positivismo filosófico solo lo dado puede ser objeto de la ciencia y si lo dado son hechos, resulta que el positivismo filosófico no puede tener aplicación por lo menos de forma inmediata a las normas jurídicas, sin embargo, la validez de un orden jurídico está condicionado por los hechos. Así con una apariencia de difícil comprensión describe Kelsen sus consideraciones sobre el positivismo filosófico y jurídico.

⁴ Kelsen Hans. *¿Qué es el positivismo jurídico?* Págs. 132-146.



Otro aspecto trascendental es la teoría egológica en contraposición a la teoría pura del Derecho kelseniana. No podría realizarse un estudio integral de las posiciones críticas ante las concepciones teóricas de Kelsen sin introducirse en el apasionado enfrentamiento entre su teoría pura del Derecho y la teoría egológica de Carlos Cossio, las que dieron lugar a un intercambio de escritos en los que mutuamente se realizan descalificaciones doctrinales. Esta confrontación obliga a los estudiosos a tomar partido dando la razón a una de las dos partes en conflicto.

También el tópico relativo de la ciencia jurídica como ciencia normativa debe ser abordado. Ninguna teoría ha podido prescindir del carácter normativo de la ciencia jurídica y si bien las posiciones de Kelsen pudieran merecer la crítica de algunos autores, su pretensión también estaba encaminada a liberar el Derecho de la confusión con otras ciencias e insertarlo como miembro digno dentro del sistema de ciencias. El material jurídico no se puede imaginar al margen de lo normativo. Asimismo, al final ha sido incluida la posición contemporánea de la conceptualización del Derecho, a partir del fenómeno social que rodea la norma jurídica y la ciencia que compone aquel.

Finalmente, se realiza el estudio de las teorías de la interpretación y la argumentación de Kelsen vistas a la luz de las doctrinas contemporáneas en las que Kelsen parte del hecho general de que en toda norma existen una serie inevitable de indeterminaciones, a veces intencionadas por el legislador y a veces por la validez de dos normas respecto a un mismo asunto. Esa indeterminación de la superior es la razón de ser de la inferior y en consecuencia de la interpretación. Ello quiere decir que en el sustrato normativo existe una norma que elegir, lo que hay que determinar es cuál es la correcta. Kelsen reconoce diversas formas de interpretación, también susceptibles de críticas que pudieran contribuir al enriquecimiento teórico actual sobre el tema.



CAPÍTULO I

HANS KELSEN Y LOS FUNDAMENTOS BÁSICOS DE SU TEORÍA

1.1 Sobre la vida de Hans Kelsen

“Hans Kelsen, de origen judío, nació el día 11 de octubre de 1881, en Praga, República Checa. Desde los tres años realizó estudios en Viena, hasta obtener en la Universidad el Doctorado en Derecho en el año 1906. A partir del año 1911 inició su vida como docente libre en las cátedras de Derecho Público y de Filosofía Jurídica en la propia Universidad de Viena; en el año 1917 adquiere la categoría de profesor extraordinario y en 1919 asume el cargo de profesor ordinario o titular, condición que mantuvo hasta el año 1930 y dirige la cátedra de Derecho Constitucional y Administrativo, formando parte de los redactores de la Constitución austriaca de 1920. En el año 1921 lo designan magistrado vitalicio del Tribunal Constitucional de Austria”¹.

Por los reconocidos aportes académicos a Hans Kelsen, en el año 1930 fue convocado a la Universidad Alemana de Colonia como catedrático de Derecho internacional, donde labora hasta el año 1933 que emigra a Ginebra, Suiza, por la descarnada persecución del nazismo alemán contra los judíos. En el año 1936 se desempeña como profesor en la Academia de La Haya.

En el año 1940, en pleno auge de la Segunda Guerra Mundial, emigra a los Estados Unidos de Norteamérica, donde se incorpora a la Universidad de Harvard como *research associate* y como docente se desempeña de *lecturer*, donde llega ser titular de la cátedra “Oliver Wendell Holmes”. También se desempeñó como académico en el Wellesley College y en la Universidad de California en Berkeley, donde en 1945 se le designa como docente e investigador en las especialidades de Derecho internacional, teoría general del Derecho y Orígenes de las Instituciones Jurídicas. El mismo año es elegido asesor legal de la Comisión de las Naciones Unidas para los Crímenes de Guerra.

¹ Aladár Métall, Rudolf. **Hans Kelsen, vida y obra**. Pág. 12.



Fue Profesor visitante de diferentes universidades de Norte y Latinoamérica, y entre estas últimas se destacan la Universidad Nacional Autónoma de México y la Universidad de la Habana. Kelsen falleció el 19 de abril de 1973, en Orinda, ciudad cercana a Berkeley.

Hans Kelsen, aportó a la civilización una prolífera producción científica y sus más conocidas obras han sido traducidas a más de veinticuatro idiomas. Su extensa obra, al solo efecto de una estructuración metodológica y asumiendo el criterio de Recaséns Siches se puede dividir en cuatro segmentos, como sigue:

“El primero; el referido a los trabajos de teoría pura del Derecho y del Estado, que constituyen su obra cumbre, con la cual se dio a conocer en el ámbito de la ciencia y lo catapultó a la inmortalidad, siendo estimado desde la doctrina científica como uno los grandes clásicos del pensamiento jurídico. En segundo lugar, se ubican sus aportaciones a las ciencias políticas, vigentes en todos los tiempos, tanto del pasado, como del presente y futuro, respecto a la democracia y a la libertad, como pilares de la gobernabilidad. En tercer lugar, sus aportes a la dogmática jurídica, en el campo del Derecho Constitucional, Administrativo e internacional; y por último, sus consideraciones al componente sociológico del Derecho y la propia historia del Derecho como ciencia”².

A modo de resumen, las obras más reconocidas de Hans Kelsen son:

- Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado.
- teoría general del Estado.
- La teoría pura del Derecho.
- La teoría del Estado de Dante Alighieri.
- El problema de la soberanía y la teoría del Derecho internacional.
- El concepto sociológico y el concepto jurídico del Estado.
- Introducción a la problemática científica del Derecho.
- La idea del Derecho natural y otros ensayos.
- El contrato y el tratado.

² Recasens Siches, Luis. **Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica "razonable"**. FCE-UNAM, 1971. México, Pág. 13.



- Esencia y valores de la democracia.

Si se toman las obras de Kelsen como obras separadas, de todas ellas la de 1911, es decir, *“Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado”* muestra de relevante trascendencia, pues en esta se encuentra la base filosófica kantiana, la precisa separación entre los mundos del ser y del deber ser, entre las ciencias naturales y las ciencias normativas, entre causalidad e imputación jurídica, entre ciencia del Derecho y Sociología, entre ley causal y norma, se advierte todo un desarrollo de la teoría en el concepto de la norma jurídica.

La obra referida fue desarrollada con base en la doctrina de la proposición jurídica. En este gran opúsculo incursiona en la comprensión de la norma jurídica como juicio hipotético; en el Derecho como sistema de normas; en la doctrina de la personalidad jurídica como punto final de imputación jurídica, como personificación de un orden jurídico parcial; en la idea de la norma básica; y se proponen las primeras reflexiones en torno a la doctrina de la identidad del Estado y el orden jurídico nacional.

Al parecer, tiene razón Kunz, al afirmar que este primer ensayo de Kelsen, sirve de soporte o fundamento de toda su posterior obra, aunque en la sustentación de sus aseveraciones desconoce varios temas de importancia teórica que aparecen en esta obra. Entre estas se desatacan también la interrelación entre la teoría jurídica y la Teología, el surgimiento de la ley de causalidad a partir del principio de retribución, el análisis de las doctrinas del Derecho penal y civil en lo que se refiere al concepto de la voluntad, la crítica al razonamiento que la relación teleológica constituye la ley explicativa de la normatividad, la teoría de la interpretación jurídica, etc.

1.2 Contexto social y cultural donde surge la teoría kelseniana

Es conveniente realizar un bosquejo, al ambiente social y cultural de donde surgió la teoría pura del Derecho, con el objeto de colocarla en su contexto histórico y, con ello, poner las condiciones mínimas necesarias para su exacta caracterización.



“En Viena, la capital del imperio austro-húngaro, se desarrolló una notable sociedad, dentro de la que floreció una cultura brillante que ha constituido la base fundamental de la cultura del siglo XX. Por sus rendimientos culturales, puede considerársele la Atenas del siglo XX o la Florencia del Renacimiento, por más que su trasfondo social y económico tenga una siniestra fisonomía totalmente distinta, en contraste radical con la brillantez de sus aportaciones en las diversas ramas de la cultura”³.

“Aquí aparecen las escuelas psicoanalíticas de Freud y sus discípulos S. Ferenczy, E. Jung y otros; la música dodecafónica de A. Schönberg, A. Berg y A. Webern, así como G. Mahler; el positivismo lógico de M. Schlick, O. Neurath, R. Carnap, de algún modo también, K. R. Popper; L. Wittgenstein era austriaco; la jurisprudencia pura de H. Kelsen, A. Merkl, A. Verdross, F. Weyr, F. Sander, J. L. Kunz, L. Pitamic y R. A. Métall, entre otros que sería prolijo enumerar; la termodinámica estadística de Boltzman; en literatura A. Schnitzler, R. M. Rilke y H. Von Hoffmannstal; la pintura del Jugendstil de G. Klimt, E. Schiele y O. Kokoschka, así como el movimiento de secesión; igualmente aparecen los precursores de la escuela de arquitectura del Bauhaus con A. Loos y O. Wagner, independientemente de figuras tan ilustres como, predominantemente, K. Kraus, F. Mauthner, O. Weininger, R. Musil, H. Broch, el gran físico E. Mach, la escuela austriaca de economistas de L. Von Mises, y Menger”⁴.

Esta sociedad burguesa y conservadora era barroca, cortesana, hipócrita, musical, a veces de opereta, constituyendo el objeto contra el que lucharon las corrientes culturales mencionadas

En incesante ir y venir y de influencia mutua, reproduciendo formas de vida y lenguajes, en diversos perfiles y aspectos, la comunicación resultaba difícil y compleja. F. Mauthner, al que Kelsen describe como ingenioso autor en el inicio de su teoría general del Estado, teórico poco conocido, coloca el problema del lenguaje y la teoría del conocimiento en primer plano,

³ Tamayo Salmorán, Rolando. **Traducción al español –primera versión- de la obra Teoría pura... Op. Cit.** Pág. 103.

⁴ S. Zweig, **Die Welt von Gestern. El mundo de ayer. Memorias de un europeo.** Págs. 93-124.



problemática que retomará L. Wittgenstein posteriormente, así como los miembros del Círculo de Viena, con lo que se inicia el giro lingüístico, según expresión acuñada por Richard Rorty, para describir la transformación del sentido de la filosofía en el siglo XX. Dice Mauthner: *“La filosofía es teoría del conocimiento y la teoría del conocimiento es crítica del lenguaje”*⁵.

Este planteamiento ha determinado la casi totalidad del pensamiento filosófico del siglo XX. La obra de Hans Kelsen, al igual que otros aportes cruciales surgidos hacia principios del siglo XX, puede representarse ante todo como continuación de tres proyectos que le anteceden. *“El primero es el más evidente y, por ello, el menos interesante para nuestros efectos: el proyecto de adaptación de la ciencia del Derecho a estándares modernos de científicidad”*⁶.

*“En segundo lugar, se trata del proceso de recepción y desarrollo de la tradición de teorización abstracta del Derecho pese a su creciente positivación”*⁷; o, explicado en simples conceptos ambiguos pero elocuentes, en el proceso de disección de la Filosofía del Derecho legado por la tradición del Derecho natural en distintas disciplinas. Por ejemplo, teoría de la ley o del método jurídico (posteriormente teoría de la argumentación jurídica), teoría del Derecho, Filosofía del Derecho y ética jurídica.

La obra de Kelsen participa de un esfuerzo de categorización de fenómenos sociales dominante en general en la cultura académica europea de fines del siglo XIX y principios del siglo XX, el que tiende a designarse bajo la reducción del proyecto al nombre de *“neokantismo”*. En el caso de Kelsen, se trata de la pretensión de poder comprender bajo su propia lógica (bien podría decirse: bajo sus propias categorías metodológicas) al Estado y al Derecho a partir de una peculiar adaptación de una distinción categorial, a saber, entre ser y deber (ser), la que se ve fundada en aquello que Kelsen denominaba *“teoría del conocimiento jurídico”* y que sirve de sustento general a su obra.

⁵ Mauthner, Fritz. En Borges y Fritz Mauthner. **Teoría del lenguaje y la literatura** (tesis inédita), Cambridge (Mass.) Harvard University, 1976. Págs. 24-103.

⁶ Paulson. 2002, Págs. 228-230. En Kelsen, basta revisar su declaración explícita al inicio de la **Teoría pura del Derecho**. Pág. 1.

⁷ Agudelo Carvajal, Katherine. **Apuntes jurídicos, teoría del Derecho**. Porrúa, México, 2008, Pág. 5.

1.3 Presupuestos para el estudio de las doctrinas de Hans Kelsen



Hans Kelsen desarrolla la idea de construir una teoría con un objeto fundamentado en leyes particulares, que se muestra ajena y libre de una ideología política y de algún elemento de la ciencia de la naturaleza. Con su teoría intenta probar que solo existe el Derecho positivo, entendido como el conglomerado de normas sistematizadas, al margen de cualquier juicio de valor. Siendo este, en mi opinión, el punto de vista desde el cual debe ser estudiado el Derecho. Busca dotar a su teoría del Derecho de objetividad y precisión, como exigencia de cualquier ciencia y concibe como “teoría pura” la ciencia que tiene como objeto el Derecho; con ello intenta explicar qué es y cómo se forma el Derecho, sin averiguar *a priori* el cómo debe ser y crearse.

Conforme a las ideas de Kelsen, el Derecho se había adentrado, sin necesitarlo, en espacios de otras ciencias, valorando situaciones biológicas, psicológicas, teológicas, morales, etc., originando con ello una verdadera ausencia del necesario sentido crítico que debía reservarse, comprometiendo así su incuestionable condición de verdadera ciencia jurídica. En este sentido estima que los profesionales del Derecho, que asuman como concepción a la “teoría pura” no tienen como cometido crear Derecho, pues únicamente están obligados a analizarlo y aplicarlo, tal cual se presenta, y para ello es necesario obviar el tracto de su surgimiento, causa o finalidad, y enfocarse en el Derecho vigente, que no es otro que el Derecho positivo.

1.3.1 El Derecho, definición y fundamentos

Para razonar adecuadamente la definición del Derecho en la obra de Hans Kelsen se hace imprescindible, primero, adentrarse en la finalidad general que persigue con la “teoría pura”, y en la metodología que utiliza para lograrlo, ya que el trabajo que no persigue presentar partes asiladas de sus obras más leídas, donde se refleje una posible definición del Derecho, sino que se persigue comprobar la existencia de una relación coherente en el conjunto de su pensamiento jurídico, teniendo en cuenta el lugar que dicha definición ocupa en toda la teoría jurídica, para tratar a su vez de esclarecer las bases

cognoscitivas en que se fundamenta su teoría pura del Derecho y sobre todo identificar logros y limitaciones.



Desde lo científico, la finalidad del pensamiento jurídico de Kelsen se muestra evidente en su obra “El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del Derecho”; su objetivo es claro cuando alega: *“En verdad, se trata de una lucha de la política contra la ciencia; es una lucha en la que todas las posibles direcciones políticas, conservadoras o revolucionarias, socialistas o liberales, participan por igual en su oposición contra el logro de un conocimiento del Estado y del Derecho verdaderamente objetivo, es decir, emancipado de toda ideología”*⁸.

De conjunto con el carácter no ideológico que Kelsen intenta conceder al Derecho, en la referida obra, afirma: *“En cuanto teoría, quiere limitarse a conocer única y exclusivamente su propio objeto. Se propone contestar a esta pregunta: ¿qué es y cómo es el Derecho? (...) Es ciencia jurídica, no política del Derecho”*⁹.

Insiste, Kelsen, en lo sucesivo, en resumir esta finalidad, mediante diferentes apreciaciones para el tipo de conocimiento que se busca: *“La razón por la cual apellidamos 'pura' a esta doctrina del Derecho, radica en que se propone como única finalidad asegurarse un conocimiento preciso del Derecho, en que puede permitirse excluir de dicho conocimiento todo cuanto en rigor no integra lo que con verdad merece el nombre de Derecho”*¹⁰.

En tal sentido y haciendo referencia a las precisiones de Kelsen, Pedro Rivas afirma: *“La teoría jurídica pura aspira a delimitar con toda pulcritud el objeto de su conocimiento. Pues la aspiración íntima de la ciencia, considerada como conocimiento, es la de descubrir su objeto. Lo necesario no es suprimir la ciencia jurídica (...), sino limitarla a su objeto”*¹¹.

⁸ Kelsen, Hans. **El método y los conceptos fundamentales de la Teoría pura del Derecho**. Pág. 77.

⁹ *Ibíd.*

¹⁰ Rivas, Pedro. **Kelsen y la definición del Derecho**. Págs. 25-28.

¹¹ *Ibíd.*



De igual manera, Kelsen en el prólogo de su obra: *“general Theory of Law and State”*, hace referencia al cometido no creador que se propone cuando precisa que se trata de una ciencia: *“cuyo exclusivo propósito es el conocimiento del Derecho, no la formación del mismo”*¹².

Al decir de Kelsen *“la ciencia tiene que detallar su objeto, tal como es, y no determinar cómo debiera o no debiera ser desde el punto de vista de determinados juicios de valor, pues los juicios de valor sobre el Derecho, tienen una dimensión política y ello es misión del gobierno, el que tiene una actividad dirigida hacia valores y no a un objeto de la ciencia, que estudia realidades objetivas”*¹³.

La finalidad que se propone Kelsen en sus estudios, es fundamental para comprender su pensamiento, quien la deja ver de manera diáfana al afirmar: *“Podemos definir a nuestro arbitrio aquellos términos que deseamos emplear como instrumentos de nuestro trabajo intelectual. El único problema es, si podrán servir para el fin teórico que les hemos asignado”*¹⁴.

Los resultados de su visión metodológica se advierten cuando plantea las interrogantes sobre su definición del Derecho y al respecto alega: *“Cualquier intento de definición de un concepto debe tomar como punto de partida el uso común de la palabra que designa el concepto en cuestión. Al definir la noción de Derecho, debemos empezar por examinar los siguientes problemas: ¿presentan los fenómenos sociales generalmente denominados Derecho una característica común que los distinga de otros fenómenos sociales de naturaleza semejante? ¿Tiene esa característica tal importancia en la vida social del hombre que podamos hacer de ella la base de un concepto capaz de servir para el conocimiento de esa misma vida?”*¹⁵

Similar criterio deja sentado Kelsen en su obra en la segunda edición alemana de *“La teoría pura del Derecho. Introducción a la problemática científica del Derecho”* (Reine Rechtslehre. Einleitung in die

¹² Kelsen, Hans. *General Theory of Law and State*. Pág. 7.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Kelsen, Hans. *La teoría pura del Derecho. Introducción a la problemática científica del Derecho*. Pág. 17.

¹⁵ Kelsen, Hans. *General Theory of Law and State. Op. Cit.* Págs. 4-5.



rechtswissenschaftliche Problematik): *“Para alcanzar una definición del Derecho, se recomienda, por de pronto, partir del uso lingüístico. Comparamos entre sí los objetos que, en los más variados pueblos, y en los más distintos tiempos, fueron designados como 'Derecho', resulta por de pronto que todos aparecen como ordenamientos de la conducta humana. Un 'orden' es un sistema de normas cuya unidad ha sido constituida en cuanto todas tienen el mismo fundamento de validez”*¹⁶.

Encontramos, así, cuando muestra cómo delimitar y separar el ámbito de las valoraciones de la definición del Derecho, *“La comprobación, que la ciencia jurídica efectúe, de que un orden jurídico pacifique a la comunidad jurídica por él constituida, no involucra ningún juicio de valor; en especial no significa el reconocimiento de un valor de justicia y, por ende, tampoco significa erigir ese valor en un elemento del concepto de Derecho, y, por lo tanto, tampoco en un criterio que pueda servir para efectuar la distinción entre comunidad jurídica y banda de ladrones”*¹⁷.

Los primeros argumentos respecto a la definición de Derecho los plasma Kelsen cuando plantea indistintamente en dos pasajes de su obra: *“El hecho en cuestión recibe su sentido y su significación propiamente jurídicas, en virtud de una norma que a él se refiere, convirtiéndolo en su propio contenido; de tal modo que el acto puede ser interpretado en función de la norma que le ha atribuido la cualidad jurídica”*¹⁸. Y: *“El conocimiento jurídico se endereza precisamente a estas normas que confiere el carácter de actos jurídicos (o antijurídicos) a ciertos hechos, y que son a su vez producidas por actos jurídicos”*¹⁹.

Con las afirmaciones anteriores Kelsen pretende explicar lo que deja sentado con posterioridad: *“La teoría jurídica pura en cuanto ciencia específica del Derecho- enderezase al conocimiento de las normas jurídicas: no en cuanto hechos de conciencia, no a la volición ni a la representación de las normas,*

¹⁶ Kelsen, Hans. **Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik.** Pág. 2.

¹⁷ *Ibíd.*

¹⁸ *Ibíd.* Pág. 6.

¹⁹ Kelsen, Hans. **El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del Derecho.** *Op. Cit.* Pág. 6.

sino a las normas mismas queridas y representadas, como contenidos espirituales”²⁰.



Una reflexión trascendente en Kelsen, respecto a la definición de Derecho, aparece en la mencionada obra *Reine Rechtslehre*, y reza como sigue: “Con la tesis de que solo las normas del Derecho pueden constituir el objeto del conocimiento jurídico, no se afirma más que una tautología. Pues, el Derecho, el único objeto del conocimiento jurídico, es norma”²¹.

La obsesión de Kelsen, por definir el Derecho, lo lleva a realizar necesarias reflexiones sobre otro particular, cuando afirma: “La categoría formal del deber ser o de la norma nos indica el género próximo, pero no la diferencia específica del Derecho. (...) Lo que hace que una determinada conducta sea antijurídica (...) no es una cualidad inmanente de la misma, ni tampoco la relación con una norma metajurídica, moral, es decir, trascendente al Derecho positivo; sino única y exclusivamente el hecho de que el precepto jurídico la establece como condición de una consecuencia específica; es decir, el hecho de que el orden jurídico reacciona contra esa conducta con un acto de coacción”²².

Respecto al término acto de coacción implícito en el anterior concepto, también expresa Kelsen: “Pero si el Derecho -considerado como criterio puramente positivista- no es otra cosa que un orden coactivo externo, conviértase en una específica técnica social. (...) El Derecho no constituye sino un medio específico, un aparato coactivo que, en sí mismo considerado, carece de todo valor ético o político, porque su valor depende del fin trascendente al Derecho. (...) Se reconoce inequívocamente que el Derecho es un hecho históricamente condicionado”²³.

Otra fundamentación acerca de la definición del Derecho la formula Kelsen, en su obra general *Theory of Law and State*, cuando expresa: “El Derecho es un orden de la conducta humana. Un orden es un conjunto de

²⁰ *Ibíd.* Pág.11.

²¹ *Ibíd.* Pág. 7.

²² *Ibíd.* Pág. 12.

²³ *Ibíd.* Pág. 14.



*normas. El Derecho no es, como a veces se dice, una norma. Es un conjunto de normas que tienen el tipo de unidad a que nos referimos cuando hablamos de un sistema*²⁴.

*Kelsen al momento de construir el objeto de la ciencia jurídica, “lo entiende con una visión estática, como un sistema establecido, como orden social, como un conjunto de normas que regulan la conducta humana en una sociedad determinada; y con una visión dinámica, lo comprende vinculado a los distintos actos por los cuales se crea y aplica el Derecho y valora además la conducta regulada por las normas jurídicas. De esta manera el Derecho integra un orden normativo, un conjunto de normas sistematizadas e integradas, que forman un todo coherente”*²⁵.

*Kelsen es del criterio que “para comprender la ciencia del Derecho, es necesario comprender la clara distinción que existe entre las ciencias de la naturaleza y las ciencias sociales; y para ello se debe partir de reconocer a la naturaleza como un conjunto sistémico de elementos integrados, en el que tiene lugar una relación causa-efecto independiente de la voluntad humana; mientras que la sociedad constituye también un sistema, pero estructurado por un orden previamente establecido, concretado en las normas creadas para ser cumplidas y aplicadas por los humanos, por medio del cual se regula el comportamiento social y se establecen relaciones entre determinados hechos originados por el hombre. Y en este sentido, atribuye a la naturaleza un orden distinto al de la sociedad, lo cual parece lógico”*²⁶.

Atribuir a la naturaleza un orden distinto al de la sociedad, se debe a los diferentes fundamentos que rigen a cada cual; el de la existencia de la naturaleza misma, como se expuso, signada por el dogma de causalidad, que precisa que a toda causa sigue necesariamente un efecto, mientras que respecto al orden de la sociedad, funciona la imputación como fundamento ajustado a las relaciones jurídicas, donde por una parte se vincula la conducta establecida por la norma, y por otra su consecuencia jurídica, es decir, la

²⁴ Kelsen, Hans. *General Theory of Law and State*. **Op. Cit.** Pág. 3.

²⁵ Kelsen, Hans. **Auto-presentación**. Pág. 60.

²⁶ **Ibíd.** Pág. 71.



sanción que corresponde imponerse cuando se comete un acto contrario al señalado por la norma, contrario a Derecho.

Todo acto ilícito tiene como resultado la imposición de una pena sanción, porque toda norma de prohibición creada resulta un acto de coacción que necesariamente prevé o autoriza la aplicación de una sanción cuando se ha ejecutado el acto ilícito mismo. Por ello, la sanción debe concebirse como la consecuencia jurídico penal de la comisión del acto ilícito; con lo cual el orden jurídico se dogmatiza en un deber ser, lo cual es propio del espacio que pertenece el Derecho, a diferencia de los hechos naturales que son propios de lo que es, de la existencia misma y no de lo que debe ser.

La juridicidad de un hecho, que se corresponde con un comportamiento humano, se fija en una norma propia del sistema jurídico estatal a los que se refiere la teoría pura. Sin embargo, la validez y juridicidad de la norma dependen de su reconocimiento en normas superiores, que tengan como límite la existencia de una norma fundamental, suprema, que otorgue validez a la totalidad del sistema normativo, como lo es la ley de leyes, es decir, la Constitución estatal.

A nuestro juicio, el Derecho debe entenderse como un conjunto de normas jurídicas que forman un sistema cerrado, al punto que las soluciones hay que buscarla en las propias normas; criterio válido durante mucho tiempo y que por lo demás hay cierta cuota de certeza que ofrece seguridad jurídica a las relaciones sociales que se desarrollan en ese lugar y tiempo. Es decir, funciona en una sociedad dada y en un momento histórico concreto.

El Derecho es un conjunto de normas de carácter general, que rigen sobre toda la sociedad, a los efectos de la necesaria regulación y control social; normas que se imponen de forma ordenada y forzosa a los ciudadanos, y cuya inobservancia trae aparejada una sanción de diversa índole, ya sea administrativa o penal, como respuesta del Estado a las relaciones sociales que contravengan los dispuesto en la norma.



Estas normas no son únicamente consecuencia de elementos previamente concebidos de forma racional, sino que en su formación, influyen otros factores, entre los que se pueden precisar los influyentes intereses políticos y socioeconómicos, que se traducen hoy en el poder real, y que condicionan la determinada voluntad política y jurídica del Estado, que por ser el interés dominante se hace valer a través de las normas de Derecho. Del mismo modo, esas normas expresan esos valores, concepciones y exigencias, y a su vez establecen los mecanismos para favorecer su realización, por medio de los comportamientos permitidos, prohibidos o exigidos en las distintas esferas de la vida en sociedad.

En las sociedades verdaderamente democráticas y plurales, el consenso en cuanto a voluntad política depende de la coincidencia de intereses de los grupos político partidistas predominantes en el Legislativo y en el Ejecutivo, así como de su continuidad en el Gobierno.

En la práctica, es absolutamente imposible la existencia de unidad y coherencia de la norma en las sociedades verdaderamente democráticas y plurales; al menos desde una perspectiva formal, incluso a pesar de los posibles intereses y valores predominantes, porque las disposiciones normativas se promulgan en momentos históricos concretos determinados y por órganos del Estado diferentes, e incluso, dominados estos por las mayorías políticas de turno o con expresiones de voluntades políticas diversas.

Tampoco, existe un programa legislativo preconcebido para la actuación y construcción normativa por parte del Estado, sino que el decreto de una u otra disposición legal en cualquiera de sus ámbitos depende de las necesidades o urgencias políticas del momento, razón por la cual se llega a hablar hoy de un Derecho de emergencia, especialmente en el ámbito de lo penal en Guatemala. Lo anterior constituye una opinión propia dada por la experiencia del trabajo realizado día a día en los diferentes juzgados penales del país.

En tales situaciones se legalizan las relaciones sociales de determinada manera, sobre la base del reconocimiento de ciertos Derechos e imposiciones



de deberes, con determinadas limitaciones, se establecen mandatos de forzoso cumplimiento; al punto de que estas disposiciones pueden ser cuestionadas por otros órganos del Estado, anuladas por los superiores, o modificadas por sus mismos creadores meses o años después.

Como ya se expuso, en la realidad objetiva, en el orden de los hechos, desde lo fáctico, y haciendo uso de argumentos de la teoría política, las bases para la armonía normativa las ofrece, entre otras, la existencia de una voluntad política predominante, y de ciertos y determinados intereses políticos comprometidos que desean hacerse prevalecer.

Desde el punto de vista jurídico formal, las bases para la armonía normativa, las propicia la existencia de un conjunto de dogmas y principios que en el orden técnico jurídico hacen que unas disposiciones se supediten a otras. Ello implica que la creación normativa de un órgano prevalezca sobre la de otros; que como resulta de los principios de jerarquía normativa, unas normas posteriores puedan dejar sin eficacia a otras anteriores, no por el rango formal de la norma, sino por la jerarquía del órgano del aparato estatal que la ha dictado; de prevalencia de la norma especial sobre la general, que permita que puedan existir leyes generales y a su lado leyes específicas o de concreción para ciertas circunstancias o instituciones y que permitan regularla de forma diferenciada, y aun así ambas, tengan valor jurídico y fuerza obligatoria; o el principio de derogación de la norma anterior por la posterior, por solo referenciar algunos supuestos.

Otro factor que proporciona coherencia a las disposiciones normativas vigentes, da como resultado que la producción, elaboración y creación del Derecho sea una misión básicamente estatal. Y, sin ser defensor de posiciones absolutamente normativistas, no se puede desconocer el hecho cierto que únicamente se podrá lograr la sumisión del Estado a la ley y que el principio de seguridad jurídica ciudadana será efectivo, solo aceptando que el Derecho es resultado exclusivo del actuar del Estado y que la Constitución, como norma fundamental o suprema, tiene prevalencia respecto a todo el orden jurídico dictado por los órganos competentes.



De igual manera, la expresión de intereses en juego aporta unidad a la normativa vigente, si admitimos que el Derecho no es solo norma, y que como clara manifestación de la voluntad política predominante tiene funciones específicas en la sociedad, y en tanto ha de garantizar el interés prevaleciente, permitiendo, mandando o limitando al actuar humano a través de la creación de la norma, y a su vez, normando la vertiente de lo que se desea obtener y su mecanismo de realización.

Dentro de las funciones básicas del Derecho se le pueden reconocer que es un instrumento de organización social, ya que mediante las normas establecidas se encauza el rumbo de las relaciones sociales, se declaran las admitidas o se limitan otras, y en tanto el Derecho es regla de conducta, por cuanto define, establece, manda o impide actuaciones humanas. Es, además, medio de solución de conflictos de trascendencia social, ya que al ordenar un cauce legal, ofrece las pautas para la solución, arbitra, interviene y prevé los medios para la solución de las inconformidades, peticiones, reclamaciones y la defensa de los intereses de los ciudadanos.

En similar línea de pensamiento, el Derecho es además, un factor de conservación, desarrollo y de transformación social, pues impone un conjunto de reglas, actuaciones, formas de comportamientos y relaciones sociales e interpersonales. O, como resultado de su relativa independencia respecto a los fenómenos estructurales, le permiten anticiparse y establecer las nuevas conductas o relaciones que admitirá o no, sobre las que estimulará su desarrollo o proscripción, razón por la cual se puede afirmar de la falta de independencia del Derecho respecto al poder y a la moral predominantes.

También es real, que el Derecho no solo es voluntad política normativamente expresada es, además, declaración de los valores que predominan en la sociedad en un momento histórico concreto, y en este sentido la armonía y coherencia del sistema normativo también se produce como resultado de la acción reguladora de esos valores creados e impuestos socialmente, transmitidos entre generaciones y reconocidos jurídicamente como rectores de la sociedad. O, sin estar detallados normativamente, existen como guías en la acción de los grupos sociopolíticos imperantes; valores o formas de

comportamientos que logran imponerse mediante la acción de la cultura y otros medios de obtención del consenso pasivo de los gobernados.



La aceptación de estos presupuestos no implica el desconocimiento de la prevalencia de la ley sobre el Estado, y mucho menos sobre la función jurisdiccional, pero sí conlleva a una concepción más amplia respecto al sistema que es el Derecho. Por ello, el Derecho debe entenderse como conjunto sistémico y coherente de normas, valores, puntos de vista, principios e intereses racionales.

La racionalidad del Derecho, se manifiesta desde su proceso de elaboración. El elaborar las normas supone la realización consciente y deliberada de un ejercicio mental colectivo acerca de los fenómenos sociales de trascendencia que necesitan de regulación, las causas que propician su producción, qué es lo que se necesita regular, en qué contextos se van a desarrollar, las posibles consecuencias sociales de tal medida, seleccionando de las opciones posibles la más viable. Así se crea y nace la norma, con una validación de su posible eficacia.

Y para que una norma pueda ser eficaz, para que se realice, para que el proceso de concreción resulte eficaz han de crearse, además, las vías, medios e instituciones que propicien la realización de la disposición normativa, y de los Derechos y deberes que de tales situaciones afloran. Pero la eficacia de una norma jurídica no puede exigirse solo en el plano normativo, también ha de ser social y materialmente exigible, para que haya correspondencia entre la norma y el hecho deseado o situación prohibida, para que refleje la situación existente o que desee crearse, manifestándose así la funcionalidad del Derecho.

Como consecuencia de lo expuesto anteriormente, es posible que la norma alcance el consenso activo de sus receptores y destinatarios, que sea obedecida, respetada y cumplida conscientemente, sin que se muestre la necesidad de solicitar la actuación coercitiva del Estado a través de sus instituciones oficializadas.



1.3.2 El Derecho como norma coactiva

Se podría exponer de manera breve la tesis central de la teoría kelseniana del Derecho entendido como un orden coactivo de la conducta humana.

Con la afirmación que antecede puede quedar por dado el concepto del Derecho en la teoría pura. Empero, la formulación escueta no logra desarrollar los conceptos implícitos en tal formulación y exponer el camino, a menudo tortuoso y siempre difícil, de los razonamientos para llegar a tal formulación. A partir del análisis detallado del concepto psicológico de la voluntad, es que Kelsen lleva a cabo una caracterización de lo que los juristas entienden por voluntad jurídica, que constituye un concepto irrestrictamente diferente del psicológico.

En lo concerniente a la voluntad del Estado deviene en problema de carácter jurídico, pues con ese concepto se intenta determinar cuáles son los actos que pueden referirse al Estado y cuáles serían los actos estatales. Por esta afirmación anterior estaríamos refiriendo que se trata de un caso especial de imputación. *“Los individuos cuyos actos dan base a esta peculiar imputación son los órganos del Estado, y el punto común de confluencia de todas las líneas que guardan relación directa con la imputación y que parten de los hechos cualificados como actos de los órganos, es la voluntad del Estado”*²⁷.

Ahora bien, el principio con arreglo al cual se opera esta clase de imputación y los hechos que se hallan sujetos a ella, son los actos del Estado que tienen por respuesta la norma jurídica: que es la ley, entendida como el conjunto de normas, la que establece expresamente cómo quiere obrar el Estado y bajo qué condiciones obra, por medio de sus órganos y a qué

²⁷ Kelsen, Hans. **Dios y Estado**. Pág. 54.



comportamiento le atribuye obligación de respeto a la norma y que deriva en prohibición.

Al dejar atrás este análisis, Kelsen pasa a estudiar lo que denomina *“la forma lógica de la norma jurídica”*, a la que le atribuye importancia trascendental y que ha condicionado la totalidad de su labor teórica y su aporte fundamental, el Derecho entendido como orden de la conducta humana.

Reconociendo que la voluntad del Estado se encuentra en las normas jurídicas, Kelsen *“se pregunta sobre el contenido de esta voluntad estatal, lo que es igual a decir cuál es el contenido fundamental del Derecho”*²⁸.

Si la voluntad del Estado es una construcción que permite la imputación de ciertos actos de determinados individuos al Estado, Kelsen afirma que *“el Estado solo puede querer su propia conducta, pues una conducta es una conducta propia. Un acto u omisión se consideran como ‘ajenos’ con respecto a una persona cuando no le son imputados a esta persona, sino a otra”*²⁹.

A partir de un análisis muy detallado del concepto psicológico de la voluntad, Kelsen lleva a cabo una caracterización de lo que los juristas entienden por *voluntad jurídica*, que constituye un concepto radicalmente diferente del psicológico. El problema de la voluntad del Estado es un problema de carácter jurídico, pues con ese concepto se intenta determinar cuáles son los actos que pueden imputarse o referirse al Estado, cuáles son los actos estatales.

Por su parte, rechaza que la imputación tenga su fundamento en cualquier ley causal. La imputación es un problema normativo, lo que se hace patente tratándose de omisiones imputadas, en el cual no es posible ver operar a la ley de causalidad, pues la no realización de una conducta no puede ser causa de efecto alguno.

La teoría jurídica tradicional sostiene que el contenido de la voluntad estatal no son los actos propios del Estado, sino la conducta de los súbditos. Exponiendo esta doctrina Kelsen dice: *“Lo que el Estado ‘quiere’ en la norma*

²⁸ Machado Neto, A. L. **La lógica deóntica en Kelsen y Cossio**. Págs. 2-17.

²⁹ *Ibíd.*



*jurídica no es, ni mucho menos, su propio comportamiento, sino un comportamiento de los otros sujetos de Derecho, y, concretamente un comportamiento a tono con el orden jurídico, es decir, una serie de actos u omisiones ajustados a Derecho*³⁰.

Si el contenido mismo de la voluntad del Estado fuera la conducta positiva o negativa de los súbditos, la norma jurídica sería concebida como un imperativo, cuyo contenido sería la descripción de la conducta del súbdito querida por el Estado. La voluntad dirigida sola y exclusivamente a un comportamiento ajeno encuentra su expresión en la orden. A los ojos de la doctrina dominante, la norma jurídica se manifiesta bajo la forma de una orden o una prohibición.

Entender al Derecho como lo hemos planteado supra es que objetivamente se caracteriza con el nombre de teoría imperativa. Las investigaciones que han antecedido buscando un concepto de la voluntad han llevado a afirmar que el contenido de esa voluntad solo puede ser la propia conducta. Por tanto, la norma jurídica tiene por contenido esencial la conducta del Estado, su propia conducta, pues considerar que el contenido de la norma jurídica es la conducta de sujeto distinto, solo señala el fin de la norma que regula la propia conducta.

Este fin, que viene siendo la conducta de los súbditos de la norma, solo se puede lograr a través del proceso psicológico de la motivación, es decir, provocando en aquellos individuos las causas que han de determinar una conducta congruente, los motivos de la voluntad.

Para conseguir ello, hay que coordinar la conducta propia del Estado con el fin consistente en la conducta de los súbditos. Estos actúan siempre con base en el acercamiento a un principio del placer, que satisface sus necesidades, obteniendo con ello, ventajas y evitando así, los perjuicios. La norma jurídica ha de tener por contenido la conducta propia del Estado, capaz de mover a los súbditos a la conducta que concuerda exactamente con el fin de la norma. Habría que tener siempre a la vista que el fin de la norma, la

³⁰ Schmill Ordóñez, Ulises. **El concepto del Derecho en las teorías de Weber y Kelsen.** Págs. 101-127.



conducta del súbdito, no es el contenido mismo de la norma, el cual siempre si es la conducta del órgano del Estado.

La exigencia misma e imperativa, sencilla y dirigida al hombre y que no sea cuestión distinta que la expresión directa de una voluntad enderezada al comportamiento ajeno, no podría provocar nunca, por sí mismo, el proceso de motivación que hemos venido señalando.

La norma debe ser capaz de trasladar y hasta provocar en sus súbditos el interés de cumplir con el fin para el cual esa norma se ha construido. Ello sería posible, solo si el contenido de la norma contiene los elementos motivadores de la conducta del súbdito. Esta garantía de la motivación debe estar contenida en la norma misma y es la sanción, que puede adoptar dos formas: la pena o la de la ejecución misma.

De esto se nutre el contenido mismo de la norma jurídica y, por tanto, ello así coincide con el contenido de la voluntad estatal, que regula su propia conducta. En razón a esto, el imperativo no puede motivar la conducta que es el fin propio de la norma. En suma, la forma de la norma tiene carácter condicional.

Con esta relación teórica es que Kelsen arriba al concepto del Derecho como orden coactivo de la conducta humana. El proceso por el cual Kelsen llegó a la tesis del Derecho como orden coactivo consistió en introducir dentro del concepto de la norma, a la sanción: *“A este proceso conceptual lo denominó primera interiorización semántica”*³¹.

Una de las funciones de mayor trascendencia del Derecho es la de sistematizar a través de su reglamentación en la norma, el uso de la fuerza en las relaciones sociales entre los mortales, y he aquí su preeminencia como instrumento de poder y coacción.

En este sentido, el Derecho instituye las circunstancias y manera en que puede utilizarse la fuerza, ya que la misma debe ser ejecutada únicamente por aquellos que vienen reconocidos legalmente para hacerla efectiva.

³¹ Schmill Ordóñez, Ulises. **El concepto del Derecho. Op. Cit.** Págs. 101-127.



De acuerdo con los postulados expuestos y de conformidad con los fundamentos de la teoría pura, *“la función fundamental del Derecho es la de implantar un monopolio de la fuerza como protección de las diversas comunidades jurídicas”*³²; por ello para Kelsen, el Derecho positivo, como mandato de ordenación que intimida desde lo coactivo, *“es un medio específico técnico-social, para alcanzar fines cuya determinación queda fuera del conocimiento del Derecho positivo”*³³.

El Derecho es un orden, según el cual, el uso de la fuerza queda vedado exclusivamente como delito, es decir, como condición, pero está autorizado como sanción, o sea, como consecuencia.

Por tal razón Kelsen razona, que *“un orden jurídico integra una diversidad de normas generales e individuales que regulan el comportamiento de los hombres y así lo determinan como debido, ajustado a Derecho; y es debido todo comportamiento cuando esté taxativamente fijado en el contenido de una norma, lo que no quiere decir, exclusivamente, impuesto, quiere decir también positivamente admitido o autorizado. Cuando ello sucede, el concepto de norma y el de deber ser armonizan”*³⁴.

Para que el Derecho alcance la condición de Derecho positivo, las normas de un orden jurídico son colocadas, instauradas o implantadas por actos concretos que reflejan la voluntad humana, ya que cuando se dice que una norma que determina como debido cierto comportamiento es puesta, establecida o creada por un acto, es una manera simbólica de manifestar que la norma es el resultado subjetivo del acto. *“Los actos a través de los cuales se implantan o crean las normas de un orden jurídico, son actos de legislación, que instituyen mandatos de imposición que amenaza coactivamente”*³⁵.

Para Kelsen también *“los actos jurisdiccionales, los actos administrativos, los actos convencionales y en particular los contratos, son actos que contribuyen a la creación de Derecho, denominando a estos actos*

³² Tamayo Salmorán, Rolando. **Traducción al español –primera versión- de la obra Teoría pura del Derecho.** Pág. 98.

³³ Kelsen, Hans. **El Derecho como técnica social específica.** Pág. 161.

³⁴ Kelsen, Hans. **El concepto de orden jurídico.** Pág. 53.

³⁵ Kelsen, Hans. **El Derecho como técnica social específica.** Pág. 158.

como actos jurídicos, y como órganos jurídicos, a las personas facultadas por el orden jurídico para aplicarlos”³⁶.



Kelsen también reflexiona acerca de la diferencia de los términos ordenamientos jurídicos y órdenes sociales, que a su entender presentan significados bien distantes en sus contenidos. Sin embargo, un elemento común en esta dicotomía lo aporta la palabra Derecho, la que aparece como expresión de un concepto muy trascendente en y para la sociedad; palabra que hace referencia a la técnica social específica de un orden coercitivo, el cual, a pesar de las enormes diferencias entre el Derecho en distintas formaciones económico sociales, ubicadas en épocas distantes en el tiempo y en contextos históricos diferentes, es esencialmente el mismo para todos estos pueblos, que difieren en lo esencial, no solo en tiempo y espacio, sino también por su cultura, costumbre, religiosidad, etc. Se corresponde según Kelsen, *“de la técnica social que consiste en provocar la deseada conducta social de los hombres a través de una amenaza coercitiva en caso de que se produzca una conducta contraria”*³⁷.

La convivencia humana, se ha caracterizado por la necesidad de regulación de las relaciones sociales, y aunque la convivencia de los individuos resulta además de un fenómeno biológico, una necesidad social, pues en tanto ser social el hombre demanda vivir y desarrollarse en junto al resto de los mortales, para lograr convivir civilizadamente de la manera u forma concebida, es decir, pasa a ser un fenómeno social por el solo hecho de estar regulada en normas de convivencia institucionalizadas. Por tal razón Kelsen advierte que la sociedad no es más que una convivencia ordenada o, más exactamente, es el orden de la convivencia de los individuos. *“La función de un orden social es regular la conducta mutua entre los individuos inducirlos a comportarse de un modo determinado, a actuar o abstenerse de actuar. Para el individuo, el orden se presenta como un conjunto de reglas que determinan*

³⁶ *Ibíd.* Pág. 155.

³⁷ *Ibíd.* Pág. 159.



*cómo debe comportarse en relación a los demás. A estas reglas se les llama normas*³⁸.

Así al decir de Kelsen, si se dar por solucionado el dualismo de Derecho y Estado y se reconoce al Estado como un orden jurídico, el territorio como elemento del Estado se puede identificar como esfera territorial y la población como esfera personal de validez del orden jurídico nacional.

A través de la norma jurídica, el Derecho emplea la coacción para evitar la realización de actos en el orden de la violencia en las relaciones inter individuales de similar naturaleza; con la previsión también en la propia norma de una sanción contra la conducta socialmente peligrosa. Es decir, se persigue mediante la coacción o amenaza de privación por la fuerza de la vida, la integridad física, la libertad, como bienes jurídicos dignos de protección, con la clara finalidad que los hombres en su conducta social se abstengan de privarse entre sí de la vida, la integridad física, la libertad, etc. Por lo que puede afirmarse que el Estado a través de la norma jurídica que crea el Derecho como ciencia, emplea la violencia contra los hombres para precisamente evitar el uso de la violencia entre los hombres.

Al respecto Kelsen reflexiona que en *“el orden coactivo resulta innegable que el Derecho promueve la armonía social y la paz, toda vez que prohíbe el uso de la violencia en las relaciones entre los miembros de una comunidad; uso que no excluye totalmente; ya que pone ciertos límites y condiciones al empleo de la violencia en las relaciones entre los hombres y la autoriza solo individuos determinados en unas circunstancias determinadas”*³⁹. Lo cual se ha concretado en el ámbito del Derecho penal desde el clasicismo en la exoneración de responsabilidad penal por la existencia en la vulneración de la norma, de una causa de justificación, como legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento del deber, etc.

En estos supuestos el Derecho autoriza una conducta peligrosa socialmente y contraria a la norma, que debe considerarse prohibida en las

³⁸ *Ibíd.* Pág. 161.

³⁹ Kelsen, Hans. **Teoría general del Derecho y del Estado.** Págs. 23-65.



circunstancias ordinarias. Así, se presenta la prohibición, como el mismo de la sanción coercitiva, la que es aplicada en representación del Estado, por un individuo que, autorizado por el orden jurídico, actúa en representación de este orden o de la sociedad constituida a través del orden.

De esta manera el Derecho como técnica social específica es el responsable del uso de la violencia y fuerza para la comunidad y de esta manera pacífica la comunidad y así provee a la colectividad de una paz relativa, ya que arranca al individuo el Derecho de utilizar la fuerza, y concede este Derecho a la comunidad. Por ello Kelsen, asevera que *“la paz del Derecho no es un contexto en el que la fuerza falta por completo; no es un contexto anárquico, sino un estado en el que la sociedad asume el monopolio de la fuerza”*⁴⁰.

Cierto resulta también, que no existe contrato social que pueda organizar una comunidad pacificada, sin gozar del poder para establecer el orden que constituye la colectividad. De esta manera se advierte que la fuerza y el Derecho no resultan excluyentes entre sí, por lo cual debe concebirse el Derecho en el orden coactivo como una organización de la fuerza.

1.3.3 La pureza metódica de la obra de Kelsen

Kelsen es un producto típico de su época. No podría ser de otra manera. Aunque es muy conocido el concepto de la *pureza metódica* es conveniente en este momento presentarla brevemente. La preocupación central de Kelsen consistió en librar a la ciencia jurídica de elementos ajenos, ideológicos, ético-políticos y sociológicos.

En uno de los primeros párrafos de la teoría pura del Derecho de 1934, al adentrarse en las razones por las que su autor la califica de pura a su teoría jurídica, se encuentra expuesta el marco histórico-sociológico y epistemológico de la Viena de principios del siglo XX, tal como sucedía en el campo de la jurisprudencia, la que era un espejo de la cultura de la Viena de principios del siglo pasado. Dice que: si ella se califica como teoría *pura* del Derecho, es

⁴⁰ Kelsen, Hans. **El Derecho como técnica social específica...** *Op. Cit.* Págs. 159-160.



porque pretende garantizar un conocimiento dirigido solamente hacia el Derecho, y seguidamente porque tiene entre sus pretensiones eliminar de este conocimiento todo lo que no pertenece al objeto exactamente señalado como Derecho. Es decir: quiere librar a la ciencia jurídica de todos aquellos elementos que se consideran extraños a dicha ciencia.

La pureza metódica de Kelsen, expone la labor jurisprudencial de su autor. Es necesario reconocer que el concepto fundamental de su teoría aparece en su primera obra de 1911, los *Hauptprobleme* (Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado, desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica).

La doctrina kelseniana expuesta en la teoría pura, se relaciona con la tesis de la independencia que, por una parte, significa la separación entre el ser y el deber ser, en virtud de la cual no es posible justificar enunciados normativos mediante enunciados empíricos y, de otro, exige que la justificación de los enunciados normativos se refiera únicamente a los enunciados normativos. El Derecho en la teoría pura es un orden normativo, porque lo concibe desde el deber ser objetivo que comportan las normas que lo integran. Una norma es lo que *debe ser*, y por la que se espera toda orientación de determinada conducta a seguir.

La teoría pura concibe a la norma jurídica como un juicio hipotético que expresa el vínculo específico que se establece entre un hecho condicionante y su consecuencia. *“Una norma es, entonces, el sentido de un acto con el cual se ordena o permite y, en especial, se autoriza un comportamiento”*⁴¹. *“De aquí que deba también diferenciarse entre el acto de voluntad que estatuye una norma y su validez jurídica”*⁴². Ello, por ejemplo, distingue al asesinato de la pena de muerte. Como acontecimientos empíricos, son iguales, pero su significación jurídica es radicalmente opuesta.

La segunda distinción se mueve exclusivamente en el ámbito del deber ser y trata sobre las normas jurídicas y las normas morales. Lo que la

⁴¹ Kelsen, Hans. **Teoría pura del Derecho. Op. Cit.** Pág. 19.

⁴² *Ibíd.*



diferencia no es su contenido, sino su estructura: la forma como establecen lo debido. Kelsen define al Derecho como un orden coactivo, es decir, *sistema de normas que busca motivar conductas a través de la amenaza de un mal que debe imponerse institucionalmente. En la mayoría de casos, la norma jurídica no ordena directamente la conducta que el sistema quiere motivar, sino que, por el contrario, articula una sanción a su conducta contraria*⁴³.

Los sistemas morales, al contrario, no cuentan con un sistema coactivo institucionalizado, y las normas morales tienen la característica estructural de ordenar positivamente la conducta debida. Por ejemplo, para el caso de la prohibición de matar, una norma moral establece dicha prohibición a través del enunciado: *“No se debe matar”*. Por esta razón estructural, una teoría del Derecho con pretensiones científicas debe establecer conceptualmente una estricta separación entre el Derecho y la moral.

El objeto importante de la ciencia del Derecho, en Kelsen, es el estudio de la norma jurídica. De esta manera, excede a su ámbito de estudio el análisis de su calidad moral. Como existe una separación conceptual entre el Derecho y la moral, la ciencia jurídica puede describir los sistemas jurídicos.

*“La tesis de la separación es una expresión del relativismo valorativo que defendiera Kelsen. No hay valores superiores en virtud de los cuales el Derecho pueda delimitarse”*⁴⁴. Si bien cualquier ordenamiento jurídico positivo puede estar conforme con alguna norma de justicia, su validez es independiente de la validez de los parámetros morales. La relación existente entre la conformidad de una norma jurídica con la de una norma moral no se puede considerar como el fundamento de su validez. La justificación de los enunciados jurídicos solo puede realizarse mediante la referencia a otros enunciados jurídicos.

Al aplicar la pureza metódica de la teoría de Kelsen, el Derecho queda reducido a las normas jurídicas, sin importar su contenido justo o no, porque provienen de la voluntad de Dios o por ser creadas racionalmente por el

⁴³ García Jaramillo, Leonardo. **Pureza metódica en Kelsen**. Págs. 3-7.

⁴⁴ *Ibíd.*



hombre. De hecho, la justicia se reduce y debe ser identificada con la legalidad, que es la única manera objetiva de realizarla, de acuerdo con las reglas del juego. Por eso, el iusformalismo se preocupa por las normas en su aspecto formal. Sin embargo, al estudiar a las normas jurídicas se puede orientar su estudio tanto hacia un *deber ser* justo o natural -iusnaturalistas- como a un ser eficaz o real iusrealistas. Así, una de las objeciones más graves que se le pueden hacer a Kelsen, “es aquella que sostiene que al buscar el fundamento último de validez de las normas jurídicas, se llega a una gran norma que es una construcción metafísica”⁴⁵. Esta norma hipotética fundamental es muy semejante a la construcción original de Kant, que es una idea más simple de la razón que fundamenta el origen del Estado como derivado de un contrato originario.

Por todo eso, la doctrina kelseniana es la expresión más consistente del positivismo en su vertiente iusformalista, que de manera exclusiva contempla al Derecho como la forma de la norma vigente; o lo que es lo mismo, identifican al Derecho con la norma formalmente válida.

Para Kelsen: “Lo preponderante para el Derecho es la forma de las normas jurídicas no su contenido justo o natural ni su materialización eficaz o real”⁴⁶. Por esto, ubica al Derecho como objeto de una ciencia positiva como el conocimiento de las normas jurídicas, y clasifica a la ciencia del Derecho dentro de las ciencias normativas, ya que utiliza el método normativo para señalar cuáles son las normas jurídicas vigentes o formalmente válidas, materia de estudio. Asimismo, la diferencia específica entre las normas jurídicas y las demás normas es su coercibilidad, cuyo titular es el Estado, quien por medio del ejercicio del uso de la fuerza pública, puede imponer su cumplimiento y forzar una conducta determinada.

1.4. La teoría de Kelsen como la teoría de los Derechos positivos

⁴⁵ Fernández Santillán, José F., Locke y Kant. **Ensayos de filosofía política**. Pág. 67.

⁴⁶ Flores Mendoza, Imer Benjamín. **El liberalismo y la reforma del Estado. La evolución del Derecho**. Pág. 47.



Los intentos de reconstruir el concepto jurídico de responsabilidad han consistido en tratar de encontrar una definición del mismo que permita abarcar todas las manifestaciones de dicha institución que aparecen en el Derecho. Para ello, se puede optar entre dos vías de reconstrucción: el intento de elaboración de un concepto unitario que comprenda todos o casi todos los diferentes tipos de responsabilidad que hemos visto, o la de asumir la existencia de distintos conceptos de responsabilidad entre los que se disgreguen las diferentes manifestaciones que de esta institución se han señalado.

Siguiendo este análisis, la responsabilidad es vista como la reacción del ordenamiento jurídico ante la infracción de una norma por parte de un sujeto cuando se dan unas determinadas condiciones establecidas por el ordenamiento en cuestión. *“Esta concepción como reacción del orden positivo, parte de la necesidad de que produzca la infracción de una norma, luego parte de un acto que, comúnmente, llamaríamos contrario a Derecho”*⁴⁷. Esto parte de la realización de una conducta que un ordenamiento dado considera indeseable.

*“Por ello, al ser considerado este actuar como no deseable la responsabilidad, como reacción del ordenamiento, expresa o manifiesta un reproche jurídico que se explicita en la sanción, sea esta penal o civil. Así, esta concepción de la responsabilidad se caracteriza por ver en la imputación de responsabilidad una reacción del Derecho contra una actuación que considera reprobable jurídicamente hablando”*⁴⁸.

Esta visión no es nueva y ha sido seguida por distintos autores, entre ellos Kelsen, quien en su teoría pura del Derecho define la responsabilidad *“como la relación del individuo, contra el cual se dirige la sanción, con el delito que él mismo hubiera cometido o que un tercero cometiere”*⁴⁹. Así, para Hans Kelsen la responsabilidad es la relación entre la sanción y el sujeto sobre el que esta recae. (A la hora de analizar esta definición, ha de tenerse en cuenta

⁴⁷ Kelsen, Hans. **Teoría pura del Derecho. Op. Cit.** Págs. 59-61.

⁴⁸ Bobbio, Norberto y Michel Angelo Bovero. **Sociedad y Estado en la filosofía moderna. El modelo iusnaturalista y el modelo hegeliano-marxiano.** Págs. 24-39.

⁴⁹ Kelsen, Hans. **Teoría pura del Derecho. Op. Cit.** Pág. 137.



el concepto de sanción que maneja Kelsen y la importancia que al mismo da dentro de su concepción del Derecho, convirtiéndolo en uno de los pilares fundamentales de la misma).

“La responsabilidad está en relación con el concepto de obligación, en tanto aquella nace cuando esta se incumple, ya que es el momento en el que se da el requisito necesario para aplicar el acto coactivo de la sanción. Si bien, a diferencia de la obligación, la responsabilidad determina quién será el sujeto que habrá de soportar la sanción”⁵⁰. Por lo tanto, para Kelsen que una persona sea legalmente responsable de determinada conducta o que sobre ella recaiga la responsabilidad jurídica de la misma, significa que está sujeta a una sanción en el caso de un comportamiento contrario.

Como señalan Nino y Larrañaga: *“Kelsen utiliza tres criterios que determinan seis tipos de responsabilidad: directa e indirecta, individual y colectiva, y por culpa y por resultado. El primero de los criterios atiende a la relación entre el sujeto obligado y el sujeto responsable. En la mayoría de los casos –en el Derecho penal en la totalidad de los mismos–, la relación entre ambos sujetos será la identidad. Es decir, el sujeto obligado a una determinada conducta será el que sufre la imputación de la responsabilidad y la ejecución de la sanción, dándose lugar a un caso de responsabilidad directa”⁵¹.*

No obstante, puede suceder que se produzca un caso en el que la relación entre ambos sujetos no es la identidad, es decir, que son personas distintas, dándose lugar a un caso de responsabilidad indirecta. *“La peculiaridad está en que el sujeto responsable solo puede cumplir con la sanción, ya que no dispone de ningún medio para evitar esta, dado que eso le corresponde al sujeto obligado, que es quien con su conducta determinará o no*

⁵⁰ *Ibíd.* Págs. 75 y 76.

⁵¹ De Larrañaga Monjaraz, Pablo. **El concepto de responsabilidad en la teoría de Derecho contemporánea.** Pág. 369. Carlos Santiago. Nino. **Introducción al análisis del Derecho.** Págs. 187-190.



la aparición de la sanción”⁵². “Es precisamente esta posibilidad la que hace que Kelsen distinga entre obligación y responsabilidad”⁵³.

“El segundo criterio es el del carácter del sujeto responsable, es decir, si es individual o colectiva. Respecto a la primera, no hay mucho que señalar y puede darse en cualquiera de los dos casos vistos antes, si bien es cierto que en el supuesto de responsabilidad indirecta solo tiene sentido si existe algún lazo afectivo, psicológico o de índole similar que pueda desplegar algún efecto de refuerzo con la conducta del obligado”⁵⁴.

“La otra posibilidad, la responsabilidad colectiva, surge cuando es un grupo de personas –los socios de una sociedad, los habitantes de un Estado, los miembros de una comunidad, etc. —quienes soportan la sanción derivada de la conducta de uno de ellos. Es decir, que la sanción «no está dirigida contra un individuo único, sino contra muchos, o todos los miembros de determinado grupo al que pertenece el delincuente»”⁵⁵.

Queda por ver la distinción entre responsabilidad por culpa y responsabilidad absoluta. Para Kelsen: “Una técnica jurídica refinada exige la distinción entre el caso en que el agente ha previsto o querido el efecto de su conducta, y aquel en el que el comportamiento de una persona produce un efecto perjudicial que no había sido previsto ni querido por el sujeto actuante”⁵⁶. Esta distinción es la que se establece entre la responsabilidad intencional, o por culpa, y la responsabilidad absoluta, o por el resultado.

“Para que tenga lugar un supuesto de responsabilidad por culpa, el autor ha de haber actuado con la intención de realizar el comportamiento sancionado o de producir unos determinados resultados. Lo que venimos llamándole dolo, refleja una determinada relación positiva entre la conducta interna, anímica del

⁵² *Ibíd.* Pág. 52.

⁵³ Martínez Baviere, Javier. **Concepto y fundamentos de la responsabilidad jurídica.** Pág. 11.

⁵⁴ Kelsen, Hans. **Teoría pura del Derecho.** *Op. Cit.* Pág. 135.

⁵⁵ *Ibíd.* Pág. 136.

⁵⁶ *Ibíd.*



*delincuente, y el acontecimiento producido o no impedido, por su conducta sea que prevea el hecho, o que dirija su intención a él*⁵⁷.

Si no aparece esta intencionalidad, se estará, según Kelsen, ante un supuesto de responsabilidad absoluta. *“Aunque puede sorprender, bajo este rótulo Kelsen sitúa los casos de negligencia, ya que, para él, al basarse en el desconocimiento de los deberes de cuidado, no se trata –como en el caso de la previsión o intención– de una relación positiva entre el fuero íntimo del delincuente y el acontecimiento indeseable provocado, o no impedido, por su conducta externa. Consiste en la falta de tal relación, exigida por el orden jurídico. En ese sentido, el acto ilícito por negligencia es un delito de omisión, para cuya comisión se ha estatuido una responsabilidad por el resultado”*⁵⁸.

La afirmación de Kelsen de cara a la obligación de reparar un daño, que no actúa como una sanción, deviene en interesante. Para este autor, *“la obligación de resarcir el daño aparece, no solo cuando el ocasionar el daño es convertido en condición de una sanción, sino también cuando la no reparación del daño ocasionado contra el Derecho, es condición de la sanción”*⁵⁹.

Para Kelsen, normalmente, *“el Derecho positivo prevé que se pueda evitar la sanción mediante la reparación del daño, que se convierte así en una obligación accesoria que sustituye a la obligación principal violada”*⁶⁰. Como se habrá podido comprobar, la concepción de la responsabilidad de Kelsen, siendo un gran intento y apuntando algunas cosas muy interesantes, se muestra insuficiente para conceptualizar todas las manifestaciones de la responsabilidad.

Son importantes aquí las críticas que le hace a Kelsen, el propio Martínez Baveiere: *“Sea lo que sea lo que se designe por el término ‘responsabilidad’, está íntimamente ligado con la conducta humana, y no basta la constatación de que el Derecho impone a un individuo una sanción para poder hablar de responsabilidad. El ordenamiento hace responsable al*

⁵⁷ *Ibíd.*

⁵⁸ *Ibíd.* Págs. 137.

⁵⁹ Martínez Baviere, Javier. **Concepto y fundamentos. Op. Cit.** Pág. 52.

⁶⁰ Kelsen, Hans. **Teoría pura del Derecho. Op. Cit.** Pág. 137.



individuo por alguna razón, y esa razón sí debe formar parte del objeto de cualquier teoría del Derecho. Esta idea se entenderá mejor si se analizan las dificultades con las que se encuentra Kelsen a la hora de definir la sanción.

Un ejemplo significativo de la insuficiencia de la teoría se encuentra en el problema ya mencionado de la responsabilidad por acto de tercero. Kelsen comienza admitiendo la posibilidad de encontrarla en cualquier ordenamiento. Esto es perfectamente coherente con su idea inicial, según la cual la responsabilidad nace del mero hecho de que alguien sea sancionado, y no es necesaria identidad entre el sujeto obligado y el sujeto sancionado. El modelo lo aplica de forma clara a la responsabilidad colectiva.

Sin embargo, la idea de que pueda no existir relación directa entre obligación y responsabilidad parece inquietarle, de forma que cuando se refiere a la responsabilidad civil por daños derivados de la conducta de terceros, transforma sin dar excesivas explicaciones esa responsabilidad, la sanción que consiste en el resarcimiento, en una obligación alternativa, cuyo incumplimiento sería el que dé lugar a sanción. Una vez finalizada la exposición de la responsabilidad en Kelsen, cuyos planteamientos solo he utilizado a modo de ejemplo y no como definatorios de la concepción de responsabilidad que estoy planteando, es el momento de volver al intento de hallar un concepto unitario de responsabilidad como reacción del ordenamiento.

La concepción de la responsabilidad como reacción solo sirve para aquellas manifestaciones de la responsabilidad que tengan como condición la infracción de una norma. En este grupo estarían la responsabilidad penal y la responsabilidad civil subjetiva. Eso sí, esta última, siempre y cuando mantuviera la necesidad de que el acto que da lugar al daño a reparar sea antijurídico, así como que no se olvide que estas normas tienen una función de refuerzo de deberes de conducta que se consideran deseables para la sociedad.

Pero, más allá de estos casos, este concepto de responsabilidad no sirve. Es decir, quedan fuera de él todos los supuestos de responsabilidad civil

⁶¹ Martínez Baviera, Javier. **Concepto y fundamentos. Op. Cit.** Pág. 52.

objetiva, ya que en estos casos la obligación de indemnizar no actúa como reacción, sino que solamente se establece un deber resarcitorio que sin conllevar culpa ni reproche alguno, se comporta como una forma redistribuidora de costes.





CAPÍTULO II

LAS APORTACIONES TEÓRICAS DE LA TEORÍA PURA DEL DERECHO DE HANS KELSEN

El presente capítulo tiene como finalidad presentar las aportaciones teóricas fundamentales de Hans Kelsen a los diversos campos del pensamiento jurídico y filosófico. Se toma como referente lo expuesto en el anterior capítulo sobre el concepto de pureza metódica como la construcción conceptual en los problemas fundamentales de la norma coactiva y de la imputación. Se combina con el análisis de la tesis de la identidad del Derecho y el Estado; y finalmente se indica cómo se plantean y resuelven jurídicamente los problemas relativos al Estado.

En la exposición de la teoría general del Estado, lo que interesa es más bien establecer, mediante el análisis de los problemas corrientemente tratados en esta disciplina, aquel concepto de Estado en torno al cual giran todos o algunos, los más importantes, de aquellos problemas, es decir, el concepto de Estado que *“presuponen la doctrina del poder, del territorio, del pueblo, de la Constitución, de la forma, de los órganos, de las uniones entre Estados, etc.”*⁶²

Kelsen se pregunta sobre el objeto y la ciencia del Estado. Intenta contestar cómo se determina el objeto desde el punto de vista de la ciencia. Se trata de establecer el concepto de Estado propio de la teoría general del Estado; y esto no es posible más que a condición de aceptar el hecho de esta ciencia en cuanto tal, de considerar esta ciencia como la unidad de un determinado complejo de problemas, tal como históricamente ha venido desarrollándose, *“dando como resultado el que tan solo se releva a concepto aquella significación verbal más adecuada precisamente a este complejo de problemas históricamente dado”*⁶³.

El objeto de una ciencia no es un objeto dado, ya constituido de antemano, de manera que la teoría solo tuviera que reproducir los caracteres

⁶² H. Kelsen. **Teoría general del Estado**. Pág. 6.

⁶³ *Ibíd.*



observables del objeto presente con todas sus cualidades y características. La ciencia no es un espejo de los objetos. El objeto de conocimiento es un conjunto de problemas y soluciones parciales, y en un momento histórico dado. Pero la hipótesis que se construya al respecto, se constituye en exigencia fundamental para la construcción de determinada ciencia y su objeto.

2.1 Desarrollos teóricos en manos de Kelsen

A continuación, reseñaremos brevemente los temas y problemas que abordó durante los años posteriores a 1911, hasta su muerte acaecida el 19 de abril de 1973.

2.1.1 Teoría general del Derecho

En 1925 aparece su teoría general del Estado que, según el propio Kelsen, contiene la exposición completa y sistemática de su pensamiento. Puede mostrarse que el concepto de Derecho como orden coactivo de la conducta humana constituye el concepto con el cual desarrolla la totalidad de los temas históricamente planteados en esta disciplina. Como se ve, el sistema de Kelsen deriva de la utilización sistemática del producto de la primera interiorización semántica.

2.1.2 La estática jurídica

Esta obra de 1925 aparece dividida en dos grandes secciones: la estática jurídica y la dinámica jurídica. En la primera se analizan y definen los conceptos jurídicos que se suscitan sistemáticamente por haber realizado la primera interiorización semántica, es decir, la interiorización del acto coactivo dentro de los enunciados descriptivos de las normas. En ella se tratan los temas del concepto de Derecho, del Derecho subjetivo, del deber jurídico u obligación, de la persona, la responsabilidad, el concepto del Estado y la distinción entre Derecho público y privado.

Al haberse alcanzado la identificación del Derecho con el Estado, en el sentido de tratar todos los problemas relativos al Estado como problemas jurídicos, pues este en el sentido metodológico correcto de tal identidad



resuelve los temas de la teoría general del Estado con base en conceptos jurídicos.

El poder del Estado es un problema relativo a la validez del orden jurídico nacional; la soberanía constituye la cuestión de si el orden jurídico puede ser fundamentado en un conjunto de normas superiores al Derecho positivo. Por tanto, significa la positividad del Derecho y esta es entendida como la exclusividad de la validez de un orden jurídico positivo, con una tendencia marcadamente anti-iusnaturalista.

Sin embargo, ya que es posible comprobar empíricamente la existencia de una pluralidad de Estados, surge la problemática relativa al Derecho internacional, entendido este, como un orden jurídico coactivo que delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales y regula su conducta mutua. Los actos coactivos del Derecho internacional los encuentra en las represalias y la guerra. Más adelante volveremos sobre ello.

Kelsen llama *“estática del sistema legal, poner las reglas en un sistema legal en particular, que se establece en un sistema de supra-infra-ordenación y tienen como principal objetivo la consecución de un nivel mínimo de validez y la definición legal, indispensable para garantizar seguridad en las relaciones sociales”*⁶⁴.

Aborda la cuestión de las sanciones nacionales de Derecho y el Derecho internacional, discutiendo el principio de que las sanciones aparecen en dos formas diferentes: como pena y como ejecución, que es su cumplimiento. De acuerdo con el mismo, ambos son el mal, la privación de la propiedad: en el caso de la pena de muerte, privación de la vida, en el caso del castigo corporal, una vez utilizado, la privación del uso de un miembro, correctiva o castigo, la provocación del dolor. En el caso de la privación de libertad, para el caso de las sentencias de equidad, la privación del valor de las propiedades, especialmente la propiedad. También de acuerdo con Kelsen, *“la privación de otros Derechos*

⁶⁴ Kelsen, Hans. **Teoría general del Derecho y del Estado**, Pág. 54.

puede verse amenazada uno como pena: como la pérdida de los Derechos políticos, despido, etc.”⁶⁵.



2.1.3 Elementos del Estado

Los elementos del Estado son considerados como problemas jurídicos y son resueltos como tales, normativamente: el territorio que es el ámbito espacial de validez del orden jurídico, el pueblo es el ámbito personal de validez, el poder es la validez de las normas jurídicas creadas con base en las disposiciones que establecen las facultades de los órganos jurídicos.

En relación con estos ámbitos, en el caso del primero de ellos, el espacial, Kelsen desarrolló su teoría respecto a la centralización y descentralización de los órdenes normativos y de las uniones entre Estados, ejemplificándola con un análisis minucioso y exhaustivo del Estado federal y la confederación de Estados, así como de las uniones de Estados.

Respecto esta posición de Kelsen, reflexiona Kunz: *“Cuando expresa que esta teoría kelseniana, auténticamente jurídica, reemplaza las exposiciones tradicionales y ambiguas, semipolíticas y semisociológicas, sobre las formas de organización del Estado”⁶⁶.*

2.1.4 La dinámica jurídica

Muy importante en este particular punto es señalar que Kelsen lleva a cabo una segunda interiorización semántica, al considerar aquellos contenidos que establecen las facultades de los órganos, como parte integrante del orden jurídico, entendiendo este concepto de la facultad como aquel contenido normativo que determina los procesos de creación de otras normas y, además, sus contenidos.

Respecto al tema en cuestión que también desarrolla Hart, *“se ha dicho que copió de manera muy esquemática y pobre este concepto de la facultad con su concepto de las normas secundarias, pues el antecedente de las*

⁶⁵ *Ibíd.*

⁶⁶ Kunz, Josep L. **Teoría pura del Derecho. Op. Cit.** Pág. 35.

normas llamadas constitutivas, como se acostumbra mencionarlas, se encuentra en la teoría de Merkel-Kelsen del orden dinámico de normas



El desarrollo de estos temas se encuentra en la parte que denomina la dinámica jurídica. En esta parte Kelsen analiza la Constitución del Estado y su órgano creador, el órgano constituyente, discutiendo si el Derecho internacional, entendido como orden supra estatal, puede constituir su fundamento jurídico, o si debe considerarse al Derecho nacional como orden soberano. Con base en esta teoría de la constitución se analizan los poderes del Estado y su división, los cuales constituyen jurídicamente diversas funciones, creadoras y que aplican las normas, de diverso grado en la pirámide jurídica.

El concepto de órgano del Estado y los diferentes procesos de creación, son analizados con especial atención, clasificándolos y estudiando con sistematicidad su composición y diversas funciones orgánicas de contenido idéntico y de contenido diferente. Los problemas relativos a los funcionarios y a sus facultades y a las relaciones de subordinación y coordinación de los órganos entre sí, son presentados en su amplitud y complejidad, así como la teoría del órgano representativo, que adelanta muchos temas del capítulo referente a las formas del Estado.

De especial importancia es el capítulo relativo a la posición del órgano en la jerarquía del orden jurídico, con base en el cual puede desarrollarse todo el sistema sobre los discutidos temas de las nulidades y de los procesos de control de legalidad y de la constitucionalidad de los actos de los órganos y de los súbditos.

2.1.5 Formas de Estado

Posteriormente y dentro de esta segunda interiorización semántica, se trata el fenómeno de las formas del Estado. Todas ellas son concebidas como los métodos de creación de las normas que forman el orden estatal. El criterio de clasificación de las formas de Estado los proporciona el concepto de la

⁶⁷ *Ibíd.*



libertad política: políticamente libre, es aquel sujeto que siendo súbdito no se encuentra sometido a otra voluntad que la suya propia.

Así encontramos una aparente incongruencia, que se resuelve de manera jurídica, si se considera que es libre políticamente aquel que participa en el proceso de creación de la norma que lo va a obligar, y ello, si el orden jurídico extrae su contenido más allá de la voluntad del súbdito expresada en un procedimiento que siga el principio de la mayoría absoluta.

En la llamada democracia, los súbditos participan en el proceso de creación de la norma jurídica, que es a lo que se le llama democracia directa, o en la elección de los órganos respectivos, que es lo que se denomina democracia indirecta. En la Autocracia esta participación no se presenta. Las otras clasificaciones de Estados se dejan derivar de esta fundamental, como modalidades de la misma.

Un asunto de extraordinario interés interdisciplinario ya dentro de esta materia, es abordado por el propio Kelsen, dentro del análisis que ha venido haciendo y es el de la relación entre la forma de Estado y la concepción del mundo. Sostiene que la democracia se coordina con una concepción científica y relativista, mientras que las autocracias se coordinan con concepciones absolutistas y religiosas que rechazan toda afirmación distinta de la sostenida por esa ideología.

En este punto, es bueno señalar a modo de observación, que si bien esta obra resume en sus primeros capítulos los resultados de sus investigaciones anteriores, especialmente su libro *“El concepto jurídico y el sociológico del Estado”*, y lo que se enfrenta a muchas posiciones teóricas y sociológicas sobre el Estado, entre las que cabe señalar a G. Simmel, L. Von Wiese, M. Weber y otros, no lo es menos que su contenido. Se incluyen los resultados de su obra en el problema de la soberanía, donde por vez primera presenta la teoría del orden graduado de normas y la hipótesis de la norma fundamenta lo básica.

La teoría pura del Derecho siguió evolucionando, hasta que en 1932 apareció *“Ilícitud y la consecuencia de la ilicitud en el Derecho internacional,”*

publicada en *“Zeitschrift fuer öffentliches recht, t. 12, 1932”*, en cuyo caso se hace constar la expresión muy clara de los conceptos fundamentales de una teoría general del Derecho basada en los procedimientos de interiorización que hemos reseñado anteriormente, que constituye el antecedente mediato de lo que a la postre fuera la primera y gran edición la teoría pura del Derecho, de 1934.



En 1933 encontramos el antecedente inmediato de ella, que lo constituye la pequeña obra titulada *“Methode und Grundbegriff der reinen rechtslehre”*, aparecida en el tercer tomo de los Anales de la Filosofía Crítica.

Los conceptos fundamentales de su teoría fueron aplicados a problemas de Derecho positivo nacional e internacional, como veremos más adelante y que aparecen en su la obra *“Théorie Générale de Droit international Public. Problème choisis, aparecido en el recueil de cours de la Académie de Droit international, t. 42, Paris, 1933”*.

Es así que, en 1934, vio la aparición de la primera edición de la teoría pura del Derecho. Ella contiene una exposición muy esquemática y exacta de sus principales conceptos y además tiene un capítulo sobre la teoría de la interpretación jurídica, la cual es presentada como un problema específico dentro de la concepción de la dinámica jurídica, dentro de la concepción del Derecho como un orden jerárquico de normas.

El problema de la interpretación jurídica se presenta en todo caso en que ha de crearse una norma de grado inferior con base en una norma de grado superior. La norma superior determina el procedimiento de creación de la norma de grado inferior y también determina su contenido. Así aparece la interpretación que tiene por objeto determinar cuál es el contenido que debe tener la norma inferior conforme con el contenido que para ella establece la norma superior, cuando esta se aplica a un caso concreto. Sobre este tema de la interpretación estaremos de vuelta en siguientes capítulo, pues hemos de llevarla a un punto importante en el análisis de la obra de Kelsen y las consideraciones que sobre ello le han sucedido.



Una interesante conclusión a la que llega Kelsen es que la norma a ejecutarse constituye solo un marco dentro del cual se dan varias posibilidades de ejecución, por lo que es regular todo acto jurídico que se mantiene dentro de ese marco, llenándolo en algún sentido posible. Con ello, se rechaza la teoría jurídica tradicional que afirmaba la existencia de métodos específicos de interpretación que garantizaban, supuestamente, una determinación completa, exacta y veraz del contenido de la norma inferior. La ilusión de la seguridad jurídica es afirmada, en consecuencia. En tal sentido, el Derecho solo puede proporcionar una relativa seguridad, nunca una seguridad absoluta, como es el deseo de la mayoría.

2.1.6 Teoría general del Derecho y del Estado

En 1945 apareció la teoría general del Derecho y del Estado publicada por la Harvard University Press, de la cual hay pulcra traducción al español hecha por Eduardo García Máynez, publicada por la UNAM. En ella Kelsen vuelve a exponer su teoría jurídica adaptando su terminología a la jurisprudencia anglosajona y haciendo aplicación a los problemas planteados por el Common Law.

Asimismo, toma posición frente a la jurisprudencia analítica de John Austin, con la cual tiene mucha similitud y en muchos puntos puede afirmarse que hay identidad. En esta obra se establece con mucha claridad la marcada diferencia entre la norma de Derecho y la regla de Derecho, distinción que anteriormente no había sido expuesta con la claridad necesaria. La ciencia del Derecho o jurisprudencia hace enunciados sobre las normas jurídicas, enunciados que pueden ser verdaderos o falsos.

Por otra parte, las normas jurídicas sobre las que versan esos enunciados, son válidas o no lo son, pero no puede predicarse de ellas su verdad o falsedad. Simplemente, los predicados de verdad y falsedad no pueden ser aplicados a las normas jurídicas, las cuales solo pueden ser válidas o no válidas.

Es interesante que mientras las reglas de Derecho son descriptivas del contenido de las normas jurídicas, estas son fundamentalmente prescriptivas,



tomando esta expresión en su sentido más amplio, lo que es igual a decir, comprendiendo todas las funciones que una norma puede tener, prohibir, permitir, sancionar, facultar y derogar. Se trata, en el fondo, aunque Kelsen nunca lo haya expresado de esta manera, de la distinción de dos clases de lenguajes, a saber, el lenguaje-objeto y el metalenguaje.

La hipótesis central que se propuso Kelsen al inicio de esta introducción debe entenderse en el sentido de que las dos interiorizaciones semánticas se llevan a cabo en la proposición jurídica o regla del Derecho, pues es esta la que expone el sentido y las funciones de todas las normas positivas, independientemente de que adopten una forma lingüística o no, pues una norma bien puede ser creada con un gesto o mecánicamente con una luz, etcétera.

2.1.7 El deber ser (*Sollen*)

Al final de su vida comienza a notarse un progresivo interés en los temas propios de la teoría general del Derecho y, en especial, en los problemas propios de la lógica jurídica, como el de la validez de los principios de la lógica formal en las normas jurídicas.

Hay dos ensayos que tienen una particular importancia: “*Derogation*” y “*Recht und Logik*,” los cuales se encuentran incorporados dentro de la obra que publicó el Hans Kelsen-Institut de Viena con el título “*Allgemeine theorie der normen*” (teoría general de las normas), aparecido póstumamente en 1978. “*Es esta una obra que retoma todos los temas generales de la teoría pura del Derecho relativos a una teoría general sobre las normas, sin referirse a ninguna norma, positiva o no*”⁶⁸.

Con esto queda comprobado que la tesis del dualismo radical y original del ser y del deber ser fue sostenida por Kelsen en el transcurso de toda su labor teórica.

Otras aportaciones de Kelsen sobre este tema aparecen tanto en La teoría pura del Derecho de 1960 como en la teoría general de las normas; en

⁶⁸ Esquivel Pérez, Javier. **Kelsen y Ross. Formalismo y realismo en la teoría del Derecho.** Págs. 12-21.



especial me refiero a su doctrina del sustrato moralmente indiferente. En estas dos obras se intenta explicar el sentido del deber ser (sollen) haciendo referencia al sentido subjetivo y al sentido objetivo de un acto de voluntad, tomando estos conceptos de la sociología de Max Weber, y señalando adicionalmente que las funciones de las normas son las de obligar, permitir, prohibir, facultar y derogar, funciones que, en principio, agotan el sentido del deber ser: *“Una norma no solo puede ordenar cierta conducta, también puede facultar a una cierta conducta; y puede finalmente levantar la validez de otra norma, o derogar otra norma. Pero también permitir puede ser vista como una función normativa”*⁶⁹.

Las tesis de la dinámica jurídica se trataron de aplicar con todo rigor. Lo que significa que ha de entenderse que comprendió a la norma unida esencialmente con el acto de su producción. En este sentido, las tesis de Kelsen fueron cada vez más enfáticamente positivistas. Niega la existencia de normas no positivas, al menos para analizar el Derecho; normas no establecidas por actos de voluntad de seres humanos. Ello le llevó a caracterizar y tomar posición frente a las doctrinas del Derecho natural, como veremos más adelante.

2.1.7.1 El deber jurídico y el deber moral

Para entender el concepto de deber jurídico, *“se hace necesario dejar clara la diferencia entre este y el deber moral, distinción comprensiblemente análoga a la que tiene lugar entre la norma jurídica y la norma moral”*⁷⁰.

Desde el punto de vista kantiano, sostiene Kelsen, se entiende por deber moral *“la sujeción interior del sujeto bajo la acción de la ley moral”*⁷¹. Se afirma, así, un estado psíquico del ser humano; un estado producto de la coacción que ejerce la ley moral sobre su voluntad.

Esto significa que para que se pueda hablar de deber, por un lado, es necesario que el sujeto moral tenga conciencia de la norma, y por otro, es

⁶⁹ *Ibíd.*

⁷⁰ Recaséns Sichez, Luis. **Vida humana, sociedad y Derecho. Fundamentación de la Filosofía del Derecho.** Págs. 54-78.

⁷¹ Kant, Immanuel. **La metafísica de las costumbres.** Pág. 121.



imprescindible que la reconozca, la haga suya, la acate o se someta a ella en cuanto ley moral objetivada. Solo así se puede hablar de verdadera obligación moral causada por la ley moral.

Todo ello, dice Kelsen, si se entiende la norma moral en sentido objetivo, porque si no es así, si se deja de lado la objetivación de la norma moral, ya no es posible diferenciar norma y deber moral. *“El impulso subjetivo moral, llamémosle norma no objetivada, que dirige la voluntad y la dirección moral de esa voluntad, esto es, la obligación moral, son una y la misma cosa”*⁷².

*“El estudio realizado en el campo de la ética ha sido trasladado, mutatis mutandis, al campo del Derecho, concibiéndose de este modo el deber jurídico también como un estado psíquico de sujeción interior de la voluntad”*⁷³. De acuerdo con Kelsen, este es el punto de vista de Kirchmann, Jellinek, Hold von Femeck, Heinze, Schloss o Mayer. En este sentido, Kelsen reprocha por ejemplo, a Jellinek, que entienda toda obligación (tanto moral como jurídica) como auto-obligación. Y lo mismo le ocurre a Hold Von Femeck, *“que concibe el deber jurídico como un estado psíquico de coacción provocado por el poder del orden jurídico e impuesto por medio de una amenaza”*⁷⁴.

En suma, entendido así *“el deber jurídico solo se diferencia del deber moral por el tipo de autoridad del que emana; diferencia que también desaparece cuando, como hace Jellinek, todo deber se concibe como auto-obligación”*⁷⁵. Siendo esto así, no existen deberes jurídicos como categoría determinada, sino solo deberes, dependientes, en todo caso, de la voluntad del ser humano.

En otras palabras, el Derecho y la ciencia del Derecho nada tienen que ver con los deberes, cuestión que pertenece exclusivamente a la ética. En un sentido similar se pronuncia Heinze cuando separa *“la norma infringida que estatuye el deber de la ley jurídica que recoge la norma y que no puede ser infringida. El deber es así, la conciencia de la norma innata a todo ser racional;*

⁷² Kelsen, Hans. **Teoría general del Derecho. Op. Cit.** Pág. 227.

⁷³ Recaséns Sichez, Luis. **Vida humana. Op. Cit.** Págs. 54-78.

⁷⁴ **Ibíd.**

⁷⁵ Kelsen, Hans. **Teoría general del Derecho. Op. Cit.** Pág. 227.



norma que deriva de la naturaleza de las cosas y que el Estado se obliga a proteger⁷⁶.

Entiende Heinze que *“el individuo es consciente de que pertenece a unos organismos más extensos que él que determinan el sometimiento a sus leyes, derivadas de la naturaleza de las cosas, que se concretan caso por caso”*⁷⁷. En definitiva, *“la vida del individuo está regida por este conjunto de normas de las que se derivan los preceptos jurídicos necesarios que tienen como fin su protección, de tal modo que el deber se enlaza con aquella norma y no con estos preceptos”*⁷⁸.

Y así opina también Schlossmann, quien entiende que solo la moral puede ser fuente de deberes y que, por tanto, no es la norma jurídica sino la ley moral la que posee la capacidad de obligar al ser humano⁷⁹. O por mejor decir, la ley jurídica tendrá capacidad para obligar en la medida en que coincida con la ley moral, que obliga en tanto en cuanto es aprobada por el sujeto. *“No existe, pues, el deber jurídico, sino solo el deber moral, o simplemente, el deber”*⁸⁰. Por último, Mayer entiende que la *“ley jurídica obliga cuando coincide con la norma cultural cuya obligatoriedad conoce y reconoce el individuo”*⁸¹, pues el deber es para Mayer, *“un estado psíquico de sujeción de la voluntad”*⁸².

Todos estos enfoques, generalizados en la ciencia del Derecho, no son sino reflejo del típico punto de vista iusnaturalista desde el que se niega la existencia independiente de deberes jurídicos creados por el Derecho.

El punto de vista kelseniano es aquel según el cual puede hablarse de *“deber jurídico en tanto en cuanto este haya sido estatuido por una norma jurídica con independencia de cualquier vinculación con la moral”*⁸³. Solo de la moral nacen deberes morales y solo del Derecho nacen deberes jurídicos. Y es

⁷⁶ *Ibíd.* Pág. 122.

⁷⁷ *Ibíd.*

⁷⁸ Kelsen, Hans. **Teoría general del Derecho. Op. Cit.** Pág. 279.

⁷⁹ García Amado, Juan Antonio. **Hans Kelsen y la norma fundamental.** Pág. 96.

⁸⁰ Kelsen, Hans. **Teoría general del Derecho. Op. Cit.** Pág. 283.

⁸¹ *Ibíd.* Pág. 284.

⁸² *Ibíd.*

⁸³ *Ibíd.* Pág. 285.



más, solo así es posible construir una ciencia del Derecho independiente de la ética.

Siguiendo esta idea de pensamiento, podemos observar que ~~hacer~~ depender la existencia de deberes jurídicos de su coincidencia con los deberes morales crea una inseguridad jurídica evidente, pues en muchos casos puede dudarse de la vigencia de la norma moral o cultural, y en consecuencia, también del propio deber jurídico. *“Solo si la existencia del deber jurídico se hace depender exclusivamente de la norma jurídica, inmovible e independiente de la concepción subjetiva del mundo y de los postulados de la moral y la cultura, puede evitarse esta consecuencia”*⁸⁴.

*“Lo absurdo de ver en el deber jurídico un estado psíquico de sujeción interior de la voluntad se comprueba cuando nos percatamos que la gran mayoría de los seres humanos no se abstienen de matar, robar o estafar porque se sientan coaccionados psíquicamente por el orden jurídico. Y sin embargo, existen los deberes jurídicos que tienen como contenido la abstención de esos comportamientos”*⁸⁵.

*“Considerar que el motivo fundamental para no comportarse así es el miedo a las sanciones jurídicas es sencillamente una ficción insostenible”*⁸⁶; y entender el deber jurídico como ese estado psíquico de sujeción interior obliga a aceptar esta absurda ficción. Otro tanto ocurre con los deberes positivos, que no son cumplidos, en la gran mayoría de los casos, por la coacción ejercida por el Derecho, sino por otros factores muy diferentes, morales, religiosos o sociales.

Es más, dice Kelsen, el Derecho no tiene como función esencial la de motivar psíquicamente a los sujetos para que se comporten de una determinada manera, sino solo la de *“reaccionar contra la conducta antijurídica ya consumada”*⁸⁷. Precisamente, cuando los individuos no están motivados psíquicamente por el Derecho (esto es, no se encuentran sujetos a ese estado

⁸⁴ Kelsen, Hans. **Teoría general del Derecho. Op. Cit.** Pág. 289.

⁸⁵ Recaséns Siches, Luis. **Vida humana. Op. Cit.** Págs. 54-78.

⁸⁶ **Ibíd.** Pág. 294 .

⁸⁷ **Ibíd.** Pág. 295.



psíquico-real) y realizan la conducta antijurídica es cuando más y mejor se manifiesta la existencia del deber jurídico.

Para Kelsen, y así lo entendemos, un deber jurídico existe cuando existe una norma jurídica, y en este sentido él afirma, *“normar y obligar son una y la misma cosa”*⁸⁸. En este sentido, pensar que el deber jurídico se halla vinculado al deber moral lleva al absurdo de negar aquel carácter a todas las conductas impuestas por las normas jurídicas mediante una sanción, por el solo hecho de no constituir el contenido de un deber moral.

Sin embargo, esta cuestión sucede y hay comportamientos impuestos por el ordenamiento jurídico que son indiferentes y aun contrarios para la moral, y son, desde luego, deberes jurídicos. *“No se ve –nos dice Kelsen-, por qué esta fuerza ‘de obligar’ no ha de serle reconocida a todo precepto de Derecho penal por el mero hecho de serlo, incluso a aquellos cuyo contenido normativo coincida con las normas morales ya existentes”*⁸⁹. *“No se ve por qué, dice más adelante, la función de la obligatoriedad deba negarse a esa norma ‘en este caso civil’, en aquellos casos en que la conducta que lleva aparejada la sanción sea requerida, casualmente, por una autoridad moral; porque la función normativa de la obligatoriedad solo puede emanar, cuando eso ocurra, de la autoridad moral y no de la norma jurídica”*⁹⁰.

En definitiva, existe el deber (jurídico) porque una norma jurídica sanciona el comportamiento opuesto, y no al revés. El por qué se sanciona ese comportamiento no es algo a lo que la ciencia del Derecho pueda ni deba contestar.

Y todo ello, nos dice Kelsen, *“con independencia de lo que ocurra en el mundo del ser. Lo que es lo mismo, con independencia que el comportamiento de los seres humanos se ajuste a lo establecido en la norma o no. Estas cuestiones del ser simplemente no interesan a la ciencia jurídica y, en todo*

⁸⁸ *Ibíd.* Pág. 286.

⁸⁹ *Ibíd.* Pág. 287.

⁹⁰ *Ibíd.* Pág. 293.



caso, constituyen premisas del conocimiento jurídico que la ciencia del Derecho no entra a resolver⁹¹.

El Derecho es, existe y, en un momento dado, deja de existir. Esa existencia e inexistencia del Derecho es lo que forma el límite infranqueable de la ciencia Jurídica: cómo llega a ser, por qué nace o por qué desaparece, son cuestiones que tendrá que contestar otra ciencia que no es, desde luego, la ciencia del Derecho, que solo analiza el material jurídico en la medida en que ya es.

Por consiguiente, circunscribir los deberes jurídicos a los casos en los que el sujeto se siente coaccionado psíquicamente es reducirlos a los casos raros y, lo que es mucho más grave, relacionarlos con cuestiones que pertenecen al ser y que no deben interesar a la verdadera ciencia jurídica. Lo que le interesa a la ciencia del Derecho, nos lo repite Kelsen, “no es el por qué o el cómo ese comportan los seres humanos, sino el cómo deben comportarse conforme a Derecho. La distinción es evidente, se trata de la nota que distingue el ámbito normativo del Derecho –que es donde se sitúa el deber ser-, del ámbito causal del ser –que es donde se encuentra la ley natural-⁹².

2.1.7.2 El comportamiento obligado y la conducta debida

Respecto al concepto de deber jurídico hay que hacer dos precisiones terminológicas. Para empezar, con la primera de ellas, Kelsen evita emplear la expresión deber jurídico. La referencia al deber se incluye, dentro del capítulo dedicado a la estática jurídica e inmediatamente después de las páginas sobre la sanción, con las palabras obligación jurídica y responsabilidad. Es esta una novedad respecto de las obras anteriores en las que Kelsen no dudaba en utilizar la expresión deber jurídico incluso con preferencia a la de obligación jurídica.

En esta segunda edición de la teoría pura del Derecho⁹³ sostiene “que puede describirse el establecimiento de una conducta obligatoria por parte del

⁹¹ *Ibíd.* Pág. 295.

⁹² *Ibíd.* Pág. 297.

⁹³ Kelsen, Hasn. **Teoría pura del Derecho. Op. Cit.** Pág. 39.



orden jurídico con una proposición que exprese que si se da la conducta opuesta debe imponerse una sanción”⁹⁴. Inmediatamente aclara la distinción entre el ser debido de la sanción y la obligación de la conducta con estas palabras: “Corresponde prestar atención, en ello, que al mencionar que sea ‘obligatoria’ o el estar ‘prohibida’ determinada conducta, no se alude a esa conducta como deónticamente debida, sino al carácter debido de la consecuencia de esa conducta, es decir, de la sanción. La conducta obligatoria no es la conducta debida; debida es la sanción”⁹⁵.

Desde la posición anterior se produce así una diferenciación conceptual importante entre el deber y la obligación jurídica que tiene que ser tenida en cuenta, aunque el propio Kelsen no lleva la distinción terminológica hasta ningún extremo.

Más adelante, afirma que “la conducta a la que un individuo está jurídicamente obligado, es la conducta que, inmediata o mediatamente, debe cumplirse con respecto de otro individuo”⁹⁶. No obstante, por lo que parece, el término deber se usa preferentemente en el ámbito moral, mientras que el término obligación queda referido al ámbito jurídico y, en concreto, a la conducta opuesta a aquella que es condición para que la sanción deba ser. Resulta además tan distinta la obligación y el deber que el hecho de decir que la sanción debe ser no prejuzga acerca de si esa conducta es también una obligación, pues puede ser igualmente “una permisión o un facultamiento”⁹⁷.

2.1.7.3. La norma jurídica y la obligación

Estamos ante la segunda precisión, que Kelsen llama a realizar sobre el concepto jurídico en análisis. Se suele decir que “la norma jurídica estatuye una obligación jurídica como si fueran dos cosas distintas. Pero lo cierto es que la obligación de un sujeto de realizar determinada conducta es lo mismo que la conducta ordenada en la norma jurídica”⁹⁸.

⁹⁴ *Ibíd.* Pág. 297.

⁹⁵ *Ibíd.*

⁹⁶ *Ibíd.* Pág. 129.

⁹⁷ *Ibíd.* Pág. 132.

⁹⁸ *Ibíd.* Pág. 129.



En definitiva, *“la obligación se identifica con la norma, pues decir que alguien está obligado a comportarse de determinado modo es decir que la norma jurídica enlaza al comportamiento opuesto una sanción”*⁹⁹.

La norma jurídica no estatuye obligaciones, es ella misma una obligación. De este modo, un individuo está jurídicamente obligado si *“puede cometer, con su conducta, el acto ilícito, esto es, el delito, pudiendo así introducir la sanción, la consecuencia de lo ilícito”*¹⁰⁰. Y así también, la eficacia del orden jurídico no se ve solo en el acatamiento de la norma, esto es, en el cumplimiento de la obligación, sino también en el incumplimiento de la obligación, es decir, en la estricta aplicación de la norma.

Desde otro punto de vista, es erróneo pensar que los sujetos de una obligación existen como objetos independientes de esta. *“Los individuos no portan la obligación como si fuera un objeto extraño a ellos”*¹⁰¹. Al contrario, el orden jurídico toma en consideración no a un individuo, sino determinada conducta de un individuo y, solo en ese sentido, puede decirse que el individuo en cuestión es sujeto de la obligación, pues su conducta es condición para que la sanción deba ser.

En suma, estamos ante las ideas más acabadas y resumidas de Kelsen sobre el bien jurídico. Su exposición es importante, primero, para constatar su rechazo de la teoría imperativista y de la teoría del reconocimiento; en segundo lugar, y al hilo de esto, para mostrar asimismo su rechazo del punto de vista iusnaturalista que se adivina en las teorías mencionadas; y en tercer lugar, para comprobar cómo este rechazo no le impide hablar de deberes en el ámbito moral y en el ámbito jurídico.

La construcción del concepto de deber kelseniano parte de la distinción entre la moral y el Derecho (centrada en la diferencia entre contenido y forma), y de la distinción entre la norma moral y la norma jurídica (norma imperativa autónoma y categórica en el primer caso, norma heterónoma e hipotética en el segundo).

⁹⁹ *Ibíd.* Pág. 131.

¹⁰⁰ *Ibíd.* Pág. 130.

¹⁰¹ Kelsen, Hans. **Teoría pura del Derecho. Op. Cit.** Pág.133.



Esta construcción es similar a la del Derecho subjetivo, sin embargo, las secuencias no son similares. En el caso del deber Kelsen acepta deberes morales, mientras que para el Derecho, como se verá, no existe posibilidad de hablar de Derechos morales y quedan circunscritos al ámbito jurídico.

La separación conceptual del deber moral y del deber jurídico es una consecuencia lógica de la separación entre la moral y el Derecho. El deber jurídico significa algo tan distinto al deber moral porque el sistema normativo moral es notoriamente diferente al sistema jurídico. El orden jurídico es heterónimo mientras que la moral es autónoma. En tal caso, las normas jurídicas vienen impuestas desde fuera del individuo mientras que las normas morales nacen de la conciencia individual.

La consecuencia más importante de esto es que las normas jurídicas son válidas independiente de la opinión, el sentimiento o cualquier intervención del sujeto, mientras que las normas morales necesitan por obligación la aceptación o el reconocimiento del individuo afectado. En otras palabras, se puede decir que alguien está afectado por una norma jurídica la conozca o no la conozca, la acepte o no la acepte. Un individuo puede violar una norma jurídica que desconocía y que es válida con independencia de su reconocimiento. Contrario sensu, lo que sucede con las normas morales, pues estaría muy raro decir que alguien está afectado por una norma moral que desconocía o por una norma moral que no acepta.

Si tenemos en cuenta que la norma -tanto la moral como la jurídica- expresan siempre un deber, se concluye –entonces- que el deber que expresa la norma moral es un deber que necesita del reconocimiento del sujeto para su validez, mientras que el deber expresado por la norma jurídica es válido con independencia del sujeto. O dicho de otro modo, el deber moral pertenece al sujeto mientras que el deber jurídico se impone al sujeto.

En este ámbito de análisis, el propio Kelsen apunta en algún momento la posibilidad de concebir la moral como un sistema heterónimo¹⁰². Posibilidad que no desarrolla y que podría dar lugar a consecuencias muy diferentes en la

¹⁰² Kelsen, Hans. **Teoría pura del Derecho. Edición de 1960. Op. Cit.** Pág. 301.



construcción conceptual del deber moral y jurídico. *“Basta con que admitamos una moral heterónoma, es decir, una suma de normas independientes de la voluntad del individuo y que pueden obligarle, incluso, en contra de su voluntad, para que nos veamos obligados a reconocer la existencia de un deber que no consista en la sujeción interior de la voluntad del sujeto. No hemos de examinar aquí hasta qué punto es admisible esta concepción heterónoma de la moral. Lo que sí está fuera de toda duda, es la naturaleza heterónoma pura del Derecho, la cual se expresa cabalmente en el hecho de que las normas jurídicas obligan también a quien se resiste a acatarlas, e incluso a quien no las conoce”*¹⁰³.

Kelsen vuelve a apuntar la idea en la teoría pura del Derecho, de 1934 cuando afirma que *“el deber moral no expresa otra cosa que la ligazón que sufre el individuo por la validez de un orden moral”*¹⁰⁴; pero tampoco la desarrolla. Sin embargo no examina la posibilidad de concebir la moral como sistema heterónimo. Ello, porque no es el objeto central de su estudio. El objeto que le interesa es la norma jurídica, es decir, el deber jurídico, y por tal le basta con aceptar la concepción habitual de la moral, la que entiende como sistema autónomo. También, sobre este punto y la cuestión en análisis, podemos decir que, aceptar esa concepción de la moral no es algo inocuo, porque de esa concepción se derivan las consecuencias ya mencionadas: la diferenciación del deber jurídico frente al deber moral y la incorrección de trasponer el concepto de deber moral al ámbito jurídico.

No obstante, sería interesante hacer del sistema moral un sistema heterónimo similar al sistema jurídico. O, para ser más preciso, sería interesante hacer de los sistemas morales, sistemas heterónomos similares a los sistemas jurídicos. Con esto me refiero tanto a los distintos sistemas normativos de moral positiva como a un sistema normativo de moral crítica.

En uno y otro supuesto creo que es posible construir un concepto de sistema normativo moral tan heterónimo como lo es el sistema jurídico. Lo cual no es más que la constatación del origen común de ambos sistemas: tanto el

¹⁰³ *Ibíd.*

¹⁰⁴ Kelsen, Hans. **Teoría pura del Derecho. Edición de 1934. Op. Cit.** Pág. 76.



Derecho como la moral son productos sociales humanos y como tales, comparten varias notas definitorias. Claro no todas, en tal caso habría que identificar el Derecho con la moral. Una de ellas tendría que ver con la formación del sistema y la validez de sus normas. Desde este punto de vista, tanto el sistema jurídico como el moral se forman como producto de la interacción de los seres humanos y se presentan a cada uno de los individuos concretos como sistemas válidos con independencia de la aprobación de cada uno de ellos.

Tanto uno como otro sistema son válidos en cuanto son aceptados como válidos por la generalidad de las personas a quienes afecta. Y en ambos casos esa validez se mantiene frente al sujeto particular que no acepta una determinada norma o el sistema en general. En el caso del sistema jurídico esto parece claro.

Si aceptáramos la concepción supra citada, tendríamos que aceptar y por añadidura que la diferencia entre uno y otro sistema no está en el tipo de normas que componen cada uno de ellos, sino en otras características como el objeto de cada uno de ellos y la forma de garantizar el cumplimiento de sus normas. Respecto del objeto la diferenciación es vaga.

Quiero decir con esto que la moral afecta a un ámbito de cuestiones que pueden llegar a ser tratadas por el Derecho y que, además, el Derecho puede tratar otras cuestiones que difícilmente diríamos que pertenecen a la moral, y que no obstante esto, la frontera entre las cuestiones típicamente morales y las que no lo son se constituye en frontera difusa. Respecto del modo de garantizar sus normas, la diferenciación parece más precisa.

Siguiendo este análisis, se sostiene que el sistema jurídico se caracteriza por tener un tipo de coacción organizado e institucionalizado mientras que en el sistema moral eso no ocurre. Desde otra visión, se diferencian los sistemas, no las normas que los componen. Una norma jurídica y una norma moral se distinguen porque la primera pertenece a un sistema jurídico y la segunda pertenece a un sistema moral. Y ello con independencia que ambas normas estipulen exactamente lo mismo. Se convierte así el



sistema moral en un sistema en el que los deberes no tienen que ser aceptados para ser válidos.

Todo sistema moral, como tal e impuesto desde fuera del individuo, se presenta con un contenido ciertamente más difuso que el del sistema jurídico, y por ello menos independiente de la voluntad del sujeto. Esto significa que puede llegar a dudarse de la validez de una norma moral, es decir, de la pertenencia de una norma concreta al sistema moral de referencia; ahora bien, comprobada esa pertenencia, tal norma es válida con independencia de la aceptación de los sujetos a quienes afecta.

En este sentido y como afirma Bonnacase: *“Consecuencia de esto es que lo mismo que no hay dos conceptos de sistema, el moral y el jurídico, y no hay dos conceptos de norma, la moral y la jurídica, no hay tampoco dos conceptos de deber, sino uno solo, y no tiene sentido entonces preguntarse por la corrección de trasponer el concepto de deber moral al ámbito jurídico”*¹⁰⁵.

El deber moral es el deber expresado por la norma moral, que es la norma que pertenece a un sistema moral, que es el sistema que teniendo un contenido más o menos determinado, no posee una coacción organizada e institucionalizada; y el deber jurídico es el deber expresado por la norma jurídica, que es la norma que pertenece a un sistema jurídico, que es el sistema que, pudiendo tener cualquier contenido, posee una coacción organizada e institucionalizada.

Así nos dice Kelsen, *“que el deber moral ya no es el deber –per se-, calificado de moral por su pertenencia a un sistema moral; es un deber que exige una aceptación interna”*¹⁰⁶. De este modo, si un sujeto no acepta un deber jurídico, no cabe duda que tenga un deber, que él no haya aceptado y que no cumpla. Sin embargo, si ese sujeto no acepta un deber moral y no lo cumple de modo interno, sencillamente no tiene tal deber, es decir, no existe tal deber para él. De suerte tendríamos, por un lado, el deber jurídico, que es la expresión de la norma que impone un comportamiento determinado a un

¹⁰⁵ Bonnacase, Julián. **Introducción al estudio del Derecho**. Pág. 9.

¹⁰⁶ Hernández Marín, Rafael. **Historia de la Filosofía del Derecho contemporánea**. Pág. 56.



individuo; por otro, el deber moral, que es la expresión de la norma que, aceptada por el sujeto, le impone un determinado comportamiento.

Para Kant es más clarificador *“construir un único concepto de deber, mismo que hay un único concepto de sistema o un único concepto de norma, que puede ser calificado como moral o jurídico según que pertenezca a un sistema moral o a un sistema jurídico”*¹⁰⁷. Kelsen no lo entiende así y acepta dos conceptos de deber: el deber moral, entendido como sujeción interna de la voluntad del sujeto, y el deber jurídico.

Tampoco queda del todo claro en este contexto de análisis cuál es para Kelsen el concepto de deber jurídico. De acuerdo con Kelsen, el deber o es deber moral o es deber jurídico, y en cualquiera de los dos casos los dos términos de la expresión están indisolublemente unidos de tal modo que el significado de la expresión va más allá y es diferente a la unión del significado de los términos que la componen. *“Tan es así, que el término ‘deber’ parece no tener significado alguno”*¹⁰⁸.

Asimismo, sostiene Kelsen que la importación del concepto de deber moral al ámbito jurídico se constituye en grave error. En ambos casos se trata de la manifestación de la norma, pues toda norma supone deber, pero dado que existen dos tipos de normas, la moral y la jurídica, se puede hablar de dos tipos de deberes, el deber moral y el deber jurídico. Y puesto que *“la norma jurídica es independiente de, y diferente a, la norma moral, se desprende de ahí que también el deber jurídico es independiente del deber moral”*¹⁰⁹.

De esta forma y contrario a la constitución del deber moral que ya vimos, es en el ámbito de la sujeción interna del individuo, el deber jurídico, y es la posición conclusiva de Kelsen, en lo que puede entenderse cumplido desde el momento en que el sujeto se atiene de forma externa a lo establecido en la norma. El deber moral exige un cumplimiento interno, y no se entiende cumplido si solo se sigue de forma externa lo establecido en la norma.

¹⁰⁷ Kant, Immanuel. **Crítica de la razón pura**. Págs. 31-75.

¹⁰⁸ Hernández Marín, Rafael. **Op. Cit.** Pág. 59.

¹⁰⁹ Kelsen, Hans. **Compendio de teoría general del Estado**. Pág. 16.



De esta forma concluimos este interesante análisis, no sin antes dejar sentado la definición kelseniana de “*deber jurídico*,” que parece ser relativamente sencilla. La norma jurídica es una norma independiente y distinta de la norma moral, y el concepto de deber jurídico es distinto al concepto de deber moral. En ambos casos, es manifestación de la norma, de la moral o de la jurídica. En este último supuesto, y dado que la norma jurídica puede expresarse como un juicio hipotético que establece que si se da un determinado comportamiento se aplicará como consecuencia una sanción, el deber tiene por contenido precisamente ese comportamiento.

También sucede algo parecido en la norma moral, solo que aquí, la norma no se expresa como un juicio hipotético, sino como un juicio categórico, por lo que el deber se identifica con la norma que, sirva de paso decir, tiene que ser reconocida por el sujeto. El deber jurídico es la norma jurídica vista desde el sujeto, y tiene por contenido la conducta opuesta a aquella que es sancionada. Solo existe deber jurídico si una norma jurídica lo estatuye¹¹⁰ y una norma jurídica lo estatuye cuando establece para la conducta opuesta una sanción.

Diría Kelsen, un poco más adelante en la nueva edición de 1960 de su teoría pura, que “es un deber jurídico la conducta opuesta a aquella que es condición para que se lleve a cabo el acto coactivo que la norma estatuye como consecuencia”¹¹¹.

2.1.8 Lógica jurídica

En relación con la aplicabilidad de los principios lógico-formales a las normas, durante el curso de su vida Kelsen adoptó varias posturas, concluyendo, con base en su concepción positivista de las normas, que dichos principios no son aplicables a las normas jurídicas.

Para Kelsen “*las normas jurídicas se entienden como el sentido de ciertos y determinados actos humanos y, su validez no depende de las relaciones lógicas que guarden con otras normas, sino del hecho histórico de*

¹¹⁰ Kelsen, Hans. **Teoría pura del Derecho. Edición de 1934. Op. Cit.** Pág. 285.

¹¹¹ Kelsen, Hans. **Teoría pura del Derecho. Edición de 1960. Op. Cit.** Pág. 371.



que son el sentido subjetivo de ciertos actos temporal y espacialmente determinables de manera empírica”¹¹².

Cierto, el contenido de diversas normas puede, en un plano puramente abstracto, estar en contradicción mutua, pero esto no determina la validez o invalidez de esas normas, como sí determinan la verdad o falsedad de los enunciados o juicios. Pues, la teoría general del Derecho refuta la posible veracidad o falsedad de las normas; a pesar que Kelsen se refiere a juicios o enunciados que deben ser normativos. En este aspecto es inevitable hablar sobre la derogación de las normas como eliminación de la validez de una norma por otra.

“Así como una norma jurídica puede limitar el dominio de validez de otra, también puede eliminar completamente la validez de otra. También esas normas derogatorias son normas no independientes, que solo pueden ser entendidas conjuntamente con otras que estatuyen actos coactivos”¹¹³.

Podemos evidenciar que la validez o invalidez de las normas ha generado una extensa literatura académica, pues este tema resulta sumamente complicado de abordar. Se puede decir que la validez de una norma es su existencia específica, siendo entonces la derogación un procedimiento para la eliminación de las normas, lo cual depende de su validez o invalidez respecto a otra u otras normas.

2.1.9. Teoría positiva del Derecho

2.1.9.1 Derecho constitucional

En este rubro la exposición es muy breve, motivado no por la poca importancia de los trabajos kelsenianos, sino porque su contenido no podría reseñarse en un resumen como el presente. Los trabajos teórico-jurídicos de Kelsen no han surgido, como lo afirma a veces la crítica incomprensiva, de la nada. Kelsen no ha perdido nunca el contacto con el Derecho positivo, de lo cual son testigos elocuentes sus numerosas publicaciones, sobre todo en el campo del Derecho constitucional y del Derecho internacional.

¹¹² Eduardo. **Lógica del raciocinio jurídico**. Págs. 51-60.

¹¹³ Kelsen, Hans. **Teoría pura del Derecho**. Edición de 1960. *Op. Cit.* Pág. 68.



En materia de jurisprudencia positiva, su interés primero estuvo orientado al Derecho electoral de la República austriaca. Más adelante se publicaron varios ensayos sobre el Derecho federal y sus relaciones con los Derechos locales.

Como creador de la Constitución austriaca de 1920 publicó varios trabajos, unos dedicados a la exposición histórica del desarrollo del Derecho constitucional austriaco. Es muy importante el ensayo denominado “la garantía jurisdiccional de la Constitución” (la justicia constitucional), que constituye el antecedente de su famosa polémica con el jurista nazi C. Schmitt, quien sostenía que el garante de la constitucionalidad debía ser el *Führer* y no un tribunal colegiado constitucional.

2.1.9.2 Derecho internacional

Su labor en el campo del Derecho internacional fue muy abundante. La teoría pura del Derecho es la única construcción doctrinal que ofrece una concepción unitaria del orden jurídico mundial, entendiendo por esto una construcción conceptual que permite comprender como un único orden normativo los Derechos de cada Estado, en particular, en unión con el Derecho internacional.

Siguiendo este análisis, Kelsen sostiene que es posible construir la unidad del Derecho partiendo de dos hipótesis distintas, aunque, en su opinión, equivalentes:

- 1) la del primado del orden jurídico internacional, y
- 2) la del primado del orden jurídico nacional.

En la primera hipótesis, el Derecho internacional se encuentra colocado en una posición de supra-ordenación en relación con los órdenes jurídicos estatales, de la misma manera que la Constitución de un Estado federal se encuentra supraordenada a los órdenes parciales de la federación y de los Estados locales miembros.

El Derecho internacional se comprende con los mismos conceptos jurídicos que se emplean para comprender el Derecho nacional. Si este es un



orden coactivo, aquel también lo es. Las sanciones del Derecho internacional están constituidas fundamentalmente por la guerra y las represalias, ejercidas por los Estados miembros de la comunidad internacional, constituida por ese Derecho, pues es un orden jurídico primitivo, descentralizado. Los Estados miembros de la comunidad internacional son órdenes jurídicos relativamente centralizados.

La segunda hipótesis, respecto al primado del orden jurídico nacional, afirma que el fundamento del orden jurídico internacional se encuentra en la Constitución del Estado que tiene en consideración el teórico del Derecho: generalmente es el Estado nacional en el que vive y al cual sirve.

El Derecho internacional debe, bajo este supuesto, colocarse en la pirámide jerárquica de las normas, ya sea a la altura normativa de la propia Constitución o en la grada inmediatamente inferior a ella, como muchas Constituciones estatales lo hacen, dependiendo una u otra de las alternativas del contenido de la Constitución en cuestión y si esta se refiere o no al Derecho internacional en su totalidad o solo a una parte de él (el reconocido por los órganos del Estado o del Derecho internacional convencional, los tratados).

Kelsen afirmó que *“la construcción de la unidad del Derecho es posible desde cualquiera de estos dos puntos de vista y que la decisión que se tome depende de consideraciones filosóficas”*¹¹⁴. *“Merecen especial mención sus libros Principles of international Law (1966), (théorie Générale de Droit international Public. Problèmes choisis (1932), Die technick des völkerrechts und die Organization des friedens (1935), (La técnica del Derecho internacional y la organización de la paz) (1935), La transformation du Droit international en Droit interne (1935), (La transformación de Derecho internacional en Derecho interno), théorie de Droit international coutumier, (teoría del Derecho internacional Consuetudinario). (1939)”*¹¹⁵.

Kelsen tuvo una producción asombrosa por el número de ensayos sobre diversos temas internacionales. Quizá la obra más impresionante en esta rama

¹¹⁴ Curiel, José Luis. **Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social**. Págs. 125-176.

¹¹⁵ *Ibíd.*



de la jurisprudencia positiva sea la obra monumental de 1951 titulada *"The Law of the United Nations"* (El Derecho de las Naciones Unidas) que constituye el modelo, el paradigma, de lo que es un trabajo de jurisprudencia positiva. En total, pueden contarse más de treinta ensayos sobre diversos temas de Derecho internacional.

2.1.9.3 Filosofía del Derecho

En primer término, se han de reseñar brevemente las publicaciones más importantes en esta materia: 1927/1928, *Die idee des naturrechtes (La idea del Derecho natural)*, *naturrechtsund positives recht*.

Eine Untersuchung Eine Gegenseitige Verhältnisses (Derecho natural y Derecho positivo. Una investigación sobre sus relaciones recíprocas).

La idea central de los trabajos sobre el Derecho natural consiste en afirmar su imposibilidad como objeto de un conocimiento científico. La existencia de normas jurídicas no positivas, es decir, de normas jurídicas que no han sido creadas por actos de voluntad humana, sino que se encuentran en la naturaleza del hombre, de la razón, en la naturaleza misma, etc., constituye un dogma y, por tanto, la ciencia no puede tener otra postura que su rechazo, pues normas no positivas no pueden ser objeto de conocimiento empírico.

La dualidad entre el ser y el deber ser no existiría si fuese posible afirmar la existencia de normas que se encuentran contenidas en los acontecimientos que forman la cadena del ser. Se trata de una teoría que afirma la existencia de normas naturales, que no son el producto de actos de voluntad empíricos.

En el fondo, se trata de una doctrina que, explícita o implícitamente, afirma la existencia de normas creadas por una voluntad divina, pues no es extraño encontrar en estas doctrinas el concepto de que las leyes naturales son manifestaciones de la voluntad divina.

Si hiciéramos un análisis comparativo entre Derecho natural y Derecho positivo conduciría a la afirmación de la imposibilidad del primero, pues no podría ejecutarse ni aplicarse a situaciones reales concretas, individualizarse,



de manera natural, sino solo por medio de actos volitivos humanos y, con ello, dejaría de ser un Derecho que opera en y dentro del ser y se convertiría en Derecho positivo. Muchos de sus trabajos estuvieron dedicados a la elaboración de los supuestos filosóficos, mejor, epistemológicos, de la doctrina del Derecho natural y del positivismo jurídico.

2.1.9.4 Sobre Platón

En sus libros sobre Platón, Kelsen por vez primera señala su absolutismo, su espartanismo y su enemistad con la democracia y toda forma de vida que implique la tolerancia y la libertad, exponiendo anticipadamente la tesis de K. R. Popper sobre Platón en su famoso libro “La sociedad abierta y sus enemigos”, *“como un enemigo de la sociedad abierta, lo que implica a la democracia”*¹¹⁶.

En una visita que realizó a Popper, dijo que la primera noticia que tuvo de un trabajo en que se consideraba el absolutismo político de Platón fue el ensayo de Kelsen sobre el amor platónico, el que, en su opinión, contenía una tesis radical. Platón es presentado como el filósofo del absolutismo filosófico y político. Es más, demuestra que es un teólogo.

Platón es el enemigo de la sofística y de la democracia ateniense del siglo de Pericles. Vale la pena leer con atención el ensayo sobre La justicia platónica, pues constituye una exposición lúcida sobre el camino que los grandes teóricos han recorrido, ansiosos de obtener y ofrecer a la humanidad un concepto, si es posible universal y eterno, de la justicia.

Póstumamente, fue publicado una obra de Kelsen y enteramente dedicada a la filosofía platónica, con el título *Die illusion der Gerechtigkeit. Eine kritische untersuchung der social philosophie Platons* (La ilusión de la justicia. una investigación crítica sobre la filosofía social de Platón).

En los ensayos dedicados al análisis del concepto sobre la justicia sostiene las diferentes doctrinas que en torno a ella estima y las critica,

¹¹⁶ Kelsen, Hans. **Platón y la teoría del Derecho natural**. Pág. 75.



encontrando fundamentalmente que muchas de ellas no son sino defensas o ataques al Derecho positivo, en el mejor de los casos, o simplemente vacuas tautológicas.

2.1.10. Crítica de la ideología

El título de este apartado no describe con exactitud su contenido. Métaff, su biógrafo, incluye en él trabajos que comprenden investigaciones de carácter histórico, como las ya referidas sobre Platón y sobre el iusnaturalismo. Por la información recabada para este estudio, se incluye dentro de este apartado algunas consideraciones sobre temas sociológicos.

Hemos postulado más arriba el principio que puede explicar unitariamente el pensamiento de Kelsen: las dos interiorizaciones o, como también las hemos llamado, las semantizaciones de elementos pragmáticos.

El dualismo de ser y del deber ser, no es uno que se dé originariamente en la conciencia humana; no es, de ninguna manera, una idea innata cartesiana o chomskiana.

Más bien, es el producto de una larga evolución cultural, una adquisición tardía del ser humano, una construcción teórica muy elaborada surgida en un estadio muy avanzado de la cultura occidental. Por tanto, a Kelsen, como el recreador de este dualismo, se le presentó, surgiendo internamente de su doctrina, el problema de investigar cómo se originó históricamente este dualismo y cuál de las dos legalidades apriorísticas, la causalidad y la imputación, determinó a la otra, comprendiendo esta determinación en un sentido rigurosamente temporal o ideológico, histórico.

Para Kelsen vale bien aquí señalarlo, el concepto de causalidad es por completo ajeno a los pueblos primitivos que todavía hoy viven. *“Ellos interpretan la naturaleza según otro esquema, distinto del causal; a saber, con arreglo a categorías sociales”*¹¹⁷.

Lo que el hombre civilizado entiende por naturaleza es para el primitivo, con su percepción animista o, mejor dicho, personalista, solo una parte de su

¹¹⁷ Kelsen, Hans. **La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución.** Pág. 23.



sociedad dominado por las mismas leyes que esta. El llamado hombre de naturaleza, que en verdad es en todos los aspectos un hombre social, cree que la ordenación de su sociedad, que es una ordenación jurídica, rige también para la naturaleza, y la interpreta según los mismos postulados que determinan su relación con los compañeros de grupo. La norma fundamental de la ordenación social primitiva es el principio de retribución, que domina por completo la conciencia del hombre primitivo, orientada en un sentido enteramente social.

La interpretación de la naturaleza según el principio de retribución se manifiesta en su efectiva conducta para con animales, plantas y objetos inanimados, y sobre todo, en su religión y sus mitos.

Con esta hipótesis fundamental Kelsen investiga en los mitos y en las religiones la operación efectiva del principio de la retribución y traza el surgimiento histórico del concepto de la causalidad en la atomística griega, todavía muy lastrada de concepciones retributivas. Su obra “Sociedad y naturaleza”, tiene por objeto desarrollar esta tesis en las concepción mitológicas de los pueblos, primitivos, antiguos y modernos y en los griegos”¹¹⁸.

En el ensayo mencionado más arriba relata la historia de la filosofía griega desde la perspectiva proporcionada por la hipótesis del surgimiento de la causalidad a partir del principio de retribución y cómo ello ha repercutido en muchas concepciones de la filosofía moderna, hasta el abandono de la causalidad, en el siglo XX, con la creación de la mecánica cuántica. La palabra *aítia* en griego clásico significa tanto causa como culpa. El castigo es el efecto de la culpa.

El pensamiento griego aún no distinguía ambos conceptos. Cuando existe una distinción, aunque sea relativa, entre la sociedad y la naturaleza surge el iusnaturalismo, si el deber ser se pretende encontrar en el ámbito del ser. En los hechos se encuentran las normas, en el ser se descubre el deber ser. Esto solo es posible, dice Kelsen, si se cree en una deidad que dicta sus normas al universo: las leyes naturales son normas divinas, la naturaleza es *un*

¹¹⁸ Kelsen, Hans. **Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica.** Pág. 27.



reino, un Estado ordenado por los mandatos de Dios. Los elementos surgen en el cumplimiento de órdenes de la deidad. En realidad, la naturaleza es concebida como un Estado y Dios como su monarca absoluto.

Aquí se abre un nuevo capítulo de investigación: Dios y Estado. Si el Estado es la personificación del orden jurídico, Dios es la personificación de la naturaleza. La teoría de la identidad del Derecho y del Estado se corresponde con la teoría panteísta de Spinoza.

Si lo anterior es cierto, los problemas de la teología deben ser similares a los problemas de la teoría del Estado y las soluciones aportadas por cada una de estas disciplinas deben ser similares. Dios, como omnipotente, es el creador del mundo y, por ello, es distinto de él.

Sin embargo, debe estar relacionado con el mundo, pues no pueden concebirse separados. De igual manera se afirma la dualidad del Estado con el Derecho, considerando a aquel como poder, como creador de este, pero es una indiscutible relación. La teoría política afirma que el Estado crea el Derecho y luego se somete al orden jurídico, de manera tal que todo acto estatal debe conceptuarse jurídicamente.

La encarnación de Dios es la solución teológica al problema similar de establecer la relación entre Dios y el mundo: Dios crea a la naturaleza y luego se somete a las leyes que él mismo ha dictado: *“Dios-padre se convierte en Dios-hijo y este es un hombre que se encuentra sometido a las leyes naturales a las que están sometidos todos los demás hombres. Si Dios es absolutamente bueno y omnipotente, encontramos entonces donde las raíces de los males del mundo de hoy. De alguna manera, el mal debe ser querido por Dios –dice Kelsen- y, por tanto, imputable a Dios, pues de otra manera se rompería la unidad de conceptuación y tendría que afirmarse que algo sucede en el mundo que no es querido por Dios y, con ello, se contradiría el concepto de la omnipotencia divina; de igual manera, al Estado debe poder imputársele la antijuricidad, la aparente negación de lo jurídico”*¹¹⁹.

¹¹⁹ *Ibíd.*



La teología crea un reino del mal y afirma la existencia de un ángel caído y, por tanto, como ángel, es creación de Dios; la teoría del Estado establece lo antijurídico como condición del acto coactivo estatal. Dice Kelsen: *por lo demás, la teología es prisionera del dualismo de Dios y mundo*¹²⁰.

Y desde el momento que en el concepto del mundo se representa el sistema de la naturaleza y con ello, de sus leyes naturales, es obvio que se adopta a Dios, considerado como poder de realizar milagros, la significación de un principio que, en ciertas circunstancias, puede dirigirse contra la naturaleza, destruyendo sus leyes.

2.1.10.1. La justicia

La justicia es una característica posible pero no necesaria del orden social. Para que haya orden social no es imprescindible la justicia. Así, afirmaba Kelsen: *“En tanto la justicia es una exigencia de la moral, la relación entre moral y Derecho queda comprendida en la relación entre justicia y Derecho”*¹²¹.

El orden social será considerado justo, cuando reglen la conducta de los hombres de modo que todos queden satisfechos y logren la felicidad. Como decía Kelsen: *“El sistema social puede requerir un determinado comportamiento humano sin enlazar el cumplimiento o incumplimiento de la orden consecuencia alguna. Pero también puede exigir determinada conducta humana simultáneamente ligar a ese comportamiento la concesión de una ventaja, de un premio; o a la conducta contraria una desventaja, o una pena”*¹²².

Desde la visión natural, y la teoría del Derecho natural, se advierte que al analizar la naturaleza hallaremos en ella la conducta justa del hombre. Si se cree que la naturaleza es creación divina, serán sus normas expresiones de la voluntad divina, por lo tanto, la teoría sobre el Derecho natural adquiere un carácter metafísico. Cuando se acepta que el principio de justicia se halla en la

¹²⁰ *Ibíd.*

¹²¹ Kelsen, Hans. *Teoría pura del Derecho. Op. Cit.* Pág.71.

¹²² *Ibíd.* Pág. 38.

razón humana, estamos entonces ante la teoría del Derecho natural racionalista.



La razón humana puede comprender y describir, pero no ordenar. Querer encontrar en la razón normas de conducta es una ilusión como la de pretender extraer tales normas de la naturaleza. Así, Kelsen nos dice: *“Las leyes naturales describen normas en las que se expresan la voluntad divina, normas que prescriben a la naturaleza determinado comportamiento.”*¹²³

Sostenía Kelsen sobre la justicia: *“La justicia es para mí aquello bajo cuya protección puede florecer la ciencia, y junto con la ciencia, la verdad y la sinceridad. Es la justicia de la libertad, la justicia de la paz, la justicia de la democracia, la justicia de la tolerancia. “La ciencia del Derecho intenta concebir jurídicamente su objeto, esto es, concebirlo desde el punto de vista del Derecho. Pero concebir algo como jurídico no puede querer decir otra cosa sino concebir algo como Derecho, y ello implica como norma jurídica, o como contenido de una norma jurídica, como determinada por una norma de Derecho”*¹²⁴.

El término justicia es una de las palabras más difíciles de definir y de las que más preguntas se han hecho. Filósofos, juristas, escritores, entre otros, han tratado de dar su concepto, pero ninguno se ha considerado como universal. Es por ello que se busca el significado de justicia. El jurista Hans Kelsen registró: *“No hubo pregunta alguna que haya sido planteada con más pasión, no hubo otra por la que se haya derramado tanta sangre preciosa ni tantas amargas lágrimas como por esta; no hubo pregunta alguna acerca de la cual hayan meditado con mayor profundidad los espíritus más ilustres, desde Platón a Kant. No obstante, ahora como entonces, carece de respuesta”*¹²⁵.

La justicia en el sentido de legalidad es la cualidad que se refiere no al contenido del orden positivo, sino a su aplicación. La justicia, en este sentido, es compatible con y exigida por cualquier orden positivo, ya sea, el capitalista o

¹²³ *Ibíd.* Pág. 91.

¹²⁴ Kelsen, Hans. *Teoría pura del Derecho. Op. Cit.* Pág. 83.

¹²⁵ *Ibíd.* Pág. 87.



el comunista, el democrático o el autocrático; y significa el mantenimiento del orden positivo mediante su aplicación consistente.

La justicia bajo la ley es completamente distinta a la justicia por encima de la ley. La justicia por encima del Derecho es la concebida como una idea distinta del Derecho, como un postulado que se dirige al Derecho. El Derecho debe ser justo a pesar de que frecuentemente es injusto. La justicia que está de acuerdo con la ley, es la que se identifica con la ley.

La justicia de acuerdo con la ley es un postulado de la ley, del Derecho positivo, un postulado dirigido a los individuos sujetos al Derecho mismo, obedecer y aplicar la ley de la manera en que ella ordena que sea obedecida y aplicada. Solamente en el sentido de legalidad puede el concepto de justicia entrar a formar parte de la ciencia del Derecho.

El sentimiento de la justicia, la ambigüedad y lo difuso de su noción, las discusiones y los conflictos que esta hace surgir, existe desde que hay hombres que piensan y viven en sociedad. El hombre siempre realiza conductas a las cuales se les puede catalogar como justas o injustas. De ejemplos está preñada la historia, que no vale la pena traer a colación para tratar de acercarse a una definición que el propio Kelsen, a quien le dedicamos este trabajo, prefirió dar por respuesta, la que supra se verifica.

El Derecho es justo por naturaleza, tal como lo afirmaran los iusnaturalistas. La ley, en cambio, trata de serlo. Aquí hay que hacer una aclaración, que *“no es lo mismo ley que Derecho; porque toda ley es Derecho, pero no todo Derecho es ley”*¹²⁶.

“El Derecho es justo, desde cualquier visión teórica son los humanos los que lo hacen injusto puesto que los legisladores hacen el Derecho positivo y este es el que debe ser observado por todos. La justicia carece de realidad material, no puede ser pesada, medida, ni tampoco se le puede palpar, todos estos resultan motivos y percepciones evidentes para plantear una nueva interrogante a las ya tantas existentes; ¿quién puede negar que la justicia cambia constantemente y periódicamente? Tampoco podemos negar a la

¹²⁶ Díaz González, Elías. **Sociología y Filosofía del Derecho**. Pág. 57.



*justicia como una parte de la moral y al igual que ella, cambia según el lugar, según la época y según el tiempo, sin embargo la justicia podrá cambiar pero siempre será el valor supremo de toda moral y sobre todo del propio Derecho*¹²⁷.

Kelsen, al conceptualizar la justicia, hace una división entre la individual y la social. *“A mi entender sería en vano tratar de analizar la justicia individual, ya que no responde a la realidad vivida hoy en día. Al decir ‘realidad’ me estoy refiriendo a un mundo en el cual los hombres conviven de acuerdo a un orden establecido por ellos mismos, ‘un orden social’, y como tal, la justicia que tiene valor en dicho orden será de carácter social*¹²⁸.

Con esto dice Kelsen *“no estoy renegando de la existencia de la justicia absoluta, a mi parecer fundamental, sino que entiendo que tanto la justicia individual como la social conllevan a esta; ya que todos los hombres se ven impulsados a justificar su conducta con un valor absoluto. Se debe admitir, que esos valores absolutos o supremos que llevan a la justicia absoluta son inaccesibles a nuestro conocimiento. La justicia absoluta es una justicia basada en la religión, en la que la autoridad se ve reflejada en un ser supremo: Dios*¹²⁹.

A mi entender, sostiene Kelsen: *“Un orden social será justo cuando todos y cada uno de los miembros regidos por dicho orden sean acreedores de lo que merecen. Pero también creo que, debido a diversos factores, este principio no deja de ser una ilusión utópica. Es por esto que creo inapropiado hablar de un «orden social justo», y creo conveniente que los principios se preocupen por lograr un orden social lo más justo posible, que pienso yo, se irá logrando a medida que en la conciencia de los hombres se acreciente la idea de que el que obra de buena fe en algún momento será beneficiado*¹³⁰.

2.2. La idea kelseniana del sistema jurídico en la teoría pura

¹²⁷ Equivel Pérez, Javier. **Kelsen y Ross. Formalismo y realismo en la teoría del Derecho.** Pág. 9.

¹²⁸ Kelsen, Hans. **Metamorfosis de la idea de justicia.** Pág. 93.

¹²⁹ **Ibíd.**

¹³⁰ **Ibíd.**



Siguiendo las ideas de Bobbio cuando nos dice que es con Kelsen cuando por primera vez, y definitivamente, la teoría del Derecho se orienta *“hacia el estudio del ordenamiento jurídico en su conjunto, al considerar como concepto fundamental para la construcción teórica del campo del Derecho no ya el concepto de norma, sino el de ordenamiento, entendido como un sistema de normas”*¹³¹.

Así, se dice que el modelo de sistema jurídico de Kelsen se perfila como un esquema formal que pretende aprehender la estructura interna y dar cuenta del funcionamiento de los órdenes jurídicos vigentes. Para Kelsen, como hemos dicho, el Derecho positivo consiste en un conjunto de normas, en una pluralidad de decisiones procedentes de autoridades diversas, susceptibles de ser reconducidas a una unidad, a un sistema.

Pues bien, a la hora de abordar el problema de la unidad del ordenamiento resulta útil diferenciar dos perspectivas o puntos de vista: *“Un punto de vista interno, que tiene su límite en la norma constitucional, y que se relaciona con el problema de la validez de las normas individualmente consideradas y un punto de vista externo, que va más allá de la Constitución y que se relaciona con el problema de la validez del ordenamiento jurídico en su conjunto”*¹³².

En este contexto la teoría del sistema jurídico formulada por Kelsen está integrada por dos referentes básicos; primero, la construcción jerárquica, gradual o piramidal que opera en el punto de vista interno y segundo; la norma fundamental que opera en el punto de vista externa.

La solución al problema de la unidad del ordenamiento jurídico aportada por la teoría kelseniana desde la norma interna, no solo ha trascendido el ámbito de los representantes de la teoría pura, sino que ha desbordado, además, el campo específico de la teoría del Derecho. En opinión de Kelsen, el orden jurídico *“no es un sistema de normas coordinadas entre sí, que se*

¹³¹ Bobbio, Norberto. **Op. Cit.** Pág. 5.

¹³² Asís Roig, R., **Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento.** Págs. 23 y ss.



hallasen por así decirlo una al lado de la otra, en el mismo nivel, sino que se trata de una verdadera jerarquía de diferentes niveles”¹³³.

Desde esta visión, “cabría representar gráficamente el Derecho recurriendo a la exitosa imagen piramidal”¹³⁴. Según esta imagen, el ordenamiento jurídico se configura internamente como “una construcción escalonada” –o gradual– “de normas recíprocamente supra y subordinadas”¹³⁵.

De acuerdo con este esquema, la pluralidad de normas existente en los niveles inferiores va descendiendo a medida que ascendemos en el orden jerárquico hasta llegar a una norma última que, limitando la reflexión al punto de vista interno, será la norma constitucional. En las coordenadas de la construcción gradual, la validez de una norma reposa en una norma superior, una norma es válida si es conforme con las normas de superior grado. “El sistema jurídico se presenta, por tanto, desde la óptica kelseniana, como un esquema de identificación y de justificación de normas en el que toda validación requiere la apelación a una norma superior”¹³⁶.

En la fundamentación de la validez del ordenamiento jurídico en su conjunto, Kelsen, como consecuencia del principio de pureza metódica que, como es sabido, impide que la validez de una norma pueda radicar en un elemento de carácter fáctico o ideológico introduce el expediente de la norma fundamental. “Esta norma se plantea como el elemento constitutivo ‘de la unidad’ y ‘fundamento de la validez’ de todas las demás normas del sistema”¹³⁷. Me detendré en lo que sigue en la exposición de este elemento.

Por lo que respecta a su función, la norma fundamental sirve para detener la cadena de fundamentación de la validez que va de las normas inferiores a las normas superiores. Como señala Kelsen, la pregunta por el fundamento de la validez de una norma nos conduce a la Constitución como norma superior del orden jurídico. La validez de la norma constitucional podría todavía ser referida a una Constitución anterior, pero, en todo caso, se llegaría

¹³³ Kelsen, H. **Teoría general del Derecho y del Estado**. *Op. Cit.* Pág. 146.

¹³⁴ *Ibid.* Pág. 251.

¹³⁵ *Ibid.* Pág. 255.

¹³⁶ Summe, R.S. **More Essays in Legal Philosophy**. Págs. 69-100.

¹³⁷ Kelsen, Hans. **Teoría pura del Derecho**. *Op. Cit.* Pág. 202.



siempre a una norma constitucional que o bien ha surgido revolucionariamente o bien es la primera Constitución histórica del Estado en cuestión. En cualquier caso, la validez de esa norma constitucional radica, en opinión de Kelsen, en la norma fundamental.

Siguiendo las propias palabras de Kelsen: *“Si se pregunta ahora por el fundamento de validez de la Constitución de un Estado, sobre la cual reposa la validez de todas las normas... se llegaría quizás a una Constitución del Estado más antigua. Esto es, se fundaría la validez de la Constitución estatal existente en que se habría originado conforme a las disposiciones de una Constitución estatal anterior, por vía de una enmienda constitucional conforme a la Constitución, es decir, conforme a una norma positiva establecida por una autoridad jurídica. Y así se continuaría hasta llegar por fin a una primera Constitución histórica del Estado, que no habría surgido por esa vía y cuya validez, en consecuencia, no puede ser referida a una norma positiva implantada por una autoridad jurídica. Es decir, se llegaría a una constitución del Estado implantada revolucionariamente, esto es, mediante ruptura con la Constitución estatal preexistente, o cuya validez hubiera sido implantada en un dominio que previamente no habría sido, en general, dominio de validez de ninguna Constitución estatal, ni del orden jurídico estatal que en ella se sustenta”*¹³⁸.

Respecto a su naturaleza, la norma fundamental *“como norma suprema tiene que ser presupuesta, dado que no puede ser impuesta por una autoridad cuya competencia tendría que basarse en una norma aún superior”*¹³⁹.

En suma, se trata de un presupuesto necesario, desde las coordinadas epistemológicas en las que se enmarca la teoría kelseniana, *“de toda interpretación positivista del material jurídico”*¹⁴⁰. En este sentido, afirma Kelsen que con su formulación la teoría pura tan solo hace explícito, lo que todos los juristas, inconscientemente en la mayoría de los casos, dan por supuesto cuando *“consideran el Derecho positivo como un conjunto de normas válidas y*

¹³⁸ *Ibíd.* Pág. 202.

¹³⁹ *Ibíd.*

¹⁴⁰ Kelsen, Hans. **Teoría general del Derecho y del Estado. Op. Cit.** Pág. 137.



no únicamente como un conjunto de hechos; al mismo tiempo que repudian todo Derecho natural del que el orden jurídico positivo pudiera validez¹⁴¹.

La norma fundamental es una norma condicionada por la eficacia. Como apunta Kelsen, *“la norma básica de un orden jurídico nacional no es un producto arbitrario de la imaginación del jurista. Su contenido se encuentra determinado por los hechos”*¹⁴² y en la medida en que tan solo puede presuponerse en relación con un orden jurídico que en su totalidad es eficaz, es decir, que es generalmente obedecido y aplicado. De cualquier forma, como se ocupa de aclarar Kelsen, la eficacia constituye una condición de validez del orden jurídico, pero no el fundamento mismo de la validez que se encuentra en la norma fundamental. *“La validez no proviene de la eficacia, aunque no puede darse sin la eficacia”*¹⁴³.

Pero contrario sensu, la norma fundamental no aglutina, sino más bien todo lo contrario, el consenso que genera la construcción gradual, siendo objeto de importantes objeciones que vienen a subrayar que se trata de un expediente superfluo que trata de enmascarar la realidad del poder. Ciertamente, la norma fundamental es un elemento del que puede prescindirse, si no se asumen los presupuestos neokantianos que condicionan la teoría kelseniana. En este sentido, comparto como Peces-Barba, *“las críticas que indican que sería más correcto hablar de un ‘hecho fundante básico’, esto es, del hecho del poder que apoya la eficacia del ordenamiento identificada en este plano de análisis con su validez”*¹⁴⁴.

De las propias palabras y pensamiento de Kelsen y de una u otra forma, asume que la norma fundamental solo debe presuponerse si existe un poder efectivo tras ella, capaz de hacer valer el Derecho.

La teoría pura termina resolviendo la validez de un orden jurídico en su efectividad, por lo que *“la norma fundamental se convierte en una solución*

¹⁴¹ *Ibíd.* Pág. 139.

¹⁴² *Ibíd.* Pág. 141.

¹⁴³ Kelsen, Hans. **Teoría pura del Derecho. Op. Cit.** Págs. 217-219.

¹⁴⁴ Peces-Barba Martínez, Guillermo. **Introducción a la Filosofía del Derecho.** Pág. 42.



*ficticia que transforma el poder en Derecho*¹⁴⁵, que “disfraza” en términos normativos, lo que no es más que una “*situación de hecho*”¹⁴⁶.

En todo caso, considero necesario realizar en este punto algunas observaciones importantes. En primer lugar, y siguiendo a Prieto Sanchis, procede aclarar que el abandono de la teoría de la norma fundamental no impide que “*la teoría gradual y el concepto de validez kelseniano*” sigan siendo “*un esquema plausible para explicar el funcionamiento de los sistemas jurídicos*”¹⁴⁷.

En segundo lugar, importa señalar y con igual posición de Prieto Sanchis, que si bien suele señalarse que “*al final de su vida Kelsen reconoció su error, admitiendo el carácter ficticio de la norma fundamental, en realidad el profesor austriaco siempre fue plenamente consciente del papel del poder en la determinación de la validez del Derecho*”¹⁴⁸. Así, ya en su escrito de 1917 señalaba el referido autor, “*El problema del Derecho natural es el eterno problema de lo que está tras el Derecho positivo. Y quien busca una respuesta no encuentra -me temo- ni la verdad absoluta de una metafísica ni la justicia absoluta de un Derecho natural: quien alza el velo y no cierra los ojos es deslumbrado por la Gorgona del poder*”¹⁴⁹.

En tercer lugar, considero posible interpretar la norma fundamental como la opción por contemplar el Derecho no en términos de poder desnudo, o de relaciones de fuerza, sino como un conjunto de normas objetivamente válidas. Se trataría de una opción por jugar al juego del Derecho.

Avanzando en la exposición, la visión sistemática del Derecho manejada por Kelsen se completa con la definición del orden jurídico como un sistema de tipo dinámico frente a los sistemas morales que poseerían un carácter estático¹⁵⁰. Pues bien, de la lectura de los textos en los que Kelsen hace

¹⁴⁵ Bobbio, Norberto. *Diritto e potere. Saggi su Kelsen. Op. Cit.* Págs. 102-122.

¹⁴⁶ Losano, Mario. *Hans Kelsen: una biografía cultural. Op. Cit.* Págs. 128-131.

¹⁴⁷ Prieto Sanchis, Luis. *Ideología e interpretación jurídica.* Pág. 131.

¹⁴⁸ *Ibíd.*

¹⁴⁹ Kelsen, Hans. *Teoría pura del Derecho. Op. Cit.* Pág. 215.

¹⁵⁰ Kelsen, Hans. *Teoría pura del Derecho. Op. Cit.* Págs. 201 y ss.; Kelsen, Hans. *Teoría general del Derecho y el Estado. Op. Cit.* Págs. 129 y ss.



referencia a esta distinción se deduce que parecen ser dos los criterios que sirven para diferenciar los sistemas estáticos y dinámicos, como son la diferente estructura o naturaleza de la norma fundamental y la diferente relación entre las normas dentro del sistema, es decir, la diferente configuración de las relaciones internormativas.

La diferencia estructural o de *naturaleza* entre las normas fundamentales de los sistemas estáticos y dinámicos radica en que los primeros, la norma fundamental se configura como un precepto que integra ciertos contenidos morales generales, esto es, que la norma fundamental presenta una naturaleza material; mientras que en los segundos, la norma fundamental se define como una norma meramente formal, que se limita a otorgar competencia al máximo órgano creador de normas, al constituyente, sin imponerle condicionamientos relativos al contenido de las normas por él creadas.

En este punto la caracterización formal de la norma fundamental del orden jurídico, como un sistema normativo dinámico, es la otra visión de su conexión con la eficacia y expresa el carácter positivista de la teoría pura, ya que supone la traducción a los términos específicos del discurso kelseniano de la tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la moral. *“De sus propias palabras, no se puede negar validez a ningún orden jurídico positivo por el contenido de sus normas”*¹⁵¹. Este es un elemento esencial del positivismo jurídico; y justamente en su teoría de la norma fundante y básica demuestra la teoría pura ser una doctrina jurídica positivista.

El carácter exclusivamente formal de la norma fundamental impide que pueda condicionar *“en modo alguno el contenido de la constitución, esto es, de las normas establecidas por el acto constituyente y el contenido de las normas que de acuerdo con la Constitución han de ser creadas”*¹⁵².

La inexistencia de contenidos en la norma básica implica que el poder socialmente eficaz y quien, efectivamente, consigue obediencia, tiene la competencia para dictar las normas superiores con absoluta discrecionalidad,

¹⁵¹ Kelsen, Hans. **Teoría pura del Derecho. Op. Cit.** Pág. 228.

¹⁵² Kelsen, H. **El concepto de orden jurídico.** En Kelsen, Hans. **Contribuciones a la teoría pura del Derecho. Op. Cit.** Págs. 91-117.



lo que impide negar validez a un orden jurídico eficaz sean cuales sean sus contenidos, posibilita afirmar la validez de órdenes jurídicos fundados en diferentes opciones morales y permite considerar Derecho válido el resultante de una revolución que logra imponerse.

En un sistema dinámico las normas se producen unas por medio de las otras: una norma es válida si ha sido producida de la manera determinada en una norma superior y, en última instancia, de la manera determinada en la norma fundamental. En el Derecho, como orden normativo dinámico, la relación jerárquica de dependencia entre las normas es una relación de regulación de la producción. Las normas superiores regulan la creación de las normas inferiores.

Siguiendo esta línea de pensamiento y el análisis que nos lleva de la mano, la tesis que nos dice que el Derecho regula su propia producción ocupa un lugar central en el análisis estructural de lo jurídico ensayado por la doctrina kelseniana. Kelsen considera este principio como una *“peculiaridad del Derecho especialmente significativa”* que ostenta *“una extraordinaria relevancia teórica”*¹⁵³.

La importancia radical de esta nota en el plano teórico estriba en que, como se viene viendo en la posición de Kelsen, *“la reconstrucción sistemática del Derecho se basa, precisamente, en esta relación de regulación de la producción”*¹⁵⁴.

En este sentido, Kelsen define expresamente el Derecho *“como un sistema de normas generales e individuales entrelazadas entre sí de acuerdo con el principio de que el Derecho regula su propia producción”*¹⁵⁵. De cualquier forma, y pese a la importancia manifiesta que Kelsen le concede para la comprensión de la estructura del Derecho, finalmente entiende que carece de virtualidad para distinguir el sistema jurídico de otros órdenes normativos.

¹⁵³ Kelsen, Hans. **Teoría pura del Derecho. Op. Cit.** Pág. 83.

¹⁵⁴ Kelsen, Hans. **Teoría pura del Derecho. Op. Cit.** Págs. 67 y ss. Kelsen, Hans. **Teoría general del Derecho y del Estado. Op. Cit.** Pág. 170.

¹⁵⁵ *Ibíd.*



En este punto Kelsen estima imprescindible recurrir al elemento de la coacción predicado en su construcción, como antes se dijo, de las normas jurídicas individualmente consideradas.

Desde esta premisa, las normas que regulan la producción jurídica, esenciales en la consideración dinámica del ordenamiento, se presentan en su perspectiva estática como fragmentos de normas o como normas no independientes que, al igual que las normas secundarias de comportamiento, necesitan conectarse con las normas primarias que establecen sanciones para poder ser consideradas auténticas normas jurídicas.

En todo caso preciso que antecede, la idea de sistema, su carácter dinámico y la nota de la coactividad pueden coexistir como rasgos característicos del fenómeno jurídico, siempre que se traslade la incidencia conceptual del rasgo de la coacción desde las normas aisladamente contempladas al ordenamiento globalmente considerado. Y es así, porque consideramos, siguiendo el pensamiento de Kelsen, que el tipo de coacción que caracteriza al Derecho es la coacción institucionalizada, organizada, regulada por normas jurídicas que es, precisamente, consecuencia de su articulación como un sistema normativo de tipo dinámico.

De cara a la interpretación más difundida de la teoría kelseniana, esta relación regulativa-productiva, que conecta a las normas jurídicas en un sistema de tipo dinámico, es una relación meramente formal. De este modo, se afirma¹⁵⁶ que para Kelsen las normas superiores se limitarían a establecer el órgano competente para la producción de las normas inferiores y el procedimiento para su creación o, al menos, que estos aspectos formales del nexo de producción serían las únicas dimensiones relevantes para la cuestión de la validez jurídica. Así, los criterios de validez serían para la teoría pura exclusivamente formales.

En este sentido, es común sostener que la evolución de los ordenamientos constitucionales contemporáneos que incorporan todo un elenco de normas materiales de las que se afirma que condicionan de modo

¹⁵⁶ Prieto Sanchís, Luis. **Ideología e interpretación jurídica**. *Op. Cit.* Pág. 135.



esencial el ejercicio válido del poder normativo, supone la necesidad de abandonar, o al menos, de revisar la concepción kelseniana del sistema jurídico.

Una lectura más detenida de la visión sistemática del Derecho manejada por Kelsen permite afirmar que las normas superiores no solo determinan formalmente, sino también materialmente la creación de las normas inferiores y que ambos tipos de determinación adquieren importancia a la hora de analizar la validez jurídica coincidente con la posición de Kelsen. Así, en la construcción kelseniana, *“la validez de las normas jurídicas depende de que hayan sido creadas por el órgano competente, según el procedimiento adecuado y que no entren en contradicción con los contenidos de las normas superiores”*¹⁵⁷. Desde esta óptica, la actuación del poder normativo aparece, desde las coordenadas kelsenianas, condicionada tanto formal como materialmente.

En todo caso, Kelsen reiteradamente insiste en que la determinación de la norma inferior por la norma superior, *“nunca es completa”* permaneciendo siempre un *“mayor o menor espacio de juego para la libre discrecionalidad”*¹⁵⁸. La comprensión de esta afirmación exige aludir brevemente a la concepción de la interpretación manejada por la teoría kelseniana. Kelsen concibe la interpretación como un *“procedimiento espiritual que acompaña al proceso de aplicación del Derecho, en su tránsito de una grada superior a una grada inferior”*¹⁵⁹. Sobre este punto, al igual que en él llegamos necesariamente en epígrafe anterior, estaremos hablando en siguientes capítulos.

En su opinión, este procedimiento no conduce a descubrir el único sentido correcto de la norma sobre la base del cual proceder a efectuar la única aplicación posible. En la construcción kelseniana la interpretación jurídica entendida como *“conocimiento del sentido del objeto interpretado trae como consecuencia necesaria la determinación del marco concreto que presenta el Derecho para interpretar, y, por lo tanto, el conocimiento de varias posibilidades*

¹⁵⁷ Kelsen, Hans. **La garantía jurisdiccional de la Constitución**. En Kelsen, Hans. **Escritos sobre democracia y socialismo**. Pág. 143.

¹⁵⁸ Kelsen, Hans. **Teoría pura del Derecho**. *Op. Cit.* Pág. 350.

¹⁵⁹ *Ibíd.* Pág. 349.



*dadas dentro de ese marco*¹⁶⁰. Por ello, cuando la interpretación se realiza con la vista puesta en la aplicación, la autoridad competente tiene que escoger una de las significaciones de la disposición jurídica en cuestión en pos de poder alcanzar una decisión que no es la única correcta pero sí una entre las posibles.

Desde estos parámetros, Kelsen afirma que en la interpretación auténtica esto es, en la interpretación efectuada por un órgano jurídico en el proceso de aplicación de Derecho *“la interpretación cognoscitiva del Derecho aplicable se enlaza con un acto de voluntad en el cual el órgano de aplicación del Derecho efectúa una elección entre las posibilidades que la interpretación cognoscitiva muestra”*¹⁶¹. Lo relevante de la imagen del marco es que supone que determinadas interpretaciones quedan fuera. De esta forma, es posible hablar de interpretaciones posibles e imposibles, válidas e inválidas.

En palabras de Kelsen, *“todo acto de aplicación es conforme a Derecho”* esto es, válido *“si se mantiene dentro de ese marco colmándolo en algún sentido posible”*¹⁶².

A juicio de Kelsen, la cuestión *“de cuál sea la posibilidad ‘correcta’*, en el marco del Derecho aplicable no es *“ninguna pregunta dirigida al conocimiento del Derecho positivo, no es una pregunta teórico-jurídica sino un problema político”*¹⁶³.

La elección dentro del marco de las interpretaciones posibles es, por tanto, desde la óptica kelseniana, influida de nuevo en este punto por el relativismo moral, un acto puramente volitivo y subjetivo. *“De este modo, Kelsen se despreocupa por la cuestión de la justificación de las decisiones y por la argumentación jurídica y rechaza la posibilidad de analizar racionalmente la elección discrecional del intérprete”*¹⁶⁴. De nuevo, suele considerarse que se trata de una insuficiencia de la teoría kelseniana especialmente relevante en el

¹⁶⁰ *Ibíd.* Pág. 347.

¹⁶¹ Hernández Vega, Raúl. **Ensayos jurídico-filosóficos. Reflexiones metodológicas.** Pág. 81.

¹⁶² Kelsen, Hans. **Teoría pura del Derecho. Op. Cit.** Pág. 351.

¹⁶³ *Ibíd.* Pág. 353.

¹⁶⁴ Nino Santiago, Carlos. **Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica.** Pág. 25.



contexto del Derecho del constitucionalismo. Es oportuno alegar, que de *para* este análisis, se rebasaría el ámbito del positivismo jurídico.

Finalmente, para cerrar la exposición de la concepción sistemática del Derecho manejada por Kelsen procede hacer referencia al problema de las normas irregulares. En palabras de Kelsen, *“puesto que el orden jurídico representa una construcción escalonada de normas entre sí en relación de supra y subordinación y dado que una norma solo pertenece a determinado orden jurídico porque y en tanto su producción corresponde a una norma superior determinante, surge el problema de un posible conflicto entre una norma de nivel superior y una norma inferior, es decir, la pregunta: qué vale como Derecho cuando una norma no corresponde a la norma que determina su producción”*¹⁶⁵.

Kelsen, siguiendo su pensamiento nos plantea que contemplando *“la posibilidad que las autoridades creadoras de normas no cumplan las prescripciones que disciplinan su actuación normativa, es de especial importancia para mantener la funcionalidad y la consistencia del Derecho como sistema normativo, el establecimiento de mecanismos que garanticen la regularidad de los actos de producción jurídica, subsanando las posibles violaciones de la jerarquía del ordenamiento”*¹⁶⁶.

En el contexto de un orden normativo dinámico, estos mecanismos consisten, en conferir un poder, o lo que es igual a decir, autorizar a un órgano para examinar la regularidad de la actuación de otro órgano y para proceder, en su caso, a la anulación de la decisión irregular.

En opinión de Kelsen, *“la pregunta referente a si una norma producida por un órgano jurídico corresponde a la norma superior” no puede “separarse de la pregunta sobre quién está facultado por el orden jurídico para resolver la pregunta previa”*¹⁶⁷. Y esta vinculación significa que la cuestión de la adecuación de las normas inferiores a las normas superiores solo puede ser

¹⁶⁵ Kelsen, Hans. **Teoría pura del Derecho. Op. Cit.** Págs. 273 y 274.

¹⁶⁶ Celano, Bruno. **Justicia procedimental pura y teoría del Derecho.** Págs. 407-427.

¹⁶⁷ Kelsen, Hans. **Teoría pura del Derecho. Op. Cit.** Págs. 274.

contestada por el órgano que determine el orden jurídico, conforme al procedimiento determinado por el orden jurídico.



El Derecho es una institución que transforma, como sostiene Celano, al menos tiende a transformar, *“la solución de todo problema de justicia en una cuestión de ejecución de procedimientos predeterminados por parte de individuos predeterminados”*¹⁶⁸. En general, el Derecho tiende a transformar todo problema del tipo.

Así reitera Celano, respecto a la teoría kelseniana: *“Por definición, en efecto, en el caso de un problema de justicia procedimental pura, no será necesario, una vez seguido el procedimiento relevante, indagar si el resultado al que de hecho ha conducido es o no conforme a la justicia. Esto no sucede, por el contrario, en el caso de la justicia procedimental imperfecta. En el caso de la justicia procedimental imperfecta, en efecto, una vez seguido el procedimiento especificado, sigue abierta en hipótesis una pregunta ulterior – una pregunta de más– respecto a las planteadas por un problema de justicia procedimental pura: si la ejecución del procedimiento ha producido efectivamente el resultado conforme a la justicia, o no”*¹⁶⁹.

Va de suyo que esta transformación deja siempre un resto, un residuo. El Derecho tiende a llevarla a cabo, pero la transformación nunca es completa. No solamente porque el Derecho proporciona, además de especificaciones relativas a órganos y procedimientos de decisión, también criterios sustanciales de juicio, susceptibles de valoración desde el punto de vista de una teoría normativa de la justicia. Sino también porque se plantea en todo caso *“el problema de si la elección, por parte del Derecho, de un particular órgano en lugar de otro, o de un particular procedimiento en lugar de otro, es ella misma conforme a la justicia”*¹⁷⁰.

Podría establecerse todavía otro órgano encargado de examinar, al mismo tiempo, -puntualiza Kelsen- la regularidad del juicio emitido por este órgano de control; pero, como el mismo advierte, la discusión acerca de la

¹⁶⁸ Celano, Bruno. **Op. Cit.** Págs. 407-427.

¹⁶⁹ **Ibíd.**

¹⁷⁰ Kelsen, Hans. **Teoría general del Derecho. Op. Cit.** Pág. 184.



regularidad de la decisión “no puede continuar indefinidamente”, sino que “debe tener un término” que viene dado por la existencia de un último órgano competente “para dar una decisión final a la contienda, una autoridad cuya resolución no pueda ser ya revocada o modificada”¹⁷¹.

Situado en estas coordenadas como el propio Kelsen reconoce, “no puede existir una garantía absoluta de que la norma inferior corresponda a la superior. La posibilidad de que la primera no corresponda a la segunda, que determina la creación y el contenido de aquella no quedan jamás excluidas”¹⁷².

En tal posicionamiento, la respuesta que la teoría kelseniana plantea frente al problema de la existencia y posible consolidación de las decisiones irregulares consiste, como es sabido y se ha venido tejiendo, en la formulación de la doctrina de la cláusula alternativa tácita o de las habilitaciones supuestas. Con la tesis de la alternatividad Kelsen pretende dar cuenta de “la validez definitiva que poseen las decisiones de los órganos de última o de única instancia, y de la validez provisional de las decisiones del resto de las autoridades jurídicas, incluso cuando vulneran las determinaciones de las normas superiores”¹⁷³.

Asimismo, apunta que desde el nivel último en el que se plantea esta autorización alternativa termina extendiéndose a los órganos jurídicos que no son de última instancia, explicando también la validez de las normas materialmente irregulares susceptibles de anulación. En opinión de Kelsen, la validez provisional de estas normas “reposa en el orden jurídico,” esto es, “en una norma general preexistente, previa a su producción, que cuando determina el contenido de esa norma jurídica lo hace con el sentido de la alternativa aquí expuesta”¹⁷⁴.

En voz de Kelsen, ¿qué significa que el orden jurídico otorgue fuerza de cosa juzgada a la sentencia de última instancia? Él mismo nos dice que para él, cuando guarda validez una norma general que el tribunal debe aplicar, dicha

¹⁷¹ *Ibíd.* Pág. 185.

¹⁷² Kelsen, Hans. **Teoría general del Estado**. Pág. 186.

¹⁷³ Kelsen, Hans. **Teoría pura del Derecho**. *Op. Cit.* Pág. 275.

¹⁷⁴ *Ibíd.* Pág. 276.



norma predetermina el contenido de la sentencia judicial que debe producir y puede, consecuentemente, adquirir validez la norma individual producida por un tribunal de última instancia cuyo contenido no corresponde a esa norma general.

El hecho de que el orden jurídico confiera validez a la sentencia judicial de una última instancia, significa que no solo tiene validez la norma general que predetermina el contenido de la sentencia judicial, sino también una norma general según la cual el tribunal puede determinar él mismo el contenido de la norma individual que debe producir.

Estas dos normas que retoman el pensamiento de Kelsen configuran una unidad; de modo que el tribunal de última instancia está facultado para producir bien una norma jurídica individual, cuyo contenido se encuentra predeterminado por una norma general producida por vía legislativa o consuetudinaria, o bien, una norma jurídica individual, cuyo contenido no está así predeterminado, sino que tiene que ser determinado por el tribunal mismo de última instancia.

Vale adicionar que Kelsen, aquí mismo deja establecido también esta doctrina de las disposiciones constitucionales distinguiendo dos supuestos: aquel en el que existe un órgano encargado de controlar la constitucionalidad de las leyes y aquel en el que no se instituye tal autoridad, supuesto en el cual el legislador se encuentra en una posición análoga a la de un tribunal de última instancia.

En virtud de esta doctrina se entiende que la norma fundamental ha previsto dos normas generales de habilitación alternativas, una expresa, que autoriza al poder a crear normas con un cierto contenido y a través de un determinado procedimiento, y otra tácita, que le habilita a crear normas con el contenido y por el procedimiento que el propio poder decida. De este modo, el asunto de la cláusula alternativa tácita elimina la posibilidad que el poder vulnere las prescripciones de las normas superiores desde el momento en que las decisiones que se enfrentan a la alternativa expresa, se ajustan por



definición al contenido de la alternativa tácita cuya determinación depende en exclusiva de la voluntad del propio poder.

Sobre la doctrina de la cláusula alternativa tácita y el posicionamiento de Kelsen se han proyectado algunas críticas que subrayan los efectos devastadores que de ella se derivan para la visión sistemática de lo jurídico. *“Quizá la mayor objeción y también la más contundente es aquella que señala que la tesis de la alternatividad afecta no solo a la determinación del contenido, sino también a la determinación procedimiento”*¹⁷⁵, e incluso a *“la determinación del órgano competente lo que conduce a la afirmación evidentemente absurda de que el Derecho positivo autoriza a cualquiera a dictar normas con cualquier contenido y mediante cualquier procedimiento”*¹⁷⁶.

Esta consideración se enfrenta radicalmente con la idea de sistema. Así, en virtud de esta doctrina, cualquier poder efectivo deviene poder jurídico y cualquier mandato positivo, con tal de que sea eficaz, se convierte en una norma jurídica válida.

Expresamente, por su parte, admite Kelsen cuando aborda el tratamiento de las decisiones irregulares, la presencia de una nueva limitación del principio de legitimidad, el que exige que *“las normas sean creadas siguiendo las determinaciones formales y materiales contempladas en el propio orden jurídico por el principio de efectividad”*¹⁷⁷.

Esta limitación prima facie supone, y siguiendo el pensamiento kelseniano, que el principio de efectividad predomina sobre el principio de legitimidad. Y más, *“la doctrina de la cláusula alternativa tácita implica que el principio de efectividad determina el principio de legitimidad en la medida que*

¹⁷⁵ *Ibíd.* Págs. 274 y 275.

¹⁷⁶ Nino, Carlos Santiago. **El concepto de validez y el problema del conflicto entre normas de diferente jerarquía en la teoría pura del Derecho.** En *Derecho, filosofía y lenguaje.* Págs.131-146.

¹⁷⁷ Ibáñez de Aldecoa, A. **El Derecho como conducta (mirando desde España la visita de Kelsen a la Argentina),** *La ley,* 29 de noviembre de 1949. Págs.1-3.



*en las normas efectivas se consideran normas válidas en virtud de su legitimidad, esto es, en virtud de su conformidad con las normas superiores*¹⁷⁸.

Con la doctrina de la cláusula alternativa tácita Kelsen trata de hacer coincidir las normas jurídicas válidas, según los parámetros de su construcción, con las normas eficaces que se aplican y se obedecen en una sociedad determinada. Así, la doctrina de la cláusula alternativa tácita, al igual que la teoría de la norma fundamental, constituyen un expediente al que se recurre para *“traducir a términos normativos las determinaciones fácticas operantes en el sistema jurídico y son las que Kelsen detecta perfectamente pero que no puede incorporar a su teoría sin sentir que destruyen su presupuesto teórico esencial, el de la radical separación y autonomía del ser y del deber ser, sobre lo que ya estuvimos tratando”*¹⁷⁹.

La respuesta que Kelsen propone frente al problema de las normas irregulares resulta manifiestamente insatisfactoria; toda vez que en primer término debemos entender estas normas irregulares como las creadas de forma irregular, una vez dicho esto, podemos afirmar que la respuesta es insatisfactoria porque estas siguen siendo normas jurídicas, hasta que un Tribunal Constitucional las declare inconstitucionales, caso contrario jamás serán puestas a prueba de dicho control constitucional y estas seguirán siendo válidas. En todo caso, de los errores de Kelsen y de las razones que los motivan cabe extraer algunas enseñanzas que pueden ayudar a resolver un difícil dilema que se plantea a cualquier concepción sistemática del Derecho.

¹⁷⁸ Pinto Delgado, José. **El voluntarismo de Hans Kelsen y su concepción del orden jurídico como un sistema normativo dinámico**, *Filosofía y Derecho. Estudios en honor del profesor José Corts Grau*. Págs. 175-208.

¹⁷⁹García Amado, J. A. **Hablando de Kelsen con Delgado Pinto**. En, **El positivismo jurídico a examen. Estudios en Homenaje a José Delgado Pinto**. Págs. 1199-1209.



CAPÍTULO III

EL PENSAMIENTO JURÍDICO Y FILOSÓFICO CONTEMPORÁNEO PARA EL ESTUDIO DE LA TEORÍA DE LA NORMA JURÍDICA

3.1. Posiciones críticas

Con Hans Kelsen, como hemos visto, la ciencia del Derecho asistió a uno de los escenarios más conflictivos por los que había transitado el pensamiento jurídico desde la lejana antigua Roma, que hacía gala de indiferencia absoluta de la problemática social, así como la exigencia de la sumisión a un mero logístico puro de todas las posibilidades de un conocimiento científico. Este se nutre realmente de un eje transdisciplinario, aparecido con fuerza propia dentro de un escandaloso caos teórico en una Europa presenciada por la proliferación de tendencias reaccionarias.

La determinación de Kelsen en afirmar que el Derecho “*es una norma o un sistema de normas*”¹⁸⁰, permitió construir todo un complejo teórico que tuvo su epicentro en la norma jurídica como esencial manifestación lógico-formal del Derecho, que con el neokantismo alcanzó una sistemática significación en la oposición que se hizo de los mundos del *ser* y el *deber ser*.

Dentro de su complejidad teórica, que paradójicamente tenía como objetivo reducir el Derecho hasta lo más simple, Kelsen asume para su teoría como forma lógica idónea al juicio, para señalar cómo el Derecho se presentaba a los hombres en sus dictados del “deber ser,” que ya Kant a través de su lógica trascendental había destacado como el punto de inicio del movimiento e interrelación de las formas lógicas.

La ciencia del Derecho, como se ha dicho con Kelsen, se había reducido a un simple esquema lógico, planteado a través de un juicio hipotético, cuya única tarea era la descripción de la norma jurídica, y que al hacerle un juicio, este podía ser verdadero o falso.

¹⁸⁰ Kelsen, Hans. **Teoría pura del Derecho**. Pág. 12.



Sobre el origen de esa forma lógica que constituyen las *proposiciones jurídicas*, Kelsen la había ubicado como la manifestación en que aparece una descripción del *deber ser*, que denotaba la diferencia entonces entre ciencia del Derecho y el Derecho mismo, como norma jurídica, radicado en que la primera, mediante juicios hipotéticos, “describía” las normas jurídicas, y estas últimas eran las encargadas de “prescribir” ciertas conductas humanas.

Carlos Cossio acepta la teoría pura del Derecho de Hans Kelsen, y la hace parte importante de su propia teoría. No obstante, siempre existieron tensiones entre ambas visiones. Aceptaba el Derecho positivo, pero no aceptaba el normativismo mecanicista como objeto de la ciencia jurídica. “*El Derecho debía ser comprendido e interpretado mediante la teoría del conocimiento, respecto de la conducta humana. Ya no se trataba de sujetos jurídicos ideales sino de personas, de seres humanos reales, el Derecho visto como conducta o comportamiento humano*”¹⁸¹.

Con la aparición de la concepción anglosajona del Derecho y con la interpretación de la teoría pura como simple lógica formal por la concepción egológica de Carlos Cossio, hizo que Kelsen, como afirma Antonio Machado, “*pasara de la tesis de la norma jurídica como juicio lógico, para presentarla bajo la forma de un imperativo, dictado por la autoridad, como mandato*”¹⁸².

Expresaba Kelsen: “*Distinguí entre norma jurídica dictada por la autoridad y los enunciados acerca de normas jurídicas formuladas por la ciencia del Derecho, y sugerí que a estas últimas no se les llamara normas jurídicas sino reglas de Derecho en sentido descriptivo*”¹⁸³. En la propia obra, más adelante expresa, “*caractericé expresamente a la norma jurídica como un imperativo u orden, tomando estos términos en sentido figurado, y destacué la distinción entre normas jurídicas prescriptivas creadas por la autoridad y las*

¹⁸¹ Cossio, Carlos. **La valoración jurídica y la ciencia del Derecho**. Pág. 44.

¹⁸² Machado Neto, Antonio Luis. **Fundamentación egológica de la teoría general del Derecho**. Págs. 7-8.

¹⁸³ Kelsen, Hans. **General Theory of Law and State**, En **Contribuciones a la teoría pura del Derecho**, Págs.126-130.



*reglas de Derecho mediante las cuales la ciencia del Derecho describe su objeto, que son las normas jurídicas*¹⁸⁴.

No obstante, en sus consideraciones poco se hizo para que se encontrara una marcada diferencia en el significado de cada una de ellas. Si bien en un momento postuló que la norma jurídica dejaba de ser un juicio hipotético, para ser considerada únicamente como dictado de la autoridad, por otra parte la ciencia del Derecho continuó condenada a ser un mero instrumento descriptivo de las normas jurídicas, que viene a ser lo que le llamaría, su objeto. Al tener como tarea precisamente la descripción en forma de juicios hipotéticos las propias normas jurídicas, esta no hacía más que convertirse en un trasunto de la expresión lógica de estas, que en realidad se presentaban solamente como tales. Por ello, no es posible advertir una sustancial distinción con este rechazo de Kelsen a la consideración de la norma jurídica como un juicio hipotético.

Kelsen tuvo como finalidad apartar la idea, que cuando un legislador se representa mentalmente un comportamiento, al cual le otorgará efectos jurídicos a través de un norma jurídica, esta se nutre de un fundamento de carácter social, y no de una *“lógica pura simplemente, que se encamina a regular aquellas relaciones sociales que al Estado le interesa atribuirle consecuencias jurídicas”*¹⁸⁵.

Con el carácter de vida propia de esa esfera del *deber ser*, como ideal que normativiza la conducta, que se canaliza la actividad subjetiva en la creación de la norma para dar sentido a una conducta, se estaba muy lejos de considerar que ella misma no era más que el reflejo de la propia realidad objetiva que se trataba de regular, interconectada de todas aquellas condicionantes sociales e ideológicos presentes en la actividad de los hombres.

La norma jurídica se presentaba, sin más, como una estructura racional, expresiva de un “deber ser” con un fundamento de validez apriorístico, no determinado por su eficacia de hecho. Por ello, cuando Alf Ross le refutó que

¹⁸⁴ *Ibíd.*

¹⁸⁵ Kelsen, Hans. *Teoría pura del Derecho. Op. Cit.* Págs. 126-130.



las *“ideas de validez de este deber ser eran construcciones metafísicas erigidas sobre la base de una falsa interpretación de la fuerza obligatoria experimentada en la conciencia moral”*¹⁸⁶, Kelsen únicamente alcanza a contestar que nada podía *“haber de metafísico en la afirmación, que el “sentido de un acto establecido por los hombres, creador de normas, es que los hombres deben conducirse de determinada manera”*¹⁸⁷, pues solo puede *“encontrar el último fundamento de validez de un deber ser en la realidad ideal en forma de conducta posible”*¹⁸⁸, sin decirnos absolutamente nada sobre el por qué los hombres deben conducirse de una manera u otra, y qué posibilita una ordenación racional en esos términos, respuesta que solo sería verdaderamente posible, y sin elucubraciones, metiéndose de todas formas en la propia realidad social que Kelsen tanto rehuye.

Por eso, el *deber ser* kelsiano contenido en la norma jurídica, se presenta siempre sin historia y sin materia, solo temporal y espacialmente aparecido a través de un sujeto cuya voluntad está supeditada al razonamiento apriorístico, operado en la estructura de su propio aparato cognoscitivo.

3.2. Kelsen y la teoría egológica de Carlos Cossio

El año 1949 representó un importante hito, no solo para la entonces naciente Egología, sino también para toda la filosofía jurídica argentina. Hans Kelsen pronunció sus conferencias en la Universidad de Buenos Aires y el 23 de agosto de ese año Kelsen visitó la Universidad de La Plata. *“En dicha oportunidad, y haciendo especial reconocimiento a la importancia dada a la ciencia del Derecho en la Argentina a través de la epistemología, la educación filosófica y el Derecho comparado, Kelsen se ocupó de desarrollar y profundizar extensamente sobre su idea de ciencia del Derecho como ciencia social normativa, el Derecho como objeto de la ciencia del Derecho y el Derecho como orden constrictivo”*¹⁸⁹.

¹⁸⁶ Ross, Alf. **Sobre el Derecho y la justicia**. Pág. 15

¹⁸⁷ Godoy Ugarte, José Joaquín. **El sistema jurídico de Kelsen, síntesis y crítica**. Págs. 109-118.

¹⁸⁸ **Ibíd.**

¹⁸⁹ Miriam Gassner y Thomas Olechowski. **Teoría egológica del Derecho versus teoría pura del Derecho –Cossio versus Kelsen**. Págs. 294-306.



La teoría egológica de Carlos Cossio merece por su envergadura una explicación especial pues aparece como una tendencia fundamental de la Filosofía Jurídica desde el contexto de Argentina con proyección universal.

En 1944 Carlos Cossio publica su obra fundamental: “La teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad”. En esta define al Derecho como “*conducta en interferencia intersubjetiva*”¹⁹⁰, niega la tradicional identidad kelseniana entre Derecho y norma y establece como axioma jurídico de la libertad que “*Todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido*”¹⁹¹. Finalmente, establece que la norma hipotética fundamental que sostiene a todo ordenamiento jurídico tiene apoyo en el estilo de pensar propio de jurista.

En la mencionada obra de Carlos Cossio, se observa que su autor enuncia “*el propósito de constituirse en una filosofía de la ciencia del Derecho*”¹⁹². Tal preocupación epistemológica se refleja en las dimensiones que integran la teoría egológica del Derecho: Ontología Jurídica, Lógica Jurídica Formal, Lógica Jurídica Trascendental y Axiología Jurídica pura. La primera se justifica como una indagación acerca del ser del Derecho. A su vez como la norma se constituye en un *logos* especial para pensar la conducta en qué consiste el Derecho, cabe una lógica que tematice el estilo peculiar de pensamiento del jurista.

Alrededor de estas categorías se constituye según de ella se observa, la lógica jurídica formal. Además que pensamiento para la lógica es conocimiento para la gnoseología y a su vez mediante la norma se efectúa la *interpretación* de la conducta, cabe una teoría especial del conocimiento normativo: lógica jurídica trascendental. Y por último, puesto que el dato elemental que ofrece la ciencia del Derecho es la *experiencia jurídica* y esta no es otra cosa que experiencia humana, conducta, cabe advertir cuál es la estructura de esa conducta.

¹⁹⁰ *Ibíd.*

¹⁹¹ Cossio, Carlos. **La teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad**. En, **Luis. teoría pura y teoría egológica del Derecho**. 1987, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/142118.pdf>, Págs. 356-371 (15 de julio de 2016).

¹⁹² *Ibíd.*



Toda conducta por el solo hecho de serlo se desarrolla valorando su existencia es un ser estimativo. Es imprescindible, por tanto, el análisis del conocimiento axiológico de la conducta: axiología jurídica pura. A su vez, como toda ciencia, la ciencia jurídica es susceptible de descalificación como simple ideología.

Por tanto, una filosofía de la ciencia del Derecho nos dice esta nueva posición teórica, debe contar con una teoría de la ideología que le permita distinguir la verdad científica del error ideológico para poder asumirse como verdad y rechazar como ideologías las concepciones jurídicas que se desarrollan como racionalización o justificación de los intereses socialmente significativos. A tal fin, *“la teoría egológica se completará con una gnoseología del error que investigue el rol del error teórico en el Derecho”*¹⁹³.

De este modo, *“la teoría egológica trata de analizar el Derecho como una singular experiencia”*¹⁹⁴; el Derecho es un objeto cultural cuyo conocimiento requiere una intuición, una comprensión y un pensamiento normativo. *“Se opera entonces en la teorización jurídica un cambio profundo la norma jurídica para esta nueva teoría, según su autor deja de estar en el centro de las preocupaciones jurídicas como objeto lógico, cuyo conocimiento es susceptible de un procedimiento racional y, en su lugar, se instala la experiencia concreta del Derecho en toda su complejidad gnoseológica-existencial-valorativa”*¹⁹⁵.

Según Cueto Rúa: *“Cossio invita a estudiar la actividad judicial, a analizar la experiencia jurídica, a identificar sus elementos componentes, a ver en los actos de los jueces en tanto tales, un comportamiento normativo, que pudiera ser la norma general aplicable y un elemento empírico, que son los hechos propios del caso, así como el elemento axiológico, que se constituye en*

¹⁹³ Pisi de Catalini, Marta. **La teoría egológica y el tridimensionalismo jurídico**. Pág. 53.

¹⁹⁴ *Ibíd.*

¹⁹⁵ Cossio, Carlos. **Panorama de la teoría egológica del Derecho**. http://carloscossio.com.ar/wp-content/uploads/2013/03/1948_panorama.pdf. Págs. 2-48 (15 de julio de 2016).



el valor del comportamiento del juez, de las partes, y por último, el valor implícito en la solución suministrada por las normas preestablecidas”¹⁹⁶.

Es en el nivel del estudio de la lógica jurídica formal, que Cossio habla “la teoría pura del Derecho de Hans Kelsen, delimitándola como lógica jurídica formal”¹⁹⁷. El cuestionamiento se hace descansar desde la pobreza ontológica de la teoría kelseniana, la que restringe el Derecho a la norma y con ello, reduce la conducta jurídica solo a un tercio de su realidad, tal como lo considera la teoría egológica.

De hecho, “para quien acepte la Ontología egológica y la evidencia de que el Derecho es conducta humana y como tal un objeto cultural de tipo egológico, la intención kelseniana de basar una teoría general del Derecho sobre la identificación con la norma, resulta insuficiente”¹⁹⁸.

“Ante todo hay que reconocer que en la base de ambas concepciones del Derecho (teoría pura y egológica) late una preocupación común y una intención también común de buscarle una solución”¹⁹⁹. Se pretende hacer desaparecer esa duda que todo jurista alberga acerca de la científicidad de la ciencia jurídica y, en consecuencia, también del carácter científico de los resultados de la misma. Se pretende dar al jurista una nueva conciencia de sí mismo a fin de que esa ciencia dogmática que sale de sus manos -y solo de las suyas- pueda ser tenida efectivamente por ciencia. “Esa ciencia dogmática caída hoy, como ninguna otra, en crisis de fundamentos y en cuya científicidad nadie cree ya que quien primero la acusa es su propio desenvolvimiento histórico al llegar al presente con tan magros resultados como saber acumulativo después de un siglo y medio de sostenido esfuerzo con esa intención”²⁰⁰.

¹⁹⁶ Cueto Rúa, Julio. **Carlos Cossio: el Derecho como experiencia**. v.7, Págs.5-28. En, Pisi de Catalini, Marta. **Op. Cit.** Pág. 54.

¹⁹⁷ Aftalión R, Enrique. **Introducción al Derecho**. Págs. 32-76.

¹⁹⁸ Martínez Roldán, Luis. **Teoría pura y teoría egológica del Derecho**. Oviedo, Dialnet, 2005, Págs. 2- 17.

¹⁹⁹ **Ibíd.**

²⁰⁰ Cossio, Carlos. **Teoría egológica y el concepto jurídico de libertad**. Págs. 30- 31.



“Si la norma es un juicio, una teoría de este peculiar objeto lógico, construido con la cópula del deber ser, no puede ser sino una lógica, también peculiar: la lógica del deber ser. Así, la teoría egológica advierte que esta pureza metódica constituida sobre el nexo lógico de imputación, solo es una Lógica Jurídica Formal”²⁰¹.

“En contra de lo que se cree, con la teoría de Kelsen no está directamente interesado el Derecho, sino el pensamiento jurídico que lo mienta... La enseñanza definitiva de la fuerza metódica, es que sin estructura normativa, ningún pensamiento jurídico vale como tal pensamiento jurídico. Pero nada más”²⁰².

Para una mejor interpretación egologista de la teoría pura, Cossio se apoya en los siguientes argumentos desarrollados en su famosa respuesta al maestro Kelsen:

“1. Los temas de Kelsen son netamente lógicos: la norma como estructura de conocimiento, esto es como juicio, el descubrimiento de la cópula ‘debe ser’ (dado A debe ser B) como contrapuesta a las leyes naturales (dado A es B), es decir, que «la cópula jurídica no enuncia o predica sino que imputa un término a otro en la proposición jurídica». El problema básico de Kelsen es el problema de la validez conceptual del Derecho, con lo cual demuestra no ir más allá del ámbito de la Lógica Jurídica”²⁰³.

“2. En la teoría de Kelsen la relación entre norma y conducta es interpretativa en cuanto que la norma aparece como un esquema de interpretación del hecho que es la conducta. Aunque su autor la considere como una teoría general del Derecho, la teoría de la norma jurídica se queda en el plano de la lógica formal, en cuanto ha abstraído el factum (en la primera purificación) que la norma pretende interpretar. 3. El espacio y el tiempo son para Kelsen, como lo eran para Kant, ámbitos de validez; en este caso, de los conceptos imputativos en que consisten las normas; por lo tanto, se mueve también en el ámbito de la lógica jurídica. En suma, la teoría egológica ha

²⁰¹ Pisi de Catalini, Marta. **Op. Cit.** Pág. 55.

²⁰² Cossio, Carlos. **La polémica anti-egológica.** Págs. 740-760.

²⁰³ **Ibíd.**



destacado que en la vasta producción kelseniana hay un conjunto de temas que se derivan directamente de la noción de normatividad entendida como mera cópula lógica que se expresa con el verbo *deber ser*²⁰⁴.

La teoría egológica hace sentir que el comienzo mismo corresponde a una nueva cópula proposicional, que desde allí avanza hacia los otros tópicos por simple derivación deductiva y que en todo ello las cosas se presentan con directa evidencia en la medida en que los temas mismos consienten una patente formalización.

Estos son hechos que cualquier jurista los puede verificar por propia cuenta, sostiene Cossio. Y todo ello argumenta de por sí con la fuerza de los hechos, que la contribución creadora de Kelsen se mueve dentro del ámbito específico de la lógica formal. Así se justifica la consigna egológica de recoger todo lo que haya de descubrimiento en Kelsen y rechazar todo lo que haya en él de construcción “*Así se puede hablar con términos absolutamente inequívocos de una lógica del ‘deber ser’ que aparece como una lógica jurídica formal en el campo de la ciencia dogmática del Derecho*”²⁰⁵.

Sin embargo, la teoría egológica hace contribuciones a la lógica jurídica formal. Una de ellas es la identificación ya sostenida por Kelsen de la norma como un juicio, pues, si la norma no fuera juicio sino imperativo u orden, no sería posible la integración de una lógica jurídica “*(toda lógica se construye con conceptos o juicios y no con órdenes o imperativos)*”²⁰⁶. Estas y otras conclusiones se derivan del seminario público llevado a cabo por Cossio en Buenos Aires, con el estudio de las “Meditaciones lógicas” de Husserl encaradas con actitud crítica y donde el análisis fenomenológico descubre distinciones entre norma e imperativo.

En el plano de la vivencia, Cossio concluye su análisis al “*establecer como criterio intuitivo esencial entre las diferentes vivencias del imperativo por un lado, y la norma o juicio por otro, la razón que en el juicio siempre hay un*

²⁰⁴ Kelsen, Hans. **Teoría pura del Derecho**. *Op. Cit.* Págs. 107-215.

²⁰⁵ Cossio, Carlos. **Panorama de la teoría egológica del Derecho**. Pág. 23.

²⁰⁶ Martínez Roldán, Luis. *Op. Cit.* Pág. 2-17.

*equivalente nominal; ello se da también en la norma pero no imperativo*²⁰⁷.



No es menos cierto que en posesión de la estructura disyuntiva de la norma y su concepción, Cossio puede mejor aún que Kelsen ordenar el conjunto de las normas dentro de lo que llama analítica del todo. La teoría egológica hace ver que el ordenamiento jurídico presupone el principio de que *“todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido”*²⁰⁸.

Dentro del contexto del Derecho, encontramos este axioma jurídico. De suerte que no todos los actos que han de estar permitidos estarán jurídicamente prescritos. Hablar en voz baja, por ejemplo, es un acto lícito, sin embargo, no comporta el cumplimiento de norma alguna preestablecida. Tan lícito es aquello como no hacerlo, tan permitida es la realización de la conducta ordenada como la omisión de la prohibida. *“Por ello es preferible no hablar de actos ordenados, permitidos y prohibidos, sino de actos ordenados, potestativos y prohibidos, a sabiendas, claro está, de que tanto los primeros como los segundos, son igualmente lícitos”*²⁰⁹.

El acto se convierte así en la realización potestativa o lo que es lo mismo, si se trata de aquellos actos, los llamados jurídicamente libres, o permitidos stricto sensu. Tradicionalmente se ha considerado que los actos posibles de un sujeto cualquiera se clasifican, desde el punto de vista jurídico, en tres categorías: ordenados, prohibidos y permitidos.

Siguiendo esta clasificación que antecede, encontramos que Martínez Roldán nos dice: *“Analizando la teoría de Cossio, que el término permitidos se emplea en su sentido estrecho, ya que, en sentido amplio, tan permitida es la realización de la conducta ordenada como la omisión de la prohibida. Por ello es preferible no hablar de actos ordenados, permitidos y prohibidos, sino de*

²⁰⁷ Cossio, Carlos. **Las posibilidades de la lógica jurídica según la lógica de Husserl.** Pág.69.

²⁰⁸ Cossio, Carlos. **Panorama de la teoría.** *Op. Cit.* Pág. 25.

²⁰⁹ Pisi de Catalini, Marta. **Op. Cit.** Pág. 55.



actos ordenados, potestativos y prohibidos, a sabiendas, claro está, de que tanto los primeros como los segundos, son igualmente lícitos”²¹⁰.

Tal y como sucede con el concepto de Derecho, lo lógico se ontologiza. Aquel postulado que se ha venido denominando axioma ontológico, no puede ser convertido en “*lo que no está jurídicamente permitido está jurídicamente prohibido*”, y esto es así porque deriva de la misma condición ontológica del Derecho que al ser conducta, es libertad jurídica que deriva de un fenómeno ciertamente acaecido y como tal no susceptible de una determinación absoluta.

“*El objeto que mientan las normas, que es la conducta, resiste ónticamente ser enunciada bajo la forma 'todo lo que no está permitido está jurídicamente prohibido'*”²¹¹.

La síntesis del pensamiento egológico en Cossio puede expresarse en las siguientes proposiciones, coincidente con la posición que ha venido asumiendo Pisi de Catalini.

1. *El Derecho es conducta en interferencia intersubjetiva.*
2. *El Derecho considera todas las acciones humanas.*
3. *El Derecho se interesa por el acto humano en su unidad.*
4. *El Derecho supone la posibilidad de actos de fuerza.*
5. *La libertad es ineliminable contenido del Derecho.*
6. *Las normas jurídicas conceptualizan la conducta en interferencia intersubjetiva.*
7. *Las normas jurídicas imputan sanciones y son juicios disyuntivos, diferenciándose de Hans Kelsen, que entendía que la norma era un juicio hipotético*”²¹².

²¹⁰ Martínez Roldán, Luis. *Op. Cit.* Pág. 2-17.

²¹¹ Cossio, Carlos. *Panorama de la teoría. Op. Cit.* Pág. 25.

²¹² Pisi de Catalini, Marta. *Op. Cit.* Pág. 61.



Lo paradójico es estas diferencias no deben entenderse como una separación, sino que sirvieron para unir y continuar las influencias de la teoría pura del Derecho y de la preocupación por la ciencia del Derecho en varias generaciones posteriores de juristas e investigadores, en los ámbitos universitarios argentinos.

Así, en la Universidad de Buenos Aires se destacaron especialmente las investigaciones y estudios de José Vilanova, continuador de *“la egología en una línea existencialista, y para quien las normas constituían una proyección de la conducta”*²¹³. También en el mismo ámbito universitario, luego del alejamiento de Cossio, se destacó su discípulo Ambrosio Gioja²¹⁴, quien sobre las bases del criticismo kantiano se apoyó en las concepciones de Kelsen y de Cossio.

3.2.1 Posición de Kelsen sobre la interpretación de Cossio a la teoría pura del Derecho

En una carta dirigida por Kelsen a Cossio²¹⁵ felicitándolo por el prólogo a la traducción española de la teoría pura del Derecho, no fue ello de simple, sino que el maestro de Viena, debió expresar su opinión por primera vez en forma detallada sobre la interpretación de la teoría pura del Derecho en una conversación mantenida con su exalumno, el cubano Antonio Sánchez Bustamante Montoro, durante su estadía en Cuba en 1941.

Así, cuenta Cossio, que Antonio Sánchez de Bustamante y Montoro luego de su encuentro con Kelsen, que este último le había preguntado acerca de si él, como Cossio, también consideraba a la teoría pura del Derecho como una lógica jurídica formal. Sánchez Bustamante y Montoro respondió afirmativamente, y Kelsen le dio a entender *“inequívocamente que él no compartía esta visión de la interpretación egológica, ya que existe una única lógica en la que se basan todas las ciencias”*²¹⁶.

²¹³ Vilanova, José. **Estructura lógica de la norma jurídica**. Págs. 97-946.

²¹⁴ Gioja, Ambrosio. **Ideas para una Filosofía del Derecho**. Pág. 49.

²¹⁵ Cossio, Carlos. **Op. Cit.** Pág. 1.

²¹⁶ **Ibíd.**



En la conferencia de las Naciones Unidas del año 1945 realizada en San Francisco, mejor conocida como *Conferencia de Organización internacional de las Naciones Unidas*, ocasión para la cual también viajaron muchos científicos juristas de Sudamérica, la teoría egológica de Carlos Cossio fue un punto central de discusión²¹⁷.

“Entre los conferencistas que intervinieron estaba también el profesor colombiano Luis E. Nieto Arteta, quien visitó a Kelsen en Berkeley y discutió con él sobre la teoría egológica de Cossio. En un intercambio personal que mantuvo Kelsen con Nieto Arteta en Berkeley”²¹⁸. “En tal oportunidad, Kelsen en su explicación dio a entender que se oponía a los estrictos intentos interpretativos de Cossio y consideraba a la teoría egológica una teoría independiente, que solo tenía algunos aspectos superficiales en común con la teoría pura del Derecho”²¹⁹.

La postura de oposición de Kelsen contra la teoría egológica no se basó solamente en el resultado de la obra *Investigaciones sobre la teoría egológica* de Josef Kunz²²⁰. Fue en ocasión de sus investigaciones acerca de la filosofía jurídica latinoamericana de la actualidad cuando llegó a la conclusión que la teoría egológica en su panorama general debía ser rechazada por la teoría pura del Derecho²²¹.

Así escribió Josef Kunz en una carta dirigida a Kelsen el 15 de mayo de 1945, con ocasión de su publicación sobre la teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad de Carlos Cossio, *“yo opino, que Cossio ha desarrollado correctamente su teoría jurídica y usted le ha confirmado a través de una carta la ortodoxia de su opinión. (Solamente es para él la regla de Derecho un juicio disyuntivo, no hipotético). Pero, él reduce su teoría pura del Derecho a una mera lógica jurídica formal. Por lo tanto, ella no es una teoría*

²¹⁷ Legaz y Lacambra, Luis. **Método y conceptos fundamentales de la teoría pura del Derecho**. Pág. 7-69.

²¹⁸ Arteta, Nieto. **Op. Cit.** Pág. 11.

²¹⁹ **Ibíd.**

²²⁰ Kunz, Josef. **Carta a Hans Kelsen del 15 de mayo de 1945**. En, Kelsen, H. **Teoría pura del Derecho y teoría egológica. Respuesta al artículo de Carlos Cossio: teoría egológica y teoría pura (Balance provisional de la visita de Kelsen a la Argentina)**. **La Ley**. Págs.749-764.

²²¹ **Ibíd.**



*jurídica completa, ya que está, según él, solamente en el limitado grado de la lógica jurídica trascendental. No es ninguna filosofía jurídica en sentido metafísico, pero ella tampoco es ciencia jurídica... Lo más grave en lo que dice Kelsen- es que él equipara el Derecho a la conducta humana, y así deriva en la Sociología*²²².

En otra carta del año 1947, el propio Kunz inclusive caracteriza a “la concepción de Cossio del Derecho como conducta como un sinsentido”²²³. Aparentemente, Kelsen estaba de acuerdo con el análisis de la teoría egológica efectuada por Kunz, especialmente cuando este último en su carta del 19 de junio de 1945 le escribió a Kelsen desde Cambridge: “Sus líneas me fortalecen en mi escepticismo acerca de los fundamentos de la teoría de Cossio”²²⁴.

La postura negativa de Kelsen respecto de la interpretación de la egología debió haber llegado a oídos de Cossio²²⁵ a través de conocidos en común, como Luis E. Nieto Arteta o Antonio Sánchez de Bustamante y Montoro.

Por otra parte, Cossio estaba convencido de que la oposición de Kelsen solamente se basaba en malentendidos idiomáticos y dificultades de comunicación. Para convencer a Kelsen de la interpretación egológica de la teoría pura del Derecho y aclarar a través de un diálogo personal los malentendidos idiomáticos, Cossio alentó a su exalumno y asistente Ambrosio L. Gioja a viajar a Berkeley para encontrarse con Kelsen, como “mensajero de la teoría egológica”²²⁶, donde participó en varios cursos de Kelsen y discutió sobre la teoría egológica de Cossio. De la misma forma que Kelsen se informó a través de Kunz, quien mantenía contacto epistolar con Cossio, debió Gioja enterar a Cossio de sus discusiones con Kelsen, y haberle hecho saber que ahora sí Kelsen aceptaba la interpretación egológica de la teoría pura del Derecho. Probablemente sorprendido por los informes de Gioja desde Berkeley, en los cuales incluso Gioja afirmaba que Kelsen había sido

²²² *Ibíd.*

²²³ *Ibíd.*

²²⁴ *Ibíd.*

²²⁵ Carlos Cossio. *Op. Cit.* Pág. 1.

²²⁶ Legaz y Lacambra, Luis. *Op. Cit.* Pág. 89.



“completamente egologizado”²²⁷, con el correr del año 1948 comenzó a desarrollarse en Cossio una verdadera obsesión por llevar a Kelsen a la Argentina para extraerle allí una confesión sobre la interpretación egológica de la teoría pura del Derecho.

3.2.2 Luces y sombras de una polémica científica

La teoría egológica del Derecho asume que las cosas jurídicas pueden ser objeto del Derecho. Respecto a determinar si algo se trata de un objeto jurídico o no jurídico, esta teoría establece que un objeto puede ser entendido como *permitido* o *prohibido*. “Esta teoría presupone que los límites de la totalidad del Derecho son esenciales para conceptualizar la noción de lo jurídico y asume que para la captación de esta noción es suficiente con entrar en contacto con el Derecho y tomarlo como objeto”²²⁸.

La referida teoría proviene de una fenomenología existencial de la cultura, donde el sentido de la cultura es todo el obrar humano, en la medida en que se refiera a juicios de valor. En este sentido, el Derecho es cultura y realidad. Esta teoría representa el pensamiento que está dirigido a distinguir que la ciencia jurídica dogmática es una ciencia de realidades.

Para la teoría egológica el Derecho es, por así decirlo, conducta: “Existencia en su plena vitalidad”²²⁹. Cossio arriba a esta tesis sobre la base de las fuentes originarias del método de la fenomenología de Husserl, lo que él llama “perspectiva jurídica”. Kelsen rechaza estrictamente esta posición, pues para él el Derecho es un sistema de normas y no tiene nada que ver con el significado natural propuesto por Cossio. “Le enrostra a la teoría egológica derivar de una construcción sociológica, y se opone a la idea de que uno pueda encontrar el Derecho sin la ayuda de las normas, pues el Derecho como objeto no se constituye con ninguna otra cosa que no sea la norma”²³⁰.

²²⁷ Kunz, Josef. *Op. Cit.* Págs. 749-764.

²²⁸ Cossio, Carlos. *Op. Cit.* Pág. 32.

²²⁹ *Ibíd.* Pág. 35.

²³⁰ Kelsen, Hans, *Op. Cit.* Pág. 457.



Al respecto, Kelsen es del criterio que no obstante a que toda la conducta humana está reglamentada por medio del Derecho, es imposible identificarlo con la conducta humana, ya que esta última permanece únicamente como objeto de la regulación jurídica. Para Kelsen *“la teoría egológica asume un punto de vista metafísico, y él, en principio, rechaza la metafísica. Además, la egología recurre a una hipótesis metafísica de la libertad, cuyo empleo no es necesario en un planteo que sea consecuente con la teoría pura del Derecho”*²³¹.

*“La libertad no sería algo real, verdaderamente existente, como una representación del mundo como un determinismo perfecto y sin excepciones”*²³². Kelsen sostiene, sin embargo, la idea que es imposible concebir al Derecho sin la ayuda de las normas, pues el Derecho está constituido por normas.

Tal como lo advierte Cossio, la libertad existencial de los hombres, y la solución a ello, que es meramente metafísica para Kelsen, es la que presenta insuperables contrastes entre Kelsen y la teoría egológica. Además de este contraste, también se da otra oposición respecto de la visión del alcance del *deber* lógico, respecto de lo cual esta pregunta, al menos prima facie, suscita coincidencia: *“Ambos ven en el carácter lógico-formal del ‘deber’ una condición de imputación, pero en una relación más cercana de esta afirmación existen dos diferencias, especialmente porque el problema se aproxima al concepto de ‘pureza metódica’ elaborado por Kelsen, y la teoría egológica extrae de allí sus investigaciones acerca de la normatividad”*²³³.

Por medio de esta construcción de la teoría de las normas, Kelsen considera a esta como un juicio, en lo que también coincide Cossio, pero con respecto a la pregunta acerca de la naturaleza de este juicio pueden haber diferentes puntos de vista: *“Mientras Kelsen considera a la norma como juicio hipotético, la teoría egológica ve a la norma como un juicio con estructura y forma propias. Kelsen establece que el ámbito de aplicación es ‘deber’ lógico a*

²³¹ Legaz y Lacambra, Luis. **Op. Cit.** Pág. 93.

²³² Kelsen, Hans. **Op. Cit.** Pág. 455.

²³³ Cossio, Carlos. **Op. Cit.** Pág. 41.



través de una definición, mientras que la teoría egológica lo determina según el conocimiento, en la libertad ética o jurídica”²³⁴.

Para Kelsen y así lo deja saber, “la teoría pura del Derecho es algo más que lógica”²³⁵; Cossio, sin embargo, hace una distinción entre teoría pura del Derecho en sentido estricto y teoría pura del Derecho en sentido amplio, y “considera a la teoría pura del Derecho como lógica formal desde la perspectiva estricta”²³⁶. De este análisis concluye Kelsen que para Cossio “la teoría pura del Derecho en sentido amplio, también tiene que ser algo más que lógica formal, lo cual confirma su aseveración de que la teoría pura del Derecho es algo más que solamente lógica”²³⁷.

Otro punto de contraste entre la teoría pura del Derecho de Kelsen y la teoría egológica de Cossio se da en la diferente visión entre norma jurídica y regla de Derecho. Según Kelsen, “estos conceptos tienen distinta naturaleza: el órgano jurídico productor crea normas jurídicas, mientras que el científico jurídico las describe en forma de reglas de Derecho”²³⁸.

Para Kelsen, “la norma creada por el órgano es una regulación direccionada a nuestra voluntad, mientras que la regla de Derecho expresada por el jurista es una manifestación dirigida a nuestro entendimiento”²³⁹. La tesis egológica sostiene que esta diferenciación entre norma y regla de Derecho es superflua, porque tanto el órgano como el científico jurídico piensan el Derecho, esto es la conducta, precisamente a través de las normas.

“El planteo conceptual, en ambos casos llega a la perfecta identidad normativa, de manera tal que la teoría egológica no lo ve en forma distinta”²⁴⁰. Y respecto a buscar la diferencia entre la específica actividad del órgano y la del jurista, para la teoría egológica es mucho más importante poner la atención para prever el idéntico resultado de ambos en la regulación de la persona en su

²³⁴ *Ibíd.*

²³⁵ Kelsen, Hans. *Op. Cit.* Pág. 453.

²³⁶ Cossio, Carlos. *Op. Cit.* Pág. 41.

²³⁷ Kelsen, Hans. *Op. Cit.* Pág. 455.

²³⁸ *Ibíd.* Pág. 471.

²³⁹ *Ibíd.*

²⁴⁰ Cossio, Carlos. *Op. Cit.* Pág. 46.



creación, la existencia de una diferencia entre la actividad del órgano jurisdiccional y la actividad del jurista, plantea para la teoría egológica la cuestión, por ejemplo, de cómo en un caso se resuelve el problema de la positividad y de la efectividad.

Según lo entiende Cossio, coincide con su concepción la idea elaborada por Kelsen en la teoría pura del Derecho en cuanto al axioma ontológico y de la que ya estuvimos hablando o tratando supra que *“todo lo que no está prohibido, está permitido”*²⁴¹ (axioma que aún conserva vigencia y lastra a nuestra práctica actual, como principio inveterado del Derecho). Sin embargo, la teoría egológica fundamenta este principio como *“un juicio sintético a priori en el sentido de la estética kantiana en forma directa sobre la libertad de la existencia humana”*²⁴², y argumenta lo siguiente: *“El axioma es a priori porque se relaciona con la experiencia jurídica constitutiva de la libertad eidética, en cuya naturaleza se funda, de lo que se sigue que aunque nos opongamos, nos veríamos obligados a la libertad, pues esta es la única forma posible de experimentarla. Esto es sintéticamente porque la libertad es un a priori. De aquí se extrae la siguiente conclusión: todo lo que no está prohibido, está jurídicamente permitido, lo que no es lo mismo que la expresión: todo lo que no está permitido, está jurídicamente prohibido. En la primera situación se plantea como punto de partida a la existencia humana como constitutiva de la libertad, el segundo caso está fundamental y necesariamente vinculado a un error que torna imposible relacionarla con la experiencia jurídica”*²⁴³ y de la libertad de la existencia humana y que según Cossio solo pueda ser entendida la libertad metafísica de los hombres.

Siguiendo la visión de Kelsen, por su parte, esta libertad no garantiza que *“cuando se dice que el ser humano es jurídicamente libre haya que hacer u omitir algo, pues ese hacer u omitir no es requerido jurídicamente, así, ser jurídicamente libre no significa otra cosa que no estar constreñido jurídicamente”*²⁴⁴.

²⁴¹ *Ibíd.*

²⁴² *Ibíd.*

²⁴³ *Ibíd.*

²⁴⁴ Kelsen, Hans. *Op. Cit.* Pág. 445.



“Esta libertad jurídica no tiene que ver en lo más mínimo con la libertad ética”²⁴⁵ a la cual se refiere Cossio. Respecto al principio, del que hemos estado con anterioridad lo que no está prohibido, está permitido, ciertamente hay una coincidencia entre la teoría pura del Derecho y la teoría egológica, ya que en estos términos de conocimiento toda la conducta humana hace o al abstenerse cae dentro del ámbito de aplicación de una orden jurídica, ya sea en forma directa (cuando se prohíbe) o indirectamente (cuando se autoriza), y es reglada a través de esa orden. Existe una visión tanto de la teoría pura del Derecho como de la teoría egológica, que no existe ninguna conducta que no sea regulada por esta orden jurídica.

Finalmente, *“la teoría egológica rechaza la diferencia que la teoría pura del Derecho de ningún modo considera atinente; pero sí ventajosa, entre estática y dinámica, pues al respecto Cossio plantea que esa diferencia afecta a la unidad del objeto de conocimiento, ya que el conocimiento estático de las normas está constituido, a través del objeto dinámico de los actos jurídicos, por las conductas humanas.”*²⁴⁶.

Sintetizando esta interesante polémica, puede decirse que el punto de la controversia entre Cossio y Kelsen se centraba sobre quién tenía la verdadera perspectiva de la teoría pura del Derecho. Así escribió Kelsen: *“El Prof. Cossio me reclamó que la idea que la teoría egológica tiene de la teoría pura del Derecho es la correcta, y que la que Kelsen tiene de la teoría pura del Derecho es incorrecta”*²⁴⁷.

*“Este reclamo debería ser descartado desde que él es el autor de la teoría pura del Derecho y él sabe correctamente en lo que pensaba cuando la escribió”*²⁴⁸. Cossio, por su parte, sabía especialmente al respecto que se trataba de la fundamentación de una teoría científica que podía ser interpretada de una manera diversa a la de su creador. Así, en una charla

²⁴⁵ Cossio, Carlos. **Op. Cit.** Pág. 46.

²⁴⁶ Cossio, Carlos. **Op. Cit.** Pág. 47.

²⁴⁷ Kelsen, Hans. **Op. Cit.** Pág. 445.

²⁴⁸ **Entrevista a Abel Javier Arístegui**, del 28 de marzo de 2012 en La Plata, quien estuvo presente en las discusiones entre Cossio y Kelsen en el verano de 1949 en la Argentina. En, Bulygin, Eugenio - Garzón Valdez, Ernesto. **“Introducción” en “La teoría jurídica y la Filosofía del Derecho en la Argentina de hoy”, Escritos para teoría jurídica.** Pág. 125.



personal entre Cossio y Kelsen, durante una cena en Buenos Aires, Kelsen le dijo que él era el autor de la teoría pura del Derecho y que también sabía muy bien qué es lo que había pensado, a lo que Cossio respondió: “Dr. Kelsen, a usted le pasa lo mismo que a Colón, él pensó que había descubierto las Indias y en verdad había llegado a América”²⁴⁹.

3.2.3. Lógica formal (Kelsen) vs., lógica trascendental (Cossio)

Durante generaciones de juristas ha prevalecido la visión unidimensional de la teoría pura del Derecho, la cual ha influenciado a nuestro parecer a todos los sistemas jurídicos del mundo occidental. Y es esta visión pura del Derecho kelseniana, la cual le ha proporcionado a estas generaciones de juristas los elementos teóricos que les han permitido abordar el problema de la ciencia del Derecho. Esto se debe a la más ilustre y significativa aportación de la teoría kelseniana, la imputación, lo cual nos lleva consecuentemente a hablar de la única lógica que nos permite abordar a esta, la lógica formal o del *deber ser*.

No podemos negar que este aporte de la teoría pura, sea para menos, lo que logra Kelsen con su descubrimiento de la imputación a través de un procedimiento de una lógica rigurosa, como lo es la lógica formal, constituye la cúspide más alta para la teoría kelseniana en lo que respecta a su aporte a la teoría jurídica.

Ahora bien, aunque es cierto que ha quedado clara la importancia de la imputación y de la lógica formal, esto no significa de modo alguno que lo postulado por Kelsen sea lo último de la filosofía jurídica, que sea incuestionable o mejor dicho inmejorable, por ejemplo, como la innegable crítica de la ausencia de ontología jurídica que se le ha reprochado incesantemente a la teoría pura.

Kelsen tiende a transmitir en su pensamiento la intuición de lo cultural de su mundo en el cual se ha formado, esto lo lleva inclusive a tener limitaciones

²⁴⁹ *Ibíd.*



debido a su rigurosa coherencia sistemática que lo distingue, quedándose de alguna manera estancado en el geometrismo de las puras formas lógicas.

“Es lo que sucede, por ejemplo, en ocasión de sus conferencias de Buenos Aires en 1949, en las que hace el elogio del principio ontológico descubierto por Cossio, en tanto que a continuación se fija en el aspecto lógico de este mismo principio el que, por el contrario, comprendido en su profundidad ontológica, es la negación misma del normativismo kelseniano, en tal caso, solamente válido como pura lógica jurídica formal y no ya como teoría del Derecho”²⁵⁰.

Posteriormente, Kelsen se aparta de su ideas originales las cuales postulaban que las normas son imperativas, mandatos, argumentando el propio Kelsen que él mismo no había comprendido a cabalidad la diferencia entre lo que es una regla de Derecho y una norma jurídica. Para lo cual formula entonces que las normas son juicios hipotéticos, y es aquí donde la teoría kelseniana deja abierta la posibilidad, que no fue desaprovechada, para que la teoría egológica de Carlos Cossio efectúe su mayor crítica a la teoría pura, con lo cual surge el famoso cuestionamiento que la teoría pura de Kelsen no ha podido responder satisfactoriamente: ¿sobre qué la norma, como juicio, dice algo? Lo cual conlleva a analizar, entonces, las diferencias de aproximaciones de las dos teorías de la ciencia jurídica, la teoría pura se aproxima por medio de la imputación a través de la lógica formal; mientras que la teoría egológica se aproxima por medio de la conducta humana a través de la lógica transcendental (valores).

Es aquí donde la teoría egológica del Derecho, establece que las normas, como juicios dicen algo, y ese algo es siempre la conducta humana, utilizando la lógica transcendental y un juicio disyuntivo para responder a este cuestionamiento, ya que es en la conducta humana en la que consiste el

²⁵⁰ Machado, Neto. “La lógica deóntica en Kelsen y Cossio”. Universidad de Bahía-Brasil (La norma y el Imperativo). Pág. 38 bdigital.uncu.edu.ar/objetos_digitales/4323/37-cuyo-1969-tomo-05.pdf.

Derecho. Recordando la famosa frase de Oliver Wendell Holmes: “La vida del Derecho no ha sido la lógica, sino la experiencia”²⁵¹.



Esta crítica hace que la teoría egológica del Derecho considere a la teoría pura, ya no como una teoría general del Derecho que abarque todo el fenómeno del mismo, sino que la presenta al mundo jurídico como una teoría válida de la norma, como simplemente parte de la lógica jurídica formal. Esto se debe a que la propia teoría egológica presente a la norma, en contraposición a Kelsen, como un juicio, pero un juicio disyuntivo, es decir de valores, dependiente de la lógica trascendental, ya que por este medio Cossio nos permite conocer toda una interferencia de conductas, en lo cual consiste el Derecho, proporcionándole a los juristas una fórmula universal para entender la dimensión jurídica de lo que es el Derecho.

Entonces, la contraposición en términos simples es que si toda conducta de la vida humana es el objeto de la norma jurídica, entonces, este *deber ser* existencial, no puede ser conocido por un *deber ser* lógico. Es por ello que la teoría egológica estipula, que partiendo de esta conducta humana, la norma jurídica debe presentarse como una proposición disyuntiva que divide las formas de ser del Derecho en: facultad, prestación, ilícito y sanción, lo cual puede ser únicamente conocido a través de una lógica trascendental, siendo limitada para este conocimiento la utilización de la lógica formal kelseniana.

Enhorabuena, podemos decir que la lógica formal ve a la norma como un juicio hipotético, pero la lógica trascendental ve a esta como un juicio, pero un juicio disyuntivo, que tiene como objeto general la conducta humana, toda vez que no puede existir una conducta sin valor alguno, esto es simplemente imposible.

²⁵¹ Villegas Lara, René Arturo. “Temas del introducción al estudio del Derecho y de teoría general del Derecho.” Pág. 44.



3.2.4. Silogismo de Kelsen vs., esquema de Cossio

Para comprender la influencia que ha generado a los juristas la institución de la norma jurídica en la teoría pura del Derecho de Hans Kelsen en el pensamiento jurídico contemporáneo, es menester seguir abarcado la crítica a esta teoría por su más acérrimo rival académico, Carlos Cossio y su teoría egológica del Derecho. Toda vez que para lograr comprender a cabalidad en forma íntegra el fenómeno del Derecho, no podemos estudiar un solo punto de vista, y para el presente objeto de estudio esta situación no es la excepción.

La forma generalizada de la aplicación del Derecho es a través del silogismo jurídico, que si bien es cierto no es una invención del propio Kelsen, este ha sido el que mejor ha abordado el tema y entendido su naturaleza. Innegable es que el silogismo jurídico surge debido a la lógica jurídica formal, al considerar a las normas como juicios hipotéticos, esto no podría ser de otra manera. En la lógica jurídica formal, la unidad del pensamiento jurídico es la norma, la tarea de esta será entonces, el análisis de las partes que integran la norma necesariamente, en pocas palabras, es el estudio de la validez del Derecho.

Entonces, una vez Kelsen ha aceptado que la estructura lógica de la norma para la teoría pura del Derecho es que esta le da una forma de juicio hipotético, es aquí donde podemos aplicar el silogismo jurídico.

A debe ser B o -B deber ser C

Para Kelsen el silogismo jurídico aplica de esta manera: “**A debe ser B**”, es lo que el austríaco considera como la endonorma, es decir, la norma secundaria, siendo esta la premisa mayor. Seguidamente la palabra “**o**” es lo que considera la **cópula**. Y por último, considera como premisa menor: “**-B deber ser C**”, lo cual constituye la perinorma o la norma primaria para Kelsen. Siendo la letra “**C**” la conclusión final de este silogismo. Entonces el mismo se

interpreta de la siguiente manera: “**Dada la situación (A) debe ser la prestación (B), o dada la no prestación (-B) deber ser la sanción (C)**”



Ahora bien, la teoría egológica sostiene a diferencia de la teoría pura, que lo que se interpreta no es la norma, sino la conducta, pues esta es el objeto del Derecho y no la norma. Toda vez que Cossio consideraba a la norma jurídica como un juicio disyuntivo y que su aproximación al mismo se debía de dar a través de la lógica jurídica trascendental, por medio de la referencia de valores en las conductas humanas. La conducta como objeto cultural se interpreta mediante la comprensión. Para esto, se le debe encontrar el sentido, su finalidad, se debe tener vivencia del sentido, el Derecho no puede considerarse en pocas palabras una ciencia *a priori*, tal y como lo considera la teoría pura de Kelsen; sino que debe ser siempre *a posteriori*.

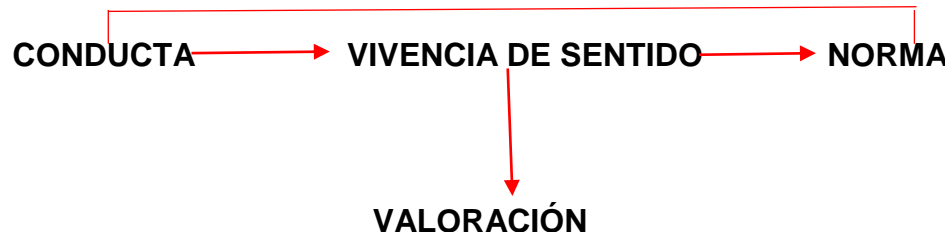
A manera de explicar lo anterior, podemos afirmar que la norma jurídica en la teoría egológica proporciona al intérprete un esquema genérico de conducta, que se representa en su mente, luego va al sentido de la conducta, también mencionado por la norma, pero previamente vivenciado por él. Ya que para Cossio el Derecho es un objeto cultural, creado por el hombre; reduciéndolo a una conducta en interferencia intersubjetiva. Siendo la conducta una mera experiencia de libertad, mientras que interferencia intersubjetiva se refiere a la conjunción de acciones posibles de alguien que se encuentra impedido o permitido por otro, siendo lógicamente esto un acto en conjunto de ambos, en alteridad. Por lo que el esquema de conducta de Cossio, en contraposición al silogismo jurídico de la teoría pura de Kelsen, comprende que el Derecho no está en la norma sino en la conducta. Por eso el Derecho es vida humana viviente. No se interpreta la norma, sino la conducta, es una hermenéutica existencial.

La lógica jurídica trascendental por medio de este esquema de conducta, establece que toda conducta se logra interpretar con el método empírico-dialéctico.

A se confronta con **C** atendiendo a **B**, con lo cual se logra **D**



A es el dato material y contingente, es decir la conducta humana. **B** es la comprensión de la finalidad de la conducta, es decir la vivencia de sentido. **C** es el elemento lógico y racional, es decir la norma jurídica. Y por último **D** es la valoración misma.



3.3 Kelsen y Luigi Ferrajoli: acercamiento y síntesis

Acercarnos a un cotejo entre Kelsen y Ferrajoli, a quienes se pueden considerar, Kelsen, el iniciador de la contemporaneidad en la teoría del Derecho y, Ferrajoli, uno de sus máximos exponentes actuales, muestra que también en estos estudios se puede hablar de progreso. Y el progreso viene posibilitado en este contexto, claro está, porque Ferrajoli, como toda la teoría del Derecho postkelseniana, se encuentra subido en los hombros de Kelsen.

Un primer punto de crítica de Ferrajoli a Kelsen afecta a aquello que constituye, según Kelsen, el vínculo de imputación entre antecedente y consecuente que resulta característico de las normas. Así nos apunta Manero Ruíz, como es bien sabido, de acuerdo con Kelsen, *“lo característico de las normas es la presencia de un vínculo imputativo -si es A (un ilícito) debe ser B (la imposición de una sanción)”*²⁵².

La presencia de tal vínculo imputativo es lo que diferencia, en el planteamiento de Kelsen, las normas de los enunciados acerca de hechos, de los enunciados que expresan, por ejemplo, leyes de la naturaleza: aquí el vínculo no es imputativo, no es un vínculo de deber ser, sino causal, un vínculo de ser.

²⁵² Ruíz Manero, Juan. **Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación.** Págs. 57-121.



Así, la crítica de Ferrajoli no consiste, obviamente, en *“negar la diferencia entre causalidad e imputación, ni en negar que un nexo de este último tipo sea lo característico de las normas, sino en poner de relieve que la presentación kelseniana simplifica indebidamente el nexo imputativo”*²⁵³.

En la presentación kelseniana, el nexo se da entre dos actos (la comisión del ilícito y la imposición de la sanción), mientras que, de acuerdo con Ferrajoli, *“habría que presentar la situación en términos de dos nexos, y no solo de uno. Un primer nexo se da, en el caso -por ejemplo- del ilícito, entre el acto ilícito y la obligación de infligir la sanción por parte del sujeto designado para ello; y un segundo nexo que se da entre la obligación de infligir la sanción y la imposición obligatoria de la sanción misma”*²⁵⁴.

Esta descomposición ferrajoliana aporta indudablemente una capacidad explicativa mayor de la normatividad jurídica y evita las insuficiencias generadas por la *elíptica* fórmula kelseniana. De acuerdo con Ferrajoli, las cuestiones principales que alcanzan estas llamadas deficiencias en la posición de Kelsen, estarían en:

*“1. La fórmula kelseniana supone una doble generalización indebida: una generalización indebida en cuanto que asimila todas las normas al modelo de las normas hipotético-deónticas. Las normas pueden ser, de un lado, deónticas (esto es, que imponen obligaciones o prohibiciones o conceden permisos) o constitutivas (esto es, «que constituyen o pre-constituyen estatus como calificaciones ónticas de sujetos, de objetos o de otras cosas»); y, de otro, hipotéticas (esto es, condicionales) o téticas (esto es, categóricas o incondicionadas): de la combinación de ambos pares de posibilidades resultan, de acuerdo con Ferrajoli, cuatro tipos de normas: hipotético-deónticas, hipotético-constitutivas, tético-deónticas y tético-constitutivas. La elíptica fórmula kelseniana implicaría una reducción indebida de todas las normas jurídicas al primero de estos tipos”*²⁵⁵.

²⁵³ Ferrajoli, Luigi, **En prensa: Diritto e logica. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen**. Vol. II. Págs. 11-121.

²⁵⁴ *Ibíd.* Págs. 11-121.

²⁵⁵ *Ibíd.* Págs. 419 y ss.



“2. La fórmula kelseniana conduce a una centralidad de la sanción que resulta incompatible con el positivismo jurídico. Interpretando la fórmula por medio de la pareja acto ilícito/imposición de la sanción, de su implicación se sigue, que, cuando no exista el deber ser de la sanción B, entonces no puede ni siquiera afirmarse que el comportamiento A sea un acto ilícito”²⁵⁶. Ello implica -continúa Ferrajoli-, una paradójica tesis antipositivista en la teoría del máximo exponente del positivismo jurídico. En contradicción con el postulado del iuspositivismo formulado por el propio Kelsen, según el “cual son normas jurídicas todas las normas y solo las normas puestas o producidas por quien está habilitado para producirlas, la norma que prohíbe un comportamiento sin que esté prevista una sanción para él sería, aunque puesta, irrelevante, o, peor, inexistente”²⁵⁷.

3. Algo parecido ocurre con el concepto kelseniano de Derecho subjetivo. Kelsen entiende “el Derecho subjetivo como un reflejo del deber correspondiente (...) y lo identifica, además, con el poder de activar la imposición de una sanción en el caso de que ese deber sea violado”²⁵⁸. De esta forma, los Derechos subjetivos quedan identificados, en el planteamiento de Kelsen (no con la razón, o el título, que justifica la introducción de lo que Ferrajoli llama garantía) sino con las garantías mismas, tanto primarias (los deberes correlativos al Derecho) como secundarias (la obligación de un juez de disponer la anulación o la condena de los actos inválidos o ilícitos en que consisten las violaciones de las garantías primarias).

También aquí la posición de Kelsen está, a juicio de Ferrajoli, “en contraste con el principio del positivismo jurídico”²⁵⁹. Pues esa posición implica que un Derecho subjetivo establecido positivamente, allí donde no existan, porque no han sido introducidos por normas de actuación, el deber correspondiente y/o el poder de su titular de activar un remedio judicial a su violación, sería un no-Derecho, y la norma que lo establece sería a su vez una norma irrelevante, o, peor, inexistente.

²⁵⁶ *Ibíd.*

²⁵⁷ *Ibíd.*

²⁵⁸ Álvarez Gálvez, Iñigo. **Sobre el concepto de Derecho subjetivo en Hans Kelsen.** Págs. 12-43.

²⁵⁹ Ferrajoli, Luigi. **Op. Cit.** Págs. 3.



Desde una perspectiva positivista, sin embargo, se constata en Ferrajoli, los Derechos subjetivos existen si se han producido las normas que los estipulan, (los condiciona a la existencia misma de la norma) aunque existan también, y simplemente porque se han producido, normas que configuran situaciones incompatibles con ellos, y aunque no existan, porque no se hayan producido, normas sobre los deberes correspondientes a tales Derechos o sobre las sanciones previstas para sus violaciones.

En tales casos, el sistema contendrá, en relación con sus normas que estipulan tales Derechos, antinomias o lagunas. Y ello es así porque, afirma Ferrajoli, *“en un sistema nomo-dinámico como es el Derecho positivo, una cosa es la correlación lógica, y otra es la necesaria co-presencia empírica de Derechos y deberes”*²⁶⁰. La primera no implica en absoluto la segunda.

La tesis kelseniana según la cual si no están establecidas sus garantías primarias y secundarias no existen los Derechos correspondientes, genera tres consecuencias que aparecen como especialmente inaceptables en el caso de los Derechos constitucionalmente establecidos: la primera de estas consecuencias inaceptables es la propia tesis, incompatible -como se ha expuesto-, con el principio de positividad, de que tales Derechos, si no se han establecido las correspondientes garantías, *“equivaldrían a meros flatus vocis”*²⁶¹.

La segunda reside *“en la negación de la normatividad de las Constituciones y en una inversión paradójica de la jerarquía de las fuentes, es decir, en la subordinación de las normas constitucionales que prevén tales Derechos al poder del legislador de frustrar su carácter rígido y vinculante simplemente violándolas, esto es, no dando actuación a las mismas”*²⁶²; y la tercera de estas consecuencias inaceptables se encuentra en lo que Ferrajoli denomina *“una singular falacia realista: la confusión del deber ser tanto lógico como constitucional de la legislación con su ser efectivo”*²⁶³.

²⁶⁰ *Ibíd.*

²⁶¹ *Ibíd.*

²⁶² *Ibíd.*

²⁶³ *Ibíd.*



Otro déficit de la teoría kelseniana y que parte de lo que se acaba de señalar y también vinculado al origen de otros problemas encontrados en la misma, siguiendo la posición de Ferrajoli y que compartimos, se sitúa en la caracterización, que Kelsen hace suya, del sistema jurídico como un sistema puramente dinámico, así como en la inadecuada comprensión, por parte de Kelsen, de las implicaciones de la distinción entre sistemas normativos estáticos y dinámicos por lo que hace a la relación entre Derecho y lógica.

En los sistemas estáticos como la moral o el Derecho natural indica Ferrajoli: *“Las relaciones lógicas la contradicción entre permitido y prohibido y permitido que no y obligatorio, y la implicación entre expectativa positiva o negativa y las correspondientes obligaciones y prohibiciones- son verdades analíticas, en virtud de las cuales las normas pertenecen al sistema porque sus significados o contenidos son deducibles de sus postulados éticos y tienen todas ellas el mismo grado o rango”*²⁶⁴. De esta forma, al ser los principios lógicos, en estos sistemas, internos al sistema mismo e inviolables, queda en ellos excluida la posibilidad misma de antinomias o de lagunas.

Lo anterior, contrario sensu, nunca puede excluirse en el caso de los sistemas dinámicos, como resulta del Derecho positivo, y como dice Ferrajoli, *“en los que las normas, independientemente de sus contenidos, existen si son puestas por actos preceptivos de los cuales tales normas son efectos, mientras que no existen si no son puestas por ningún acto”*²⁶⁵.

En estos sistemas, los principios de la lógica, los principios de coherencia y de completitud, son externos al sistema, y en cuanto tales vulnerables. Son principios normativos que determinan qué normas deben pertenecer al sistema, para lo que es preciso que se realicen los correspondientes actos de dictado y qué normas deben no pertenecer al sistema, en este caso también, es entonces preciso que no se realicen los correspondientes actos de dictado. En los sistemas dinámicos, los principios lógicos no identifican las normas que son, sino las normas que, de acuerdo con las normas superiores del sistema correspondiente, deben ser o deben no ser.

²⁶⁴ Ferrajoli, Luigi. **Op. Cit.** Pág. 3.

²⁶⁵ **Ibíd.**



Así, en cuanto a las relaciones entre Derecho y lógica, Kelsen, a partir de *“La teoría pura del Derecho de 1960, se desplaza de la tesis, sostenida en esta última obra, de que los principios lógicos no son de aplicación directa a las normas, pero sí indirecta a través de las proposiciones normativas que las describen, a la tesis de que los principios lógicos no son de ninguna manera de aplicación a las normas. Las consecuencias tanto de una como de otra tesis sobre la construcción kelseniana resultan inaceptables”*²⁶⁶.

Respecto a la posición de Kelsen en la aplicabilidad indirecta de los principios lógicos, no se ve por qué habrían de ser contradictorias entre sí dos proposiciones que describieran, cada una de ellas, una de dos normas antinómicas entre sí. Como no son tampoco contradictorias dos proposiciones, que describan dos proposiciones formuladas en algún lenguaje objeto.

Esta tesis de la aplicabilidad indirecta de los principios lógicos a las normas está en el origen de una -ciertamente muy extraña- tesis kelseniana y que es la tesis de admitir la presencia de una antinomia en el sistema jurídico que es lo mismo o implica admitir la presencia de una contradicción en su descripción.

Ello lleva a Kelsen, dice Ferrajoli, a *“negar que haya antinomias en el Derecho, pero ante la cruda realidad –afirmación mía- que las hay, y evidencia de ello, adopta la extrañísima tesis de la cláusula alternativa tácita en virtud de la cual el contenido tautológico de todas las normas utilizables para la producción normativa vuelve a estas necesariamente inviolables”*²⁶⁷.

Pero si son necesariamente inviolables es porque, en virtud de su contenido tautológico, no prohíben ningún contenido posible de las normas a ellas inferiores, por lo que son normativamente irrelevantes. El sistema jurídico deja de aparecer, entonces, como un sistema que regula su propia creación y aplicación para aparecer como un sistema que habilita a sus órganos de producción normativa inferior para dictar normas con cualquier contenido y,

²⁶⁶ Ruiz Manero, Juan. **Op. Cit.** Págs. 57-121.

²⁶⁷ Ferrajoli, Luigi. **Op. Cit.** Págs. 11-121.



especialmente, a sus órganos de aplicación para resolver los casos de cualquier manera que prefieran, o para no resolverlos en absoluto.

La última tesis adoptada por Kelsen en cuanto *“que la lógica no se aplica de ningún modo a las normas”*²⁶⁸, conduce a criterio de Ferrajoli y que secundamos a la misma consecuencia que la tesis de la aplicabilidad indirecta: *“Si la consistencia lógica de las normas inferiores respecto de las superiores no es un requisito que las primeras deban respetar, los órganos de producción normativa inferior están habilitados para dictar normas con cualquier contenido y, especialmente, los órganos de aplicación están habilitados asimismo para resolver los casos de cualquier manera que prefieran o para no resolverlos en absoluto”*²⁶⁹.

De esta forma e independiente a que se adopte como punto de partida, bien la tesis de la aplicabilidad indirecta, bien la tesis posterior de la no aplicabilidad en absoluto de la lógica al Derecho, la incapacidad kelseniana, de las que ambas tesis son manifestación, para dar cuenta adecuadamente de las relaciones entre la lógica y los sistemas normativos dinámicos como el Derecho tiene efectos deletéreos, y en buena medida incompatibles con rasgos centrales de la construcción del propio Kelsen, para la imagen del Derecho que acaba resultando de la teoría kelseniana. Efectos estos e incompatibilidades sobre su obra que Ferrajoli, en síntesis, a los fines de su acercamiento, encuentra posicionamiento desde lo siguiente:

1. La identificación de la validez de las normas con su existencia, lo que implica *“el desconocimiento como impensable de la existencia misma del Derecho ilegítimo por violación de las normas sustanciales sobre su producción”*²⁷⁰, o, en otros términos, *“la virtual divergencia deóntica entre niveles normativos que se manifiesta en la indebida producción de normas inválidas y en la indebida omisión de normas debidas”*²⁷¹. En concreto, Kelsen

²⁶⁸ Kelsen, Hans. **Op. Cit.** Págs. 126-130.

²⁶⁹ Ferrajoli, Luigi. **Op. Cit.** Págs. 11-121.

²⁷⁰ **Ibíd.**

²⁷¹ **Ibíd.**



niega “la posibilidad misma de una ley inconstitucional o de una ~~sentencia~~ *ilegal*”²⁷².

2. La identificación de la validez de las normas con su existencia, ~~junto~~ con la tesis de que la admisión de la posibilidad de antinomias en el Derecho, es decir, de una norma contraria a normas implica una contradicción en los términos, conduce a Kelsen a la insostenible tesis de la cláusula alternativa tácita que implica el derrumbe de la imagen del Derecho como sistema que regula su propia producción y aplicación.

3. La tesis kelseniana de la inexistencia del Derecho inválido o ilegítimo, es obviamente incompatible, porque es contradictoria con la tesis kelseniana de que “*todas las normas son violables, incluidas las normas sobre la producción jurídica*”²⁷³.

4. La supuesta contradicción en los términos a que, según Kelsen, “*daría lugar la existencia de una norma inválida es resuelta por Kelsen a veces con la tesis de la validez y a veces con la tesis de la inexistencia de leyes inconstitucionales por razones de contenido*”²⁷⁴. Ambas tesis son, desde luego subraya Ferrajoli, “*incompatibles entre sí y, a la vez, ambas falsas*”²⁷⁵.

5. Por último, y en definitiva, la conclusión más general a la que conducen estos planteamientos kelsenianos es que, como se ha puesto repetidamente de manifiesto por diversos autores, “*la más ilustre concepción normativista del Derecho acaba por desembocar en una concepción realista*”²⁷⁶ y, añado yo, en una de las concepciones realistas más radicales.

La teoría de Ferrajoli desde la óptica del análisis que nos ocupa y su acercamiento a la realidad circundante supone una clara superación de la teoría kelseniana, de ahí que considero el aserto de este análisis que *prima facie* explica mejor de lo que lo hace la segunda, y evitando las distorsiones de esta última, aspectos centrales de la realidad de nuestros sistemas jurídicos.

²⁷² Kelsen, Hans. *Op. Cit.* Págs. 135-141.

²⁷³ *Ibíd.*

²⁷⁴ Kelsen, Hans. *Op. Cit.* Págs. 135-141.

²⁷⁵ Ferrajoli, Luigi. *Op.Cit.* Págs. 11-121.

²⁷⁶ *Ibíd.*, Cap. IV, ap. 2.



Ello no es óbice para que se afirme, que también la posición del maestro Ferrajoli padece de flancos en sus análisis, lo que traemos a colación y no será objeto de esta investigación, pues ni lo merece ni aportaría a lo que se pretende con el presente estudio.

3.4. Influencia kelseniana en las concepciones sobre la teoría de la norma jurídica

Después de haber dejado, entre tantos legados, *“la construcción de lo que fuera la Constitución austriaca de 1920, y la administración de justicia en el orden constitucional austriaco, al ser nombrado Kelsen como magistrado y ejercer en el alto foro su visión positivista, trascendió a nuestros días y a los grandes acontecimientos de nuestros países en el ámbito jurídico y especialmente, en la aportación para la construcción e hilvanación de los ordenamientos jurídicos internos”*²⁷⁷.

Es claramente perceptible la enorme importancia que otorga Kelsen a la Constitución en la estructura jerárquica del orden jurídico. Así, sostenía que *“una norma jurídica es válida si ha sido creada de una manera particular, es decir, según reglas determinadas y de acuerdo con un método específico. El único Derecho válido es el Derecho positivo. Su positividad reside en el hecho de que proviene necesariamente de un acto creador, y es así independiente de la moral y de todo otro sistema normativo análogo”*²⁷⁸.

La norma fundamental de un orden jurídico tiene una naturaleza distinta. Es simplemente la regla fundamental según la cual son creadas las normas jurídicas; de ella deriva el principio mismo de su creación. Es, en suma, el punto de partida de un procedimiento y su carácter es esencialmente formal y dinámico. Solo la validez de las normas de un orden jurídico puede ser deducida de su norma fundamental.

“El contenido de la norma fundamental, está determinado en cada caso por un acto particular que no es una operación mental, sino un acto de

²⁷⁷ Kunz, J. *La Filosofía del Derecho latinoamericana en el siglo XX*. Pág. 18.

²⁷⁸ Kelsen Hans. *Teoría pura del Derecho. Introducción a la ciencia del Derecho. Op. Cit.*; Págs. 118-119.



*voluntad: costumbre o procedimiento legislativo, si se trata de normas generales; decisión judicial, acto administrativo o acto jurídico de Derecho privado, si se trata de normas individuales*²⁷⁹.

Así, también, son fundamentales sus ideas cuando examinamos la naturaleza y alcances de la jerarquía normativa en el ordenamiento jurídico. Aquí el ya conocido principio de supremacía constitucional supone la necesaria concurrencia de una jerarquía normativa, que vale decir, la gradación jerárquica del orden jurídico derivado de la Constitución, y que se distribuye en escala descendente.

En otras palabras y también siguiendo igual derrotero técnico en el análisis, el ordenamiento jurídico es un cuerpo organizado, en el cual la totalidad de las normas guarda relación de jerarquía, de suerte, que cada una encuentra su fundamento en otra superior y esta, a su vez, en otra, hasta alcanzar la cima donde se encuentra la Constitución, como ley de leyes, tal y como se conoce en nuestro contexto y en nuestros días; entonces, dice Kelsen: *“El carácter superior de esta última emerge del hecho de ser originaria y legitimadora del resto de las normas jurídicas”*²⁸⁰.

Esta idea es analizada con mayor detalle por el jurista vienés, así Kelsen sostiene que *“la norma que determina la creación de otra es superior a esta; la creada de acuerdo con tal regulación, es inferior a la primera”*²⁸¹. El orden jurídico, especialmente aquel cuya personificación constituye el Estado, no es un sistema de normas coordinadas entre sí, que se hallen, por así decirlo, una al lado de la otra, en un mismo nivel, sino que se trata de una verdadera jerarquía de diferentes niveles de normas. La unidad de estas, se halla constituida por el hecho de que la creación de una norma la del grado más bajo se encuentra determinada, a su vez, por otra todavía más alta.

Lo que constituye la unidad del sistema, es precisamente la circunstancia de que tal regreso termina en la norma del grado más alto, o norma básica, que representa la suprema razón de validez de todo el orden

²⁷⁹ Asbun, Jorge. **Derecho constitucional general. Conceptos jurídicos básicos.** Pág. 86.

²⁸⁰ *Ibíd.*

²⁸¹ Kelsen, Hans. **Op. Cit.** Págs. 121-123.



jurídico. La estructura jerárquica del orden jurídico de un Estado no dice Santiváñez puede expresarse toscamente en los siguientes términos: “supuesta la existencia de la norma fundamental, la Constitución constituye el nivel más alto dentro del Derecho nacional”²⁸².

De ahí que otro de los aportes importantes de Kelsen es la existencia de una *pirámide normativa*, que representa un sistema de jerarquía de normas, donde la norma inferior recibe su valor de la superior. Cabe aclarar que la idea de la pirámide normativa no le corresponde a él exclusivamente, sino, más bien, a su discípulo más destacado, “Adolf Merkl (1890-1970), como lo reconoció el propio Kelsen”²⁸³.

“No se ha producido hasta la fecha una construcción de idéntica magnitud”, escribe Luis Legaz y Lacambra y continúa: “Hay una serie de conceptos que tendrán que quedar y de hecho han quedado ya definitivamente incorporados al pensamiento de los juristas”²⁸⁴. Kelsen ha entregado a la ciencia jurídica una serie de precisos instrumentos a cuyo manejo nunca podrá renunciar, sin renunciarse a sí misma.

3.4.1. Alcance del pensamiento de Kelsen en la concepción del Derecho internacional

Siguiendo la doctrina del Derecho constitucional, es como Kelsen funda la teoría pura del Derecho; esto ya se ve en el título de su magnum opus de 1911: “*Problemas fundamentales de la doctrina del Derecho Constitucional, desarrollados de la doctrina de la norma*”²⁸⁵. Pero en esta gran obra Kelsen todavía se queda exclusivamente en los límites del Derecho interno; no considera el Derecho internacional de ninguna manera. Y aún dos años más tarde, en su estudio sobre el delito de Estado, todavía profesa “*la típica doctrina dualista, según la cual Derecho interno y Derecho internacional constituyen dos esferas diferentes e independientes*”²⁸⁶.

²⁸² Rivera Santiváñez, José Antonio. **Temas de Derecho procesal constitucional**. Pág. 247.

²⁸³ Riöfrio, Juan Carlos. **De la pirámide de Kelsen a la pirámide invertida**. Pág. 35.

²⁸⁴ Legaz y Lacambra, Luis. **Op. Cit.** Pág. 4.

²⁸⁵ **Ibíd.**

²⁸⁶ **Ibíd.**



“Es interesante seguir en estos orígenes el papel siempre creciente del Derecho internacional y la aportación de Kelsen a través de la teoría pura del Derecho, siendo por vía de su obra inglesa de 1945 que obtiene un puesto predominante, penetrando toda la teoría pura del Derecho y transformando esta teoría no solamente en una teoría general y abstracta del Derecho positivo posible, sino también en una teoría especial y concreta del Derecho internacional positivo vigente”²⁸⁷.

La doctrina del Derecho internacional de Kelsen y de sus discípulos ha ganado adherentes en todos los países sobre los iusfilósofos y entre los especialistas del Derecho internacional, ha influido positiva o negativamente gran parte de la producción científica en el dominio del Derecho internacional en los últimos treinta años.

Sería imposible citar aquí todas las pruebas para esta afirmación; basta hojear los escritos en las grandes lenguas europeas de la joven generación, de los que se ocupan principalmente del Derecho internacional para ver la influencia de Kelsen y de la Escuela Vienesa.

Pero aun grandes escritores de la generación previa, como Dionisio Anzilotti, han adoptado posiciones básicas de la teoría pura del Derecho. *“La importancia de Kelsen y de la Escuela Vienesa ha sido el objeto de estudios por sus discípulos;”²⁸⁸ “las relaciones entre la ciencia del Derecho internacional y la teoría pura teóricamente en alemán, y más tarde, histórica y analíticamente en inglés”²⁸⁹.*

“El mérito de haber introducido ya en 1914 el Derecho internacional en la teoría pura, de adaptar esta teoría a los problemas del Derecho internacional, pertenece a Verdross”²⁹⁰. En su estudio de 1914 dio el esquema de las posibles construcciones teóricas del Derecho internacional: negación o afirmación del Derecho internacional como Derecho.

²⁸⁷ Bonnacase, Julián. **Introducción al estudio del Derecho**. Pág. 123.

²⁸⁸ Carnap, Rudolf. **Filosofía y sintaxis lógica**. Pág. 7.

²⁸⁹ Kunz, Joseph. **Yólkerrrechtswissenschaft und Reine Rechtslehre**. Pág. 13-121.

²⁹⁰ Comte, Auguste. **Curso de filosofía positiva y la Filosofía del Derecho**. Págs. 21-75.



Verdross defiende, por vía de eliminación, “*el primado del Derecho internacional como única construcción posible teóricamente y como la única que corresponde al Derecho internacional positivo*”²⁹¹.

Verdross también ha clarificado definitivamente “*el concepto jurídico de soberanía como una comunidad jurídica que está sujeta única y exclusivamente al Derecho internacional, pero no a otro Derecho interno, es una comunidad soberana en el sentido del Derecho internacional*”²⁹².

Es la influencia de Verdross la que conduce a Kelsen a considerar el problema del Derecho internacional; pero se queda siempre en los límites de la teoría pura y en su filosofía relativista. Al contrario de Verdross, Kelsen, aun ocupándose del contenido del Derecho internacional positivo, está siempre interesado en primer lugar en el aspecto teórico del Derecho internacional, es decir, en el examen de la naturaleza del Derecho internacional y en los problemas fundamentales.

La vuelta al Derecho internacional de la teoría kelseniana se ejercita con su segunda obra principal sobre el problema de la soberanía y la teoría del Derecho internacional, un estudio que él califica ya en el título como una contribución a la teoría pura del Derecho.

Durante la tercera década del pasado siglo Kelsen se ocupa, en lo que toca al Derecho internacional, primeramente de estos aspectos teóricos; “*esto se ve en sus escritos y en los cursos hechos en francés en la Academia del Derecho internacional en La Haya; tratan del problema de la soberanía y de las relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho interno*”²⁹³.

3.4.2. Impronta de Kelsen en el Derecho europeo y latinoamericano

“*Una gran huella en el pensamiento jurídico de Europa y América Latina dejó la labor intelectual del jurista austriaco Hans Kelsen a partir del inicio del siglo XX, con la exposición de lo que consideró una teoría pura del Derecho,*

²⁹¹ Kunz, Joseph. L. **El Derecho internacional en la teoría kelsiana**. Págs. 27-91.

²⁹² **Ibíd.**

²⁹³ Kunz, Joseph L. **Op. Cit.** Págs. 27-91.



alrededor de lo que fue conocido como la Escuela Vienesa de la teoría del Derecho, en la que confluyeron los aportes de juristas como Adolf Merkel, Alfred Verdross, Franz Weyr y Leónidas Pitamic, que sin lugar a dudas sería en el campo del estudio del fenómeno jurídico una de las más interesantes y singulares concepciones dentro del pensamiento jurídico burgués²⁹⁴.

“El infatigable batallar de lo que con toda justicia pretendió ser una teoría pura sobre el Derecho, fue recibida por varias generaciones de juristas en largas décadas, primera de las cuales se construyeron en lo que fueron seminarios privados impartidos por Hans Kelsen en el callejón Wickenburg en Viena, la cual después de la Primera Guerra Mundial aumentaría con la incorporación de juristas de este país como Félix Kaufmann, Joseph L. Kunz y Fritz Schreier, y con Charles Eisenmann de Francia, Luis Legaz y Lacambra de España, Tomooltaka de Japón y Wiktor Sukiennicki de Polonia”²⁹⁵.

“La generación posterior, oyentes incluso muchos de ellos de sus conferencias en la Universidad de Viena, se sumaron a la defensa de sus tesis, entre los que se encontraban Joseph Dobrets Berger, Rudolf Métall, Walter Henrich, Hasn Aufricht, Otto Bundy, Margit Fuchs, Leo Gross, Hans Klinghoffer, y los hermanos Rohatyn”²⁹⁶.

“La adhesión en distintos momentos de Julius Fraft de Alemania, Julius Moór de Hungría, M.M. Van Praag de Holanda, Luis Recasen Siches de España, Alf Ross de Dinamarca y Antonio Sánchez de Bustamante y Montoro, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Habana, Cuba, redondearía un gran grupo de intelectuales de elevado prestigio académico en todo el mundo, que expandió de alguna manera el conocimiento de esta teoría, y que finalmente encontró rotundo eco en las Universidades latinoamericanas, explicada en sus aulas por alumnos directos de Kelsen en la Universidad de Berkeley (Estados Unidos) en el período de entreguerras”²⁹⁷.

²⁹⁴ Ebenstein, William. **La teoría pura del Derecho**. Págs. 31-67.

²⁹⁵ Kunz, Joseph, L. **Op. Cit.** Págs. 27-91.

²⁹⁶ **Ibíd.**

²⁹⁷ Machado Neto, Antonio Luiz. **Op. Cit.** Págs. 11-17.



A pesar de Kelsen haber muerto en 1973, y con ello restarle a su teoría, que el incansable teórico le imprimía constantemente a su teoría, nacido en un contexto político, social y económico diferente al de hoy, ideológica de algunos juristas burgueses a partir de esos años nos dice Legaz y Lacambra, *“ha permitido que la teoría pura cristalice muchos de sus postulados en el sistema categorial de las Ciencias Jurídicas y Políticas de muchas Universidades.”*²⁹⁸

En tales circunstancias es que, aunque parezca que Kelsen ha sido superado, incluso por los que dicen algunas de las concepciones diferentes, siguiendo a Legaz y Lacambra, *“el fantasma de encontrar en el Derecho la propia explicación del Derecho todavía ronda vigoroso como duende sobre las cabezas de los que no sobrepujan más allá de la normatividad de un fenómeno tan diverso y rico”*²⁹⁹. Si bien es cierto que no es una realidad ideológica imperante la metodología kelseniana sobre la base de lo lógico jurídico, ello no obsta para que el espíritu de su teoría resurja en los estudios jurídicos, sobre todo en sus efectos ideológicos³⁰⁰.

Si el Derecho era para las clases dominantes el único instrumento eficaz de dominación, en su carácter de aparente neutralidad, y regido por los manejables imperativos de justicia y equidad, en esta etapa de crisis tendría que señorearse de toda fundamentación social y rebajar a la categoría de jurídico todo cuanto pusiera en peligro el propio sistema.

Si como dijera Engels, la *“concepción jurídica del mundo”*³⁰¹ para la burguesía revolucionaria a partir del siglo XVII significaba la secularización de la concepción teológica, en el cual el Derecho humano ocupó el lugar de Derecho divino, y la lucha por el poder del Estado se realizó sobre la base de exigencias jurídicas, con Kelsen pudiéramos decir que se trataría de brindar una *“concepción jurídica del mundo”* en el sentido más cabal de la palabra, que surgía para reclamar una visión deformada y reaccionaria, que brindara una

²⁹⁸ Legaz y Lacambra, Luis. *Op. Cit.* Pág. 4.

²⁹⁹ *Ibid.*

³⁰⁰ Legaz y Lacambra, Luis. *Op. Cit.* Pág. 4.

³⁰¹ Engels, Federico. *Anti-Duhring.* Pág. 292.



concepción totalizadora de *lo jurídico* de todos aquellos elementos posibles de un mundo en crisis.

Aunque los críticos sobre la teoría pura de Kelsen no han dejado de estar presentes desde su aparición, -tal y como hemos venido analizando en este estudio-, desde los más férreos hasta los más humildes, críticos en todo caso, este enfoque desde una perspectiva renovadora permite rechazarla y diseccionarla en toda su realidad. Y, si como hemos dicho, el escenario en que apareció era muy distinto al de hoy, los impulsos hacia las teorizaciones jurídicas vacías de contenido social parecen tener similares efectos ideológicos que aquellos buscados por Kelsen.

En tal sentido, para coadyuvar a que de esa manera no aparezca inconscientemente muchos de sus reflexiones en aquellos que nos acercamos al estudio de este fenómeno social, hoy más que nunca es preciso traer de la mano la teoría pura y someterla a una crítica consecuente de su realidad. Esta podría desterrar conscientemente lo que sin dudas marcó una parte considerable del pensamiento jurídico burgués y cuya huella imperecedera e innegable ha dejado en nuestros ordenamientos jurídicos, vigentes a la fecha.

La concepción kelseniana respecto a la naturaleza jurídica del Estado, sobre todo de la llamada teoría general del Estado, representada desde fines del siglo XIX y principios del XX, por los juristas europeos W.E. Albrecht, Gerber, Jellineck, Carre de Malberg, Smeind, etc., generó importantes aportes para su posterior construcción normativa.

Pero si bien no se opone a la naturaleza jurídica del Estado sustentada por estos, sino que más bien la refuerza, aunque no está de acuerdo con la oposición que se hace de este de cara al Derecho, pues para Kelsen “*un verdadero conocimiento sobre el Estado alejado de cualquier ‘ideología’, y libre de cualquier ‘mística’, nos lleva a la conceptualización del Estado como un orden jurídico relativamente centralizado, cuya existencia con el Derecho es de identidad*”³⁰².

³⁰² Kelsen, Hans. **Teoría pura del Derecho. Op. Cit. Pág. 291.**



El Estado, dicho como un orden jurídico determinado, no tiene que encontrar una relación con el Derecho, sostiene Kelsen, pues concebido de esta forma supera el dualismo destacado por otras doctrinas, siguiendo criterios que restringen cualquier enfoque sobre este solo al que sea netamente jurídico. Para ello, Kelsen emplea un grupo de argumentos delineadores de las más notorias vacuidades de su doctrina, que *“redundaron en absurdas definiciones y sirvieron a la postre para delinear las concepciones materialistas sobre el Estado y el Derecho”*³⁰³.

Para destacar el rompimiento de esta dualidad entre Estado y Derecho, Kelsen al inicio sostuvo que *“no podía existir un concepto sociológico del Estado que existiera junto a un concepto jurídico”*³⁰⁴, y para darle este último carácter expone que el Estado se mostraba como un orden normativo por el evidente conflicto que este suscita con el individuo, pues apela al divorcio neokantiano entre ser y deber ser.

Kelsen sostiene *“que si el Estado se encontrara en la esfera fáctica a la cual pertenece el individuo, es decir, al ser, este conflicto no pudiera existir, de acuerdo al postulado de que los hechos del ser no pueden entrar en conflicto entre sí; todo lo contrario si el Estado era interpretado como un orden normativo, en el cual sí era posible este conflicto entre la conducta transgresora del individuo y el deber ser expresivo en las normas que conformaban el orden jurídico estatal”*³⁰⁵.

La fundamentación de Kelsen sobre la pretendida identidad entre Estado y Derecho, y siguiendo el curso de su propio análisis y posicionamiento nos permite decir que se constituye en canalizar la comprensión de los rasgos del Estado solo desde la óptica reducida del funcionamiento de un orden jurídico, que con posterioridad aparece en las nuevas concepciones europeas y se traducen en efecto hacia nuestros países del área latinoamericana. A partir de allí, la coercitividad como rasgo del Derecho y ejercida por el Estado, Kelsen lo destaca como evidente prueba de esta identidad, que hace aparecerla

³⁰³ *Ibíd.*

³⁰⁴ *Ibíd.*

³⁰⁵ *Ibíd.*

simplemente como “actos coactivos que el orden jurídico enlaza a las condiciones que determina”³⁰⁶.



La coercitividad, expresada en estos términos, solo alcanzó a Kelsen en aquella actividad de coacción ejercida por los órganos del Estado, y no se detuvo en aquellas relaciones políticas entre las clases sociales encargadas de poner en vigor las normas jurídicas que legalizan el actuar coactivo de aquella que detente el poder político, verdadero fundamento de la coacción del Estado, surgida como producto de las contradicciones sociales y de clases presentes en la sociedad.

La coacción jurídica ejercida por los órganos del Estado en una sociedad de clases, es en realidad solo un modo de expresión de esas contradicciones, cuya coacción también puede encarar otras facetas no precisamente jurídicas, como ya antes de Kelsen habían aparecido durante el siglo XIX en Europa bajo un corolario de fórmulas ilegales para detener el avance del movimiento obrero, causante en definitiva del resquebrajamiento de la llamada legalidad burguesa.

3.4.3. Asimilación de la obra de Kelsen en la ciencia jurídica española

Es en el año 1927 cuando la figura de Kelsen irrumpe en España, con la traducción castellana de su “Compendio de teoría general del Estado”³⁰⁷, de la mano de Luis Recaséns Siches. “Si antes de esa fecha, fuera del joven traductor la obra del maestro de Viena era ya conocida por los especialistas, no encuentra seguridad en los pergaminos revisados”³⁰⁸.

“Si se afirma con absoluta certeza que, hasta ese momento, la doctrina kelseniana no tenía la menor popularidad científica en España; por consiguiente, no había ejercido ninguna clase de influencia, con la excepción que en, 1924 se escribe un estudio sobre la filosofía jurídica de los

³⁰⁶ *Ibíd.*

³⁰⁷ Recaséns Siches, Luis. **Estudio preliminar en la edición española de la idea de concreción en el Derecho y en la ciencia jurídica actuales de K. Engisch.** Pág. 5.

³⁰⁸ Legaz y Lacambra, Luis. **Kelsen. Estudio crítico de la teoría pura del Derecho y del Estado de la Escuela de Viena.** Pág. 21.



neokantianos, por un jurista español, y cuyo trabajo permaneció inédito hasta 1948, no se hace exageración alguna de ello”³⁰⁹.

La Revista de Estudios Políticos lo da a luz bajo el título “La Nueva Filosofía del Derecho”³¹⁰. Se estudia en él la doctrina de Fritz Sander, profesor de la Universidad de Praga y al que el autor del estudio, J. Gómez de la Serna Favre, considera como el más brioso, el más subversivo de los juristas de la joven escuela neokantiana. Pero Sander, como es sabido, fue un gran antagonista de Kelsen.

La Filosofía del Derecho de aquellos años encuentra en las doctrinas del maestro de la Escuela de Viena tema abundante para la meditación. Y esa meditación arroja como resultado, en parte, una posición crítica, pero en parte también importante, una positiva aceptación. Luís Recaséns Siches, que – como se apuntó- “entre 1928 y 1936 es el más caracterizado filósofo del Derecho en España, representa esta posición en su doble dimensión”³¹¹.

“El introductor de Kelsen en España no es nunca, íntegramente, un kelseniano”³¹²; pero la influencia de Kelsen es innegable en una doctrina que, por otra parte, ha sido la que más ha influido en las generaciones inmediatas de iusfilósofos españoles. El tema de una teoría fundamental del Derecho como doctrina de los conceptos jurídicos fundamentales y, por consiguiente, la idea de que existen tales conceptos fundamentales, la preocupación por un rigor metódico incluso si no se acepta en todas sus consecuencias la famosa pureza metódica, y el modo de construir ciertos conceptos como el de Derecho subjetivo, o de eliminar dualismos como el de Derecho interno y Derecho internacional, de doctrinas como la de la construcción escalonada del orden jurídico, todo esto ha quedado si no como patrimonio común, sí al menos como doctrina muy extendida, aun cuando muy matizada y sin constituir doctrina de una “escuela” que hasta el momento no ha existido en España.

³⁰⁹ *Ibíd.* Pág. 23.

³¹⁰ *Ibíd.*

³¹¹ Rodríguez García, Fausto. E. **Estudios en honor del doctor Luis Recaséns Siches**. Pág. 101.

³¹² *Ibíd.*



No en España, pero sí en Hispanoamérica y singularmente en la Argentina, engendro de la continuada lectura de la obra traducida al español de Kelsen, iniciada por Recaséns, y continuada por Legaz y Lacambra, *hacia la publicación, en 1933, del escrito inédito, “La teoría pura del Derecho: método y conceptos fundamentales y en 1934 la traducción de la gran teoría del Estado”*³¹³, entre otros pequeños trabajos, así como del libro, de que él fue su autor, *“publicado también en 1933, de exposición y crítica de la teoría de Kelsen”*³¹⁴.

Lo que se sostiene en aquel libro, y la evolución intelectual posterior, de su autor³¹⁵ no permiten, sin duda, decir de él que es puro y simplemente un kelseniano; pero seguramente se encontrarán en sus cuartillas, más influencias de Kelsen de las que él mismo, conscientemente, pudiera asegurar. Habría que analizar lo que de dicho autor español ha quedado de kelseniano, y eso es posible que sea aún bastante dentro de un ámbito estrictamente teórico-jurídico, pues en los supuestos e implicaciones filosóficas ha mostrado siempre su radical discrepancia.

Sobre todo, se sostiene que el kelsenismo *“creó un cierto clima o ambiente intelectual que ha producido influencias insospechadas, las cuales, a su vez, han reobrado, aun sin darnos cuenta de su origen, sobre quienes, en su formación intelectual, recurrían tanto a Kelsen como a esos otros maestros a su vez influenciados por él”*³¹⁶. Y este es el caso del maestro Legaz y Lacambra.

*“Gasset, insigne pensador, al que ningún tema de la cultura humana fue ajeno, leyó, inmediatamente de su aparición en español, la teoría del Estado, de Kelsen, traducida por Legaz. Indudablemente, la obra causó en él una gran impresión, que no le permitió mantenerse al margen y hacer gala de su vasta cultura”*³¹⁷.

³¹³ García Arias, Luis. **Perfil humano, universitario y científico del profesor Legaz y Lacambra.** Págs. 12-67.

³¹⁴ *Ibíd.*

³¹⁵ *Ibíd.*

³¹⁶ *Ibíd.*

³¹⁷ *Ibíd.*



“Por su parte, Recaséns, en gran parte inspirándose en Ortega, desarrollaba un concepto del Derecho como vida humana objetivada. Probablemente en la doctrina de Recaséns, habría mucho a objetivación de la teoría de Kelsen y en la misma medida en la que también era un concepto derivado de Ortega, pues la teoría de Ortega sobre los usos como nota específica del ser de lo social, está parcialmente inspirada, a través del propio Recaséns, en la doctrina de Kelsen y no solo en la de Dunkheim”³¹⁸.

Basta señalar siguiendo esta línea de análisis -que el hecho que la concepción orteguiana de los usos es una concepción rígidamente normativista-, es lo que nos permite decir, en este contexto, que el normativismo es, en efecto, la característica de ese clima intelectual a que antes veníamos haciendo alusión. Normativismo en parte dice Legaz y Lacambra *“disimulado por el racio-vitalismo orteguiano, pero solo en parte, pues el racio-vitalismo posee, a su vez, una fuerte dosis de normativismo”³¹⁹.*

Así, en la filosofía jurídica de Lissarrague³²⁰, que recoge muchos motivos de la doctrina social orteguiana³²¹, se encuentra una constante referencia a la obra de Kelsen, para señalar tanto su acierto como su quiebra.

En el Parlamento Republicano español, *“la doctrina de Kelsen tuvo múltiples resonancias al ser utilizada con diversos propósitos. Queremos destacar aquí dos casos típicos. El uno, el del político José Antonio Primo de Rivera. El otro, el de la discusión en torno al Tribunal de Garantías Constitucionales”³²².*

En dos ocasiones recurre Primo de Rivera en el Parlamento a la doctrina de Kelsen. *“La primera, en defensa de la dictadura de su padre, frente a los que le acusaban de haber provocado un vacío jurídico, al romperse el pacto*

³¹⁸ *Ibíd.*

³¹⁹ Legaz y Lacambra. *Op. Cit.* Pág. 25.

³²⁰ Lissarrague, S. *Introducción a los temas centrales de la Filosofía del Derecho.* Pág. 56.

³²¹ Ortega y Gasset, José. *El tema de nuestro tiempo. Prólogo para alemanes.* Pág. 105.

³²² Recaséns Siches, Luis. *El poder constituyente. Su teoría aplicada al momento español.* Págs. 121-157.



constitucional, situación que no tenía más salida que la consulta a la voluntad popular que instauró la República”³²³.

Con razonamiento estrictamente kelseniano dice José Antonio: *“Ningún hecho revolucionario puede justificarse con arreglo al orden jurídico anterior. Todos los sistemas políticos que existen en el mundo han nacido en oposición y en lucha con el orden político que regía en el momento de su nacimiento, pues la facultad de testar es una de las cosas que no son de la competencia de los órdenes políticos”*³²⁴.

La República española no nació de las elecciones municipales de 1931, puesto que ningún hecho producido en conformidad con un orden jurídico puede tener otros efectos que los por él previsto. *“La República aparece como un hecho totalmente nuevo, como la Dictadura; esta fue una violación del orden jurídico monárquico constitucional, al igual que la República, pero, como esta, creó un orden jurídico nuevo, que tenía su norma fundamental y mínimo de eficacia requerido para ser reconocido como válido desde el punto de vista jurídico”*³²⁵.

*“En otra ocasión, cuando como consecuencia de la Revolución de Octubre de 1934 se trató de la posibilidad de derogar el Estatuto de Cataluña cosa que algunos estimaban inconstitucional, José Antonio también recurrió a la Stufenban theorie para defender aquella posibilidad”*³²⁶.

El Estatuto era una ley ordinaria, que formaba parte del “ordenamiento jurídico estatal”, según la fórmula que prevaleció precisamente contra quienes quisieron darle categoría constitucional. Por tanto, el Parlamento puede derogarlo. “Las leyes alcanzan su justificación de una norma superior en el orden jerárquico de las normas del Derecho. Este principio de la unidad del orden jurídico está recibido por toda la Humanidad civilizada. Las leyes obligan nos sigue diciendo Recaséns, desde el pensamiento de Kelsen *“como leyes porque nacen y porque alcanzan su fuerza de una norma suprema, que es la*

³²³ *Ibíd.*

³²⁴ *Ibíd.*

³²⁵ *Ibíd.*

³²⁶ *Ibíd.*



*Constitución, de igual manera que los reglamentos y las sentencias alcanzan su fuerza de una norma superior a ellos, que es la ley. Una ley no puede señalar por sí misma las condiciones para ser derogada, porque entonces esa ley usurpa disposiciones y características que no residen en ella, sino en la norma siguiente de la escala del orden jurídico único constitucional*³²⁷.

Fue el propio José Antonio quien en otras ocasiones, sobre todo en su discurso de 1935 a los estudiantes del S. E. U., -al decir de Recaséns- en el que expresamente refirió *“que es la doctrina pura del Derecho expuesta por el profesor Kelsen la que ha venido a reducir al área de nuestra disciplina a sus justos límites, haciendo ver que el problema de la justicia no es jurídico, sino metajurídico, y que los fundamentos absolutos que justifican el contenido de una legislación se explican por razones éticas o sociológicas que quedan fuera del Derecho*³²⁸.

Por consiguiente, la mayor misión del jurista que opera el Derecho, es manejar el aparato jurídico con el rigor que pone para manejar un aparato de relojería, sin recurrir a principios y verdades pertenecientes a disciplinas totalmente extrañas, aunque ellas le sirvan de auxiliar, cuidando de una técnica neta y exacta y no olvidando que, en el Derecho, toda construcción confusa, oculta en el fondo una injusticia.

También estuvo en igual ángulo de pensamiento, desde la mirada de Kelsen³²⁹, la discusión en torno al Tribunal de Garantías Constitucionales, institución análoga a la del Alto Tribunal austríaco de justicia Constitucional. Como es sabido, Kelsen fue el autor del proyecto de ley que creó dicho Tribunal, en el que además actuó como miembro y reportero permanente.

La institución funcionó así como una realización práctica de las ideas de Kelsen, continúa sosteniendo Recaséns, *“en orden a la regularidad de los actos*

³²⁷ *Ibíd.*

³²⁸ Recaséns Siches, Luis. **Tratado general de Filosofía del Derecho**. Págs. 93-119.

³²⁹ *Ibíd.*



de creación y aplicación de Derecho y a la anulación de los actos inconstitucionales como garantía principal y más eficaz de la Constitución.

La doctrina sobre este punto la expuso Kelsen con mucha claridad en un artículo publicado en la *Revue de Droit Public*, en 1928: “*La garantie juridictionnelle de la Constitution*”³³¹. En él defiende que la garantía de la Constitución tiene que encomendarse precisamente a un órgano distinto del Parlamento, el cual se considera creador soberano de Derecho y no un órgano de aplicación de Derecho, vinculado por la Constitución.

La objeción basada en la soberanía del Parlamento cae, pues, por su base, y así tampoco admite Kelsen “*la que se funda en el principio de la separación de poderes, pues un Tribunal que anula una ley se convierte en órgano legislativo*”³³². No se trata, sostiene el jurista, de una violación, sino de una confirmación del principio de la separación de poderes pues se evita la concentración de poderes en un solo órgano y la cuestión de saber si el órgano llamado a anular las leyes inconstitucionales puede ser un tribunal, carece de importancia.

Como objeto de la competencia de ese Tribunal, señala Kelsen: “*No solo la ley, sino los reglamentos y los tratados internacionales y, en determinadas circunstancias, ciertos actos jurídicos individuales*”³³³. La consecuencia de su actuación tiene que ser la anulación de la norma irregular, y una Constitución a la que le falta la garantía de la anulabilidad de los actos inconstitucionales no es plenamente obligatoria en el sentido técnico de la palabra; la política, que reviste de una aparente firmeza a la Constitución sometiendo a difíciles requisitos su reforma, la invalida en la práctica, concediendo una fuerza jurídica obligatoria superior a cualquier acto jurídico de un órgano estatal, o incluso, realizado por los particulares.

Tal derrotero kelseniano, tras sus postulados constitucionales, soportan observar que el art. 121 de la Constitución de la República española, de 1931

³³⁰ *Ibíd.*

³³¹ Kelsen, Hans. **Teoría general del Derecho y del Estado**. Págs. 224-225.

³³² *Ibíd.*

³³³ Kelsen, Hans. **Compendio de teoría general del Estado**. Pág.154.



preveía la instauración de un Tribunal de Garantías constitucionales, que, sobre todo, en el Anteproyecto de la Comisión Jurídica Asesora, se inspiraba claramente en el sistema austríaco.

Las Cortes Constituyentes introdujeron diversas atenuaciones en esta materia. *“Fue objeto de debate si la Constitución prejuzgaba o no la índole del sistema a que el Tribunal debía obedecer, principalmente en el sentido de si la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal implicaría la anulación de la ley erga omnes o solamente la inaplicación en el caso concreto, y si, por tanto, debía instaurarse el sistema austríaco o el sistema norteamericano”*³³⁴.

*“Destacados juristas, como Sánchez Román, se manifestaron en favor de este último sistema, al paso que otros como Elola, Jiménez de Asúa y Recaséns Siches propugnaban abiertamente la tendencia austríaca. Elola, por ejemplo, creía incluso que la cuestión estaba prejuzgada por la Constitución en favor del sistema austríaco, punto de vista al que además se adhería doctrinalmente con citas expresas de las doctrinas de Kelsen y de Adolf Merkel”*³³⁵.

Jiménez Asúa, creía que cuando *“la Comisión de las Cortes atenuó el rigor lógico del anteproyecto, rígidamente inspirado en el sistema austríaco, lo hizo en uso de una real libertad, pues la letra de la Constitución no prejuzgaba nada, aunque el espíritu de la misma estaba también del lado austríaco”*³³⁶. Y con argumentación muy kelseniana decía, *“que el Tribunal de Garantías Constitucionales era una defensa, un guardián de la Constitución, creado sin intención política alguna, creado con la más pura de las intenciones de los hombres de Derecho, para defender nuestro Estado de Derecho”*³³⁷.

3.5. La interpretación normativa desde la visión kelseniana

La interpretación entendida en sentido amplio constituye, probablemente, una de las pocas figuras sobre las que nunca dejará de

³³⁴ Pérez Royo, Javier. **Curso de Derecho constitucional**. Pág. 19-54.

³³⁵ Atienza, Manuel. **Para una razonable definición de “razonable”**. Págs.189-200.

³³⁶ Jiménez de Asúa, Luis. **Discurso presentando el Proyecto de la Constitución española de la nueva República, el 27 de agosto de 1931**. En **Textos y documentos de historia moderna y contemporánea (siglos XVIII-XX)**. Págs. 378-390.

³³⁷ *Ibíd.*



escribirse. La justificación de este interés estriba en la importancia que le viene dada a la interpretación, habida cuenta de que configura un fenómeno que se proyecta sobre los diversos ámbitos de la vida humana.

Ya en épocas remotas, *“la interpretación fue objeto de estudio y definición por parte de numerosos autores, que trataron de desentrañar los diferentes perfiles que presenta esta figura”*³³⁸. Desde entonces y hasta la actualidad no han cesado los estudios y las obras en torno a la actividad interpretativa que, sin embargo, lejos de agotar la materia no han supuesto sino un inicio del análisis de los múltiples aspectos que esta encierra y que, sin duda, continuarán siendo abordados en el futuro.

En la interpretación dentro del ámbito del Derecho -conviene recordar- las normas jurídicas nacen para la regulación de las relaciones intra-subjetivas en una determinada estructura social y política. De acuerdo con ello, la vida de tales normas se justifica en su aplicación cotidiana y, en este sentido, se ha de advertir que toda aplicación normativa implica una operación interpretativa de sus propios términos, alcance, contenido y finalidad.

Se explica así, por tanto, que el fenómeno de la interpretación normativa constituya un lugar común dentro de los tópicos centrales de *“la teoría general del Derecho, así como uno de los núcleos duros en la técnica jurídica de todos los sectores del ordenamiento”*³³⁹. En efecto, la interpretación se encuentra tan profundamente arraigada en Derecho que, como bien afirma Raz, *“en ocasiones ni siquiera nos planteamos el porqué de tal operación en este campo”*³⁴⁰.

Siguiendo este análisis, la mayoría de los autores que han tratado el tema han venido a destacar el carácter necesario de esta operación en sede jurídica. Ya resalta Cotta que *“el Derecho no implica facilidad, ausencia de esfuerzo, por el contrario, exige una continua y fatigosa atención”*³⁴¹.

³³⁸ Aristóteles. **“Organon”, introducción y notas de G.** Págs. 55-57.

³³⁹ Von Hippel, E. **La interpretación del Derecho.** Pág.556.

³⁴⁰ Raz, José. **Por qué interpretar.** Pág.25.

³⁴¹ Cotta, Sergio. **Itinerarios humanos del Derecho.** Pág.131.



En otras palabras, la interpretación es siempre necesaria, señala Trabucchi, *“porque el texto de la ley es una fría sucesión de palabras que debe reavivarse”*³⁴². Aquí radica, precisamente, la función y el valor de la ciencia jurídica que, según Galloni, *“se centra en aclarar y reconstruir en cada momento el ordenamiento jurídico”*³⁴³. Por consiguiente, la idea a extraer podría sintetizarse, siguiendo en este punto a Stone, *“en que la necesidad de la actividad hermenéutica no puede ser razonablemente negada en el ámbito de Derecho”*³⁴⁴.

Kelsen trata *“la interpretación normativa en el Capítulo X de su obra teoría pura del Derecho”*³⁴⁵. Para Kelsen, *“la interpretación es la operación del espíritu que acompaña al proceso de creación del Derecho al pasar de la norma superior a la inferior. No solo se interpreta cuando el juez va a aplicar la ley, emitiendo así la norma individual referida al caso concreto que viene a ser su sentencia, sino también cuando el Poder Legislativo se pronuncia en su actividad legislativa, para lo cual tiene que aplicar la Constitución y para cuyo efecto no puede dejar de interpretar dicha Carta Magna”*³⁴⁶. Sostiene que hay también interpretación de normas individuales: sentencias judiciales, órdenes administrativas, actos jurídicos, etc. En síntesis, toda norma es interpretada en la medida en que se desciende un grado en la jerarquía del orden jurídico para su aplicación.

Kelsen acepta que toda norma, aunque solo parcialmente, determina el acto jurídico por el cual es aplicada. En la medida o parte en que no lo determina, la norma superior (debo entenderse la norma a interpretar) es un marco abierto a varias posibilidades (o en todo caso, siempre por lo menos habrán dos) y todo acto de aplicación será conforme a la norma si no se sale de este marco.

Finalmente, podemos mencionar tal como ya habíamos referido, que Kelsen entiende que la interpretación es un acto de voluntad pues la creación

³⁴² Trabucchi. **Instituciones de Derecho civil**. Pág.46.

³⁴³ Soto Nieto, Francisco. **El razonamiento jurídico y la interpretación del Derecho**. Pág. 491.

³⁴⁴ Casals Colldecarrera, Mariló. **La interpretación**. Pág. 23.

³⁴⁵ Kelsen, Hans. **Teoría pura**. *Op. Cit.* Pág. 151.

³⁴⁶ *Ibíd.*



de la norma individual está destinada a llenar el marco libre establecido y dejado por la norma general (la norma interpretada y aplicada).

Hasta antes de Hans Kelsen, escribe Ariel Álvarez Gardiol, “se tenía la idea, según toda teoría de la interpretación, que para todo caso existía la solución correcta, por lo que la interpretación requería solo de encontrar el método adecuado para dilucidarla”³⁴⁷. Continúa el autor argentino precisando que Kelsen, a través de la teoría del ordenamiento jurídico, ve la interpretación como un problema de voluntad, mucho más que de cognición.

Para Kelsen, nos dice Álvarez Gardiol y con ello coincidimos, “la norma es un marco de posibilidades con varios contenidos jurídicos potenciales y aplicables todos ellos como posibles”³⁴⁸. Es un marco, abierto o no, de posibilidades, pero siempre jurídicamente posibles todas ellas. La determinación de la solución correcta (elegida), en ningún caso pertenece a la teoría del Derecho, sino a la política jurídica.

En su acostumbrada posición a la teoría pura de Kelsen, la conocida teoría de Cossio, sostiene que no es la ley lo que se interpreta sino la conducta humana, a través de la ley.

Siguiendo este punto de contraposición, explica Álvarez Gardiol, que la teoría de Cossio parte del concepto que el Derecho es “la libertad metafísica fenomenalizada en la experiencia”³⁴⁹, o, en otras palabras, la conducta humana. Entiende que este es el punto de partida de toda elaboración de Cossio y el objeto del Derecho.

Por su parte, Werner Goldschmidt, en su comentario a esta teoría, considera que “la teoría de Cossio tiene doctrina sociológica de la interpretación, según la cual el objeto de la interpretación no es la norma sino la conducta por medio de la norma”³⁵⁰.

³⁴⁷ Álvarez Gardiol, Ariel. **Manual de Filosofía del Derecho**. Págs. 15-17.

³⁴⁸ *Ibíd.*

³⁴⁹ *Ibíd.*

³⁵⁰ Goldschmidt, Werner. **Introducción filosófica al Derecho**. Pág. 115.



La norma, según GoldSchmidt y exponiendo sobre la teoría de Cossio, *“no es sino el medio, comparable al lenguaje, a través del cual conocemos el verdadero objeto de la interpretación que es la conducta.”*³⁵¹ Lo que de la posición del autor alemán es factible obtener, como la razón de su posición, es que lo que Cossio nos viene diciendo cuando habla de la interpretación de la conducta a través de la norma, no se trataría en verdad de la interpretación de ella, sino su aplicación, ya que mientras que la interpretación de la norma, tiende un puente de la norma a la voluntad de su autor, la aplicación tiende un puente entre esta y la conducta a enjuiciar, cuya posición corresponde al operador que la aplica.

Llevaba Kelsen, en su teoría, el principio de la aplicación piramidal en la interpretación normativa, afirmaba que *“el sistema jurídico no es otra cosa que la forma en que se relacionan un conjunto de normas jurídicas y que la principal forma de relacionarse estas, dentro de un sistema, es sobre la base del principio de jerarquía”*³⁵².

Este escalonamiento de forma piramidal desde el reglamento hasta la Constitución estará regida por norma básica y fundamental; pero dentro del sistema quien otorga validez a la misma afirma Kelsen *“es la norma fundamental sin embargo, hay que entender que es un norma hipotética; atingente con la metodología de la investigación científica pero discutible en el plano del Derecho por considerarse epistemológicamente una socio-técnica, y entonces las cuestiones hipotéticas muy válidas en las teorías científicas, llámese por ejemplo astrofísica; en el campo del Derecho tiene una transitividad pues al quedarse en hecho hipotético o norma presupuesta podría desembocar en ficción, ya que no hay poder que haga cumplir tal o cual norma”*³⁵³.

Sobre este aspecto mismo, vale destacar, sin embargo, como sostiene Legaz y Lacambra que *“así como podemos encontrar una limitación al planteamiento de Kelsen, desde la práctica organizada y sistemática del Derecho este escalonamiento y su validez dado en función de otro superior y*

³⁵¹ *Ibíd.*

³⁵² Legaz y Lacambra, Luis. *Op. Cit.* Pág. 27.

³⁵³ Kelsen, Hans. En Legaz y Lacambra, Luis. *Op. Cit.* Pág. 29.



*este superior en continuo cambio respecto de los hechos, nos lleva al carácter perfectible de la teoría si es que se tomaría en cuenta los hechos políticos negando así lo absoluto*³⁵⁴.

No podría faltar para concluir en este punto y como debe ser, que desde el enfoque positivista Kelsen concluía que toda norma encima de otra norma nos remitía a una norma hipotética fundamental, que es para Kelsen una hipótesis o presuposición trascendental necesaria para postular la validez del Derecho y de ahí la existencia misma de la norma base o fundamental, a la cual denominó Constitución.

3.6. Hacia una moderna concepción de la norma jurídica

La existencia de normas es un soporte jurídico, que se constituyen en soporte de ayuda a una autoridad, ya sea un tribunal o un juzgado. Estas se nos presentan como obligatorias, por pedirse su aplicación a través de algunos órganos y estos tienen que hacerla cumplir.

El Estado, el cual tiene el papel político de organizar, es el que se encarga de determinar qué normas han de gozar de protección y cuáles son establecidas y autorizadas.

El jurista tiene que tener en cuenta que el Derecho tiene problemas generales y que estos consisten en las diferentes teorías que han surgido a lo largo de la historia, las cuales son derivaciones del mundo actual. Al jurista no le importa tanto qué es Derecho, según lo observado por Hegel, sino lo que *“le interesa es cada caso concreto y que esta labor puede desenvolverla con independencia de las discusiones filosóficas referentes al Derecho*³⁵⁵.

En este sentido, las interrelaciones originadas durante los procesos históricos marcan el momento de la creación jurídica estatal, a la vez que lo condicionan; y una vez iniciado se convierte en un elemento relativamente independiente para regular la sociedad, con lo que se llega a identificar al

³⁵⁴ Legaz y Lacambra, Luis. **Op. Cit.** Pág. 29.

³⁵⁵ Hegel, Georg Wilhelm Friedrich. **Filosofía del Derecho.** Pág. 235.



Derecho como una realidad autónoma. Algo útil para el estudio particular de categorías, pero errado en su noción de fenómeno social.

“Ya desde mediados del siglo XIX ha quedado claro que para comprender las relaciones jurídicas hay que tener en cuenta las condiciones materiales de vida de la sociedad en que se desarrolla”³⁵⁶, y se “ha refutado la noción de que la legislación sea un elemento independiente que deriva la justificación de su existencia y las razones de su desarrollo y de sus propios fundamentos interiores, pues se olvida que el Derecho se origina en sus condiciones económicas de vida, envuelto en el juego mutuo de acciones y reacciones entre todos los factores sociales, y en especial, con el aparato de poder del cual deviene y que lo impone”³⁵⁷.

El Derecho no es “norma y solo norma”³⁵⁸ como afirmara en la ya analizada teoría pura del Derecho Hans Kelsen, sino que está impregnada de un fuerte y vasto conjunto de elementos sociales, políticos y culturales, económicos y también de valores morales y de conducta en una sociedad determinada, sin obviar que la creación normativa es a la vez resultado de las luchas y logros sociopolíticos de clases, grupos y sectores sociales representados en el órgano supremo de poder y con los agentes sociales que lo aseguran.

Consecuentemente, el Derecho tiene carácter regulador, y por esa misión histórica, fija y consagra lo obtenido, lo querido y como resultado de tal función se dictan las disposiciones aseguradoras de las conquistas. Ejemplos múltiples se tienen a través de toda la historia, luego de las grandes revoluciones, se aprueban Constituciones, como normas base que marcan la posición del Estado que se constituye, como resultado de ello, su soberanía y los aspectos trascendentales de cara al orden interno a construir y para el mundo (urbe-orbe).

Esta función muestra al Derecho como un fenómeno posterior al hecho, como ente legitimador jurídico, portador de la validez formal posterior en tanto

³⁵⁶ Marx, Carlos. **Prólogo de La contribución a la crítica de la economía política**. Pág. 342.

³⁵⁷ Engels, Federico. **Contribución al problema de la vivienda**. Tomo 1. Pág. 602.

³⁵⁸ Kelsen, Hans. **Teoría pura del Derecho**. *Op. Cit.* Pág.334.



asiste al cambio, pero consolidando jurídicamente las modificaciones que en las costumbres, concepciones e instituciones de la sociedad se ven produciendo durante un determinado periodo histórico, las que no tendrían ninguna estabilidad si no obtienen una consagración jurídica.

Tampoco podemos desatender que el Derecho es un fenómeno social y un elemento de la realidad de esta y no es solo normatividad posterior, sino que constituye también una parte contextual donde se aplica, que a la vez que nace de la sociedad la condiciona, la moldea.

“La propia interacción antes expresada hace que el Derecho también se manifieste como propulsor de transformaciones y asista al cambio social estimulándolo, como guía del futuro quehacer o instrumento de cambio, lo que le hace aparecer como un fenómeno pre-social, independiente y anterior a la realidad, aun sin serlo. Esta posición del Derecho como instrumento del cambio social, ha sido defendida por diversos autores, Rudolf Stamoniel, María José Añón, Roscoe Pound, Julius Stone, entre otros”³⁵⁹.

³⁵⁹ Añón, María José. **Derecho y sociedad**. Pág. 80.



CAPÍTULO IV

INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTACIÓN

4.1 De la interpretación de la norma jurídica

Ya habiendo realizado un análisis respecto a la interpretación de la norma y la posición de Kelsen sobre este interesante punto, no podríamos más que adentrarnos desde su pensamiento en el ámbito de la interpretación jurídica. Este es un aspecto importante del Derecho y sirve como colofón de la vasta preocupación del maestro sobre este ángulo del complejo quehacer de la materia y de los profesionales encargados de llevarla adelante.

Desde tiempos muy remotos el hombre como ser social se ha desempeñado en las distintas profesiones u oficios, con la finalidad de que ellas cubrieran ciertos servicios o requerimientos que se suscitaban en la sociedad, para de ese modo recuperar u obtener una mejor situación en términos de beneficios o de bienestar.

Así, los primeros hombres enfrentaron problemas en su salud física, y para procurar resolverlos, aparecieron los primeros médicos que intentaban superar esas dificultades en aquel terreno.

También, frente a la necesidad de levantar edificios o construcciones estuvieron aquellos primigenios arquitectos que contaban con habilidades, experiencias o conocimientos especiales como para llevar felizmente a cabo esos requerimientos.

En suma, las profesiones quedaron estrechamente vinculadas al servicio para obtener o potenciar ciertos bienes que las personas apreciaban, por eso, cuando el servicio se prestaba no *para el bien humano* sino para perjudicar o *hacer mal*, no se estaba frente a alguien que debía ser reconocido y apreciado, sino frente a alguien que debía ser sancionado moral o jurídicamente. Esta dimensión ética intrínseca a las profesiones se ha mantenido en el devenir histórico del desarrollo social, al igual que la negativa de reconocer *un profesional* en aquel que se dedica al robo, a la venta de drogas, etc., aunque

lo haga con vocación, habitualidad, eficiencia, capacitación o esfuerzo. A esta clase de persona se le ha estigmatizado como delincuente.



La lógica señalada respecto a la gestación de las profesiones antes referidas también se corrobora en el campo jurídico. En este sentido, el trabajo de los juristas a través de la historia poco ha cambiado en su esencia. Estos nacieron para resolver problemas jurídicos a los ciudadanos o a las autoridades. Básicamente, su trabajo fue responder acerca de lo que le correspondía a cada una de las partes en conflicto, o dicho de otra manera, establecer si cierta conducta estaba obligada, prohibida o permitida por el Derecho, basándose en las normas jurídicas que regulaban a las sociedades, respectivamente.

Ese fue el servicio que los juristas brindaban para el bienestar o bien común, pues su contribución era que cada uno conservara “lo suyo” y se saldaran las deudas, de ese modo la justicia podía favorecer una sólida paz social. De esta forma se necesitaron distintos tipos de juristas, además del abogado que evacuaba dudas o daba consejos a sus usuarios, o del profesor que enseñaba el Derecho, también fue necesario que alguien con autoridad dijera imperativamente el Derecho (*iuris-dictió*), es decir, que aplicara o interpretara la norma jurídica del caso en concreto.

El Derecho, como cualquier otra ciencia, ha sufrido a lo largo del tiempo profundos cambios sobre el sentido y la finalidad intrínseca del trabajo del jurista. Así, si se parte de admitir que el Derecho está o debe estar, contenido en la ley de manera precisa, el jurista debe reducir su búsqueda de respuestas a lo establecido en la norma jurídica, pero si se asimila igualmente que el Derecho rebasa los límites intrínsecos de la ley, se abre espacio más diverso para el trabajo jurídico de la interpretación de dicha norma jurídica.

En una primera aproximación al trabajo del jurista frente a la aplicación del Derecho a los casos concretos, se le comenzó a llamar *interpretación jurídica*, y cuando decidía un conflicto, evacuaba una duda u ofrecía una respuesta autoritaria era a través de la interpretación de la ley. Hoy la *interpretación* ha quedado asociada al Estado que se fraguó a partir de la



Revolución francesa e imperó pacíficamente hasta después de la Segunda Guerra Mundial, período a partir del cual se produjeron cambios en todos los órdenes de la vida social y por lógica alcanzó al Derecho.

En la cultura jurídica generada en un momento histórico, previo a la Segunda conflagración Mundial, se entendía y se enseñaba que la interpretación identificaba el trabajo del jurista, y consistía en aplicar la ley luego de haberla interpretado y descubierto en ella la respuesta buscada.

En la actualidad, los juristas van no solo a la ley, sino también se auxilian del Derecho vigente, y no en pocas ocasiones, se encuentran más de una respuesta, debiendo escoger solamente una de ellas; lo que exige una específica y compleja labor de *interpretación de la norma jurídica* a favor de la posición asumida, como razón de la ley que se ha adoptado y que sirva como basamento para, ante los demás, ya sea el destinatario de la decisión u otra autoridad jurídica, o no, a quienes interese revisar o ejecutar la decisión convenida.

Esa posibilidad de encontrar más de una respuesta en buena medida está ligada a que la Constitución se ha reconocido como fuente del Derecho, y en ella hay básicamente principios, valores o Derechos humanos que tienen esa capacidad potencial de generar respuestas en manos de juristas preparados para ello.

De igual manera, la interpretación jurídica se ha convertido en necesidad, debido a los diferentes, complejos e inesperados cambios sociales, a los cuales el Derecho vigente no es capaz de dar respuesta expresa por la ausencia de una normativa que se atempere a la realidad objetiva cambiante. Y tal sentido se aplica dentro la norma jurídica existente, la que de manera más efectiva sea capaz de dar solución al caso concreto, y consecuente con ello, comienzan a aparecer los precedentes judiciales y una constante base de criterios jurisprudenciales que van adaptando las diferentes situaciones fácticas, a la norma jurídica existente.



Perelman y Viehweg, fueron quienes en Europa continental, en la década de los cincuenta del pasado siglo, retoman la necesidad de interpretar el Derecho, reconociéndoseles como promotores de las antiguas e incipientes teorías de interpretación y argumentación, ya que indistintamente promueven la *“nueva retórica, que remite a la retórica de Aristóteles, o postulando la tópica desde la autoridad originaria de Cicerón. De esta manera se presenta la argumentación, como el nuevo nombre de la interpretación, que a su vez la realza a escaños superiores de exigencia en cuanto a la correcta aplicación del Derecho, como barreras del ciudadano frente a los incuestionables e inquebrantables poderes punitivos de los Estados”*³⁶⁰.

4.2. El Derecho como materia de interpretación

Después de haber analizado en el capítulo anterior como hemos referido la interpretación de la ley, desde el pensamiento de Kelsen y las teorías que la han secundado o no, sería oportuno ver la interpretación del Derecho, para lo que es bueno saber el reconocimiento que se le ha dado a la Constitución, en tanto ha dejado de ser un programa político dirigido exclusivamente al legislador y ha pasado a ser no solo una plena fuente del Derecho para todos los juristas, sino la más importante de ellas (la fuente de las fuentes), a punto que desde ella se controlan todas las demás normas jurídicas. Esta, además, se ha convertido en directamente aplicable.

El Derecho se considera materia de interpretación, a partir del momento en que se quiebra la identidad tradicional entre ley y Derecho, que se estableció en Europa continental, con la implantación del Código de Instrucción criminal francés y los diversos códigos nacionales de otros Estados a los que el primero les sirvió de inspiración; ruptura que tuvo lugar con la condena lograda a los nazis en Nuremberg, una vez concluida la Segunda Guerra Mundial, bajo el fundamento de que estos *“cumplieron la ley, pero violaron el Derecho”*³⁶¹.

En este sentido, nos dice sintéticamente Zagrebelsky: *“La ley formula su Derecho por medio de normas, mientras que la Constitución lo hace a través de*

³⁶⁰ Spaeman, Robert. **Sobre el concepto de una naturaleza del hombre, en lo natural y lo racional.** Pág. 37.

³⁶¹ Von hering, Rudolf. **La dogmática jurídica.** Pág. 132.



*principios (valores o Derechos humanos)*³⁶². Por ello, los juristas en la totalidad de los casos deben concretar el control de validez desde el Derecho constitucional, respecto a la totalidad de las normas que casualmente pueden aplicar. En esa confrontación están incluidas las legales, y ese control no se reduce a lo formal o procedimental, sino también a lo sustancial o material.

En la actualidad, el Derecho se ha constitucionalizado, lo que equivale a decir que ha alcanzado niveles superiores, es decir, que el Derecho tiene hoy un fuerte contenido axiológico; de manera que más allá de las distintas y necesarias especializaciones en las diferentes ramas de la ciencia del Derecho, el jurista no puede ignorar el Derecho constitucional, y el complemento que para este han significado los Tratados de Derechos Humanos. Todo jurista debe de algún modo directo o indirecto operar el Derecho constitucional, e incluso, utilizarlo eventualmente de oficio, cuando tiene que decir el Derecho.

Ya respecto a esta particular connotación jurídica, estatal y social de la Constitución, como fuente máxima de norma jurídica y ley de leyes, habíamos tratado, respecto al pensamiento de Kelsen, erigido sobre ella y respecto a ella. No es ocioso afirmar, que el maestro vienés no se cansó de elevar la fuerza y designios de la Constitución y su fortaleza en la construcción de la democracia.

Para Kelsen, el concepto de Constitución puede tener dos acepciones distintas. La primera de ellas, tiene un carácter lógico-jurídico, y dice que *“la Constitución constituye la norma hipotética fundamental, cuya función es servir de fundamento lógico trascendental de validez de la Constitución jurídica positiva”*³⁶³. El segundo concepto que Kelsen usa para llenar de significado a la Constitución, es de carácter jurídico-positivo, y dice que es *“la norma positiva suprema en el orden estatal, es aquella norma que regula la creación de todas las otras normas en el orden interno”*³⁶⁴.

Según Kelsen, la Constitución puede ser contemplada en dos sentidos: en un sentido material y en un sentido formal. En su sentido material está constituida por los preceptos que regulan la creación de normas jurídicas

³⁶² Zagreblesky, Gustavo. **El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**. Pág. 23.

³⁶³ Kelsen, Hans. **Metamorfosis de la idea de justicia**. Vol.00, Págs. 83-123.

³⁶⁴ *Ibíd.*



generales y, especialmente, la creación de leyes. Además de la regulación de la norma que crea otras normas jurídicas, así como los procedimientos de creación del orden jurídico; también desde el punto de vista material, la Constitución contempla a los órganos superiores del Estado y sus competencias.

Otro elemento que contiene dicho concepto material se refiere a las relaciones de los hombres con el propio poder estatal y los derechos fundamentales del hombre. La Constitución en sentido material implica su contenido, que a su vez se presenta en tres modalidades:

- 1) El proceso de creación de las normas jurídicas generales.
- 2) Las normas referentes a los órganos del Estado y sus competencias.
- 3) Las relaciones de los hombres con el control estatal.

La Constitución en sentido formal, al decir de Kelsen, es cierto documento solemne, un conjunto de normas jurídicas que solo pueden ser modificadas mediante la observancia de prescripciones especiales, cuyo objeto es dificultar la modificación de tales normas. La Constitución en sentido formal es la norma jurídica suprema. Hay una distinción entre las leyes ordinarias y las leyes constitucionales (Bloque de Constitucionalidad); es decir, existen normas para su creación y modificación mediante un procedimiento especial, distintos a los establecidos para reformar leyes ordinarias.

Kelsen se esforzó en desarrollar en su análisis sobre la Constitución, y en general sobre todo el ordenamiento jurídico, una teoría que la depure de cualquier consideración ajena a lo netamente jurídico. A raíz de esto, es que Kelsen pone énfasis en realizar su análisis desde el punto de vista de la validez de las normas, más que en su eficacia o eficiencia.

“Así, sus conceptos de Constitución se relacionan entre ellos, siendo el primero de los aquí nombrados (el concepto lógico-jurídico) el fundamento de



validez del otro (concepto jurídico-positivo), y este último, es a su vez el fundamento de validez de todo el resto del ordenamiento jurídico”³⁶⁵.

Sobre el poder constituyente, Kelsen nos dice que “la doctrina del *pouvoir constituant* no puede tener otro sentido que el de poner dificultades a la modificación de las normas que fundamentan ciertos casos del Derecho positivo”³⁶⁶, no distinguiendo así, entre Poder Legislativo y poder constituyente, otorgándole a ambos solo esferas de competencias distintas.

“Las concepciones del Derecho más características del siglo XX, han tenido como tendencia el descuido, o, al menos, no han centrado particularmente su atención en la dimensión argumentativa del Derecho, razón por la cual se entiende que exista en la actualidad un interés de conocimiento en construir teorías jurídicas más completas y que llenen esa laguna”³⁶⁷. Así, en la contemporaneidad, a partir de su auge cada vez más creciente en el ámbito del Derecho y su aplicación misma, se ha hecho posible la necesidad del aumento de la argumentación jurídica.

La práctica del Derecho, con especial observancia en los Derechos del Estado constitucional, parece consistir de manera relevante en argumentar. Aquí las imágenes más populares del Derecho pueden resultar del desarrollo de un juicio que tienden a que se destaque esa dimensión argumentativa.

La dimensión argumentativa se muestra de manera clara en la cultura jurídica anglosajona, sobre todo y de forma peculiar, en la norteamericana, la que mantiene sistemas procesales basados, donde cobran clara virtualidad principios trascendentales del proceso como contradicción, defensa, e igualdad de armas, etc. En esta el Derecho es concebido tradicionalmente desde la perspectiva de los sujetos procesales clásicos, el juez, el fiscal y el abogado defensor y no desde la cosmovisión del legislador o desde la representación abstracta del teórico o dogmático del Derecho como ocurre en sentido general en las culturas del continente europeo y latinoamericano.

³⁶⁵ Nogueira, Humberto. **Teoría de la Constitución**. Pág. 25.

³⁶⁶ Kelsen, Hans. **Teoría del Estado**. Pág. 331.

³⁶⁷ Atienza Rodríguez, Manuel. **El Derecho como argumentación**. Págs. 3-12.



Lo anterior de alguna manera da respuesta a las razones por las cuales los norteamericanos no han sentido con gran fuerza, hasta hoy, la necesidad de construir una teoría de la argumentación jurídica; pues en “los Estados Unidos de Norteamérica la práctica de la argumentación constituye el núcleo de la enseñanza del Derecho en las Facultades de Derecho”³⁶⁸. Sin embargo, resulta alarmante de cara al auge actual de la argumentación jurídica, que lo argumentativo en la práctica jurídica, se muestra crecientemente en los sistemas procesales de los ordenamientos jurídicos, de la gran familia de sistemas jurídicos occidentales, “la de los Derechos romano germánicos, en la que se incluye hoy a América Latina”³⁶⁹.

Por ejemplo, en la actualidad, América Latina está sumergida en un profundo proceso de reformas de los tradicionales procesos penales inquisitivos, que se mantuvieron en el área por más de un siglo; cambio procesal en el que se contempla el reconocimiento de la argumentación jurídica como garantía del debido proceso. Estas reformas comenzaron en el año 1992 en Guatemala, seguido de Costa Rica y Venezuela, al cual se han ido sumando paulatinamente el resto de los países de Latinoamérica.

Junto al constitucionalismo, que caracteriza a los sistemas jurídicos contemporáneos, hoy se apuesta al pluralismo jurídico, tendente a borrar los límites entre el Derecho oficial o formal y otros procedimientos alternativos para resolver los conflictos, todos sobre la base del reconocimiento del Derecho indígena. Al menos en principio, “la tendencia hacía un Derecho menos formal supone un aumento del elemento argumentativo o retórico del Derecho, frente al elemento burocrático y coactivo, como clara manifestación del poder punitivo del Estado”³⁷⁰.

Muy a tono con lo expuesto en este análisis nos dice Prieto Sanchís que “las sociedades occidentales han sufrido un proceso de pérdida de legitimidad basada en la autoridad y en la tradición; en su lugar como fuente de legitimidad

³⁶⁸ Robert, Alexy. **El concepto y la validez del Derecho**. Pág. 21.

³⁶⁹ Atienza Rodríguez, Manuel. **Op. Cit.** Pág. 3-12.

³⁷⁰ Atienza Rodríguez, Manuel. **Las razones del Derecho**. Pág. 71.



aparece el consentimiento de los afectados, la democracia³⁷¹. Este proceso tiene lugar en todas las esferas de la vida, y explica que el interés creciente por la argumentación, se presenta hoy como un interés vinculado al aumento de la democracia, y en tanto, no debe circunscribirse al campo del Derecho.

Siempre apunta este autor que el fenómeno de constitucionalización del Derecho al que ya se ha hecho referencia, supone un reflejo de la legitimidad de tipo democrático e incluye un elemento de ideal los Derechos humanos, que va más allá de la democracia o, si se quiere, que apunta a otro sentido de la democracia.

Dicho esto de otra manera, siguiendo el sentido del análisis y similar línea de pensamiento, la vinculación de la argumentación con la democracia varía en correspondencia a cómo se entienda la democracia. Si se concibe estrictamente como un sistema de Gobierno, una forma de tomar decisiones en la que se considera las preferencias de todos (donde funciona la ley de la mayoría), se muestra indiscutible que existe un vasto margen para la argumentación -mucho más amplio que en un Estado no democrático- aunque no necesariamente, o no siempre, para una argumentación de tipo racional que busque no simplemente la persuasión, sino la corrección. Sin embargo, las cosas son distintas en el caso de lo que se ha dado en llamar democracia deliberativa, es decir, la democracia entendida como un método en el que las preferencias y los intereses de la gente pueden ser transformados a través del diálogo racional, lo que no siempre se logra.

4.3. De la lógica formal a la interpretación

En los años 50 del siglo XX, cuando se produce un auge de la aplicación de la lógica al Derecho, dado por un lado, por la posibilidad de aplicar al Derecho las herramientas de la “nueva lógica matemática”³⁷², y por otra parte, “como derivación del nacimiento de la lógica deóntica o lógica de las normas”³⁷³; pero “también de otras tradiciones en el estudio de los argumentos,

³⁷¹ Prieto Sanchíz, Luís. **Justicia constitucional y derechos humanos**, Págs. 29-33.

³⁷² Klug, Ulrich. **Lógica jurídica**. En, Atienza Rodríguez, Manuel. **Las razones del Derecho**. **Op. Cit.** Pág. 73.

³⁷³ Ramírez, Santiago. **Pueblos y gobernantes al servicio del bien común**. Pág. 13.



afín a la concepción del razonamiento jurídico del autor norteamericano Levi³⁷⁴. Por eso, cuando en la actualidad se habla de teoría de la argumentación jurídica, se hace alusión a una forma de fundamentación que no se limita al uso de la lógica formal o de interpretación; pues el análisis lógico formal es solo una parte de la interpretación, e incluso, a veces a un tipo de fundamentación que se contrapone al de la lógica formal.

Así, sobre la naturaleza del Derecho, en el curso del devenir histórico se advierten tres grandes propuestas tradicionales, en las que se incluyen: el iusnaturalismo, el positivismo jurídico y la Sociología del Derecho.

En términos generales el iusnaturalismo, o del Derecho natural, sostiene que el Derecho va más allá de la codificación o el ordenamiento jurídico en su conjunto. De forma tal que todo sistema jurídico concreto será legítimo en tanto concuerde con los principios generales de un Derecho natural por encima de cualquier Derecho positivo. *“El iusnaturalismo no remite a una sola postura, sino más bien a un conjunto de doctrinas muy variadas, que coinciden en aceptar que el Derecho positivo, debe ser objeto de una valoración de conformidad con un sistema superior de normas o principios, que se denomina esencialmente Derecho natural”*³⁷⁵.

En su lugar, el positivismo jurídico, mantiene que Derecho es igual a Derecho positivo u ordenamiento jurídico; corriente en la cual se ubica al autor en estudio Hans Kelsen, quien como se ha expuesto, se mostró tal cual, en sus grandes obras *La teoría pura del Derecho* y *Teoría general del Estado*.

Por su parte, la posición de la Sociología del Derecho se basa en el silogismo jurídico que defiende la necesidad de que el estudio del Derecho asuma, en lo esencial, su influencia e incidencia en la realidad social en la que opera. De forma tal, que una genuina investigación jurídica no puede desconocer el particular contexto sociopolítico en el que se desarrolla todo fenómeno jurídico.

³⁷⁴ *Ibíd.*

³⁷⁵ Nino, Carlos. **Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica**. Pág. 16.



Sin embargo, y sin que ello implique una negación de lo antes señalado, se muestra interesante la propuesta de Atienza, en relación con los sistemas jurídicos occidentales, *“en el siglo XX, área geográfica, donde se manifiestan, fundamentalmente, otras concepciones, algunas de las cuales han jugado un papel nuclear y otras a las que podrían considerarse periféricas. Entre las concepciones que han presentado un rol fundamental se pueden mencionar el normativismo positivista, el realismo (como forma de positivismo) y el iusnaturalismo. Mientras que en la periferia habría que situar al formalismo jurídico, y a las concepciones escépticas del Derecho; incluyéndose dentro de esta última, en lo esencial, las corrientes de inspiración marxista, hasta la década de los años 70 del pasado siglo XX; y en la actualidad, las llamadas teorías críticas del Derecho, también de fuerte matiz marxista”*³⁷⁶.

*“Los efectos teóricos de la crisis del formalismo jurídico pueden sintetizarse en la aceptación generalizada de dos proposiciones: por un lado, la aceptación de indeterminación o contenido abierto del lenguaje jurídico, como que lenguaje natural; y, por otro, el hecho de que los órdenes jurídicos reales no satisfacen los postulados de plenitud y coherencia, que si no son propugnados explícitamente y están contenidos en la teoría mecanicista de la aplicación jurídica”*³⁷⁷.

Por su parte, las tesis antiformalistas dejaron sentado el carácter abierto y creativo del razonamiento jurídico y su conexión con el razonamiento práctico, moral y político. Bajo la influencia del relativismo y el escepticismo éticos, aparecen las corrientes irracionalistas de Kelsen y Ross, que *“concebían a la interpretación y aplicación del Derecho como un puro acto de decisión; ya sea por estipular o decidir entre los distintos posibles, el significado de una disposición legal; o por determinar la norma aplicable al caso concreto”*³⁷⁸.

“En su lugar, las teorías de la argumentación jurídica pueden considerarse como una alternativa superior al determinismo formalista y al

³⁷⁶ Atienza Rodríguez, Manuel. **Sobre la justificación de las decisiones jurídicas**. Págs. 15-35.

³⁷⁷ Zagrebelsky, Gustavo. **Op. Cit.** Pág. 27.

³⁷⁸ Atienza Rodríguez, Manuel. **Tras la justicia**. Pág. 21.



*irracionalismo, ya que parten de admitir que la aplicación e interpretación del Derecho lleva implícito la toma de decisiones, lo que no significa que no puedan ser identificadas y justificadas con buenas razones*³⁷⁹. La evolución de estas teorías desde sus primeros y erráticos estadios hasta nuestros días ha sido enorme, hasta el punto de poder hablar de un enfoque argumentativo en el estudio del Derecho.

*“El Derecho, es una técnica para resolver cierto tipo de problemas y para ello han de utilizarse -además de las normas vigentes- una serie de procedimientos conceptuales y de técnicas de argumentación características; que en el núcleo de cada caso jurídico, que no sea estrictamente rutinario, suele encubrirse una cuestión moral y/o política de trascendencia”*³⁸⁰. Como se advierte del anterior razonamiento, hay una relación de implicación entre una concepción no positivista del Derecho y una lógica no formal del Derecho.

En similar línea de pensamiento, pero con otras palabras, la lógica jurídica o la naturaleza de la lógica jurídica, estará determinada tanto por la ontología jurídica como por la epistemología jurídica, es decir, estará condicionada por la concepción que tengamos del Derecho, y lo que definamos como objeto de estudio de la ciencia jurídica, va a determinar en buena medida la naturaleza de la lógica jurídica.

Si se parte de una concepción positivista del Derecho, lo considera igual a norma jurídica o a sistema jurídico, y que la ciencia del Derecho tiene como objetivo principal la descripción y sistematización de este ordenamiento, entonces, de acuerdo con esto, la lógica jurídica remite a una lógica formal. Pues a través de este tipo de lógica es con lo que se pueden trabajar los conceptos de sistematización, completitud, detección y solución de contradicciones, etc.

Por el contrario, si se asume la posición de los reconocidos autores Robert Alexy, Carlos Nino, Manuel Atienza y Dworkin, y se mantiene que el Derecho es algo más que un conjunto de normas jurídicas y que la ciencia del

³⁷⁹ Nino, Carlos. **Op. Cit.** Pág. 21.

³⁸⁰ Atienza Rodríguez, Manuel. **Tras la justicia. Op. Cit.** Pág. 23.



Derecho no es neutral, se tiene que asumir también no solo a la lógica formal, sino a una teoría de la argumentación, que facilite la ponderación de principios y la construcción de tesis, normas y proposiciones jurídicas que lleguen a ser asimiladas desde la dogmática.

Muy a tono con lo expuesto Carlos Nino nos dice: *“La ciencia del Derecho, para ser una verdadera ciencia y no agotarse en un mero acarreo de materiales variables, debe ocuparse de esa estructura [de elementos históricos y contingentes]; esta consiste en un armazón conceptual que subyace a todo orden jurídico”*³⁸¹.

Profundizando en el tema del Derecho y la lógica formal, Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin nos dicen, que *“en cuanto sistema de normas, el Derecho debe adecuarse a ciertas pautas de racionalidad, la coherencia interna de las normas jurídicas, así como su compatibilidad mutua, son ejemplos de tales exigencias básicas. La eliminación de las contradicciones en las normas jurídicas es, por tanto, uno de los objetivos más importantes de la ciencia del Derecho. Un papel no menos importante desempeña en la teoría jurídica la idea de completitud, que ha sido muy debatida por los juristas y los filósofos del Derecho bajo el rótulo de “lagunas del Derecho”*³⁸². Por último, la independencia de las disposiciones legales y la consiguiente eliminación de las redundancias es también uno de los objetivos del legislador y del científico.

Partimos entonces que si entre las tareas de la ciencia del Derecho está la descripción y sistematización de las normas jurídicas, así como exhibir las propiedades fundamentales del sistema, entonces la lógica que resulta adecuada para estas cuestiones es precisamente la lógica formal. Una lógica formal que abarca desde una teoría de la definición, pasando por la suspensión de la ambigüedad de los términos jurídicos, así como la reducción de la vaguedad de estos hasta llegar a la aplicación al Derecho de técnicas lógicas del cálculo proposicional, cálculo cuántico, cálculo de clases, etc., para detectar

³⁸¹ Nino, Carlos. **Op. Cit.** Pág. 22.

³⁸² Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio. **Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales.** Pág. 29.

y superar contradicciones, así como para llevar a cabo el análisis de la completitud de los sistemas jurídicos.



Sin minimizar la importancia de la sistematización en el Derecho, necesario también resaltar el valor que tienen las funciones legislativas y jurisdiccionales para la ciencia jurídica. Es en este mismo ámbito que la lógica jurídica presente, es también una lógica formal. *“Dicha lógica deviene en insuficiente para enfrentar las exigencias actuales de lo que se quiere sean las decisiones judiciales y la respuesta del Derecho a los fenómenos sociales en un Estado de Constitución democrática”*³⁸³.

Así, la lógica formal juega también un trascendental rol en el discurso legislativo y jurisdiccional, pues en la formulación de leyes que realiza el poder legislativo, es necesario que dicho trabajo esté acorde con ciertos principios lógicos; que las formulaciones normativas sean claras, no ambiguas y en la medida de lo posible que se reduzca la vaguedad de los términos que se utilizan.

Respecto a la actividad jurisdiccional, y en particular en lo relacionado a la aplicación de las normas jurídicas a casos concretos, a través del proceso de subsunción del hecho en la norma, se debe aceptar que el juez lleva a cabo un razonamiento lógico deductivo. El juez parte de una norma jurídica, toma luego los hechos del caso concreto ventilado y posteriormente llega a su resolución por un puro proceso deductivo.

Si bien es cierto que para los casos rutinarios o también llamados en la literatura jurídica casos ordinarios, simples, el juez realiza un simple trabajo de subsunción, mientras que en los casos complejos, cada vez más frecuentes, y, que son los que importan a la teoría jurídica, el procedimiento deductivo resulta insuficiente, en estos, se muestra indispensable una sólida argumentación.

A la vez, hay posiciones teóricas del Derecho, como la jurisprudencia de intereses, que llegan a sostener que *“el juez toma sus decisiones de forma irracional o, por lo menos, más allá de lo racional y posteriormente las somete a*

³⁸³ Aguiló Joseph Regla. **Sobre Derecho y argumentación**. Pág. 7. Atienza Rodríguez, Manuel. **Las razones del Derecho**. *Op. Cit.* Pág. 73.



*un proceso de racionalización. La decisión, por tanto, no se basa en la lógica, sino en los impulsos del juez determinados por factores políticos, económicos y sociales, y, sobre todo, por su propia idiosincrasia*³⁸⁴.

Estas afirmaciones deben estimarse como una clara expresión de un extremo silogismo jurídico, ya que se debe admitir que la aplicación del Derecho y la interpretación de las normas jurídicas, no se reducen a un procedimiento mecánico, ni a una simple rutina de formulación de silogismos.

En síntesis, se debe asumir que tanto para la producción como la aplicación de normas jurídicas, el uso de la lógica formal es insuficiente, ya que entre otras cosas la clave del razonamiento jurídico, no se encuentra en el paso de las premisas a la conclusión, sino en el establecimiento de las premisas, es por ello que se hace necesario la inclusión de otro tipo de lógica, como la teoría de la argumentación jurídica.

En otro orden de ideas, se hace bastante usual presentar al positivismo jurídico a partir de la llamada *“tesis de las fuentes sociales del Derecho”*³⁸⁵, o sea (entendida en sentido amplio), la tesis de que el Derecho es un fenómeno convencional que se crea y se modifica por actos humanos; lo cual permite diferenciar esa postura del iusnaturalismo teológico de otras épocas, pero más difícilmente del iusnaturalismo contemporáneo (por más que el elemento teológico o religioso no haya desaparecido de todas las actuales versiones del iusnaturalismo).

Y algunos iusnaturalistas, por su lado, colocan el énfasis en la tesis de la necesaria conexión entre el Derecho y la moral, en la imposibilidad de distinguir netamente entre el ser y el deber ser, en la idea de que el Derecho no puede tener cualquier contenido, etc.; pero no es obvio que eso permita, por sí mismo, caracterizar una concepción del Derecho. Dicho desde otra perspectiva, se puede suscribir sin necesidad de hacer profesión de iusnaturalismo; y es una tesis que, si no se acompaña de alguna otra (como la de la no completa

³⁸⁴ Atienza Rodríguez, Manuel. **Las razones del Derecho. Op. Cit.** Pág. 59.

³⁸⁵ Ruiz Mañero, Juan. **Cincuenta años después de la segunda edición de la Reine Rechtslehre. Sobre el trasfondo de la teoría pura del Derecho sobre lo que queda de ella.** Pág. 39.



autonomía del Derecho respecto a la religión), dejaría fuera a buena parte de la tradición iusnaturalista.

El criterio antes referido permite un análisis comparado que podría arrojar resultados importantes. El esquema solo se utilizará como marco conceptual para explicar por qué ninguna de esas concepciones aporta una teoría satisfactoria de la dimensión argumentativa del Derecho.

Realizado el análisis precedente, se puede afirmar de manera categórica que los sistemas jurídicos de nuestros días obedecen básicamente a una combinación de elementos, que pueden ser cerrados y que admiten la innovación, y abiertos que aceptan la innovación; dentro de los primeros, podemos ubicar al sistema del Common Law desde el siglo XIX y los derechos codificados de tipo continental-europeo; y dentro de los segundos, los llamados “*sistemas de legalidad revolucionaria*”, entre los que se destacan el Derecho soviético de la era del socialismo en Europa del Este; o el tipo de Derecho orientado hacia políticos, característico del Estado social, lo que no significa que todos los sistemas y/o sectores del Derecho, lo sean en el mismo grado.

Esa caracterización puede ser utilizada como referente para admitir la diversidad de concepciones del Derecho que cabe encontrar entre operadores del sistema judicial, como jueces, abogados, etc., que operan bajo un determinado sistema jurídico. Así, refiriéndose a los jueces en el Derecho norteamericano, Summers³⁸⁶ advierte dos concepciones operativas (*wording conceptions*) que no constituyen una necesidad lógica, pero sí una necesidad pragmática (para operar en el sistema).

En los Estados Unidos de Norteamérica, se considera que las normas contenidas en la Constitución escrita, representan el Derecho supremo del país y a él quedan sometidos los órganos del Estado en el ejercicio de sus poderes, existiendo un férreo control de su constitucionalidad. En este sentido, el Tribunal Supremo Norteamericano en la sentencia *Marbury vs. Madison*, expresa que “*los poderes del legislativo son definidos y limitados y para que*

³⁸⁶ Summers, Robert. **El Derecho constitucional norteamericano hasta 1835**. Págs. 57 y ss. Pardo, Otto. **Derecho constitucional. Sistema de fuentes**. Págs. 13 y ss.



tales límites no se confundan u olviden se ha escrito la Constitución. Con posterioridad a esta sentencia la palabra “Constitución” o “constitucional” ya no designa un régimen, sino que hace referencia a una norma a la que hay que someterse todos los poderes del Estado. Así, en la actualidad, el fin de garantía del constitucionalismo, no se afirma únicamente con una organización y desde la seguridad y confianza en su adecuado funcionamiento, sino que se busca también desde lo normativo.

En este sentido, según Summers, *“puede distinguirse entre la concepción que concibe el Derecho como un conjunto de reglas preexistentes, ex ante a la labor judicial, y la que lo estima un método para reconciliar, a través de razones, conflictos originados por la existencia de consideraciones diversas en torno a un mismo fenómeno”*³⁸⁷. Las dos concepciones expuestas pueden valorarse desde tres perspectivas; primero, contribuyen a facilitar la identificación de los fenómenos normativos preexistentes; segundo, dan la posibilidad de interpretar ese material; y tercero, se tiene la oportunidad de crear nuevo Derecho, o lo que es igual, innovar el Derecho mediante el razonamiento. Por eso, Summers llega a la determinación de que *“la concepción del Derecho como razón es superior y resulta más operativa”*³⁸⁸.

De igual manera y conforme sostiene Atienza, *“el modelo de positivismo jurídico a la forma de Kelsen provoca un rechazo algo generalizado, en especial entre los jueces; primero, porque en el modelo de juez de la teoría pura no se ve que su actuar refleje la realidad de la aplicación práctica del Derecho y en segundo lugar, porque supone una imagen poco consciente o lúcida de la función judicial”*³⁸⁹. Sin embargo, una postura como la de Hart o Garrió, resulta más atrayente, es decir, *“la idea de que los jueces crean Derecho en mayor o en menor medida, solo en algunos pocos casos, mientras que en la mayoría se limitan a aplicarlo, tal y como aparece en la norma de manera pura, concreta, sin otras consideraciones”*³⁹⁰.

³⁸⁷ *Ibíd.*

³⁸⁸ *Ibíd.*

³⁸⁹ Atienza Rodríguez, Manuel. *La razón del Derecho. Op. Cit.* Pág. 73.

³⁹⁰ *Ibíd.*



4.3.1. Del formalismo lógico de la época, a la posición de Kelsen

“Para el formalismo lógico de la época en que Kelsen se presenta como un científico social, y sobre la base de un análisis matemático, todo sistema científico formal debía reunir al menos tres requisitos esenciales completitud, consistencia y decidibilidad”³⁹¹. Así, los conceptos de completitud, consistencia y decidibilidad, juntos al de validez y al de deducción, constituyen los núcleos de investigación de la lógica y de las matemáticas de las últimas décadas del siglo pasado y primeras del actual.

De conformidad con los postulados expuestos, para que una teoría se admitiera como válida y sólida debía reunir estos requisitos; así intentó fundar Kelsen una teoría pura del fenómeno jurídico, estrictamente formal, sin contenido alguno, al modo de la ética formal kantiana, que solo tiene forma, pero que no es correcto dotarla de contenido.

Kelsen persigue que su teoría sea integral, que defina sus propios conceptos y principios, sin exceder el espacio meramente formal que define como marco y condición de su teoría pura. En un lenguaje y pensamiento lógico-matemático, Kelsen propugna categóricamente que la verdadera ciencia del Derecho es completa, consistente y decidible; lo que no llega a vislumbrarse en sus postulados es si esta afirmación la realiza con total conciencia o es asumida por el influjo del medio intelectual que le provocó el Círculo de Viena o si se corresponde únicamente con un capricho del azar.

La teoría pura del Derecho propuesta por Kelsen y volvemos una y otra vez sobre ella, presenta carácter ecuménico en el sentido de que lo es de toda posible ley, razón por la cual algunos estudiosos la consideren como una rama de la lógica, ya que se establece como la base ideal, o si se quiere puramente formal, de una rigurosa teoría jurídica científica. Asumiéndose como una teoría formal y lógica del Derecho, es perfectamente posible que se le estudie y analice con los métodos propios de la lógica-matemática, llevando con ello la cuestión al mismo terreno que en realidad la ha trasladado el propio Kelsen.

³⁹¹ Gödel, Kurt. **Algunos resultados matemáticos sobre completitud y consistencia y sobre sentencias formalmente indecidibles de Principia Mathematica y sistemas afines.** Pág. 7.



Desde esta asunción se muestra viable apuntar que la teoría kelseniana ~~está~~ inspirada en las investigaciones lógicas, epistemológicas y semánticas de principios del pasado siglo originadas en la Escuela de Viena.

Si se acepta que Kelsen intentó constituir en el terreno de la ciencia jurídica una teoría formal en el mismo sentido y con las mismas exigencias de cualquier otra teoría formal (como la teoría lógica), se hace posible cuestionarse si la teoría formal kelseniana es capaz de sortear el test elaborado por la lógica del siglo XX, al que fueron sometidas, y que no lograron superar las teorías formales de Russell-Whitehead y de Hilbert y otros sistemas afines.

Sin embargo, *“se debe admitir una monumental diferencia entre la teoría kelseniana y la teoría de Principia Mathematica; esta última es rigurosamente formal en el sentido lato del término, la que fue construida simbólica y axiomáticamente; mientras que la teoría pura de Kelsen no es axiomática ni formal en el sentido de Principia Mathematica; ya que es, en paridad y únicamente, una teoría filosófica de inspiración formal”*³⁹². No obstante, aun así, se hace viable deducir en qué medida la teoría pura puede, al menos desde lo conceptual, dar respuesta a los criterios lógicos exigidos a partir de Gödel a toda teoría formal.

Al menos debe ser provechoso, en principio como idea, dejar despejado a qué orden se deben aplicar los conceptos lógicos implicados de completitud, consistencia y decidibilidad, si a la teoría formal de Kelsen o a su objeto, como él mismo enfatiza, *“al Derecho positivo en general”*³⁹³.

Aplicarlo al objeto parece estar fuera de todo sentido, porque el objeto no es una teoría sino, como el mismo Kelsen está vivamente interesado en recalcar, un hecho de la realidad, un fenómeno, una experiencia, aunque se trate de un fenómeno o experiencia meramente formal como lo es, por lo demás, la experiencia de números y nociones abstractas en la matemática y en la lógica.

³⁹² Millas, Jorge. **Los determinantes epistemológicos de la teoría pura del Derecho. En teoría pura del Derecho. Op. Cit.** Págs. 31-63.

³⁹³ Kelsen, Hans. **El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del Derecho.** Págs. 13-45.



Esta distinción ha sido evitada por algunos críticos de la teoría pura, quienes sostienen que la teoría kelseniana fracasa porque el Derecho es decir *“cualquier ordenamiento jurídico positivo, es una realidad que no reconoce como parte activa de sí misma la norma categorial que crea el legislador que queda fuera del ordenamiento jurídico positivo y, cuanto más, actúa como un supuesto ex ante pero innecesario al Derecho positivo vigente”*³⁹⁴.

Para intentar comprender si la teoría pura o formal del Derecho de Kelsen es consistente, completa y decidible; se debe partir de admitir que para que sea consistente, su cuerpo interno de conceptos debería estar exento de contradicciones; si es completa no debería aparecer en la teoría una afirmación crucial no susceptible de prueba dentro del mismo sistema y con los recursos lógicos y conceptuales del propio sistema; mientras que la condición de decidible es muy dificultoso de cumplir para una teoría filosófica por más que la propia teoría se autodeclare formal o pura, que es precisamente el caso de la teoría de Kelsen. No puede, sino en un sentido muy endeble, hablarse de decidibilidad de una teoría filosófica.

Kelsen ha intentado, con la idea de completitud, redefinir los conceptos fundamentales del Derecho para rescatar exclusivamente su significación formal, única dimensión que interesa al jurista. *“A la ciencia del Derecho -teoría pura- no le importan los hechos, aunque fenomenológicamente parte de ellos, sino solo la significación que les confiere un sistema normativo. Así, por ejemplo, la teoría pura vacía de contenido real (histórico, psicológico, natural o metafísico) los conceptos de persona, Estado, validez, norma, etc.”*³⁹⁵

Siguiendo este trabajo de Kelsen, la teoría pura propone varias aseveraciones elementalísimas para su teoría, como por ejemplo, que la imputabilidad es el principio primordial de conocimiento a través del cual se puede explicar y comprender la realidad normativa (moral y jurídica) o que el hombre es libre en la medida en que pueda ser el destinatario de una imputación. *“En este contexto, correspondería preguntarse si es posible, demostrar la verdad de las aseveraciones concluyentes de la teoría pura sin*

³⁹⁴ Manson, Terrezas, M. **Kelsen y la lógica jurídica formal**. Pág. 12-15.

³⁹⁵ Kelsen, Hans. **Teoría pura del Derecho**. *Op. Cit.* Pág. 17.



*apelar a las ciencias de hechos, ya que si es posible aclarar que el sistema kelseniano se mantiene dentro de sus límites lógicos y epistemológicos entonces no hay razón formal para rechazarlo*³⁹⁶.

Punto de vista diferente es que no se acepten las premisas de Kelsen en su teoría pura, por ejemplo, que se rechace como hace Ross, *“el formalismo implicado por la tesis kelseniana de que la auténtica ciencia jurídica ha de limitarse a la trascendencia de los hechos jurídicos y no de los hechos mismos en sí, como fenómeno social”*³⁹⁷. De esta manera se estaría declarando errada la teoría kelseniana, porque no da cuenta del fenómeno jurídico, ya que extrae del fenómeno su mera trascendencia y desprecia el fenómeno mismo en su real riqueza intrínseca.

La teoría de Kelsen se propuso, y naturalmente sin utilizar el formalismo simbólico de la lógica-matemática, rescatar la idea del proyecto formalista y aplicarla al estudio del Derecho. Kelsen aspira a resolver todos los problemas jurídicos desde la teoría pura del Derecho, que en esencia sostiene que todo problema jurídico genuino cae dentro del campo de la teoría pura y que todo lo que no queda comprendido en el campo de la teoría pura, no pertenece en rigor al Derecho. Un acto empírico, como por ejemplo, el asalto a una fábrica como hecho material, no es asunto de la ciencia jurídica, solo lo es la significación o trascendencia del acto. Lo otro, el hecho en sí mismo, puede dejarse al estudio del sociólogo del Derecho.

Como culminación de la presente investigación, se hace necesario exponer algunas ideas que no se leen en las obras, pero que subyacen en algunos apuntes de las tantísimas obras consultadas sobre la persona y el pensamiento de Hans Kelsen.

De todas las falsedades que suelen decirse sobre Kelsen, una particularmente absurda estriba en que su teoría de la aplicación del Derecho ve la decisión judicial como puro silogismo y mera subsunción. Sin embargo, se debe admitir que Kelsen es opuesto a la visión de la decisión judicial como

³⁹⁶ Church, A. **Op. Cit.** Pág. 38-47.

³⁹⁷ Ross, Alf. **Hacia una ciencia realista del Derecho.** Pág. 21.



simple operación subjuntiva determinada únicamente por las reglas de la lógica. Basta leer el capítulo final de la teoría pura del Derecho, en cualquiera de sus ediciones, para comprobarlo sin duda posible.

A diferencia del puro científico, que describe el Derecho sin valorarlo, el juez no puede fallar sin la mediación de sus juicios de valor, pues ha de valorar las pruebas de los hechos y ha de valorar también cuál es la interpretación preferible de las normas que concurran, entre otras cosas. La decisión judicial es actividad valorativa, y desde el relativismo ético kelseniano no hay pauta objetiva, ni verdad posible, en materia de juicios de valor. Por eso, son tan marcados los tonos irracionalistas con los que Kelsen describe la decisión judicial. Todo lo contrario de aquel racionalismo ingenuo y aquella pretensión de pura objetividad judicial que era propia del positivismo del siglo XIX y que reaparece hoy en cierto neoconstitucionalismo y sus ponderaciones.

Kelsen, oponiéndose a la teoría de la subsunción escribió en términos que no dan lugar a titubeos, mostrando la firmeza iusnaturalista de su enfoque, como teoría que piensa que el juez halla su decisión plenamente determinada en la ley, del mismo modo que el legislador encuentra la suya en el orden natural o en el orden divino de la creación.

Por ello dice Kelsen, que la teoría del juez como mero autómatas se corresponde con la ideología de la monarquía constitucional, donde el juez, que se ha emancipado del monarca, no puede tener plena conciencia del poder que la ley le otorga, y que no puede dejar de otorgarle por su carácter de ley general. El juez debe creer que es mero autómatas, que no produce Derecho creativamente, sino Derecho ya producido, ya creado, y que encuentra en la ley una decisión ya acabada y lista.

CONCLUSIÓN

Kelsen, con su teoría pura del Derecho, construye un andamiaje teórico del fenómeno jurídico sobre la base de una “*ciencia del espíritu*”, enclavado en la esfera del “*deber ser*”, desde el cual trata de fundamentar idealmente un fenómeno real que encuentra fundamento en las condiciones materiales de vida de los hombres y alcanza el gran mérito de mover a planos superiores y muchos más complejos la concepción que hasta entonces había existido sobre el Derecho. Lo anterior nos lleva a nuestro problema ¿cuál ó cuáles son las aportaciones teóricas fundamentales sobre la norma jurídica, al pensamiento jurídico y filosófico contemporáneo? Pues bien, puedo concluir que son sus teorías del sistema jurídico y de las normas derivadas directamente de su idea central sobre el conocimiento normativo, y otras de sus construcciones como la teoría del Estado o la teoría de la personalidad, pueden ser comprendidas como determinación del tipo de conocimiento normativo posible que puede establecerse sobre el objeto correspondiente a partir de las limitaciones que su principio de organización metodológica le impone.

Desde su perspectiva, desconoció que el Derecho como ciencia presenta puntos de contactos con otras ciencias sociales y que su expresión está determinada por multitud de factores de carácter sociológico, psicológico, cultural, etc. También obvió que el Derecho tiene una vinculación estrecha con las relaciones económicas y políticas, tanto por la forma, donde la primera es su fuente más cercana de generación y explicación, como por el carácter utilitario que alcanza la segunda, como fuerza pugnante en la sociedad en el ámbito de sus dominaciones políticas. Pese a la radical pérdida de relevancia que algunos procederes kelsenianos implican para cuestiones cruciales como la teoría moral o la comprensión de la influencia de la política en el Derecho, es precisamente ese compromiso radical con la comprensión interna de esta ciencia que hace que la obra de Kelsen siga siendo la mejor versión disponible de una teoría del Derecho, a la vez que la reviste de especial suficiencia y verosimilitud.





Hoy, cuando siguen presentes doctrinas jurídicas que intentan explicar el Derecho partiendo de sus propios conceptos, y no del reflejo que construyen de las relaciones generadas por los hombres en su producción espiritual y material, se devela una vez más lo erróneo que sería una concepción jurídica que trate de encontrar su propia explicación dentro de sus limitados marcos respecto al amplio escenario brindado por la realidad social. El pensamiento de Kelsen y su concepción teórica sobre el Derecho se constituye en punto revolucionario de las concepciones que le precedieron; y de sus errores y razones que lo condujeron a ello, cabe extraer las enseñanzas que contribuirían a resolver un difícil y paradigmático dilema que se plantea a cualquier concepción sistemática del Derecho, que como componente del cambio social, es elemento en el que se desarrolla y aplica. No es solo norma jurídica, sino que organiza también una parte de la realidad a la que se destina, que no puede ser absorbida si no se conoce el Derecho que la rige. Este Derecho positivo, que nace de la sociedad, por medio de los procedimientos jurídicamente establecidos, es aplicado de una forma dinámica y cambiante, nunca estática y tiene una función permanente dentro de la vida social del hombre, dando respuestas a sus necesidades, organizándolo y limitándolo en su conducción, y legitimando también el poder público político que se ejerce dentro de la sociedad civil por parte del Estado.

Durante generaciones de juristas ha prevalecido la visión unidimensional de la teoría pura del Derecho, la cual ha influenciado a nuestro parecer a todos los sistemas jurídicos contemporáneos en forma general, no solamente los occidentales. Y es esta visión pura del Derecho kelseniana, la cual le ha proporcionado a estas generaciones de juristas los elementos teóricos que les han permitido abordar el problema de la ciencia del Derecho. Esto se debe a la más ilustre y significativa aportación de la teoría kelseniana, **la imputación**, lo cual nos lleva consecuentemente a hablar de la única lógica que nos permite abordar a esta, **la lógica formal o del *deber ser***.

No podemos negar que con este aporte de la teoría pura, lo que logra Kelsen con su descubrimiento de la imputación a través de un procedimiento de una lógica rigurosa, como lo es la lógica formal, constituye la cúspide para la

teoría kelseniana en lo que respecta a su aporte a la teoría jurídica para los sistemas jurídicos contemporáneos. Ello no significa de modo alguno que lo postulado por Kelsen sea lo último de la filosofía jurídica, que sea incuestionable o, mejor dicho, insuperable. Kelsen tiende a tener limitaciones debido a la rigurosa coherencia sistemática que lo distingue, quedándose de alguna manera estancado en el geometrismo de las puras formas lógicas. Pero son estas formas las que nos han dado la unidad de análisis del Derecho, **la norma jurídica.**

Por lo que este **enfoque sistemático y unitario del Derecho**, constituye de igual forma uno de los aportes fundamentales de Hans Kelsen al pensamiento jurídico y filosófico contemporáneo para el estudio de la teoría de la norma jurídica y permite dar un orden racional a la rapsodia de teorías jurídicas actuales que pretenden resolver situaciones particulares de forma fragmentada.





BIBLIOGRAFÍA



1. AGUELDO Carvajal, Katherine. **Apuntes jurídicos, teoría del Derecho**. Porrúa, México, 2008.
2. ATIENZA, Manuel. **Para una razonable definición de “razonable”**. DOXA 4, 1987.
3. ATIENZA, Manuel. **Las razones del Derecho. teoría de la argumentación jurídica**. Instituto de investigaciones jurídicas. Serie Doctrina Jurídica, Núm. 134. UNAM. México. 2005.
4. AÑON, María José. **Derecho y sociedad**. Tiran lo Blanch, Valencia, España, 1998.
5. ALCHOURRON, C. y BULIGIN, E. **Análisis lógico y Derecho**. Madrid, 1991.
6. ÁLVAREZ GÁLVEZ, Íñigo. **Sobre el concepto de Derecho subjetivo en Hans Kelsen**. Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 2006.
7. ÁLVAREZ GARDIOL, Ariel. **Manual de Filosofía del Derecho**. Editorial Astrea. Primera edición, Buenos Aires, Argentina. 1979.
8. ARISTÓTELES. **“Organon”** (denominado latinamente “De Interpretatione”). Introducción y notas de G. Colli, Bari, 1970.
9. ALADÁR MÉTALL, Rudolf. **Hans Kelsen, vida y obra**. Trad. Javier Esquivel. Ed. IIJ-UNAM. México, 1976.
10. AFTALIÓN R, Enrique. **Introducción al Derecho**. Abeledo-Perrot, 2da. Edición. Argentina. 1990.
11. AUSTIN, John. **The Province of Jurisprudence Determined and Lectures on Jurisprudence**. New York, Burt Franklin, 1970.
12. ASBUN, Jorge. **Derecho constitucional general. Conceptos jurídicos básicos**. Quinta Edición, Cochabamba, Bolivia, Grupo Editorial Kipus, 2007.
13. BENTHAM, Jeremy. **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**. New York, Hafner Press, 1948.



14. BULLINGER. **Derecho público y Derecho privado.** Traducción de Antonio Esteban Drake, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1996.
15. BONNECASE, Julián. **Introducción al estudio del Derecho,** 2a. ed., Bogotá, Temis, 1982.
16. BOBBIO, Norberto. **Contribución a la teoría del Derecho.** Madrid, Debate, 1990.
17. BOBBIO, Norberto. **El positivismo jurídico.** Madrid, Debate, 1993.
18. BOBBIO, Norberto. **Teoría general del Derecho.** Madrid, Debate, 1991.
19. BOBBIO, Norberto y Michelangelo Bovero. **Sociedad y Estado en la filosofía moderna. El modelo iusnaturalista y el modelo hegeliano-marxiano.** México, FCE, 1992.
20. BOBBIO, Norberto. **Teoría general de la Política.** (M. Bovero, Ed.). Madrid: Trotta Editorial. 2003.
21. BODENHEIMER, Edgar. **Jurisprudence. The Philosophy and Method of the Law.** Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1962.
22. CARDOZO, Benjamín. **The Nature of the Judicial Process.** New Haven, Yale University Press, 1921.
23. CASALS COLLDECARRERA, Mariló. **La interpretación.** En Ciclo de Conferencias sobre el nuevo Título Preliminar del Código Civil, Ilustres Colegios Oficiales de Abogados y Notarial de Barcelona y Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, Barcelona, 1975.
24. CAMPIONE, Roger. **Estructura y función del Derecho: la Filosofía del Derecho como teoría social.** Revista electrónica Cinema e globalizzazione, Navarra, España, 2009.
25. COTTA, Sergio. **Itinerarios humanos del Derecho.** Universidad de Navarra, Pamplona, 1974.
26. CARNELUTTI, Francesco. **Cómo nace el Derecho.** Traducción de Santiago Sentís Melendo Marino Ayerra Redín. Colección



- Monografías Jurídicas, Editorial Temis, Segunda Edición, Santa Fe de Bogotá, 1994.
27. COTERRELL, Roger. **Cabe el enfoque socio-jurídico en la teoría del Derecho.** Revista de Filosofía jurídica y política, Editorial Universidad de Granadas, España, Vol. 44, 2010.
28. CARNAP, Rudolf. **Filosofía y sintaxis lógica.** México, UNAM, 1963.
29. CARDINAUX, N., CLÉRICO, L. y DAURIA, A (eds.). **Las razones de la producción del Derecho.** Buenos Aires, Departamento de Publicaciones Facultad de Derecho, UBA, 2006.
30. CALAMANDREI, Pierro. **Estudios sobre el proceso civil.** (Trad. italiana, Santiago Sentís Melendo: "Studis ul Processo Civile"). Editorial Bibliográfica –Argentina. Buenos Aires, 1945.
31. CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituciones de Derecho procesal civil.** (Trad. Italiana, E. Gomez Orbaneja: "Istituzioni di Diritto Processuale, Civile"). Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1954.
32. COMTE, Auguste. **Curso de filosofía positiva.** Madrid, Magisterio Español, 1977.
33. COMMAILLE, J., **Diccionario Enciclopédico de teoría y Sociología del Derecho.** Ed. ciencia e Historia. Paris – Bruselas. 1998.
34. COMMAILLE, J., **Discurso sobre el espíritu positivo.** Madrid, Sarpe, 1984.
35. COMMAILLE, J., **Ensayo de un sistema de política positiva.** México, UNAM, 1979.
36. COHEN, M. y NAGEL, E., **Introducción a la lógica y el método científico.** 2 vols. Amorrortu Editores, Buenos Aires, 1983.
37. COSSIO, Carlos. **Teoría de la verdad jurídica.** Editora Losada, S. A., Buenos Aires, 1954.
38. CUETO RÚA, Julio, **Carlos Cossio. El Derecho como experiencia.** Anuario de Filosofía Jurídica y Social. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1987.



39. CURIEL, José Luis (coord.). **Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social**. México, UNAM, 1984.
40. DÍAZ GARCÍA, Elías. **Sociología y Filosofía del Derecho**. Madrid, Taurus, 1971.
41. DÍAZ GARCÍA, Elías. **El Derecho como factor de liberación y cambio social, Capítulo: En función del Derecho**. Editorial Cuaderno para el Diario. Madrid. 2009.
42. ENRICO Tullio Liebman. **Eficacia y autoridad de la sentencia**. (Trad. italiana, Santiago Sentís Melendo: (Efficacia ed Autorità della Sentenza). Ediar, S.A. Editores. Buenos Aires, 1946.
43. EBENSTEIN, William. **La teoría pura del Derecho**. Fondo de Cultura Económica, México-Buenos Aires, 1947.
44. ESQUIVEL PÉREZ, Javier. **Kelsen y Ross. Formalismo y realismo en la teoría del Derecho**. México, UNAM, 1980.
45. FERNÁNDEZ SANTILLÁN, José F. **Locke y Kant, ensayos de filosofía política**. México, FCE, 1992.
46. FLORES SANCHEZ, Imer B., **La técnica jurídica en la aplicación del Derecho**. Revista de la Facultad de Derecho de México, t. XLV, números. 201-202, mayo-agosto, 1995.
47. FUR, Louis Le, et al., **Los fines del Derecho. Bien común, justicia, seguridad**. México, UNAM, 1981.
48. FERNÁNDEZ SANTILLÁN, José F., Locke y Kant. **Ensayos de filosofía política**. México, FCE, 1992.
49. FLORES MENDOZA, Imer Benjamín. **El liberalismo y la reforma del Estado. La evolución del Derecho**. México, UNAM, Facultad de Derecho, Tesis de Licenciatura, 1994.
50. FLORES MENDOZA, Imer Benjamín. **Law and Politics: Democratic Institutional Development. Government Reform and Separation of Powers in México**. Cambridge, Massachusetts, Harvard University, Harvard Law School, LL. M. Thesis, 1996.
51. FRANK, Jerome. **Law and the Modern Mind**. New York, Coward-McCann, 1949.



52. FERRATER, Mora, J., **Diccionario de Filosofía**. 4 vols. Alianza, Madrid, 1982.
53. FERRAJOLI, Luigi, **En prensa: Diritto e Logica. Dieciaporiennell'opera di Hans Kelsen**. Roma, Laterza, 2007.
54. GÖDEL, K. **Obras completas** (Introducción, traducción y comentarios de Jesús Mosterín). Alianza, Madrid, 1989.
55. GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. **La definición del Derecho. Ensayo de perspectivismo jurídico**. 2a. ed., Xalapa, Universidad Veracruzana, 1960.
56. GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. **Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo**. México, UNAM, 1986.
57. GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. **Introducción al estudio del Derecho**. 39a. ed., México, Porrúa, 1988.
58. GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. **Filosofía del Derecho**. 6a. ed., México, Porrúa, 1989.
59. GARCÍA, Raymundo. **Concepto de soberano en John Austin**. México, 2008.
60. GARCÍA ARIAS, Luis. **Perfil humano, universitario y científico del profesor Legaz y Lacambra**. AADD. Estudios Jurídico-Sociales. Homenaje al profesor Luis Legaz y Lacambra, I, Univ. De Santiago de Compostela 1960.
61. GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. **Pureza metódica en Kelsen**. Departamento de Gobierno y Ciencias Políticas de EAFIT, Instituto A.L. Gioja (UBA). Universidad Friedrich-Alexander de Erlangen-Nürnberg, 2015.
62. GAVIRIA DÍAZ, Carlos. **Superación de los dualismos jurídicos en Kelsen**. Estudios de Derecho, XL.1999.
63. GODOY UGARTE, José Joaquín. **El sistema jurídico de Kelsen, síntesis y crítica**. Revista Chilena de Derecho Vol. 22, Nº. 1, 1995.
64. GONZÁLEZ CASANOVA, Javier. **Teoría del Estado y Derecho constitucional**. Editorial Vicens-Vives, Barcelona, 1980.
65. GINER, Salvador. **Sociología**. Barcelona, Ediciones 62. 1976.
66. GOLDSCHMIDT, Werner. **Introducción filosófica al Derecho**. Editorial Depalma. Sexta edición. Buenos Aires, Argentina. 1983.



67. GROCIO, Hugo. **Del Derecho de la guerra y de la paz.** Madrid, Editorial Reus, 1925.
68. HÄBERMAS, Jürgen. **On the Logic of Social Sciences.** Cambridge, Massachusetts, MIT Press, 1988.
69. HÄGERSTRÖM, Axel. **Inquires into the Nature of Law and Morals.** Copenhagen, 1953.
70. HERNÁNDEZ VEGA, Raúl. **Ensayos jurídico-filosóficos. Reflexiones metodológicas.** Xalapa, Universidad Veracruzana, 1984.
71. HOLMES, Oliver Wendell Jr., **The Path of Law.** Harvard Law Review, número 10, 1897.
72. HOLMES, Oliver Wendell Jr., **The Common Law.** New York, Dover, 1991.
73. IBARRA SERRANO, Francisco Javier. **Derecho, economía y humanismo.** (La Utopía del Siglo XXI). Derecho y Economía en el Siglo XXI. Memorias del I Congreso Virtual. Editorial Morelia, México, 2009.
74. GARCÍA AMADO, Juan Antonio. **Hans Kelsen y la norma fundamental.** Madrid, Marcial Pons, 1996.
75. KUNZ, Josef. **Carta a Hans Kelsen del 16 de junio de 1945, Hans Kelsen-Institut, legado de Hans Kelsen.**16.b1.59. En, Kelsen, H. 1953.
76. KALINOWSKI, Georges. **Concepto, fundamento y concreción del Derecho.** Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1982.
77. KANT, Immanuel. **Crítica de la razón pura.** Tomo 2. Losada, Buenos Aires, 1960.
78. KANT, Immanuel. **Fundamentación de la metafísica de las costumbres.** Madrid, Espasa-Calpe, 1973.
79. KANTOROWICZ, Hermann. **La definición del Derecho.** México, Colofón, 1994.
80. KALINOWSKY, G., **Introducción a la lógica jurídica.** EUDEBA, 1973.
81. KELSEN, Hans. **El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del Derecho.** Versión del alemán por Luis Legaz y Lacambra, Madrid, Edersa, 1933.



82. KELSEN, Hans. **El Derecho como técnica social específica**, 1941. En: **La paz por medio del Derecho**, 1944. (Traducido por Luis Echávarri) Madrid: Trotta, segunda edición, 2008.
83. KELSEN, Hans. **Teoría pura del Derecho**. 5a. ed., México, UNAM, 1986.
84. KELSEN, Hans. **Teoría general del Derecho y del Estado**. 2a. ed., México, UNAM, 1988.
85. KELSEN, Hans. **La idea del Derecho natural**. México, Editora Nacional, 1979.
86. KELSEN, Hans. **¿Qué es la justicia?** 3a. ed., México, Fontamara, 1992.
87. KELSEN, Hans. **Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado**. Porrúa, México, 1989.
88. KELSEN, Hans. **Teoría general del Estado**. Labor, Barcelona, 1934.
89. KELSEN, Hans. **El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del Derecho**. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933.
90. KELSEN, Hans. **Ensayos**. (Oscar Correa comp.). U.N.A.M, México, 1989.
91. KELSEN, Hans. **Crítica del Derecho natural**. Taurus, Madrid, 1966.
92. KELSEN, Hans. **La teoría pura del Derecho**. Introducción a la ciencia del Derecho. EUDEBA, 26ª edición, 1989.
93. KELSEN-COSSIO. **Problemas escogidos de la teoría pura del Derecho. Teoría egológica y teoría pura**. Guillermo Kraft editora, Buenos Aires, 1952.
94. KUNZ, Josep, L. **La Filosofía del Derecho latinoamericano en el siglo XX**. Buenos Aires: Losada, 1951.
95. KNEALE, W. y KNEALE, M. **The Development of Logic**. Oxford, 1962.
96. LADRERE, J. **Limitaciones internas de los formalismos**. Tecnos, Madrid, 1969.



97. LARA SÁENZ, Leoncio. **Procesos de investigación jurídica**. México, UNAM, 1991.
98. LLEWELLYN, Karl. **A Realistic Jurisprudence. The Next Step**. Columbia Law Review, numeric 30. 1930.
99. LLEWELLYN, Karl. **Some Realism about Realism**. Harvard Law Review, núm.44, 1931.
100. LOSANO, M.G., **Teoría pura del Derecho. Evaluación y puntos cruciales**. Bogotá, 1992.
101. LISSARRAGUE, S. **Introducción a los temas centrales de la Filosofía del Derecho**. Barcelona, 1948.
102. MACHADO NETO, Antonio Luis. **Fundamentación egológica de la teoría general del Derecho**, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1974.
103. MANSON TERRAZAS, M. **Kelsen y la lógica jurídica formal**. Valparaíso, Edeval, 1984.
104. MARTYNIAK, C. **Le problème de l'unité des fondements de la théorie de droit de Kelsen**. APDSJ7, 1937.
105. MARTÍNEZ ROLDÁN, Luis y FERNANDEZ SUÁREZ, Jesús A., **Curso de teoría del Derecho y metodología jurídica**. Barcelona. Editorial Ariel, 1994.
106. MARX, Karl. **Prólogo de la Contribución a la crítica de la economía política**. Ed. Progreso. Moscú, 1971.
107. MILLAS, J. **Los determinantes epistemológicos de la teoría pura del Derecho. En Apreciación Crítica de la teoría pura del Derecho**. Valparaíso, 1982.
108. MILLAS, J. **Sobre los fundamentos reales del orden lógico-formal del Derecho**. Revista de Filosofía. VIII, diciembre 1956.
109. GASSNER, Miriam y OLECHOWSKI Thomas. **Teoría egológica del Derecho versus teoría pura del Derecho – Cossio versus Kelsen**. Traducción de Carlos Enrique Pettoruti. Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. U.N.L., 2014.
110. NICOL, Eduardo. **Los principios de la ciencia**. México, FCE, 1984.



111. NINO, Carlos Santiago. **Consideraciones sobre la dogmática jurídica.** México, UNAM, 1989.
112. NINO, Carlos Santiago. **Algunos modelos metodológicos de “ciencia” jurídica.** México, Fontamara, 1993.
113. NOVOA MONREAL, Eduardo. **El Derecho como obstáculo al cambio social.** 10a. ed., México, Siglo XXI, 1991.
114. OLIVERCRONA, Karl. **Law as Fact.** London, Stevens, 1971.
115. ORTEGA Y GASSET, José. **El tema de nuestro tiempo.** Prólogo para alemanes, Tecnos, 2002.
116. PASTORE, A. **Critica del fundamento lógico della dottrina pura del diritto di Kelsen.** RIFD, 29, 1951.
117. PLATÓN. **La República.** México, UNAM, 1971.
118. PLATÓN. **Diálogos.** (Sepan Cuántos, 13). México, Porrúa, 1962.
119. POUND, Roscoe. **An Introduction to the Philosophy of Law.** New Haven, Yale University Press, 1959.
120. PRIETO SANCHÍS, Luis. **Ideología e interpretación jurídica.** Tecnos, Madrid, 1997.
121. PRECIADO HERNÁNDEZ, Rafael. **Lecciones de Filosofía del Derecho.** México, UNAM, 1984.
122. RODRÍGUEZ GARCÍA, Fausto. E. (coord.). **Estudios en honor del doctor Luis Recaséns Siches.** UNAM, México, 1980.
123. REALE, Miguel. **Filosofia do Direito.** São Paulo, Saraiva, 1962.
124. REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito.** São Paulo, Saraiva, 1968.
125. REALE, Miguel. **Introducción al Derecho.** 9a. ed., Madrid, Pirámide, 1989.
126. REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** São Paulo, Saraiva, 1995.
127. RECASÉNS SICHES, Luis. **La Filosofía del Derecho en Francisco Suárez. Con un estudio previo sobre sus antecedentes en la patrística y la escolástica.** Madrid, Victoriano Suárez, 1927.
128. RECASÉNS SICHES, Luis. **Vida humana, sociedad y Derecho. Fundamentación de la Filosofía del Derecho.** 2a. ed., México, FCE, 1945.



129. RECASÉNS SICHES, Luis. **Nueva filosofía de la interpretación del Derecho**. México, FCE, 1956.
130. RECASÉNS SICHES, Luis. **Introducción al estudio del Derecho**. 7a. ed., México, Porrúa, 1985.
131. RECASÉNS SICHES, Luis. **Tratado general de Filosofía del Derecho**. 10^a. ed., México, Porrúa, 1991.
132. RECASÉNS SICHES, Luis. **Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica "razonable"**. FCE-UNAM, México. 1971.
133. RIVERA SANTIVAÑEZ, José Antonio. **Temas de Derecho procesal constitucional**. Cochabamba, Bolivia, Grupo Editorial Kipus, 2007.
134. ROMO MICHAUD, Javier. **Reflexiones en torno al concepto del Derecho**. Fórum, núm. 1, 1992.
135. ROSS, Alf. **On Law and Justice**. Berkeley, University of California Press, 1959.
136. ROSS, Alf. **El concepto de validez y otros ensayos**. México, Fontamara, 1993.
137. ROBERT, Walter. **Origen y desarrollo de la idea de norma fundamental**. En: **Problemas centrales de la teoría pura del Derecho**. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.
138. Ruiz Manero, Juan. **Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación**. Madrid, Trotta, 2012,
139. SCHREIER, Fritz. **Concepto y formas fundamentales del Derecho. Esbozo de una teoría formal del Derecho sobre bases fenomenológicas**. México, Editora Nacional, 1975.
140. STONE, Julius. **The Province and Function of Law**. Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1961.
141. STANLEY, Paulson. **Fundamentación crítica de la doctrina de Hans Kelsen**. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.
142. SENTÍS MELENDO, Santiago. **La prueba**. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1979.
143. SCHMILL ORDÓÑEZ, Ulises. **El concepto del Derecho en las teorías de Weber y Kelsen**. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. UNAM, México, 1998.



144. SPAEMAN, Robert. **Sobre el concepto de una naturaleza del hombre, en lo natural y lo racional.** IES, Santiago de Chile, 2012.
145. TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. **Elementos para una teoría general del Derecho.** México, Themis, 1992.
146. TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. **Traducción al español – primera versión- de la obra Teoría pura del Derecho.** Editorial Losada, Buenos Aires, 1934.
147. TREVES, Renato. **Sociología del Derecho. Orígenes, investigaciones y problemas.** Editorial Ariel. España, Barcelona, 1988,
148. THERENAZ, H., **La théorème de Gödelet la norme fondamentale de Kelsen.** Droitet Sacieté, vol. 4, 1986.
149. UNGER, Roberto Mangabeira. **Social Theory: Its Situation and Its Task. A Critical Introduction to Politics A Work in Constructive Social Theory.** New York, Cambridge University Press, 1987.
150. VALCARCEL, Jorge. **Derecho, sociedad y cultura.** Universidad Santo Tomás de Aquino. Colombia, 2012.
151. VERNENOO, R. J., **Validez y verdad en la teoría de las normas de Hans Kelsen.** Anales de la Cátedra Fco. Suárez, N° 25, 1985.
152. VASCONCELOS, José. **Obras completas.** México, Libreros Mexicanos Unidos, 1957.
153. VILHELM LUNDSTEDT, Anders. **Legal Thinking Revised.** Stockholm. 1956.
154. VON IHERING, Rudolf. **Law as a Means to an End.** New York, 1924.
155. VON IHERING, Rudolf. **La dogmática jurídica.** Buenos Aires. Losada, 1946.
156. ZOLO, Danilo. **Los señores de la paz una crítica al globalismo jurídico.** Madrid: Dykinson. 2005.
157. ZWEIG DIE WELT VON, Gestern. **El mundo de ayer. Memorias de un europeo.** Trad. J. Fontcuberta y A. Arzeszek, Barcelona, El Acantilado, 2002.