

Hans Kelsen ante el siglo XXI

UN DIÁLOGO CRÍTICO

FRANCISCO IBARRA PALAFOX
AUGUSTO FERNANDO CARRILLO SALGADO
JAVIER HERNÁNDEZ MANRÍQUEZ
JULIO CÉSAR MUÑOZ MENDIOLA

Coordinadores



FRANCISCO IBARRA PALAFOX

DOCTOR EN DERECHO POR LA UNAM Y MAESTRO en Teoría Política por The London School of Economics (LSE). Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, y profesor de filosofía política en la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM. Es miembro del Sistema Nacional de Investigadores, nivel III.

Autor y coordinador de 18 libros y 60 artículos y capítulos de libro. Ha participado en más de 200 eventos y reuniones académicas en México, Alemania, Argentina, Canadá, Colombia, España, Estados Unidos, Francia, Grecia y Guatemala.

AUGUSTO FERNANDO CARRILLO SALGADO

MAESTRO EN DERECHO POR LA FACULTAD DE DERECHO de la UNAM, donde actualmente realiza estudios de doctorado.

Coordinador del libro *Actualidad del pensamiento teórico jurídico de Hans Kelsen* (2021). Participó en la organización de las dos ediciones del Seminario Internacional sobre Hans Kelsen y Positivismo Jurídico, celebrado en el IIJ (2021 y 2022). Ha presentado ponencias en encuentros académicos realizados en México, España y Brasil, y publicado artículos, traducciones, reseñas y entrevistas en revistas especializadas.

**JAVIER
HERNÁNDEZ MANRÍQUEZ**

MAESTRO EN DERECHO POR LA UNAM. DOCENTE en la Licenciatura en Derecho de la FES Aragón de la UNAM.

Autor del libro *Nociones de hermenéutica e interpretación jurídica en el contexto mexicano*, publicado por el IIJ-UNAM. Profesor del diplomado "Normatividad con perspectiva de género", organizado por la Escuela Libre de Derecho de Sinaloa y el Instituto Sinaloense de las Mujeres. Ha participado como organizador, ponente y conferencista en diversos eventos académicos en México y España.

**JULIO CÉSAR
MUÑOZ MENDIOLA**

MAESTRO EN DERECHO POR LA FACULTAD DE DERECHO de la UNAM; doctorando del posgrado de esa misma Facultad.

Co-coordinador de obras colectivas, y autor del libro *Legitimidad democrática del juez constitucional*. Ponente sobre temas como las decisiones en las magistraturas constitucionales, la legitimidad democrática del juez constitucional, entre otros. Ha publicado artículos en revistas arbitradas nacionales e internacionales. Coordinador de eventos académicos en temas de teoría y filosofía del derecho, así como de argumentación jurídica.

HANS KELSEN ANTE EL SIGLO XXI

Un diálogo crítico

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie DOCTRINA JURÍDICA, Núm. 1006

DIRECTORIO

Dra. Mónica González Contró
Directora

Dr. Mauricio Padrón Innamorato
Secretario Académico

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho
Jefa del Departamento de Publicaciones

CRÉDITOS EDITORIALES

Wendy Vanesa Rocha Cacho
Coordinación editorial

Miguel López Ruiz
Rosa María González Olivares
Cuidado de la edición

Javier Mendoza Villegas
Formación en computadora

Edith Aguilar Gálvez
Elaboración de portada

HANS KELSEN ANTE EL SIGLO XXI

Un diálogo crítico

FRANCISCO IBARRA PALAFOX
AUGUSTO FERNANDO CARRILLO SALGADO
JAVIER HERNÁNDEZ MANRÍQUEZ
JULIO CÉSAR MUÑOZ MENDIOLA

Coordinadores



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
México, 2023

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

Nombres: Ibarra Palafox, Francisco A. (Francisco Alberto), editor. | Carrillo Salgado, Augusto Fernando, editor. | Hernández Manríquez, Javier, editor. | Muñoz Mendiola, Julio César, editor.

Título: Hans Kelsen ante el siglo XXI : un diálogo crítico / Francisco Ibarra Palafox, Augusto Fernando Carrillo Salgado, Javier Hernández Manríquez, Julio César Muñoz Mendiola, coordinadores.

Descripción: Primera edición. | México : Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2023. | Serie: Serie Doctrina jurídica ; núm. 1006.

Identificadores: LIBRUNAM 2218075 (impreso) | LIBRUNAM 2218082 (libro electrónico) | ISBN 9786073080613 (impreso) | ISBN 9786073080651 (libro electrónico).

Temas: Kelsen, Hans, 1881-1973. | Kelsen, Hans, 1881-1973 -- Aportaciones a la política. | Derecho -- Filosofía.

Clasificación: LCC K230.K45.H354 2023 (impreso) | LCC K230.K45 (libro electrónico) | DDC 340.1 —dc23

Esta edición y sus características son propiedad de la Universidad
Nacional Autónoma de México.

Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio
sin la autorización escrita del titular de los derechos patrimoniales.

Primera edición: 30 de octubre de 2023

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México

Impreso y hecho en México

ISBN (libro impreso): 978-607-30-8061-3
ISBN (libro electrónico): 978-607-30-8065-1

CONTENIDO

Presentación	XI
Mónica GONZÁLEZ CONTRÓ	
Prólogo	XIII
Francisco IBARRA PALAFOX	

PRIMERA PARTE

NORMA FUNDAMENTAL (*GRUNDNORM*)

Norma fundamental (<i>Grundnorm</i>) y fundamentación	3
Carsten HEIDEMANN	
Monika ZALEWSKA	
Ficcionalizar la teoría pura del derecho de Kelsen	27
Maximilian KIENER	
La norma fundamental, una ficción auténtica doblemente contradic- toria	55
Carlos RODRÍGUEZ MANZANERA	
La teoría jurídica de Hans Kelsen en el sistema del no-positivismo . .	71
Robert ALEXY	

SEGUNDA PARTE

CIENCIA Y METODOLOGÍA DEL DERECHO

En defensa de la certeza jurídica: la tradición iuspositivista desde sus orígenes hasta Kelsen	89
Francisco IBARRA PALAFOX	

Contra el sincretismo: el legado de Hans Kelsen en la delimitación disciplinar de la ciencia del derecho	111
Josefa Dolores RUIZ RESA	
Representación pictórica y malinterpretación de la construcción escalonada (<i>Stufenbau</i>)	127
Matheus Pelegrino da SILVA	
Las normas de competencia en Kelsen	147
Carla HUERTA OCHOA	
Una solución de inspiración kelseniana al problema de los destinatarios de las normas	157
Mario GARCÍA BERGER	
Una senda que se bifurca. La ciencia jurídica entre el ser y el deber .	171
Riccardo GUASTINI	

TERCERA PARTE

POLÍTICA Y DEMOCRACIA

¿Es posible una nueva ciencia política? A propósito del debate Kelsen-Voegelin	183
Eduardo HERNANDO NIETO	
Hans Kelsen y el problema de las bases filosóficas de la democracia .	195
Jaime ARAOS SAN MARTÍN	
El riesgo de la democracia kelseniana	211
José J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ	
La concepción de autocracia en el pensamiento político de Kelsen . .	227
Jorge ROBLES VÁZQUEZ	
Kelsen como lector de Freud: la cuestión identitaria	237
Soraya NOUR SCKELL	
La impronta del psicoanálisis freudiano en la teoría pura del derecho (con especial énfasis en la propuesta filosófica de Platón)	253
Augusto Fernando CARRILLO SALGADO	

CUARTA PARTE

JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Democracia, principio de la mayoría y su límite en la justicia constitucional.	269
Julio César MUÑOZ MENDIOLA	
La teoría de la justicia constitucional de Hans Kelsen como una alternativa antiautoritaria: algunas cuestiones y controversias.	281
Sara LAGI	
Teoría constitucional y justicia en el pensamiento de Hans Kelsen. Reflexiones a la luz del caso Prusia contra Reich de 1932	299
Leticia VITA	

QUINTA PARTE

RECEPCIÓN DE LA OBRA DE HANS KELSEN EN EUROPA, LATINOAMÉRICA Y ESTADOS UNIDOS

Viaje en Italia: la teoría pura del derecho en la cultura jurídica peninsular	309
Pierluigi CHIASSONI	
Cómo la teoría pura del derecho conquistó América Latina.	349
Miriam GASSNER	
La recepción de la teoría jurídica de Hans Kelsen en Estados Unidos: un modelo sociológico	369
D. A. Jeremy TELMAN	
Fuller y Kelsen-Fuller sobre Kelsen.	391
Frederick SCHAUER	
Acerca de los coordinadores	403

PRESENTACIÓN

El fortalecimiento y actualización de las metodologías relacionadas con la investigación jurídica es uno de los objetivos centrales del Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ). El estudio del fenómeno jurídico desde distintas disciplinas y enfoques permite intercambiar propuestas metodológicas para facilitar la investigación jurídica multi-, inter- y transdisciplinaria, complementando las aproximaciones clásicas a la ciencia jurídica, fundamentales para la comprensión del fenómeno jurídico en la formación de las y los juristas.*

Hace cincuenta años, un 19 de abril de 1973, Hans Kelsen, *Doctor Honoris Causa* por la UNAM, dejó este mundo. Sin embargo, su pensamiento y metodología para el estudio del derecho permanece en las aulas universitarias. Hasta la fecha, el trabajo del pensador austriaco, sus discípulos y críticos es objeto de estudio y apasionadas discusiones académicas.

En efecto, actualmente, el profesor austriaco es conocido por sus aportaciones en los campos de la filosofía del derecho, la epistemología y la metodología del derecho, y por sus contribuciones al derecho constitucional e internacional. Por otra parte, el desarrollo de las telecomunicaciones permitió conocer y discutir las investigaciones más recientes en torno a su pensamiento. Más allá de la posición adoptada frente a la obra de la Escuela Jurídica de Viena, es imposible reconocer que se trata de una lectura necesaria debido a su carácter formativo. Kelsen desarrolló, en efecto, un sistema de categorías de análisis sin las cuales difícilmente podría comprenderse la naturaleza del derecho contemporáneo y de la filosofía del derecho.

Hans Kelsen ante el siglo XXI. Un diálogo crítico constituye una valiosa aportación a los debates sobre la doctrina pura del derecho y, en general, al positivismo jurídico, debido a la riqueza de su contenido; en efecto, en esta obra participan numerosas académicas y académicos de las más diversas partes del mundo (Alemania, Austria, Argentina, Brasil, Colombia,

* González Contró, Mónica, *Plan de Desarrollo 2022-2026*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 8.

España, Estados Unidos, Italia, México, Polonia, Portugal, Perú y Reino Unido), cuyos diferentes puntos de vista sobre la obra del jurista vienés enriquecen el debate sobre el tema y son testimonio de la labor de vinculación del IIJ con otras universidades y centros de investigación.

Mónica GONZÁLEZ CONTRÓ**

** Directora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

PRÓLOGO

En estas primeras décadas del siglo XXI es preciso señalar que el iuspositivismo conserva su lugar como una de las principales escuelas iusfilosóficas de la tradición jurídica de Occidente. Su fase histórica no se extinguió; solamente se transformó. En efecto, incluso cuando los cambios sociales experimentados en las últimas décadas modificaron al derecho, particularmente con las aportaciones realizadas por el derecho internacional de los derechos humanos, el iuspositivismo permanece en la base de la formación de los juristas, tanto en las aulas universitarias como en el foro jurídico; por ejemplo, su metodología para la identificación de las normas válidas persiste en las diversas instituciones de gobierno, en tribunales y en la práctica profesional. Más aún, en el campo de la teoría y la filosofía del derecho, los iusfilósofos se enfrentan a la necesidad de aceptar o refutar sus principales aportaciones. En otras palabras, el iuspositivismo parece ineludible en la discusión filosófica.

Así, aunque el iuspositivismo requiera de un ejercicio de reflexión teórica para adaptarse a los nuevos postulados de la ciencia y a las recientes realidades sociopolíticas y tecnológicas, nada justifica el abandono de su estudio. Por el contrario, posee terrenos de reflexión teórica de la mayor importancia para el jurista, pues puede definir o complementar su concepción del derecho. En consecuencia, repensar los postulados teóricos del iuspositivismo y sus principales autores es un ejercicio necesario para la investigación jurídica.

De esta manera, dentro de la tradición iuspositivista, la aportación de Hans Kelsen a la ciencia jurídica es de la mayor relevancia para la filosofía y la teoría del derecho, y la más importante realizada durante el siglo XX. Aunque Kelsen es esencialmente recordado por su aproximación científica y metodológica al derecho en su obra *Teoría pura del derecho* (*Reine Rechtslehre*), el jurista vienés estudió con profundidad diversas áreas jurídicas de relevancia. Por ejemplo, examinó las dicotomías entre derecho y moral, la norma, el sistema jurídico, la ubicación científica del derecho, la coercibilidad, la validez del sistema normativo y su construcción escalonada, así como la relación entre el Estado y el derecho. Además, estudió el derecho internacional, el derecho constitucional, la sociología jurídica y la metodología proporcionada

por el psicoanálisis de Freud para el estudio del Estado; también se ocupó de las principales corrientes político-ideológicas de su tiempo: la democracia —de la cual fue un ferviente seguidor—, el marxismo y el fascismo —de los que fue acérrimo opositor—. Hacia el final de su vida, Kelsen estudió la relación entre el derecho y la lógica en su obra póstuma *Teoría general de las normas* (*Allgemeine Theorie der Normen*), de 1979.

La impronta de la obra kelseniana en Iberoamérica es profunda y puede rastrearse a través de los variados juristas, filósofos y comentaristas de sus escritos, imposible citarlos a todos en este breve espacio. Asimismo, esta influencia se puede seguir en sus traducciones al español: en 1987, en la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), el jurista español Wenceslao Roces tradujo, de la segunda edición alemana de 1923, *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado* (*Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*), que constituyó el punto de partida para la *Teoría pura del derecho*. Pero ya antes, en 1949, en esta misma universidad, el jurista mexicano Eduardo García Máynez tradujo la *Teoría general del derecho y del Estado*. De igual forma, en 1979 el Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ) de la UNAM publicó, por primera vez en español, la segunda edición de la *Teoría pura del derecho*, obra cumbre del pensamiento kelseniano que vio la luz originalmente en Viena en 1960; la traducción del alemán fue realizada por el jurista argentino, y discípulo de Kelsen, Roberto J. Vernengo.

La conformación de una teoría pura fue un movimiento iniciado por Kelsen en la Universidad de Viena, como un proyecto científico de varias décadas desarrollado por él mismo, sus colegas y discípulos, entre los que destacaron, por ejemplo, Alfred Verdross, Adolf Merkl y Roscoe Pound. Desde su origen, la *Teoría pura del derecho* fue objeto de intensos debates: por una parte, entre sus críticos radicales se encontraron, Carl Schmitt, Hermann Heller y Rudolf Smend; por la otra, entre sus críticos moderados se hallaron Luis Recasens Siches, Eduardo García Máynez y Carlos Cossio. Hasta el momento, la doctrina de Hans Kelsen es objeto de estudio de reconocidos profesores e investigadores de todas partes del mundo.

Aunque la *Teoría pura del derecho*, y la obra kelseniana en general, aún son objeto de estudio en Iberoamérica, las investigaciones en torno a ellas disminuyeron en las últimas décadas. Entre las causas que explican este fenómeno se encuentra la aparición del derecho internacional de los derechos humanos al final de la Segunda Guerra Mundial, el cual, al principio, parecía incompatible con el iuspositivismo en general, y con la obra kelseniana en lo particular. Aunado a ello, en el campo de la filosofía fueron significativas la aparición y divulgación de importantes modelos jurídico-filosóficos que rivalizaron con el iuspositivismo, entre ellos destacan la actualización

del iusnaturalismo realizada por John Finnis, el principialismo de Ronald Dworkin, la teoría argumentativa de Robert Alexy, y, en la filosofía política, la aparición de la *Teoría de la justicia* de John Rawls, en 1971, que renovó la filosofía política en el último tercio del siglo XX.

Es importante señalar que el resurgimiento del estudio de la obra de Hans Kelsen no debe leerse en clave de disputa con el iusnaturalismo u otras escuelas de la filosofía moral; es preferible evitar la clásica pugna donde el iuspositivismo y el iusnaturalismo se excluyen mutuamente, discusión propia de un momento histórico superado por la realidad normativa contemporánea. Asimismo, se debe eludir la apología, y, por el contrario, propiciar un análisis crítico y reflexivo del positivismo kelseniano para recuperar aquellos temas vigentes, sorteando aquellos que la realidad social y los estudios científico-filosófico consideren superados. Sobre este último punto, este libro es una muestra de nuestra aproximación crítica a la obra de Kelsen, reflejada en la pluralidad teórica de sus autores y de sus reflexiones.

Es precisamente en este contexto que surge el presente libro, el cual es resultado de un encuentro intelectual en torno a la obra de Hans Kelsen celebrado en el IIJ de la UNAM del 8 al 12 de noviembre de 2021, bajo el título “Seminario Internacional sobre Hans Kelsen 2021: un diálogo desde el contexto actual”. En aquel encuentro participaron destacados juristas de diversas latitudes del mundo; a saber: Dr. Carsten Heidemann (Alemania), Dra. Leticia Vita (Argentina), Dra. Miriam Gassner (Austria), Dr. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno (Brasil), Dr. Matheus Pelegrino da Silva (Brasil), Dr. Andrés Botero Bernal (Colombia), Dr. Alejandro González Monzón (Cuba), Dr. Araos San Martín (Chile), Dr. Wei Feng (China), Dr. José Joaquín Jiménez Sánchez (España), Dra. Josefa D. Ruíz Resa (España), Dr. Daniel J. García López (España), Dr. José Antonio Sendín Mateos (España), Dra. Sara Lagi (Italia), Dra. Carla Huerta Ochoa (México), Dr. Francisco Ibarra Palafox (México), Dr. Jorge Robles Vázquez (México), Dr. Carlos Rodríguez Manzanera (México), Dr. Francisco Javier Dorantes Díaz (México), Dr. Mario García Berger (México), Dr. Jorge Eduardo Carrillo Velázquez (México), Mtro. Augusto Fernando Carrillo Salgado (México), Mtro. Julio César Muñoz Mendiola (México), Mtro. Javier Hernández Manríquez (México), Dr. Eduardo Hernando Nieto (Perú) y Dra. Monika Zalewska (Polonia). Como se aprecia, la pluralidad de posiciones respecto a la obra de Hans Kelsen contenida en este libro refleja que el pensamiento kelseniano aún conserva su naturaleza polémica sin dejar de ser, al mismo tiempo, un punto de encuentro y reflexión crítica donde se pueden encontrar importantes elementos metodológicos y filosóficos para la explicación del derecho contemporáneo.

Sobre el presente libro es importante realizar algunas precisiones: primera, infortunadamente no todos los participantes en el seminario sobre Hans Kelsen en el IIJ de la UNAM pudieron colaborar con alguno de los trabajos escritos reunidos en este volumen; segunda, esta obra no es una memoria del evento, pues se pidió a los autores que presentaran sus reflexiones en forma de artículo, y tercera, incluye las generosas colaboraciones de los profesores Dr. Maximilian Kiener (Reino Unido), Dr. Riccardo Guastini (Italia), Dr. Robert Alexy (Alemania), Dr. Pierluigi Chiassoni (Italia), Dra. Soraya Nour Sckell (Portugal), Dr. Jeremy Telman (Estados Unidos de América) y Dr. Frederick Schauer (Estados Unidos de América).

Finalmente, en nombre de los coordinadores del presente libro, los maestros Augusto Fernando Carrillo Salgado, Javier Hernández Manríquez y Julio César Muñoz Mendiola, deseamos expresar nuestro agradecimiento tanto a quienes participaron en el Seminario Internacional sobre Hans Kelsen en 2021, en medio de la severa crisis sanitaria global provocada por la pandemia de Covid-19, así como a quienes contribuyeron con artículos para que esta obra fuera posible. También deseamos manifestar nuestro reconocimiento a la Dra. Mónica González Contró, directora del IIJ de la UNAM, y al Lic. Raúl Márquez, secretario técnico del mismo instituto, por el apoyo otorgado para la edición de este libro. *Grato animo, semper et ubique.*

Francisco IBARRA PALAFOX*
Ciudad de México, 22 de octubre de 2022

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

PRIMERA PARTE
NORMA FUNDAMENTAL (*GRUNDNORM*)

NORMA FUNDAMENTAL (*GRUNDNORM*) Y FUNDAMENTACIÓN*

Carsten HEIDEMANN**

Monika ZALEWSKA***

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Fundamentación*. III. *El neokantismo de Kelsen*. IV. *La norma fundamental*. V. *La norma fundamental como parte de una relación de fundamentación*. VI. *Conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

Este texto es un intento de reconstruir la teoría neokantiana de Hans Kelsen sobre la norma fundamental tal y como fue desarrollada en sus escritos entre 1920 y 1934 mediante las concepciones actuales sobre fundamentación metafísica. Existen numerosas razones para la elección de este tema: primero, la teoría de la norma fundamental es, a pesar de su preeminencia, notoriamente poco clara. Segundo, las teorías de las relaciones metafísicas, en especial las de la fundamentación, están en boga en el discurso filosófico general actual. Tercero, la concepción específica neokantiana de Kelsen sobre el conocimiento jurídico es la única teoría filosófica elaborada —y quizá la única factible— de fondo que presentó. Cuarto, algunos segmentos del neokantismo

* Esta investigación ha sido financiada por el National Science Centre (Polonia), en el marco del proyecto de investigación 2021/41/B/HS5/01174.

Traducción al castellano de un manuscrito inédito en inglés cuyo título es *Grundnorm and Grounding*, por Augusto Fernando Carrillo Salgado, estudiante del doctorado en derecho por la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM. Contacto: augustoc@ucm.es. ORCID-ID: 0000-0001-6107-4917. El traductor agradece al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (Conacyt) por el financiamiento para realizar la traducción de este documento.

** Colegio de Abogados Schleswig-Holstein, Alemania. Contacto: heidemann.carsten@gmail.com.

*** Universidad de Łódź, Polonia. Contacto: mzalewska@wpia.uni.lodz.pl.

y de la teoría de la fundamentación comparten el objetivo de reemplazar la ontología tradicional enfocada en lo “que existe” por una teoría de las relaciones fundamentales. Y quinto, Kelsen emplea una terminología que se aproxima al vocabulario de la fundamentación. Sostiene que una *Grundnorm* se encuentra en la base (o ápice) del sistema jurídico, y que en la jerarquía normativa la norma más alta es el “fundamento” o la “razón”¹ de la validez de una norma inferior. A pesar de lo anterior, Kelsen jamás define la noción de fundamento.

La intención no es proporcionar un análisis o crítica exhaustivos ni de la teoría de la fundamentación ni de la teoría neokantiana de Kelsen sobre la norma fundamental. El objetivo es, más bien, examinar si es posible, a partir de una interpretación amplia de ambas, reconstruir racionalmente las relaciones que subyacen en los textos de Kelsen como relaciones de fundamentación para aumentar la coherencia de la teoría pura del derecho.

Para empezar, se expondrá la idea básica de la teoría de la fundamentación, las principales características de la relación de fundamentación y los problemas conectados con ella. A continuación, se describirán las características del neokantismo de Kelsen y los dos aspectos principales de la norma fundamental; a saber, su estatus como parte de la jerarquía jurídica, así como su estatus como una condición lógico-trascendental de la cognición jurídica. Después se intentará reconstruir la norma fundamental en términos de la teoría de la fundamentación, y, por último, será examinada una reconstrucción alternativa de la norma fundamental como un “principio puente” para una relación fundamental entre los hechos naturales y las normas jurídicas.

II. FUNDAMENTACIÓN

La teoría de la fundamentación es una rama muy reciente de la filosofía. Expresa un movimiento postanalítico y postmodal “de vuelta a la metafísica”.² El debate sobre la fundamentación aún se encuentra en construcción y muchos puntos continúan siendo controvertidos; sin embargo, parece que existe unanimidad en ciertos aspectos. La fundamentación es una relación de determinación que capta el significado de la conectiva “en (o por) virtud de”, y tiene la capacidad de reemplazar la ontología tradicional. No se trata de una relación

¹ El término alemán *Grund* podría ser traducido como “fundamento” o “razón”.

² Chalmers, David, *Conceptual Analysis as a Guide to Grounding* (transcripción de una conferencia sobre “Grounding and Analyticity” dictada en un encuentro sobre “The Question of Ontology”, en Madrid de 2018), pp. 1 y 2.

empírica, además permite diferenciaciones más finas que las relaciones analíticas o modales. Se encuentra conectada con el concepto de *explicación*; si algo es el fundamento para otra cosa, entonces la explica.

Así, algunos ejemplos generales de oraciones que pretenden describir las relaciones de fundamentación son:³

- Los hechos mentales se obtienen gracias a los hechos neurofisiológicos.
- Los hechos jurídicos se fundamentan en hechos no-jurídicos; a saber, los sociales.
- Los hechos normativos se basan en hechos naturales.
- Un conjunto de objetos es menos fundamental que sus miembros.

En la literatura, las cuatro propiedades formales de la fundamentación, responsables de su “dirección” y más o menos no controvertidas, son: 1) es asimétrica (si *a* fundamenta *b*, *b* no fundamenta *a*); 2) es irreflexiva (*a* no fundamenta *a*); 3) es transitiva (si *a* fundamenta *b*, y *b* fundamenta *c*, entonces *a* fundamenta *c*); 4) no es monótona (no es el caso de que si *a* fundamenta *b*, *a* y cualquier hecho arbitrario *c* fundamenta *b*).⁴ La no-monotonía, sin embargo, parece interpretar un papel menor, y la propiedad irreflexiva parece ser una característica superflua porque está implicada en la asimetría.

Más aún, existen dos características relacionadas que son ligeramente más específicas y controvertidas, aunque parecen seguir la corriente principal de la fundamentación: 1) la fundamentación es una relación entre dos elementos existentes: ésta es la exigencia de *facticidad*. Delimita la relación de fundamentación a partir de una relación hipotética expresada por leyes generales,⁵ y 2) el fundamento y el elemento fundamentado tienen que existir al unísono. Ésta es la demanda de *sincronía* empleada justo para delimitar (metafísicamente) la fundamentación de las relaciones causales.⁶

³ Correia, Fabrice y Schnieder, Benjamin, “Grounding: An Opinionated Introduction”, en Correia, Fabrice y Schnieder, Benjamin (eds.), *Metaphysical Grounding. Understanding the Structure of Reality*, Cambridge University Press, 2012, p. 1.

⁴ Véase Bliss, Ricki y Trogon, Kelly, “Metaphysical Grounding”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, disponible en: <https://plato.stanford.edu/entries/grounding/> (fecha de consulta: 16 de enero de 2022). De hecho, se han presentado contraejemplos a prácticamente todas estas propiedades en la literatura sobre la fundamentación. Sin embargo, la corriente principal sobre la teoría de la fundamentación las denomina “características de la fundamentación”.

⁵ Para una visión general, véase Fine, Kit, “Guide to Ground”, en Correia, Fabrice y Schnieder, Benjamin (eds.), *Metaphysical Grounding...*, cit., pp. 37-80.

⁶ Bernstein, Sara, “Grounding is not Causation”, *Philosophical Perspectives*, núm. 30, 2016, pp. 21-38.

En suma, existen dos características de la fundamentación que, por una parte, parecen corresponder a la *diferencia específica* (*differentia specifica*) y, en consecuencia, al centro de la propia fundamentación, mientras que, por la otra, parecen conducir a una paradoja:

- El fundamento como una prioridad metafísica u ontológica por encima del elemento fundamentado⁷ es más básico; es decir, mientras que es posible concebir, en cierto modo, el fundamento sin el elemento fundamentado, no es concebible (discutiblemente)⁸ que el elemento fundamentado exista sin el fundamento. Por ejemplo, podemos pensar en los miembros de un conjunto sin importar el conjunto; pero no podemos pensar el conjunto sin sus miembros.
- Además, una fundamentación absoluta (completamente) determina su *qué* y *cómo*. De hecho, esto parece ser necesario para que la fundamentación tenga una función explicativa.⁹ Esta relación de dependencia no es ni causal, ni analítica, ni conceptual; esto es lo que hace a la fundamentación “metafísica”.

Las características anteriores parecen conducir a una paradoja, ya que si un fundamento íntegro determina por completo el elemento fundamentado, entonces es posible inferir el elemento fundamentado directamente del fundamento. Esto parece contradecir la característica de que tiene que ser concebible que el fundamento exista sin el elemento fundamentado. Más aún, parece haber —véase el ejemplo anterior— algún excedente de significado en el elemento fundamentado, lo que hablaría en contra de que la relación sea de determinación “absoluta”.

Este problema podría superarse —en parte— recurriendo a la noción, relativamente poco problemática, de *hiperintensionalidad*.¹⁰ En términos generales, la hiperintensionalidad se da si dos expresiones poseen la misma extensión en todos los mundos posibles, aunque no pueden intercambiarse entre sí en cada contexto *salva veritate*.¹¹ Ésta es una noción algo problemática

⁷ Correia, Fabrice y Schnieder, Benjamin, “Grounding...”, *cit.*, pp. 24 y 25.

⁸ Podría haber excepciones; por ejemplo, el hecho de que Sócrates fuera un filósofo parece fundamentar el hecho de que hubiera un filósofo. Sin embargo, la existencia del último hecho no presupone que Sócrates fuera un filósofo.

⁹ Glazier, Martin, “Explanation”, en Raven, Michael, *The Routledge Handbook of Metaphysical Grounding*, Nueva York-Abingdon, Routledge, 2020; Skiles, Alexander, “Necessity”, en Raven, Michael, *The Routledge Handbook...*, *cit.*

¹⁰ Correia, Fabrice y Schnieder, Benjamin, “Grounding...”, *cit.*, p. 14.

¹¹ De hecho, la noción de hiperintensionalidad ha hecho carrera recientemente y se ha ganado su propia entrada en la *Stanford Encyclopedia of Philosophy*.

porque existen ejemplos obvios de ella. Para ilustrar: una relación no controvertida es el vínculo entre las propiedades de “ser un triángulo equilátero” y “ser un triángulo equiangular”. Es decir, no es ni una relación empírica ni analítica, pero la una puede inferirse de la otra; mientras que concebir un triángulo equilátero sigue siendo posible sin concebir su equiangularidad —y viceversa—, se puede saber que un triángulo es equilátero sin saber que es equiangular. De la misma manera, es posible que el elemento fundamentado sea inferido del fundamento, mientras que aún es posible concebir el fundamento sin el elemento fundamentado —esto no resuelve, por supuesto, el rompecabezas de la “prioridad metafísica” del fundamento. Sobre este problema, véase el apartado “Una concepción alternativa: la norma fundamental como un principio puente”, más adelante—.

Finalmente, varias características de la fundamentación han sido controvertidas, y las cuatro cuestiones más importantes parecen ser las siguientes:

- 1) ¿La fundamentación es realmente una relación primitiva o el término es sólo un nombre para una subclase de otras relaciones o fenómenos bien definidos; por ejemplo, una subclase de relaciones de superveniencia o una de relaciones deductivas?¹²
- 2) ¿La fundamentación es un concepto unitario, esto es, el concepto cubre sólo un fenómeno específico o es un concepto *portmanteau* que abarca diferentes fenómenos? Es ampliamente conocido que Arthur Schopenhauer sostuvo que el principio de razón suficiente se apoya en una “raíz cuádruple”.¹³
- 3) ¿Qué elementos se encuentran conectados por la relación de fundamentación? Algunos teóricos de la fundamentación parecen pensar que estos elementos forman parte de un mundo realista que está estructurado en niveles diferentes de fundamentación. Por el contrario, autores más recientes consideran que la fundamentación es, más bien, una relación entre proposiciones.¹⁴
- 4) Dado que los humanos no se encuentran dotados con un sentido metafísico específico, y la fundamentación no parece poder reducirse a

¹² Audi, Paul, “A Clarification and Defense of the Notion of Grounding”, en Correia, Fabrice y Schnieder, Benjamin (eds.), *Metaphysical Grounding...*, cit., pp. 101-121.

¹³ Schopenhauer, Arthur, *On the Fourfold Root of the Principle of Sufficient Reason, and on the Will in Nature. Two Essays by Arthur Schopenhauer*, trad. de Mme K. Hillebrand, Londres, George Bell and Sons, 1903, disponible en: <https://archive.org/details/onthefourfoldroo00schouoft/page/n7/mode/2up>.

¹⁴ Schaffer, Jonathan, “Grounding, Transitivity, and Contrastivity”, en Correia, Fabrice y Schnieder, Benjamin (eds.), *Metaphysical Grounding...*, cit., pp. 123 y 124; Audi, Paul, *op. cit.*, p. 108; Chalmers, David, *op. cit.*, p. 7.

ninguna característica empírica o analítica, ¿de qué manera “detectar” una relación de fundamentación? Los metafísicos empedernidos parecen asumir que las relaciones de fundamentación son autoevidentes; sin embargo, se podría sostener también que la relación de fundamentación tiene que estar fundamentada ella misma.¹⁵ Por lo tanto, se podría suponer que se necesitan “principios puente” para establecer o conocer la relación —pero esto parece conducir a más problemas. Véase la discusión en “Una concepción alternativa: la norma fundamental como un principio puente”—.

III. EL NEOKANTISMO DE Kelsen¹⁶

A menudo se dice que la teoría de Kelsen pertenece a la tradición neokantiana, y por *neokantianismo* se entiende el movimiento filosófico específico que dominó la filosofía alemana aproximadamente entre 1870 y 1920. Su orientación se encuentra expresada por dos frases notorias: “de vuelta a Kant” (*Zurück zu Kant*)¹⁷ y “entender a Kant es ir más allá de él” (*Kant verstehen heißt über ihn hinausgehen*).¹⁸ Por una parte, la filosofía —que en torno a 1850 se encontraba fragmentada y en peligro de ser usurpada por el éxito de las ciencias naturales— tuvo que ser salvada a través de la filosofía de Kant; por otra parte, se asumió que la filosofía de Kant era parcialmente inconsistente y necesitaba ser complementada y mejorada para hacer justicia a su espíritu.

Asimismo, los neokantianos tienden a descuidar la filosofía práctica de Kant; sospechaban de la concepción de Kant sobre la “unidad trascendental de la apercepción” como un punto de partida fuera de toda duda y eran —más que el propio Kant— antirrealistas. Para ellos el mundo objetivo no está dado con independencia de la cognición; más bien, está “constituido” por ella y lo hace sin asignar ninguna función a la noción de la cosa en sí. No es la ontología, sino la epistemología, el centro de la mayoría de las filosofías neokantianas.

Existen dos escuelas principales del neokantismo: la de Marburgo y la de Baden. La Escuela de Marburgo, representada principalmente por Her-

¹⁵ Wallner, Michael, “The Ground of Ground, Essence, and Explanation”, *Synthese*, núm. 198, 2018.

¹⁶ La sección sobre el neokantismo de Kelsen es tomada, principalmente, de Heidemann, Carsten, *Hans Kelsen's Normativism*, Cambridge University Press, 2022, pp. 14-19 y 31-38.

¹⁷ Otto Liebman concluía cada capítulo de su influyente libro *Kant und die Epigonen* (Schober, Stuttgart, 1865) con esta frase.

¹⁸ Windelband, Wilhelm, *Präudien*, 3a. ed., Tübinga, Mohr, 1907, p. IV.

mann Cohen y Paul Natorp, sostiene que la filosofía trascendental de corte kantiano es una teoría de las ciencias exactas. Acepta los juicios de las culturalmente establecidas y las exitosamente operantes ciencias naturales como un hecho “dado” y explora de forma crítica las condiciones de su posibilidad. Esta rama del neokantianismo fue de gran importancia para el desarrollo posterior de la filosofía, ya que influenció el positivismo lógico y la filosofía analítica. La Escuela de Baden, por otra parte, representada sobre todo por Wilhelm Windelband y Heinrich Rickert, disuelve a la filosofía en una teoría de los valores. Se centra en el dualismo entre el *ser* y el *deber ser*, y hace uso de él para diferenciar entre el “génesis” y la “validez” de la cognición. Para ellos tanto la cognición teórica como la práctica obtienen su objetividad mediante el cumplimiento de normas que son derivadas de “valores” universales. Estos valores básicos son la verdad y la corrección. No existen como los objetos; más bien, son válidos y preceden cualquier ontología. De tales valores emanan las normas que permiten distinguir el pensamiento correcto del incorrecto.

El neokantismo de Kelsen abreva de ambas escuelas. Comparte la tesis de que es imposible la cognición de los objetos si éstos son independientes de la cognición. Así, Kelsen resume la posición kantiana, de manera aprobatoria, como sigue:

Es imposible para la cognición interpretar solamente un papel pasivo en relación con sus objetos. No puede constreñirse a reflejar los objetos como algo que existe “en sí mismo”, esto es, en una esfera trascendente. Tan pronto como no podemos asumir que los objetos poseen una existencia trascendente, es decir, independiente del conocimiento, la cognición tiene que interpretar un papel activo y creativo en relación con estos objetos. Es la cognición la que crea sus objetos a partir del material que le dan los sentidos de acuerdo con sus leyes inmanentes. El hecho de que la cognición se guíe por reglas garantiza la validez objetiva de sus resultados... Lo que toma el lugar de la especulación metafísica es la tarea de determinar las reglas que guían el proceso de cognición, esto es, las condiciones objetivas de su proceso.¹⁹

Centrar la atención en este elemento normativo de la cognición (las reglas que guían la cognición) es, con el énfasis sobre el dualismo entre *ser* y *deber ser*, parte de la herencia de la Escuela de Baden en la teoría de Kelsen. La Escuela de Marburgo se encuentra representada por la tesis de Kelsen de que los juicios cognitivos válidos, que son objeto del análisis trascendental,

¹⁹ Kelsen, Hans, *Die Philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, Berlín, Pan-Verlag, 1928, p. 62 (la traducción es nuestra).

deben extraerse de la práctica sociocultural de las ciencias establecidas y exitosamente operantes: “Referirse al hecho de la ciencia es lo esencial de la filosofía trascendental, su única base desde la que (como teoría de la experiencia científica) realiza sus análisis de su único objeto posible, el juicio sintético de la experiencia como ciencia”.²⁰

A esto le sigue que el juicio científico es “la piedra angular de la filosofía trascendental que, por lo tanto, solo puede ser crítica de la ciencia, crítica de la cognición porque se limita a analizar el juicio sintético”.²¹ Entonces, Kelsen concluye que “...el derecho de la ciencia jurídica es un sistema de *proposiciones jurídicas* (*Rechtssätze*), un sistema de juicios, justo como la naturaleza, en tanto objeto de la ciencia natural, es (para la filosofía trascendental) un sistema de juicios”.²²

Para él el derecho, entendido como un conjunto de normas, es un sistema de juicios hipotéticos normativos incorporados en la práctica institucional de la ciencia jurídica que conecta un determinado estado de cosas con una sanción mediante la categoría de imputación periférica (el deber jurídico).²³ Ésta es la tarea de la teoría pura, en tanto filosofía trascendental del derecho: esculpir los elementos necesarios, la estructura de estos juicios y determinar sus presupuestos.

IV. LA NORMA FUNDAMENTAL²⁴

La norma fundamental fue introducida en los textos de Kelsen en la década de 1920 junto con su bagaje neokantiano explícito y la teoría de la jerarquía normativa, e interpreta un papel crucial en ambos casos.

1. *La norma fundamental como norma suprema de la jerarquía jurídica*

Por un lado, la norma fundamental es una parte necesaria de la jerarquía jurídica. En sus primeros textos, Kelsen había declarado un tabú la

²⁰ Kelsen, Hans, “Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuchs zur Überwindung der «Rechtsdogmatik»”, *Zeitschrift für Öffentlichen Rechts*, núm. 3, 1922, p. 128 (la traducción es nuestra).

²¹ *Idem*.

²² Kelsen, Hans, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 2a. ed., Tubinga, Mohr, 1923, p. VI (la traducción es nuestra).

²³ Kelsen, Hans, *Der Soziologische und der Juristische Staatsbegriff*, Tubinga, Mohr, 1922, p. 75.

²⁴ La sección sobre la concepción de Kelsen de la jerarquía jurídica y el estatus de la norma fundamental es tomada, principalmente, de Heidemann, Carsten, *op. cit.*, pp. 43-48.

cuestión del porqué una norma jurídica es válida, mientras sostenía, al mismo tiempo, que existen, en principio, cadenas infinitas de derivación de un ser, mediante leyes causales, de otro ser, y de derivación de un deber de otro deber. Sin embargo, no elaboró esto, y no explicó cómo un deber podría ser derivado de otro deber. Esta explicación parece ser alcanzada, para la esfera jurídica, por medio de la teoría de la *Stufenbau*, la cual adoptó de Merkl, alrededor de 1920.²⁵

La teoría de la jerarquía jurídica es bien conocida y, de hecho, es una de las concepciones más famosas de la teoría pura del derecho. No es necesario discutirla a detalle en este contexto; el punto interesante para los fines actuales es que se reduce, más o menos, a la tesis de que cualquier norma jurídica, para ser válida, debe ajustarse a los criterios de creación establecidos en otra norma de orden lógico superior.

A primera vista esto parece bastante claro. No obstante, las cosas son un poco más complicadas. Existen dos versiones diferentes de la relación entre una norma de orden superior y una de orden inferior.

La primera versión destaca en los escritos neokantianos específicos. Como un sistema de juicios normativos cognitivos, el derecho es creado por la ciencia jurídica empleando normas “superiores” como esquemas para otorgar el modo de deber o validez a algún material ilógico que está “dado” bajo la apariencia de, o como el contenido de, ciertos actos empíricos de algún órgano que propone normas:

He afirmado que, cuestionar la validez específica de cualquier norma jurídica individual, nos conduce paso a paso a normas jurídicas más elevadas... mientras la pregunta relativa al contenido de la norma jurídica... nos conduce a los actos de legislar, de jurisdicción, etcétera, que son el “material” de las normas jurídicas. Esta distinción es análoga a la distinción hecha, en la filosofía trascendental, entre el concepto y sensación, entre la forma lógica y el material perceptivo. He diferenciado entre el contenido, es decir, el material aún por formar, y la validez, esto es, la forma del material cuando se interpreta en un juicio lógico válido. La creación lógica del derecho (entendiendo como tal, naturalmente, el derecho de la ciencia jurídica, las proposiciones jurídicas [*Rechtssätze*]), a partir de la norma fundamental, procede paso a paso y bajo una referencia constante a un hecho paralelo.²⁶

Aunque tiene un matiz kantiano, esto es metafórico, vago, y resulta difícil reconstruirlo en términos de relaciones lógicas. Sin embargo, exis-

²⁵ Kelsen, Hans, *Hauptprobleme...*, cit., p. XV.

²⁶ Kelsen, Hans, “Rechtswissenschaft...”, cit., pp. 214 y 215 (la traducción es nuestra).

te una segunda versión de la relación entre una norma superior y una inferior:

Una norma es una norma jurídica válida solo si ha sido creada de cierta forma, creada de acuerdo con una regla específica, promulgada de acuerdo con cierto método...²⁷ Como resultado del carácter dinámico del derecho, una norma es válida porque, y en la medida en que, ha sido creada de una manera determinada por otra norma. Por lo tanto, esta es el fundamento de la validez de aquella.²⁸

De acuerdo con esta versión, la norma superior regula (necesariamente) la “creación” y (posiblemente) el contenido de la norma inferior. ¿Qué quiere decir esto? En la fase neokantiana, Kelsen considera que la norma jurídica es un juicio, un *deber ser* lógico. Nadie puede crear, obviamente, un juicio lógico válido de la misma manera en la que podría, por ejemplo, crear un cuadro o un pastel. No obstante, “crear” un juicio de *deber ser* válido puede lograrse al colmar las condiciones para que el juicio sea válido o, lo que equivale a lo mismo, para que una proposición normativa respectiva fuera verdadera. Después de todo, en un espíritu fregeano o neokantiano, un juicio verdadero, en un sentido lógico, es lo mismo que un hecho,²⁹ y no hay nada en contra de decir que uno puede crear o provocar hechos. En este caso, la norma superior se encuentra, lógicamente, en un orden superior o en un meta nivel que proporciona criterios para que algún juicio de orden inferior sea válido, o sea un hecho. De manera más simple, posee una forma similar a ésta:

Si existe una expresión/performativa “*Op*” bajo ciertas condiciones y con cierto contenido, entonces *Op* es una norma válida.

Las circunstancias de lo performativo y las limitaciones a su contenido podrían ser las condiciones para que la norma (inferior) sea válida. La construcción escalonada (*Stufenbau*) jurídica podría ser una jerarquía lógica entre niveles superiores e inferiores, o de objetos y metaniveles, donde las normas de nivel superior definen los criterios para que las normas de un nivel inferior sean válidas.

²⁷ Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Leipzig-Viena, Deuticke, 1934, p. 64 (la traducción es nuestra).

²⁸ *Ibidem*, p. 74.

²⁹ Véase Frege, Gottlob, “Der Gedanke”, en Patzig, Gunther (ed.), *Logische Untersuchungen*, 3a. ed., Göttinga, Vedenhoeck and Ruprecht, 1986, p. 33. “Was ist eine Tatsache? Eine Tatsache ist ein Gedanke, der wahr ist” (¿Qué es un hecho? Un hecho es un pensamiento que es verdadero).

En esta estructura la norma fundamental yace al final de la cadena de validez. En tanto norma superior responde a la interrogante de por qué la Constitución —o, más bien, la primera Constitución histórica de la cual se deriva la legitimidad de la actual— es válida. Una posible respuesta a esta interrogante podría ser, a primera vista, decir que su validez es simplemente presupuesta por la ciencia jurídica. Para la ciencia jurídica, como práctica sociocultural existente, el derecho parece estar “siempre ahí”, y como ningún jurista cuestiona la validez de la Constitución —o de la primera Constitución histórica que la legitima—, dicha validez es presupuesta.

Ésta no es, sin embargo, la senda por la que Kelsen discurre: sostiene que la cognición jurídica, una vez que la justificación de la validez de una norma llega a su final por falta de otro criterio positivo superior para las normas válidas, presupone una norma de acuerdo con la cual el contenido de un performativo sea la costumbre o el acto intencional de algún órgano que ejerce un poder fáctico; cuenta como la norma más elevada, o sea, como Constitución.³⁰

Ahora bien, aunque Kelsen rara vez explica en detalle la necesidad de la norma fundamental, existen varias razones por las que no es sólo una “reduplicación innecesaria”. Primero, el derecho es, de acuerdo con Kelsen, sólo derecho positivo. Esto es, cualquier norma jurídica tiene que obtener su contenido de un hecho fáctico que se encuentre de acuerdo con una norma “superior”. De ello se colige que la Constitución sólo sería derecho positivo si “descansa” en un performativo que colme la condición de ser nombrada una norma por una norma más alta. Esta norma superior no puede ser, en sí misma, una norma jurídica positiva; sólo puede ser presupuesta como una norma fundamental. Segundo, la práctica científica institucionalizada en la que está inmersa la práctica jurídica sólo toma a la Constitución como válida si se adhiere a un sistema jurídico que es eficaz y, regularmente, aplicado de una forma tal, que adopte la Constitución como el contenido del criterio jurídico más elevado de validez jurídica. De esta forma, la norma fundamental es necesaria para capturar el hecho de que la validez del sistema jurídico está condicionada por su eficacia, y en algunas ocasiones Kelsen parece identificarla con el principio de eficacia.³¹ Tercero, la Constitución “positiva” a menudo consiste en regulaciones dispersas promulgadas tanto por aquellos que poseen el poder para hacerlo como por la costumbre. Para

³⁰ Kelsen, Hans, *Reine...*, cit., pp. 65 y 66.

³¹ Esto es especialmente evidente en aquellos pasajes donde Kelsen sostiene que si alguien asume la primacía del derecho internacional sobre el derecho nacional, la norma fundamental del derecho interno se convierte en una norma positiva del derecho internacional, sobre todo el principio de eficacia. *Ibidem*, pp. 70-72.

unificar estas normas superiores de derecho positivo es necesario presuponer una norma única que declare los hechos por los cuales estas normas superiores de derecho positivo fueron promulgadas como el criterio de validez jurídica más alto, unificándolos así.³²

2. *La norma fundamental como una condición lógico trascendental*

Su posición, comparativamente tangible en la jerarquía jurídica es, sin embargo, sólo un aspecto de la norma fundamental. Kelsen también sostiene —y a esto se debe, sobre todo, la vasta literatura relacionada con la norma fundamental— que es la (o una) “condición lógico-trascendental” para la cognición jurídica y, en consecuencia, para el derecho o una hipótesis en el sentido de Cohen; esto es, un elemento constitutivo fundamental (*Grundlegung*) postulado por la cognición. Así lo defiende Kelsen en el siguiente pasaje:

Al formular la norma fundamental, la teoría pura del derecho no desea inaugurar un método científico o jurisprudencia nuevos. Solo tiene como objetivo traer a la conciencia lo que todos los juristas hacen (la mayoría sin estar conscientes de ello) cuando, al concebir su objeto, rechazan volver al derecho natural desde el cual la validez del orden jurídico positivo tendría que ser derivada. Con la doctrina de la norma fundamental, la teoría pura del derecho simplemente se compromete a poner al descubierto las condiciones lógico-trascendentales del antiguo método de conocimiento del derecho positivo al analizar su procedimiento fáctico.³³

Se trata de una afirmación bastante pomposa que sólo está parcialmente justificada. Para la filosofía kantiana las condiciones lógico-trascendentales son aquellas que hacen referencia a objetos posibles; son categorías del entendimiento que pueden ser extraídas, de acuerdo con Kant, de las funciones posibles de los juicios. Así, para Kelsen, que nivela la diferencia entre juicio y objeto cognitivos y sostiene que las normas jurídicas son juicios hipotéticos, las categorías son idénticas al “conector” entre el antecedente y el consecuente de estos juicios. La imputación periférica, el *deber ser* jurídico específico que constituye el juicio hipotético de la proposición jurídica (*Rechtssatz*), es una categoría de relación de este tipo. Podría decirse que es una condición lógico-trascendental.

³² *Ibidem*, pp. 62-65.

³³ *Ibidem*, p. 67.

La norma fundamental, por otra parte, es la regla presupuesta esencial que ofrece criterios para la validez jurídica. Sin embargo, no es realmente una regla-criterio aplicable, sino sólo un complemento necesario si se considera que la Constitución es válida. La relación entre el sistema jurídico, como un sistema ordenado de juicios cognitivos, y sus presupuestos se equipara, mientras que, desde “dentro” del sistema jurídico, la norma fundamental está, por fuerza, dada, y existe sólo relativamente para este sistema jurídico. No se puede tener una sin la otra, y tampoco pueden derivarse de algo más.

Así, la validez del sistema jurídico depende de su norma fundamental implícita, pero hacer explícita la norma fundamental revela que sólo es válida en relación con el sistema jurídico. Esto explica su carácter hipotético. Se encuentra de acuerdo con la función de la teoría pura para realizar un análisis presuposicional sobre el *factum* de la ciencia jurídica: la ciencia jurídica como una práctica institucional está dada, y sólo en la medida en que estemos dispuestos a aceptar que la pretensión de validez objetiva que plantean los científicos del derecho para sus juicios normativos está justificada, tenemos que reconocer la validez o existencia de ciertos presupuestos, siendo la norma fundamental uno de ellos.

No existe un equivalente real para esta función en la filosofía kantiana, y llamar a la norma fundamental una condición lógico-trascendental es, por lo menos, oblicuo. No obstante, como se ha mostrado, el neokantismo tiende a rebajar la filosofía trascendental a una metateoría crítica de una práctica científica existente; esto es, un análisis crítico de los presupuestos de las ciencias establecidas: aquellas condiciones no fácticas que son necesarias para hacerlas posibles. Podría considerarse la norma fundamental como una condición lógico-trascendental en este sentido tan débil de no ser un objeto, sino un presupuesto general implícito de la ciencia jurídica en la práctica.

V. LA NORMA FUNDAMENTAL COMO PARTE DE UNA RELACIÓN DE FUNDAMENTACIÓN

A primera vista, la teoría de la fundamentación, con su llamado de “vuelta a la metafísica”, parece poco compatible con un enfoque (neo)kantiano. Después de todo, la fama de Kant es la de un destructor de la metafísica. Por el contrario, la teoría de la fundamentación parece basarse en la noción de que existe un mundo “en sí mismo” formado por capas ontológicas. Sin embargo, la mayoría de los teóricos de la fundamentación evitan subscribirse al realis-

mo filosófico y, de hecho, una teoría de fondo realista no parece ser necesaria para su empresa. Aun para la pretensión general de que la fundamentación es “metafísica”, la diferencia entre los enfoques es menos grave de lo que parece. Kant no abolió la metafísica; la revisó, reemplazó la ontología tradicional por un análisis de las condiciones trascendentales del pensamiento. Igualmente, la teoría de la fundamentación tiene como objetivo una revisión de la metafísica, reemplazando de una manera parecida la ontología tradicional de “lo que es” por una teoría de las relaciones sobre “qué fundamenta qué”.

Ahora bien, para hacer a la fundamentación compatible con la teoría de la norma fundamental, debe entenderse de una manera específica; los elementos conectados por la relación de fundamentación tienen que ser juicios cognitivos. Esto no es problemático porque, desde la perspectiva neokantiana, un hecho no es más que una proposición verdadera o un juicio válido. Así que, para este punto de vista, no hay una diferencia decisiva entre decir que la fundamentación relaciona juicios válidos y decir que la fundamentación relaciona hechos. Además, muchos teóricos de la fundamentación podrían tener hechos o proposiciones verdaderas como elementos posibles de la relación de fundamentación. Bajo esta interpretación, las características de asimetría, propiedad irreflexiva y transitividad pueden explicarse fácilmente: si el juicio p fundamenta q , entonces el juicio q no fundamenta p . Cualquier juicio p no se fundamenta a sí mismo. Si el juicio p fundamenta el juicio q , y el juicio q fundamenta r , entonces el juicio p fundamenta el juicio r . De una manera análoga, la característica de facticidad quiere decir que la fundamentación conecta solamente juicios verdaderos. La propiedad de sincronía quiere decir que es imposible que el juicio de fundamentación y el fundamentado no sean válidos al unísono.

La característica de prioridad metafísica es más difícil de asir en términos de juicios. Posiblemente puede ser explicada mejor al decir que en todos los mundos posibles donde el juicio de fundamentación es válido el juicio fundamentado es válido también; mientras que, de alguna manera, sigue siendo posible pensar en el juicio de fundamentación sin pensar en el fundamentado —debido al fenómeno de hiperintensionalidad mencionado en líneas superiores—. Y quizá la función específica de “en virtud de”, el material componente de la fundamentación, puede ser capturada al decir que el juicio de fundamentación es, de alguna forma, no-empírica y no-analítica,³⁴ “responsable” de la validez del juicio fundamentado.

³⁴ David Chalmers ha intentado asimilar la fundamentación metafísica a la fundamentación conceptual/analítica y ha promovido la tesis “Cuando P y Q están compuestas por conceptos transparentes, P fundamenta metafísicamente Q si y solo si P fundamenta con-

1. *La norma fundamental como la norma
suprema de la jerarquía jurídica*

Como parte de la jerarquía jurídica, la norma fundamental es el último elemento de una secuencia de normas de nivel superior que determinan las condiciones para que las normas de un nivel inferior sean válidas. En este sentido, interpreta el papel de cualquier norma superior en la construcción escalonada (*Stufenbau*). Entonces, ¿puede asumirse que esas normas superiores “fundamentan” las normas de un nivel inferior?

Sin forzar el lenguaje, se podría decir que la norma de nivel inferior existe “en virtud de” la norma superior, dada la indeterminación de la expresión “en virtud de”. Por lo tanto, la relación puede considerarse asimétrica, irreflexiva y transitiva.

Sin embargo, no parece haber sincronización. Es correcto decir que la regla de nivel inferior no puede existir sin (alguna) metarregla que determine los criterios exactos para su existencia. No obstante, la metarregla bien podría existir sin la regla de nivel inferior: es una característica habitual de los sistemas jurídicos que una ley que faculta a alguien para emitir normas exista antes de que las normas que valida lleguen a existir. La exigencia correlacionada de facticidad parece plantear un problema similar. Sin embargo, estas dificultades podrían superarse en el caso especial de la norma fundamental, ya que parece imposible que ésta y una Constitución válida existan la una sin la otra.

Un problema peor es que cualquier norma de nivel superior no parece determinar “completamente” la validez de la norma de nivel inferior. Sin ningún acto fáctico, no habría una norma inferior con un contenido determinado. Así, la norma superior podría ser, en el mejor de los casos, un fundamento “parcial” para la norma inferior. El conjunto de fundamentos también incluiría algún acto de promulgación de normas, aunque es problemático por dos razones: por una parte, contradice la tesis de Kelsen de que la norma superior es el único “fundamento” de validez de la norma inferior, mientras que el acto fáctico de creación de la norma (y su contenido) sólo la “condiciona”.³⁵ Por otro lado, la teoría de la fundamentación afirma que la fundamentación es una relación de “grano fino” entre elementos, capaz de expresar distinciones que no pueden ser capturadas por relaciones analíti-

ceptualmente Q” (Chalmers, David, *op. cit.*, p. 9); con P fundamentando conceptual Q, si la verdad de P explica completamente la verdad de Q en virtud de los conceptos involucrados. Si esta empresa tuviera éxito, sería un gran paso hacia la plena reconciliación de la fundamentación metafísica con una posición kantiana.

³⁵ Kelsen, Hans, *Der Soziologische...*, *cit.*, pp. 93-95.

cas o modales. Pero si la norma superior, en tanto metarregla, y el hecho, que es el creador de normas “en virtud de” la norma superior, se colocan indiscriminadamente en el conjunto de “fundamentos parciales”, cualquier diferencia entre ellos parece ser aplastada, así como la fundamentación parece ser, de hecho, una relación demasiado gruesa con la que reconstruir la jerarquía jurídica.

Una solución parcial podría ser considerar la validez, contrario a Kelsen, no como la *existencia* de una norma, sino como una *cualidad* que transforma el significado subjetivo contenido en los actos que pretenden ser normativos en un contenido-significado objetivo: una norma jurídica. En este caso, podría decirse que la norma superior determina por completo no la norma inferior en su totalidad, sino sólo la cualidad que distingue algo que es sólo una pretensión de normatividad (un contenido-significado subjetivo) de una norma (un contenido-significado objetivo). Esta solución también podría resolver el problema de que, de acuerdo con Kelsen, cualquier norma superior no proporciona el contenido de la norma inferior.

Pero existe otra dificultad. En la literatura sobre la fundamentación se asume, regularmente, que los hechos de un nivel-objeto fundamentan los hechos de un metanivel. Por ejemplo, el hecho de que la nieve es blanca fundamenta el hecho de que la oración “la nieve es blanca” sea verdad, pero no a la inversa —aunque sean equivalentes—. ³⁶ Tal y como se mostró con anterioridad, la norma superior pertenece a un metanivel, *vis-à-vis* la norma inferior porque está “tematizando” esta norma de forma general al determinar los criterios de su validez. Ahora bien, si alguien asume que la norma superior fundamenta la norma inferior, entonces parece seguirse que en el caso de la jerarquía jurídica el metanivel fundamenta el nivel-objeto; es decir, es metafísicamente anterior a él. Esto sería, cuando menos, extraño.

2. La norma fundamental como una condición lógico-trascendental

Se ha mostrado en líneas superiores que la norma fundamental, en tanto condición lógico-trascendental, no es un fundamento “dado” del sistema jurídico en el que éste “descansa”, sino que es el resultado de un análisis sobre los presupuestos de una práctica intelectual existente. Esto es lo que constituye su carácter hipotético: si el derecho es válido, entonces la norma fundamental existe; *viceversa*, la validez del sistema jurídico depende de la existencia de la norma fundamental.

³⁶ Correia, Fabrice y Schnieder, Benjamin, “Grounding...”, *cit.*, p. 1.

Éste es un tipo de interdependencia o equiprimordialidad que parece ser una característica central de cualquier filosofía de corte kantiano. En la *Crítica de la razón pura* (*Kritik der reinen Vernunft*) puede hallarse en la relación entre sujeto y objeto, o entre la unidad trascendental de la apercepción (la posibilidad del “yo” que acompaña cualquiera de “nuestras” percepciones) y el “mundo” como es referido por el sistema de nuestros juicios válidamente objetivos. Para los neokantianos se encuentra en la interdependencia entre las ciencias exitosamente operantes y sus presupuestos³⁷ —un retoño tardío en el ámbito de la filosofía práctica parece ser la teoría del “equilibrio reflexivo”, de Rawls—. ³⁸

¿Qué tal le va a la norma fundamental como parte de esa hipotética relación de equiprimordialidad cuando se evalúa con los medios conceptuales de la teoría de la fundamentación?

De las características más o menos indiscutibles de la fundamentación, la transitividad no plantea dificultades: si la norma fundamental sustenta la Constitución, también sustenta las normas que están fundamentadas por la Constitución. Sin embargo, las características de no reflexividad y asimetría son problemáticas. Mientras que, por una parte, parece ser que la norma fundamental se encuentra en un nivel “superior” *vis-à-vis* al sistema jurídico, por lo que, lógicamente, no poseen el mismo rango, no es menos cierto que la existencia del sistema jurídico nos permite concluir que existe una norma fundamental que lo desencadena, y es imposible que la norma fundamental exista sin un sistema jurídico que se adhiera a ella. Como se ha visto, se trata de una cuestión de interdependencia que parece ser incompatible con la “direccionalidad” de la fundamentación.

Existen dos caminos posibles para salvar este predicamento: el primero sería decir que la no reflexividad y asimetría no son elementos necesarios de una relación de fundamentación; el segundo podría ser señalar el hecho de que la norma fundamental se encuentra implícita en el nivel del derecho positivo. Es explícita sólo en el nivel de la metateoría. La pertenencia a distintos niveles en este sentido parece excluir una asimetría genuina y, junto a ella, la reflexividad. Sin embargo, por un lado, los diferentes niveles siguen estando en una relación peculiar de desequilibrio: si se piensa un elemento, el otro se desvanece. Por otro lado, el argumento parece ser también des-

³⁷ Por ejemplo, Cohen, Hermann, *Kants Theorie der Erfahrung*, 2a. ed., Berlín, Dümmler, 1885, p. 77.

³⁸ Sobre este concepto, véase Daniels, Norman, “Reflective Equilibrium”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, disponible en: <https://plato.stanford.edu/entries/reflective-equilibrium/> (fecha de consulta: 17 de enero de 2022).

tructivo para la suposición de que existe una relación de fundamentación entre la norma fundamental y el sistema jurídico: ¿puede algo que forma parte de un metanivel, *vis-à-vis* todo el sistema jurídico, y sólo implícito en el nivel del propio derecho, realmente “fundamentarlo”?

En cuanto a las demás características de la fundamentación, no existe problema con la sincronización. De hecho, la equiprimordialidad parece requerir que ambos elementos coexistan al mismo tiempo. No obstante, dado el carácter hipotético de la norma fundamental, el rasgo de la facticidad es dudoso. Una vez más, ni la norma fundamental ni el sistema jurídico existen incondicionalmente; se condicionan mutuamente: al estar unidos, “flotan en el vacío”, por así decirlo.³⁹ Lo que es un hecho es la práctica jurídica institucionalizada, pero esto no basta para decir que tanto el sistema de normas jurídicas como la norma fundamental son hechos (normativos). El enfoque de Kelsen no es decir: “El derecho existe porque está fundamentado por la norma fundamental”; más bien afirma: “El derecho existe, si la norma fundamental es presupuesta”.

La norma fundamental, como una condición lógica trascendental, no parece estar a la altura de la exigencia de que el fundamento podría determinar plenamente el elemento fundamentado. Ciertamente, no determina el contenido del sistema jurídico. E incluso si aceptamos la solución mencionada antes, de que la norma fundamental no “fundamenta” la Constitución, sino sólo su característica de ser “válida”, todavía existe el problema de que la norma fundamental como un presupuesto es sólo parasitaria del sistema jurídico; no lo determina en un sentido significativo.

3. *Una concepción alternativa: la norma fundamental como un principio puente*

Por último, un vistazo a un intento completamente diferente de aplicar la teoría de la fundamentación a la teoría de la norma fundamental podría ser más promisorio. En un artículo reciente,⁴⁰ George Pavlakos defendió la opinión de que, desde una perspectiva kelseniana, las normas jurídicas no son fundamentadas por otras normas jurídicas, sino por hechos naturales. Este no es un movimiento inusual. El considerar que los hechos natura-

³⁹ Véase la opinión de Kelsen de que no podría haber ningún derecho para el anarquista. Kelsen, Hans, *Reine...*, cit., p. 36.

⁴⁰ Pavlakos, George, “A Non-Naturalist Account of Law’s Place in Reality”, en Brozek, B. et al. (eds.), *Law and Mind. A Survey of Law and the Cognitive Sciences*, Cambridge University Press, 2021, pp. 473-489.

les fundamentan hechos jurídicos es una opinión común en la teoría de la fundamentación, y existen, en efecto, argumentos a favor de tal interpretación. La fundamentación es una cuestión de determinación no-causal y no-analítica; el fundamento es el responsable tanto del *qué* como del *cómo* de la existencia y cualidad del elemento fundamentado. Para una visión jurídico-positivista de tinte kelseniano, parece natural asumir que existe tal relación de dependencia entre un hecho y el derecho.

La concepción de Pavlakos parece ser más adecuada para dar cuenta de varias de las características de la fundamentación mencionadas antes que la relación examinada en este texto. La relación entre los hechos creadores de la norma y el derecho es asimétrica e irreflexiva. También se da la característica peculiar de que el fundamento permite inferir el elemento fundamentado, mientras que sigue siendo concebible que el fundamento existe sin el elemento fundamentado: sólo una determinada constelación de hechos naturales nos permite inferir que existe una norma jurídica. Al mismo tiempo, las normas jurídicas podrían ser “pensadas lejos” y los hechos naturales seguirían existiendo. Sin embargo, hay algunas pequeñas objeciones y dos grandes bemoles.

Las características de facticidad y sincronicidad son problemáticas. La sincronicidad exige que se den, al unísono, el fundamento y el elemento fundamentado. Mas éste no es el caso con los actos creadores del derecho y la norma jurídica. Por lo general, los actos creadores del derecho existen sólo momentáneamente; la norma jurídica sólo existe una vez que el acto se ha completado y es válida hasta que es derogada. Por lo tanto, no existe sincronicidad. De nuevo, de acuerdo con Kelsen, la validez del derecho es hipotética. El argumento del anarquista que nos concede completamente todos los hechos naturales que queramos y aún niega que exista un objeto tal como una norma, es incontestable. Esto parece hablar en contra de que se cumpla la exigencia de facticidad. Sin embargo, aún existen problemas peores.

Primero, la concepción no es compatible con los fundamentos de la teoría de Kelsen. La base de la teoría de Kelsen es el dualismo entre el *ser* y el *deber ser*, o la tesis de que no es posible inferir normas de un conjunto de hechos completamente no-normativos. En consecuencia, Kelsen es muy categórico al afirmar que no es posible fundamentar normas de hechos. Los hechos podrían “condicionar” las normas, y son responsables del contenido de dichas normas jurídicas, pero no pueden jamás “fundamentarlas” ni ser responsables de su existencia y validez:

Si confiamos en el lenguaje común, casi parece que el último fundamento soberano de un deber ser tendría que ser siempre un hecho del ser, sea un acto

de mando del Estado, un monarca absoluto, Dios, la conciencia o la razón: parece que siempre existe un hecho real con el que la interrogante tras el “por qué” de un deber se topa. Pero este es tan solo un uso inexacto y descuidado del lenguaje que desmiente las relaciones lógicas. Debo comportarme de cierta forma no porque sea bueno, la conciencia o la razón lo ordene, sino porque debo obedecer los mandatos del bien, las razones o la conciencia.⁴¹

Esto parece ser contrario a la concepción de Pavlakos, que toma a los hechos naturales como fundamentos de las normas, permitiendo inferir las normas-deber ser de los hechos-ser. Segundo, en un intento por resolver el rompecabezas de cómo la relación de fundamentación entre el hecho y la norma puede ser establecida y/o detectada a pesar del dualismo entre el *ser* y el *deber ser*, Pavlakos introduce la noción del “principio puente” que conecta al fundamento con el elemento fundamentado, convirtiendo, de esta forma, la relación diádica de fundamento y elemento fundamentado en una triádica de 1) fundamento; 2) principio puente, y 3) elemento fundamentado. Considera que el principio que conecta al hecho y al derecho, en el marco de la teoría de Kelsen, es la norma fundamental.⁴²

Esto podría ser, en realidad, un remedio parcial que explica cómo se produce la relación de fundamentación a pesar del dualismo entre el *ser* y el *deber ser*. Sin embargo, cada norma “superior” en la jerarquía jurídica tendría que contar como un principio puente porque, como norma de competencia, conecta determinados actos empíricos con una norma resultante, hilando el *ser* y el *deber ser*, por así decirlo. La naturaleza especial de la norma fundamental como un presupuesto implícito de cualquier cognición del derecho, su relación “simbiótica” con el sistema jurídico, se pierde en este modelo. No obstante, es sólo un defecto menor; la principal dificultad es que el estatus del principio puente es cuestionable. Sin duda, existen varios teóricos de la fundamentación que se basan en tales “principios puentes” o “condiciones de habilitación” para hacer comprensible la relación entre el fundamento y el elemento fundamentado.⁴³

Aunque parece que hay algo que no funciona: ¿cuál es la función exacta de un principio puente?, ¿es sólo un medio heurístico para hacer “transparente” una relación de fundamentación? Algunos pasajes en el texto de Pa-

⁴¹ Kelsen, Hans, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, Tubinga, Mohr, 1920, p. 95 (la traducción es nuestra).

⁴² Pavlakos, George, *op. cit.*, p. 486.

⁴³ Sobre la necesidad de leyes generales que constituyan la relación de fundamentación, véase Rosen, Gideon, “Ground by Law”, *Philosophical Issues, Metaphysics*, núm. 27, 2017, pp. 279-301.

vlakos parecen insinuar esto; por ejemplo, cuando escribe sobre el principio puente que es necesario para la transparencia “epistémica” de la relación de fundamentación⁴⁴ y que la tarea de la norma fundamental es “conectar” la “brecha epistémica” entre sus elementos.⁴⁵ En este caso, sin embargo, seguiría existiendo la interrogante de cómo la norma fundamental nos permite conocer una relación de fundamentación preestablecida. Incluso si la relación entre el fundamento y el elemento fundamentado podría “esclarecerse” por la norma fundamental, la relación entre la norma fundamental y la propia relación de fundamentación podría permanecer “opaca”⁴⁶ (para usar el término de Pavlakos), al igual que el origen y la justificación de la norma fundamental.

Asimismo, la solución “heurística” no sería compatible con la teoría de Kelsen, ya que la norma fundamental es, para él, constitutiva del sistema jurídico. No sólo es instrumental para conseguir el acceso cognitivo a un sistema jurídico preexistente, sino que no habría un sistema jurídico sin ella. Además, si la norma fundamental sólo permite conocer una relación de fundamentación preexistente entre hechos y normas, introducirla no solucionaría la violación entre el dualismo *ser/deber ser*. ¿Quizá el principio puente no es simplemente un medio heurístico, sino que es constitutivo de una relación de fundamentación; es decir, fundamenta la relación de fundamentación, por así decirlo? Esto sería más acorde con el enfoque de Kelsen y podría eliminar la violación del dualismo *ser/deber ser*. Sin embargo, el problema con esta solución podría ser que el principio puente sería más fundamental que la propia relación de fundamentación. La fundamentación no sería ni primitiva ni fundamental. Entonces, como David Chalmers argumenta, fundar la relación de fundamentación en una ley metafísica, como un elemento externo a los elementos de fundamentación, es una “concepción fundamentalmente ajena” porque la intuición convincente conectada con la fundamentación es que debe ser una relación derivada de la “naturaleza” o “esencia” de sus elementos.⁴⁷

Cabría preguntarse si introducir un principio puente como una ley constitutiva no desplaza la fuerza explicativa de la relación de fundamentación, del fundamento hacia el principio puente, disolviendo así una expli-

⁴⁴ *Ibidem*, pp. 485 y 486.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 487.

⁴⁶ *Opacidad* significa, en este contexto, que no es aparente como la conexión entre los elementos establecidos, de tal suerte que existe una brecha explicativa: puede haber diferentes mapeos, como lo llama Pavlakos. La *transparencia* se da si el “cómo” de la conexión es evidente; se consigue mediante principios puente.

⁴⁷ Chalmers, David, *op. cit.*, p. 10.

cación basada en una relación de fundamentación en algo que se asemeja mucho al modelo deductivo-nomológico tradicional de explicación (el esquema de Hempel-Oppenheim), de acuerdo con el cual el enunciado de una ley general y el enunciado en el sentido de que la condición nombrada en la ley general se dan conjuntamente, “explican” el enunciado que puede ser deducido de ellos. En este caso, la relación de fundamentación sería simplemente el resultado de una aplicación de leyes generales; no sería una concepción filosófica sustantiva y correría el riesgo de ser presa de la navaja de Ockham.

De hecho, la afinidad de la concepción triádica de la fundamentación con el modelo deductivo-nomológico de explicación parece ser un punto de encuentro entre la teoría de la fundamentación y el neokantismo, ya que el esquema deductivo es compatible no sólo con el enfoque neokantiano sobre las leyes generales en tanto ladrillos fundamentales de la realidad, sino con la propia representación de Kelsen de la jerarquía jurídica, de acuerdo con la cual la norma superior es un juicio hipotético “si-entonces” que, junto a un juicio que confirma que el antecedente de la norma superior se cumple, permite inferir —y explicar— la norma inferior.

VI. CONCLUSIÓN

La concepción de la norma fundamental es una parte integral de dos segmentos diferentes de la teoría de Kelsen. Por un lado, es parte de la teoría sobre la jerarquía jurídica que expresa el *Begründungsdenken*. Sirve como la regla de último nivel que establece los criterios de validez jurídica. Por otro lado, es parte de la epistemología neokantiana de Kelsen. Sirve como una condición lógico-trascendental; esto es, un presupuesto general implícito de la posibilidad de cualquier conocimiento jurídico.

En ambas funciones la reconstrucción de la norma fundamental como, valga la redundancia, un “fundamento” en el sentido de las teorías actuales de la fundamentación metafísica es difícil. En su función como parte de la jerarquía jurídica, la relación entre la norma fundamental y la Constitución podría decirse que es asimétrica, transitiva e irreflexiva. La sincronía está dada; la facticidad es problemática. Además, no existe una determinación completa de la Constitución por la norma fundamental. Pero por si lo anterior fuera poco, la norma fundamental pertenece a un metanivel lógico *vis-à-vis* la Constitución, de modo que un elemento de metanivel fundamentaría un elemento de nivel-objeto. Esto es contrario al significado intuitivo de la fundamentación, pues si se considera la norma fundamental como una

condición lógico-trascendental, las características de asimetría y no-reflexividad son problemáticas porque las condiciones lógico-trascententales al estilo de Kelsen se encuentran en una relación equilibrada de interdependencia con los juicios de la ciencia jurídica institucionalizada: el derecho. Se daría, además, la anomalía de que un elemento implícito, la norma fundamental, fundamentaría un elemento explícito: el derecho.

A primera vista parece más acertado un modelo que considera las normas jurídicas fundamentadas por hechos naturales, con la norma fundamental operando como “principio puente”. La relación sería asimétrica e irreflexiva y, para una visión positivista, los hechos parecen, en realidad, determinar por completo las normas jurídicas. Sin embargo, parece que no existe sincronía, y el estatus de la norma fundamental, en tanto principio puente, es muy dudoso. Su procedencia y justificación no estarían claras. Tomarla (sólo) como un medio heurístico supondría que existe una relación de fundamentación preexistente entre el hecho y el derecho que sólo hay que descubrir. Esto no sólo violaría el dualismo entre el *ser* y el *deber ser*, sino que también sería incompatible con uno de los principios esenciales de la teoría de Kelsen, de acuerdo con la cual no existe el derecho sin norma fundamental. Sin embargo, atribuir una función constitutiva a la norma fundamental en tanto principio puente quiere decir que la relación de fundamentación entre hechos y normas es simplemente un subproducto de la aplicación de una ley general. La fundamentación no podría considerarse como una relación primitiva o fundamental, pero podría, al menos para los propósitos actuales, ser remplazada por un modelo deductivo-nomológico de explicación. Aunque esto iría en contra de la intuición central de la teoría de la fundamentación.⁴⁸

Así, la teoría de la fundamentación es un campo en rápido desarrollo y no existen muchos principios que puedan considerarse fijos. Sin duda, al modificar las características de la fundamentación, podría ser posible atribuir una función de fundamentación a la norma fundamental. Pero el precio intelectual a pagar parece ser alto y la ganancia dudosa.

⁴⁸ En un artículo reciente (“On the (in)significance of Hume’s Law”, *Philosophical Studies*, núm. 179, 2022, pp. 633-653), Samuele Chilovi y Daniel Wodak sostienen que fundamentar normas jurídicas exclusivamente en hechos está en consonancia con el dualismo *ser* y *deber ser*. En pocas palabras, su argumento es que el derecho de Hume dice que uno no puede deducir ninguna proposición normativa de un conjunto puro de proposiciones no-normativas. Esta es una cuestión de vinculación. La fundamentación, por otro lado, es una relación de metafísica con la que no es congruente.

FICCIONALIZAR LA TEORÍA PURA DEL DERECHO DE Kelsen*

Maximilian KIENER**

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El desafío cognitivista*. III. *Ficcionalismo jurídico positivo como una solución al desafío cognitivista*. IV. *Conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

Hans Kelsen (1881-1973) fue uno de los principales “positivistas jurídicos” del siglo XX. Y fue un positivista jurídico porque se centró exclusivamente en las “cuestiones de lo que el derecho *es* y cómo es producido (esto es, el derecho como es positivizado) y no (sobre)... cuestiones del derecho que *debe ser*”.¹ Asimismo, Kelsen distanció su postura de la teoría del derecho natural al rechazar que el derecho, para ser tal, “debe tener alguna preocupación

* Este artículo fue publicado originalmente como: Kiener, Maximilian, “Fictionalising Kelsen’s Pure Theory of Law”, *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, núm. 163, 2020, pp. 99-121. Traducción al castellano por Augusto Fernando Carrillo Salgado, estudiante del doctorado en derecho por la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM. Contacto: augustoc@ucm.com. ORCID-ID: 0000-0001-6107-4917. El traductor agradece al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (Conacyt) por el financiamiento para realizar la traducción de este documento.

** Investigador asociado en el Centro Uehiro de Ética Práctica de la Universidad de Oxford. Contacto: maximilian.kiener@philosophy.ox.ac.uk.

Deseo agradecer a Leslie Green, John Hyman, Jörg Kammerhofer y Matthias Jestaedt por sus valiosos comentarios respecto a un primer borrador de este ensayo. También me beneficié considerablemente por la presentación, en 2018, de una versión anterior del presente documento en la Conference of the International Association for the Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR). Kelsen’s Pure Theory of Law: Conceptions and Misconceptions, en la Universidad de Friburgo (Alemania).

¹ Kelsen, Hans, *Introduction to the Problems of Legal Theory. A Translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law*, trad. al inglés de Bonnie Litschewski Paulson y Stanley L. Paulson, Estados Unidos, Clarendon, 2004, p. 7. Énfasis añadido. De manera adicional a la traducción en inglés, también haré referencia a la versión original en alemán:

por la justicia, sea para asegurar un mínimo ético, sea para intentar, aunque inadecuadamente, ser un derecho «correcto», esto es, sencillamente, justo”.²

Sin embargo, a diferencia de muchos otros positivistas, Kelsen negó que la validez de las normas jurídicas —o, en otras palabras, su obligatoriedad normativa— pudiera ser siempre derivada del hecho de que la gente, en general, las obedezca. Entonces, Kelsen se apega a una distinción estricta del *ser* contra el *deber ser*, y afirma que una norma (un *deber ser*) jamás puede recibir su validez de un hecho (un *ser*), sino únicamente de otra norma. De acuerdo con esto, una norma es válida si, y sólo si, puede remontarse a una norma superior que le confiera validez. Como la cadena de normas que confieren validez no puede retroceder *ad infinitum*, Kelsen sostiene que la validez de las normas jurídicas, en última instancia, depende de una primera norma cuya validez no puede estar condicionada por otra norma. Así, Kelsen llama *fundamental* a esta norma (*Grundnorm*), y la presenta como una norma no-positiva (una norma que no está *positivizada* y, por lo tanto, no forma parte de un sistema jurídico dado) que, en tanto norma, es meramente presupuesta en el pensamiento. La *norma fundamental* (*Grundnorm*) autoriza a la norma positiva más alta; en otras palabras, a la Constitución, y puede ser formulada esquemáticamente de la manera siguiente:

Los actos coercitivos deben realizarse en las condiciones y de la manera en que la primera Constitución histórica, y las normas creadas de acuerdo con ella, prescriben (en resumen: uno debe comportarse como la Constitución ordena).³

Como la *norma fundamental* (*Grundnorm*) es necesaria para la validez de las normas, también será crucial para la *cognición* del derecho en tanto objetivamente válido, lo que Kelsen describe como su principal objetivo:

...mi objetivo, desde el inicio, ha sido elevarla [esto es, a la teoría del derecho (*jurisprudence*)] al nivel de una ciencia genuina, una ciencia humana. La idea ha sido desarrollar aquellas tendencias de la teoría del derecho (*jurisprudence*) que se centren, únicamente, sobre la cognición del derecho más bien que en su conformación, y aproximar los resultados de esta cognición

Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre. Studienausgabe der 1. Auflage 1934*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2008, p. 15. En lo siguiente abreviada como RR₁.

² Kelsen, Hans, *Introduction to the Problems of Legal Theory...*, cit., p. 22 (RR₁, 32).

³ Kelsen, Hans, *Pure Theory of Law. Translated from the Second (Revised and Enlarged) German Edition*, trad. de Max Knight, Estados Unidos, The Lawbook Exchange Ltd, 2009, p. 201. También, con respecto a la segunda edición, haré referencias a la versión original en alemán: Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre. Studienausgabe der 2. Auflage 1960*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2017, p. 359. En lo sucesivo abreviada como RR₂. Véase, también, Kelsen, Hans, RR₁, p. 76.

tan cerca como sea posible a los más altos valores de toda ciencia: objetividad y exactitud.⁴

Ahora bien, en este ensayo tengo como objetivo realizar dos contribuciones al debate sobre Kelsen. En primer lugar (II), deseo llamar la atención sobre un serio desafío para el proyecto de Kelsen sobre la cognición del derecho, inherente a ambas ediciones de la *Teoría pura del derecho* (*Reine Rechtslehre*), que he denominado “desafío cognitivista”, y que no ha recibido atención en la literatura. En segundo lugar (III), deseo mostrar cómo el tratar de resolver el desafío cognitivista conduce a una comprensión más profunda del proyecto de Kelsen, en tanto “teoría”; esto es, un proyecto preocupado por la cognición, y de qué manera éste es “puro”; es decir, separado de la moral, así como de las ciencias interesadas por cuestiones de hecho, en oposición a las normas. En particular, me propondré resolver el desafío cognitivista al presentar una explicación de lo que denomino “ficcionalismo jurídico positivo”. Desde una perspectiva exegética (III.1), sostendré que el ficcionalismo jurídico positivo puede estar firmemente enraizado en las propias afirmaciones de Kelsen, aunque en ocasiones es necesario desarrollar sus afirmaciones, en lugar de darlas por sentadas. En consecuencia, el ficcionalismo jurídico positivo será kelseniano, pero no del todo kelseniano. Desde una perspectiva sistemática (III.2), expondré, entonces, las ventajas epistémicas específicas que el ficcionalismo jurídico positivo suministra al proyecto de Kelsen respecto al conocimiento del derecho, resolviendo así el dilema cognitivista y enfatizando el valor del ficcionalismo para el positivismo jurídico. Finalmente (IV), resumiré mis resultados y expondré mis conclusiones.

Este ensayo es ambicioso; por ende, para encausar y resolver el desafío cognitivista tendré que tomar en cuenta un amplio espectro de los textos esenciales de Kelsen: sus primeros escritos, las dos ediciones (1934 y 1960) de la *Teoría pura del derecho* (*Reine Rechtslehre*), algunas obras de su periodo tardío, así como su correspondencia con otros académicos. Por si fuera poco, necesitaré vincular el debate sobre Kelsen a las afirmaciones de la discusión filosófica y metaética del llamado ficcionalismo, esto es, un vínculo que no ha sido explorado en el debate sobre Kelsen hasta ahora. Por último, tendré que ponderar, siempre, aspectos exegéticos y sistemáticos en el decurso del desarrollo de mis argumentos.

La mezcla de tal ambición y las restricciones habituales de espacio me impedirán discutir, en detalle, el amplio *corpus* de literatura secundaria sobre

⁴ Kelsen, Hans, *Introduction to the Problems of Legal Theory*..., cit., p. 1.

Kelsen. Por un lado, tendré, por tanto, que dejar al lector espacio para que continúe indagando sobre cómo mi enfoque armoniza o conflictúa, exactamente, con la opinión mayoritaria sobre las afirmaciones de Kelsen. Por otro lado, es justo esa aproximación la que me permitirá centrarme en importantes aspectos exegeticos y sistemáticos con la suficiente profundidad y, en consecuencia, proveer una postura fresca sobre diversas afirmaciones de Kelsen. Por ello, espero que el camino que discurro en este ensayo, incluyendo mi tratamiento aventurado de la literatura secundaria, no sólo se disculpe con referencia a las limitaciones de espacio, sino que también se aprecie en tanto intrínsecamente ligado al objeto de mi investigación y la ambición que persigo.

II. EL DESAFÍO COGNITIVISTA

Hans Kelsen presenta su teoría pura del derecho explícitamente como una “teoría”, lo que quiere decir que dicha teoría tiene como “único objetivo el conocimiento de su objeto de estudio”,⁵ y es, por lo tanto, genuinamente un proyecto científico. Kelsen, después, identifica como objeto de estudio a la norma jurídica, la cual, afirma, está dada en la forma de un condicional: eso (jurídicamente) *debe ser*; si algún evento natural *X* ocurre, entonces la consecuencia jurídica *Y* es impuesta. Kelsen enfatiza continuamente que uno puede alcanzar la cognición objetiva de la norma jurídica y, en su núcleo, el *deber ser* jurídico, fundamentando así una genuina ciencia del derecho (*Rechtswissenschaft*).⁶ Así, la cognición objetiva consiste en el conocimiento de una norma jurídica objetivamente válida. Y una norma jurídica es objetivamente válida si, y sólo si, es realmente vinculante desde el punto de vista normativo, lo que quiere decir que la norma jurídica, su fuerza normativa, no puede ser reducida ni a deseos o preferencias subjetivas ni a otros hechos psicológicos o sociológicos.

Por otra parte, Kelsen enarbola una perspectiva diametralmente opuesta sobre las normas morales. Cabe destacar que, en la primera edición de la *Teoría pura del derecho* (*Reine Rechtslehre*), Kelsen sostiene que una norma moral es un ente ajeno al objeto de estudio⁷ (*logosfremdes Objekt*)⁸ y no puede ser ex-

⁵ *Ibidem*, p. 7.

⁶ Kelsen, Hans, *RR*, p. 15. Véase, también, el prefacio. *Rechtswissenschaft*, a diferencia de “ciencia jurídica”, no sugiere una afinidad a las ciencias naturales.

⁷ *Ibidem*, p. 27.

⁸ Kelsen, Hans, *Introduction to the Problems of Legal Theory...*, *cit.*, p. 17. En esta obra la traducción “ajeno a la lógica” parece demasiado estrecha.

plicada por medio del conocimiento racional.⁹ Que algo deba ser *moralmente* no se traduce como un objeto adecuado para una ciencia (*Wissenschaft*). Entonces, las normas morales no pueden ser objetivamente válidas, si es que existen, pues dependen de hechos psicológicos o sociológicos. Y si no pueden ser objetivamente válidas, no puede haber una cognición objetiva de las mismas en el sentido esbozado.

De ahí que, tomado al pie de la letra, Kelsen establece un marcado contraste entre las normas jurídicas y morales en la primera edición de la *Teoría pura del derecho* (Carsten Heidemann). Sin embargo, un vistazo más de cerca revela que existe otra distinción oculta: cuando Kelsen habla sobre las normas morales en la primera edición, siempre se refiere a normas morales *absolutas*;¹⁰ cuando habla sobre las normas jurídicas, siempre alude a las normas jurídicas *relativas*. Una norma es absoluta si su validez no depende de ninguna otra norma; es relativa si su validez depende de otra norma. En consecuencia, Kelsen no contrasta las normas *morales* con las *jurídicas* después de todo; contrasta las normas morales *absolutas* con las *jurídicas relativas*.

Por desgracia, emplear estas dos distinciones a la vez (morales *versus* jurídicas; relativas *versus* absolutas) ofusca lo que Kelsen pretende decir. Esto es así porque la distinción entre normas morales y jurídicas no corresponde a la distinción entre normas absolutas y relativas: podría haber normas morales relativas (como el relativismo ético sostiene) y normas jurídicas absolutas (como afirma la teoría del derecho natural). Además, Kelsen reconoce explícitamente esto en la segunda edición de la *Teoría pura del derecho* (*Reine Rechtslehre*). Pero si puede haber normas morales relativas y normas jurídicas absolutas, esto nos conduce a las siguientes preguntas: ¿las normas morales absolutas fallan como objetos de cognición porque son normas *morales* o porque son normas *absolutas*? ¿Cuál es la posición exacta de Kelsen? Lamentablemente, ambas alternativas entrañan problemas.

Permítasenos asumir, primero, que las normas no pueden ser objeto de cognición si son normas *morales* y, por lo tanto, siguen lo que Kelsen parece afirmar en la primera edición. Bajo esta lectura, la combinación de la visión de Kelsen sobre las normas jurídicas y morales deviene muy desconcertante, ya que Kelsen mismo enfatizó que el “deber jurídico” y el “deber moral” convergen en la categoría “deber” como su *genus proximum*.¹¹ Por lo tanto,

⁹ *Idem*.

¹⁰ *Ibidem*, pp. 16-18, 22, 23, 28 y 34 (RR₁, pp. 26-29, 33, 40 y 47). En esta obra, Kelsen afirma que las normas morales son absolutas.

¹¹ *Ibidem*, p. 26 (RR₁, p. 37).

uno podría pensar si el “deber jurídico”, a diferencia del “deber moral”, puede ser un objeto de cognición, esto puede ser en razón de lo que es distinto en el “deber jurídico”. No obstante, la respuesta de Kelsen es que la “diferencia entre el derecho y moral consiste en el hecho de que el derecho es un orden coercitivo”,¹² mientras que la moral no es un orden coactivo; es decir, la moral no impone un “acto coercitivo del Estado”.¹³ Pero esto no explica por qué un “deber” (jurídico) es un objeto de cognición, en tanto el otro “deber” (moral) no lo es. En consecuencia, esta primera interpretación del contraste de Kelsen de las diferentes normas parece conducir a un callejón sin salida.

Pero, ¿qué decir de la interpretación, de acuerdo con la cual Kelsen afirma que las normas no pueden ser un objeto de cognición si son *absolutas*? Ésta parece ser la posición que Kelsen adopta después, en la segunda edición de la *Teoría pura del derecho* (*Reine Rechtslehre*). Kelsen sostiene que “un valor absoluto en general y, un valor moral absoluto, en particular, es rechazado desde el punto de vista del conocimiento científico”.¹⁴ Desde esta posición, tanto las normas morales como las jurídicas pueden ser objetivamente válidas y un objeto de cognición, siempre que sean relativas. De manera que Kelsen reconoce, en la segunda edición y en oposición a sus afirmaciones de la primera edición, que la ética es la “disciplina encaminada hacia su conocimiento (de las normas morales)”,¹⁵ y se refiere a la ética como “la ciencia de la moral”.¹⁶ No obstante, aun bajo esta lectura, ¿sigue siendo desconcertante cómo únicamente las normas relativas, pero no las absolutas, pueden ser objeto de cognición? ¿Cómo puede la *relatividad* facilitar la validez y la cognición *objetivas*? Y, además, después de renunciar a la distinción entre lo moral y lo jurídico, ¿cómo puede Kelsen preservar la distinción entre moral y derecho, que tanto se empeña en subrayar como parte del positivismo jurídico? Por eso la segunda interpretación de la contraposición de normas de Kelsen también conduce a cuestiones difíciles.

¹² Kelsen, Hans, “The Function of a Constitution”, en Tur, Richard y Twining, William L. (eds.), *Essays on Kelsen*, Oxford University Press, 1986, p. 112. Véase, también, Kelsen, Hans, *RR*₁, p. 37.

¹³ Kelsen, Hans, *Introduction to the Problems of Legal Theory...*, cit., p. 26.

¹⁴ Kelsen, Hans, *Pure Theory...*, cit., pp. 18, 63 y 67-69 (*RR*₂, pp. 128, 50, 134 y 137). Véase, también, Kelsen, Hans, “Problem der Gerechtigkeit”, en Kelsen, Hans, *RR*₂, p. 689. En mi propia traducción: [Kelsen rechaza] “desde el punto de vista del conocimiento científico... la existencia de valores absolutos generales y particulares... y sólo reconoce la validez de los valores relativos”.

¹⁵ Kelsen, Hans, *Pure Theory...*, cit., p. 59 (*RR*₂, p. 119).

¹⁶ *Ibidem*, pp. 8, 19, 22, 64 y 86 (*RR*₂, pp. 33, 51, 52, 56, 126 y 169).

En lo sucesivo emplearé el término *desafío cognitivista* para describir la dificultad para mantener la perspectiva de Kelsen sobre las normas jurídicas relativas; es decir, que uno puede conocer objetivamente estas normas sin rechazar su postura sobre las normas morales absolutas, esto es, que uno *no puede* conocer objetivamente estas normas. Una solución al desafío cognitivista será de vital importancia para comprender el proyecto de Kelsen como una “teoría”, en otras palabras, como un proyecto de cognición objetiva y como un proyecto que es “puro”; es decir, un proyecto separado no sólo de las ciencias empíricas, sino también de la moral.

III. FICCIONALISMO JURÍDICO POSITIVO COMO UNA SOLUCIÓN AL DESAFÍO COGNITIVISTA

En esta sección desarrollaré aquello que llamo *ficcionalismo jurídico positivo* como una solución al desafío cognitivista. El soporte para dicho ficcionalismo jurídico positivo proviene de una perspectiva exegética, muestra que puede estar enraizada con firmeza en las propias afirmaciones de Kelsen y, desde una perspectiva sistemática, demuestra cómo asiste efectivamente al proyecto de conocer el derecho de Kelsen; en consecuencia, resuelve el desafío cognitivista. Sin embargo, antes de desarrollar estas dos perspectivas, deseo subrayar mi propósito. El ficcionalismo jurídico positivo consiste en las siguientes afirmaciones:

- *Teoría del error*. No existen normas objetivamente válidas. Por lo tanto, no existe una cognición objetiva de las normas,¹⁷ y cualquier afirmación que asegure la existencia de normas objetivamente válidas es falsa.
- *Ficción jurídica*. Emplear una ficción permite el conocimiento objetivo de las normas jurídicas relativas, lo que sería imposible de otra forma y provee mayores ventajas epistémicas para la cognición del derecho.

En pocas palabras, la solución que el ficcionalismo jurídico positivo propone al desafío cognitivista es la siguiente: es correcto que ninguna norma, jurídica o moral, relativa o absoluta, pueda ser un objeto de cognición —ha-

¹⁷ Es acerca de la cognición objetiva de las normas *qua* normas. Esto es aun consistente con decir que puede haber cogniciones objetivas de las normas, entendidas como hechos sociológicos o psicológicos.

blando estrictamente—. Sin embargo, recurrir a una ficción nos permite separar el conjunto de las normas jurídicas relativas de todas las otras normas y situar a las normas jurídicas en un camino que facilite su cognición objetiva. Se requiere una advertencia aquí: podría existir una cognición objetiva de estas normas *qua* normas a pesar de que esta validez de las normas no dependa más de ningún hecho o preferencia psicológica, sino únicamente de otra norma, es decir, la ficción, que explicaré en breve con referencia a la *norma fundamental* (*Grundnorm*); por lo tanto, la validez de las normas jurídicas, así como su cognición, pueden ser objetivas, a pesar del hecho de que tal validez pudiera ser ficticia, como la ficción misma.

Por su parte, el ficcionalismo jurídico positivo entiende por “ficción” una suposición falsa, e identifica como ficción la suposición de la existencia de una *norma fundamental* (*Grundnorm*). La *norma fundamental* (*Grundnorm*) *qua* ficción es supuesta para garantizar que el proyecto de Kelsen es una teoría. En otras palabras, concerniente a la cognición objetiva, así como que el proyecto de Kelsen es puro; es decir, separado de la moral y las ciencias empíricas. La ficción puede hacer esto al proveer las bases para la validez objetiva, o dicho de otra forma, la validez que no puede ser reducida ni a los deseos o preferencias subjetivas ni a ningún otro hecho psicológico o sociológico, pero que depende sólo de las normas.

La solución para el desafío cognitivista evade el callejón sin salida de la primera interpretación del contraste de Kelsen mencionado anteriormente: el ficcionalismo jurídico positivo no considera que el derecho, en tanto orden coercitivo, sea la razón por la que las normas jurídicas, pero no las morales, puedan ser objeto de cognición. Por si fuera poco, el ficcionalismo jurídico positivo también evita las preguntas difíciles de la segunda interpretación: no entraña que es justo la relatividad de las normas la que las hace objetos adecuados de cognición. Es la ficción aplicada al derecho positivo la que hace a las normas jurídicas relativas adecuadas para la cognición objetiva.

Como la ficción es aplicada sólo a las normas jurídicas, el ficcionalismo jurídico positivo es consistente con lo que Kelsen afirma en la primera edición de la *Teoría pura del derecho* (*Reine Rechtslehre*): que sólo las normas jurídicas, pero no las morales, pueden ser objetos de cognición. Más aún, el ficcionalismo jurídico positivo se encuentra también en concordancia con lo que Kelsen sostiene en la segunda edición de la *Teoría pura del derecho*, de que únicamente las normas relativas pueden ser objeto de cognición: la ficción es una norma absoluta (esto es, la *norma fundamental* [*Grundnorm*]), que no es por sí misma un objeto de cognición, sino que sólo facilita la cognición de

otras normas relativas cuya validez depende de la ficción de la forma correspondiente.

Una advertencia es necesaria en este punto: la *teoría del error* no debe ser confundida con el cálculo de errores (*Fehlerkalkül*), de Adolf Julius Merkl, que es una idea completamente diferente. El término *teoría del error*, como lo empleo, no está relacionado con la pregunta si o qué amplía aquellas normas jurídicas que contradicen otras normas jurídicas de mayor jerarquía que aún son jurídicamente válidas, sino que se centra sobre la falsedad sistemática de ciertas afirmaciones. Así entendido, la *teoría del error* es un término común en la metaética filosófica y, en particular, proviene del trabajo seminal de John Mackie, en su libro *Ética: inventar el bien y el mal* (*Ethics: Inventing Right and Wrong*).

Para explicar con mayor detalle y reivindicar el ficcionalismo jurídico positivo como una solución al desafío cognitivista, primero subrayaré la base exegética del ficcionalismo jurídico positivo en la obra de Kelsen (III.1); después, sobre esta base, explicaré cómo, desde una perspectiva sistemática (III.2), el ficcionalismo jurídico positivo resuelve el desafío cognitivista.

1. *La perspectiva exegética: las bases del ficcionalismo jurídico positivo en la obra de Kelsen*

La teoría del error generaliza las afirmaciones de Kelsen sobre las normas morales absolutas a todas las normas. Pero no sólo las normas morales y absolutas, también las jurídicas y relativas están excluidas de ser un objeto de cognición.

La teoría del error de Kelsen es sostenida por sus propias afirmaciones. Al enfatizar una distinción clara entre *ser* y *deber ser*, Kelsen sostiene que cualquier norma (jurídica o moral), esto es, cualquier *deber*, podría derivar su validez (o sea, su validez objetiva) sólo de otra norma, un *deber*, pero jamás de hechos, de un *ser*.¹⁸ Sin embargo, la cadena de normas que confieren validez a otras normas no puede extenderse de manera infinita; por lo tanto, si una norma particular tiene que ser objetivamente válida, tiene que haber una *primera* norma cuya validez no dependa de otra norma. Dicho de otra manera: tiene que existir una norma *absoluta*. No obstante, Kelsen rechaza la existencia de normas absolutas y, frente a esta ausencia, ninguna norma puede ser objetivamente válida, y en consecuencia, la teoría del error. Nótese que esto es coherente con todo lo que dice Kelsen sobre la *norma fundamental* (*Grund-*

¹⁸ Kelsen, Hans, *Introduction to the Problems of Legal Theory*..., cit., p. 193 (RR₂, p. 346).

norm): Kelsen no afirma que ésta exista realmente, sino que sólo la presenta como una condición necesaria para la validez de las normas.

Mientras la teoría del error corrobora las afirmaciones de Kelsen sobre que las normas no pueden ser objetos adecuados de cognición, la ficción jurídica tiene como objetivo explicar cómo Kelsen puede aún afirmar que existe una cognición objetiva de las normas jurídicas relativas. La ficción jurídica afirma que una *ficción* puede separar el cuerpo de normas jurídicas relativas de todas las otras normas y colocar aquellas normas jurídicas relativas en una posición tal, que las *haga* objeto de conocimiento. Entonces, la ficción jurídica propone reexaminar la explicación de Kelsen de “presuponer la *norma fundamental* (*Grundnorm*)” como la “utilización de una “ficción”, y así explicar la posición de la ficción.

Como se mencionó con anterioridad, Kelsen introdujo la *norma fundamental* (*Grundnorm*) para explicar la validez de las normas jurídicas relativas, y ésta es la primera norma absoluta que frena el regreso infinito de la cadena de normas que confieren validez. Kelsen explica la *norma fundamental* (*Grundnorm*) en tanto meramente “presupuesta” (*voraus-gesetzt*) y como una norma no-positiva pura. Asimismo, la denomina una “hipótesis” y una condición trascendental para la propia posibilidad del derecho positivo para ser objetivamente válido.¹⁹ De igual modo, afirma que todas las normas en un sistema jurídico tienen que converger en una norma fundamental singular, la *norma fundamental* (*Grundnorm*), si serán consideradas objetivamente válidas. Así, confluir en ella hace a estas normas objetivamente válidas porque su validez no puede ser reducida ni a deseos subjetivos, preferencias ni a otros hechos psicológicos o sociológicos. Su validez depende, en última instancia, de una norma: la misma *norma fundamental* (*Grundnorm*).

Reexaminar el argumento de Kelsen sobre “presuponer la *norma fundamental* (*Grundnorm*)” como “emplear una ficción” conduce, entonces, a la siguiente explicación de la ficción jurídica: la ficción es la *norma fundamental* (*Grundnorm*), y es empleada al presuponer la *norma fundamental* (*Grundnorm*) en el pensamiento. La *norma fundamental* (*Grundnorm*) *qua* ficción es aplicada únicamente a las normas jurídicas positivas de un sistema jurídico y, por lo tanto, separa el conjunto de normas jurídicas de otras normas; por ejemplo, las normas morales. La *norma fundamental* (*Grundnorm*) *qua* ficción hace a tales

¹⁹ *Ibidem*, pp. 58, 64, 70 (RR₁, pp. 77, 85, 93). Kelsen, Hans, *Pure Theory...*, *cit.*, pp. 101-107 (RR₂, pp. 197-207). Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State*, trad. de Anders Wedberg, Harvard University Press, 1945, pp. 110, 134, 401, 406 y 437. Kelsen abandona la noción de “hipótesis” en favor de una ficción, en Kelsen, Hans, *General Theory of Norms*, trad. de Michael Hartney, Estados Unidos, Clarendon Press, 1991, p. 256. Retomaré este punto una vez más.

normas jurídicas objeto de cognición al suministrar la base necesaria para su validez objetiva: una norma primera y absoluta, por ejemplo, la *norma fundamental* (*Grundnorm*), que enviste a toda norma jurídica positiva con una validez objetiva. Entonces, la *norma fundamental* (*Grundnorm*) convierte a todas aquellas normas jurídicas en relativas, las cuales, en última instancia, dependen de ella. De esta forma, la ficción jurídica es tanto una interpretación como un desarrollo más amplio de la doctrina de Kelsen sobre la *Grundnorm*. Para observar dónde hay interpretación y dónde existe un desarrollo más amplio, necesito mostrar con gran detalle la forma en que la ficción jurídica concuerda con la propia afirmación de Kelsen *sobre las ficciones* y su alegado método para conocer el derecho: el *trascendentalismo kantiano*.

A. Kelsen sobre las ficciones

Kelsen reflexionó sobre las ficciones en diversos momentos durante su trayectoria académica. Dos de ellos merecen especial atención: en primer lugar, a inicios de 1919, Kelsen escribió respecto a los argumentos de Vaihinger sobre las ficciones jurídicas. De acuerdo con Vaihinger, Kelsen afirma que existen “verdades, esto es, ficciones epistemológicas en la ciencia jurídica... en el intento por conocer el derecho, enunciados de dominio intelectual del ordenamiento jurídico”.²⁰ Cabe destacar que, de hecho, desde una época temprana, Kelsen afirma que existen *ficciones epistemológicas*; es decir, ficciones que se supone asisten al “dominio intelectual del ordenamiento jurídico”.²¹ Sin embargo, Kelsen no desarrolla demasiado este punto; únicamente menciona a la “persona” como una ficción jurídica y argumenta que el emplear una ficción podría suministrar las “ventajas de *ilustración y simplificación*”.²² La “persona” ofrece estas ventajas al proporcionar una imagen vivida en lugar de una mera descripción jurídica y técnica de un conjunto de obligaciones y derechos.

En segundo lugar, desde 1960 en adelante, Kelsen centra su atención, de nuevo, en las ficciones jurídicas. Aunque dos diferencias significativas tienen lugar en este punto: primero, Kelsen considera, ahora, su propio argumento desde una perspectiva ficcionalista y no sólo otro argumento como el de Vaihinger; piensa en su *norma fundamental* (*Grundnorm*) como una

²⁰ Kelsen, Hans, “On the Theory of Juridic Fictions. With Special Consideration of Vaihinger’s Philosophy of the As-If”, en Mar, Maksymilian del y Twining, William (eds.), *Legal Fictions in Theory and Practice*, Nueva York, Springer, 2015, p. 5.

²¹ *Idem*.

²² *Ibidem*, p. 7. Énfasis en el original.

ficción.²³ Segundo (y relacionado con el primer punto), mientras que el ensayo de Kelsen de 1919 estaba únicamente centrado en las ficciones *a través* del derecho (la “persona”), la consideración de Kelsen respecto a la *norma fundamental* (*Grundnorm*) como ficción ahora se enfoca en la ficción *sobre* el derecho como un todo.

Por desgracia, la posición de Kelsen desde 1960 hacia adelante es inconsistente con su postura de 1919. Esta inconsistencia es más obvia cuando Kelsen, después de 1960, afirmó que la *norma fundamental* (*Grundnorm*) es una ficción a pesar de que “contradice la realidad”,²⁴ y, explícitamente, revoca sus afirmaciones anteriores respecto a que las normas (*deber ser*) no son capaces de contradecir la realidad (*ser*), lo que forma la base de su postura en 1919. En consecuencia, cualquier interpretación de Kelsen requiere tomar partido.

Seguir por completo a Kelsen en su postura de 1960 hacia adelante podría, parcialmente, evitar el desafío cognitivista. Esto es así porque su visión de 1960 destaca con menos énfasis la distinción del reino del *deber ser* y las normas. En otras palabras, el objetivo de Kelsen es alcanzar la cognición objetiva. Y mi propósito en este ensayo es, por lo tanto, retener la visión de Kelsen de que las normas no pueden contradecir la realidad. Así, consideraré la *norma fundamental* (*Grundnorm*) como una ficción, pero no en el sentido de que las ficciones contradicen la realidad (o sea, en el reino del *ser*), sino en el sentido de afirmar algo que no existe en el ámbito del *deber ser*.

Con base en lo anterior, el ficcionalismo jurídico positivo acoge los argumentos de Kelsen concernientes a las ficciones *sobre* el derecho (esto es, la ficción es la *norma fundamental* [*Grundnorm*]), la afirmación sobre que las ficciones proveen ventajas epistémicas genuinas y los argumentos sobre la distinción entre *ser* y *deber ser*. El ficcionalismo jurídico positivo se encuentra, por ende, sumamente cercano a las propias afirmaciones de Kelsen; sólo se aparta de él cuando sus afirmaciones contradictorias hacían ineludible un alejamiento, y la elección entre las afirmaciones contradictorias se hizo con la intención de mantener y no de eludir el desafío cognitivista.

Sin embargo, es importante también destacar que el ficcionalismo jurídico positivo va más allá de las propias afirmaciones de Kelsen: va más allá al recomendar que la perspectiva de las ficciones, desarrollada a partir de las mencionadas afirmaciones de Kelsen, es aplicada a todas las fases de su

²³ Véase, por ejemplo, Kelsen, Hans, “On the Pure Theory of Law”, *Israel Law Review*, 1966, pp. 1-7.

²⁴ Kelsen, Hans, “The Function of a Constitution”, en Tur, Richard y Twining, William (eds.), *Essays on Kelsen...*, cit., p. 117.

trabajo, incluyendo la primera y segunda edición de la *Teoría pura del derecho* (*Reine Rechtslehre*), y no sólo la fase escéptica tardía en la vida de Kelsen, que está usualmente asociada a él en tanto ficcionalista, si es considerado como tal por completo. Esta es la principal razón por la que el ficcionalismo jurídico positivo es kelseniano, pero no del todo contado por el propio autor.

B. Kelsen sobre el trascendentalismo kantiano

Al ampliar la lectura ficcionalista a todas las fases de la obra de Kelsen, el ficcionalismo jurídico positivo compite con la interpretación más aceptada del método de Kelsen para conocer el derecho: el trascendentalismo kantiano. En esta subsección sostendré que el ficcionalismo es una mejor base exegética para el método de Kelsen para conocer el derecho que una versión calificada del trascendentalismo kantiano.

En la *Teoría pura del derecho* (*Reine Rechtslehre*), Kelsen centra su atención en las condiciones bajo las que la cognición del derecho positivo, en tanto objetivamente válido, deviene posible. Kelsen afirma que esta aproximación recuerda a Kant en su búsqueda por las condiciones para la posibilidad del conocimiento en las ciencias naturales.²⁵ Por lo tanto, la *norma fundamental* (*Grundnorm*), es decir, lo que Kelsen identifica como la condición para conocer el derecho positivo en tanto objetivamente válido, es considerada “trascendental, cognitiva y teóricamente, en términos de la filosofía kantiana”.²⁶

A pesar de este alegado piso común, diversos comentaristas señalan, acertadamente, que el vínculo de Kelsen con el trascendentalismo kantiano es, más bien, débil.²⁷ Para empezar, mientras que la investigación de Kant —y también la de los neokantianos como Cohen, quien es referido por Kelsen— era acerca de las propias condiciones del conocimiento como tal, la búsqueda de Kelsen es sólo sobre *una vía* para observar *un área particular* del

²⁵ Véase, Kelsen, Hans, *Pure Theory...*, cit., p. 202 (RR₂, p. 361).

²⁶ Kelsen, Hans, *Introduction to the Problems of Legal Theory...*, cit., p. 25 (RR₁, p. 36). Kelsen también expresa su lealtad hacia Kant en otros lugares. Véase la carta de Treves en los documentos de Kelsen, p. 171. De igual manera, aparecen afirmaciones similares en sus obras tempranas y tardías. Para su obra temprana, véase Kelsen, Hans, “Prefacio”, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tubinga, Scientia, 1960, p. XVII.

²⁷ Wilson, Alida, “Joseph Raz on Kelsen’s Basic Norm”, *The American Journal of Jurisprudence*, núm. 27, 1982, p. 49; Dreier, Horst, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, Baden-Baden, Nomos, 1986, pp. 44 y 81-89; Winkler, Gunther, *Rechtstheorie und Erkenntnislehre. Kritische Anmerkungen zum Dilemma von Sein und Sollen in der Reinen Rechtslehre aus geistesgeschichtlicher und erkenntnistheoretischer Sicht*, Austria, Verlag Österreich, 1990, pp. 107 y 108.

mundo; a saber, el derecho positivo. Kelsen, de hecho, afirma que “La teoría pura del derecho es muy consciente de que el significado específicamente normativo de ciertos hechos materiales, el significado caracterizado como «derecho», es el resultado no de una interpretación necesaria sino de una interpretación posible, sólo dado un cierto presupuesto básico”.²⁸

En consecuencia, Kelsen admite que uno podría, simplemente, rechazar aceptar sus condiciones sobre el conocimiento del derecho como objetivamente válido y, en su lugar, considerar las normas jurídicas como meros actos de poder y dominación. Sin embargo, en opinión de Kelsen, por el contrario, era imposible sólo rechazar las condiciones trascendentales del conocimiento y elegir un camino diferente de ver las cosas.

Segundo —y como resultado de la primera diferencia— la utilización del término *hipótesis* por Kant y Kelsen difiere considerablemente. Cuando Kant identifica las condiciones del conocimiento como tal, instituye estas condiciones como *hipótesis*, y las trata como afirmaciones que no puede probar de forma directa, sino únicamente postular a través del método trascendental. Sin embargo, para Kant una hipótesis es algo que puede ser cierto y es, de hecho, asumido como un buen candidato para una afirmación real. Esto es distinto en Kelsen: aunque la *norma fundamental* (*Grundnorm*) también es llamada *hipótesis*, Kelsen no quiere decir que algo puede ser verdad; dicha norma, en tanto norma, no puede ser verdadera, de acuerdo con Kelsen. Además, explícitamente sostiene que la *norma fundamental* (*Grundnorm*) no existe.

Refiriéndose a estas diferencias, los comentaristas sugieren que Kelsen carecía de conocimiento suficiente sobre el trascendentalismo kantiano.²⁹ No obstante, esta es una interpretación poco generosa, por lo que en esta subsección deseo sostener que el alejamiento de Kelsen de Kant fue, en gran medida, deliberado, y, por lo tanto, debe ser apreciado más que criticado. Encuadrar el método kelseniano en términos ficcionalistas más que en términos trascendentales puede captar, caritativamente, el alejamiento de Kelsen de Kant y, por ende, debería ser la interpretación preferida del método de Kelsen para conocer el derecho.

El soporte para una interpretación ficcionalista proviene de lo que los comentaristas en ocasiones pasan por alto; a saber, que el propio Kelsen

²⁸ Kelsen, Hans, *Introduction to the Problems of Legal Theory...*, cit., p. 34. Énfasis añadido (RR₁, p. 47). Repite este punto en Kelsen, Hans, *Pure Theory...*, cit., p. 218 (RR₂, p. 393). Véase, también, Kelsen, Hans, “Value Judgements in the Science of Law”, *What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science. Collected Essays by Hans Kelsen*, Estados Unidos, The Lawbook Exchange Ltd., 2013, pp. 226 y 227.

²⁹ Véase, por ejemplo, Wilson, Alida, *op. cit.*

subrayó que él emplea la filosofía kantiana sólo “por analogía”.³⁰ es justo la atención sobre las *condiciones para la posibilidad del conocimiento* lo que relaciona a Kelsen con la filosofía kantiana en algún sentido. Pero existen otros aspectos del trascendentalismo (neo)kantiano que Kelsen rechaza explícitamente. En una carta poco conocida a Renato Treves, de 1933, Kelsen contrasta las condiciones para la posibilidad del conocimiento desarrolladas por Kant y Cohen con sus propias condiciones para la posibilidad de conocer el derecho positivo. Kelsen afirma que Kant y Cohen se adhirieron a un “*a priori* constituido por el contenido, materialmente determinado”,³¹ con lo que quiso decir que Kant y Cohen se unieron a juicios de valor sustanciales y, potencialmente, a una forma de realismo valorativo; o sea, al supuesto de valores absolutos. Kelsen, por el contrario, rechaza tales valores y busca sólo “categorías puramente formales de una validez *a priori*”.³² La *norma fundamental* (*Grundnorm*) es supuesta para ser por completo formal en el sentido de no incluir ningún valor sustancial o absoluto, o cualquier restricción sobre lo que las normas jurídicas deberían prescribir. Entonces, la *norma fundamental* (*Grundnorm*) simplemente respalda lo que la más alta norma jurídica positiva, la Constitución, estatuye.

Más aún, en la misma carta, Kelsen afirma que el relativismo moral es “algo que Cohen —exactamente como Kant en este punto— no estaba preparado para aceptar, aunque sea solamente por sus convicciones religiosas”.³³ Sin embargo, el relativismo moral es la clave para los propios razonamientos de Kelsen; él rechaza con ferocidad las normas absolutas y niega que pudieran ser comprendidas a través del conocimiento racional.

Para mantener a la *norma fundamental* (*Grundnorm*) como puramente formal y para defender el relativismo ético, Kelsen tuvo que afirmar que tal norma es, de hecho, sólo *un camino contingente* para observar al positivismo jurídico, así como negar que la mencionada norma puede ser cierta en el sentido en que las hipótesis kantianas pueden ser ciertas. Si la *norma fundamental* (*Grundnorm*) fuera una norma materialmente determinada, cierta y absoluta, Kelsen debilitaría su relativismo sobre las normas y la naturaleza puramente formal de las condiciones de conocimiento del derecho positivo.

³⁰ Kelsen, Hans, *Pure Theory...*, *cit.*, p. 202 (RR), p. 361).

³¹ Kelsen, Hans, “The Pure Theory of Law, «Labandism», and Neo-Kantianism. A Letter to Renato Treves”, en Paulson, Stanley L. y Litschewski Paulson, Bonnie (eds.), *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Estados Unidos, Clarendon, 1998, p. 173. Énfasis en el original.

³² *Idem.*

³³ *Idem.*

En consecuencia, la carta de Kelsen a Treves muestra que su distanciamiento con la presentación de las condiciones mismas de la cognición como tal y la adhesión a las *hipótesis* en tanto aptas para la verdad no se debió simplemente a la falta de conocimiento de Kant. Puede ser visto como deliberado y necesario para mantener las características centrales de su relato, incluso si Kelsen no lo dijo explícitamente en su teoría pura del derecho. Por lo tanto, no es una sorpresa que Kelsen, aunque declara su lealtad a Kant y Cohen al enfocarse en una investigación sobre las *condiciones para la posibilidad del conocimiento*, rechaza el marco conceptual general de Kant y Cohen en tanto versiones de la “teoría del derecho natural”.³⁴

Estos datos exegéticos requieren una elección: uno puede continuar, todavía, interpretando a Kelsen como alguien que emplea el trascendentalismo kantiano, pero con todas estas características necesarias que remueven lo que es genuino respecto al trascendentalismo kantiano; o se puede desarrollar una interpretación diferente que se ajuste mejor con todas las afirmaciones de Kelsen. En el resto de esta subsección optaré por la segunda vía y afirmaré que un marco ficcionalista, conferido por la ficción jurídica, puede dar cuenta de todas las afirmaciones de Kelsen y podría, por tanto, ser adoptado.

Para empezar, el ficcionalismo jurídico reconoce el intento de Kelsen por identificar las condiciones bajo las que el conocimiento del derecho, como objetivamente válido, es posible. El ficcionalismo jurídico reconoce, entonces, la *norma fundamental* (*Grundnorm*) *qua* ficción como la condición necesaria para la posibilidad de la cognición por objeción de las normas jurídicas relativas. Así, la ficción jurídica puede ser entendida *per analogiam* al trascendentalismo kantiano en el sentido restrictivo que Kelsen también refiere. Pero operar con una ficción no deja duda que emplear la ficción es, únicamente, un camino para mirar al derecho positivo.

Mi propuesta ficcionalista no implica que la *norma fundamental* (*Grundnorm*) es el único camino, o inclusive una vía especial o privilegiada para observar el derecho positivo. Es, justo, el contraste entre una ficción y una hipótesis kantiana lo que ilustra la comparación entre la *norma fundamental* (*Grundnorm*) de Kelsen y una hipótesis kantiana. Una ficción es algo que no asumimos como cierto, pero sabemos, actualmente, que es falsa o no existente. Esto es, con exactitud, lo que Kelsen dice sobre la *norma fundamental* (*Grundnorm*), pero que sería engañoso decir sobre una hipótesis. Y, de hecho, Kelsen más tarde abandonó la noción de *hipótesis* en favor de la de *ficción*.³⁵

³⁴ *Idem*.

³⁵ Kelsen, Hans, *General Theory of Norms...*, *cit.*, p. 256.

En consecuencia, la ficción es puramente formal y no como Kelsen pensó sobre las aproximaciones de Cohen y Kant, constituida por el contenido y materialmente determinada. La ficción es la *norma fundamental* (*Grundnorm*) y, como tal, comprende sólo lo que Kelsen le atribuye. Por último, desde que la *norma fundamental* (*Grundnorm*) es una ficción aplicada al derecho, no implica ni pretende nada sobre la moral; por ende, es compatible con el relativismo ético como Kelsen lo defiende.

En resumen, el ficcionalismo jurídico puede dar cuenta de todos los argumentos de Kelsen. Sobre esta base, propongo reconstruir el método de Kelsen para el conocimiento a través de un marco conceptual ficcionalista más que por medio del trascendentalismo kantiano. Sin embargo, cabe destacar que preferir el ficcionalismo sobre el trascendentalismo kantiano no implica abandonar por completo la caracterización de los argumentos de Kelsen como kantianos o neokantianos. Otros aspectos de la narración de Kelsen, que suelen ser considerados (neo)kantianos, pueden permanecer en su lugar. Estos aspectos son: *i*) el supuesto del *ser* y *deber ser* como categorías separadas e irreductibles; *ii*) el supuesto de la validez de las normas en términos de fuerza vinculante, y *iii*) el énfasis de la normatividad genuina de la ciencia jurídica, donde la ciencia jurídica es contrastada tajantemente con aproximaciones más empíricas, como la sociología jurídica.³⁶

C. Resumen

Esta sección destacó la base exegética del ficcionalismo jurídico positivo en las propias afirmaciones de Kelsen. Sin embargo, el ficcionalismo jurídico positivo no se limitó a adaptar las afirmaciones de Kelsen, sino que las superó en dos aspectos: primero, como no existía una narrativa consistente de una ficción jurídica en Kelsen, el ficcionalismo jurídico positivo tuvo que reconstruir tal narración desde las afirmaciones contradictorias de Kelsen; asimismo, aplicó, luego, esta narración a todas las diferentes fases del trabajo de Kelsen, y no sólo a la fase escéptica tardía. Segundo, el ficcionalismo jurídico positivo sugirió reinterpretar el método de Kelsen para conocer el derecho como una aproximación ficcionalista más que como una aproximación kantiana trascendental. Pero ya en la siguiente sección se ahondará sobre cómo el ficcionalismo jurídico positivo contribuye a un proyecto de cognición, requerido para resolver el desafío cognitivista.

³⁶ Véase Bulygin, Eugenio, “An Antinomy in Kelsen’s Pure Theory of Law”, en Paulson, Stanley L. y Litschewski Paulson, Bonnie (eds.), *op. cit.*, pp. 297-315.

2. *La perspectiva sistemática: la contribución del ficcionalismo jurídico positivo a un proyecto de cognición*

Podría parecer paradójico que una explicación ficcionalista, esto es, una narración que yace en afirmaciones falsas, pudiera contribuir a un proyecto de cognición. Sin embargo, si el ficcionalismo jurídico positivo pudiera ser una solución al desafío cognitivista, necesito explicar cómo contribuye a una cognición objetiva. Para esto, primero explicaré el ficcionalismo como un método científico más general (A), después especificaré las ventajas epistémicas particulares inherentes a la presuposición de la *norma fundamental* (*Grundnorm*) qua ficción (como se hizo con el ficcionalismo jurídico positivo) (B), y, por último, explicaré cómo el ficcionalismo jurídico positivo no sólo provee ventajas epistémicas, sino que permanece leal al positivismo jurídico (C).

A. *El ficcionalismo como un método científico*

Kelsen, recuérdese, afirmó que existen “ficciones epistemológicas en la ciencia jurídica... en el intento por conocer el derecho, enunciados de dominio intelectual del ordenamiento jurídico”.³⁷ Asimismo, para ilustrar cómo una ficción puede asistir dicho dominio intelectual, Kelsen proporciona el ejemplo siguiente:

Tenemos que hablar de una ficción tan luego como la cognición (especialmente una cognición jurídica) da un rodeo al conocimiento de su objeto (en el conocimiento jurídico, este objeto es el derecho, el orden jurídico, el *deber ser* jurídico), un rodeo frente al cual se coloca conscientemente en contradicción con su objeto; sea solo para captarlo mejor: igual que un alpinista, para evitar un obstáculo y alcanzar su meta con mayor facilidad, se encuentra obligado, a veces, a escalar a una posición temporalmente más baja, es decir, hacia una dirección completamente opuesta a su meta, la cima.³⁸

Así, de acuerdo con Kelsen, una ficción puede ser una herramienta que permite superar un obstáculo para conocer. Tal obstáculo puede ser superado, dice Kelsen, si permitimos que la ficción nos conduzca a dar un “rodeo” para identificar un camino alternativo a fin de conocer. Por desgracia, Kel-

³⁷ Kelsen, Hans, *Introduction to the Problems of Legal Theory*..., cit., p. 5.

³⁸ *Idem*.

sen no explica en detalle cómo ese “rodeo” se puede trazar en el mapa. No obstante, la metáfora del alpinista es ilustrativa. Todavía más interesante: se parece al método de Vaihinger, a quien Kelsen conoció, alguna vez atribuido a la solución de Fermat para un problema matemático. Por lo tanto, la interpretación de Fermat por Vaihinger podría ayudar a precisar la opinión de Kelsen sobre cómo las ficciones ayudan a la cognición, aun si Kelsen no se refirió explícitamente a eso.

Vaihinger presentó su lectura con el siguiente problema matemático: supóngase que se desea dividir una línea en dos partes, x y $a-x$, de modo que el término $x^2(a-x)$ es lo más amplio posible. Vaihinger afirma que era imposible proveer una solución hasta que Fermat empleó un truco particular.

Fermat sustituyó la x en el término $x^2(a-x)$ con $(x+e)$, que lo condujo a la nueva fórmula $(x+e)^2(a-x-e)$. Luego equiparó el término original con el nuevo y alcanzó la siguiente ecuación: $x^2(a-x) = (x+e)^2(a-x)$.

Al equiparar ambos términos, Fermat hizo, conscientemente, una presuposición falsa, afirma Vaihinger. Fermat equiparó dos términos desiguales. Tras multiplicar todos los términos, Fermat alcanzó, entonces, la siguiente fórmula: $2ax + ae = 3x^2 + 3xe + e^2$.

Para invertir su falsa suposición inicial (es decir, añadir de forma arbitraria e a la ecuación), Fermat anuló todos los términos que contenían una e . Sin embargo, anular arbitrariamente todos los términos que contienen una e es, en sí misma, otra suposición falsa; afirma Vaihinger: no hay que dejar simplemente términos fuera de una ecuación.

Tras cancelar todos los términos contenidos en e y desplazar todo, excepto x , al lado izquierdo, Fermat alcanza $2a/3 = x$, y ésta es, de hecho, la solución al problema: si la línea x es dividida en partes, x y $a-x$, entonces $2a/3 = x$, el término $x^2(a-x)$ es más amplio.

De acuerdo con la interpretación de Vaihinger, Fermat empleó dos supuestos falsos como herramientas en su operación aritmética. Hizo, primero, una suposición falsa (agregar arbitrariamente e a la ecuación) para facilitar un cálculo aritmético sencillo; además, realizó una segunda suposición falsa (desplazar todos los términos contenidos en e) a fin de revertir la especulación falsa inicial. Vaihinger denomina esto como el “método de los errores opuestos”; en otras palabras, errores que se neutralizan entre ellos.

La solución de Fermat, cuando menos en la descripción de Vaihinger, parece ilustrar lo que Kelsen dice respecto a la metáfora del alpinista: “igual que un alpinista, para evitar un obstáculo y alcanzar su meta con mayor facilidad, se encuentra obligado, a veces, a escalar a una posición temporalmente más baja, es decir, hacia una dirección completamente opuesta a su

meta, la cima”.³⁹ Entonces, Fermat, para evitar un obstáculo matemático, se ve obligado a apartarse temporalmente de la verdad; es decir, a pensar en una dirección opuesta a su objetivo, la verdad. Y lo hace a través de su primer supuesto falso. Al igual que el ajuste de posición le permite al alpinista, más tarde, “alcanzar su meta con mayor facilidad”,⁴⁰ así Fermat puede alcanzar la verdadera solución al problema con mayor facilidad después de depender de una ecuación falsa que después neutraliza por medio de un segundo supuesto falso, bien escogido.⁴¹

La interpretación de Vaihinger de la solución de Fermat ilustra cómo los supuestos falsos, o sea, las ficciones, pueden ayudar a alcanzar el conocimiento. Por si fuera poco, la interpretación de Vaihinger se encuentra estrictamente cercana a cómo el propio Kelsen describe la forma en que las ficciones pueden auxiliar a la ciencia jurídica; de hecho, Kelsen conoció el libro de Vaihinger que contenía dicha interpretación.⁴² En consecuencia, aplicar la interpretación de Vaihinger a la teoría pura de la *norma fundamental* (*Grundnorm*) podría ser un camino plausible para explicar el significado epistémico de la ficción en términos kelsenianos. Así, permítasenos trasladar esto de las ficciones a la teoría pura del derecho de Kelsen.

Tal y como Fermat hace frente a un predicamento aritmético, Kelsen puede ser visto frente a un predicamento concerniente a la validez de las normas. De acuerdo con la teoría del error, no existen normas objetivamente válidas. Sin embargo, en la ciencia jurídica en el sentido de Kelsen, si es posible tal cosa, sólo es factible si existen normas objetivamente válidas.

Justo como Fermat, que empleó un supuesto falso para superar un predicamento aritmético y facilitar un cálculo más sencillo, Kelsen puede ser percibido como alguien que emplea la *norma fundamental* (*Grundnorm*) *qua* ficción para superar el predicamento jurídico de la inexistencia de la validez objetiva. De nuevo, la *norma fundamental* (*Grundnorm*), entendida como una ficción, es presupuesta; todas las normas jurídicas relativas pertenecientes a un sistema jurídico particular están revestidas de una validez objetiva.

³⁹ *Idem.*

⁴⁰ *Idem.*

⁴¹ Vaihinger, Hans, *Die Philosophie des Als Ob. System der theoretischen, praktischen und religiösen Fiktionen der Menschheit auf Grund eines idealistischen Positivismus. Mit einem Anhang über Kant und Nietzsche*, Leipzig, Meiner, 1918, pp. 200 y ss.

⁴² Es cierto que no es seguro que Kelsen conociera este pasaje cuando escribía sobre las ficciones, pero no deja de ser probable. El libro de Vaihinger fue publicado en 1918 y Kelsen publicó una reseña en 1919, el mismo año en que su otro artículo apareció, de donde es tomada la metáfora del alpinista. Véase Kelsen, Hans, “On the Theory...”, *cit.*, p. 5.

Sin embargo, al igual que Fermat, quien invirtió el supuesto inicial falso para alcanzar el resultado correcto, Kelsen también tiene que evitar que la ficción distorsione los resultados alcanzados. Después que la *norma fundamental* (*Grundnorm*) *qua* ficción es presupuesta, Kelsen puede ser interpretado como alguien que agrega algo similar a una etiqueta a cada norma, y dice que éstas son válidas sólo sobre la base de una ficción; en otras palabras, sobre la base de este simple producto del pensamiento, pero no son válidas en cualquier otro sentido más amplio. Kelsen pudo haber hecho esto al introducir la proposición jurídica (*Rechtssatz*) en contraste con la norma jurídica (*Rechtsnorm*). Asimismo, explica ambos términos de la manera siguiente:

Las proposiciones jurídicas (esto es, *Rechtssätze*)... son juicios hipotéticos en los que se afirma que, de acuerdo con un orden jurídico nacional o internacional, bajo las condiciones determinadas por este orden, ciertas consecuencias condicionadas por el orden deben tener lugar. Las *normas* jurídicas (es decir, *Rechtsnormen*) no son juicios, en otras palabras, no son afirmaciones sobre un objeto de conocimiento. De acuerdo con su significado, son órdenes, podrían ser, también, permisos y autorizaciones.⁴³

Por lo tanto, las *Rechtsnormen* son las normas jurídicas que presenté como el sujeto-materia de la *Teoría pura del derecho*. Las proposiciones jurídicas (*Rechtssätze*) son afirmaciones sobre aquellas normas y, por lo general, adquieren la forma siguiente: de acuerdo con el sistema jurídico X, tal y cual debería ser el caso. El prefijo, de acuerdo con el sistema jurídico X, podría ser leído como la etiqueta requerida. En una interpretación ficcionalista, este prefijo podría ser leído como “de acuerdo con la ficción en el sistema jurídico X”. Esta etiqueta esclarece que la validez objetiva aún depende de la ficción y evita que los resultados sean distorsionados; o sea, que se declare una validez objetiva independiente de un mero producto del pensamiento. En consecuencia, de manera similar a como Fermat neutraliza su suposición inicial falsa al desplazar todos los términos que contienen una *e*, el prefijo de Kelsen, en sus proposiciones jurídicas (*Rechtssätze*), evita el supuesto potencial falso de una validez objetiva que existe, independientemente de la ficción, y esclarece que la validez objetiva es, todavía, dependiente de una presuposición arbitraria.

No obstante, parece existir una diferencia entre Fermat y Kelsen: mientras que la segunda suposición de Fermat neutraliza su primera suposición falsa, Kelsen —en esta interpretación— sólo destaca, pero no neutraliza, el

⁴³ Kelsen, Hans, *Pure Theory...*, *cit.*, p. 71 (RR₂, p. 141).

uso de una ficción. La falsedad de afirmar normas de validez objetiva no desaparece. La teoría del error aún permanece y, como se mostrará en el apartado C, todavía interpreta un papel importante. Mas en este punto sólo deseo subrayar esta diferencia con FERMAT: Kelsen evita resultados distorsionados a través de una estrategia diferente a la que Vaihinger atribuye a FERMAT.

B. Las ventajas epistémicas de la ficción jurídica

En el apartado anterior traté de explicar la aparente afirmación paradójica de que las ficciones, distanciamientos deliberados de la verdad, pueden ser empleadas algunas veces para alcanzar la verdad. Afirmé que tanto FERMAT como Kelsen pueden usar una ficción inicial para superar un predicamento y, después, evitar que la ficción conduzca a resultados distorsionados. Este método, en sentido estricto, se parece a la propia descripción de Kelsen sobre el uso de ficciones en su metáfora del alpinista; además, es plausible asumir que Kelsen sabía de la interpretación de FERMAT por Vaihinger y que estuvo inspirado por ésta.

Pero ahora deseo ser más específico y describir las ventajas epistémicas particulares inherentes a la interpretación de la *norma fundamental* (*Grundnorm*) como una ficción. Estas ventajas epistémicas se dividen en dos grupos: primero, existen todas las ventajas epistémicas que Kelsen atribuye a la *norma fundamental* (*Grundnorm*), independientemente de considerarla como una ficción. Puesto que propuse redefinir el relato de Kelsen sobre la presuposición de la mencionada norma como la utilización de una ficción, sus ventajas epistémicas pueden ser reinterpretadas como las ventajas epistémicas de la ficción. Segundo, aun así, existen también ventajas epistémicas que derivan específicamente de la *norma fundamental* (*Grundnorm*) en tanto *ficción*. Tales ventajas epistémicas no se encuentran entre aquellas que Kelsen destaca, aunque contribuyen a la totalidad de su proyecto para conocer el derecho.

Permítaseme comenzar con el primer grupo de ventajas; aquellas asociadas con la *norma fundamental* (*Grundnorm*) con independencia de considerarla como una ficción. Tómese en cuenta el siguiente pasaje de Kelsen:

Que una asamblea de personas es un parlamento, y que el resultado de su actividad es una ley (en otras palabras, que estos eventos poseen este “significado”), quiere decir, simplemente, que los hechos materiales como un todo,

corresponden a ciertas previsiones de la Constitución. Esto es, el contenido de un evento actual corresponde al contenido de una norma dada.⁴⁴

Aquí Kelsen afirma que una norma jurídica *convierte* los “eventos actuales” en algo con significado jurídico: existe un derecho parlamentario (evento jurídico) y no sólo un grupo de personas redactando algunas reglas que desean se cumplan (evento natural); se configura el delito de homicidio (evento jurídico) y no sólo un asesinato (evento natural), etcétera. Sin una norma jurídica o, mejor dicho, sin normas jurídicas objetivamente válidas, podrían existir sólo eventos *naturales*, pero no *jurídicos*. Parece que Kelsen piensa en algo como una *realidad paralela o aumentada*.⁴⁵ No obstante, todo esto sólo es posible después de presuponer la *norma fundamental* (*Grundnorm*), ya que sólo la presuposición de la norma asegura la validez objetiva. Por lo tanto, la práctica jurídica surge, y es comprensible, como una práctica *jurídica* sólo al presuponer la *norma fundamental* (*Grundnorm*).

Así, las propias afirmaciones de Kelsen permiten la extracción de una razón específica para emplear la *norma fundamental* (*Grundnorm*) como una ficción: presuponer la citada norma hace a la práctica jurídica —así como a la cognición jurídica— inteligible. De manera más precisa, estos pasajes nos permiten extraer dos caminos a través de los cuales presuponer la *norma fundamental* (*Grundnorm*) contribuye a “conocer el derecho positivo”.⁴⁶ Primero, facilita el *conocimiento jurídico proposicional*; en otras palabras, saber *que* existen ciertos objetos jurídicos (derecho parlamentario, delito de homicidio, etcétera) que no podrían existir jurídicamente sin la presuposición de la *norma fundamental* (*Grundnorm*). Segundo, facilita la *comprensión jurídica*; es decir, entender *por qué* los eventos actuales conllevan ciertas características jurídicas. Y es así porque concuerdan con las normas que se encuentran investidas con una validez derivada de la presuposición de la *norma fundamental* (*Grundnorm*). Sobre esta base, el jurista puede saber que existen ciertas normas, ciertos eventos jurídicos, y también que un grupo de normas, que remiten a la misma norma básica, pertenecen al mismo sistema jurídico, así como a entender por qué todo es cierto: por el vínculo de la *norma fundamental* (*Grundnorm*).

⁴⁴ Kelsen, Hans, *Introduction to the Problems of Legal Theory*..., cit., p. 10 (RR₁, p. 19).

⁴⁵ Kelsen, Hans, “Value Judgements in the Science of Law”, *What is Justice? Justice*..., cit., p. 227: “Si el Sistema de normas Jurídicas es una ideología, es una ideología paralela a la realidad definida”. Véanse, también, pp. 208 y 227, donde Kelsen califica la *Teoría pura* como una ideología detrás de una realidad que se supone está conforme a esta ideología. Véase Kelsen, Hans, “Welt des Sollens” y “Welt des Seins”, en Kelsen, Hans, *Hauptprobleme*..., cit., pp. 5 y ss.

⁴⁶ Kelsen, Hans, *Introduction to the Problems of Legal Theory*..., cit., p. 58. Énfasis añadido (RR₁, p. 77).

Sin embargo, más allá de estas ventajas epistémicas asociadas a la ya tan mencionada *norma fundamental* (*Grundnorm*), con independencia de su interpretación como ficción, existen también ventajas epistémicas específicamente conectadas con la *norma fundamental* (*Grundnorm*) *qua* ficción.

En primer lugar, las narraciones ficcionalistas pueden evitar las desventajas de los relatos realistas o teorías de derecho natural, pero aún poseen las mismas ventajas que estas perspectivas. Una desventaja de los relatos realistas de las normas o teoría del derecho natural es, a menudo, vista en su compromiso con una ontología compleja. No obstante, la ventaja de estas teorías es su semántica sencilla. Los relatos realistas y la teoría del derecho natural realizan afirmaciones proposicionales genuinas sobre las normas. En consecuencia, tales afirmaciones pueden ser completamente verdaderas o falsas y están sujetas a los principios de la lógica e inferencia. Una semántica proposicional tan sencilla, la aptitud para la verdad y la aplicabilidad de los principios lógicos, parecen favorecer un proyecto científico en igualdad de condiciones.

Asimismo, el ficcionalismo puede evitar la desventaja de una ontología compleja, pero proveer aún las ventajas de las narraciones realistas. También puede evitar una ontología compleja al adherirse a una teoría del error, verbigracia, al rechazar cualquier norma absoluta cuya existencia es afirmada por la teoría del derecho natural que Kelsen subrayó siempre como incomprensible ontológicamente. Al mismo tiempo, sin embargo, el ficcionalismo puede aun sostener que existen afirmaciones genuinas sobre el sujeto materia. Podría ser verdad que no existen normas, pero uno podría todavía afirmar que “de acuerdo con una ficción jurídica, tal y cual norma existe” (por ejemplo, las *Rechtssätze* de Kelsen). Estas declaraciones son afirmaciones genuinas con contenido proposicional, y como tales, estos enunciados caen bajo la semántica realista simple y, por lo tanto, pueden ser ampliamente verdaderos o falsos, así como estar sujetos a los principios de la lógica e inferencia. Por ende, una primera ventaja epistémica de los relatos ficcionalistas, como el ficcionalismo jurídico positivo, es que pueden evitar una ontología complicada al tiempo que proporcionan las mismas ventajas que la teoría del derecho natural.

En segundo lugar, otra ventaja del ficcionalismo jurídico positivo proviene de una distinción inherente a todas las narraciones ficcionalistas; a saber, la diferencia entre *aceptar* y *creer* afirmaciones. *Aceptar* una afirmación quiere decir respaldarla por el momento, sin creer que sea cierta. *Creer* una afirmación, en contraste, significa tomar la afirmación como cierta. Las narraciones ficcionalistas pueden hacer esta distinción al interpretar ciertas

afirmaciones falsas de manera sistemática (debido a la teoría del error), así se oponen a creer en aquellas afirmaciones. Sin embargo, las narrativas ficcionalistas pueden, también, postular que uno debería aceptar estas afirmaciones por otras razones más que su verdad literal (verbigracia, las ventajas específicas conectadas a esta ficción, que podrían ser epistémicas, pragmáticas, políticas o estéticas).

Jonathan Cohen emplea esta diferencia en una discusión en la ciencia más general. Argumenta que un científico que sólo *acepta* sus hipótesis, afirmaciones y teorías es superior al científico que sólo *cree* en ellas. Sobre esto último, dice: “La posesión de una creencia en *p* puede hacer que esté menos dispuesto a cambiar de opinión sobre la aceptación de esa *p* si aparecen nuevas pruebas o se dispone de una teoría mejor. Incluso puede hacer que esté menos dispuesto a buscar nuevas pruebas o una teoría mejor, cuando de otro modo lo habría hecho”.⁴⁷

Por lo tanto, *aceptar* en lugar de *creer* las afirmaciones conduce a una mayor apertura mental y a la voluntad de revisar las propias teorías, lo que puede ser propicio para un proyecto que tenga como objetivo la cognición.

El ficcionalismo jurídico positivo, al ser una narración ficcionalista, puede recurrir a la distinción entre aceptar *versus* creencia y, en consecuencia, proveer una ventaja epistémica para un proyecto kelseniano de cognición del derecho. Debido a la teoría del error, un jurista que adopte el ficcionalismo jurídico positivo nunca creería en las normas jurídicas; es decir, las tomaría como objetivamente válidas y punto, o incluso las tomaría como verdaderas. Un jurista sólo podría aceptar las normas jurídicas provisionalmente; en otras palabras, aceptarlas como parte de un sistema jurídico contingente sobre el supuesto ficcionalista contingente de una presupuesta *norma fundamental* (*Grundnorm*). En consecuencia, un jurista que abraza el ficcionalismo jurídico positivo no se aferra a las normas jurídicas de ninguna manera, sino que es indiferente a los cambios en ellas. Así, las afirmaciones sobre aquellas normas, las proposiciones jurídicas (*Rechtssätze*), se encuentran sujetas también a una contingencia radical. Son contingentes radicalmente porque podrían necesitar cambiar cuando las normas jurídicas (*Rechtsnormen*) cambien. Este es el caso, aunque las proposiciones jurídicas (*Rechtssätze*) —a diferencia de las normas jurídicas (*Rechtsnormen*)— puedan ser ampliamente verdaderas o falsas. De esta forma, el jurista ficcionalista sólo acepta las normas jurídicas (*Rechtsnormen*) y, desde que las normas jurídicas (*Rechtsnormen*) son la base de las proposiciones jurídicas (*Rechtssätze*), se encuentra también abierto a cam-

⁴⁷ Cohen, L. Jonathan, *An Essay on Belief and Acceptance*, Oxford University Press, 1992, p. 88.

biar las proposiciones jurídicas (*Rechtssätze*) cuando “surge nueva evidencia o se dispone de una mejor teoría”, para usar la frase de Cohen de nuevo.

Por lo tanto, a medida que la apertura de criterios puede considerarse una virtud epistémica en concordancia con la descripción de Cohen, el ficcionalismo jurídico positivo —en tanto narración ficcionalista— puede afirmar que provee esta virtud para un proyecto del conocimiento del derecho.

C. *El ficcionalismo como positivismo jurídico*

En las dos subsecciones anteriores (A y B) traté de explicar el uso de una ficción como un método científico de manera general, así como precisar las ventajas epistémicas particulares de la *norma fundamental* (*Grundnorm*) *qua* ficción. En esta subsección (C) deseo destacar cómo mi propuesta ficcionalista, entre todas las aspiraciones cognitivistas, aún permanece fiel al positivismo jurídico; en consecuencia, regreso también a una afirmación que hice al final de la sección III.2.

Es, de hecho, el giro ficcionalista específico que coincide con el positivismo jurídico: el giro en el que no existen normas objetivamente válidas (teoría del error), únicamente una ficción que asegura la validez objetiva ficticia (ficción jurídica). Para observar cómo estas afirmaciones proporcionan ventajas, permítasenos considerar la narración contraria de un proyecto cognitivista más rico que abandona la teoría del error y el supuesto de la ficción. Un proyecto tal no parece ser terriblemente atractivo, *vis-à-vis* el positivismo jurídico de Kelsen. Lo último a lo que debería llegar Kelsen es a un relato cognitivista que tiende a recomendar que ciertas normas son realmente verdaderas y deben cumplirse. Kelsen, de hecho, destaca que la *Teoría pura* no ha sido desarrollada para legitimar el derecho de ninguna forma, pero permanece escéptica al valor moral del derecho positivo.⁴⁸ Dreier está en lo correcto cuando dice que nunca fue el objetivo de Kelsen limitar la arbitrariedad del derecho positivo.⁴⁹ La teoría del error es coherente con estas afirmaciones y enfatiza que la plena necesidad normativa del derecho sigue siendo compatible con la máxima depravación moral del sistema jurídico. De esta forma, mantener la *teoría del error* facilita una interpretación que se encuentra cuidadosamente matizada entre las aspiraciones cognitivistas y positivistas. Esto justifica etiquetar mi propuesta como *ficcionalismo jurídico positivo*.

⁴⁸ De manera particular, Kelsen, Hans, *Introduction to the Problems of Legal Theory...*, cit., pp. 7 y 18 (RR₁, pp. 15 y 29); Kelsen, Hans, *Pure Theory...*, cit., pp. 1, 68 y 69 (RR₂, pp. 21 y 136-138).

⁴⁹ Dreier, Horst, *op. cit.*, p. 59.

D. Resumen

Esta sección (III) tenía como objetivo explicar cómo la teoría pura del derecho de Kelsen puede ser un proyecto cognitivista luego de adoptar una teoría del error. Al referir el ficcionalismo jurídico positivo hice tres afirmaciones: primero (III.1), la función epistémica de una ficción puede ser explicada de acuerdo con la metáfora de Kelsen del alpinista. Tal y como Fermat cuando empleó un supuesto falso para resolver un desafío matemático, Kelsen puede utilizar una ficción para resolver un desafío jurídico, esto es, para explicar la validez objetiva. Segundo (III.2), el presuponer la *norma fundamental* (*Grundnorm*) *qua* ficción, facilita las siguientes ventajas epistémicas: provee un conocimiento proposicional jurídico y proporciona comprensión jurídica. Más aún, evita una ontología complicada a la vez que facilita una semántica proposicional sencilla y conduce a una apertura de criterios en la teorización jurídica. Por último (III.3), más allá de estas ventajas epistémicas, una narración ficcionalista es, también, particularmente adecuada para el positivismo jurídico, pues equilibra las aspiraciones cognitivas y positivistas.

IV. CONCLUSIÓN

Al comienzo de este ensayo identifiqué dos objetivos: llamar la atención sobre el desafío cognitivista en tanto un verdadero reto para la narración de Kelsen, y proponer el ficcionalismo jurídico positivo como una solución al desafío cognitivista.

El desafío cognitivista fue un reto respecto a cómo mantener la postura de Kelsen sobre las normas jurídicas relativas; en otras palabras, que uno puede conocer objetivamente estas normas sin rechazar su perspectiva sobre las normas morales absolutas, esto es, que uno *no puede* conocer objetivamente estas normas. Afirmé que una solución al desafío cognitivista es de vital importancia para comprender el proyecto de Kelsen como una *teoría*; es decir, un proyecto de cognición objetiva, y como un proyecto que es *puro*, separado no sólo de las ciencias empíricas, sino también de la moral.

La solución que propuse, el ficcionalismo jurídico positivo, siguió dos pasos: primero, sobre la base de la teoría del error, el ficcionalismo jurídico positivo afirmó que las normas no son válidas objetivamente —hablando claramente—. De este modo, se explican todas las afirmaciones de Kelsen sobre que ciertas normas, como las morales absolutas, no son objeto de conocimiento. Segundo, sobre la base de la ficción jurídica, el ficcionalismo

jurídico positivo presentó la utilización de una ficción en tanto herramienta para facilitar el conocimiento objetivo de las normas jurídicas relativas. El presuponer a la *norma fundamental* (*Grundnorm*) *qua* ficción enviste a todas las normas jurídicas relativas con validez objetiva y facilita diversas ventajas epistémicas: conocimiento jurídico proposicional, comprensión jurídica, semántica realista sin una ontología compleja y apertura de criterios. Estas ventajas constituyen la base del proyecto de Kelsen para conocer el derecho.

De ahí que el proyecto de Kelsen deba entenderse como una *teoría* en esta línea ficcionalista, y considerarse *pura* en la medida en que la ficción jurídica sólo se aplica a las normas jurídicas positivas y no a las normas morales, así como en la medida en que la ficción facilita la auténtica validez normativa, que no puede reducirse a los hechos.

Espero haber mostrado que el ficcionalismo jurídico positivo también se encuentra firmemente enraizado en la narración de Kelsen desde una base exegética. Sin embargo, el ficcionalismo jurídico positivo es sólo una narrativa kelseniana, pero no del propio Kelsen. Esto es así porque el ficcionalismo jurídico positivo va más allá de las propias afirmaciones de Kelsen al: *i*) aplicar un relato unificado de las ficciones sobre el derecho a todas las diferentes fases de su trabajo; *ii*) explicar las afirmaciones de Kelsen sobre el método para conocer el derecho en términos de un marco conceptual ficcionalista, más que un cualificado kantiano; *iii*) relacionar explícitamente la postura de Kelsen sobre el uso epistémico de las ficciones a *Vaihinger*, y *iv*) desarrollar, desde los puntos anteriores, las ventajas epistémicas específicas que el propio Kelsen no subrayó, esto es, semántica sencilla sin una ontología complicada, apertura de criterios sobre la base de la distinción entre *aceptar* y *creer*. Por lo tanto, el ficcionalismo jurídico positivo podría ser visto como una propuesta de cómo desarrollar, de una manera más amplia, la teoría pura del derecho de Kelsen, más que una narrativa que simplemente resume su situación presente.

LA NORMA FUNDAMENTAL, UNA FICCIÓN AUTÉNTICA DOBLEMENTE CONTRADICTORIA

Carlos RODRÍGUEZ MANZANERA*

SUMARIO: I. *Prólogo.* II. *La norma fundamental y el hilo conductor.* III. *Otros argumentos que muestran la necesidad de la norma fundante básica.* IV. *La norma fundamental como la Constitución en sentido lógico-transcendental.* V. *La reelaboración de la norma fundamental.* VI. *El hilo conductor y la norma como esquema de interpretación.*

I. PRÓLOGO

En el desarrollo de este artículo es muy importante citar pasajes de diversas obras de Hans Kelsen para mostrarle al lector que se trata de hacer hasta donde eso sea posible, una correcta interpretación de su pensamiento, mostrando la necesidad de encontrar una primera norma que sirva como el esquema de interpretación de la realidad, es decir, que proporcione un sentido objetivo a los actos subjetivos del primer legislador. El problema que encuentra Kelsen es que dicha norma, para poder serlo, es necesario que haya sido creada por una voluntad suprema que de antemano sabemos no existe, pero que podemos suponerla a través de una ficción: como si realmente esa voluntad ficticia creara dicha norma. Esta solución lleva a su vez a un problema insoluble imposible de resolver o aclarar.

II. LA NORMA FUNDAMENTAL Y EL HILO CONDUCTOR

En este Seminario Internacional sobre Hans Kelsen, que lleva por título “Un diálogo desde el contexto actual”, me quiero referir a una de las cuestiones

* Profesor de tiempo completo en la Facultad de Derecho de la UNAM. Contacto: crmcrm1@gmail.com.

que durante toda su vida fue objeto de una constante reflexión, y es la que consiste en responder las siguientes preguntas: ¿qué le da validez al derecho?, ¿qué le da unidad y validez a un sistema de normas jurídicas?

Si el fundamento de validez de una norma sólo puede encontrarse en la validez de otra norma, la búsqueda por esa validez no puede prolongarse hasta el infinito, tiene que concluir en una norma que *supondremos* la última, la suprema y de la cual no puede volverse a cuestionar el fundamento de su validez [dice Kelsen].¹

Estas aseveraciones encajan muy bien en lo que me permito designar como los dos primeros postulados o principios de los que parte la segunda edición de la *Teoría pura del derecho*² (en adelante TPD2), y que van a ser explicados más adelante, pues es con base en ellos como se construye la mencionada teoría.

Una norma semejante, presupuesta como norma suprema, será designada aquí como norma fundante básica (*Grundnorm*)... Esta norma fundante es la que constituye la unidad de una multiplicidad de normas, en tanto representa el *fundamento de validez* de todas las normas que pertenecen a ese orden.³

Dicha norma ha recibido otros nombres en la explicación que Kelsen ha dado de ella y de acuerdo con lo que él quiere resaltar. Tal es el caso de la teoría pura del derecho, en la cual se le denomina al principio como una *norma hipotética fundamental*, a partir de la cual se establece el fundamento y los cimientos para construir la ciencia jurídica que explique el derecho positivo.

“Establecer este presupuesto es una función esencial de la *ciencia del derecho*. En este presupuesto se encuentra el *último fundamento* de un orden jurídico, un fundamento condicional según su esencia, y en ese sentido, *hipotético*”.⁴

Ahora bien, quisiera llamar la atención sobre un razonamiento empleado por todos los juristas, y del cual Kelsen afirma no ser el creador, pero sí tiene el mérito de hacerlo consciente. Me permito denominar a este razonamiento el *hilo conductor* (un hilo de ideas)⁵ siguiendo a Emanuel Kant, en

¹ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. de Roberto J. Vernengo, México, Porrúa, 1998, pp. 201 y 202.

² Rodríguez Manzanera, Carlos, *Los postulados de la teoría pura del derecho*, México, tesis doctoral, 2005, capítulos 2 y 3.

³ Kelsen, Hans, *op. cit.*, p. 202. El resaltado en cursivas es mío con motivos didácticos.

⁴ *Ibidem*, p. 59.

⁵ La norma como un esquema de interpretación (The norma as scheme of interpretation).

el entendido de que Kelsen nunca lo nombró, sino que se refirió a él de esta manera. Tiene mucha importancia, porque Kelsen lo mantendrá hasta el final de su argumentación como el último recurso para mostrar la necesidad de la presuposición de una norma fundamental que se convertirá, por motivos de la teoría del conocimiento y de los postulados empleados por él, en una *ficción auténtica doblemente contradictoria*.

Este *hilo conductor* se compone de un sentido *subjetivo* y de un sentido *objetivo*. El *sentido subjetivo* es el que cualquier persona le da a los hechos o a los actos, atribuyéndoles un significado jurídico. Ejemplo: alguien redacta su testamento en un papel estando seguro de esa manera de disponer de sus bienes para el momento de su muerte. El *sentido objetivo* es el significado que una norma le asigna e impone a los hechos o a los actos, dotándolo de un carácter “jurídico”. Ejemplo: el testamento anterior no vale desde una visión o perspectiva jurídica porque no se otorgó ante un notario público.

Son las normas jurídicas las que proporcionan el *sentido objetivo* y, vistas desde la ciencia jurídica, funcionan como esquemas de explicación de la realidad. Son, en sentido didáctico, *lentes jurídicos* hechos 100% de normas que hacen ver la realidad a los juristas de otra manera. Por ello, los juristas siempre están rodeados de libros, pues ante los diversos casos que se les presentan, recurren a revisar las leyes, las jurisprudencias, los códigos, los reglamentos y los textos jurídicos en los cuales se comenta y explica todo lo anterior.

En función del sentido objetivo, Kelsen comprendió y nos hace comprender que es necesario contar con una *primera norma* que sirva como un primer esquema de explicación de los actos que llevará a cabo el primer legislador que redacte una Constitución, y que precisamente esa norma le proporcionará *objetividad* a sus actos *subjetivos*.

“Si el derecho es concebido como un orden coactivo, la norma fundante de un orden jurídico estatal reza en su formulación: la *coacción* entre los hombres debe ser ejercida en la manera y bajo las condiciones que se determinan en la primera constitución histórica”.⁶

El derecho ha sido definido por el propio Kelsen como el orden coactivo de la conducta humana; entonces, es necesario tener presente que la *coacción* puede ser entendida como una *facultad* o como la *consecuencia de realizar un hecho ilícito*.

En el caso de la norma fundante básica, ésta estatuye a la coacción como una *facultad* o *competencia* que se le da al primer legislador histórico, precisamente para poder instituir en todos los casos en que se realicen con-

⁶ *Ibidem*, p. 63.

ductas contrarias a las conductas jurídicamente obligatorias, un acto coactivo contra los hombres que así actúen o contra sus allegados. “Debe advertirse, con todo, que el acto coactivo mismo no tiene que ser obligatorio en este sentido, puesto que tanto el disponerlo como el cumplirlo pueden ser sólo facultativos”.⁷

La consecuencia de realizar un hecho ilícito, por otra parte, será la de una sanción que se aplicará mediante la fuerza física legal y en contra de la voluntad del infractor. En la siguiente cita de Kelsen aparece con toda claridad la relación entre el “hilo conductor y la norma fundamental.

La función de esta norma fundante básica es fundamentar la validez objetiva de un orden jurídico positivo, es decir, de las normas implantadas mediante actos humanos de voluntad en un orden coactivo eficaz en términos generales; es decir, interpretar el *sentido subjetivo* de esos actos como su *sentido objetivo*.⁸

De esta manera, esta norma pensada autoriza y le da sentido objetivo a los actos del primer legislador.

III. OTROS ARGUMENTOS QUE MUESTRAN LA NECESIDAD DE LA NORMA FUNDANTE BÁSICA

Frente a la corriente del positivismo surgieron las escuelas neokantianas de Marburgo (Hermann Cohen y Paul Nartop, entre otros) y la de Baden (Wilhelm Windelband y Heinrich Rickert, entre otros), que clamaban por un retorno a la lectura de las obras de Emanuel Kant tanto para superar el idealismo hegeliano como para poder resolver el problema que el empirismo positivista planteaba en el conocimiento con el empleo en forma preponderante del método inductivo que requiere la comprobación o verificación de todos los enunciados o proposiciones.

La escuela neokantiana de Marburgo centró sus estudios en la *Crítica de la razón pura* y bajo su influencia, Kelsen, en su *Teoría pura del derecho*, sostendrá el primer postulado de que *es el método el que determina el objeto de conocimiento*. Mientras que la escuela neokantiana de Baden focaliza sus estudios en la *Crítica de la razón práctica*, y de ella Kelsen, en su teoría del derecho, tomará el segundo postulado de la tajante separación entre el ser y el deber ser.

⁷ *Idem*.

⁸ *Ibidem*, p. 210.

Estos dos postulados son la base del método de la pureza metódica; pero lo importante por el momento es analizar su influencia y su relación en la norma fundamental que la hacen ver como necesaria. Voy a citarlos directamente de la teoría pura del derecho.

1. *El postulado de que es el método
el que determina el objeto de conocimiento*

Es también verdad que, en el sentido de la teoría del conocimiento kantiana, la ciencia jurídica, como conocimiento del derecho, y al igual que todo conocimiento, posee un carácter constitutivo, y, en consecuencia, *produce* su objeto al concebirlo como una totalidad significativa... Pero esta *producción* tiene un carácter puramente epistemológico. Es algo enteramente distinto de la producción del derecho por la autoridad jurídica.⁹

La influencia de Kant es manifiesta; pero lo importante es que en esa producción de carácter puramente epistemológico se necesita una primera norma, y esa norma es la *grundnorm* o norma fundante básica que permite entender la unidad del derecho.

Por ello, Kelsen asegura que la totalidad significativa, esa *unidad* en una pluralidad de normas jurídicas que se designa como sistema jurídico u orden jurídico, lo constituye la *presuposición hipotética* de todo conocimiento jurídico, a saber: la idea de una *norma fundamental* que la teoría pura del derecho aporta en función de su primer postulado: es el método el que determina el objeto de conocimiento. Es por ello que “La norma fundamental representa la razón de validez de todas las normas que pertenecen a un mismo orden jurídico”.¹⁰

2. *El postulado de la tajante separación entre el ser y el deber ser*

“La distinción entre ser y deber ser no puede ser explicada más de cerca. Se encuentra inmediatamente dada a nuestra conciencia”.¹¹

Bajo la influencia de David Hume, a quién Kelsen menciona en su obra póstuma afirmando que es más consecuente que Emanuel Kant (porque esta separación lo posibilita a él para sostener la existencia de una razón

⁹ *Ibidem*, p. 85.

¹⁰ Kelsen, Hans, *¿Qué es la teoría pura del derecho?*, México, Fontamara, 1991, p. 20.

¹¹ Kelsen, Hans, *Teoría pura...*, *cit.*, pp. 19 y 21.

práctica con la que Kelsen no está de acuerdo), se recoge el segundo postulado que guía la elaboración de la teoría pura del derecho y el método de la pureza metódica:

Nadie puede negar que la afirmación de que “algo es” —esto es, el enunciado con el cual se describe un hecho real—, es esencialmente diferente del enunciado que dice que “algo debe producirse”, esto es: del enunciado con el cual se describe una norma: y que, en consecuencia, de que algo exista no puede seguirse que algo deba existir, de igual modo a que de algo deba ser, no puede seguirse, que algo sea.¹²

Y más adelante, y apoyándose en este postulado, Kelsen afirma: “Luego si de que algo *sea*, no puede seguirse que algo *deba* ser; así como, de que algo *sea debido*, no puede seguirse, que algo *sea*. El fundamento de validez de una norma sólo puede encontrarse en la validez de otra norma”.¹³ Lo anterior nos conduce al siguiente problema: ¿qué es primero, el legislador que crea las normas, o la norma que lo autoriza a crearlas? Kelsen responde de la siguiente manera:

Solo una autoridad competente puede establecer normas válidas, y esa competencia sólo puede basarse en una norma que faculte a imponer normas... pero la búsqueda del fundamento de validez de una norma no puede proseguir hasta el infinito... tiene que concluir en una norma que supondremos la última, la suprema.¹⁴

Una norma semejante, presupuesta como norma suprema, será designada aquí como norma fundante básica (*Grundnorm*).¹⁵

Mas adelante voy a referirme a la norma fundamental como la *constitución en sentido lógico-trascendental*, recurriendo al pensamiento de Emanuel Kant para poder explicarla, y será el momento de mostrar por qué Kelsen opta por esta respuesta, es decir, no coloca al legislador al principio del argumento, sino a la norma que lo faculta a crear normas.

A continuación, un último argumento para mantener la necesidad de presuponer una norma fundamental.

¹² *Idem*.

¹³ *Ibidem*, p. 201.

¹⁴ *Ibidem*, p. 202.

¹⁵ *Idem*.

3. *El método de la pureza metódica* *versus el sincretismo metódico*

Tomando en cuenta los postulados antes explicados, se trata ahora de depurar y hacer a un lado los métodos de todas las demás ciencias en el estudio del derecho para crear una ciencia jurídica autónoma. El sincretismo metódico consiste en emplear métodos de las otras ciencias para explicar el derecho. A continuación se realiza una semblanza breve del método de Kelsen y de cómo y por qué se excluyen los métodos de todas las otras ciencias.

Primero, hacer a un lado los métodos de las ciencias físicas o naturales, que son los de la causalidad y la probabilidad; no pueden ser aplicados en el estudio de las normas jurídicas, pues para ello la teoría pura crea el método de la imputación. En segundo lugar, los métodos de las ciencias sociales con los que se estudian los hechos no son aplicables en el estudio de las normas; es decir, las ciencias sociales no son ciencias normativas, como sí lo son la ciencia jurídica y la ética, que es una disciplina filosófica. Estas ciencias sociales, al igual que las ciencias físicas, resultan ser auxiliares en el estudio de los contenidos de las normas jurídicas. En tercer lugar, prescindir de los métodos de las disciplinas filosóficas: axiología, teleología, deontología y ética, porque con ellos se estudia “cómo deberían” ser las normas jurídicas atendiendo precisamente a valores y fines. La ciencia jurídica tiene que estudiar el derecho tal y como lo crea el legislador, es decir, describir y explicar las normas jurídicas “como son”, aunque ellas sean injustas. Por último, y tal vez la distinción más importante, hacer a un lado los métodos de las ideologías y de la ciencia política, porque pugnan por estudiar solamente las normas jurídicas que protegen los intereses que conducen y mantienen a las personas en el poder, es el estudio de un deber ser político interesado.

Al finalizar, Kelsen llega a la conclusión de que la ciencia jurídica solamente puede ser una ciencia formal que se ocupe de aquello que no cambia en cualquier derecho positivo: la estructura jerarquizada de las normas jurídicas, la estructura de la norma jurídica y la norma fundamental que faculta a crear el derecho, entre otros temas. No hay que olvidar que lo que es puro es la teoría, y no el derecho, el cual se encuentra cargado de diversos contenidos. “Pero la teoría pura del derecho es una *teoría pura* del derecho, no la teoría de un *derecho puro* como sus críticos han afirmado erróneamente a veces”.¹⁶

La ciencia jurídica no se ocupa del contenido, porque éste cambia de un lugar a otro, de una época a otra, y muy difícilmente puede establecerse

¹⁶ Kelsen, Hans, *¿Qué es la teoría pura...*, cit., p. 30.

una ciencia sobre un contenido cambiante. Ejemplos: el aborto es permitido en unos Estados y en otros no; la eutanasia activa ya es permitida en unos Estados y en otros aún no.

Es aquí donde la ciencia jurídica se vale de todas las demás ciencias que juegan como sus auxiliares, pues se ocupan de estudiar los diversos contenidos de las normas jurídicas, como serían en los ejemplos anteriores las nociones de aborto y eutanasia, que llegan a adquirir una denominación jurídica propia.

Vale la pena observar que Kelsen, vislumbrando los límites del formalismo, señala que el legislador puede establecer en la Constitución ciertos *contenidos* que a él mismo lo obligan. Tal es hoy el caso de los derechos humanos.

Lo que no se le acepta a Kelsen es su afirmación de que el derecho puede tener cualquier contenido, y que no es posible demostrar por medios racionales (científicos) que hay muchos contenidos que no podrían llegar a formar parte del derecho, y ellos son hoy en día todos los que atenten contra los derechos humanos. Ésa es la labor de la humanidad, irlos descubriendo y desterrarlos de toda la legislación, e impedir que lleguen a ella. Aquí aparece la fórmula de Gustav Radbruch leyes (injustas) que establecen medidas insoportables, y que desconocen la igualdad de los seres humanos, “no son” ni pueden ser derecho. Algo ha aprendido la humanidad en el transcurso de la historia.

En conclusión, la teoría pura del derecho tiene que partir de la suposición de una norma fundamental, porque ello es indispensable en el sentido de la filosofía kantiana y neokantiana que la inspira. Lo anterior nos llevará ahora a explicar la *Constitución en sentido lógico-trascendental* que es diferente de la Constitución positiva creada por los hombres.

IV. LA NORMA FUNDAMENTAL COMO LA CONSTITUCIÓN EN SENTIDO LÓGICO-TRASCENDENTAL

Entender a la norma fundamental como la Constitución en sentido lógico-trascendental implica el distinguirla de la Constitución en sentido positivo, que es la que crea el legislador. Es necesario, aclara la noción de trascendental y de *a priori*, a la que hace referencia ese otro concepto de Constitución. Antes de ello, voy a citar y comentar pasajes de una famosa carta¹⁷ a Renato Treves* del 3 agosto de 1933:

¹⁷ Carta de Hans Kelsen a Renato Treves, *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Lucas Gioja*, núm. 8, 2012, pp. 175-178.

C)... El fundamento Kantiano de la TPD puede ser contestado por aquellos que no reconocen a la ética Kantiana como la única y auténtica filosofía de Kant. Será sin duda fácil, para aquellos que consideran que la obra principal de Kant reside en su filosofía trascendental que aquello es carente de valor.¹⁸

Resulta obvio que Kelsen está rechazando la *Crítica de la razón práctica* de Kant y está privilegiando la *Crítica de la razón pura*, y en particular el conocimiento trascendental que se encuentra esbozado en ella.

D) Aun así, en cierto sentido, es exacto afirmar que la teoría de la norma fundamental encuentra su origen en el principio de economía del pensamiento de Mach y en la teoría de la ficción de Vaihinger, prefiero renunciar en la secuencia de tantos malos entendidos a inspirarme en estos dos autores.¹⁹

Entonces, de Ernest Mach (1838-1916), famoso físico y filósofo austriaco, toma *el principio de la economía del pensamiento*, que consiste en buscar la hipótesis o la explicación más simple de los hechos, con el menor gasto intelectual posible. La idea de una norma fundamental para explicar la validez del derecho cumple con este requisito. Y de Hans Vaihinger recoge esa estrategia de pensar *como si el mundo encajara en nuestros modelos a través de nuestras "ficciones"*. La norma fundamental se convertirá en una ficción auténtica doblemente contradictoria, pero esto será explicado con todo cuidado al final de este artículo.

Dice Kelsen:

...Lo esencial es que la teoría de la norma fundamental proviene enteramente del método de la hipótesis desenvuelto por Cohen. La norma fundamental responde a la siguiente pregunta ¿Cuál es el *presupuesto* que permite sostener que determinado acto jurídico puede ser calificado como tal, esto es definido como un acto que sirve de base al *establecimiento* de la norma tanto como a su *ejecución*? Esta cuestión se inserta completamente en el espíritu de la lógica trascendental.²⁰

* Renato Treves (1907-1922), filósofo y sociólogo del derecho italiano, amigo y traductor de la *Teoría pura del derecho*, que ve la luz antes de la versión en alemán, comparte con Kelsen el positivismo y el neokantismo. Véase Domingo, Rafael, *Juristas universales del s. XX*, Marcial Pons, 2004, vol. 4, pp. 501 y 502.

¹⁸ Carta de Hans Kelsen a Renato..., *cit.*, p. 176.

¹⁹ *Ibidem*, p. 177.

²⁰ *Idem*. Las cursivas son mías.

Se trata de Hermann Cohen (1842-1918), filósofo alemán que funda la escuela neokantiana de Marburgo²¹ siguiendo a Emanuel Kant, quien dice a su vez lo siguiente: “Llamo *trascendental* a todo conocimiento que se ocupa, no tanto de los objetos, cuanto de nuestro modo de conocerlos, en cuanto este modo ha de ser posible *a priori*. El sistema de semejantes conceptos se llamaría *filosofía trascendental*”.²²

Trascendental, entonces, es aquello que hace posible el conocimiento de la experiencia, y no va más allá de ella; es el concepto que se aplica a la posibilidad del conocimiento *a priori*. Un conocimiento *a priori* tiene las siguientes características: puro, necesario, universal y formal. Puro es el conocimiento absolutamente independiente de la experiencia, pues es precisamente lo que aporta la facultad de la razón en el proceso del conocimiento. Necesario es un conocimiento que no deriva ya de otro, por lo que resulta ser imprescindible al fundar a todos los demás. Universal es el conocimiento al que no se le encuentra excepción alguna y se aplica a todos los casos. Formal es un conocimiento que puede llenarse de múltiples contenidos porque su función es explicar la realidad.²³

Kant aporta los siguientes ejemplos: todo cambio ha de tener una causa: $7 + 5 = 12$. ¿Piense el lector si la norma fundamental que propone Kelsen cumple con las anteriores características?

El problema que intenta resolver Kant es el de la “validez” del conocimiento, su justificación. La noción de lo *a priori* juega en esto el papel principal, pues el sujeto como portador de lo *a priori* funda la objetividad, en tanto que “constituye” la experiencia, la hace posible. En comparación, Kelsen tiene ante sí el problema de la “validez” del derecho.

Para Kant, el conocimiento *a priori* se caracteriza porque es primero en el *orden lógico de la razón*, y no lo es en el *orden temporal*, porque en ese orden, ningún conocimiento precede a la experiencia, y todo conocimiento co-

²¹ Kelsen, Hans, *¿Qué es la teoría pura...*, cit., pp. 45 y 46. “En su «Lógica del conocimiento puro» (pág. 587) dice el fundador de la escuela de Marburgo, el filósofo kantiano Hermann Cohen: «Solo lo formal es objetivo, y por lo tanto, cuanto más formal es un método, tanto más objetivo puede ser. Y cuanto más objetivamente, en toda la profundidad de la cosa, se formule un problema, tanto más formal deberá ser su fundamento». Quien no comprende esto no sabe qué es lo que le interesa al conocimiento científico”.

²² Kant, Immanuel, *Crítica de la razón pura*, Madrid, España, Alfaguara, 1995, pp. 58 y 59. “La filosofía trascendental es la idea de una ciencia cuyo plan tiene que ser enteramente esbozado por la crítica de la razón pura de modo arquitectónico, es decir, a partir de principios, garantizando plenamente la completud y la certeza de todas las partes que componen este edificio. [Es el sistema de todos los principios de la razón pura]”. Completud = completitud, es un término filosófico que ya viene en el diccionario de la lengua española.

²³ *Ibidem*, pp. 43 y 44.

mienza con ella. Pero hay al menos un conocimiento que no procede de la experiencia, es independiente de ella, porque es precisamente lo que aporta la razón en el proceso del conocimiento, y sirve para ordenar todas nuestras experiencias.²⁴ Por ello, Kant, sin prescindir de la experiencia, hace prevalecer lo que aporta la razón, y ese es el conocimiento *a priori*.

Entender lo anterior es la llave para comprender por qué para Kelsen primero se encuentra la norma que autoriza al legislador a crear normas (en el orden lógico de la razón) y luego se encuentra el legislador autorizado precisamente por esa norma.

Si se hiciera prevalecer al legislador (en el orden temporal), si se le colocara primero y a las normas después (explicación que desde luego aparece más apegada a la realidad), el derecho sería un simple acto de poder, y no podría explicarse mediante el método de la pureza metódica y de sus postulados, porque se estaría pasando de lo que *es* a lo que *debe ser*, violando el segundo postulado y cometiendo la falacia naturalista, y además la razón no estaría determinando el objeto de conocimiento, quebrantando el primer postulado que establece que es el método el que determina el objeto de conocimiento y del que se sigue la necesidad de una norma pensada que le proporcione validez a todas las demás.²⁵

No cabe duda que en el *orden del tiempo* primero existió el legislador o primer constituyente que creó el derecho. No obstante, en el *orden de la razón* primero tiene que pensarse en una Constitución en sentido lógico-trascendental que funciona como la norma que autoriza al primer legislador a crear derecho.

Llegado este momento, es necesario preguntar por qué será que es hasta su obra póstuma donde aparece con toda claridad la referencia a la obra del neokantiano Hans Vaihinger (1852-1933). La filosofía del *como si Philosophie des Als Ob* de 1911, ¿cómo la solución al problema de la validez del derecho? Una pista a esta pregunta parece estar en esta famosa carta de 1933, en la que Kelsen ya comenzaba a tener dudas sobre la norma básica fundamental.

V. LA REELABORACIÓN DE LA NORMA FUNDAMENTAL

Yo he hablado en mis anteriores escritos de normas que no son el sentido de actos de voluntad. He presentado mi teoría de la norma fundamental como si

²⁴ *Ibidem*, pp. 41 y 42.

²⁵ Lo *a priori* = antes de, si lo es en el orden temporal, es la historia, la génesis de las cosas, su surgimiento. Lo *a priori* = antes de, si lo es en el orden lógico es lo que aporta la razón en el proceso del conocimiento, aquello que es la condición de que los conocimientos puedan darse, el modo en que los conocemos, es lo trascendental.

fuera una norma que no es el sentido de un acto de voluntad, sino que es su-
puesta por el pensamiento. Ahora debo, lamentablemente, aceptar, señores,
que esta teoría no la puedo sostener, que debo renunciar a ella. Me pueden
creer que no es fácil renunciar a una teoría que yo he representado por dece-
nios. He renunciado a ella en el convencimiento de que un deber tiene que
ser el correlato de un querer.²⁶

En la segunda edición de la *Teoría pura del derecho* aparece lo que yo de-
nominó el tercer postulado que inspira el pensamiento de Kelsen, y consiste
en establecer la separación entre la voluntad y la razón, pues la función de
la primera es querer y prescribir, y la de la segunda, describir y conocer. Ya
antes Kelsen lo había enunciado de la siguiente manera: “La razón humana
puede comprender y describir, pero no prescribir. Pretender encontrar en la
razón normas de conducta humana es una ilusión semejante a la de querer
obtener tales normas de la naturaleza”.²⁷

Es con base en este postulado, que establece la separación entre la vo-
luntad y la razón, que Kelsen acepta que su *norma pensada* no es una norma,
porque no proviene de la voluntad, que es la única que puede prescribir
normas.

Me parece que es posible poner en duda la aplicación del principio de
no contradicción que emplea Kelsen para distinguir a las facultades de la
voluntad y la razón, pues éstas no funcionan de esa manera. Por ello, Luis
Recaséns Siches tiene una excelente crítica a dicho postulado, y dice que
una voluntad que no sabe lo que quiere es un *contradictio in adjecto*, una con-
tradicción en términos.

Me reprochan con razón que yo hable contra una teoría propia que he
representado durante años. Esto es completamente correcto: tengo que mo-
dificar mi teoría de la norma fundamental y su representación correspon-
diente. No puede haber una norma puramente pensada, es decir, normas
que no son el sentido de actos de voluntad, sino que son el sentido de actos
del pensamiento. Lo que se piensa con la norma fundamental es la *ficción* de
una voluntad que no existe.²⁸

“Una norma fundamental es una norma ficticia, que presupone un acto
de voluntad ficticio que establece una norma. Es la ficción de que debe ser
lo que una autoridad quiere”.²⁹

²⁶ Schmill, Ulises y Vernengo, Roberto J., *Pureza metódica y racionalidad en la teoría del derecho*, México, UNAM, 1984, p. 36.

²⁷ Kelsen, Hans, *¿Qué es la justicia?*, México, Fontamara, 2001, pp. 71 y 72.

²⁸ Schmill, Ulises y Vernengo, Roberto J., *op. cit.*, p. 36.

²⁹ *Idem*.

La norma fundamental no es una norma positiva, es una norma pensada y, por ello, es una *norma ficticia*, es el sentido de un acto de voluntad meramente ficticio.

“En cuanto tal es una ficción auténtica o «propia», en el sentido de la filosofía del *como si* de Vahinger: una ficción que se caracteriza porque no solo contradice la realidad, sino que también en sí misma es contradictoria”.³⁰

Entonces, es una construcción de la imaginación doblemente contradictoria, y en el sentido de la filosofía de Vaihinger es por ello una *auténtica* ficción. Para Hans Vaihinger,³¹ la filosofía es más amplia que la ciencia, y Kelsen la emplea para establecer “como si” existiera una norma ficticia resultado de una voluntad también ficticia.

Dice Vaihinger lo siguiente: “...una ficción es un recurso del pensamiento del que nos servimos cuando con el material dado no conseguimos alcanzar la meta del pensamiento...”.³²

¿Cuál es la meta de Kelsen? Responder a la pregunta por la validez del derecho. ¿Qué tiene a la mano Kelsen, cuál es el material con el que cuenta para responder a la pregunta por la validez?

El hilo conductor, los dos primeros postulados (el método determina el objeto de conocimiento, y la tajante separación entre el ser y el deber ser), el método de la pureza metódica y el tercer postulado (separación entre la voluntad y la razón), que lo obliga a reformular a la norma fundamental como una ficción doblemente contradictoria.

El tercer postulado establece la distinción entre la voluntad que quiere y prescribe normas y la razón que describe, explica y comprende la necesidad de la norma fundamental. Esta norma para poderlo ser tiene que provenir de una voluntad y no de la razón. Entonces, Kelsen, para cumplir con este requisito, la convierte en una *ficción doblemente contradictoria*, pero sin renunciar al hilo conductor ni a los dos anteriores postulados, ni a la pureza metódica.

Es doblemente contradictoria por lo siguiente:

1. Contradice la realidad, puesto que no existe una norma así que *provenga* de un acto de voluntad real. No puede tener un carácter *hipotético*, porque las hipótesis se elaboran para poderse comprobar o verificar en la realidad, y aquí se sabe de antemano (existe la conciencia) que no puede ser comprobada o verificada su existencia, puesto que

³⁰ Kelsen, Hans, *Teoría general de las normas*, Madrid, España, Marcial Pons, 2018, p. 268.

³¹ Hans Vaihinger (1852-1933), filósofo neokantiano alemán, famoso por su *Philosophie des Als Ob* (*La Filosofía del «como si»*) de 1911.

³² Kelsen, Hans, *Teoría general de las normas*, cit., p. 269.

no existe el legislador que la haya creado. En otras palabras, la ficción no concuerda con la realidad, la contradice abiertamente.

2. Es contradictoria consigo misma, pues representa la autorización de una autoridad suprema, sin duda ficticia. Representa una facultad otorgada por una *autoridad* moral o jurídica suprema que solamente es ficticia; de antemano también se sabe que no existe dicha autoridad.

Me interesa resaltar de nuevo que Kelsen recurre al final, al argumento del hilo conductor cuando dice:

La meta del pensamiento en relación con la norma fundamental es la fundamentación de la validez de las normas que forman un orden moral o jurídico positivo, esto es, la interpretación del sentido subjetivo de los actos que establecen esas normas como su sentido objetivo, es decir, como normas válidas, y los respectivos actos como actos de establecimiento de normas. Este objetivo sólo puede alcanzarse a través de una ficción...³³

¿Una voluntad ficticia que quiere una norma ficticia para darle validez al derecho? ¿No es más bien la razón la que le adjudica esa función a esa voluntad ficticia a través de imaginar una ficción doblemente contradictoria?

VI. EL HILO CONDUCTOR Y LA NORMA COMO ESQUEMA DE INTERPRETACIÓN

¿Esta solución que encuentra Kelsen en la filosofía del *como si* de Vaihinger salva a su pensamiento; es decir, encuentra el fundamento de la validez del derecho?

A mí me parece que no, porque de acuerdo con el “hilo conductor” (sentido subjetivo y objetivo de los hechos y actos), que es el último argumento al cual Kelsen recurre, podemos volver a preguntar: ¿qué le da sentido objetivo a los actos de esa voluntad ficticia? ¿Cuál es la norma que dota de objetividad a esa voluntad ficticia de acuerdo además con los otros dos postulados y la pureza metódica?

En otras palabras, se requiere que esa voluntad ficticia considerada como la máxima autoridad cree esa norma fundante, pero por principio de cuentas tiene que haber por otra parte a su vez una norma (ficticia) que no

³³ *Idem.*

solamente la autoriza a crear normas, sino que además la distingue de todas las otras autoridades al señalarla como la suprema.

Preguntemos de otra manera: ¿qué es primero: el legislador o la norma que lo autoriza a crear normas? ¿Qué es primero: la voluntad o la norma que la autoriza a crear todas las demás disposiciones jurídicas?

Ahora Kelsen nos responde que, para poder cumplir con su tercer postulado, las normas solamente pueden provenir de una voluntad. ¿Cualquier voluntad? Desde luego que no, tiene que ser una voluntad autorizada por una norma, y por ello competente para crear esa norma.

No obstante, se requiere que esa norma (ficticia) que autoriza a la voluntad ficticia para poder ser considerada como una norma, a su vez haya sido creada por otra voluntad y, entonces, el argumento de Kelsen puede ser llevado al infinito:

Voluntad-norma, voluntad-norma, voluntad-norma, no importando que ambas sean ficticias.

Luego, si se finge la existencia de una voluntad que se considera la más alta, y que ha creado una norma que faculta al primer legislador a crear normas que deben ser obedecidas, se puede volver a preguntar: ¿dónde está la norma que faculta a esa voluntad ficticia a crear esa norma?, aunque esta voluntad se encuentre en un plano ideal o ficticio, y ello nos conduce a un argumento al infinito.

LA TEORÍA JURÍDICA DE HANS Kelsen EN EL SISTEMA DEL NO-POSITIVISMO*

Robert ALEXY**

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El sistema del no-positivismo*. III. *Norma fundamental* (Grundnorm).

I. INTRODUCCIÓN

Algunos meses antes de su muerte, el 7 de enero de 2018, Ralf Dreier publicó un artículo bajo el título “Comprensión integrativa: un balance” (“Integratives Verstehen-eine Bilanz”). Aquí, hace una evaluación de su vida intelectual. Leemos que fluctuó no sólo entre Habermas y Luhmann, sino, especialmente, entre Kant y Hegel y, también, entre Kelsen y Radbruch.¹ Aprendemos que la fluctuación Kelsen-Radbruch le preocupó no sólo durante un largo periodo de tiempo, sino que, de hecho, justo hasta el día en que escribió su artículo.² Estas fluctuaciones pueden ser comprendidas de dos maneras: primero, como una oscilación entre las alternativas todo-o-nada, es decir, o aceptar todas las tesis esenciales para Kelsen o aceptar todas las tesis esenciales para

* Este artículo fue publicado originalmente como: Alexy, Robert, “Hans Kelsen’s Legal Theory in the System of Non-Positivism”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, núm. 163, 2020, pp. 31-43. Traducción al castellano por Augusto Fernando Carrillo Salgado, estudiante del doctorado en derecho por la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM. Contacto: augustoc@ucm.es. ORCID-ID: <https://orcid.org/0000-0001-6107-4917>. El traductor agradece al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (Conacyt) por el financiamiento para realizar la traducción de este documento.

** Profesor emérito de la Universidad Christian Albrecht de Kiel, Alemania. Contacto: alexey@law.uni-kiel.de. Me gustaría agradecer a Stanley L. Paulson por sus sugerencias y consejos en gramática inglesa.

¹ Dreier, Ralf, “Integratives Verstehen - eine Bilanz”, en Borowski, Martin, Paulson, Stanley L. & Sieckmann, Jan-Reinard (eds.), *Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie. Robert Alexys System*, Tubinga, 2017, p. 586.

² *Ibidem*, p. 583.

Radbruch; segundo, como un intento por conectar elementos de ambos campos. El concepto de comprensión integrativa en el título del artículo de Dreier señala en dirección a la conexión. Sin embargo, hablar sobre conexiones, al igual que hablar sobre vías intermedias en general, resulta de escaso valor si las conexiones no están construidas en un modo suficientemente preciso. El propósito de mi artículo es contribuir a dicha construcción.

II. EL SISTEMA DEL NO-POSITIVISMO

Kelsen es un positivista; Radbruch, un no-positivista. El positivismo y el no-positivismo son dos tesis que se contradicen entre ellas. El positivismo afirma que no existe una conexión necesaria entre el derecho y la moral. El no-positivismo sostiene que existe una conexión necesaria entre el derecho y la moral. Si no se pudiera decir nada más que esto sobre el positivismo y el no-positivismo, entonces habría pocas razones para indagar sobre las conexiones entre el positivismo y el no-positivismo. Por fortuna, se puede y, de hecho, se debe decir más. Un camino para hacer esto es relacionar elementos de la teoría jurídica de Kelsen con elementos del sistema del no-positivismo.

Todas las concepciones positivistas sobre la naturaleza del derecho refieren dos, y sólo dos elementos de la definición del derecho: su promulgación por una autoridad y su eficacia social. Estos dos elementos conciernen a la dimensión real o fáctica del derecho. Todas las concepciones no-positivistas serias añaden a estos elementos, real y fáctico, un tercero. Éste hace referencia a la dimensión ideal o crítica del derecho: la corrección moral, primero, y, ante todo, la justicia.³ Ésta es la tesis de la doble naturaleza del derecho.⁴ La tesis de la doble naturaleza conecta un lado positivo del derecho con un lado no-positivo. Con esto, el camino que conduce hacia la construcción de la conexión de los elementos de la teoría de Kelsen y el no-positivismo está abierto. Sin embargo, abrir un camino es diferente a viajar a través de él. Para ello, es indispensable dar un vistazo al sistema del no-positivismo. El sistema del no-positivismo consiste en un centro, un marco conceptual, e implicaciones basadas en ambos.

³ Alexy, Robert, *The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism*, trad. de Paulson, Stanley L. & Litschewski Paulson, Bonnie, Estados Unidos de América, Oxford University Press, 2002, pp. 3 y 4.

⁴ Alexy, Robert, "The Dual Nature of Law", *Ratio Juris*, núm. 23, 2010, p. 167.

1. *El centro: la pretensión de corrección*

El centro, o punto de Arquímedes, del sistema del no-positivismo es el argumento de la corrección.⁵ Este argumento afirma que el derecho enarbolaba una pretensión de corrección, y esta pretensión hace referencia no sólo a la dimensión real del derecho, sino también a la ideal,⁶ esto es, a la corrección moral, primero y, ante todo, la justicia.⁷ El argumento de la corrección es la fuente del vínculo necesario entre el derecho y la moral. Así, no es sorprendente que muchas objeciones se hayan esgrimido en su contra.⁸ Dichas objeciones no serán discutidas aquí. En el presente contexto, sólo un punto es de interés. Kelsen, aparentemente, adscribe cierta tesis a todas las formas del no-positivismo, a saber: la idea de “que un sistema social inhumano no es derecho, presupone una moral absoluta, esto es, una moral que es válida en todo lugar y todo tiempo”.⁹ Esta idea de Kelsen parece hacer referencia a una moral que está conectada a tres cuantificadores universales, es decir, a tres “todos”: todos los lugares en el espacio, todos los puntos en el tiempo y —aunque no está explícito, se encuentra implícito en la frase citada— todas las cuestiones morales. Estoy completamente de acuerdo con Kelsen en que tal moral no existe y, por lo tanto, no puede ser el resultado de una “cognición científica”.¹⁰ Sin embargo, esta forma más radical de cognitivismo moral no es, en absoluto, un presupuesto de la tesis

⁵ Alexy, Robert, *The Argument...*, cit., pp. 35-39.

⁶ Alexy, Robert, “Legal Certainty and Correctness”, *Ratio Juris*, núm. 28, 2015, p. 444.

⁷ Alexy, Robert, “The Dual...”, cit., pp. 168-172.

⁸ Véase, por ejemplo, Bulygin, Eugenio, “Alexy und das Richtigkeitsargument”, Aarnio, Aulia, Paulson, Stanley L., Weinberger, Ota, Von Wright, Georg Henrik & Wyduckel, Dieter (eds.), *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit. Festschrift für Werner Krawietz*, Berlín, Duncker & Humblot, 1993, pp. 19-24; Alexy, Robert, “Bulygin’s Kritik des Richtigkeitsargument”, en Garzón Valdés, Ernesto, Krawietz, Werner, Von Wright, Georg Henrik & Zimmerling, Ruth (eds.), *Normative Systems in Legal and Moral Theory. Festschrift für Carlos E. Alchourrón and Eugenio Bulygin*, Berlín, Duncker & Humblot, 1997, pp. 235-250; Bulygin, Eugenio, “Alexy’s Thesis of the Necessary Connection between Law and Morality”, *Ratio Juris*, núm. 13, 2000, pp. 133-137; Alexy, Robert, “On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin’s Critique”, *Ratio Juris*, núm. 13, 2000, pp. 138-147; Bulygin, Eugenio, “Alexy Between Positivism and Non-positivism”, en Ferrer Beltrán, Jordi, Moreso, Juan José & Papayannis, Diego M. (eds.), *Neutrality and Theory of Law*, Dordrecht, Springer, 2013, pp. 49-59; Alexy, Robert, “Hans Kelsen’s Concept of the «Ought»”, *Jurisprudence*, núm. 4, 2013, pp. 225-238.

⁹ Kelsen, Hans, *Pure Theory of Law*, 2a. ed., Berkeley-Los Angeles, University of California Press, 1967, p. 68.

¹⁰ *Ibidem*, p. 63.

de la pretensión de corrección y, por lo tanto, del no-positivismo. Sin duda, la tesis de la pretensión de corrección perdería su sentido si en todas partes todo fuera siempre moralmente posible. En este caso, nada más que las decisiones —en la teoría de Kelsen, las decisiones están respaldadas por la coercitividad— gobernarían la agenda. Frente a esta tesis de la decisión, sin embargo, se encuentra la tesis de la argumentación. Ésta sostiene que la argumentación racional sobre cuestiones morales es posible, ya que existe un sistema de reglas, principios y formas del discurso práctico racional.¹¹ La teoría del discurso no afirma que existe sólo una respuesta correcta para todos los casos. Por el contrario, sostiene que algunas respuestas son discursivamente necesarias, algunas discursivamente imposibles y algunas simple y discursivamente posibles. Discursivamente necesario es aquello que es requerido por las reglas del discurso, sea directa o indirectamente, es decir, con referencia al proceso del discurso. Aquí pertenecen los derechos humanos y la democracia.¹² Discursivamente imposible es aquello que está excluido por las reglas del discurso. El principio racial (*Rassenprinzip*) y el principio del líder (*Führerprinzip*), como constitutivos del Tercer Reich, pertenecen aquí. Mera y discursivamente posible es lo que puede ser justificado sin violar las reglas del discurso, aunque lo contrario puede ser también justificado sin violar las reglas del discurso. Esto aplica al nivel abstracto, que se refiere, *inter alia*, a los derechos humanos, primero y, ante todo, a su aplicación mediante el examen de proporcionalidad.¹³ El amplio ámbito de la mera posibilidad discursiva, que comprende lo que Rawls llama “desacuerdo razonable”,¹⁴ no priva de sentido a la pretensión de corrección. Sin duda, cuando un caso no puede ser resuelto por un argumento, una decisión se hace necesaria, en los tribunales y parlamentos, normalmente una decisión mayoritaria. Esta es una solución que pertenece a la dimensión real del derecho. Pero con la pretensión de corrección la dimensión ideal continúa con vida como una idea regulativa. La corrección como una idea regulativa implica que la resolución institucional de un desacuerdo permanece abierta para una futura argumentación.¹⁵

¹¹ Alexy, Robert, *A Theory of Legal Argumentation*, 2a ed., trad. de Adler, Ruth y MacCormick, Neil, Estados Unidos de América, Oxford University Press, 1989, pp. 187-206.

¹² Alexy, Robert, “Discourse Theory and Human Rights”, *Ratio Juris*, núm. 9, 1996, pp. 220-233.

¹³ Alexy, Robert, “The Absolute and the Relative Dimension of Constitutional Rights”, *Oxford Journal of Legal Studies*, núm. 37, 2017, pp. 46 y 47.

¹⁴ Rawls, John, *Political Liberalism*, Nueva York, Columbia University Press, 1993, p. 55.

¹⁵ Alexy, Robert, “The Absolute and the Relative...”, *cit.*, p. 47.

2. Marco conceptual: dos elementos

Los marcos conceptuales pueden estar más o menos elaborados. Aquí sólo dos elementos son de interés: la distinción entre la perspectiva del observador y la perspectiva del participante, así como la distinción entre las conexiones clasificadora y calificadora entre el derecho y la moral.

A. Perspectiva del observador y perspectiva del participante

La distinción entre la perspectiva del observador y la perspectiva del participante¹⁶ es de vital importancia para la construcción de la relación entre el positivismo y el no-positivismo. En el sistema del no-positivismo, la perspectiva del observador es, con una pequeña excepción,¹⁷ una perspectiva positivista, en contraste con la perspectiva del participante, que es esencialmente una perspectiva no-positivista. El observador formula preguntas acerca, y aduce argumentos a favor de una posición que refleja cómo se deciden realmente las controversias jurídicas en un sistema jurídico, mientras que el participante hace preguntas acerca, y aduce argumentos a favor de lo que considera una respuesta correcta a una cuestión jurídica en el sistema jurídico en el cual él mismo se encuentra. La perspectiva del observador está definida por la pregunta: “¿cómo se toman las decisiones jurídicas?”; la perspectiva del participante por la interrogante: “¿cuál es la respuesta jurídica correcta?”. Ambas preguntas requieren diferentes tipos de argumentos. El observador se limita a los argumentos basados en los hechos, mientras que el participante, por ejemplo, un juez, tiene que aducir, junto a los argumentos basados en los hechos, argumentos normativos que no están basados en los hechos. Esto aplica a todos los casos que, debido a la “textura abierta”¹⁸ del derecho, no pueden ser resueltos solamente sobre la base de los argumentos basados en los hechos.¹⁹

¹⁶ Alexy, Robert, *The Argument...*, cit., p. 25.

¹⁷ Esta excepción deviene de la pretensión de corrección. Un sistema de reglas sociales que no enarbore una pretensión de corrección no es un sistema jurídico; Alexy, Robert, *The Argument...*, cit., p. 34. Esta verdad conceptual concierne, primero, a la dimensión ideal y, segundo, es inevitable inclusive para quien se califique a sí mismo solamente como un observador.

¹⁸ Hart, Herbert Lionel Adolphus, *The Concept of Law*, 3a. ed., Estados Unidos de América, Oxford University Press, 2012, p. 128.

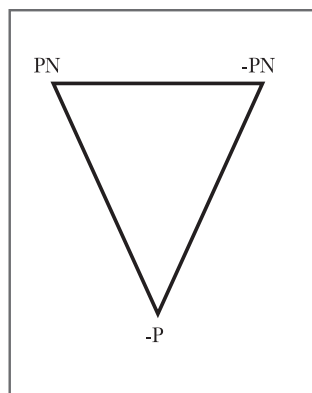
¹⁹ La distinción entre la perspectiva del observador y del participante ha sido criticada por el lado positivista, así como por el no-positivista. Véase, por una parte, Raz, Joseph,

a. La relación entre las dos perspectivas

La relación entre las dos perspectivas es asimétrica y, esto, por dos razones. Primero, todos los participantes deberían ser, también, observadores. De lo contrario, no podrían aplicar el derecho positivo. En contraste con esto, es posible ser un observador sin ser un participante, es decir, ser un observador puro. La segunda razón para la asimetría es que un sistema jurídico puede existir sin observadores puros, pero no sin participantes. Esto implica que la perspectiva del participante es más fundamental que la del observador puro.

b. Positivismo naturalista y normativista

Existen dos clases de observadores puros: observadores puros naturalistas y observadores puros normativistas, y, por lo tanto, dos tipos de positivismo: positivismo naturalista y positivismo normativista. Todos los positivistas normativistas son positivistas no-naturalistas. Es decir, el positivismo naturalista y el positivismo normativista están en contradicción. Si a esto se agrega el no-positivismo, se puede formular una triada en la que el no-positivismo se enfrenta tanto al positivismo naturalista como al positivismo no-naturalista o normativo en relación de contrariedad:



“P” permanece aquí para “positivismo”, “N” para “naturalismo” y “¬” para la negación. Puede llamarse esta triada la “triada naturalista”.

Surge la pregunta: ¿cuál de las dos posiciones positivistas contrarias al no-positivismo encaja mejor en el sistema del no-positivismo? La respuesta es sencilla: el positivismo no-naturalista. Karl Olivecrona es un representante paradigmático del naturalismo. En su libro *Derecho como hecho* (*Law as Fact*),

“The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism”, en Pavlakos, George (ed.), *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford-Portland, Oxford University Press, 2007, pp. 22-25, y, por la otra, Finnis, John, “Law as Fact and as Reason for Action: A Response to Robert Alexy on Law’s «Ideal Dimension»”, *The American Journal of Jurisprudence*, núm. 59, 2014, pp. 86-90. Hemos dado respuesta a esto en Alexy, Robert, “An Answer to Joseph Raz”, en Pavlakos, George, *op. cit.*, pp. 45-48; Alexy, Robert, “Comments and Responses”, en Klatt, Matthias (ed.), *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*, Estados Unidos de América, Oxford University Press, 2012, pp. 324 y 325.

publicado en 1939, Olivecrona sostiene, con la mirada puesta en Kelsen, que “[l]as reglas del derecho son una *causa natural* —entre otras— de las acciones de los jueces en casos de controversia, así como del comportamiento, en general, de la gente en relación con los demás”.²⁰ Esto podría llamarse la “tesis de la causa natural”. En contraste con ello, Kelsen, en la primera edición de su *Teoría pura del derecho* (*Reine Rechtslehre*), publicada en 1934, define al “derecho como una norma”,²¹ la norma como “significado”,²² el “único sentido” de este significado como un “deber” y un “deber” como una “categoría”.²³ Este es el lenguaje por medio del cual las entidades abstractas son descritas. Kelsen insiste en que las normas —y, por lo tanto, el derecho— no pueden ser reducidas ni a eventos ni a procesos físicos. Ellas pertenecen no a una realidad natural, sino a una “realidad ideal”.²⁴ Esa realidad ideal, que existe además del mundo físico y psíquico, sería un “tercer reino”²⁵ en el sentido de Frege. Esto podría ser llamada la “tesis del contenido significado”, cuya referencia al “tercer reino” de Frege o “realidad ideal” de Kelsen, la tesis del contenido significado, es una tesis ontológica bastante fuerte. Su corrección depende del cuarto concepto de la serie de conceptos de Kelsen, empleados para determinar lo que es el derecho: norma, significado, deber y categoría. El concepto de categoría conduce al problema de la *norma fundamental* (*Grundnorm*). Esto será nuestro tema en la última parte de este artículo. Aquí, sólo un punto es de interés: la competencia entre el positivismo naturalista y no-naturalista.

Esta competencia es dirimida por la pretensión de corrección, que permanece en el centro del no-positivismo. La pretensión de corrección se encuentra necesariamente conectada con la argumentación o justificación. Lo correcto es lo que puede ser justificado. La justificación es una empresa inferencial.²⁶ Una actuación correcta o racional de una inferencia debe proceder de acuerdo con las reglas de la lógica. Las reglas de la lógica, sin embargo, no pueden ser aplicadas directamente a los hechos naturales. Ellas sólo pueden ser aplicadas a las proposiciones, sean proposiciones sobre lo

²⁰ Olivecrona, Karl, *Law as Fact*, Dinamarca-Reino Unido, Oxford University Press, 1939, p. 16.

²¹ Kelsen, Hans, *Introduction to the Problems of Legal Theory*, Estados Unidos de América, Oxford University Press, 1992, p. 13.

²² *Ibidem*, pp. 11, 13 y 14.

²³ *Ibidem*, p. 24.

²⁴ *Ibidem*, p. 15.

²⁵ Frege, Gottlob, “The Thought: A Logical Inquiry”, en Strawson, Peter Frederick (ed.), *Philosophical Logic*, Reino Unido, Oxford University Press, 1967, p. 29.

²⁶ Alexy, Robert, “The Nature of Legal Philosophy”, *Ratio Juris*, núm. 17, 2004, p. 162.

que es, sean proposiciones sobre lo que debe ser. Desearía llamar esto la “tesis proposicional”. Esto implica que el positivismo naturalista, como es representado por Olivecrona, es incompatible con el no-positivismo, mientras que el positivismo no-naturalista, como es representado por Kelsen, es, en este respecto, compatible. En suma, el sistema del no-positivismo incluye al no-naturalismo de Kelsen.

B. *Conexiones clasificadoras y calificadoras*

El segundo elemento del marco conceptual a ser considerado aquí es la distinción entre las conexiones clasificadoras y las conexiones calificadoras entre el derecho y la moral. Esta distinción atañe a los efectos de los defectos morales. El efecto de una conexión clasificadora es la pérdida de la validez jurídica. En contraste, el efecto de una conexión calificadora es el defecto jurídico o incorrección que sin embargo, no socava la validez jurídica.²⁷ El punto decisivo aquí es que el efecto moral del defecto o incorrección es un defecto o incorrección *jurídica*. Que las normas moralmente defectuosas sean moralmente defectuosas es una verdad trivial. Un positivista no tiene problema en estar de acuerdo con esto. Pero que estas normas sean, además de esto, también jurídicamente defectuosas, no es solamente no trivial, sino, de hecho, resulta de la mayor importancia para la relación entre la dimensión real e ideal del derecho; esto es así no sólo por razones teóricas, sino también por razones de naturaleza práctica. Si el defecto fuera simplemente moral, sería difícil explicar por qué un tribunal de alzada —independientemente de lo que dice el derecho positivo— tiene el poder jurídico para anular una decisión injusta de un tribunal inferior en un caso en el que esta decisión injusta sea tan compatible con el derecho positivo como lo sería una decisión justa.²⁸

3. *Implicaciones*

La distinción entre las conexiones clasificadora y calificadora implica que tienen que ser distinguidos tres tipos de no-positivismo: exclusivo, superinclusivo y no-positivismo inclusivo.²⁹

²⁷ Alexy, Robert, *The Argument...*, *cit.*, p. 26.

²⁸ Alexy, Robert, “The Ideal...”, *cit.*, p. 327.

²⁹ Las relaciones lógicas entre estas tres formas de no-positivismo pueden ser descritas por medio de la triada cuantificadora. Véase, Alexy, Robert, “Law, Morality, and the Existence of Human Rights”, *Ratio Juris*, núm. 25, 2012, pp. 4-7.

A. *No-positivismo exclusivo*

El no-positivismo exclusivo es la versión más radical del no-positivismo. Afirma que cada injusticia, cada defecto moral de una norma excluye su validez jurídica, su ser jurídico. Una versión clásica de esta perspectiva está expresada en la afirmación de san Agustín de que “un derecho que no es justo no me parecería que fuera derecho”.³⁰ Un ejemplo reciente es la tesis de Beyleveld y Brownsword de que “las reglas inmorales no son derecho válido”.³¹

Kelsen atribuye al no-positivismo la tesis de que “las normas sociales deben tener un contenido moral, deben ser justas para ser consideradas como derecho”.³² Esta atribución es correcta respecto al no-positivismo exclusivo, pero incorrecta respecto al no-positivismo inclusivo y superinclusivo. El argumento, ya considerado,³³ sobre los límites del conocimiento moral, que conecta con esta atribución, también es correcto, pero únicamente como un argumento contra el no-positivismo exclusivo, la forma más vulnerable del no-positivismo. No es correcto como un argumento contra el no-positivismo inclusivo y superinclusivo. Ambos reconocen los límites de la argumentación moral, esto es, la amplia área de la mera posibilidad discursiva o desacuerdo razonable. En otras palabras, el no-positivismo no es destruido por la destrucción de Kelsen del no-positivismo exclusivo.

B. *No-positivismo superinclusivo*

El no-positivismo superinclusivo es la contraparte radical del no-positivismo exclusivo. El no-positivismo superinclusivo se dirige hacia el otro extremo. Sostiene que la validez jurídica no se ve afectada en modo alguno por las deficiencias morales. A primera vista, esto parece ser una versión del positivismo, no del no-positivismo. Esta primera impresión, sin embargo, es errónea, por dos motivos. El primero resulta de la distinción entre las conexiones clasificadora y calificadora, las cuales interpretan un papel central en el sistema del no-positivismo. Incluso si la validez jurídica no se ve afectada,

³⁰ San Agustín, *De libero arbitrio - Der Freie Wille*, Paderborn, Ferdinand Schöningh, 2006, p. 86. “Nam lex mihi esse non videtur, quae iusta non fuerit”.

³¹ Beyleveld, Deryck & Brownsword, Roger, *Human Dignity in Bioethics and Biolaw*, Estados Unidos de América, Oxford University Press, 2001, p. 76.

³² Kelsen, Hans, *Pure Theory...*, cit., p. 64. Véase, además, la interpretación de Kelsen del no-positivismo como la “tesis de que el derecho es moral de acuerdo a su naturaleza”. *Ibidem*, p. 68.

³³ *Ibidem*, pp. 31 y 32.

en ningún caso, por la incorrección moral, esto es, no se asume ningún efecto clasificador en ningún caso de deficiencia moral, en todos los casos de incorrección moral puede asumirse un efecto calificador, a saber: la deficiencia jurídica. Pueden encontrarse fuertes tendencias hacia esta dirección en la obra de Santo Tomás de Aquino, Kant y Finnis.³⁴ Pero este tema no se tratará aquí. La segunda razón para no identificar el no-positivismo superinclusivo con el positivismo es que el no-positivismo superinclusivo es compatible con razones morales de validez jurídica, el positivismo, en tanto relacionado sólo con la dimensión real o fáctica del derecho, no. Ambas razones interpretarán un papel importante para responder la interrogante si una *norma fundamental* (*Grundnorm*) es posible y necesaria no sólo en el positivismo no-naturalista de Kelsen, sino también en el sistema del no-positivismo. Ésta es la pregunta sobre la *norma fundamental* (*Grundnorm*). Esta interrogante no puede ser respondida sin hacer referencia a la tercera forma del no-positivismo, el no-positivismo inclusivo.

C. *No-positivismo inclusivo*

El no-positivismo inclusivo no afirma ni que los defectos morales siempre socavan la validez jurídica ni que nunca lo hagan. De acuerdo con la fórmula de Radbruch,³⁵ el no-positivismo inclusivo afirma que los defectos morales socavan la validez jurídica, si y sólo si es transgredido el umbral de la injusticia extrema. La injusticia por debajo de este umbral está incluida en el concepto de derecho defectuoso, pero válido.

Estas tres formas de no-positivismo pueden ser reconstruidas en tanto soluciones de la competencia entre dos principios: el principio de certeza jurídica y el principio de justicia. El no-positivismo exclusivo confiere una precedencia incondicional a la justicia; el no-positivismo superinclusivo, a la certeza jurídica. Pueden surgir serias objeciones frente a ambas afirmaciones.³⁶ La situación es diferente en el caso del no-positivismo inclusivo; éste establece una precedencia condicional a la justicia en los casos de injusticia extrema.³⁷ Con esto, la cuestión de cómo la fórmula de Radbruch está relacionada con la *Grundnorm* de Kelsen entra en escena.

³⁴ Alexy, Robert, "The Dual...", *cit.*, p. 176; Alexy, Robert, "Law, Morality...", *cit.*, p. 6.

³⁵ Alexy, Robert, "A Defense of Radbruch's Formula", en Freeman, M.D.A., *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, 8a. ed., Londres, Sweet & Maxwell, 2008, pp. 426-428; Alexy, Robert, *The Argument...*, *cit.*, pp. 40-62.

³⁶ Alexy, Robert, "The Dual...", *cit.*, p. 176.

³⁷ Alexy, Robert, "Legal Certainty...", *cit.*, pp. 445-447.

III. NORMA FUNDAMENTAL (*GRUNDNORM*)

Con la *norma fundamental* (*Grundnorm*), Kelsen trata de superar dos posiciones a las que la *Teoría pura del derecho* fundamentalmente se opone: el naturalismo, por una parte, y el no-positivismo, por la otra.

1. *Norma fundamental* (*Grundnorm*) y “deber”

La principal preocupación de la confrontación de Kelsen con el naturalismo es la transformación de un “ser” a un “deber”; la principal preocupación de su confrontación con el no-positivismo es lograr esta transformación sin recurrir a la moral, esto es, su objetivo es establecer una normatividad sin moral.

Kelsen habla, respecto a la estructura formal de su solución al problema “ser”-“deber”, de un “silogismo”,³⁸ el cual, más tarde, califica como un “silogismo normativo”.³⁹ Este silogismo puede denominarse “silogismo *norma fundamental* (*Grundnorm*)”.⁴⁰ En *El concepto y la validez del derecho* reconstruyo este silogismo de la manera siguiente.⁴¹ El “ser” es representado por la primera premisa:

(1) La Constitución *C* ha sido realmente promulgada y es socialmente eficaz.

El “deber” está expresado, *inter alia*, por la conclusión:

(3) Está jurídicamente ordenado comportarse de acuerdo con la Constitución *C*.

(3) No se sigue lógicamente de (1). Por tal motivo, se tiene que introducir una premisa más, que haga posible la transición de (1) a (3):

(2) Si una Constitución ha sido realmente promulgada y es socialmente eficaz, entonces está jurídicamente ordenado comportarse de acuerdo con esta Constitución.

Esta premisa adicional cuenta como una de muchas formulaciones posibles de la *Grundnorm* de Kelsen.

³⁸ Kelsen, Hans, *Pure Theory...*, cit., p. 202.

³⁹ *Ibidem*, p. 212.

⁴⁰ Alexy, Robert, *The Argument...*, cit., p. 98.

⁴¹ *Ibidem*, pp. 96-98; Alexy, Robert, “Comments and Responses”, en Klatt, Matthias (ed.), *op. cit.*, pp. 324 y 325.

Stanley L. Paulson ha argumentado que esta reconstrucción atribuye una “normatividad justificada”⁴² a Kelsen. Si entendemos por normatividad justificada una normatividad moralmente justificada, no me encuentro de acuerdo con esto. Sin duda, Joseph Raz atribuye una tesis de normatividad justificada a Kelsen cuando afirma que la concepción de Kelsen sobre la normatividad de un sistema jurídico supone que el sistema sea considerado como “moralmente justo y bueno”.⁴³ Nada por el estilo está contenido en mi reconstrucción. De hecho, empleo la expresión “jurídicamente prescrito” en la formulación de la *norma fundamental* (*Grundnorm*). Pero las expresiones como “jurídicamente prescrito” y “jurídicamente obligatorio” (*rechtsverbindlich*)⁴⁴ pueden emplearse sin ninguna implicación moral. Paulson sostiene que una formulación de la *norma fundamental* (*Grundnorm*) que emplea tales expresiones “parece prestar apoyo a la tesis de la normatividad justificada”.⁴⁵ Quizá estas expresiones podrían seducir a los lectores a tratar de conectar una normatividad justificada, en el sentido de una normatividad moralmente justificada, con estos conceptos. Pero esta seducción puede contrarrestarse con sólidos argumentos interpretativos y sistemáticos. Podría agregarse que el término “jurídicamente prescrito”, como es empleado en mi formulación de la *norma fundamental* (*Grundnorm*), es sólo un elemento de una familia de conceptos que pueden utilizarse para expresar el “deber”. Otros son validez jurídica, sentido objetivo y facultar.⁴⁶ Y, me encuentro de acuerdo con Paulson en que existe un fuerte soporte textual para el efecto de que en la “etapa madura de Kelsen”,⁴⁷ ya anunciada a finales de 1930,⁴⁸ y que culmina en la segunda edición de la *Teoría pura del derecho* (*Reine Rechtslehre*),⁴⁹ facultar es la modalidad normativa fundamental. Sin embargo, en nuestro contexto presente, esto no es de especial importancia. Nuestra cuestión es cómo la transición desde un “ser” hasta un “deber” puede llevarse a cabo, y la respuesta a esta interrogante no depende de la modalidad normativa que representa el “deber”. Por

⁴² Paulson, Stanley L., “A Justified Normativity, Thesis in Hans Kelsen’s Pure Theory of Law? Rejoinders to Robert Alexy and Joseph Raz”, en Klatt, Matthias, *op. cit.*, p. 68.

⁴³ Raz, Joseph, “Kelsen’s Theory of the Basic Norm”, en Paulson, Stanley L. & Litschewski Paulson, Bonnie (eds.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Estados Unidos de América, 1998, pp. 47 y 58.

⁴⁴ Kelsen, Hans, *Allgemeine Staatslehre*, Berlín, Mohr Siebeck, 1925, p. 99.

⁴⁵ Paulson, Stanley L., “A Justified Normativity, Thesis...”, *cit.*, p. 87.

⁴⁶ *Ibidem*, pp. 86 y 87.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 83.

⁴⁸ Kelsen, Hans, “Recht und Kompetenz. Kritische Bemerkungen zur Völkerrechtstheorie Georges Scelles”, en Ringhofer, Kurt & Walter, Robert (eds.), *Hans Kelsen. Auseinandersetzungen zur Reinen Rechtslehre*, Viena, Springer Verlag, 1987, p. 75.

⁴⁹ Véase, por ejemplo, Kelsen, Hans, *Pure Theory...*, *cit.*, p. 26.

si fuera poco, los argumentos textuales que versan sobre el carácter fundamental de autorizar pueden ser confrontados con argumentos sistemáticos que hablan en contra.⁵⁰ Pero no voy a profundizar más en esto aquí. Para nuestros propósitos es suficiente afirmar que el silogismo *norma fundamental* (*Grundnorm*) muestra que la *norma fundamental* (*Grundnorm*) es, tal como lo expresa Kelsen, “lógicamente indispensable”⁵¹ (*logisch unerlässlich*) para la transformación de un “ser” a un “deber”.

De acuerdo con Paulson, todo esto no muestra otra cosa que el “llamado a un silogismo normativo” de Kelsen equivale “a una petición de principio (*petitio principii*)”.⁵² Me encuentro de acuerdo con esto en un punto importante, pero no completamente. El punto sobre el cual difiero concierne al poder analítico del silogismo *norma fundamental* (*Grundnorm*). La premisa *norma fundamental* (*Grundnorm*) *qua* segunda premisa de este silogismo no es simplemente una “suposición”.⁵³ Es un presupuesto necesario para la transformación de un “ser” a un “deber”. El propio Kelsen subrayó que existe una alternativa al normativismo, a saber: naturalismo, de acuerdo con la cual el derecho no es otra cosa más que un sistema de “relaciones de poder”.⁵⁴ Ello implica que la necesidad de una premisa *norma fundamental* (*Grundnorm*) no es una necesidad incondicional, sino únicamente una necesidad condicional.⁵⁵ Esto tiene consecuencia de gran alcance para calificar el carácter epistemológico de la *norma fundamental* (*Grundnorm*) de Kelsen. No es simplemente trascendental, sino que “débilmente trascendental”,⁵⁶ y, con esto, una categoría relativa *a priori*.⁵⁷ Pero esto es más que nada una transformación de un “ser” a un “deber”.

2. La necesidad de la norma fundamental (*Grundnorm*) de Kelsen

La *norma fundamental* (*Grundnorm*) de Kelsen *qua* regla de cambio es —respecto a su estructura, no a sus consecuencias sistemáticas— la forma más

⁵⁰ Alexy, Robert, “Hans Kelsen’s Concept of the Ought”, *Jurisprudence*, núm. 4, 2013, pp. 240-245.

⁵¹ Kelsen, Hans, *Pure Theory...*, *cit.*, p. 204.

⁵² Paulson, Stanley L., “A Justified Normativity Thesis...”, *cit.*, p. 70.

⁵³ *Idem*.

⁵⁴ Kelsen, Hans, *Pure Theory...*, *cit.*, p. 218.

⁵⁵ Alexy, Robert, “Comments...”, *cit.*, p. 325.

⁵⁶ Alexy, Robert, *The Argument...*, *cit.*, p. 110.

⁵⁷ Alexy, Robert, “Hans Kelsens Begriff des relativen Apriori”, en Alexy, Robert, H. Meyer, L., Paulson, Stanley L. & Sprenger, G. (eds.), *Neukantianismus und Rechtsphilosophie*, Baden-Baden, Springer, 2002, pp. 193-202.

simple de una *norma fundamental* (*Grundnorm*). Se limita a conectar la promulgación y eficacia, en el lado del “ser”, con la validez u otro concepto normativo, en extremo del “deber”. Esto puede llamarse, respecto a su simplicidad estructural, la “*norma fundamental* (*Grundnorm*) mínima”. El argumento del silogismo de Kelsen tiene éxito en la medida en que demuestra que hay que presuponer al menos una *norma fundamental* (*Grundnorm*) mínima si se quiere transformar un “ser” en un “deber”. Este es un argumento analítico, y se puede caracterizar la *norma fundamental* (*Grundnorm*) básica de Kelsen, por esta razón, como una “*norma fundamental* (*Grundnorm*) analítica”.⁵⁸ Pero emplear cierta forma de la *norma fundamental* (*Grundnorm*) en un argumento que demuestra exitosamente que una *norma fundamental* (*Grundnorm*) es necesaria para el establecimiento del “deber” no es demostrar que justo esta forma también es necesaria. Para demostrar que necesitamos una *norma fundamental* (*Grundnorm*) no es suficiente con demostrar que la *norma fundamental* (*Grundnorm*) empleada en esta demostración es la *norma fundamental* (*Grundnorm*). Para demostrar esto, hay que “descartar”⁵⁹ “enfoques alternativos”. Es exactamente este punto al que Paulson se dirige con su reproche de “petición de principio”.⁶⁰ Lo que es más, Paulson refiere explícitamente, en el contexto de un problema alternativo, a la teoría del derecho natural, esto es, al no-positivismo: “En particular, la desestimación de [Kelsen] de la teoría del derecho natural no tiene fuerza como argumento y la teoría del derecho natural permanece, entonces, como una alternativa a su propia teoría”.⁶¹

3. Una *norma fundamental* (*Grundnorm*) no-positivista

La tesis de Kelsen de que una *norma fundamental* (*Grundnorm*) es necesaria para realizar una transformación de un “ser” a un “deber” permanece, sin embargo, cierta. Esta transformación puede ser descrita como una transformación categórica,⁶² y el positivismo no-naturalista requiere esta transformación, tanto como el no-positivismo. En la medida en que éste es el caso, la *norma fundamental* (*Grundnorm*) expresa una verdad universal. Esta verdad universal establece una conexión necesaria entre el positivismo no-naturalista y el no-positivismo.

⁵⁸ Alexy, Robert, *The Argument...*, cit., p. 96.

⁵⁹ Paulson, Stanley L., “A Justified Normativity Thesis...”, cit., p. 76.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 70.

⁶¹ *Ibidem*, p. 76. Véase, también, *idem*, nota a pie de página 77.

⁶² Alexy, Robert, *The Argument...*, cit., p. 105.

Con esto, sin embargo, la cuestión alternativa no está todavía respondida. La respuesta consiste, primero, en la construcción de una *norma fundamental (Grundnorm)* no-positivista y, segundo, en su justificación. Aquí, me enfocaré en la construcción. Esta construcción comprende tres pasos por medio de los cuales la *norma fundamental (Grundnorm)* de Kelsen es transformada en una *norma fundamental (Grundnorm)* no-positivista: primero, la introducción de una cláusula limitativa; segundo, la inserción de una cláusula de apertura y, tercero, la adición de un nivel de justificación. Con esto, la *norma fundamental (Grundnorm)* analítica de Kelsen es transformada en una *norma fundamental (Grundnorm)* normativa.⁶³

A. Cláusula limitativa

La fórmula de Radbruch, la cual dice, en su forma abreviada, que la injusticia extrema no es derecho, es, como ya se ha dicho, un elemento esencial del no-positivismo inclusivo, que aquí se refrenda como el resultado de ponderar la certeza jurídica contra la justicia. El no-positivismo superinclusivo no conoce una cláusula limitativa; el no-positivismo exclusivo aboga por el extremo opuesto, una cláusula limitativa que no conoce límites. Aquí, sólo la *norma fundamental (Grundnorm)* del no-positivismo inclusivo deberá ser considerada. Ésta puede ser formulada de diferentes maneras. Nuestro punto de partida será la siguiente versión de la *norma fundamental (Grundnorm)* de Kelsen:

- a) El derecho incluye a todas las normas que han sido promulgadas y son socialmente eficaces.

La inserción de la fórmula de Radbruch deberá expresarse de la siguiente manera:

- b) El derecho incluye todas las normas que, primero, han sido promulgadas, son socialmente efectivas y, segundo, no son extremadamente injustas.

B. Cláusula de apertura

La fórmula de Radbruch corresponde a la conexión clasificadora entre el derecho y la moral. Para complementar la *norma fundamental (Grundnorm)*

⁶³ *Ibidem*, p. 116.

no-positivista, la conexión calificadora también debe ser incluida. Esto puede realizarse por medio de una cláusula de apertura que haga referencia a la pretensión de corrección:

- c) El derecho incluye todas las normas que, primero, hayan sido promulgadas y sean socialmente eficaces, segundo, no sean extremadamente injustas y, tercero, todos los principios y argumentos que son requeridos por la pretensión de corrección.⁶⁴

C. Nivel de justificación

De acuerdo con Kelsen, la *norma fundamental* (*Grundnorm*) es incapaz de ser establecida: “Sobre el fundamento de la validez de la *Grundnorm* no pueden hacerse más pesquisas”.⁶⁵ El no-positivismo contesta esto.⁶⁶ Un ejemplo para un no-positivista que emplee el término *norma fundamental* (*Grundnorm*), aunque en parte sólo sea entre comillas, es Gustav Radbruch.⁶⁷ Su justificación de la *norma fundamental* (*Grundnorm*) es exclusivamente el principio de certeza jurídica,⁶⁸ ocasionalmente conectado con “paz, orden” (*Friede, Ordnung*).⁶⁹ Esta orientación exclusiva hacia la certeza jurídica sitúa la posición de Radbruch de 1932 muy cerca del no-positivismo superinclusivo, que puede ser considerado también como una especie de positivismo moral. El positivismo moral, empero, es mucho menos aceptable que el positivismo distanciado o analítico de Kelsen.⁷⁰

Todo esto muestra que el problema alternativo, tal como lo formuló Paulson, se refiere a mucho más que el problema de la reconstrucción lógica del paso de un “ser” a un “deber”. Corresponde, quizá, a la interrogante más profunda de la filosofía del derecho, la relación entre el derecho y la moral.

⁶⁴ Alexy, Robert, *The Argument...*, cit., pp. 102 y 127.

⁶⁵ Kelsen, Hans, “The Function of the Constitution”, en Tur, Richard & Twining, William (eds.), *Essays on Kelsen*, Oxford, Clarendon Press, 1986, p. 117; véase, también, Kelsen, Hans, *Pure Theory...*, cit., p. 195.

⁶⁶ Alexy, Robert, *The Argument...*, cit., pp. 113-116.

⁶⁷ Radbruch, Gustav, “Rechtsphilosophie”, en Kaufmann, Arthur (ed.), *Gustav Radbruch. Gesamtausgabe*, 3a. ed., Heidelberg, C. F. Müller, 1932, pp. 313 y 324; véase, también, p. 422. Con o sin comillas, el término es empleado en la página 324.

⁶⁸ *Ibidem*, pp. 314 y 422.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 314.

⁷⁰ Alexy, Robert, *The Argument...*, cit., p. 121.

SEGUNDA PARTE
CIENCIA Y METODOLOGÍA DEL DERECHO

EN DEFENSA DE LA CERTEZA JURÍDICA: LA TRADICIÓN IUSPOSITIVISTA DESDE SUS ORÍGENES HASTA Kelsen

Francisco IBARRA PALAFOX*

SUMARIO: I. *Planteamiento del problema.* II. *Los orígenes: el Corpus Iuris Civilis.* III. *El Renacimiento: Thomas Hobbes y el argumento de autoridad.* IV. *La consolidación: el positivismo ilustrado y la codificación.* V. *La sistematización: Hans Kelsen, el orden normativo y la ciencia del derecho.* VI. *La crisis: la posguerra y la relativización de la certeza jurídica a principios del siglo XXI.*

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En el centro del proyecto iuspositivista desarrollado por la cultura jurídica de Occidente se encuentran las siguientes preguntas esenciales: ¿dónde encontrar el derecho vigente?, ¿cuál es el método más apropiado para ubicar el derecho aplicable a un caso particular? Así, por ejemplo, un buen ciudadano estaría dispuesto a conocer las normas a seguir en su vida cotidiana, mientras una jueza encargada de la solución de un caso particular está obligada a identificar la norma particular para resolverlo. Sin embargo, la identificación de las normas jurídicas concretas no siempre fue tarea sencilla; tales desafíos existieron desde los tiempos del derecho romano, y fueron preocupación central del iuspositivismo desde sus orígenes hasta la elaboración de la teoría pura del derecho de Hans Kelsen.

Hoy estas preguntas recuperan su importancia ante un entorno jurídico que diversificó sus fuentes de producción desde finales de la Segunda Gue-

* Investigador titular de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y profesor en la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho, ambos de la UNAM. Contacto: fpalafox@unam.mx. ORCID-ID: <https://orcid.org/0000-0003-3599-6728>.

rra Mundial y, aceleradamente, desde la caída del muro de Berlín, la apertura democrática y el derrumbe del bloque socialista en Europa, procesos que acentuaron la globalización económica y cultural en Occidente. Estos acontecimientos ampliaron, en ocasiones, de manera excesiva las fuentes del derecho, y ahora parece más difícil identificar dónde se encuentran las normas jurídicas aplicables para resolver los casos particulares como abogados postulantes, jueces o investigadores del derecho. En efecto, frente a la legislación emitida por los órganos legislativos estatales aparece un amplio abanico de material denominado *soft law*, cuya imprecisión y ambigüedad compiten abiertamente con la ley; o frente a las sentencias de los tribunales internacionales de derechos humanos donde se cumplen las garantías del debido proceso legal, surgen múltiples organismos no gubernamentales (ONG), que desean imponer su agenda a estos tribunales mediante la promoción de derechos de difícil legitimidad e inexistentes en las Constituciones nacionales o en los convenios internacionales. Si bien la ampliación mesurada de las fuentes del derecho lo enriquece, los excesos de esa proliferación redujeron la certeza jurídica necesaria para una correcta vida en sociedad. Si bien la certeza jurídica siempre ha sido relativa y nunca fue deseable hacerla un proyecto ideológico, hoy está en peligro frente a la proliferación de esas supuestas fuentes de producción jurídica y la “diversificación metodológica” para la identificación del derecho. Si a esto agregamos el proceso de decodificación experimentado por el derecho constitucional en los últimos lustros, el panorama parecería desalentador. Así, en el presente artículo reflexiono sobre la certeza jurídica en la historia de la tradición jurídica iuspositivista desde sus inicios hasta las aportaciones de Kelsen como camino inicial para responder a estas preguntas y problemas; desde luego, por razones de espacio, es imposible aquí realizar una exposición exhaustiva de esta tradición.

II. LOS ORÍGENES: EL CORPUS IURIS CIVILIS

Para empezar, debe tenerse presente que el positivismo jurídico tiene como antecedentes necesarios la compilación de Justiniano y el pensamiento jurídico político de Thomas Hobbes. Tanto en la compilación del derecho romano realizada por el emperador Justiniano (a través de sus principales juristas: Triboniano, Teófilo y Doroteo) como en el pensamiento jurídico-político de Hobbes había un proyecto análogo: la necesidad de identificar el derecho con mayor precisión para consolidar el poder del gobierno monárquico.

En el vasto universo del derecho romano, el Imperio Romano de Oriente requería de una compilación que permitiera identificar con certeza a las normas para consolidar las ambiciones imperiales de Justiniano, quien necesitaba de un orden jurídico para legitimarse como soberano imperial del imperio de Oriente, que consolidaba por vías militares. Así, por ejemplo, el Códice de Justiniano consagró el poder del emperador como fuente última para resolver controversias jurídicas:

Si la majestad imperial hubiese examinado en calidad de juez una causa, y pronunciada sentencia constituida las partes en su presencia, sepan absolutamente todos los jueces, que están bajo nuestra jurisdicción, que es ley no sólo para la causa para la que fue proferida, sino además para todas las análogas, porque ¿qué cosa hay mayor, que más santa, que la majestad imperial? ¿Quién está lleno de tanta soberbia, que menosprecie el pensamiento del príncipe, cuando también los autores del antiguo derecho manifiestan clara y terminantemente, que tienen fuerza de ley las constituciones que emanan de decreto imperial?... Y declaramos que toda interpretación de leyes hecha por el emperador ya sea sobre súplicas, ya sea en juicios, ya de cualquier otro modo, sea considerada válida e indubitada. Porque si al presente solo al emperador es permitido hacer leyes, también al interpretar las leyes debe ser digno solamente de su autoridad imperial.¹

El programa de Justiniano buscaba restablecer el Imperio Romano y, paralelamente, establecer una robusta burocracia para ese poder imperial unido a una ortodoxia cristiana y un sistema legal más eficiente. Además, ese nuevo orden jurídico basado en el derecho romano permitía con mayor facilidad la identificación de las normas jurídicas necesarias para la defensa de los derechos de los súbditos.

En efecto, el 13 de febrero del 528, Justiniano anunció su decisión de llevar a cabo una reforma de su sistema de justicia, tema pendiente para sus predecesores. Entre los objetivos de su reforma se encontraba eliminar aquellos aspectos caducos, superfluos, oscuros y contradictorios de su sistema jurídico. La revisión del derecho romano se proponía mejorar la eficiencia de su sistema jurídico, identificar con precisión el derecho romano y eclesiástico para la resolución de controversias y dilemas jurisprudenciales.² Como asentó en el prefacio de las Instituciones de Justiniano, el imperio se

¹ Códice, título XIV, 12-12.1, en *Cuerpo del derecho civil romano*, traducción del latín al español por Ildefonso L. García del Corral, Barcelona, Jaime Molinas Editor, 1889.

² Atkinson, J. E., "Justinian and the tribulations of transformation", en *Acta Classica*, XLIII, 2000, pp.15-32.

justificaba no sólo por el uso de las armas, sino además por un derecho que diera a cada quien lo suyo y rechazara las “iniquidades de los calumniadores”, de aquellos que pretendían la existencia de un derecho donde éste no existía:

La majestad imperial conviene que no sólo esté honrada con las armas sino también fortalecida por las leyes, para que uno y otro tiempo, así el de guerra como el de paz, puedan ser bien gobernados, y el príncipe romano subsista vencedor no solamente en los combates con los enemigos, sino también rechazando por legítimos trámites las iniquidades de los calumniadores, y llegue a ser tan religiosísimo observador del derecho, como triunfador de los enemigos vencidos.³

La necesidad de identificar el derecho con precisión es patente desde el inicio de las Instituciones. Éstas se definen como una exposición de las leyes del pueblo romano “de una manera abreviada y sencilla y después con diligente y muy exacta interpretación se explica cada cosa”.⁴ Aquí, por leyes civiles se refiere a las leyes positivas del pueblo romano, recuperadas por Justiniano. Más aún, en el título segundo de las Instituciones, Justiniano, después de proporcionar el concepto de justicia y reconocer la existencia del derecho natural al definirlo como aquel enseñado por la naturaleza a todos los animales del cielo, la tierra y el mar, define al proyecto del Corpus Iuris Civilis como un proyecto de identificación del derecho civil, mas no del derecho natural:

1. Más el derecho se divide así: civil o de gentes. Todos los pueblos, los cuales se rigen por leyes y costumbres, usan de un derecho, en parte suyo propio, en parte común a todos los hombres; pues el derecho que un pueblo cualquiera constituye él mismo para sí, es propio de la ciudad misma y se llama derecho civil; más el que la razón natural establece entre todos los hombres, este es igualmente observado en todos los pueblos, y se llama derecho de gentes, porque de este derecho usan todas las gentes... 2. Más el derecho civil se apellida con el nombre de cada ciudad, como el de los atenienses; pues si alguien quisiera llamar a las leyes de Solón o de Dracón derecho civil de los atenienses, no erraría. Y así también llamamos al derecho de que usa el pueblo romano, derecho civil de los romanos... 11. Más las leyes naturales, que por igual se observan entre todas las gentes, establecidas por cierta providencia divina, permanecen siempre firmes e inmutables; pero las que una ciudad cualquiera

³ Instituta, “Prefacio”, en *Cuerpo del derecho civil romano, Primera Parte Instituta-Digesto, op. cit.*, p. 3.

⁴ Instituta, título I, 1-2, p. 5.

constituye para sí, suelen cambiarse a menudo o por tácito consentimiento del pueblo, o por otra ley posteriormente dada.⁵

Como se aprecia del párrafo arriba transcrito, el derecho civil corresponde a lo que siglos después se denominó derecho positivo y que, a diferencia del inmutable derecho natural, es un derecho reformable y en constante cambio. Es importante observar cómo el derecho romano, aun cuando privilegiaba al derecho civil, no ignoraba al derecho natural, al cual se refería con frecuencia el *Corpus Iuris Civilis*. En otras palabras, aunque los orígenes del iuspositivismo se rastrean con precisión en el derecho romano y en la compilación de Justiniano, el derecho natural era todavía una de las fuentes reconocidas por el derecho justiniano; la negativa a reconocer al derecho natural como fuente del derecho tuvo lugar varios siglos después, con los iuspositivistas ilustrados del siglo XVIII en adelante.

III. EL RENACIMIENTO: THOMAS HOBBS Y EL ARGUMENTO DE AUTORIDAD

Como explica Floris Margadant, la compilación justiniana fue recuperada por los juristas de la Universidad de Bolonia desde fines del siglo XI, y de allí se extendió en toda Europa para crear el denominado “derecho común de las monarquías”.⁶ Después, en los inicios del Renacimiento, Hobbes emprendió el proyecto de crear una teoría política para consolidar a las monarquías europeas, antecedente inmediato de los Estados nacionales.

En una sumaria revisión del pensamiento positivista se puede rescatar de Hobbes (teórico del poder monárquico y fundador de la teoría del Estado) su polémica con Coke. En ésta, Hobbes combatió el *common law* y defendió la potestad del soberano para establecer el derecho y su poder estatutario. Como la mayoría de los filósofos y juristas de la época, Hobbes examinó el paso del estado de naturaleza al estado civil; en este tránsito se preguntó si las leyes propias del estado de naturaleza (derecho natural) eran obligatorias. La respuesta de Hobbes a este cuestionamiento fue de la mayor importancia y significó un precedente importante del pensamiento iuspositivista moderno. Según Hobbes, la persona estaba obligada solamente a respetarlas en conciencia, es decir, frente a sí mismo y frente a Dios; sin

⁵ Instituta, título II, 1-2,11, pp. 6 y 7.

⁶ Margadant, Guillermo F., *La segunda vida del derecho romano*, México, Miguel Ángel Porrúa, 1986, p. 402.

embargo, frente a otras personas, sólo estaban obligadas a respetarlas en los límites en que otras personas las respetaran hacia ellos. En otras palabras, una persona estaba obligada a respetar la regla de derecho natural de “no matarás” siempre y cuando las personas con las cuales se relacionara estuvieran dispuestas también a respetar esa norma fundamental; en caso contrario, la persona agredida podía defenderse matando a quien intentara quitarle la vida. En el Estado de naturaleza, donde todas las personas son iguales y tienen el derecho a usar la fuerza para hacer respetar sus intereses, nunca existía la completa certeza de que la ley era respetada por todos y, en consecuencia, la ley perdía eficacia. El estado de naturaleza constituía un estado de anarquía perpetuo donde imperaba la ley del más fuerte, y todos los hombres luchaban contra los demás para conseguir o conservar sus propios intereses.

La única forma de salir de este estado de naturaleza de permanente guerra, por lo demás insoportable para los seres humanos, era mediante la creación del Estado y depositar toda la fuerza de éste en el gobierno monárquico. Con la ley impuesta por el monarca mediante la espada, las personas respetarían la norma de “no matarás”, la cual no obedecía sólo los dictados de su conciencia o los fríos cálculos de sus intereses individuales, sino además existía la ley del rey-Estado para hacerla obligatoria bajo cualquier circunstancia, y cuya fuerza era irresistible, los obligaba a respetarla aun cuando carecieran de voluntad para hacerlo.⁷ Esta monopolización del poder coercitivo del Estado implicó una concentración correlativa del poder para crear las normas reguladoras de las relaciones sociales; en efecto, únicamente al Estado competía la producción de las normas jurídicas claras, precisas y dirigidas a la regulación de los comportamientos humanos, y sólo estas normas contaban con el respaldo estatal para ser obedecidas. Conforme a Hobbes, cuando se creó el Estado dejó de operar el derecho natural (el cual, inclusive, no era respetado en el Estado de naturaleza), y el único derecho válido y vigente era el derecho civil o estatutario.⁸

En su obra de *Leviatán*, sin ignorar el principio de la representación, Hobbes señaló que la institución del Estado apareció cuando una multitud de hombres convinieron o pactaron que a un hombre o a una cierta asamblea de hombres se les otorgara, por mayoría, la posibilidad de representar a todos. Así, cada uno de ellos, tanto quienes votaron a favor como en contra, debía autorizar las acciones de ese hombre o asamblea como si fueran suyos, con objeto de vivir en paz entre sí y ser protegidos de otros hombres. En con-

⁷ Bobbio, Norberto, *El positivismo jurídico*, España, Debate, 1993, pp. 51 y 52.

⁸ *Ibidem*, p. 52.

secuencia, de la institución estatal derivaban todos los derechos y facultades de aquel o aquellos a quienes se confirió el poder soberano por el consentimiento popular; en otras palabras, era el Estado y su monarca la única fuente legítima del derecho.⁹ La identificación de una sola fuente del derecho contribuyó a robustecer la certeza jurídica y consolidar el poder estatal.

En una obra tardía, escrita en edad avanzada, *Diálogo entre un filósofo y un estudiante del derecho común en Inglaterra*, Hobbes negó la legitimidad del *common law* y reconoció como único derecho al producido por la autoridad estatal. Así, en un pasaje ilustrador, el filósofo, al respaldar la legislación producida por el Estado, replicaba al estudiante de derecho lo siguiente:

Te concedo que el conocimiento del derecho es un arte; pero no el arte de cualquier hombre, ni de muchos sin importar lo sabio que sean; el derecho tampoco es el producto de uno o más artífices, sin importar lo perfecto que sea el derecho. No es la sabiduría, sino la autoridad lo que hace al derecho. También es oscura la expresión razonamiento legal (*legal reason*) porque no hay más razón entre las creaturas terrestres que la razón humana. Sin embargo, supongo lo que esas palabras quieren decir: que la razón del juez o de todos los jueces reunidos sin el rey son la razón suprema (*suma ratio*) y el derecho verdadero: esto lo niego porque nadie puede crear una ley salvo quien posee el poder legislativo. Es manifiestamente falso que el derecho haya sido perfeccionado por hombres instruidos y graves como los profesores de derecho; esto es así porque todas las leyes de Inglaterra han sido hechas por su Rey consultándolas con la nobleza y los integrantes del parlamento, de los cuales ni uno de los veinte era un abogado estudiado.¹⁰

IV. LA CONSOLIDACIÓN: EL POSITIVISMO ILUSTRADO Y LA CODIFICACIÓN

En su obra, Hobbes no sólo legitimó a la monarquía, forma de gobierno que prefirió sobre otras, sino además constituyó la primera teoría moderna del Estado como fuente primaria del derecho. Además, Hobbes separó con claridad y por primera vez al derecho natural del derecho positivo; la separación definitiva e incluso el rechazo al derecho natural fue realizado por iuspositivistas europeos del siglo XVIII y XIX, concluyendo de manera definitiva con Kelsen en el siglo XX.

⁹ Hobbes, Thomas, *Leviatán*, México, Gernika, 2005, t. 1, p.179.

¹⁰ Hobbes, Thomas, "A dialogue between a philosopher and a Student of de Common Laws of England", en *The English Works of Thomas Hobbes of Malmesbury: Now first collected and edited by Sir William Molesworth*, Londres, vol. 6, 1840 (la traducción es mía).

El absolutismo monárquico y los abusos de autoridad cometidos por varios reyes a lo largo de los siglos generaron una reacción para controlar a la monarquía que permitieron, durante la ilustración, la elaboración de la teoría de la división de poderes, una concepción moderna sobre los delitos y las penas y una teoría de la representatividad política, todas dirigidas a consolidar el poder estatal bajo formas democráticas o cuasidemocráticas, abandonando paulatinamente a la monarquía como forma de gobierno. Por su importancia para el positivismo y la consolidación del legislador como fuente primaria del derecho, me detengo en Montesquieu en lo relativo a la división de poderes, y en Beccaria para la construcción moderna del derecho penal, ambos autores de la Ilustración del siglo XVIII.

Una vez expuesta su teoría de la división de poderes cuando examina a la Constitución de Inglaterra, Montesquieu consideró que el juez en su interpretación de la ley debía evitar cualquier tipo de extralimitación del texto legal. La teoría de la división de poderes, en estricto sentido, obligaba al juez a sujetarse al texto de la ley y respetar lo dispuesto por el legislador como productor de la norma jurídica específica. Al examinar en el capítulo undécimo del *Espíritu de las leyes* la actividad de los tres poderes, Montesquieu, además de pronunciarse por un origen popular de los jueces, en concordancia con una teoría de la representatividad, señaló que el juez debía subordinarse a la ley; de otra manera se viviría en permanente estado de inseguridad jurídica:

El poder judicial no debe dársele a un senado permanente, sino ser ejercido por personas salidas de la masa popular, periódica y alternativamente designada de la manera que la ley disponga, las cuales formen un tribunal que dure poco tiempo, el que exija la necesidad... Pero si los tribunales no deben ser fijos, los juicios deben serlo; de otra manera que no sean nunca otra cosa que el texto preciso de la ley. Si fueran nada más que una opinión particular del juez se viviría en sociedad sin saberse exactamente cuáles son las obligaciones contraídas.¹¹

El principio de sujeción del juez a las leyes y al legislador quedó expresado de manera más contundente por Beccaria. Extendiendo el razonamiento del contrato social a la determinación de las penas, Beccaria declaró el principio de estricta sujeción a la ley para la determinación de las penas por parte de los jueces, quienes por ningún motivo decretarían penas mayores a las dispuestas por el legislador. Para Beccaria, las personas aceptaban el contrato social, entre otras razones, porque tenían certeza de las penas

¹¹ Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, México, Porrúa, p. 105.

establecidas por los jueces, quienes carecían de cualquier libertad para imponer penas mayores:

La primera consecuencia de estos principios es que solo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador que representa toda la sociedad unida por el contrato social: ningún magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad. Pero una pena que sobrepase el límite señalado por las leyes contiene en sí la pena justa más otra adicional, por consiguiente, ningún magistrado bajo pretexto de celo o de bien público puede aumentar la pena establecida contra un ciudadano delincuente.¹²

Más aún, tampoco a los jueces penales competía la capacidad de interpretar las leyes penales, por la sencilla razón de que no eran legisladores. Además, señaló Beccaria, las interpretaciones judiciales estaban sujetas a las circunstancias temporales de los jueces y magistrados o, incluso, a sus cambiantes estados de ánimo y temperamento. Para Beccaria, nada había tan claro como la certeza de la ley, y nada tan confuso como buscar el sentido de la norma en el “espíritu de la ley”:

Cuarta consecuencia. Tampoco la autoridad de interpretar las leyes penales puede residir en los jueces criminales, por la misma razón de que no son legisladores...

En todo delito el juez debe hacer un silogismo perfecto: la mayor debe ser la ley general, la menor la acción conforme o no a la ley, la consecuencia, la libertad o la pena. Cuando el juez por fuerza o voluntad quiere hacer más de un silogismo, se abre la puerta a la incertidumbre.

No hay cosa tan peligrosa como aquel axioma común que propone por necesario consultar el espíritu de la ley. Es un dique roto al torrente de las opiniones... Cada hombre tiene su punto de vista, y cada hombre en diferentes momentos tiene uno diverso. El espíritu de la ley sería, pues, la resulta de la buena o mala lógica de un juez, de su buena o mala digestión; dependerá de la violencia de sus pasiones, de la flaqueza del que sufre, de las relaciones que tuviese con el ofendido y de todas aquellas pequeñas fuerzas que cambian las apariencias de los objetos en el ánimo fluctuante del hombre. Vemos así que la suerte de un ciudadano cambia con frecuencia al pasar por distintos tribunales, y ser las vidas de las miserables víctimas de falsos raciocinios o del actual fermento de los humores de un juez... Vemos pues los mismos delitos

¹² Beccaria, Cesare, *Tratado de los delitos y de las penas*, Universidad Carlos III de Madrid, Serie Legal History, 2015, p. 21.

diversamente castigados por los mismos tribunales en diversos tiempos, por haber consultado no la constante y fija voz de la ley, sino la errante inestabilidad de las interpretaciones.

A la Escuela Histórica del derecho en Alemania de finales del siglo XVIII y principios del XIX, cuyo máximo exponente fue Savigny, se debe un embate sin precedentes en contra del derecho natural. Sin extenderme por razones de espacio, Savigny, en su obra intitulada *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho*, resaltaba el sentido de la tradición jurídica alemana y la individualidad del pueblo como productor del derecho, ubicado siempre en un contexto histórico preciso y particular. La apelación a la tradición histórica del pueblo como productor de normas jurídicas constituyó un duro golpe al derecho natural, cuya enseñanza se sustentaba en la racionalidad universal del ser humano rechazada por Savigny en favor de la particularidad de la nación y su pueblo:

Pero esta conexión orgánica del derecho con el modo de ser y el carácter del pueblo se confirma en el transcurso del tiempo, aspecto en el que también puede compararse con el lenguaje. Lo mismo que para éste, para el Derecho tampoco hay ningún momento de pausa absoluta: el derecho está sometido al mismo movimiento y a la misma evolución que todas las demás tendencias del pueblo, e incluso esta evolución está regida por la misma ley de necesidad interna que aquel fenómeno más temprano. El derecho, pues, sigue creciendo con el pueblo, se perfecciona con él y finalmente muere al perder el pueblo su peculiaridad.¹³

Si la crítica a la universalidad del derecho natural del historicismo alemán preparó el terreno para el positivismo moderno, los hechos históricos específicos de su fundación acaecieron con el gran movimiento de la codificación surgido en Europa y América a finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX; éste abarcó desde la creación de las Constituciones de los Estados nacionales americanos y europeos hasta los movimientos de codificación de sus legislaciones civiles y penales, iniciando con el Código Napoleónico. Este movimiento racionalista tuvo como propósito ubicar todas las normas de una disciplina en un solo libro. Las Constituciones colocarían todas las normas supremas y fundamentales del Estado en el documento llamado Constitución; por su parte, los códigos civiles ubicarían a la totalidad de esta disciplina en un solo libro. Es imposible, en este espacio, extenderme

¹³ Savigny, Friedrich Carl von, *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho*, España, Universidad Carlos III de Madrid, Serie Legal History, p. 20.

en la extensa narración requerida para examinar, aunque fuera parcialmente, el fenómeno de la codificación; baste señalar que el mismo significó el reconocimiento definitivo del Estado y sus legisladores como únicos creadores de las normas jurídicas.

Los representantes del Estado, reunidos en una asamblea constituyente o en un órgano legislativo ordinario que promulgaban respectivamente la Constitución y las leyes ordinarias, fueron confirmadas como fuentes únicas y primarias del derecho. Con la codificación estatal como hecho histórico, el derecho natural desapareció como fuente de derecho o de interpretación judicial, salvo cuando fuera precisamente integrado por el legislador. La constitucionalización de las leyes fundamentales y el proceso de codificación del derecho civil y penal fue un fenómeno ilustrado cuya pretensión racionalista radicó en considerar factible sistematizar en un solo libro las leyes fundamentales del Estado o todo el derecho común. La codificación como un fenómeno propio de la tradición jurídica de Occidente no acaeció en todos sus países; por ejemplo, en los países anglosajones tuvo lugar de manera parcial, o bien fue inexistente.

Para Bobbio, el fenómeno de la codificación fue importante para el positivismo, por las siguientes razones: *a)* los códigos sirvieron como una especie de manuales especializados donde los juristas buscaban resolver todas o la mayoría de los principales problemas jurídicos que enfrentan; en efecto, cuando existe una Constitución o un código, los juristas buscan solucionar las controversias de derecho consultando estas fuentes e ignorando total o parcialmente otras, como el derecho natural; *b)* operó un argumento de autoridad para la producción del derecho; es decir, se consideró a la voluntad del constituyente o del legislador ordinario como dotados de legitimidad y autoridad suficientes para dictar las normas; *c)* la producción centrada de normas en los órganos legislativos obligó a los juristas a pensar en la teoría de la separación de poderes y, en consecuencia, a considerar al juez como boca de la ley y nunca como productor de normas jurídicas; de otra manera invadiría la esfera de competencia del legislador; *d)* los códigos proporcionaron certeza jurídica, al disponer un cuerpo de leyes estables para regular las relaciones sociales y resolver las controversias; de otra manera, la decisión de un juez sería arbitraria y los ciudadanos carecerían de cualquier posibilidad de prever el resultado de las deliberaciones judiciales.¹⁴

En favor de la codificación se pronunció la Escuela de la Exégesis en Francia durante el siglo XIX como consecuencia de la aparición del código napoleónico. La codificación favoreció la identificación del derecho y la cer-

¹⁴ Bobbio, Norberto, *op. cit.*, pp. 92-94.

teza jurídica; también fomentó el culto a la ley y el estatismo jurídico, como lo identificó Julien Bonnetcase, uno de los principales exponentes de esta escuela, quien en su *Tratado elemental de derecho civil* presentó las características principales de la escuela exegetica:

No es muy difícil presentar un resumen de los rasgos distintivos de la doctrina exegetica; estos son 1. El culto al texto de la ley; 2. El predominio de la intención del legislador en la interpretación del texto legal; 3. El carácter profundamente estatista de dicha doctrina; 4. Su carácter ilógico y paradójico en cuanto a la existencia y función de la noción de derecho; 5. El favor de la escuela por el argumento de autoridad.¹⁵

De esta manera, los integrantes de la Escuela de la Exégesis pugnarón por lo siguiente: *a)* desconocieron la importancia que el derecho natural tuvo en Occidente durante dos milenios, al considerar como única fuente jurídica al derecho positivo; para ellos, el derecho natural fue relevante sólo cuando era incorporado al derecho positivo; *b)* construyeron una postura rígidamente estatista de las fuentes del derecho, es decir, sólo son normas jurídicas las producidas o reconocidas por el Estado mediante el principio de la omnipotencia del legislador, lo cual además de negar el derecho natural como fuente del derecho, también implicaba la negación de cualquier otro tipo de derecho positivo, como es el derecho consuetudinario, el judicial y el científico; *c)* cualquier interpretación, incluidas las interpretaciones judiciales, significaban *buscar la intención del legislador*, es decir, si el único derecho válido era el producido por el legislador, sus intérpretes deberían precisar la voluntad del legislador cuando del texto de la norma no se desprenda de inmediato su significado y alcances; *d)* respeto al argumento de autoridad, y para los efectos de la producción jurídica, la autoridad suprema era el legislador.¹⁶ Como señala Bobbio, el recurso al argumento de autoridad, practicado hasta nuestros días, es un principio de la mayor importancia para la profesión jurídica; no se debe a un mal hábito de los juristas o a una mentalidad anclada en una “fase precientífica”, sino a la propia naturaleza del derecho como técnica de organización social que establece de manera vinculante para las personas lo que es lícito o ilícito; esto hace necesario atribuir a una persona la facultad de determinar la licitud de los comportamientos sociales de manera que su determinación no sea puesta en duda, y esta persona es precisamente el legislador.¹⁷

¹⁵ Bonnetcase, Julien, *Tratado elemental de derecho civil*, México, Harla, 1997, p. 45.

¹⁶ Bobbio, Norberto, *op. cit.*, pp. 99-102.

¹⁷ *Ibidem*, p. 102.

El proyecto racionalista ilustrado en favor de la codificación, la certeza jurídica y la identificación precisa de las normas tuvo en Jeremías Bentham a uno de sus principales exponentes a principios del siglo XIX. Bentham presentó un alegato contra del *common law* británico por la inseguridad que producía en las resoluciones judiciales, su retroactividad y la contradicción del principio democrático propio de la ley producida por un cuerpo legislativo. Una de sus principales críticas al *common law* era sobre su naturaleza de derecho no escrito, lo cual permitía a los jueces una gran discrecionalidad en el momento de emitir sus resoluciones; esto, con independencia de los intereses a los cuales obedecían los jueces para inclinar la balanza del lado de sus favorecidos y, en ocasiones, su franca corrupción al vender y retrasar injustificadamente sus resoluciones. En lugar de derechos, para Bentham el *common law* proporcionaba a los británicos “puras ilusiones”, mientras debían soportar castigos impuestos por los jueces que eran “tristes realidades”.¹⁸ La única forma de resolver este problema era contar con un código escrito que proporcionara a los británicos la certeza respecto de sus derechos y deberes. Así lo expresó en una petición elaborada al gobierno y a los ciudadanos para redactar un código:

Tenemos necesidad de un código, con sus respectivas secciones, del cual podamos aprender, cada uno de nosotros mediante su lectura o la lectura que hagan del mismo, cuáles son los derechos y las obligaciones pertinentes en cada ocasión.

La elaboración de este documento jurídico, en efecto, sólo puede ser producto del tiempo. De esto somos completamente conscientes. Pero entre más pronto comencemos, más temprano lo terminaremos; y mientras más difiramos su inicio, más difícil será su elaboración final.¹⁹

Otro autor británico que estuvo a favor de la codificación y contribuyó de manera significativa al positivismo decimonónico fue Austin, jurista británico y profesor de la Universidad de Londres, quien concluyó su formación en Alemania. Entre las aportaciones de Austin destacó la relativa a su concepción del derecho positivo, el cual distinguió en un primer lugar del derecho natural y después de las leyes morales.

Austin distinguió entre diferentes leyes: las leyes naturales, las leyes morales y las leyes positivas; sólo estas últimas eran objeto del estudio del de-

¹⁸ “Thus, while the right, we are bid to be grateful for are mere illusions, the punishments we are made to undergo are sad realities”.

¹⁹ Bentham, Jeremy, “Justice and Codification Petitions”, en *The Works of Jeremy Bentham*, publicados por John Bowring, Londres, Simpkin Marshall & Co., 1843, vol. V, p. 547 (la traducción es mía).

recho o de la ciencia jurídica (*jurisprudence* es el término usado por Austin). El derecho natural estaba conformado por leyes naturales, que eran leyes divinas relacionadas con la esfera religiosa. En contraste, las leyes humanas eran positivas o morales; las primeras eran aquellas emanadas de una autoridad superior y legítimamente constituida, consistentes en mandatos obligatorios emitidos por la autoridad superior a otros sujetos en posición de subordinación, obedecidas coactivamente por la persona ubicada en una posición de subordinación; esta relación de supra-subordinación es la existente entre un gobernado y un gobernante. Por el contrario, aunque también son leyes humanas, las leyes morales carecían de esta relación de supra-subordinación y eran mandatos emitidos entre personas ubicadas en un mismo nivel jerárquico.²⁰ De esta manera, al iniciar su curso de jurisprudencia, Austin definió el objeto y los alcances de su materia de estudio de la siguiente forma:

La materia del derecho es la ley positiva. Esta ley, en sentido estricto y llano, es ley establecida por las autoridades políticas superiores a las políticamente inferiores...

De las leyes o conjunto de reglas establecidas por los hombres para los hombres, algunas de ellas son establecidas por personas colocadas en una posición políticamente superior, leyes provenientes de personas ubicadas en una posición de soberanía sobre otras ubicadas en una posición de sujeción; por personas que ejercen el gobierno de manera suprema y sobre otras subordinadas al mismo, en naciones o sociedades políticamente independientes. El agregado de las reglas así establecidas, o una parte de ese agregado, es la materia propia del derecho, general o particular. Pero a diferencia del derecho natural o la ley de la naturaleza (significando por esas expresiones, la ley de Dios), el agregado de las reglas establecidas por los poderes políticamente superiores es denominado con frecuencia ley positiva y derecho positivo, o ley que existe por posición.²¹

Austin resolvió el problema de la certeza jurídica señalando que el estudio del derecho sólo debía comprender el derecho positivo creado por las autoridades facultadas para tal efecto; el derecho natural y las leyes morales no eran materia del estudio de la ciencia del derecho o de la jurisprudencia. Con otros argumentos y continuando la crítica al *common law*, Austin

²⁰ Austin, John, *Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law*, Londres, 3a. ed., revisada y editada por Robert Campbell, John Murray y Albemarle Street, 1869, pp. 171-176.

²¹ Austin, John, *The Province of Jurisprudence*, Londres, John Murray y Albemarle Street, 1832, pp. 1 y 2 (la traducción es mía).

distinguió entre el derecho legislativo y el derecho judicial producido por los jueces, formulando así una severa crítica a este último con base en las siguientes razones: *a)* el derecho judicial era menos accesible de conocer y poseía una menor ponderación que el derecho legislativo; *b)* el derecho judicial era producido *ex post facto*, es decir, aplicado de manera retroactiva por los jueces; *c)* el derecho judicial era impreciso, disperso e incoherente, esto debido a la enorme dificultad implicada en revisar los documentos producidos en un juicio y el enorme problema existente para extraer de una sentencia una regla general; *d)* era extremadamente complicado en el derecho judicial identificar las normas válidas, porque los jueces emiten diferentes resoluciones en casos semejantes, o porque los contextos valorados por los jueces en un caso no siempre podían ser aplicados a otros.

De esta manera, los juristas de la Ilustración europea consolidaron el positivismo moderno hacia finales del siglo XIX. La búsqueda de una mayor certeza jurídica como uno de los objetivos esenciales del iuspositivismo poseyó, antes de Kelsen, las siguientes características esenciales: *a)* el reconocimiento del Estado como única fuente de producción normativa; *b)* la aceptación del dogma de la omnipotencia legislativa y de la ley como proyecto racionalista para modificar a la sociedad; *c)* el abandono del derecho natural; *d)* el movimiento en favor de la codificación; *e)* la crítica al derecho judicial y al *common law*.

V. LA SISTEMATIZACIÓN: HANS KELSEN, EL ORDEN NORMATIVO Y LA CIENCIA DEL DERECHO

Sobre estas bases, Kelsen depuró el trabajo de los positivistas que le precedieron elaborando una teoría del derecho. Kelsen no sería un continuista de la tradición positivista de los siglos XVIII y XIX, sino el más importante renovador del iuspositivismo conforme al contexto de la primera mitad del siglo XIX. Rebasa los objetivos del presente trabajo realizar una síntesis de la teoría kelseniana; sin embargo, me concentraré solamente en los principales puntos que permitieron a Kelsen renovar el objetivo de la certeza jurídica perseguida por el positivismo: 1) la identificación del Estado con el derecho; 2) la ubicación del derecho dentro del campo científico; 3) la continuación del debate contra el iusnaturalismo.

En lo relativo al reconocimiento del Estado como única fuente de producción normativa, Kelsen propuso la identificación del Estado con el derecho. Si para los positivistas de las generaciones anteriores era primordial reconocer al Estado como fuente primaria de producción normativa, Kelsen

elaboró una teoría de la autoridad del Estado como fuente de producción jurídica mucho más sofisticada. Ésta es una teoría formal de la autoridad, la cual se resume señalando que la autoridad es aquella facultada para expedir normas jurídicas. Para Kelsen, el derecho válido es aquel producido por los agentes del Estado formalmente facultados para su producción; estas facultades le son atribuidas por un sistema escalonado de normas, donde en la cúspide se encuentra la Constitución. Así, el legislador es una autoridad porque produce leyes generales, mientras las autoridades administrativas y los jueces son formalmente productores de normas jurídicas concretas, cuando aplican las leyes o emiten sentencias, respectivamente. Más aún, todas estas normas forman un orden jurídico o sistema de normas jurídicas particulares que definen las características del orden normativo nacional o estatal; así, el Estado es un sistema normativo. En atención a la característica coactiva de las normas jurídicas, cualquier Estado puede definirse como un sistema de normas coactivas:

Pero una vez reconocido —como lo ha hecho la teoría jurídica pura— que el Estado es un orden coactivo de la conducta humana; y una vez demostrado —como lo ha hecho también aquella teoría— que este orden coactivo no puede ser un orden diferente del jurídico, porque en una comunidad no hay ni puede haber sino un solo orden coactivo constitutivo de la misma, demuéstrese también que toda manifestación vital del Estado, todo “acto estatal” tiene que ser un acto jurídico: pues ninguna acción humana puede ser calificada de acto estatal sino sobre la base de una norma jurídica, en virtud de la cual, por otra parte, imputase dicha acción al Estado, es decir, a la unidad del orden jurídico; y se demuestra, en fin, que el Estado como persona no es otra cosa que la personificación del orden jurídico, y que el Estado como poder no es sino la eficacia de dicho orden. De ese modo, el dualismo de Estado y derecho desaparece...²²

La identificación del derecho con el Estado acarreó a Kelsen agudas críticas sobre su supuesto estatismo-autoritario, incorrectas porque ignoran que esa identidad es meramente formal, y porque Kelsen nunca se refirió al contenido político e ideológico de esas normas. En otras palabras, formalmente un Estado se identifica con el orden normativo por dos razones principales: primero, porque el sistema coactivo de normas es producido por los órganos estatales facultados para tal efecto y, segundo, porque el Estado está sujeto a ese mismo orden normativo. Si se prefiere, un acto de

²² Kelsen, Hans, *La teoría pura del derecho. El método y los conceptos fundamentales*, México, Colofón, 2019, pp. 93 y 94.

autoridad es estatal siempre y cuando sea realizado o ejecutado conforme a los procedimientos formales establecidos por ese mismo Estado, lo cual es independiente de las características políticas o ideológicas de ese acto. La identidad del Estado con el derecho propuesta es una continuidad del argumento de autoridad esgrimido por la tradición iuspositivista y existente en el iusnaturalismo sobre bases filosóficas distintas. Una cosa distinta es identificar al Estado como democrático o autoritario, lo cual depende del contenido político-ideológico de las normas, y no del derecho mismo ni de sus fuentes de producción jurídica. Igualmente sucede con la identificación como Estado capitalista o socialista, lo cual depende de su política económica específica y no del derecho como sistema de normas coactivo.

En segundo lugar, Kelsen realizó, como ninguno de sus antecesores iuspositivistas, el mayor esfuerzo por ubicar al derecho dentro del dominio de las ciencias, algo nunca intentado en la historia del positivismo jurídico con los alcances y pretensiones cientificistas kelsenianas. Para empezar, Kelsen dividió a las ciencias entre ciencias causales y ciencias normativas, ubicando al derecho en este último campo. Kelsen afirmó que las primeras aspiran a adquirir un conocimiento de los hechos y acontecimientos fácticos mediante la identificación de las causas, es decir, de la causa y su consecuente efecto; entre estas ciencias se encuentran, por ejemplo, la física, la biología o la fisiología; cuando las conductas humanas son estudiadas mediante la identificación de sus leyes causales, aparecen las ciencias sociales, como la psicología, la sociología o la etnología, las cuales buscan explicar las conductas humanas identificando sus relaciones de causa y efecto. Aunque estas últimas pertenecen a las ciencias sociales, son ciencias causales de la misma especie que la biología, según Kelsen. Por su parte, las ciencias normativas ignoran el principio de causalidad y aplican el principio de imputación; explican las conductas humanas no como se desarrollan en el orden fáctico o de la naturaleza, sino en relación con las normas que prescriben cómo se deben desenvolver esas conductas; entre las ciencias normativas están la ética y el derecho.²³

En las ciencias causales o de la naturaleza el principio de causalidad implica que “si la condición A se realiza, la consecuencia B se producirá”; aquí, la condición es una causa y la consecuencia, su efecto; además, no interviene voluntad humana ni sobrehumana en la realización de esta última; este principio se podría enunciar de la siguiente forma: si se calienta un metal, éste se dilata. En contraste, el principio de imputación de las

²³ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho*, trad. de la 1a. ed., de 1934, México, Fontamara-Ediciones Coyoacán, 2019, pp. 24 y 25.

ciencias normativas indica que “si la condición A se realiza, la consecuencia B debe producirse”, y aunque la consecuencia no se produzca siempre, sí interviene un acto humano; se puede enunciar de la siguiente manera: quien comete un homicidio debe ser sancionado con pena de prisión; éste es claramente el mundo del derecho.²⁴

Al derecho como ciencia normativa le corresponde el estudio de las normas jurídicas, ni más ni menos; en otras palabras, el conocimiento jurídico se dirige al conocimiento de las normas y de su agrupación en un sistema normativo que confieren el carácter de actos jurídicos o antijurídicos a determinadas conductas humanas:

En cuanto se determina el derecho como norma (o, más precisamente, como un sistema de normas, como un orden normativo), y se limita la ciencia jurídica al conocimiento y descripción de normas jurídicas y de las relaciones que ellas constituyen entre los hechos por ellas determinadas, se acota el derecho frente a la naturaleza, y a la ciencia del derecho, como ciencia normativa, frente a todas las demás ciencias que aspiran a un conocimiento por leyes causales de los acontecimientos fácticos. Así se logra por fin un criterio seguro, para separar unívocamente la sociedad de la naturaleza y a la ciencia social de la ciencia natural.²⁵

Ahora bien, aquí Kelsen cometió un acierto y un error. Mientras la ubicación del derecho dentro de las ciencias normativas fue correcta, así como la delimitación de su objeto de estudio, en contraste, la definición de las ciencias naturales como ciencias causales es una definición mecanicista obsoleta en las condiciones actuales del desarrollo científico y de la filosofía de la ciencia contemporánea, incluso, desde el momento de su formulación. En efecto, desde 1934, cuando Kelsen publicó la primera edición de la *Teoría pura del derecho* y donde separó las ciencias entre causales y normativas, la ciencias de la naturaleza como ciencias causales era una noción que comenzaba a ser abandonada rápidamente, principalmente por los descubrimientos de la física, la crítica a la mecánica clásica, el desarrollo de la teoría cuántica de Max Planck (1900), la teoría de la relatividad de Einstein (1905) y la teoría del átomo de Niels Bohr (1913), los cuales tendrían efectos revolucionarios sobre el desarrollo de la ciencia y del pensamiento contemporáneo. Ahora bien, la decimonónica definición de la ciencia expuesta por Kelsen fue un error que no afecta a la ubicación del derecho dentro de las

²⁴ *Ibidem*, pp. 26 y 27.

²⁵ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. de la 2a. ed. de 1960, México, Porrúa, 2019, p. 89.

ciencias normativas. Extraña paradoja, Kelsen sería criticado por su posición causalista respecto de las ciencias naturales que contaminó su preciso señalamiento de que las normas jurídicas son el objeto de conocimiento de la ciencia del derecho.

VI. LA CRISIS: LA POSGUERRA Y LA RELATIVIZACIÓN DE LA CERTEZA JURÍDICA A PRINCIPIOS DEL SIGLO XXI

En general, el positivismo jurídico y la obra de Hans Kelsen enfrentaron una crisis durante el último tercio del siglo XX proveniente de tres poderosos frentes: el primero fue el surgimiento del derecho internacional de los derechos humanos; segundo, el formidable desarrollo de la filosofía política moral producido a partir de la publicación de la *Teoría de la justicia* (1971) de John Rawls; tercero, la notable renovación de la filosofía iusnaturalista en la esfera anglosajona y latinoamericana de los últimos treinta años, con autores como Ronald Dworkin con *Los derechos en serio* (1977) y John Finnis con *Ley natural y derechos naturales* (1980).²⁶ Los tres frentes constituyeron una renovación del debate histórico del iusnaturalismo frente al iuspositivismo, ante el cual este último estaba en evidente desventaja después de la debacle humanitaria de la Segunda Guerra Mundial. En efecto, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) promulgada por la Asamblea General de las Naciones Unidas y el posterior desarrollo de los derechos humanos en convenios internacionales dieron pauta para el desarrollo doctrinal de estos derechos vinculados a diversas escuelas éticas, kantianas, aristotélico-tomistas y de otras diversas influencias. Ante semejante reto intelectual, después de Kelsen y Alf Ross (este último, discípulo de Kelsen), el iuspositivismo careció de teóricos para desarrollar una nueva teoría que se adaptara al contexto generado por los derechos humanos e hiciera frente a la crítica iusnaturalista y de filosofía política moral.

A lo anterior, también contribuyó el desafortunado debate de Kelsen en contra del iusnaturalismo contenido en su libro *¿Qué es la justicia?*.²⁷ En este breve ensayo, y en su afán de criticar lo que denomina “el absolutismo iusnaturalista” (la necesidad de una norma de conducta justa con validez absoluta), se declaró relativista moral, e hizo una investigación excesiva-

²⁶ Una completa exposición sobre el desarrollo del derecho natural contemporáneo se encuentra en Saldaña, Serrano, Javier, *Derecho natural. Tradición, falacia naturalista y derechos humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.

²⁷ Kelsen, Hans, *¿Qué es la justicia?*, Barcelona, Ariel, 1992.

mente general de la filosofía política moral y, en particular, de pensadores como Aristóteles y Kant. Esta obra ampliamente divulgada nada aportó a su *Teoría pura del derecho* ni a su debate en favor del constitucionalismo democrático; por el contrario, le abrió un frente vulnerable por la superficialidad de su análisis histórico del iusnaturalismo.²⁸ Apareció, además, cuando el relativismo moral era superado por desarrollos teóricos como el John Rawls, quien en su *Teoría de la justicia* abrió la época dorada de la filosofía política-moral contemporánea.²⁹ Paradójicamente, ambos libros aparecieron publicados en 1971.

La desafortunada consecuencia de la crisis del positivismo a finales del siglo XX fue el debilitamiento de la certeza jurídica, provocada por la proliferación de una gran variedad de supuestas fuentes productoras de normas, en su mayoría de carácter político. Esto provocó una corriente antiilustrada y antipositivista que busca derechos positivos donde no existen. Esto debe incentivar al iuspositivismo a renovar su análisis de los derechos, ya que estamos en un punto del debate jurídico donde es imposible mantener la estricta división entre el positivismo jurídico y los derechos humanos como derechos inherentes e inalienables. La crisis humanitaria de la Segunda Guerra Mundial, cuyas consecuencias geopolíticas aún experimentamos, el subsecuente desarrollo de las armas nucleares, el riesgo climático y la transformación tecnológica de los medios de comunicación de principios del nuevo milenio, deberían exhortar al iuspositivismo a desarrollar una teoría que reconozca sin problemas metodológicos los derechos inherentes del ser humano.

Además, los órganos representativos deberían proceder, mediante un ejercicio democrático, racional y equilibrado, a la positivización de varios derechos humanos aún pendientes de consagrar en tratados internacionales. En efecto, aunque el Estado sigue siendo la fuente primordial de producción de normas positivas al interior del Estado nación, el derecho internacional se agregó como otra más. Al respecto, se debe tener presente que los derechos desarrollados por una parte de la doctrina o aquellos promovidos por algunos organismos de la sociedad civil no siempre se refieren a derechos jurídicos, muchas veces son sólo derechos presupuestos, como los definió Kelsen; es decir, derechos que carecen de positividad y obligatoriedad.

En síntesis, la búsqueda por la certeza jurídica, preocupación central de Kelsen y de la tradición positivista, sobrevive como tema fundamental

²⁸ Kelsen, Hans, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Madrid, 1988.

²⁹ Rawls formula una certera crítica al relativismo moral en los numerales 7 y 8 del primer capítulo de *Teoría de la justicia*; véase Rawls, John, *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006, pp. 44-54.

de la teoría del derecho. Sin embargo, esta certeza se encuentra en riesgo de naufragar frente a la politización del discurso de los derechos acaecido en los últimos años; en efecto, la identificación y exigencia de derechos inexistentes en normas jurídicas nacionales o internacionales que los reconozcan pone en peligro los principales logros de los derechos humanos, al relativizarlos y generar inseguridad jurídica respecto de sus alcances. La certeza jurídica debería ser una preocupación no sólo del positivismo, sino de los juristas ocupados por los derechos inherentes al ser humano.

Mediante la adopción de los convenios internacionales de derechos humanos realizada en los últimos sesenta años, entramos en una nueva etapa de la ciencia jurídica, donde el positivismo deberá convivir con estos derechos. Comparaciones guardadas por tratarse de contextos históricos diferentes, el iuspositivismo y el iusnaturalismo podrían volver a convivir como ocurrió en los inicios de nuestra tradición jurídica, cuando el *Corpus Iuris Civilis* constituyó el denominado derecho común imperante durante la baja Edad Media en Europa, y ambos derechos eran reconocidos como fuentes jurídicas. Esta dualidad fue extinguida por los iuspositivistas ilustrados que emprendieron el asedio del derecho natural para construir a los Estados nacionales, cuyo modelo se agotó parcialmente en la posguerra y la subsecuente aparición del derecho internacional de los derechos humanos. Así, los derechos humanos, una vez positivizados en fuentes internacionales, podrían significar la antesala del orden jurídico internacional que coordine a los sistemas jurídicos estatales, como vislumbró Kelsen en sus reflexiones sobre el derecho internacional.

CONTRA EL SINCRETISMO: EL LEGADO DE HANS KELSEN EN LA DELIMITACIÓN DISCIPLINAR DE LA CIENCIA DEL DERECHO

Josefa Dolores RUIZ RESA*

SUMARIO: I. *Introducción: la pureza metodológica según la obra de Kelsen y las paradojas que invitan a reconsiderarla.* II. *Sobre el sincretismo, paradigmas y disciplinas.* III. *La teoría pura del derecho como propuesta contra el sincretismo metodológico de los juristas.* IV. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN: LA PUREZA METODOLÓGICA SEGÚN LA OBRA DE KELSEN Y LAS PARADOJAS QUE INVITAN A RECONSIDERARLA

En las primeras páginas de su *Teoría pura del derecho* (*Reine Rechtslehre*) (edición revisada de 1960), Kelsen aclaraba a qué se refería con tal expresión:

La Teoría Pura del Derecho ofrece una teoría sobre el derecho positivo... también una teoría de la interpretación... Al caracterizarse como una doctrina “pura” con respecto del derecho, lo hace porque quiere obtener solamente un conocimiento orientado hacia el derecho y porque desearía excluir de ese conocimiento lo que no pertenece al objeto precisamente determinado como jurídico. Vale decir: quiere liberar a la ciencia jurídica de todos los elementos que le son extraños. Este es su principio fundamental en cuanto al método. Pareciera tratarse de algo comprensible de suyo. Sin embargo, la consideración de la ciencia jurídica tradicional, tal como se ha desarrollado en el curso de los siglos XIX y XX, muestra claramente qué lejos esa ciencia ha estado de satisfacer la exigencia de pureza. En manera enteramente acrítica, la jurisprudencia se ha confundido con la psicología y la sociología, con la ética y la teoría política. Esa confusión puede explicarse por referirse esas ciencias a

* Profesora titular de Filosofía del Derecho del Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Granada. Contacto: jruizr@ugr.es.

objetos que, indudablemente, se encuentran en estrecha relación con el derecho. Cuando la Teoría pura del derecho emprende la tarea de delimitar el conocimiento del derecho frente a esas disciplinas, no lo hace, por cierto, por ignorancia o rechazo de la relación, sino porque busca evitar un *sincretismo metódico* que oscurece la esencia de la ciencia jurídica y borra los límites que le traza la naturaleza de su objeto.¹

Esa intención de evitar el sincretismo metódico en la ciencia jurídica es una de las razones principales que le llevan a postular la pureza metodológica en la ciencia jurídica, a presentarla, pues, como una *teoría pura*. La lucha contra el sincretismo metódico de la ciencia del derecho fue, por lo demás, una inquietud presente y persistente en su extensa obra, que ya se detectaba en uno de sus textos más tempranos, *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado (desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica)* (*Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*),² con la que se habilitó en 1911 para la docencia del derecho del Estado (derecho político) y la filosofía del derecho.³ También le siguió en su exilio a Estados Unidos (1940), según se apreciaba, por ejemplo, en el artículo “La teoría pura del derecho y la teoría del derecho analítica” (“The Pure Theory of Law and the Analytical Jurisprudence” [1941]), publicado en la *Harvard Law Review*:

Se llama “pura” porque busca excluir del conocimiento del derecho positivo todos aquellos elementos que le son extraños por aquí o por allá. Los límites de este objeto y su conocimiento, deben quedar claramente fijados en dos sentidos: la ciencia particular del derecho comúnmente llamada jurisprudencia debe ser distinguida de la filosofía de la justicia, por una parte, y de la sociología, o conocimiento de la realidad social, por otra.⁴

Es importante resaltar que cuando Kelsen utiliza la expresión “jurisprudencia”, como ocurre en las citas anteriores, alude al saber típico del derecho usando una expresión que etimológicamente resalta su carácter origina-

¹ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 2a. ed., trad. de Roberto J. Vernengo, México, Porrúa-UNAM, 1991, p. 15.

² El título original en alemán fue *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tubinga, J. C. B. Mohr, 1911. Su segunda edición se tradujo al castellano por Wenceslao Roces y se publicó bajo el título *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado (desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica)*, México, Porrúa, 1987.

³ Robles, Gregorio, “Hans Kelsen: vida y obra”, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, núm. 91, 2014, p. 499.

⁴ La versión de donde se toma la cita es Kelsen, Hans, “La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica”, en Kelsen, Hans, *La idea de derecho natural y otros ensayos*, trad. de Eduardo Coghlan, México, Editora Nacional, 1979, p. 209.

rio de saber práctico. A la distinción entre saberes teoréticos o especulativos y prácticos ya se había referido Platón en *El Político* y Aristóteles en *Ética a Nicómaco* (libro VI, 1138a-1140a). Así, los primeros se ocupan de lo necesario, lo esencial, que se considera como universal y no cambia. En ellos se incluían la filosofía y la ciencia, consideradas a su vez en una relación jerárquica, en la medida en que era la filosofía la que permitía el conocimiento último de las esencias, es decir, de lo que necesariamente es, mientras que la ciencia se ocupaba de las manifestaciones empíricas de esa esencia. En cuanto a los saberes prácticos, estos se ocupan de lo que puede ser de otra forma, es decir, lo cambiante, lo perecedero, e incluye a los saberes emanados de la técnica, el arte y la prudencia: aquí se ubicaba precisamente la moral y, formando parte de aquella, el saber sobre el derecho (jurisprudencia).⁵

Se trata de una dualidad, la que distingue entre saberes teoréticos y saberes prácticos, también organizada jerárquicamente, pues el conocimiento de lo que no cambia se considera más importante que el conocimiento de lo perecedero. No extraña entonces que, para ganar prestigio, se intentara reubicar el saber del derecho en el campo de los saberes especulativos (como también ha ido ocurriendo con los saberes técnicos o artísticos), y al logro de este objetivo se emplea sin duda el iusnaturalismo, primera corriente en la que se detecta un intento serio por presentar el derecho como un objeto cuya esencia inmutable y necesaria la hace merecedora de un estudio teorético o especulativo, sobre el que por lo tanto podría cultivarse alguna forma de ciencia o de filosofía.

La defensa que emprende Kelsen de pureza metodológica para la *jurisprudencia*, esto es, para el saber jurídico, se justifica y se explica en el contexto de sus primeras impresiones como estudiante de derecho, cuando detecta que los juristas no siguen en sus trabajos académicos un método riguroso, sino que mezclan, como recordaba Gregorio Robles, “razonamientos de todo tipo: los normativos o jurídicos, los históricos, los sociológicos, los económicos, los filológicos... los teológicos e incluso los biológicos”.⁶ Precisamente, un saber jurídico bien delimitado como disciplina, respecto de otras disciplinas teorético-especulativas, era justamente lo que aún no se había conseguido, y para solucionarlo, Kelsen propondrá un modelo de saber jurídico como ciencia normativa descriptiva de normas jurídicas: tal será, básicamente, el carácter de su teoría pura del derecho.

Ahora bien, aunque esta propuesta ha sido objeto de numerosos estudios, desarrollos y críticas, no puede decirse que haya tenido demasiada aplicación

⁵ Vega López, Jesús, “Las «ciencias normativas» y la «ciencia del derecho»”, *El Basilisco*, núm. 16, 1999.

⁶ Robles Morchón, Gregorio, *op. cit.*, p. 496.

entre los juristas. Y esto no es sólo debido a las propias carencias del método de la teoría pura, sino también a ciertas inercias que caracterizan el saber jurídico de los juristas y que se manifiestan en una serie de paradojas.

Así, el saber jurídico, al menos en las facultades de derecho europeas —esto es, la ciencia de los juristas que se cultivaba en el ecosistema donde Kelsen se formó y configuró los elementos principales de su propuesta—, apenas se ha apartado de su línea tradicional, representada por una dogmática jurídica de carácter formal-conceptualista y parcelada por una división en tantas ramas como las que se han ido aceptando para los sistemas jurídicos. Sin embargo, y he aquí la primera paradoja, este formalismo no eliminaba la presencia de valores morales, que además se presentaban como intrínsecos al derecho de todo tiempo y lugar, ni resolvía, por lo tanto, el sincretismo que había detectado un joven Kelsen y que la afecta en su conjunto.

Esta situación se debía a la persistencia, en aquel medio académico, del método de saber jurídico ideado por los integrantes del iusnaturalismo moderno o racionalista y que heredan las corrientes del positivismo jurídico. El método en cuestión se basaba en dos formas de abordar el estudio del derecho que, aunque distinguibles, se hallaban anudadas por las tradicionales relaciones jerárquicas entre forma y sustancia, apariencia y esencia. Se trataba de: 1) una teoría general del derecho, que producía conceptos jurídicos abstractos e ideales, presentados como una elaboración *a la manera de los geómetras (more geométrico)*, es decir, siguiendo supuestamente la lógica deductiva, a la manera que lo hacían los geómetras o matemáticos, aunque en realidad llevaba a cabo un análisis-síntesis gramatical sobre textos jurídicos de diversos signos, épocas y valor jurídico, para detectar en ellos básicamente relaciones de género y especie, y 2) una ética jurídica inspirada en el derecho natural cristiano, desde la que se determinaban también características y relaciones esenciales para aquellos conceptos y para la validez del derecho positivo, y a cuyo desarrollo se aplicaban los métodos silogísticos de la teología moral.⁷

Frente a esta fórmula dominante, que hacía seguir dependiendo de la moral al derecho y su saber, la propuesta de Kelsen se dirigía a dotarlo de autonomía, a través de una purificación metodológica que lo diferenciara, al menos, de: 1) los saberes relativos a la ética y a la política, conectados no obstante al derecho por su común origen como saberes prácticos, y 2) el modelo por antonomasia de ciencia positivista de los comportamientos sociales: el representado por la sociología.

⁷ Wieacker, Franz., *Historia del derecho privado en la edad moderna*, Madrid, Aguilar, 1957, pp. 225 y ss.

Pero ocurrió que sus propuestas llegaron, y aquí está la segunda paradoja, en el mismo periodo en que se ahondaba la crisis del paradigma positivista y estaba emergiendo uno nuevo, el llamado paradigma sistémico, ecológico o de la complejidad. Este paradigma apuesta, no por la división disciplinar que se había exacerbado desde el paradigma positivista, entre otras razones, por fomentar una percepción atomista de los objetos de estudio, frente al holismo del paradigma anterior, lo que llevó a una parcelación creciente de los saberes en múltiples disciplinas, y con ello a una pérdida de eficacia en sus respuestas a los problemas del conocimiento. Por el contrario, y a fin de superar las deficiencias generadas por el atomismo, el nuevo paradigma parece traer de vuelta el holismo y, con él, la difuminación de las fronteras entre disciplinas del conocimiento.⁸

En todo caso, y por el momento, esta re-unión disciplinar parece articularse sobre la delimitación de ciertos elementos que deben presidir las investigaciones científicas, también en derecho. Esto responde a una forma de organizar la investigación típicamente positivista, pero que aún persiste, como se detecta en los impresos normalizados de planes de tesis doctorales o solicitudes de financiación de proyectos de investigación o propuestas de artículos o comunicaciones científicas. Se trata del problema y la respuesta o hipótesis de la investigación, el marco teórico en que se plantean, los objetivos epistémicos que se buscan con ella y el método para alcanzarlos.⁹

Pues bien, aunque Kelsen defiende un modelo de ciencia jurídica positivista con su propuesta de teoría pura, no lo hizo de espaldas a la crisis del positivismo científico, sino muy consciente de los nuevos axiomas y postulados que estaban ya conformando al paradigma emergente, como por ejemplo los aportados por la física cuántica. Ahora bien, Kelsen siempre rechazará cualquier forma de sincretismo o eclecticismo que pueda conducir a la disolución de los saberes científicos en el holismo epistémico. No extraña entonces que dedicara tiempo y espacio a la crítica de textos, como *La nueva ciencia de la política* (*The New Science of Politics*), publicada en 1952,¹⁰ obra de un antiguo discípulo suyo, Voegelin, también exiliado a Estados Unidos, como Kelsen: el último por ser de ascendencia judía, laico y

⁸ Sobre estas cuestiones, véase Ruiz Resa, Josefa D., *Innovación docente y nuevas tecnologías: el derecho en la economía del aprendizaje*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

⁹ Ruiz Resa, Josefa D., “La hipótesis en la investigación científico-jurídica”, *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa*, núm. 22, 2020, pp. 135 y 136.

¹⁰ El texto ha visto la luz en 2012, por las gestiones del Instituto Kelsen, y su traducción al español está publicada bajo el título *Religión secular. Una polémica contra la malinterpretación de la filosofía social, la ciencia y la política moderna como “nuevas religiones”*, trad. de Manuel Abella, Madrid, Trotta, 2015.

socialdemócrata; el primero, por haberse aproximado a los austrofascistas, caídos no obstante en desgracia ante los nazis tras la anexión de Austria al III Reich.¹¹

Resulta por tanto injusto, además de otra paradoja, que se atribuya el auge del nazismo a un supuesto formalismo amoral que emana de la propuesta que hizo Kelsen de pureza metodológica para la ciencia del derecho cuando, como resaltaba García Amado,¹² apenas influyó o cambió el signo de las dinámicas académicas de la Europa de su tiempo. Si el comportamiento de los juristas tuvo algo que ver con el auge del nazismo, ése es un asunto en el que nada tiene que ver la teoría pura del derecho.

Todas estas paradojas invitan a la revisión, que recogen las siguientes páginas, del legado de Kelsen en la delimitación disciplinar de saber jurídico como una ciencia positivista autónoma. El objetivo es poner de manifiesto su utilidad para la misma pervivencia de la ciencia del derecho en el contexto actual; es decir, para que no quede indiferenciada de la filosofía moral, la política legislativa, de vuelta al cajón de las prácticas profesionales o engullida entre las ciencias sociales; esta última es, precisamente, la tendencia a la que está abocando la imposición de una estructura de investigación de tipo positivista como la que se ha señalado, por ser aquellas ciencias las que se adaptan mejor a la misma, pero este escenario llevaría también a considerar al derecho sólo en su dimensión de tecnología sociopolítica.

En pos del objetivo señalado, la primera parte del texto se dedicará a explicitar las categorías del análisis de la teoría pura del derecho de Kelsen como propuesta antisincrética, análisis que se abordará en la segunda parte.

II. SOBRE EL SINCRETISMO, PARADIGMAS Y DISCIPLINAS

Sin duda, la propuesta que hace Kelsen de pureza disciplinar para el saber jurídico es uno de los temas más tratados en los estudios sobre su obra. El enfoque que aquí se plantea trata de explorar este asunto desde el espacio epistémico o cognoscitivo en el que Kelsen se sitúa: el de la encrucijada entre

¹¹ La Torre, Massimo y García Pascual, Cristina, “Prólogo. Hans Kelsen, Eric Voegelin y la legitimidad de la modernidad”, en Kelsen, Hans, *Religión secular...*, cit., pp. 12-14. Sobre las peripecias vitales de Voegelin y Kelsen, véase, también, Arnold, Eckhart, “Postfacio”, en Kelsen, Hans, *¿Una nueva ciencia de la política? Réplica a Eric Voegelin*, trad. de J. Etoarena, Buenos Aires, Katz, E. Arnold (ed.), 2006, pp. 251-258.

¹² Sobre estas críticas, véase García Amado, Juan Antonio, “¿Es posible ser antikelseniano sin mentir sobre Kelsen?”, en Montoya Bravo, M. & Montoya Restrepo, N. (eds.), *Hans Kelsen. El reto contemporáneo de sus ideas políticas*, Medellín, Fondo Editorial Universidad EAFIT, 2011.

dos paradigmas, uno en crisis y otro emergente, que postulan formas de relaciones disciplinares diferentes.

En este sentido, tomaremos la clásica definición de paradigma que da Kuhn, a quien cabe atribuir el término para aludir a los supuestos teóricos generales, leyes y teorías para su aplicación, aceptados por los integrantes de una determinada comunidad científica en un periodo de tiempo determinado. En este sentido, el paradigma funge como director y garante del desarrollo de la ciencia normal cuando es aceptado por la comunidad científica, y desempeñará el papel de “norma” del conocimiento científico hasta que una revolución científica lo sustituya por otro.¹³ Esto ocurrirá cuando no sea ya adecuado para resolver los problemas de la humanidad, en un determinado momento.

Dado que la obra de Kelsen se desarrolló en un amplio periodo de tiempo y en contextos académicos muy diversos (el europeo y el americano), no es extraño que su propuesta se extienda entre dos paradigmas:

- 1) Un paradigma en crisis, el positivista, y los esfuerzos por actualizarlo, como el que representó el giro lingüístico analítico, manteniendo sus axiomas y postulados idiosincráticos, según el modelo de las ciencias naturales: racionalismo científico causalista, empirista, atomista y mecanicista, y básicamente orientado hacia objetivos de control del planeta para la apropiación de recursos y producción de riqueza; objetivos identificados a su vez como lo bueno para la humanidad.
- 2) Un paradigma emergente, llamado sistémico, ecológico o de la complejidad, cuyos elementos distintivos confluyen en la defensa de un conocimiento holista que permita, como objetivo fundamental, garantizar la supervivencia de la especie humana como parte de la supervivencia de todo el planeta, lo que se fundamenta en una concepción de los seres humanos como cogniciones encarnadas y situadas, no separadas de su entorno y abocadas por tanto a superar los continuos desafíos a su supervivencia que aquel les plantea, mediante la adaptación/innovación de sus conocimientos.

Muy a menudo los paradigmas se conforman con elementos que se cultivan en disciplinas específicas (por ejemplo, la filosofía, y especialmente la teología, por lo que se refiere al paradigma metafísico de conocimiento, o las ciencias naturales, para el paradigma positivista, por utilizar las clásicas

¹³ Kuhn, Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas*, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1987.

denominaciones sugeridas por Comte).¹⁴ En este sentido, y si bien los paradigmas tienen contornos difusos y su delimitación y caracterización está sometida a discusión, las disciplinas del conocimiento suelen contar con contornos más claros, ya que suelen constituir ámbitos académicos institucionalizados en torno a un conjunto más o menos reconocible y permanente de elementos, tales como un marco teórico-conceptual, métodos y objetivos fundamentales, todo lo cual se delimita, a su vez, en interacción con otros elementos del paradigma dominante en un determinado periodo histórico. Por lo tanto, a la consolidación y mantenimiento de las disciplinas del conocimiento se aplican criterios de calidad epistémica, pero también tecnologías de poder articuladas desde asociaciones científicas, departamentos universitarios, planes de estudios o sistemas de evaluación de la calidad de su investigación, transferencia y transmisión.

Por otra parte, las disciplinas pueden desgajarse o confluir en nuevas disciplinas cuando se producen cambios en el seno del conjunto de elementos que suelen utilizarse para distinguir a unas de otras: básicamente y como se ha dicho, conceptos, métodos y objetivos. Así, por ejemplo, es un clásico considerar que de la primera forma de conocimiento, la filosofía, se derivaron otras disciplinas, de las que a su vez procedieron otras, y así sucesivamente. A ella (la filosofía) se deben, por lo demás, la explicitación de muchos de los procedimientos o métodos del conocimiento cuyo uso especializado fue sirviendo para la delimitación de las nuevas disciplinas.

En todo caso, hay al menos dos distinciones disciplinares básicas en la historia occidental del conocimiento humano, ya aludidas: la que separa entre saberes teóricos y saberes prácticos, y la que separa ciencia y filosofía, dentro de los primeros. Si el paradigma metafísico se caracteriza por el predominio de la filosofía sobre la ciencia, el paradigma positivista se caracterizará por la inversión de esta jerarquía y, por lo tanto, de disciplina modelica.¹⁵ Más específicamente, el saber modelico del paradigma positivista queda identificado con un saber acerca de lo puesto (*positum*), que puede entonces percibirse por los sentidos (apto para el conocimiento sensible). Se erigen entonces, como modelos de toda forma de conocimiento, los métodos empírico-inductivos formalizados mediante las lógicas matemáticas, y los postulados atomistas-mecanicistas-causalistas que venían aplicando y cultivando ciertas disciplinas ocupadas del estudio de la naturaleza.¹⁶

¹⁴ Comte, Auguste, *Cours du philosophie positive*, París, vol. I, 1864.

¹⁵ *Ibidem*, pp. 8-10.

¹⁶ Capra, Fritjof, *El punto crucial. Ciencia, sociedad y cultura naciente*, Barcelona, Integral D. L., 1987.

En todo caso, el carácter especial de los comportamientos humanos, en cuanto no únicamente reconducibles al ámbito de la necesidad, ya que también están presididos por la libertad, llevaría a la distinción entre ciencias naturales y ciencias sociales y, más adelante, a la aparición de un tercer tipo: las ciencias normativas, cuyo objeto lo constituyen las normas y los juicios de valor éticos, estéticos, lógicos, etcétera.

Concretamente, Wundt (1832-1920), filósofo y también psicólogo, reivindicó la existencia de tres tipos de ciencias: las de la naturaleza, las del espíritu, entre las que estaría la filosofía y la psicología, que es a su entender la ciencia del espíritu fundamental, y las llamadas ciencias normativas, entre las que se incluyen la gramática, la ética, la lógica, la estética, la política y la jurisprudencia. Según Wundt, el objeto de las ciencias del espíritu son las acciones humanas, las cuales se muestran como singulares, no constantes ni uniformes, por lo que dificultan que puedan ser explicadas mediante leyes causales generales. Además, las causas de las acciones humanas son “motivos”, por lo que sus leyes son psicológicas; de ahí que la psicología sea para Wundt la principal entre las ciencias del espíritu. Mientras que las ciencias de la naturaleza y las ciencias del espíritu contemplan sus objetos en sus aspectos fácticos, es decir, como hechos o fenómenos, las ciencias normativas lo hacen desde la perspectiva de determinadas reglas o normas.¹⁷

Si el paradigma positivista inspiró estas compartimentalizaciones disciplinares, puede decirse que el paradigma emergente conduce a su difuminación en pos de un conocimiento más holista.

Ahora bien, y en cualquier caso, ¿cómo se pueden considerar las relaciones entre disciplinas? El asunto permite ser abordado teniendo en cuenta el distinto grado de formalización que tiene esta relación.¹⁸ Así, y cuando esta articulación se lleva a cabo desde un programa o propósito formalizado, se habla de relaciones inter-, pluri- y transdisciplinares. Yendo de menos a más articulación/conciliación, la pluridisciplinariedad consistiría en la yuxtaposición o suma de disciplinas o saberes, en los que cada una mantiene su particularidad. La interdisciplinariedad implicaría una articulación de saberes en la que se reorganizan parcialmente sus ámbitos, y en la transdisciplinariedad se abandonan puntos de vista particulares de cada disciplina para producir un nuevo saber, con nuevos temas y metodología.

¹⁷ No obstante, otros partidarios de las ciencias del espíritu, como Dilthey (1833-1911), sostienen que sólo existen dos tipos de ciencias, las del espíritu y las de la naturaleza, y no admiten la existencia autónoma de las ciencias normativas.

¹⁸ Para estas distinciones se sigue a Champeil-Desplats, Véronique, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, París, Dalloz, col. Méthode du droit, 2014, pp. 340-350.

Frente a estas fórmulas, el sincretismo implica una articulación y conciliación no formalizada de saberes y métodos, aunque seguiría algún criterio más o menos reconocible que organiza la conciliación o articulación. El nivel menos articulado y formalizado de conciliación es el que representa el eclecticismo, donde saberes y métodos se suman sin criterio de conciliación o articulación.

Teniendo en cuenta estos presupuestos, podría decirse que la propuesta de teoría pura de Kelsen emerge como una empresa casi quijotesca, por descansar en el empeño, mayormente solitario y ampliamente cuestionado, de liberar el saber jurídico de los juristas de su tradicional sincretismo, y hacer de él una ciencia autónoma positivista, en un contexto que parece penalizar ya las divisiones disciplinares y el mismo paradigma positivista. Veamos cómo.

III. LA TEORÍA PURA DEL DERECHO COMO PROPUESTA CONTRA EL SINCRETISMO METODOLÓGICO DE LOS JURISTAS

Kelsen formuló su propuesta de *teoría pura del derecho* frente al sincretismo metodológico que a su juicio impregnaba la ciencia jurídica de su tiempo; es decir, frente a una articulación de saberes y métodos no especificados, cuyo criterio informador (el de esa articulación) puede situarse en el eje común sobre el que la cultura occidental estableció las relaciones entre saberes prácticos como el derecho, la política y la moral: se trata del comportamiento humano no sometido a la necesidad. Kelsen formuló su propuesta tratando además de delimitar algunos de los elementos básicos que sirven para distinguir formalmente las disciplinas entre sí: concretamente, su método, marco teórico (conceptos básicos) y objetos específicos, y en relación con esto, y más específicamente, el tipo de problemas o preguntas sobre los que una ciencia del derecho como la que él defiende podría tratar.

Sin duda, los textos en donde más directamente abordó este asunto son las dos ediciones de su libro *Teoría pura del derecho* (*Reine Rechtslehre*). La primera es de 1934, y su título completo fue *Teoría pura del derecho. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica* (*Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*).¹⁹ No obstante, Tamayo y Salmorán y Robles nos recuerdan que hubo antes una versión en castellano de este texto, realizada por Legaz

¹⁹ Franz Deuticke (ed.), Leipzig y Viena, 1934. La primera traducción al castellano de esta edición parece ser la publicada en la editorial Losada, Buenos Aires, también en 1934. Hay nueva traducción del original en alemán, a cargo de Gregorio Robles y Félix F. Sánchez, Madrid, Trotta, 2011.

y Lacambra, y publicada en 1933,²⁰ la cual llevó por título *El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del derecho*.²¹ La segunda edición de esta obra, publicada en alemán en 1960, incluía, además de su revisión, una parte dedicada al tema de la justicia, y llevó el título *Teoría pura del derecho. Con un apéndice: El problema de la justicia (Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit)*.²²

A través de este texto y sus sucesivas ediciones, aunque también a través de otros escritos y conferencias sobre este asunto, se aprecia cómo Kelsen fundamenta la teoría pura del derecho sobre postulados diversos, entre los que destacan algunos tomados de la filosofía analítica (que al superar el empirismo ingenuo y prestar atención al lenguaje le permiten defender el carácter positivista de su ciencia del derecho, aunque no sea propiamente empírica), pero muy especialmente se aprecia la influencia del neokantismo, de donde toma la categoría de *deber ser (sollen)*.²³

La influencia de estos precedentes le llevará a defender una concepción de ciencia jurídica como ciencia normativa, descriptiva, pero no prescriptiva de las normas jurídicas positivas, no empírica ni causalista.²⁴ Según Kelsen, el principio de causalidad se usa para expresar el devenir de la naturaleza, e implica que los hechos suceden con independencia de la voluntad humana, puesto que la conexión entre ellos y su causa (otros hechos) son independientes de esa voluntad (aunque con las ambigüedades y limitaciones explicativas que Kelsen señaló en sus estudios sobre este principio). En cambio, en el ámbito del deber ser, es decir, de las normas o leyes del obrar, sólo se expresa algo que *debe* suceder, aunque no suceda. No tiene, pues, el sentido de necesidad del devenir de la naturaleza, sino que es algo que ha dispuesto una voluntad, lo cual remite a un principio bien distinto, que Kelsen llama “principio de imputación o atribución”.²⁵

²⁰ Tamayo y Salmorán, Rolando, “Presentación”, en Kelsen, Hans, *Teoría..., cit.*, p. 5; Robles Morchón, Gregorio, *op. cit.*, p. 514.

²¹ Se publicó en la editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.

²² Franz Deuticke (ed.), Viena, 1960. La traducción de Vernengo, de 1979, que se está utilizando en estas páginas, no contiene el apéndice. Una nueva traducción de la edición de 1960, a cargo de Fernanda Aren, Natalia Dassieu y Silvina Rotemberg, ha sido publicada en Buenos Aires, Ediciones Colihue, 2011.

²³ No obstante, Saavedra López, Modesto, “Fundamentación kelseniana de la dogmática jurídica”, en *Interpretación del derecho y ciencia jurídica*, México, Fontamara, 1999, p. 35, sostiene que la influencia de los postulados analíticos no fue demasiado significativa en su obra.

²⁴ Kelsen, Hans, *Teoría..., cit.*, pp. 89 y 90.

²⁵ *Ibidem*, pp. 90 y 91.

Esta circunstancia significa que los enunciados o proposiciones de la ciencia jurídica son del tipo “Si se produce el hecho A, entonces el hecho B es debido”, aunque quizá B no se produzca en realidad.²⁶ Se aprecia, por lo tanto, que la imputación no es para Kelsen el enlace entre una conducta y su autor, sino el enlace de una determinada conducta (un delito) con su consecuencia jurídica (una pena).²⁷

En todo caso, en la configuración de su propuesta de ciencia jurídica —como en toda su obra en general—, Kelsen hace gala de una admirable capacidad de análisis crítico, amén de una gran erudición, mediante la cual dialoga y revisa los más variados estudios (obras de la filosofía clásica, aportaciones de los iusnaturalismos, estudios sobre el Estado y el comportamiento social humano, estudios filológicos y sobre mitología, psicoanálisis, antropología, marxismo, literatura, vanguardias artísticas, etcétera).²⁸

De esta forma, revela los mitos y teorías personales o implícitos sobre importantes piezas del marco teórico y conceptual y de la metodología de las ciencias positivistas, como el principio de causalidad. A este respecto, Kelsen llegó a considerarlo como el resultado de depuraciones-formalizaciones lógicas del principio de retribución, característico de sociedades animistas/personalistas que lo explican todo a través de las normas y relaciones que rigen sus comunidades. En este sentido, consideró como un avance las aportaciones de la física cuántica por alejar a la ciencia de ese parentesco, en la medida en que llevaban a la sustitución de la ley de la causalidad por la ley de la probabilidad.²⁹

Por lo demás, la crítica al animismo/personalismo canalizó también la crítica que hizo Kelsen a la clásica distinción entre teoría del derecho público y teoría del Estado, ya que, con esta distinción, se presupone a su juicio la voluntad del Estado (o legislador o pueblo) como ente distinto y previo a su derecho (o como una personificación del ordenamiento jurídico), lo que empuja a la ciencia del derecho a convertirse en una especie de psicología.³⁰

²⁶ *Ibidem*, p. 91.

²⁷ *Ibidem*, p. 96. También en Kelsen, Hans, “La idea del derecho natural” (1927), en Kelsen, Hans, *La idea del derecho natural...*, cit., p. 24; y en “La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica”, en Kelsen, Hans, *La idea del derecho natural...*, cit., p. 217.

²⁸ La Torre y García Pascual, *op. cit.*, p. 10.

²⁹ Sobre este asunto, al que dedicó muchos años y varios trabajos, véase, por ejemplo, Kelsen, Hans, *Society and Nature. A Sociological Inquiry*, Londres, Kegan Paul, Trench, Trubner & Co LTD, 1946.

³⁰ Kelsen, Hans, “Il rapporto tra Stato e diritto dal punto di vista epistemologico” (1922), trad. de A. Carrino, en Kelsen, Hans, *L'anima e il diritto. Figure arcaiche della giustizia e concessione scientifica del mondo*, a cura de A. Carrino, Roma, edizioni Lavoro, 1989, p. 7.

También lleva a la falsa dicotomía entre derecho privado y derecho público,³¹ sobre la falsa idea en su opinión de que la validez del derecho es de mayor intensidad en lo privado, porque se presupone que los poderes públicos —de los que se ocuparía el derecho público— están menos ligados a las normas jurídicas; es decir, que son más discrecionales porque así lo requeriría el logro de fines políticos.

Como se ha señalado, su extensa e intensa labor de crítica al sincretismo metodológico corrió paralela con la formulación del marco teórico-conceptual, el método y el objeto de su modelo de ciencia del derecho. La presentó además como una disciplina autónoma frente a otros posibles modelos de saber jurídico para los juristas, entonces en liza: principalmente, el modelo de una ciencia jurídica sociológica, como el propuesto, por ejemplo, por Eugen Ehrlich,³² u otras formas de aproximación desde las ciencias sociales al derecho,³³ como la que representaba la jurisprudencia sociológica estadounidense, y que terminó por considerar complementarias de su teoría pura.³⁴ También defendió su propuesta frente al modelo de saber jurídico que seguía dominando en su tiempo el panorama de los estudios jurídicos europeos sobre el derecho, bajo la genérica expresión de “dogmática jurídica” o “doctrina jurídica”. Se trataba de un modelo, el iusnaturalista, que se resolvía a su vez en dos partes imbricadas entre sí, según se dijo al inicio: una teoría general del derecho y una ética jurídica. Kelsen reformuló la primera desvelando los elementos animistas y metafísicos que aún perduraban en los conceptos jurídicos, y prescindió de la segunda, en cuanto consideraba que la evaluación del derecho desde valores morales no puede hacerse mediante un método científico, ni el derecho

³¹ Kelsen, Hans, “Carácter ideológico del dualismo entre derecho público y privado”, en Kelsen, Hans, *Teoría...*, cit., pp. 287-289.

³² Ehrlich recogió su propuesta en el libro *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Berlín, 1913, obra de la que Kelsen hizo una extensa reseña que se publicó en 1915. Para Bobbio, Kelsen estaba más próximo a los postulados de Weber sobre el conocimiento científico (distinción entre teoría y práctica, ciencias naturales y ciencias sociales) que a las propuestas de sociología jurídica de Ehrlich y Kantorowicz. Sobre esta relación, véase Bobbio, Norberto “Max Weber e Hans Kelsen”, *Sociologia del Diritto*, núm. 1, 1981.

³³ Una distinción entre una sociología del derecho, una sociología de la idea de justicia y la teoría pura del derecho se encuentra en el prefacio de *Society and Nature* y en el capítulo XX de su *Teoría general del derecho y del Estado*. Sobre este asunto, véase Treves, Renato, “Sociología del derecho y sociología de la idea de la justicia en el pensamiento de Hans Kelsen”, *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, núm. 8, 1984, p. 102.

³⁴ La relación de complementariedad entre teoría pura del derecho y la llamada jurisprudencia sociológica queda reconocida y delimitada en Kelsen, Hans, “La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica”, en *La idea de derecho natural...*, cit.

necesita ser moral para ser derecho, es decir, para valer como derecho, para ser derecho válido.³⁵

En definitiva, Kelsen consideró que

...la Teoría pura del derecho constituye una teoría sobre el derecho positivo... en general, aunque ofrecía también una teoría de la interpretación... En cuanto teoría... intenta dar respuesta a la pregunta de qué sea derecho y cómo sea, pero no cómo deba ser o deba ser hecho. Es ciencia jurídica y no política jurídica.³⁶

El objeto de la teoría pura del derecho es, pues, el derecho positivo, pero concebido según lo asume Kelsen, como “una ordenación de la conducta humana... artificial, esto es, creado por el hombre”, por “la voluntad humana”.³⁷ Por esa razón, el derecho positivo

...es por su esencia un orden coactivo... porque sus normas proceden del arbitrio de una autoridad humana y... están desprovistas de la condición de evidencia inmediata... El Derecho positivo, como ordenación que amenaza coactivamente, es un medio específico técnico-social, para alcanzar fines cuya determinación queda fuera del conocimiento del Derecho positivo.³⁸

Además, carece también de dimensión moral.³⁹

IV. CONCLUSIONES

A la vista del análisis anterior, puede concluirse que la crítica que hizo Kelsen al sincretismo metódico fue la herramienta imprescindible para justificar su propuesta de ciencia autónoma del derecho, e incluso su misma denominación como *teoría pura*. Ahora bien, y como el propio Kelsen indicaba en las citas y referencias aquí traídas, la tarea de delimitación disciplinar que emprende no implica ignorancia o rechazo de la relación con otras disciplinas, como la sociología, la ética, la política o la psicología. En este sentido, su teoría pura es un conocimiento del derecho que nunca se reputa único sino específico o

³⁵ Kelsen, Hans, *Teoría pura...*, cit., pp. 71-82, y “Los juicios de valor en la ciencia del derecho” (1942), en Kelsen, Hans, *La idea de derecho natural...*, cit., p. 242.

³⁶ Kelsen, Hans, *Teoría pura...*, cit., p. 15.

³⁷ Kelsen, Hans, “La idea de derecho natural”, en *La idea del derecho natural...*, cit., p. 19.

³⁸ *Ibidem*, pp. 21 y 22.

³⁹ *Ibidem*, pp. 26-28.

especializado, con su propio objeto, y que, en pos de un conocimiento más amplio sobre el comportamiento humano, colabora con nombre propio con otras disciplinas que también se ocupan de aquél. Bajo estas consideraciones, puede también concluirse que su propuesta lleva a la pluri o interdisciplinariedad, donde además de quedar explícito el tipo de colaboración o articulación entre disciplinas, cada una de ellas conserva su autonomía.

No obstante, la teoría pura del derecho generó más críticos que seguidores o aplicadores: en Estados Unidos, porque estaba asentada la consideración de la ciencia jurídica como una ciencia social, y en Europa, porque continuó el modelo de la dogmática jurídica, inspirado por el iusnaturalismo y su concepción del derecho.

En todo caso, retomar los trabajos que Kelsen dedicó a la delimitación disciplinar de la ciencia jurídica y a la crítica del sincretismo metódico del saber jurídico, y aplicarle una lectura libre de prisas y prejuicios, resulta imprescindible si se quiere ir más allá de los diversos infundios que la rodean; pero también resulta actualmente muy útil para cualquier jurista que quiera realizar una investigación científica, que sea también jurídica, en torno al derecho. Y es que aporta claves fundamentales para explicitar los elementos que hoy en día se consideran garantes de una investigación científica de calidad: marcos teóricos, problema de conocimiento que se busca resolver, hipótesis, objetivos y metodología para alcanzarlos.

REPRESENTACIÓN PICTÓRICA Y MALINTERPRETACIÓN DE LA CONSTRUCCIÓN ESCALONADA (*STUFENBAU*)*

Matheus Pelegrino da SILVA**

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Los problemas con la imagen tradicional de la construcción escalonada*. III. *Representación pictórica de la construcción escalonada de acuerdo con las relaciones de condicionalidad*. IV. *Representación pictórica de la construcción escalonada de acuerdo con el “poder derogatorio”*. V. *Dos observaciones sobre la necesidad de varias representaciones pictóricas*. VI. *Conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

La teoría jurídica es asociada normalmente con palabras, no con figuras. Probablemente la excepción más conocida a esta regla se encuentra en la llamada pirámide de Kelsen, una herramienta pictórica empleada comúnmente para enseñar la construcción jerárquica de las normas de un ordenamiento jurídico. En realidad, Kelsen no es ni el primero en referirse a la imagen de una pirámide para explicar la configuración de las relaciones entre las normas de un ordenamiento jurídico ni tampoco el autor de la teoría¹ que

* Traducción al castellano de un manuscrito inédito en inglés cuyo título es *Pictorial Representation and Misrepresentation of the Staircase-Like Construction (Stufenbau)* por Augusto Carrillo Salgado, estudiante del doctorado en derecho por la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM. Contacto: augustoc@ucm.es. ORCID-ID: <https://orcid.org/0000-0001-6107-4917>. El traductor agradece al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (Conacyt) por el financiamiento para realizar la traducción de este documento.

** Investigador postdoctoral por la Universidad de São Paulo y Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo. Contacto: mathpelegrino@hotmail.com.

¹ El propio Kelsen señala a Merkl como el autor de la doctrina de la construcción escalonada: “En primer lugar, a través de la teoría de la construcción escalonada de Merkl

debería explicarse a través de esta imagen, la doctrina de la construcción escalonada (*Stufenbaulehre*) de Merkl.²

El objetivo principal de este artículo es subrayar los problemas con la imagen que se emplea frecuentemente sobre la llamada “pirámide de Kelsen”, y, al hacer esto, explicar las características principales de la teoría de Merkl sobre las relaciones jerárquicas entre las normas. En la primera sección, al destacar varios problemas con la imagen que a menudo es usada, el artículo intenta clarificar algunos aspectos de la doctrina de Merkl sobre la construcción escalonada, e indicar lo que se pierde si su teoría es explicada con la imagen usual de un triángulo. En las secciones dos y tres serán presentadas algunas representaciones pictóricas de la construcción escalonada de Merkl; la primera, tomando en consideración la construcción escalonada de acuerdo con “el orden jerárquico sustentado en la relación de condicionalidad” (*der durch das Verhältnis der Bedingtheit begründeten Rangordnung*)³ de las normas: la jerarquía centrada en cómo una norma ejerce la función de establecer (justificar) la validez de otra norma; la otra, al considerar la construcción escalonada de acuerdo con el poder derogatorio (*derogatorische Kraft*)⁴ de las normas: la jerarquía enfocada en

(*Stufentheorie*) obtenemos una visión de la construcción interna del ordenamiento jurídico. Tal y como ya he destacado en la segunda edición de mis *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (1923), la teoría de la construcción escalonada de Merkl se convirtió en una parte esencial de la teoría pura del derecho que sostengo, por ello, Adolf Merkl tiene que ser considerado como uno de sus cofundadores”. Kelsen, Hans, “Adolf Merkl zu seinem siebzigsten Geburtstag am 23. März 1960”, *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, núm. 10, 1960, p. 313.

² En este contexto, parece necesario hacer una observación sobre la traducción de la palabra *Stufenbau*. La palabra *Stufenbau* es una palabra compuesta. El componente *Stufen* puede traducirse como “niveles”, “conjunto de peldaños”, o con la expresión “en forma de escalera”, todas las cuales transmiten la misma idea. El componente “bau” (cuando se escribe sólo con “b” mayúscula, como “Bau”) puede referirse tanto a la forma de algo, es decir, a su construcción o forma, como al producto de la actividad de construir, al objeto construido (por ejemplo, “es una construcción, no un árbol o un cuerpo natural”). Puesto que en los escritos de Merkl se refiere a la *Stufenbau* como un “edificio jurídico” (“Rechtsgebäude”) con varios “pisos”, “niveles” (“Etagen”) (véase Merkl, Adolf Julius, “Das doppelte Rechtsantlitz [1918]”, en Mayer-Maly, Dorothea et al. [eds.], *Adolf Julius Merkl. Gesammelte Schriften*, vol. I, núm. 1, Berlín, Duncker & Humblot, 1993, p. 228); parece más apropiado traducir “Stufenbau” con la expresión “construcción escalonada” y no con la expresión “construcción jerárquica” como lo hizo Paulson. Véase Paulson, Stanley, “How Merkl’s Stufenbaulehre Informs Kelsen’s Concept of Law”, *Revus* núm. 21, 2013, p. 30.

³ Merkl, Adolf Julius, “Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues”, en Mayer-Maly, Dorothea et al. (eds.), *op. cit.*, p. 471.

⁴ *Idem*.

cómo una norma ejerce la función de derogar otra norma. Finalmente, la última sección indicará las razones sobre la necesidad de una pluralidad de construcciones escalonadas para describir las relaciones jerárquicas entre las normas de un orden jurídico, como también señalará de qué manera es posible determinar cuántos tipos de relaciones jerárquicas normativas puede poseer un orden jurídico.

II. LOS PROBLEMAS CON LA IMAGEN TRADICIONAL DE LA CONSTRUCCIÓN ESCALONADA

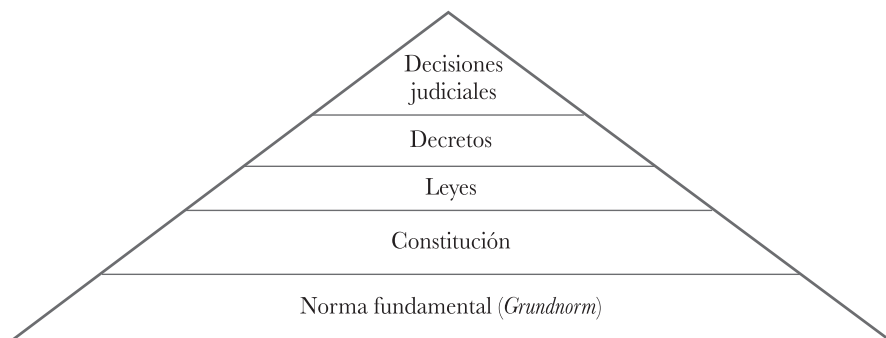
Es verdad que Hans Kelsen empleó la expresión “pirámide normativa” (*Normpyramide*)⁵ al describir la configuración de las relaciones jerárquicas entre las normas de un orden jurídico, pero antes de hacerlo, esta noción de asociar la construcción jerárquica de las normas con la imagen de una pirámide ya había sido empleada por Merkl al escribir sobre un tipo de pirámide (*Pyramide*), la pirámide jurídica (*Rechtspyramide*),⁶ por lo que la autoría de esta referencia pictórica, al igual que la autoría de la construcción escalonada, debería atribuírsele a Merkl.

Hay que destacar un punto: Merkl es el autor de la descripción de la construcción jerárquica de las normas a través de la afirmación de que podría asemejarse a una pirámide. No es el autor de la imagen comúnmente empleada, la de un triángulo dividido en líneas horizontales que crean secciones que reciben nombres como “Constitución”, “leyes”, “decretos”, “decisiones judiciales” (en este orden específico), etcétera (véase la figura 1). En ninguno de los textos de Merkl o de Kelsen puede encontrarse tal imagen, razón por la cual no existe justificación bibliográfica a la afirmación de que esta imagen pertenece a ninguno de estos autores.

⁵ Kelsen, Hans, “Das Problem der Souveranität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre”, en Jestaedt, Matthias (ed.), *Hans Kelsen Werke*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2013, vol. IV, p. 382. Merkl describe la expresión de Kelsen como una “*trefflichen Bilde*” (imagen espléndida). Merkl, Adolf Julius, “Hans Kelsens System einer reinen Rechtstheorie”, en Mayer-Maly, Dorothea *et al.* (eds.), *op. cit.*, p. 304.

⁶ Merkl, Adolf Julius, “Das doppelte...”, *cit.*, p. 228.

FIGURA 1



FUENTE: elaboración propia.

Respecto a esta representación “tradicional” sobre la construcción jerárquica de las normas, pueden efectuarse cinco críticas antes de proceder a indicar cómo la construcción escalonada del orden jurídico podría ser representada pictóricamente.

En primer lugar, la presentación de la construcción escalonada sugiere que las decisiones judiciales siempre están basadas en normas que se encuentran expresadas en la Constitución, en una ley o en un decreto (o en otro tipo de normas generales). Esto podría ser una representación errónea sobre la manera en que se crean los diferentes tipos de normas, porque no todas las decisiones judiciales se basan en decretos, ya que pueden fundarse únicamente en prescripciones presentes en las leyes. En algunas circunstancias, las disposiciones de las leyes tampoco serán utilizadas para fundar una decisión judicial, tal como sucede cuando una corte constitucional declara en una sentencia que una ley es inconstitucional. Esta decisión, como debería ser fácil de ver, no está basada en la ley, sino solamente en normas constitucionales, y anula una disposición, lo que claramente indica que las decisiones judiciales, al menos en algunas circunstancias, no son jerárquicamente inferiores a las leyes.

Cabe destacar que algunas sentencias, al igual que otro tipo de normas individuales, como un contrato o un testamento, están basadas en normas que pueden hallarse en la Constitución, en una o más leyes y en uno o más decretos (así como basarse en otro tipo posible de normas existentes), pero no necesariamente es así. En algunas circunstancias, un contrato será válido únicamente si sigue las normas que están presentes en la Constitución y en la ley de la materia, al igual que una decisión judicial, bajo

ciertas circunstancias, sólo necesita seguir las normas de una Constitución para ser una decisión válida.

En este contexto, resulta apropiado destacar otra idea formulada por Merkl, la noción de que el derecho posee una “doble faz”⁷ (*Doppellantlitz*). Merkl usa la expresión “doble faz” para describir el hecho de que el “derecho... presenta necesariamente dos pasos, uno de creación y el otro de aplicación absoluta del derecho, entre los cuales podrían aparecer muchos pasos arbitrarios (decididos) de manifestaciones (*Erscheinungen*) que pueden presentarse tanto como creación de derecho, como de aplicación”.⁸ La doble faz del derecho quiere decir que varios tipos de normas son tanto el producto de la creación del derecho como de su aplicación: ellas existen como algo creado, algo nuevo; por ejemplo, una nueva norma sobre el límite de velocidad; pero también como el producto de la aplicación de una norma que ya existe, esto es, una norma que faculta a una autoridad para crear normas que regulan el límite de velocidad.

Las diferentes clases de normas obtendrán su validez de diferentes tipos de normas. Algunas decisiones judiciales son válidas porque aplican normas de la Constitución, así como normas de derecho penal, tal como sucede con una sentencia que declara culpable a alguien de un crimen prescrito en una norma. Otras decisiones judiciales son válidas por otras condiciones; por ejemplo, porque aplican sólo normas de la Constitución, como la decisión de una corte constitucional que declara una ley inconstitucional o debido a que aplican normas prescritas en la Constitución, en una ley o en un decreto. Resumiendo, este punto, para explicar por qué una norma individual es válida no resulta adecuado afirmar que ésta obtiene su validez de todo otro tipo de normas generales contenidas en un orden jurídico. Algunas normas individuales son el producto de la aplicación de una combinación de normas de la Constitución, de una ley y de un decreto, por ejemplo, pero esto no es siempre necesario.

Un segundo problema con la representación de la construcción escalonada como triángulo concierne al proceso de creación del derecho a través de su aplicación. Cada vez que una norma es creada a través de la aplicación de otra se produce una restricción súbita del margen de maniobra que puede encontrarse en un ordenamiento jurídico, que se encuentra disponible gracias a éste. Dicho proceso de creación del derecho por medio de su aplicación entraña este tipo de cambio abrupto, algo que no puede ser visto

⁷ *Ibidem*, p. 234.

⁸ *Idem*.

en la imagen del triángulo por medio del cual el cambio de un tipo de norma a la siguiente es indicado por un cambio constante.

Volver al ejemplo planteado en líneas superiores sobre una ley acerca de los límites de velocidad permitirá observar el siguiente aspecto de este proceso. Una autoridad está facultada por la Constitución para crear normas generales sobre el límite de velocidad, y esta autoridad crea una norma, de acuerdo con la cual en cierto tipo de camino el límite de velocidad es de cien kilómetros por hora. Al crear la norma que prescribe el límite de velocidad de cien kilómetros por hora, esta autoridad aplica una norma constitucional que la faculta para crear una norma sobre el límite de velocidad, una norma constitucional que no indica cuál debería ser el límite de velocidad, pero que ordena solamente que dicho límite debería ser establecido. En esta situación, la Constitución confiere cierto margen de maniobra, de tal forma que, dentro de ciertos límites, la autoridad puede crear libremente normas sobre el límite de velocidad. Cuando esto se hace, cuando una velocidad específica es establecida como límite de velocidad, una nueva norma es introducida en el ordenamiento jurídico, y, al mismo tiempo, el rango de posibilidades normativas es reducido. Existe un límite de velocidad, y el límite es cien kilómetros por hora. De esta manera, prácticamente no existe margen de maniobra; por lo tanto, una autoridad que aplique esta norma sobre el límite de velocidad tiene que permitir a los conductores manejar a la velocidad de 95 kilómetros por hora.

Un tercer problema con la representación usual de la construcción escalonada está relacionado con el hecho de que cada peldaño está casi siempre ocupado por un solo tipo de norma, y la posibilidad de que un peldaño sea ocupado por más de un tipo de norma usualmente no se menciona. Esto es problemático, puesto que, de acuerdo con la teoría de Merkl, un peldaño de la construcción escalonada podría ser ocupado por más de un solo tipo de norma. Con el propósito de clarificar esta noción, debe realizarse una explicación más precisa sobre la teoría de la construcción escalonada de Merkl.

De acuerdo con Merkl, el orden jurídico exhibe la forma de una construcción escalonada porque en ella existen relaciones sobre el tipo de normas contenidas en este orden jurídico, y un aspecto de estas relaciones es el hecho de que este tipo de normas existen gracias a las disposiciones establecidas en otro tipo de normas. Una de las razones para colocar un tipo diferente de normas en diversos peldaños es el hecho de que las normas de un peldaño necesitan las normas del otro para existir. Una norma sobre el límite de velocidad incluida en una ley posee una existencia válida porque

una norma constitucional faculta a la autoridad que creó esta norma para crear este tipo de ley. Por lo tanto, la norma sobre el límite de velocidad deriva su validez de una norma constitucional y su existencia, como una norma válida, depende de la existencia de una norma constitucional válida (al igual que el segundo piso de un edificio es construido sobre el techo del primero).

Una forma de clasificar los diferentes tipos de normas —precisa Merkl— es usando las relaciones de condicionalidad (entendiendo como tal, las condiciones de una norma para ser válida) como un criterio de jerarquía. Una ley sobre el límite de velocidad es jerárquicamente inferior a una norma constitucional, porque las leyes generales reciben su validez de normas constitucionales; por lo tanto, una ley solamente puede tener una existencia válida si una norma constitucional establece que este tipo de norma, con estas características, puede ser válidamente creada. Otra consecuencia de adoptar este criterio jerárquico es que si dos tipos de normas derivan su validez de un mismo tipo de norma diferente, entonces estos dos tipos de normas no deberían pertenecer a diferentes peldaños de la construcción jerárquica. Por ejemplo, si dos tipos de leyes (como sucede con las leyes ordinarias y complementarias en el orden jurídico brasileño) obtienen su validez de normas constitucionales, existen debido a la aplicación de normas constitucionales; por lo tanto, ambos tipos de normas son jerárquicamente iguales cuando “el orden jerárquico basado en la relación de condicionalidad”⁹ es adoptado como un criterio para juzgar.

Consecuentemente, si dos o más tipos de normas son válidamente creadas debido a la aplicación del mismo tipo de norma, entonces ellas deberían ser colocadas en el mismo peldaño de la construcción escalonada de acuerdo con “el orden jerárquico basado en la relación de condicionalidad” requeridas para crear válidamente una norma.

Un cuarto problema con la representación usual de la construcción escalonada comprende otra propiedad de la teoría de Merkl, y es el hecho de que, en su opinión, la descripción de las relaciones jerárquicas entre las normas podría requerir más de una construcción escalonada. Éste es un aspecto de los ordenamientos jurídicos que podría ser anticipado por el hecho de que un orden jerárquico de normas podría crearse al tomar como modelo la condición de un tipo de norma que es creada por la aplicación de otro tipo de norma. Dicho lo anterior, cabría preguntarse si ¿existen otros patrones que pueden ser empleados para clasificar el tipo de normas, más

⁹ Merkl, Adolf Julius, “Prolegomena...”, *cit.*, p. 471.

allá de la validez de un tipo de norma? Merkl reflexionó sobre esta situación y la subrayó al mencionar lo siguiente:

...no siempre la jerarquía fundada en la relación de condicionalidad (el poder de crear válidamente una norma) tiene que corresponder a la misma jerarquía construida de acuerdo con el principio de mando del poder jurídico (el poder de derogar normas). Un acto condicionante y, por lo tanto, en cierto sentido superordinado con relación al acto condicionado, puede ser al mismo tiempo, en otro sentido, subordinado al acto condicionado, cuando este [el último acto] posee un poder derogatorio hacia aquél (el primer acto), mientras que el acto condicionante puede no tener el mismo poder derogatorio con respecto al acto condicionado.¹⁰

Consecuentemente, en aquellos casos en los que un orden jurídico específico califica el mismo tipo de normas con diferentes (jerárquicamente consideradas) facultades respecto de unas hacia las otras, justo como refiere Merkl, una representación pictórica adecuada de las relaciones del tipo de normas no tendría lugar a través de una sola figura, una única construcción escalonada. Representar el orden jurídico con solo una imagen de una construcción escalonada, sin tomar en cuenta la posibilidad de necesitar más de una sola construcción, podría conducir a una comprensión falsa de la realidad del asunto respecto a un orden jurídico concreto.

Finalmente, un quinto problema con la representación usual de la construcción escalonada implica la inclusión de la norma fundamental (*Grundnorm*) en el último peldaño de la construcción. La noción de jerarquía de las normas entraña la idea de que las normas jurídicas poseen una doble faz, tal como se indicó en líneas superiores, razón por la cual una norma será aplicada y, a través de esta aplicación, otra norma será creada. Ahora bien, la norma fundamental no es una norma que es aplicada con el objetivo de crear una norma constitucional, como la representación usual sugiere, puesto que la función de la norma fundamental (que no es, de cualquier forma, un elemento en la teoría de Merkl sobre la construcción escalonada) es fundamentar la validez de las normas de la Constitución. De acuerdo con la teoría de Kelsen, la norma fundamental es el fundamento final del orden jurídico, y es la razón de la afirmación de que (algunas) supuestas normas constitucionales son normas válidas porque estas supuestas normas son eficaces. Por lo tanto, la norma fundamental fundamenta la validez de las normas en la eficacia (*Wirksamkeit*) de estas supuestas nor-

¹⁰ *Idem*.

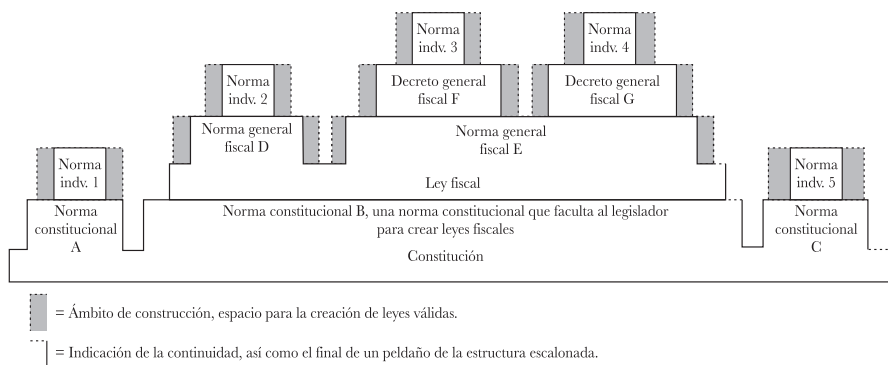
mas.¹¹ La norma fundamental no es aplicada a fin de crear normas, sino solamente para justificar la afirmación de que cierta norma es válida, y es por esta razón que la inclusión de la norma fundamental en la descripción e ilustración de la construcción escalonada de las normas tiene que ser considerada, como mínimo, problemática. Si la imagen de la construcción escalonada intenta indicar cuáles normas son aplicadas para crear o derogar otras normas, entonces esta imagen carece de razón para incluir a la norma fundamental en alguno de sus peldaños, puesto que esta norma no es aplicada para crear o derogar normas, sino para verificar si una norma es válida o no.

III. REPRESENTACIÓN PICTÓRICA DE LA CONSTRUCCIÓN ESCALONADA DE ACUERDO CON LAS RELACIONES DE CONDICIONALIDAD

Tras considerar algunas propiedades de la teoría de Merkl sobre las relaciones jerárquicas de cierto tipo de normas, es apropiado indicar cómo sería posible representar pictóricamente su teoría sobre la construcción escalonada de acuerdo con las relaciones de condicionalidad, esto es, los vínculos jerárquicos entre las normas según las condiciones requeridas para crear válidamente una norma. Lo anterior puede ser realizado con la figura que aparece a continuación, acompañada de alguna explicación sobre las razones para la configuración que se emplea.

¹¹ Sobre esto, Kelsen escribe: “El fundamento de la validez, esta es la respuesta a la interrogante sobre el por qué las normas de este ordenamiento jurídico deben ser obedecidas y aplicadas, se trata de la presupuesta norma fundamental, de acuerdo con la cual alguien debe respetar la constitución que fue, de hecho, efectivamente promulgada y es en gran medida efectiva, y por la que las normas fueron también establecidas y son ampliamente eficaces. La promulgación y la eficacia se convirtieron en condiciones de la validez de la norma fundamental”. Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre*, 2a. ed., Tubinga, Mohr Siebeck, 1960, pp. 383 y 384.

FIGURA 2



FUENTE: elaboración propia.

Las normas individuales de la figura 2 tienen que ser comprendidas de la manera siguiente:

- Norma individual 1: una decisión de la corte constitucional que declara nula la ley C porque es inconstitucional, ya que fue creada en violación de la norma constitucional A.
- Norma individual 2: una decisión de la autoridad fiscal basada en la norma general fiscal D, así como en la información sobre los ingresos de una persona y que declara que esta persona debería pagar cierta cantidad de impuestos.
- Norma individual 3: una decisión de la autoridad de la administración tributaria, basada en la norma general fiscal E (una norma creada a través de la aplicación de una norma constitucional B), que regula los aspectos principales relativos a la tributación de determinados productos y basada en una norma del decreto fiscal F, de acuerdo con el cual un determinado producto P será gravado con cierto tipo de impuesto, declarando que por el hecho de vender el producto P debe seguirse una imposición por el importe de X, y que alguien debe pagar esta cantidad.
- Norma individual 4: una decisión de la autoridad de la administración tributaria, basada en la norma general fiscal E, una norma que regula los principales aspectos relativos a la tributación de ciertos productos y basada en una norma del decreto fiscal G, de acuerdo con el cual un determinado producto Q será gravado con cierto tipo de impuesto, declarando que por el hecho de vender el pro-

ducto Q debe seguirse una imposición por el importe de Y, y que alguien debe pagar esta cantidad.

- Norma individual 5 y normas similares: decisiones que facultan a ciertos individuos para ser jueces de la corte constitucional. Estas decisiones, estas normas individuales son creadas al aplicar la norma constitucional C, que regula cómo y entre quiénes pueden ser seleccionados los jueces de la corte constitucional.

Se tienen que hacer tres observaciones generales sobre esta figura. Antes que nada, es más preciso hablar de construcciones escalonadas de acuerdo con las relaciones de condicionalidad que emplear simplemente el término de “construcción”. Tanto las normas individuales como las normas generales se basarán en la Constitución, razón por la cual comparten este primer paso, pero las normas individuales y generales no compartirán o serán frecuentemente parte de la misma pirámide. En este contexto, la expresión de Kelsen *pirámide normativa* (*Normpyramide*) puede ser usada para subrayar el hecho de que cada norma individual estará en la cúspide de una pirámide (esto es, la norma individual 3 se encuentra en lo más alto de una pirámide compuesta por un decreto, una ley y una norma constitucional).

Segundo, las diferentes alturas de las construcciones escalonadas no tienen ninguna relevancia en lo que respecta a la facultad de crear normas válidas ni al poder de derogarlas. Una norma individual estará en la cúspide de una *pirámide normativa* (*Normpyramide*) más alta que otra norma sólo porque la primera será el producto de la aplicación del derecho de un mayor número de cierto tipo de normas que otra.

Tercero, la indicación de la continuidad del ámbito de construcción de las normas no debería entenderse como ilimitado. El ámbito de construcción de las construcciones escalonadas siempre es finito, puesto que la Constitución establece en qué sentidos y en qué condiciones la creación del derecho puede tener lugar. Por otra parte, esta naturaleza finita no quiere decir que la propia Constitución no cambie, o que no pueda establecer diferentes vías o condiciones para crear derecho.

El propósito principal de la figura presentada arriba es subrayar que una norma válida obtiene su validez de otra norma, y que esta situación puede ser figurativamente descrita como una norma que fue creada (creación del derecho) en un ámbito de construcción provisto por otra norma que también fue creada de la misma forma, por la aplicación del derecho, al emplear una parte del ámbito de construcción proveído por otra norma. La imagen de un ámbito de construcción, justo como la imagen de una pi-

rámide (ambos bajo el presupuesto de que la construcción de un peldaño que es más amplio que el anterior no está “permitido”), trata de indicar que el proceso de creación del derecho debe respetar los límites establecidos. Es por ello por lo que Merkl denomina al proceso de creación del derecho “la *autocreación* (paso a paso) *del derecho*”¹² (“*der [stufenweisen] Selbsterzeugung des Rechts*”). Una norma será efectivamente creada, y será una norma válida, porque puede ser vista como una situación a través de la cual el derecho se crea a sí mismo, una situación por la cual un derecho es creado (una nueva norma es creada) por medio de la aplicación del derecho (a través de la aplicación de una norma existente).

Es necesario también hacer referencia a dos limitaciones de la representación pictórica de la construcción escalonada respecto a la creación de normas constitucionales. Antes que nada, en una Constitución que no incluye una cláusula pétrea sobre cómo modificar la Constitución, los cambios a ella, y la inclusión o exclusión de normas constitucionales no pueden ser representados por medio de una imagen. Una Constitución con limitantes sobre su modificación podría ser indicada por un primer peldaño con una anchura limitada, limitada por la cláusula pétrea. Una Constitución que no tuviera estas limitantes, por otra parte, podría cambiar hacia cualquier dirección; por lo tanto, el ámbito de construcción tendría que ser representado como (teóricamente) infinito. Una segunda limitación corresponde al hecho de que el uso de normas constitucionales para crear reformas constitucionales no resulta en la creación de un siguiente peldaño en la construcción jurídica, como sucede cuando las normas de la Constitución son empleadas para crear leyes, o las leyes son usadas para crear decretos. La creación de una norma constitucional a través de una reforma constitucional se traduce en un cambio al nivel de las normas constitucionales, no al nivel que se encuentra directamente por encima de las normas constitucionales.

IV. REPRESENTACIÓN PICTÓRICA DE LA CONSTRUCCIÓN ESCALONADA DE ACUERDO CON “EL PODER DEROGATORIO”

Si la autoría de la construcción escalonada de Merkl es reconocida raramente en el contexto de la discusión sobre la jerarquía de las normas, su teoría sobre la relación jerárquica de las normas con relación a su poder de derogación es prácticamente desconocida. Por tal motivo, antes de indicar cómo

¹² Merkl, Adolf Julius, “Prolegomena...”, *cit.*, p. 475.

los diferentes poderes derogatorios de las normas podrían ser representados pictóricamente, es apropiado destacar las ideas principales que soportan su teoría. En este contexto, un punto de partida adecuado es proporcionado por la observación siguiente:

La discusión sobre la relación de ambos órdenes (*Ordnungen*) requiere una vez más la indicación sobre la posible divergencia: es posible —y esto es demostrado una y otra vez en los ordenamientos jurídicos positivos— que una parte del derecho, que en la construcción escalonada de acuerdo con la condicionalidad jurídica esté superordinada, en la construcción escalonada conforme al poder derogatorio esté coordinada o subordinada. Esto destaca de la manera más clara la evidencia de que de acuerdo con ciertos ordenamientos jurídicos positivos, una regla sobre la creación del derecho puede ser derogada por una regla creada acorde con él. La regla —y desde esta perspectiva la más elevada— *condicionante* de la creación, por lo tanto, no *está superordinada* conforme a la construcción escalonada de acuerdo con el poder derogatorio. Que la prescripción a ser creada tenga que *corresponder* con la regla de creación, no quiere decir de ninguna forma, que esta (primera prescripción) no pueda *cancelar* (*aufheben*) la (regla de creación).¹³

La idea básica frente a la afirmación sobre la existencia de diferentes relaciones jerárquicas entre los mismos tipos de normas proviene del reconocimiento de que una jerarquía es siempre el producto del uso de cierto tipo de estándar de acuerdo con el cual los elementos analizados son considerados. Puesto que un ordenamiento jurídico contiene más de un tipo de norma, es posible analizar las relaciones jerárquicas de aquellas normas. Pero, ¿con qué propósito y de acuerdo con cuál estándar? Uno de estos criterios fue indicado en líneas superiores. Las normas pueden ser clasificadas al tomar en consideración las relaciones de condicionalidad como medida de clasificación (para su orden jerárquico). Si una norma de cierto tipo depende de una norma de otro tipo para ser creada válidamente (por ejemplo, si una ley depende de una norma constitucional para ser creada válidamente), entonces la primera norma es inferior jerárquicamente a la otra norma.

Sin embargo, ¿las relaciones que toman en consideración las condiciones para crear válidamente una norma son las únicas relaciones relevantes sobre las normas que existen? No, tal como se ha destacado, las normas se relacionan entre ellas de otras maneras. Aquí el estándar principal será indicado. Bajo ciertas circunstancias, una norma se relaciona con otra porque

¹³ Walter, Robert, *Der Aufbau der Rechtsordnung*, 2a. ed. (sin cambios), Viena-Manz, 1974, pp. 65 y 66.

la primera norma tiene como propósito derogar la segunda norma. Siempre que se cumplan algunas condiciones, una norma puede crear otra norma, y siempre que se cumplan otras condiciones, una norma puede derogar otra norma. Estas relaciones jerárquicas de derogabilidad que tienen las normas de un tipo con las de otro tipo pueden representarse, por ejemplo, con las dos figuras siguientes:

FIGURA 3

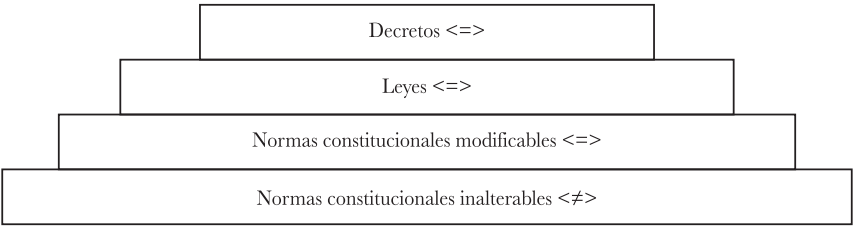
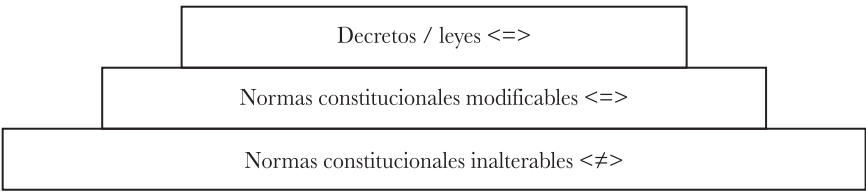


FIGURA 4



FUENTE: elaboración propia.

Las figuras 3 y 4 consisten en dos posibles representaciones del poder derogatorio de diferentes tipos de normas. A diferencia de lo que ocurre con la representación pictórica de la construcción escalonada de acuerdo con las relaciones de condicionalidad, en la representación de las relaciones jerárquicas entre las normas de acuerdo con su poder derogatorio es posible (bajo ciertas circunstancias) representar estas relaciones con sólo una construcción escalonada. Esto es posible, pero no necesario, puesto que un orden jurídico puede contener tanto el tipo de normas que siempre poseen las mismas relaciones jerárquicas frente a su poder derogatorio como el mismo tipo de normas con diferentes poderes derogatorios, de modo que algunas normas de determinada clase, debido a la materia que regulan u otro criterio, serán jerárquicamente superiores a las normas de otra clase, pero

algunas otras normas de esta primera clase serán jerárquicamente iguales a estas últimas normas.

Justo como ocurre con la representación pictórica de la construcción escalonada de acuerdo con las relaciones de condicionalidad, la representación pictórica de la construcción escalonada conforme al poder derogatorio también involucra cambios repentinos en la anchura entre los diferentes peldaños. Esto es significativo, puesto que una de las diferencias entre los tipos de normas es que algunas poseen un poder derogatorio más amplio que otras.

En las figuras 3 y 4, las normas constitucionales inalterables (si estas existen en una Constitución establecida) se encuentran en el peldaño más amplio, por dos motivos. En primer lugar, estas normas poseen la cualidad de no ser derogables por otras normas. En segundo lugar, estas normas pertenecen a este peldaño porque son las normas más poderosas desde el punto de vista de su poder derogatorio. Si sucede que una nueva norma constitucional inalterable es introducida y esta norma se encuentra en conflicto con otro tipo de norma, esta nueva norma constitucional deroga a la otra.

Los símbolos $\neq$ y $\Rightarrow$ indican otro aspecto de las relaciones derogatorias que las normas pueden tener entre sí. Normalmente las normas de una clase, por ejemplo, pueden derogar otras leyes. Ellas poseen este poder derogatorio, que es indicada con el símbolo $\Rightarrow$. La excepción a esta situación general comprende a las normas constitucionales inalterables. Puesto que estas normas son inalterables, ninguna norma constitucional inmutable posee el poder de derogar otras normas de este tipo, tal como se indica con el símbolo $\neq$.

Hablando en términos generales, las figuras 3 y 4 intentan representar dos configuraciones posibles de un orden jurídico frente al poder derogatorio de las normas. Tal como la comparación de las dos figuras deja claro, los diferentes órdenes jurídico podrían tener jerarquías concretas diferentes entre sus clases de normas, cuando su poder derogatorio es tomado como un estándar para el orden jerárquico. Ésta es la razón por la cual no siempre es correcto incluir un tipo de norma en cada peldaño de la construcción escalonada de acuerdo con el poder derogatorio de las normas.

V. DOS OBSERVACIONES SOBRE LA NECESIDAD DE VARIAS REPRESENTACIONES PICTÓRICAS

Dos interrogantes respecto a la representación pictórica del orden jurídico tienen que ser todavía discutidas; la primera, relacionada con el porqué al fi-

nal son necesarias dos construcciones escalonadas, y la segunda, respecto a las razones de la eventual necesidad de más de dos construcciones escalonadas.

Respecto a la primera de las preguntas, es importante subrayar que, como se indicó previamente, la construcción escalonada, de acuerdo con las relaciones de condicionalidad, desarrolla necesariamente numerosas ramas desde su primer peldaño, mientras que la construcción escalonada, de acuerdo con el poder derogatorio, puede ser representada por medio de una sola construcción escalonada. Esta diferencia refleja el hecho de que todas las normas de una clase (excepto cuando es establecida por el orden jurídico) poseen las mismas relaciones jerárquicas frente a su poder derogatorio que las normas de otra clase, mientras que dos normas de la misma clase, dos normas individuales, por ejemplo, podrían existir válidamente a través de la aplicación jurídica de normas de diferente tipo, tal como se indica por las normas individuales 1 y 3 de la figura 2. Ésta es la razón por la cual el intento de resumir las relaciones entre los tipos de normas por medio de una sola construcción escalonada tiene que ser visto como insuficiente o erróneo.

La segunda interrogante implica la discusión de cuántas relaciones jerárquicas podrían tener entre sí las normas de un orden jurídico. Este es un tema que recibió la atención de Merkl, tal y como se puede observar en el pasaje siguiente:

El rango sistemático de las formas individuales de la proposición jurídica [es decir, los tipos de normas jurídicas] en la construcción escalonada jurídica cambia en función de los varios principios jurídicos positivistas imaginables de clasificación alcanzables, de tal manera que una determinada forma de la proposición jurídica [un cierto tipo de norma] de acuerdo con el poder derogatorio [el poder de derogar normas] puede hallarse en otro peldaño de acuerdo con el principio de clasificación del grado de condicionalidad jurídica (la facultad de crear normas válidas). Por lo tanto, incluso en un solo ordenamiento jurídico pueden surgir muchas sucesiones de peldaños con secuencias diferentes de escalones.¹⁴

Merkl observó que en un solo ordenamiento jurídico se pueden encontrar “muchos principios jurídicos positivos imaginables de clasificación” y “varias sucesiones jurídicas de peldaños”, puesto que las condiciones para la creación válida de un cierto tipo de norma y el poder derogatorio de cierta clase de normas son dos “principios jurídicos positivos de clasificación”.

¹⁴ Merkl, Adolf Julius, “Prolegomena einer Theorie...”, *cit.*, pp. 479 y 480.

Son dos criterios según los cuales se pueden clasificar los distintos tipos de normas, pero no son los únicos posibles. Una consecuencia de esto es que la presentación de todas las relaciones jerárquicas de los tipos de normas podría requerir más de dos construcciones escalonadas.

Un ejemplo de un tercer principio de clasificación (y, consecuentemente, de la necesidad de una tercera construcción escalonada) puede hallarse al considerar el poder suspensivo de las normas. En algunos ordenamientos jurídicos, las normas no sólo poseen el poder de derogar otras normas, sino también de suspenderlas. La suspensión, en este contexto, existe como una vía para excluir una norma de un ordenamiento jurídico. Esto consiste en un camino para declarar que esta norma no es válida, pero no de una manera definitiva e inalterable, como sucede con la derogación de una norma. Una norma suspendida es una norma que, por un cierto tiempo, deberá ser tratada como si no hubiera existido; sin embargo, es posible para esta norma ser parte del conjunto de normas válidas de un ordenamiento jurídico una vez más.

Es posible describir el poder suspensivo de las diferentes clases de normas de los ordenamientos jurídicos en los que la suspensión es incluida como un efecto posible de una norma. Esto puede realizarse de la misma manera en que el poder derogatorio de las diferentes clases de normas es descrito; esta jerarquización podría ser relevante puesto que los tipos de normas podrían no tener necesariamente el mismo poder suspensivo en comparación con su poder derogatorio.

El poder suspensivo de una norma podría existir como una consecuencia de una estipulación concreta de la Constitución, tal como sucede en la Constitución brasileña (el artículo 24, § 4o., prescribe que “[l]a sobrevivencia de una ley federal sobre aspectos generales suspende la eficacia de la ley estatal, en lo que fuese contraria”),¹⁵ o como una consecuencia de la creación de una norma de cierto tipo que se encuentra en conflicto con una norma de otro tipo, en una situación en la cual el ordenamiento jurídico no permite la creación de la primera norma con dichas característica, tal y como expone Robert Walter en el siguiente texto:

Los efectos de cierto poder derogatorio —aunque sea solo limitada— afectan a los reglamentos con cierta forma jurídica cuando, de acuerdo con lo prescrito por una ley positiva, estos pueden impactar en la validez de un reglamento, aunque no pueden derogarlo por completo, puesto que de acuerdo con este poder derogatorio son defectuosos y deben ser excluidos cuando,

¹⁵ *Idem.*

por medio de su exclusión, la estipulación que estaba limitada en su validez adquiere una vez más una fuerza jurídica ilimitada. Aquí se puede indicar como ejemplo que, de acuerdo con el ordenamiento jurídico austriaco, los reglamentos con forma de decretos pueden hacer retroceder un reglamento con la forma de una ley, pero no pueden anularlo completamente. Lo mismo aplica para la relación entre las leyes y la ley constitucional.¹⁶

Independientemente de la razón por la cual cierta clase de normas jurídicas poseen un poder suspensivo, el punto central del tema es que el poder suspensivo que el ordenamiento jurídico atribuye a esta clase de normas podría no corresponder con el tipo de poder derogatorio que es atribuido a la misma clase de normas. Es por esta posibilidad que puede ser necesario representar las relaciones jerárquicas de las normas según su poder suspensivo con una construcción escalonada que sea diferente de la que representa las relaciones jerárquicas de las normas según su poder derogatorio. Si en un ordenamiento jurídico, por ejemplo, las leyes pueden derogar a los decretos, mientras que los decretos no pueden derogar a las leyes, pero ambos pueden suspenderse entre sí, entonces se necesita concretamente una tercera construcción escalonada para indicar que estas dos clases de normas poseen diferentes relaciones jerárquicas, y que esta diferencia se debe a la diferencia entre su poder derogatorio y suspensivo. En tal caso, las leyes y decretos ocuparían diferentes peldaños en la construcción escalonada de acuerdo con su poder derogatorio y el mismo escaño en la construcción escalonada según su poder suspensivo.

VI. CONCLUSIÓN

Las principales conclusiones sobre la representación pictórica de las relaciones jerárquicas entre las normas son que esta representación debe tener como punto de partida, al igual que cualquier otra clasificación jerárquica, la adopción de un criterio de jerarquización, al igual que la representación pictórica de estas relaciones jerárquicas requerirá una pluralidad de construcciones escalonadas. Demandará, cuando menos, dos de estas construcciones, y quizá todavía más, porque las propias normas pueden ser vistas desde diferentes perspectivas al tomar en consideración diferentes aspectos.

La creación de una norma puede considerarse, poseer las condiciones necesarias para crear válidamente una norma de cierto tipo, como un estándar.

¹⁶ Walter, Robert, *Der Aufbau der...*, cit., p. 58.

dar para su observación, pero la misma norma puede ser analizada también para saber cuál es su poder derogatorio. La jerarquización exige un criterio, una medida para clasificar los objetos analizados. Esta verdad general también es aplicable a las normas jurídicas, como subrayó Merkl. Si un ordenamiento jurídico posee diferentes estándares, y si la misma norma desempeña diferentes funciones, si puede, por ejemplo, justificar la creación válida de otra norma o la derogación de ésta, entonces es necesario describir este aspecto de esta norma. La necesidad de una pluralidad de imágenes para representar las relaciones jerárquicas entre las normas es una consecuencia del hecho de que los mismos tipos de normas desempeñan una pluralidad de funciones. Entre otros problemas, la representación usual de la teoría de la construcción escalonada (la representación indicada en la figura 1) tiene que ser criticada, porque no ilustra esta pluralidad de funciones que una norma jurídica desempeña, al igual que no indica que esta pluralidad de funciones refleja el tipo de relaciones que las normas pueden tener entre sí.

LAS NORMAS DE COMPETENCIA EN KELSEN

Carla HUERTA OCHOA*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Cualidad y función de las normas de competencia*. III. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

Antes de abordar el tema es importante recordar que Hans Kelsen fue un autor prolífico cuya obra se desarrolla a lo largo de un extenso periodo que abarca publicaciones suyas desde 1911 hasta 1979, en las que plantea diversos temas del derecho. Por lo mismo, algunas de sus tesis cambian a lo largo del tiempo, como él mismo lo reconoce cuando es así. Es una virtud del científico, continuar estudiando y discutiendo sus ideas con sus pares, revisar sus posturas y avanzar conforme se producen adelantos, en el caso específico, en la ciencia jurídica. Esto, más que una inconsistencia en Kelsen, muestra la evolución del pensamiento de uno de los más grandes filósofos del derecho del siglo XX. Su considerable contribución a la filosofía y a la teoría del derecho sigue siendo actual.

Kelsen cambió de opinión varias veces respecto de diversos temas, como la posibilidad de que se produzcan conflictos entre las normas jurídicas,¹ la relación entre la lógica y el derecho,² o la naturaleza de la norma básica, por

* Investigadora titular de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y profesora en la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho, ambos de la UNAM. Contacto: chuerta@unam.mx.

¹ Kelsen era consciente de que estos conflictos se podrían producir en la realidad, como señala en “Derogation”, por ejemplo, al sostener que: “There is no doubt that such conflicts between norms exist”. Sin embargo, en varias ocasiones sostuvo que no eran posibles, y ésta es su postura en la fase final de su obra. Kelsen, Hans, “Derogation”, *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, Viena, Europa Verlag, 1968, t. 2 (2), p. 1439.

² Sobre la evolución de la postura adoptada por Kelsen respecto de la aplicación de las reglas de la lógica al derecho, Yoshino, Hajime, “Zur Anwendbarkeit der Regeln der Logik

ejemplo. El trabajo intelectual desarrollado durante su vida ha sido agrupado por Stanley Paulson en tres fases: la primera, que denomina “constructivismo crítico” (1911-1921); la segunda, que considera como “clásica” (1921-1960), y la fase final, que califica como “escéptica” (1960-1973).³

Entre los objetivos de la obra de Kelsen en la primera fase se encuentra la “pureza” del método de la ciencia jurídica, que da lugar a la distinción entre “ser” y “deber ser” —central para su trabajo—, así como establecer que la ciencia jurídica es una disciplina que se ocupa del material normativo. En este periodo construye el aparato conceptual de su teoría y sienta las bases metodológicas de una teoría del derecho público. No obstante, Kelsen no se ocupa de las normas de competencia.

En la fase clásica, de la *Teoría pura del derecho*, encontramos diversos elementos distintivos de su teoría, como la concepción del derecho como sistema dinámico de normas, las relaciones de validez entre las normas o la Constitución lógica o norma básica —a la que Kelsen le asigna aquí la forma de norma de competencia—. La doctrina de la estructura jerárquica del sistema jurídico (*Stufenbaulehre*) se agrega durante la fase que Paulson llama “de transición” (1923), lo que lleva a la necesidad de reflexionar sobre las normas de competencia, especialmente porque la idea de la norma jurídica que determina la jerarquía es una norma de competencia. Lo mismo se puede pensar de la norma hipotética fundamental o norma básica de su teoría.⁴

En la fase escéptica, es decir la fase final, que en su inicio retoma doctrinas de la segunda edición de la *Teoría pura del derecho*, se abandona la idea de que las normas jurídicas se rigen por las reglas de la lógica; la norma básica es descrita como una ficción —lo cual presentará un problema para caracterizarla como norma de competencia—, y es aquí donde se encuentra finalmente un mayor desarrollo de las normas de competencia. En la *Teoría general de las normas* aparece la competencia como un tema constante de reflexión; sin embargo, hay que recordar que su obra póstuma, aunque Kelsen la dejó muy avanzada, fue concluida y publicada por el Instituto Hans Kelsen.

auf Rechtsnormen”, en *Die Reine Rechtslehre in wissenschaftlicher Diskussion*, Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Viena, Manz Verlag, 1982, t. 7, pp. 142-164.

³ Paulson, Stanley, “Introduction”, *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Stanley Paulson and Bonnie L. Paulson (eds.), Oxford, Clarendon Press, 1998, pp. XXIV-XXVII.

⁴ En la *Teoría general de las normas*, Kelsen sostiene que la norma fundamental es una norma de competencia que establece el órgano competente, aunque en esta fase ya no la concibe como una hipótesis, sino como una ficción. Kelsen, Hans, *General Theory of Norms*, Oxford, Clarendon Press, 1991, cap. 59, p. 257.

Como punto de partida hay que recordar que el objetivo de la labor teórica de Kelsen era explicar el derecho mediante el análisis del derecho positivo. Su *Teoría pura del derecho* “es una teoría del derecho positivo. Una teoría general del derecho, no una presentación o interpretación de un orden jurídico específico”.⁵ En esta obra, emplea el método analítico especialmente en relación con el concepto de norma, que explica a partir de la distinción entre “ser” y “deber”, que es la base del concepto de la norma.⁶

En consecuencia, para poder comentar la postura de Kelsen en materia de normas de competencia, no solamente hay que considerar múltiples elementos de su teoría del derecho, sino que hay que contextualizar cada uno de éstos. No obstante, como aquí solamente se ofrece un panorama general para ubicar la postura de Kelsen en materia de normas de competencia en el debate actual, conviene aclarar que este ensayo se enfoca en su aportación hecha en la *Teoría general de las normas* en la que se encuentra su principal contribución al tema. Para explicar sus tesis sobre la función y cualidad de las normas de competencia es por lo tanto necesario revisar los conceptos de competencia y de norma, por lo que se retoman algunos aspectos de su teoría sobre las normas. Cabe precisar, sin embargo, que al hablar de normas de competencia se hará referencia exclusivamente a las normas que atribuyen facultades a sujetos en posición de autoridad.

Así, tomando en cuenta la dificultad que implica analizar la actualidad de las tesis de Kelsen en materia de normas de competencia en virtud de la necesidad de recurrir constantemente a elementos desarrollados en distintos momentos de su vida, procederemos a hacer una sucinta explicación del tema.

II. CUALIDAD Y FUNCIÓN DE LAS NORMAS DE COMPETENCIA

La relevancia de las normas de competencia en el derecho es incuestionable. En Kelsen encontramos tres doctrinas centrales para su explicación: el derecho como sistema dinámico de normas, la estructura jerárquica que determina las relaciones de validez entre las normas, y el concepto de Constitución como norma suprema. Elementos de estas doctrinas aparecen constantemente en la explicación de las normas de competencia.

⁵ Kelsen, Hans, “The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence”, *Harvard Law Review*, vol. 55, núm. 1, noviembre de 1941, p. 44, disponible en: <http://www.jstor.org/stable/1334739>.

⁶ *Ibidem*, pp. 54 y 55.

Al tratarse de un concepto complejo, es preciso abordar los dos elementos que lo integran, los conceptos de norma y de competencia, para así poder comprender y contextualizar la postura de Kelsen sobre las normas de competencia.

El concepto de “norma” es central en la filosofía y en la teoría del derecho, y para Kelsen la distinción entre “ser” y “deber ser” se encuentra en el núcleo de este concepto.⁷ Si bien, como menciona Kelsen, etimológicamente el término “norma” —que procede del latín— designa principalmente una obligación, una prescripción, una orden,⁸ en su opinión, éstas no son las únicas posibilidades, como se verá más adelante. La palabra “norma” indica, sin embargo, que algo debe ser u ocurrir.

Según Kelsen, el sentido de una obligación solamente se puede describir como un “deber ser” (*Sollen*), por lo que la función de una norma es prever un comportamiento como debido.⁹ Cabe aclarar que cuando Kelsen sostiene en la *Teoría general de las normas* que toda norma establece un deber ser, el término “deber” se utiliza en un sentido más amplio que en el lenguaje ordinario, pues incluye todas las posibles “funciones normativas”: obligar, facultar, permitir y derogar.¹⁰ La función derogatoria es agregada apenas en 1979 a las funciones de las normas; en 1960 solamente menciona obligar, permitir y facultar a alguien.¹¹ Según Kelsen, una función es normativa si se relaciona con la producción de un efecto jurídico o la transformación del sistema jurídico, y sólo puede considerarse como tal en virtud de la naturaleza prescriptiva del derecho.¹²

Kelsen menciona que la función específica de la norma es la de “ordenar” (*gebieten*), que en su opinión equivale a prescribir —sobre todo porque la función del derecho no es describir—, y su objeto es la conducta, tanto en su forma activa como pasiva; en consecuencia, no es necesario diferenciar la obligación de la prohibición, pues se trata de una forma de deber que se distingue porque la conducta ha de realizarse u omitirse, respectivamente. En otras palabras, para Kelsen las normas son prescripciones sobre la conducta humana, conductas específicas.¹³

⁷ *Idem*.

⁸ Kelsen, Hans, *General Theory of...*, cit., nota 4, cap. 1, p. 1; cap. 5, p. 21, y cap. 27, p. 106.

⁹ *Ibidem*, cap. 9, p. 32.

¹⁰ *Ibidem*, cap. 1, p. 1, y cap. 25, p. 97. La función de permitir no se aborda en el presente ensayo, pues excede el propósito de éste, especialmente en virtud de las posibles interpretaciones de la permisón. Sobre esta función en Kelsen, *ibidem*, ch. 25 pp. 98-101.

¹¹ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 2a. ed., trad. de Roberto J. Vernengo, México, Porrúa, 2000, p. 18.

¹² Para Kelsen, el derecho es prescriptivo, no “informa”, *ibidem*, p. 84.

¹³ Kelsen, Hans, *General Theory of...*, cit., nota 4, cap. 25, p. 96.

Según Kelsen, la expresión lingüística de la norma es un enunciado de deber (*Sollsatz*).¹⁴ En la *Teoría general de las normas*, Kelsen sostiene que la norma puede ser entendida como significado (o significado-contenido) que prevé que algo debe ser o debe suceder, especialmente que una persona debe comportarse en cierta forma.¹⁵ Kelsen considera que las normas generales se expresan mediante enunciados hipotéticos que vinculan una consecuencia genéricamente especificada como obligatoria a una condición genéricamente especificada.¹⁶ Una norma jurídica depende de la norma superior conforme a la que es creada, y ésta es una norma de competencia, por lo que la norma superior contiene tres conceptos: el de un órgano competente, el de un supuesto de hecho condicionante, y el de una consecuencia jurídica.¹⁷ En otras palabras, un sujeto normativo específico, esto es, la autoridad competente, la condición para su realización y una consecuencia jurídica específica, son elementos de la norma de competencia.

En resumen, la norma jurídica es prescriptiva, no solamente por su función, sino porque es emitida por una autoridad con competencia, pues en opinión de Kelsen una norma no puede existir sin el acto de voluntad de creación normativa.¹⁸ El destinatario de la norma es una persona, pues las normas regulan conductas humanas; esto significa que la conducta humana regulada es obligatoria.¹⁹ De modo que, para Kelsen, cuando la autoridad emite una norma, con ella expresa su voluntad de hacer que el sujeto normativo se comporte de un modo específico.

Según Kelsen, la forma lógica de la norma jurídica es condicional, y su estructura se conforma por un supuesto de hecho, una cópula o enlace normativo mediante el que se produce la imputación y una consecuencia jurídica.²⁰ Como es sabido, Kelsen concibe al derecho como un orden coactivo, por lo que la sanción como acto coactivo es regulado como obligatorio. En su opinión, dado que la función de un sistema jurídico es prescribir, el acto

¹⁴ *Ibidem*, cap. 1, pp. 1, y 2. Esto lleva a pensar que Kelsen adopta una concepción semántica de la norma.

¹⁵ *Ibidem*, cap. 25, p. 97.

¹⁶ *Ibidem*, cap. 1, p. 7.

¹⁷ *Ibidem*, cap. 59, p. 262.

¹⁸ *Ibidem*, cap. 1, p. 3.

¹⁹ *Ibidem*, cap. 1, p. 8.

²⁰ Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die Rechtswissenschaftliche Problematik*, Aalen, Darmstadt, Scientia Verlag, 1994, p. 22. Kelsen sostiene que la cópula es el deber jurídico que en el enunciado normativo enlaza la condición con la consecuencia. Para Kelsen, la cópula expresa todos los significados del deber: obligar, facultar y permitir. Kelsen, Hans, *General Theory of...*, cit., p. 91.

coactivo se debe enlazar con determinados actos como resultado de la satisfacción de las condiciones respectivas previstas en las normas jurídicas que los prevean.²¹ Por lo tanto, las normas de competencia, en su calidad de normas jurídicas, también han de vincularse de manera más o menos directa con un acto coactivo, aunque no esté previsto en la misma disposición, para que de no ejercerse la competencia de manera debida se pueda imponer alguna forma de responsabilidad. La responsabilidad en el derecho, como señala Kelsen, es correlativa al deber.²²

Sin embargo, no todos los enunciados previstos en el derecho positivo contienen esos elementos en un mismo artículo, por lo que para identificarlos hay que realizar una interpretación sistemática para reconstruirlos en su forma hipotética: “Si A es, entonces debe ser B”, siendo A el supuesto de hecho condicionado y B la consecuencia jurídica. Kelsen reconoce esta posibilidad al explicar la tesis de la norma no independiente mediante la cual se puede conectar un supuesto de hecho con una sanción coactiva.

Para Kelsen, las normas jurídicas que prevén una sanción coactiva son normas primarias o “no dependientes”, mientras que las normas que solamente prevén un deber, esto es, una conducta, serían secundarias o normas jurídicas “no independientes”, pues dependen de otra norma para la imposición de la sanción.²³ Así, las normas jurídicas se complementan en un sistema en virtud de que forman una unidad, por lo que toda norma que no sea satisfecha debidamente puede ser enlazada, de manera incluso indirecta, con una sanción. En consecuencia, para Kelsen, las normas de competencia serían normas secundarias o dependientes, pues solamente otorgan un poder jurídico.²⁴

En relación con el sujeto normativo, esto es, a quien se dirigen las normas jurídicas, Kelsen distingue en la *Teoría general de las normas* el sujeto normativo mediato del inmediato. En su opinión, las normas generales al regular una conducta se dirigen al individuo solamente de manera mediata, pues los sujetos normativos de las normas hipotéticas generales son en realidad los sujetos facultados, y en ocasiones obligados, ya sea para ordenar de manera concreta

²¹ La sanción como acto coactivo resulta de la realización de un acto ilícito o contrario a lo previsto en una norma. *Ibidem*, pp. 123 y ss.

²² Para Kelsen, el concepto de responsabilidad jurídica está íntimamente relacionado con el de obligación jurídica, por lo que un comportamiento contrario está sujeto a una sanción. Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Máynez, México, UNAM, 1988, pp. 75 y 76; Kelsen, Hans, *General Theory of...*, *cit.*, p. 133.

²³ *Ibidem*, pp. 67-70.

²⁴ Según Kelsen, las normas secundarias son incompletas porque no prevén una sanción. *Ibidem*, p. 68.

o para ejecutar los actos que se impongan como sanción en caso de incumplimiento. Así entendido, según Kelsen, la norma jurídica reformulada a su forma ideal (supuesto de hecho – cópula – consecuencia jurídica) es en realidad una norma de competencia dirigida a la autoridad, pues faculta para imponer una sanción coactiva. Ésta es una conclusión comprensible, ya que para Kelsen el derecho es prescriptivo, y los deberes que establece deben ser cumplidos; de otra manera se ha de imponer una sanción.²⁵ En otras palabras, la norma-sanción formulada hipotéticamente (o norma completa en su forma ideal) faculta a los funcionarios para imponer sanciones. En consecuencia, en Kelsen el concepto de competencia es fundamental para la teoría de la forma ideal o estructura de la norma jurídica.

Kelsen menciona que en la lengua alemana se usan una variedad de términos para referir la función de “facultar” (*ermächtigen*), y los explica;²⁶ sin embargo, considera que en todos los casos refieren la misma función de atribuir a un agente la posibilidad de crear o aplicar normas.²⁷ En su opinión, facultar es una función del derecho que se refiere solamente a la conducta humana,²⁸ y aunque distingue entre facultades privadas y facultades públicas, no siempre utiliza un término distinto para diferenciarlas, por lo que el término “facultar” abarca ambas potestades, las cuales pueden, sin embargo, distinguirse a partir de los ejemplos que da. De modo que cuando el ejercicio del poder jurídico corresponde a la autoridad para otorgar leyes, emitir decisiones judiciales o resoluciones administrativas, por ejemplo, se trata de competencia en sentido estricto, y en esos casos utiliza el término *Kompetenz*.²⁹ La capacidad jurídica (*Handlungsfähigkeit*), en cambio, es la aptitud de una persona para producir consecuencias jurídicas mediante su conducta.³⁰

En la *Teoría general del derecho y del Estado*, Kelsen explica la competencia a partir de los conceptos de órgano y de imputación —central en la teoría del derecho de Kelsen—. La imputación es para Kelsen la relación específica entre el acto antijurídico y la sanción, esto es, la relación entre “la

²⁵ *Ibidem*, nota 4, cap. 14, p. 52.

²⁶ Se trata de la función de atribuir poder a alguien. En inglés se utiliza el término *empower* que equivale al alemán *ermächtigen* que significa atribuir poder o potestad; sin embargo, el término correspondiente en español en el lenguaje jurídico es el de “facultar”, y así ha sido traducido usualmente al español. *Ibidem*, nota 11, pp. 157-161.

²⁷ *Ibidem*, nota 4, cap. 26, p. 102.

²⁸ En la segunda edición de la *Teoría pura del derecho* dice que la función del derecho “designada como «facultamiento» se refiere sólo a la conducta humana”. Kelsen, Hans, *Teoría Pura del...*, cit., nota 11, p. 157.

²⁹ Kelsen, Hans, *General Theory of...*, cit., pp. 160 y 161.

³⁰ *Ibidem*, pp. 157-161.

sanción jurídica y el acto e, indirectamente, entre la sanción y el autor del mismo acto”.³¹ Para él, un órgano es “una persona que realiza una función específica” de creación o aplicación del derecho; estas funciones, sin embargo, en su opinión, “tienden, en última instancia, a la ejecución de una sanción jurídica”. Cuando un individuo tiene en lo personal un cargo jurídico, como funcionario, su acción se imputa al Estado.³² La relación que se produce entre el supuesto de hecho y la sanción jurídica a través de la cópula, un deber, es la de imputación normativa, que para Kelsen resulta de lo que él denomina “causalidad normativa”, que deriva de la estructura condicional de la norma jurídica.³³

Otra cuestión importante que Kelsen también explica es el tipo de deber que imponen las normas de competencia; en otras palabras, su carácter deóntico, que dado que el sujeto normativo es un funcionario sería de obligación. Si bien Kelsen señala que “el deber ser” característico de las normas jurídicas no siempre necesita coincidir con la obligación, ya que el sentido del deber es más amplio, en su opinión, una norma de competencia establece un “deber”. Es más, para él, incluso los permisos son deberes, pues facultar y permitir están relacionados con el deber que expresa todas las funciones normativas.³⁴

En su opinión, las normas de competencia se pueden entender como deberes relativos al poder para crear normas, incluso cuando no son expresadas así por el legislador. Sobre todo, porque en su opinión, la autoridad, sea legislativa, judicial o administrativa, en general es ordenada a actuar de una cierta manera.³⁵ Según Kelsen, en los casos en que existe la obligación de actuar conforme a la facultad conferida por una norma, entonces se puede considerar que la omisión de la acción es ilegal.³⁶

Para Kelsen, la función normativa de facultar es distinta a las de ordenar o permitir, pues la función de la competencia es conferir a un individuo poder para crear y aplicar normas.³⁷ En la *Teoría general de las normas* señala que no se trata de un permiso, pues cuando un órgano es facultado para crear y aplicar normas de una manera específica, entonces debe hacerlo así. Es más, el ejercicio de la competencia puede ser obligatorio.³⁸ En su

³¹ Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del...*, cit., nota 22, p. 108.

³² *Ibidem*, pp. 229 y 230.

³³ *Ibidem*, nota 20, p. 22, y nota 11, pp. 174-176.

³⁴ Kelsen, Hans, *General Theory of...*, nota 4, cap. 95, p. 97.

³⁵ *Idem*.

³⁶ *Ibidem*, p. 103.

³⁷ *Ibidem*, p. 102.

³⁸ *Ibidem*, p. 103.

opinión, la norma de competencia no tiene carácter permisivo, pues un permiso no puede ser cumplido, sólo puede ser usado.³⁹ Éste no es el caso de la norma de competencia, puesto que debe ser satisfecha en los términos previstos. Dada la condición para su ejercicio, debe ser realizada la acción; de otra manera se podría imponer una sanción al funcionario en cuestión. Según Kelsen, la función normativa de facultar puede ser reducida a la de obligación;⁴⁰ en otras palabras, el carácter deóntico de la norma de competencia sería de obligación.

Ya en la segunda edición de la *Teoría pura del derecho* sostiene Kelsen que la competencia es obligatoria, por lo que un funcionario “debe” ejercerla en los términos previstos en la norma de competencia, pues “el ejercicio de su función es contenido de una obligación específica, el deber correspondiente al cargo, cuyo cumplimiento se garantiza mediante medidas disciplinarias”.⁴¹ De modo que la norma de competencia es un deber ser, y su realización puede ser exigida, por lo que la conducta contraria a la ordenada, e incluso el no ejercicio de la competencia, pueden ser sancionados. Esto apunta de nuevo hacia el carácter deóntico obligatorio de las normas de competencia; en consecuencia, como señala Kelsen, no pueden ser entendidas como normas permisivas. En síntesis, como sostiene Kelsen en la *Teoría general de las normas*, la función normativa de atribuir competencia es distinta a las funciones de permitir y de obligar; sin embargo, en su opinión, facultar puede implicar obligar, como en el caso de la competencia para crear normas.⁴²

III. CONCLUSIONES

La teoría del derecho de Kelsen es una teoría formal que se enfoca en el aspecto dinámico del derecho, por lo que la explicación del derecho gira en torno a los procedimientos de creación y aplicación de las normas jurídicas. Es por ello que las normas de competencia tienen un papel preponderante en su teoría, aun cuando no fueron objeto específico de análisis desde un principio. En consecuencia, la explicación del derecho ha de tomar en cuenta la especial función y cualidad de las normas de competencia, ya que son las normas a partir de las cuales se crea y se desarrolla un sistema jurídico.

³⁹ *Ibidem*, nota 11, cap. 5, p. 21; cap. 27, p. 109.

⁴⁰ *Ibidem*, nota 4, cap. 59, p. 260.

⁴¹ Kelsen, Hans, *Teoría pura del...*, cit., nota 11, p. 300.

⁴² Kelsen, Hans, *General Theory of...*, cit., nota 4; cap. 26, p. 102.

Las normas de competencia no solamente son previstas en un sistema jurídico para regular los órganos, los procedimientos y los contenidos de las normas que han de ser creadas y aplicadas, sino que, como sostiene Kelsen, sirven para establecer relaciones de validez entre las normas, y además para exigir responsabilidad de los funcionarios que ejercen la competencia. Como señala Kelsen, toda norma jurídica ha de ser creada por el órgano competente,⁴³ por lo que de desviarse de la norma de competencia o no ejercerla cuando es debida, este incumplimiento puede enlazarse con una sanción que debe ser impuesta al funcionario responsable. Las relaciones de validez, a su vez, sirven para solucionar los conflictos que se pueden producir entre las normas.

Así, vemos cómo en la actualidad sigue siendo importante la postura de Kelsen en relación con la necesidad de concebir al derecho como un sistema dinámico de normas, pues esto hace posible la conexión de unas normas con otras. En materia de competencia, esto es muy importante, pues las personas que ejercen funciones con autoridad son responsables de las acciones que realizan en su ejercicio, tanto de la forma como las realizan como de su omisión, pues la competencia es atribuida para su ejercicio, y los actos indebidos o ilícitos que se lleven a cabo en el ejercicio de una función del Estado deben ser sancionados.

Entender las normas de competencia como permisos —en el sentido de facultad para hacer y no hacer— sería tanto como decir que el órgano competente puede decidir libremente no realizar la conducta incluso cuando se dieran las circunstancias para ello, y sin que hubiera consecuencia para la autoridad. Si bien es cierto que en ocasiones a un funcionario se le pueden atribuir facultades de ejercicio potestativo, en esos casos se debe siempre justificar la decisión tomada, y se deben asentar las razones de su decisión, especialmente cuando no se ejerce la competencia.

Pensar que una conducta no es sancionable porque el enunciado normativo que la regula no lo prevé, es no entender el derecho, pues no es necesario que todas y cada una de las normas jurídicas prevean una sanción coactiva, sino que en virtud de la unidad que forman se pueda vincular el incumplimiento de la conducta regulada con una consecuencia jurídica.

⁴³ *Ibidem*, cap. 59, p. 261.

UNA SOLUCIÓN DE INSPIRACIÓN KELSENIANA AL PROBLEMA DE LOS DESTINATARIOS DE LAS NORMAS

Mario GARCÍA BERGER*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El rechazo de Kelsen a la teoría imperativista*.
III. *La tesis kelseniana acerca de los destinatarios de las normas*. IV. *Normas
sin destinatarios*. V. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

El positivismo jurídico estuvo asociado en sus orígenes con una lectura imperativista de las normas,¹ pues si el derecho era formulado por personas dotadas de autoridad sus disposiciones debían ser prescripciones para realizar o abstenernos de ciertas conductas. En esta interpretación de las normas es esencial saber quiénes son sus destinatarios, porque si no hay imperativo sin imperador, tampoco lo hay sin imperado. Establecer el universo de individuos al que las prescripciones se dirigen se convierte así en una tarea indispensable. La discusión en torno a los destinatarios de las normas es también relevante para otros debates sobre quiénes deben interpretarlas, cuáles son los métodos más adecuados para ello, qué tipo de lenguaje es más conveniente que empleen los órganos productores de derecho para formular sus directivas, qué recursos disuasivos son más eficaces para alcanzar los propósitos de la legislación, entre otros.² Dos grupos de personas son los más

* Profesor investigador en la Universidad Autónoma de la Ciudad de México. Contacto: mberger@live.com.

¹ Véase, respectivamente, Austin, John, *Lectures on Jurisprudence*, Nueva York, Henry Holt and Company, 1875; Austin, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, Londres, John Murray, Albemarle Street, 1832.

² Dan-Cohen, Meir, “Decision Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law”, *Harvard Law Review*, núm. 3, 1984; Sandro, Paolo, “To Whom Does the Law Speak? Canvassing a Neglected Picture of Law’s Interpretive Field”, Gizbert-Studnicki, T,

obvios candidatos para fungir como receptores de las normas: los ciudadanos en general y/o los funcionarios encargados de la creación y aplicación del derecho.

Los argumentos empleados para defender una u otra opción están determinados en buena medida por la concepción de las normas que se sustente, ya que las razones para sostener que las prescripciones están dirigidas a un grupo o a otro de individuos varían de acuerdo con ésta. Así, por ejemplo, la teoría de que los actos de promulgación normativa son una suerte de procesos comunicativos mediante los cuales se pretende modificar la conducta de los ciudadanos se asocia naturalmente a la idea de que ellos son los destinatarios de dichos actos. Dentro de esta concepción hay espacio para introducir matices, porque es posible mantener la existencia de receptores directos e indirectos. Estos últimos pueden ser intermediarios (abogados, bufetes jurídicos o personas en general con conocimiento del derecho), cuya labor sería interpretar el significado de las “comunicaciones jurídicas”³ y transmitirlo a los receptores primarios; o simplemente individuos a los que no están dirigidas las normas en primera instancia, pero que de alguna forma se enteran de su contenido, como quien escucha accidentalmente una conversación, por lo que se convierten en receptores indirectos.⁴ En la tradición positivista encontramos también la tesis de que las normas se dirigen a los órganos estatales encargados de la aplicación del derecho.⁵ Este es el caso de Kelsen, para quien las normas no son imperativos, sino juicios hipotéticos que enlazan una conducta a otra mediante la categoría de imputación. Si éstas establecen que dado un ilícito una sanción es debida, era natural que Kelsen las concibiera dirigidas a los órganos aplicadores. En cambio, para Hart, los destinatarios de las reglas primarias (mandatos de acción o abstención), son los ciudadanos en general, mientras que los de las reglas secundarias (digamos las reglas procesales), son los funcionarios públicos. Un elemento común a las concepciones imperativistas es que suelen recurrir en su análisis a nociones como la de intención para esclarecer quiénes son los sujetos de los mandatos. A primera vista

Pleszka, K., Araszkiewicz, M., y Banas, P (eds.), *Problems of Normativity, Rules and Rule-following*, Suiza, Springer, 2015, pp. 265-280.

³ Stevenson, Drury, “To Whom is the Law Addressed?”, *Yale Law and Policy Review*, núm. 1, invierno de 2003, pp. 147, 148 y 164.

⁴ Dan-Cohen, Meir, “Decision Rules and Conduct Rules...”, *cit.*

⁵ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 12a. ed., trad. de Roberto J. Vernengo, México, Porrúa, 2002, p. 208; Stevenson, Drury, “To Whom is the Law...”, *cit.*, p. 139; Vinx, Lars, “Austin, Kelsen and the Model of Sovereignty”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 2011, p. 8.

parece natural que si queremos saber a quién va dirigida una disposición lo primero que necesitamos indagar son los propósitos de sus creadores.

En el debate sobre los sujetos de las normas se ha negado también que éstas se dirijan a grupos de individuos. De entrada, esto parece antiintuitivo, sobre todo si tenemos en cuenta que es una creencia muy extendida que las disposiciones jurídicas son prescripciones de acción o abstención. No obstante, la idea de un derecho sin sujetos no carece de atractivo teórico, pues evita los problemas que aquejan al imperativismo, aunque al costo de parecer irrelevante desde un punto de vista práctico. ¿Qué utilidad tiene, podríamos preguntarnos, una concepción que se desentiende de uno de los aspectos centrales del derecho, que es servir de guía a las acciones humanas? Si no sabemos a quiénes se dirigen sus disposiciones, no podemos establecer qué sujetos están obligados a obedecerlas. Aun así, se ha sostenido, por ejemplo, que las normas no son prescripciones, sino descripciones, por lo que el tema de sus destinatarios simplemente no se plantea. Ellas no serían mandatos con emisores y receptores, sino que tendrían el propósito de decirnos cómo es un cierto sector de la realidad, por lo que serían susceptibles de verdad y falsedad.⁶

En las páginas que siguen argumentaré que si renunciamos a la concepción imperativista y asumimos en su lugar la caracterización kelseniana de las normas en términos de juicios hipotéticos, el tema de sus destinatarios puede tratarse satisfactoriamente dentro de la teoría pura al enmarcarse en el ámbito de validez personal de éstas. Es ahí en donde se determina su extensión o dominio; es decir, los individuos a los que se aplican. Este enfoque tiene la ventaja de que formaliza la indagación sobre los sujetos de las normas en tanto cierta conducta de éstos se convierte en un elemento de su validez. Ello no significa negar la importante dimensión práctica de saber quiénes constituyen la audiencia de las normas y deben, por lo tanto, acatarlas, sino que más bien esclarece los terrenos más propicios para plantear esta pregunta si lo que nos interesa es maximizar el apego a las disposiciones normativas, determinar quiénes deben interpretarlas o elegir la clase de lenguaje para expresarlas. Este tipo de investigación puede incorporar elementos sociales, históricos, morales, políticos, psicológicos y cualquier otro que sea útil a nuestros propósitos prácticos.

La tesis que sostendré es que las normas no están dirigidas a las personas a la manera en que lo están los actos de habla que tienen emisores y receptores. Con este propósito introduciré la idea de que éstas hacen las

⁶ Hurd, Heidi M., "Sovereignty in Silence", *The Yale Law Journal*, núm. 5, 1990, pp. 996 y 999.

veces de instrucciones para la regulación social, las cuales no están dirigidas ni a los ciudadanos en general ni a algún grupo dentro de ellos: abogados u órganos estatales responsables de la creación y aplicación del derecho. En el propio Kelsen hay razones para sostener una visión de este tipo a pesar de que él manifiesta que los receptores de las normas son los órganos estatales. Tal inconsistencia entre la tesis explícita y la tesis implícita resulta de una tensión presente en su teoría, que suele entorpecer la adecuada comprensión de su carácter lógico-trascendental. Este conflicto se origina porque Kelsen se vale de ciertas ideas comunes, aunque poco precisas, sobre el derecho, a fin de facilitar la expresión de sus tesis centrales, las cuales a veces son incompatibles con nuestras intuiciones de lo que es un orden jurídico. Aunque este recurso expositivo puede ser útil, se corre el riesgo, si no tenemos el suficiente cuidado, de hipostatizarlo y convertirlo en objeto de la explicación. En este caso la confusión surge porque Kelsen no siempre mantuvo adecuadamente separadas las consideraciones sobre la naturaleza de los órdenes jurídicos de los objetivos políticos, económicos, sociales, culturales y de cualquier otra índole que éstos pueden perseguir. Si mantenemos en mente esta distinción, es posible concebir al derecho, desde un punto de vista práctico, a manera de instrumento para la regulación social, y a sus normas como las instrucciones para su uso.

En la concepción de las normas en términos de funciones o esquemas que conectan dos actos mediante la categoría de imputación, en los que una conducta (ilícito) es la condición de la otra (sanción), no tiene sentido la pregunta práctica que inquiere por sus sujetos. Dicho de otra forma, en esta estructura hipotética de las normas no encontramos respuesta a la interrogante sobre sus destinatarios. Algo similar sucede con las instrucciones para el empleo de una herramienta, tampoco ahí suele haber referencia a quiénes serán sus usuarios, salvo alguna indicación de los riesgos de manejarla bajo los efectos de ciertas sustancias o de una edad mínima para garantizar un uso seguro de ella. En suma, al contrario de la vieja sabiduría expresada en la fórmula *jus semper loquitur*, quiero argumentar que el derecho es silencioso, y quienes hablan son, en todo caso, sus creadores al proponerse objetivos que desean alcanzar mediante la regulación de la vida social.

II. EL RECHAZO DE KELSEN A LA TEORÍA IMPERATIVISTA

Ante la imposibilidad de concebir las leyes emitidas por la legislación a manera de órdenes, requerimientos, amenazas o cualquier otro tipo de comunicación, es necesario pensar en un modelo de las normas y de la creación ju-

rídica que no sea ni imperativista ni comunicativo. Esta sección proporciona algunos atisbos de tal modelo; para ello me serviré de las ideas de Kelsen en torno al ámbito de validez personal de las normas.

Si bien Kelsen parece admitir la concepción austiniana de las normas, en realidad su opinión, al igual que la de Hart, es que la virtud de ésta consiste en destacar ciertos elementos que son parte de nuestra intuición compartida de lo que es un sistema jurídico.⁷ Así, la idea de un soberano autorizado para promulgar leyes que se expresan mediante mandatos respaldados por amenazas de sanción, las cuales crean en los sujetos la obligación de acatarlas, hace referencia a las nociones de obligatoriedad, sanción, prescripción y autoridad asociadas a nuestra concepción común del derecho. Sin embargo, Kelsen rechaza que la concepción imperativista de las normas nos proporcione una adecuada comprensión de ellas. Baste ver que muchas disposiciones, como las que regulan la celebración de contratos entre particulares, no pueden entenderse de esta forma, pues los individuos contratantes no se ordenan a sí mismos realizar o abstenerse de ciertas conductas.⁸ Un mandato sólo tiene sentido cuando su emisor y su receptor son personas diferentes. Las normas surgidas de la costumbre tampoco se ajustan a este modelo, ya que aquí no existe un órgano facultado para su producción. De hecho, para Kelsen, ninguna norma es una orden, porque todas consisten en la imputación de una sanción a un ilícito, lo cual no tiene que ver con la emisión de un mandato por parte de un soberano para que los individuos se conduzcan de determinada manera a riesgo de sufrir consecuencias desagradables si lo desobedecen, sino que se trata de una forma o esquema lógico en el que el *Sollen* es una constante y las acciones que enlaza son las variables. En la *Teoría general de las normas* se hace una afirmación que reseña con claridad los problemas que enfrenta la teoría imperativista. Ahí se dice:

El acto cuyo sentido es una norma puede realizarse de manera muy diversa. Por medio de un ademán, por ejemplo, con cierto movimiento de su brazo, el policía de tránsito ordena que debemos detenernos; con otro movimiento, que podemos seguir caminando. Por medio de otros símbolos, por ejemplo, una luz roja del semáforo indica que el conductor de un automóvil debe detenerse, y una luz verde, que puede volver a avanzar. El acto puede realizarse por medio de palabras habladas o escritas, y la expresión lingüística de una norma puede aparecer en distintas formas gramaticales... No es

⁷ Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, 3a. ed., México, trad. de Eduardo García Máynez, UNAM, 1969, pp. 37-111; Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, trad. de Genaro R. Carrió, Argentina, Abeledo-Perrot, 1963, pp. 23-97.

⁸ Vinx, Lars, "Austin, Kelsen...", *cit.*, pp. 6 y 7.

la expresión lingüística la que es relevante para el problema lógico, sino el sentido... Por eso el problema lógico específico no es la lógica de los imperativos —como se formula a menudo—, sino la lógica de los mandatos, de los decretos, y —puesto que mandar, decretar, no es la única función normativa— la lógica de las normas.⁹

Los ejemplos aducidos en este pasaje de las señas del oficial de policía y de las luces del semáforo resaltan el carácter no imperativo de las normas y el hecho de que, en última instancia, lo fundamental no es el tipo de expresión lingüística en que se formulen, sino su lógica interna. Para Kelsen, desde una perspectiva estática, las normas son juicios hipotéticos que establecen las condiciones para la aplicación de sanciones. En cambio, si las miramos dinámicamente a fin de determinar el papel que juegan en los procesos de creación jurídica, las normas son atribuciones de competencia, porque establecen los actos que deben realizarse para la emisión de otras disposiciones, y facultan para ello a ciertos órganos.

III. LA TESIS KELSENIANA ACERCA DE LOS DESTINATARIOS DE LAS NORMAS

La concepción kelseniana de la estructura estática de las normas ha generado la idea de que éstas se dirigen a los órganos del Estado, ya que ellos son los encargados de la aplicación de las sanciones en caso de que los sujetos las incumplan. Esta idea se ve reforzada por la concepción dinámica de la “forma ideal” de las normas como atribución de competencias. Vistas desde esta perspectiva, decíamos, ellas establecen qué órganos son responsables de la producción jurídica en el nivel inferior y los procedimientos que deben seguir en esta tarea. La norma básica sería así la atribución original de competencia, porque faculta al primer legislador para emitir las disposiciones generales (Constitución) de un orden. Por lo tanto, dado que toda norma (salvo la sentencia situada en el nivel más bajo del sistema) faculta a ciertos órganos estatales para crear nuevas disposiciones, sus destinatarios no pueden ser sino éstos mismos. En este sentido, la norma básica constituye el facultamiento original mediante el cual se establece que la coacción ha de aplicarse conforme lo indica el primer legislador histórico, otorgándole a éste competencia para producir nuevo derecho.¹⁰

⁹ Kelsen, Hans, *Teoría general de las normas*, trad. de Hugo Carlos Delory Jacobs, México, Trillas, 2007, p. 156.

¹⁰ Kelsen, Hans, *Teoría pura...*, cit., pp. 201-217.

Al sólido sustento textual de esta posición hay que añadir que para Kelsen la llamada norma secundaria, la que establece la obligación de los sujetos de no hacer aquello que el derecho prohíbe, es sólo el reflejo de la norma primaria, la que dicta las sanciones que han de aplicarse en caso contrario. Que yo tenga la obligación de conducirme conforme a las disposiciones del sistema jurídico no quiere decir otra cosa que si no lo hago debo ser sancionado de acuerdo con ellas. Así, la norma secundaria no es necesaria en una exposición científica del derecho, y sólo es un recurso para facilitar su comprensión. Esta tesis central de Kelsen refuerza la idea de que las normas no están dirigidas primariamente a los ciudadanos, pues su obligación de acatarlas es analizable en términos de la sanción debida en caso de desobediencia. Sin embargo, también hay elementos en su doctrina para sostener que los destinatarios de las disposiciones del orden jurídico son los ciudadanos. Stanley Paulson hace referencia a varios aspectos de la teoría pura de los que parece derivarse que los receptores de las normas son los sujetos obligados o los ciudadanos: la tesis del no reduccionismo semántico; la idea de la validez jurídica como obligatoriedad; el significado de los conflictos normativos y la doble formulación de la *Grundnorm*. Sin entrar en detalles sobre los primeros tres aspectos, es interesante destacar que para este autor la noción de obligatoriedad que aparece en ellos es siempre traducible en términos de las disposiciones que imponen sanciones.

Analicemos la formulación de la norma básica que da apoyo a la tesis de que los destinatarios de las disposiciones jurídicas son los ciudadanos. Conforme a ella, la *Grundnorm* nos impone el deber de comportarnos de la forma que lo determine el legislador original. En la segunda edición de la *Teoría pura* de 1960 se afirma:

Así como Kant pregunta cómo es posible una interpretación, libre de toda metafísica, de los hechos dados a nuestros sentidos en las leyes naturales formuladas por la ciencia natural, la teoría pura del derecho pregunta: ¿cómo es posible la interpretación, que no eche mano de autoridades metajurídicas, como dios o la naturaleza, del sentido subjetivo de ciertos hechos, como un sistema de normas jurídicas válidas objetivamente, descriptibles en enunciados jurídicos? La respuesta gnoseológica de la teoría pura del derecho es: bajo condición de que se presuponga la norma fundante básica “uno debe comportarse como la constitución lo prescribe”, es decir, como corresponde al sentido subjetivo de los actos de voluntad que establecieron la constitución, conforme a las prescripciones del constituyente.¹¹

¹¹ *Ibidem*, pp. 209 y 210.

Pero ya desde 1935, en la *Teoría general del Estado* encontramos una enunciación de la norma básica que, según el mismo Paulson, da lugar a una versión fuerte de la autoridad como fuente de la obligatoriedad jurídica. Ahí se dice:

El contenido genérico de la norma originaria que fundamenta el sistema del orden jurídico es el establecimiento de una autoridad, de una fuente del derecho cuyas manifestaciones tienen fuerza jurídica de obligar: “comportamientos como os ordene la autoridad jurídica —el monarca, la asamblea popular, el parlamento, etc.”.¹²

En la doble formulación de la norma básica como facultamiento y prescripción original confluyen dos impulsos centrales que reflejan una lectura débil y otra fuerte de la autoridad. Ambas interpretaciones, dice Paulson, atraen a Kelsen, pues la primera es congruente con su formalismo, en tanto la autoridad se concibe como un conjunto de facultades para iniciar procesos de creación normativa. En dirección opuesta, su insistente rechazo de las teorías positivistas del derecho de corte reduccionista lo inclina hacia la lectura fuerte de la autoridad, en la cual la norma básica es el fundamento de la obligatoriedad jurídica, que muchos autores leen desde una perspectiva moral. Paulson rechaza pronunciarse sobre cuál de las dos concepciones debe atribuirse a Kelsen, y afirma que ambas visiones son defendibles. Sostiene también que el alegato kelseniano de haber conseguido una vía explicativa intermedia entre el positivismo reduccionista y el iusnaturalismo sólo tiene sentido si partimos de una lectura fuerte de la autoridad.¹³

¹² Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado*, trad. de Luis Legaz y Lacambra, México, Editora Nacional, 1965, p. 128.

¹³ Paulson, Stanley L, “The Weak Reading of Authority in Hans Kelsen’s Pure Theory of Law”, *Law and Philosophy*, núm. 2, marzo de 2000, p. 171. En este debate sobre las interpretaciones de la norma básica, Uta Bindreiter ha señalado que para Paulson la norma básica es el fundamento último del derecho en tres sentidos: desde una perspectiva dinámica, como origen de la competencia jurídica; estáticamente, a manera de principio de la validez legal y, por último, normativamente, en forma de fundamento de la obligación jurídica. Dice también que la tesis de Kelsen de que la norma básica ordena observar la Constitución es confusa, pues no distingue los distintos conjuntos de sujetos a los que ésta se dirige: los órganos legislativos y los individuos cuyas acciones se guían por las disposiciones constitucionales. Sólo en el caso del segundo grupo, concluye, tiene sentido la orden de observar la Constitución. Me parece que el sentido normativo de la *Grundnorm* da lugar a una lectura moral de ella que es ajena al principio de pureza metodológica de la teoría kelseniana. Por otra parte, el principio estático de la validez jurídica, que Bindreiter adscribe a Paulson, es realmente una noción nomodinámica porque una norma es válida cuando se puede dar cuenta de la cadena de disposiciones que regularon su creación; es decir, cuando ésta ha sido producida o aplicada por un órgano

Ahora bien, ¿es realmente necesaria la lectura de la norma básica en términos de mandato de obediencia a las disposiciones de la Constitución? Mi posición es que esta interpretación es prescindible. Si seguimos hasta sus últimas consecuencias la tesis de Kelsen de que la noción de obligación puede reconducirse en todo momento a la competencia, entonces no hay razones teóricas de peso para mantener la interpretación fuerte de la autoridad dentro de la teoría pura, salvo porque facilita la exposición del derecho. Ello siempre y cuando este uso no termine por convertirla, lo que en realidad es una herramienta metodológica, en la noción clave de la ciencia jurídica. Además, no hay que perder de vista que a esta lectura suele dársele un sentido moral, pues la obligación de conducirse conforme a las normas del orden jurídico, es decir, la normatividad del derecho o su fuerza vinculante, hace referencia generalmente a una especie de compulsión interna que nos lleva a ajustar nuestro comportamiento a las normas. Este concepto debe ser rechazado, ya que va en sentido contrario al ideal de pureza metodológica pregonado por Kelsen, y al que nunca renunció a lo largo de su vida. Por lo tanto, si la enunciación de la norma básica como fundamento de la obligación jurídica es superflua, entonces debe descartarse que las normas estén dirigidas a los ciudadanos, a los sujetos al derecho.

IV. NORMAS SIN DESTINATARIOS

Mi tesis, decía en la introducción, es que las normas, a pesar de lo que Kelsen indica, tampoco están dirigidas a los órganos del Estado. Intentaré demostrar que una aplicación consecuente de las premisas kelsenianas nos lleva a la conclusión de que sostener que ellos son los destinatarios de las normas es, otra vez, sólo un recurso expositivo que no debe tomarse literalmente, pues se corre el riesgo de convertir dicha herramienta en una tesis sustantiva. En otras palabras, de la misma manera que sucedía con la lectura fuerte de la autoridad, aquí también se verifica una especie de hipostatización de los sujetos de las normas, pues lo que en realidad constituye solamente su ámbito personal de validez se transforma en sujetos psicofísicos.

Kelsen define la validez de una norma como su existencia. Ella es válida porque existe; es decir, porque ha sido creada de acuerdo con otras disposiciones superiores del orden jurídico que regulan su producción. Las normas poseen cuatro tipos de validez: espacial, temporal, material y personal. Esta

competente. Esto significa poner en el centro de la explicación de la norma básica el concepto dinámico de facultad. Cfr. Bindreiter, Uta, *Why Grundnorm? A Treatise on the Implications of Kelsen's Doctrine*, La Haya, Kluwer Law International, 2002, pp. 21-23 y 80.

última esfera es fundamental para esclarecer quiénes son los destinatarios de las normas, ya que se refiere al conjunto de personas al que ellas obligan. En la *Teoría general de las normas*, Kelsen hace una serie de consideraciones sobre la validez personal que resultan esclarecedoras de lo que tenía en mente con dicha noción. Veamos detenidamente cada uno de estos pasajes, que son claves para lo que queremos sostener.

El que una norma vaya “dirigida” a una persona significa solamente que es debido un *comportamiento* de esta persona, es decir, un comportamiento humano. No se está refiriendo al hombre como tal en la totalidad de su existencia y de su comportamiento, sino a un determinado *comportamiento* humano que la norma señala. La norma “se dirige a una persona”, estableciendo como debido un determinado comportamiento de *una* persona o de un *número* determinado o indeterminado de individuos. “Destinatario de la norma” es tan sólo una forma de expresión que señala que el comportamiento estipulado por la norma como debido constituye un comportamiento humano, el comportamiento propio de un hombre.¹⁴

Unas páginas después se insiste en que es necesario no perder de vista que:

...la expresión: “La norma va *dirigida* a un hombre” no significa otra cosa que la norma establece como debido el comportamiento de una persona o de un número determinado o indeterminado de personas, o sea, un comportamiento humano, y no otro tipo de suceso... El llamado *destinatario de la norma* no es más que una parte constitutiva inseparable de *aquello* que se establece como debido en la norma, o sea, el elemento personal del comportamiento normado.¹⁵

¿Qué significa entonces que una persona está sometida a las normas o que éstas son obligatorias para ella?

Aquí es necesario tener en cuenta que el objeto de las normas, es decir, que aquello que las normas prescriben es un determinado comportamiento humano, pero no —cosa que se afirma con frecuencia— el hombre mismo. Si decimos: las normas de la moral o del derecho están dirigidas a las personas, o los hombres están subordinados a las normas, se está atendiendo a la parte psicológica del problema normativo. El hombre es *destinatario* de las normas, o sea, sujeto del comportamiento prescrito por las mismas. Desde el punto de

¹⁴ Kelsen, Hans, *Teoría general de las normas...*, cit., p. 26.

¹⁵ *Ibidem*, p. 46.

vista de un conocimiento enfocado en el objeto de las normas, el hombre entra en consideración no como un ser viviente específico, sino que se está poniendo énfasis sólo en un comportamiento de los hombres perfectamente determinado, y sólo en referencia a este comportamiento perfectamente determinado está el hombre “sometido” a un orden normativo, en calidad de sujeto de una obligación, de una autorización o un permiso positivo. No es el hombre mismo quien corresponde o contradice una norma —como suele decirse—, sino un muy específico comportamiento del hombre...¹⁶

Vemos entonces que el lenguaje de los destinatarios de las normas es una antropomorfización de lo que en realidad sólo constituye el hecho de que éstas establecen como debidas ciertas conductas humanas. Cuando en lugar de un elemento formal se pone al ser humano psicofísico, se realiza una hipostatización, consistente en transformar un concepto en un objeto. Con lo que además el problema de los sujetos de las normas se desplaza fuera del terreno de la ciencia del derecho. El tema ya no son los elementos estructurales de éstas, sino los individuos sometidos a ellas. Al preguntarnos por los destinatarios de las disposiciones de un orden, lo que suele interesarnos es cómo lograr que éstas sean realmente obedecidas para alcanzar así los objetivos del derecho.¹⁷ Apuntábamos al inicio que esta derivación del problema de los sujetos de las normas genera una serie de reflexiones adicionales que tienen que ver con cuál es el lenguaje más apropiado para lograr una adecuada transmisión del significado del acto de habla normativo, con la decisión de quiénes son los intérpretes primarios de las leyes o con cuáles son las mejores estrategias comunicativas para que las disposiciones jurídicas lleguen a su público objetivo. Dice Kelsen que sólo en el caso de la aplicación de una sanción a un sujeto es posible comprender a éste como un ser humano en su totalidad, pues con la sentencia el orden jurídico alcanza su último grado de positividad y, por decirlo así, se conecta con los hechos. De esta manera, se puede afirmar, por ejemplo, que la pena de prisión o de muerte se dirige a individuos en su unidad biológico-psicológica.¹⁸ Tenemos entonces que los destinatarios de las normas son relevantes en el momento en que nuestras preocupaciones son el logro de los objetivos que animan la creación normativa. En este sentido, podrían incluso darse circunstancias como las que señala Dan-Cohen, en las cuales la mejor forma de que los ciudadanos se abstengan de ciertas conductas es evitando en lo posible que conozcan la existencia de

¹⁶ *Ibidem*, p. 100.

¹⁷ Dan-Cohen, Meir, “Decision Rules and Conduct Rules...”, *cit.*

¹⁸ Kelsen, Hans, *Teoría general de las normas...*, *cit.*, p. 153.

normas que podrían alentar la comisión de ilícitos, como las que disminuyen las sanciones de actos cometidos bajo condiciones consideradas extremas.

Un fenómeno similar de hipostatización de un concepto jurídico, afirma Kelsen, ocurre con la noción de derecho. Que un individuo tenga un derecho significa que una conducta suya constituye el objeto de una facultad; es decir, que mediante tal acto (condición) puede iniciarse un procedimiento para reclamar una serie de acciones u omisiones por parte de una autoridad.¹⁹ Sin embargo, es frecuente que se hable de los derechos en términos de algo que se posee. Otro tanto sucede con la noción de pueblo. Mientras que para la doctrina jurídica tradicional el pueblo es una entidad natural con capacidad de querer, sentir y pensar, para Kelsen se trata de un concepto normativo: un sistema de actos individuales con consecuencias normativas; esto es, un complejo de normas o centros de imputación. En todos estos casos se da una tergiversación del significado de nociones jurídicas que se transforman así en entidades naturales o cuasimetafísicas. Esta tendencia mistificadora se da, por ejemplo, al definir al Estado como una realidad psicosocial o una “voluntad colectiva”. Con esta última fórmula se expresa el contenido coincidente de una pluralidad de voluntades individuales, pero se tergiversa si pensamos que se refiere a una voluntad supra-individual realmente existente. De esta forma, lo que es una condición para atribuir a un individuo una conducta particular (que ésta sea voluntaria), se transforma en una entidad con existencia propia; en otras palabras, una función se transfigura, mediante hipóstasis, en una sustancia que asume el papel de sujeto real de la conducta.²⁰ Un proceso similar tiene lugar cuando se piensa que el Estado, en tanto orden coactivo de la conducta humana, son los individuos que coexisten bajo esta regulación en vez de dicho orden en sí mismo. De nuevo aquí la atención se desplaza de la esfera ideal del orden al ámbito empírico de los individuos cuyas conductas constituyen el contenido del derecho. Así, lo referido sustituye a la referencia, aquello que se relaciona se pone en lugar de la relación. En suma, la función se abandona por la substancia.²¹

V. CONCLUSIONES

Decíamos al inicio que las disposiciones de un orden pueden verse, desde un punto de vista práctico en cuanto a su uso, en forma análoga a las ins-

¹⁹ Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho...*, cit., pp. 110 y 111.

²⁰ Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado...*, cit., p. 12.

²¹ *Ibidem*, p. 123.

trucciones para la regulación social. Como las indicaciones para un juego de mesa que no se dirigen a personas en específico, pero que debemos seguir si queremos jugar una partida, las normas pueden pensarse a manera de instrucciones, sin destinatarios, para organizar la vida que es necesario acatar si queremos lograr los objetivos de un orden jurídico. Así, la técnica del derecho para normar la conducta humana consiste en la conexión de actos mediante la categoría de imputación, de los cuales el primero (ilícito) es la condición del segundo (sanción). Esta concepción funcional de las normas que cumplen el papel de instrucciones para la interacción en sociedad encuentra apoyo en el marco conceptual neokantiano de la teoría pura. El impulso trascendental y la intención de eliminar de la ciencia del derecho todos los elementos que no sean estrictamente jurídicos sirven de sustento a la idea de que los seres humanos como entidades psicofísicas no son parte de su entramado conceptual, por lo que la tesis de que las normas son actos de habla dirigidos a una cierta audiencia no tiene sentido dentro de ella. Afirmábamos que el que Kelsen sostenga que las disposiciones jurídicas están destinadas a los órganos del Estado para que apliquen la coerción conforme lo dispone el legislador o, en su caso, a los individuos para que se comporten de acuerdo con las normas del orden, resulta incongruente con dicho marco conceptual. Kelsen no siempre mantiene adecuadamente separadas su caracterización trascendental del derecho de las consideraciones extracientíficas sobre los propósitos o la eficacia del derecho. Es en el campo de la política o de la sociología jurídica en donde hay que situar estas reflexiones, pero al ser más sencilla la exposición del derecho si hablamos de destinatarios de las normas, de éstas como actos de habla y de una voluntad que los expresa, terminamos incorporando estas nociones, que sólo son un recurso expositivo, al esquema de conceptos de la ciencia jurídica. Así, pensamos que los seres humanos son parte del derecho porque a ellos están dirigidas sus disposiciones, y perdemos de vista que éstos entran en él sólo en la medida en que sus conductas son un elemento de la validez formal de las normas. Tenemos entonces que si el derecho, a decir de Kelsen, es una técnica para la regulación social, las normas, pensadas como funciones, son las instrucciones para su empleo.

UNA SENDA QUE SE BIFURCA. LA CIENCIA JURÍDICA ENTRE EL SER Y EL DEBER*

Riccardo GUASTINI**

SUMARIO: I. *Distinguiendo entre derecho y ciencia jurídica.* II. *Las proposiciones jurídicas como enunciados fácticos.* III. *Enunciados jurídicos como enunciados de deber.* IV. *Validez entre ser y deber.* V. *Confusión entre la lógica de las normas y la lógica de los enunciados jurídicos.*

I. DISTINGUIENDO ENTRE DERECHO Y CIENCIA JURÍDICA

Una de las principales preocupaciones de Kelsen (de hecho, durante toda su vida) fue distinguir, claramente, entre el derecho y la ciencia jurídica:

La ciencia del derecho no puede, ni debe —ni directa, ni indirectamente— crear derecho; debe limitarse a conocer el derecho que crean los legisladores, las autoridades administrativas y los jueces. Esta renuncia, indudablemente dolorosa para el jurisconsulto, porque contraviene el interés comprensible de su estado, es un postulado esencial del positivismo jurídico que, en franca oposición a toda doctrina del derecho natural, abierta o encubierta, rechaza resueltamente el dogma de que la doctrina sea una fuente del derecho.¹

* Este artículo fue publicado originalmente como: Guastini, Riccardo, “A Path that Forks. Legal Science between Is and Ought”, *Analisi e Diritto*, 2021, pp. 107-113.

Traducción al castellano por Augusto Fernando Carrillo Salgado, estudiante del doctorado en derecho por la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM. Contacto: augustoc@uam.mx. ORCID-ID: <https://orcid.org/0000-0001-6107-4917>. El traductor agradece al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (Conacyt) por el financiamiento para realizar la traducción de este documento.

** Profesor emérito del Instituto Tarello para la Filosofía del Derecho, Departamento de Jurisprudencia, de la Universidad de Génova, Italia. Contacto: gustini@unige.it.

¹ Kelsen, Hans, “Préface”, en Eisenmann, Charles, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d’Autriche*, Francia, L. G. D. J., 1928, p. 7; reimpreso por Économica-Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 1986; reimpreso en *Lo Stato*, VI, núm. 10, 2018, pp. 199-203.

En particular, en la *Teoría general de las normas* (*Allgemeine Theorie der Normen*),² Kelsen critica con dureza la “tendencia a identificar también la ciencia de la ética con su objeto, la moral, y la ciencia jurídica con su objeto, el derecho, y a hablar de las dos como ciencias «normativas», en el sentido de ciencias que establecen normas, que producen preceptos, y que no se limitan a describir normas como un objeto que les viene dado”.³ Acusa a

...aquellos representantes de la ciencia jurídica que consideran como tarea suya no tanto conocer y describir objetivamente el derecho positivo como más bien justificar o poner en cuestión su validez desde el punto de vista moral y político, y de ese modo, bajo la bandera del *conocimiento* objetivo del derecho, emprender una *valoración* del derecho sumamente subjetiva.⁴

Kelsen tenía razones morales y políticas (o constitucionales) para defender firmemente la distinción entre derecho y ciencia jurídica.

Primero, Kelsen respaldó la “moral interna” de la ciencia (como podríamos llamarla). “El principio fundamental de la ciencia [es] la verdad”.⁵ El derecho es un conjunto de normas, y las normas son el resultado de actos de voluntad, esto es, decisiones políticas “arbitrarias”⁶ —no poseen valores de verdad, y su contenido está condicionado por los valores morales de las autoridades creadoras de derecho—. La ciencia jurídica, por el contrario, como cualquier otra ciencia, es una simple empresa cognitiva, un conjunto de oraciones libres de valores, descriptivas, aptas para la verdad.

[L]a doctrina jurídica no puede hacer actos de producción de derecho, ya que los actos de formación de derecho son actos de *voluntad*, y la ciencia o doctrina jurídica en cambio es función del *conocimiento*, no de la voluntad.⁷

La interpretación de las normas jurídicas es *conocimiento* del derecho, y el conocimiento del derecho no puede crear normas, es decir, hacerlas válidas, ni revocar su validez, la interpretación no puede resolver conflictos entre normas.⁸

Segundo, Kelsen tuvo una actitud política de respeto hacia aquellas reglas positivas, materialmente constitucionales, que regulan la creación del

² Kelsen, Hans, *General Theory of Norms*, trad. al inglés de Michael Hartney, Oxford, Clarendon Press, 1991, en adelante *GTN*.

³ *Ibidem*, p. 1.

⁴ *Ibidem*, p. 117.

⁵ Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1945, p. xvi. En adelante *GTLS*.

⁶ Kelsen, Hans, *GTN*, p. 4.

⁷ *Ibidem*, p. 118.

⁸ *Ibidem*, p. 225.

derecho. La creación del derecho es la tarea exclusiva de aquellos órganos competentes que están facultados por las reglas jurídicas.⁹ Los juristas no son autoridades jurídicas,¹⁰ no están habilitados para crear derecho, no poseen competencia jurídica para legislar.

Dado que el derecho regula su propia producción y aplicación... [s]olo los individuos a los que el orden jurídico ha conferido ese poder pueden producir o aplicar normas jurídicas.¹¹

La doctrina jurídica sólo puede afirmar que una determinada norma jurídica es válida, puede describir las relaciones entre normas jurídicas y entre normas jurídicas y otras normas, pero no puede otorgar validez a las normas ni tampoco privarlas de validez. Sólo una *autoridad* jurídica, como un legislador o un juez, pueden hacerlo.¹²

La ciencia jurídica “no puede establecer normas, o prescribir algo”;¹³ tampoco es competente para resolver los conflictos existentes entre normas —*v. gr.* por medio de interpretación—, es decir, para anular la validez de normas establecidas, como para establecerlas.¹⁴

De esta forma, distinguir entre derecho y ciencia jurídica —entre las normas jurídicas y la descripción doctrinal (*juristic*) de las normas— es un punto crucial para la teoría pura. Sin embargo, Kelsen parece incapaz de proporcionar una explicación coherente y satisfactoria, tanto de la forma gramatical como de la forma lógica, de las proposiciones jurídicas (*legal statements*); esto es, de los enunciados a través de los cuales los juristas describen (se supone) al derecho. En particular, no sabe decidir si las proposiciones jurídicas son empíricas (enunciados de ser) o normativas (enunciados de deber). Esto se encuentra especialmente claro en su póstuma *Teoría general de las normas* (*Allgemeine Theorie der Normen*).

II. LAS PROPOSICIONES JURÍDICAS COMO ENUNCIADOS FÁCTICOS

Las proposiciones jurídicas (*Rechtssätze*) —insiste Kelsen— no son normas (por supuesto, no lo son), sino enunciados *sobre* las normas.

⁹ *Ibidem*, p. 27.

¹⁰ *Ibidem*, p. 155.

¹¹ *Ibidem*, p. 102.

¹² *Ibidem*, p. 118.

¹³ *Ibidem*, p. 153.

¹⁴ *Ibidem*, p. 127.

Ahora bien, se pueden afirmar una gran cantidad de propiedades diferentes de una norma determinada: por ejemplo, que tal norma ha sido realmente promulgada, que es (o no) eficaz, que es (o no) válida, etcétera.

Sin embargo, los únicos enunciados que Kelsen tenía en mente eran proposiciones sobre la *validez* de las normas (“La proposición sobre una norma; es decir, el enunciado de que una norma es válida...”),¹⁵ que se supone “describen” las normas a las que hacen referencia.¹⁶

Además, “[p]ara existir —es decir, para ser *válida*— la norma tiene que ser establecida mediante un acto de voluntad. No hay norma sin un acto de voluntad que la establezca o —como muy a menudo se formula este principio— no hay imperativo sin *imperator*, no hay mandato sin alguien que mande”.¹⁷ Por lo tanto, la validez, la verdadera existencia de una norma positiva —su presencia en el mundo (aunque, a decir verdad, una presencia “inmaterial”)—¹⁸ parece ser una cuestión de hecho (ciertamente, un tipo especial de hecho, porque solamente los individuos competentes pueden promulgar normas válidas, esto es, vinculantes).¹⁹ La validez de una norma está condicionada a su promulgación efectiva, a la “existencia real” de un hecho.²⁰ De esta forma, los enunciados sobre la validez de las normas deberían ser enunciados *de hecho*, que pueden “verificarse aduciendo la prueba de que la norma fue establecida”.²¹ “La validez de una norma no está en analogía con la verdad de un enunciado, sino con la existencia de un hecho”.²²

Y, de hecho, Kelsen trata a las proposiciones jurídicas como enunciados fácticos —en particular, enunciados existenciales—, especialmente cuando argumenta contra la aplicabilidad de los principios de la lógica a las normas (positivas). Si dos normas en conflicto —*Op* y *O¬p*— fueron realmente promulgadas, ambas son válidas, existen.²³ De tal manera que, a pesar de la *aparente* inconsistencia entre tales normas, no existe ninguna contradicción entre las oraciones “*Op* es válida (existe)” y “*O¬p* es válida (existe)” —ambas son verdaderas—. Esta tesis supone (de otra manera no tendría sentido) que tales proposiciones son enunciados *empíricos* sobre la promulgación efectiva de las normas a las que se refieren.

¹⁵ *Ibidem*, p. 181.

¹⁶ *Ibidem*, p. 188.

¹⁷ *Ibidem*, p. 3.

¹⁸ *Ibidem*, p. 171.

¹⁹ *Ibidem*, p. 27.

²⁰ *Ibidem*, p. 204.

²¹ *Ibidem*, p. 181.

²² *Ibidem*, p. 216.

²³ *Ibidem*, pp. 213, 218 y 224.

Además, de acuerdo con Kelsen, una norma es válida *si y sólo si* fue realmente promulgada (por una autoridad competente): por lo tanto, la promulgación de una norma es una condición, tanto necesaria como suficiente, para su validez.²⁴ Esto equivale a decir que, afirmar la validez de una norma, y afirmar que dicha norma fue realmente promulgada, son enunciados lógicamente equivalentes.

Por otra parte,

...la aplicación de los principios lógicos a los enunciados de la ciencia del derecho y de la moral está fuera de cuestión; pero no lo está la aplicación de los principios lógicos al objeto de esas ciencias, las normas... De la aplicación de los principios lógicos a las ciencias naturales no se infiere la aplicabilidad de esos principios al objeto de esas ciencias, a los hechos de la realidad natural.²⁵

Así, las normas son análogas a “los hechos de la realidad natural”, y la ciencia jurídica parece análoga a las ciencias naturales. No es necesario decir que los enunciados de las ciencias naturales son empíricos, no normativos (deónticos).

III. ENUNCIADOS JURÍDICOS COMO ENUNCIADOS DE DEBER

Así, las proposiciones jurídicas parecen ser enunciados fácticos. Sin embargo, de acuerdo con Kelsen, este no es el caso, porque el acto de promulgar una norma debe distinguirse claramente de su contenido de significado, esto es, de la propia norma.²⁶

[U]n enunciado que afirma la existencia de una norma, su validez, *tiene que* ser un enunciado deóntico, no un enunciado óntico, es decir, no puede ser una oración que *afirma* la existencia de un hecho.²⁷

La norma de la autoridad jurídica y el enunciado de la ciencia jurídica sobre esa norma pueden [de hecho: según Kelsen, deben], pues, tener el mismo tenor literal.²⁸

²⁴ *Ibidem*, pp. 18 y 223.

²⁵ *Ibidem*, p. 155.

²⁶ *Ibidem*, p. 153.

²⁷ *Ibidem*, p. 150.

²⁸ *Ibidem*, p. 153.

Una proposición jurídica es la respuesta a la pregunta “¿Qué debo hacer?”; por lo tanto, sólo puede ser un enunciado de deber.²⁹

Así, en algunos casos simples la proposición sobre (la validez de) una norma será sencillamente *un eco* de la norma misma.

Un padre dice a su hijo: “Karl, cierra la puerta”. El hijo... parece no oír lo que dice su padre. Por eso, dice la madre a su hijo: “Karl, debes cerrar la puerta”. Es el padre quien da la orden, no la madre. El enunciado que pro-nuncia la madre no es un mandato, sino una proposición sobre el mandato del padre.³⁰

¿El enunciado de la madre es, realmente, una proposición? ¿Qué es lo que (se supone) dice? Contra lo que dice Kelsen, el enunciado de la madre parece la *iteración* del mandato citado y, por lo tanto, la orden misma, aun-que de alguna manera debilitada. Sin duda alguna, formular una norma y citarla entre comillas, respectivamente, son dos cosas distintas. “Cuando la norma está puesta entre comillas, es decir, *citada*, su significado prescriptivo queda, por así decirlo, puesto entre paréntesis, excluido como significado de la proposición que lo contiene”.³¹ En tal caso, el “deber” (citado) no es “genuino”, sino “no auténtico”; posee un significado descriptivo, no pres-criptivo.³²

Sin embargo, Kelsen parece no distinguir claramente entre repetir un mandato (“Cierra la puerta”) y citarlo (“El padre ha dicho «Cierra la puer-ta»”) entre comillas. De lo contrario, las proposiciones jurídicas no admi-tirían una formulación deóntica. Kelsen se queja sobre la confusión entre normas y proposiciones sobre las normas y, consecuentemente, entre dere-cho y ciencia jurídica.³³ Pero él mismo alienta tal confusión.

Más aún, en la mayoría de los casos, particularmente cuando se trata de la ciencia jurídica, la proposición que describe una norma no será la simple iteración, un simple eco, de una disposición jurídica, sino el resulta-do de la *reconstrucción doctrinal* de la norma en juego, por medio de la inter-pretación y manejo de las disposiciones jurídicas relevantes. Por ejemplo (de hecho, un ejemplo muy básico), el legislador, a través de dos enuncia-dos diferentes, primero define el concepto de asesinato (“Asesinar es causar intencionalmente la muerte de otro”), luego, prescribe la sanción relativa

²⁹ *Ibidem*, p. 182.

³⁰ *Ibidem*, p. 151.

³¹ *Ibidem*, p. 187.

³² *Ibidem*, p. 155.

³³ *Idem*.

(“Asesinar será castigado con la pena de muerte”). Un jurista describe la norma reconstruida al afirmar que: “Si una persona, a través de su conducta, causa intencionalmente la muerte de otra, la pena de muerte será infligida sobre ella”.³⁴

Por desgracia, un enunciado doctrinal como éste no parece una proposición *sobre* la norma, cuya formulación simplemente “difiere de aquella de la norma jurídica”.³⁵ Más bien, parece como *la norma misma*. La norma no es “descrita” o mencionada —es reconstruida y formulada por primera vez por la ciencia jurídica—. Y esta formulación, Kelsen dice, “es... de suma importancia teórica, dado que solo en esa formulación de un juicio hipotético se pone de manifiesto el principio de la *imputación*, que es fundamental para las ciencias normativas”.³⁶

Entonces, después de todo, de acuerdo con Kelsen, las proposiciones jurídicas son enunciados de deber, al igual que las normas que pretenden describir. De esta forma, sin embargo, la distinción entre derecho y ciencia jurídica se encuentra completamente desdibujada.

IV. VALIDEZ ENTRE SER Y DEBER

Esta decepcionante conclusión depende del concepto de validez de Kelsen. Pues Kelsen sostiene que la validez equivale, al mismo tiempo, tanto a la existencia (esto es, aparentemente, a una simple cuestión de hecho) como a la fuerza vinculante (que, ciertamente, *no* es una cuestión de hecho).

Bajo esta perspectiva, sin embargo, ni la existencia ni la fuerza vinculante son propiedades de las normas. La existencia no es una propiedad de las normas, porque la existencia no es un predicado.³⁷ La fuerza vinculante, a su vez, no es una propiedad de las normas, ya que la obligatoriedad es una parte de la propia *definición* de “norma” —cualquier norma (válida, de otra manera no existiría) es vinculante por definición—. “En el hecho de que una norma *deba* ser cumplida, y si no lo es *deba ser* aplicada, reside su *validez*, y en esto consiste su *existencia* específica”.³⁸ “Ser válido” en este sentido específico —objetivo— significa “deber ser cumplido”.³⁹ “[E]l mandato autorizado es

³⁴ *Ibidem*, p. 188. Algunos ejemplos más complejos se encuentran en las pp. 53 y 130.

³⁵ *Idem*.

³⁶ *Idem*.

³⁷ *Ibidem*, pp. 171, 225, 233 y 383.

³⁸ *Ibidem*, p. 3.

³⁹ *Ibidem*, p. 28.

una *norma* vinculante para el destinatario de la norma, una norma que le obliga a la conducta prescrita en ella”.⁴⁰ “[L]a validez de una norma consiste en que debe ser cumplida”.⁴¹

De esta forma, una norma válida sólo es *una norma*, y nada más —“«Una norma válida» es un pleonismo”.⁴² Y una norma inválida no es una norma para nada —“«Una norma inválida» es una *contradictio in adjecto*”.⁴³

En consecuencia, decir “La norma *Op* no es válida” equivale a decir que *Op* no “existe”⁴⁴ —por lo tanto, no existe ninguna obligación vinculante hacia *p*—.

En cambio, el enunciado “La norma *Op* es válida” no dice nada en absoluto sobre la norma en cuestión. “*Op* es válida” equivale a repetir “*Op*”,⁴⁵ y *Op*, al ser una norma, es vinculante.

Por esta razón, los enunciados de validez formulan, o bien simplemente repiten, las propias normas.

V. CONFUSIÓN ENTRE LA LÓGICA DE LAS NORMAS Y LA LÓGICA DE LOS ENUNCIADOS JURÍDICOS

La dificultad de Kelsen para distinguir claramente entre normas jurídicas y enunciados jurídicos aparece, también, en su discusión sobre el tema “derecho y lógica”.

Como mencioné anteriormente, en tal contexto, Kelsen trata a las descripciones doctrinales de normas como enunciados fácticos sobre la promulgación efectiva de las normas en juego. “Así como en la realidad natural no hay contradicciones lógicas, y así como la existencia de un hecho de la realidad no se infiere lógicamente de la existencia de otro hecho, tampoco hay contradicciones lógicas entre dos normas, ni de la validez de una norma se infiere lógicamente la validez de otra”.⁴⁶

Por ejemplo, Kelsen asume (muy correctamente) que ningún enunciado que afirme la validez (esto es, la promulgación efectiva) de una norma —“La norma N1 es válida”— puede conllevar ningún enunciado que afirme la validez de otra norma —“La norma N2 es válida”—. Porque la validez, la existencia, de esta segunda norma depende no de una inferen-

⁴⁰ *Ibidem*, p. 27.

⁴¹ *Ibidem*, p. 221.

⁴² *Ibidem*, p. 171.

⁴³ *Idem*.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 174.

⁴⁵ *Ibidem*, pp. 155 y 164.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 192; véase, también, p. 233.

cia lógica, sino de la promulgación efectiva de la norma implicada.⁴⁷ Las normas son “normas positivas válidas solo como contenidos de sentido de actos de voluntad reales, efectivamente producidos”.⁴⁸

Sin embargo, mientras N1 y N2 son normas, los enunciados “La norma N1 es válida” y “La norma N2 es válida” no son, supuestamente, normas —son *enunciados doctrinales* sobre la validez de dos normas diferentes—. En otras palabras, el razonamiento de Kelsen cuenta como un argumento *no* en contra de la aplicabilidad de las reglas de inferencia (y de las reglas de la lógica en general) a las normas, *sino* a la validez de las normas, esto es, a los *enunciados doctrinales* sobre la validez.⁴⁹

Por desgracia, Kelsen no está consciente de este punto crucial. Él cree que está argumentando contra la aplicabilidad de las reglas de inferencia a las *normas* —pero, de hecho, no lo hace; hace otra cosa—. De este modo, una vez más, la distinción entre normas y proposiciones jurídicas sobre las normas se desvanece.

⁴⁷ *Ibidem*, pp. 232 y 243.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 251.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 240.

TERCERA PARTE
POLÍTICA Y DEMOCRACIA

¿ES POSIBLE UNA NUEVA CIENCIA POLÍTICA? A PROPÓSITO DEL DEBATE KELSEN-VOEGELIN

Eduardo HERNANDO NIETO*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Los rivales*. III. *Kelsen y la ciencia jurídica*.
IV. *La nueva ciencia política*. V. *El gnosticismo*. VI. *La crítica kelseniana
a la nueva ciencia política*.

I. INTRODUCCIÓN

Una de las discusiones más interesantes y menos conocida que tuvo el profesor Hans Kelsen fue con su discípulo Eric Voegelin, a propósito de lo que podría implicar el empleo del método científico en el conocimiento del derecho y la política, siendo el problema principal el de la simplificación de ambos conceptos a fin de poder adecuarse a los intereses de la ciencia positiva atacada por Voegelin y calificada finalmente como una expresión del pensamiento “gnóstico”. En este sentido, se tratará aquí de conocer los argumentos centrales de ambos autores para poder reevaluar a la distancia la fuerza de cada una de las posiciones en este tenso debate cuyas implicancias podemos aún considerar de gran actualidad.

II. LOS RIVALES

Lo que Eric Voegelin (1901-1985) consideraba atractivo de Hans Kelsen (1881-1973) era sin duda su gran capacidad analítica y lógica, propia de un gran abogado, a pesar de que no podía exhibir los conocimientos filosóficos o históricos de figuras como el sociólogo Othmar Spann, otro destacado

* Profesor de tiempo completo en la Universidad de San Martín de Porres y profesor ordinario en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Contacto: ehernando@usmp.pe / ehernan@pucp.edu.pe.

académico de la época en la famosa universidad de Viena durante los años veinte que, dicho sea de paso, ya reflejaba la decadencia del Imperio Austro-Húngaro tras la Primera Guerra Mundial. Si bien Voegelin había obtenido en 1922 su doctorado en ciencia política, con una doble supervisión tanto de Hans Kelsen como de Othmar Spann, su base de estudios estuvo en el derecho, y su principal instructor fue precisamente el jurista y referente del positivismo jurídico Hans Kelsen, deviniendo en 1923 en su asistente. En 1927, Voegelin escribirá una reseña, en cierto modo imparcial, de la *Teoría pura del derecho*.

Sin embargo, no pasará mucho tiempo para que se hagan evidentes las diferencias entre ambos académicos. Ya al inicio de su trabajo *Race and State* (*Raza y Estado*) (1933), Voegelin consideraba que Kelsen había reducido la teoría del Estado (*Staatslehre*) a una teoría del derecho (*Rechtslehre*), una perspectiva similar a la que en su momento planteó Carl Schmitt (1888-1985) respecto a la teoría jurídica kelseniana y su reducción del Estado a un sistema normativo. Pero ya será en *El Estado autoritario* (1936) donde profundizará sus argumentos hasta finalmente llegar a la polémica sobre *La nueva ciencia de la política*,¹ y la contundente crítica a ésta que realiza el propio Kelsen, primero de manera abreviada,² y luego de forma muy exhaustiva en un trabajo que no quiso que se publicara durante su vida, y que recién tiempo después de su muerte fue autorizada la publicación.³

Para Voegelin, la “purificación” kelseniana de una teoría del Estado incluía dos pasos reduccionistas: el primero, la reducción del Estado al derecho, y el segundo, la reducción del derecho a un sistema lógico de normas. Tal limitación del objeto de una teoría del Estado estaba basada epistemológicamente en presunciones o, mejor dicho, en la forma específica del neokantismo desarrollado por la escuela de Marburg (Hermann Cohen, Paul Natorp). Simplificando, el principal punto de esta epistemología neokantiana era el siguiente: el método científico constituye el objeto de

¹ Voegelin, Eric, *La nueva ciencia de la política*, Buenos Aires, Katz, 2006; Voegelin, Eric, *The new science of politics. An introduction*, Charles Walgren Lectures, The University of Chicago Press, 1952. En realidad, ninguno de los dos textos que escribió Kelsen sobre Voegelin y *La nueva ciencia de la política* fueron publicados mientras vivió Kelsen por su propia voluntad.

² Kelsen, Hans, *¿Una nueva ciencia de la política?*, Buenos Aires, Katz, 2006; Kelsen, Hans, *A new science of politics, Hans Kelsen's reply to Erik Voegelin's new science of politics. A contribution to the critique of ideology*, Editado por Eckhart Arnold, 2004. Se supone que el texto fue escrito en 1954, pero nunca se publicó en vida del autor no quedando esclarecidas las razones por la renuencia de Kelsen a su publicación en español, *¿Una nueva ciencia de la política?*, cit.

³ Kelsen, Hans, *Religión secular, una polémica contra la mala interpretación de la filosofía social, la ciencia y la política moderna como “nuevas religiones”*, Madrid, Trotta, 2015.

la ciencia y la unidad de un objeto científico; en otras palabras, su delimitación exacta de otros objetos es garantizado por la unidad de un sistema metodológico de categorías. Como consecuencia: *a)* el objeto, esto es, un cierto segmento de la realidad (dependiendo a cuál disciplina se refiera) está siempre subordinado al método que se emplea para su estudio, y *b)* en tanto que la metodología es un sistema cerrado de categorías, el objeto, que está determinado por su unidad cerrada, se convierte también en un fenómeno “cerrado”.⁴

De esta manera, podría entenderse que desde la perspectiva científica el objeto no existiría antes que el método, aunque en el fondo esto no sería algo que tenga importancia para el conocimiento científico. En la teoría kelseniana, el objeto “Estado” estaría constituido por el método lógico normativo. Así pues, la “ontología” sería desplazada por la “metodología”.

III. KELSEN Y LA CIENCIA JURÍDICA

Hans Kelsen reivindicó siempre su compromiso con el racionalismo de la Ilustración del siglo XVIII, el positivismo del siglo XIX (Comte), e incluso con el psicoanálisis de Freud a inicios del siglo XX, que se necesitaba para justificar el individualismo metodológico que él compartía, al igual que Popper o Hayek.⁵ Su obra se caracterizó por la ruptura con la metafísica clásica y la religión a favor de la ciencia, como así lo expresaba claramente en *Religión secular*:

...la ciencia solo puede describir y explicar no puede justificar la realidad. Tiene una tendencia inmanente a ser independiente de la política y, en cuanto a conocimiento racional y objetivo de la realidad, no puede presuponer en la descripción y explicación de su objeto la existencia de una auto-
ridad trascendente más allá de toda posible experiencia humana.⁶

Kelsen, como indicaba también en su texto *Got und Staat* (1922), consideraría entonces que un concepto como Dios, por ejemplo, sería un concepto-

⁴ Weiss. Gilbert, *Introducción a: Eric Voegelin, Collected work. The Authoritarian State, an essay on the problem of the Austrian State*, Columbia Missouri, University of Missouri Press, 1999, t. IV, p. 5.

⁵ Lecoutre, François, *La controverse entre Hans Kelsen et Eric Voegelin en théorie du droit et en théorie politique*, Paris, Institute Francophone pour la Justice et la Démocratie, 2020, p. 110; Herrera, Carlos Miguel, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, Paris, Editions Kime, 1997, p. 253.

⁶ Kelsen, Hans, *Religión secular, una polémica...*, cit., p. 334.

sustancia, y el fin de la ciencia moderna sería disolver la sustancia en la función. Para Kelsen, el mérito de la ciencia moderna es el de haber despersonalizado, desustancializado, la psicología, la psique y la teoría del Estado;⁷ de allí entonces que podría hablarse finalmente de una teoría del Estado sin Estado.⁸

En este sentido, siguiendo también la lógica kantiana, él ubicaba al Estado (en su caso el sistema normativo) dentro de lo que sería el plano nouménico, más allá de las categorías espacio/tiempo que corresponderían en todo caso al llamado plano fenoménico. Precisamente por esto es que el sistema normativo no podía aceptar ninguna “anormalidad” o “excepcionalidad”, que sólo serían posibles dentro del mundo fenoménico,⁹ y por eso además el Estado kelseniano carecía de territorio, pueblo y fronteras, es decir, de soberanía.

A pesar de la relación ya más bien tensa entre ambos, cabe preguntarse qué fue lo que motivó realmente a Kelsen a elaborar una crítica tan extensa sobre *La nueva ciencia de la política* de Voegelin y luego ampliar esto ya en un libro tan minucioso como *Religión secular*, igualmente centrado en el trabajo de Voegelin. Sin duda, Kelsen debió reconocer no sólo lo valioso del aporte de su exdiscípulo, sino quizá lo “peligroso” desde su perspectiva ideológica (socialdemócrata), que resultaría el enfoque propuesto. Kelsen exhibía un pensamiento antirreligioso y científico (positivista), mientras que Voegelin lo opuesto anticientífico (antipositivista) y orientado a la trascendencia;¹⁰ esto podría explicar su intención de rebatir los amenazantes argumentos de Voegelin.

IV. LA NUEVA CIENCIA POLÍTICA

En *La nueva ciencia política*, Voegelin ya precisaba que la sociedad humana no podía ser considerada como un simple hecho para ser observado;¹¹ ella, en realidad, debía ser considerada como un pequeño *kósmion*, como un pequeño mundo:

Si bien la exterioridad es uno de los componentes importantes, es en su totalidad un pequeño mundo un *kósmion*, iluminados mediante significados desde

⁷ Lecoutre, François, *La controverse entre Hans Kelsen et...*, cit., p. 50.

⁸ Kelsen, Hans, “Dios y Estado”, *Logos*, vol. II, p. 266.

⁹ Schmitt, Carl, *Teología política*, Madrid, Trotta, 2009.

¹⁰ Lecoutre, François, *La controverse entre Hans Kelsen et...*, cit., p. 901.

¹¹ Voegelin, Eric, *La nueva ciencia de la política*, cit., p. 41.

el interior por los seres humanos que continuamente lo crean y producen como la forma y la condición de su autorrealización. Se ilumina mediante un depurado simbolismo, en distintos grados de densidad y de diferenciación —desde el rito, y a través del mito, hasta la teoría—, y ese simbolismo lo ilumina con significado por cuanto los símbolos hacen que la estructura interna de tal *kósmion* —las relaciones entre sus miembros y grupos de miembros, así como su existencia como un todo— resulte transparente para el misterio de la esencia humana.¹²

Sin duda, desde un inicio, Voegelin mostraba su posición contraria al positivismo en las ciencias sociales, afirmando más bien los fundamentos de una ciencia clásica; en el desarrollo de su trabajo planteaba además la teoría de la representación sobre fuentes antiguas y medievales, y cómo ésta se relacionaba con las formas políticas modernas, especialmente las “gnósticas”.¹³ Sus principales discrepancias respecto al positivismo se basaban en el hecho de que éste reemplazaba la búsqueda de la verdad por la metodología, que a su vez cerraba cualquier puerta para la trascendencia.¹⁴

El positivismo minó los fundamentos morales de la civilización cristiana y por consiguiente de la cultura occidental, quedando entonces Occidente totalmente vulnerable a las ideologías. Habría que agregar en este aspecto una gran coincidencia con el filósofo Leo Strauss (1899-1973), que había identificado el origen del positivismo en el rechazo al derecho natural, lo que además conduciría a resultados desastrosos, porque si bien la ciencia podría proveer de medios para alcanzar cualquier fin, no serviría para discriminar entre fines justo o injustos. La ciencia positiva sería siempre instrumental, y podría ser capaz de servir a cualquier poder *de facto*.¹⁵

De acuerdo con Voegelin, el proceso de desplazamiento del cristianismo tuvo dos fases. La primera, la “desespiritualización”, o la destrucción de la conciencia judeo-cristiana. Pero los individuos quedaron abiertos para una “reespiritualización” desde fuentes no cristianas, incluyendo ideologías políticas radicales, como el nacionalismo, el humanitarismo, el biologismo y el psicologismo.¹⁶ La modernidad, para Voegelin, sería entonces la edad de la ideología, siendo ésta un sistema intelectual cerrado a

¹² *Idem*.

¹³ Sandoz, Ellis, *The Voegelian revolution, a biographical introduction*, New Jersey, Transaction Publishers, 2000, p. 93.

¹⁴ Federici, Michael P., *Eric Voegelin*, Wilmington, DE: ISI Books, 2001, pp. 49 y 50.

¹⁵ Strauss, Leo, *Natural right and history*, Chicago, Chicago University Press, 1953, pp. 3 y 4.

¹⁶ Federici, Michael P., *Eric Voegelin, cit.*, p. 55.

través del cual el conocimiento humano sirve como medio para alcanzar la felicidad en la tierra.¹⁷

El problema con las ideologías sería que éstas ignoran el significado de los símbolos que generan las sociedades, quienes lo producen precisamente para identificar su lugar en la historia y el cosmos. Estas ideologías (o ismos) van a ser comprendidas bajo el concepto de “gnosticismo”; “la esencia de la modernidad es el crecimiento del gnosticismo” afirmará Voegelin en *La nueva ciencia de la política*.¹⁸ El gnosticismo fue una religión de la antigüedad casi contemporánea al cristianismo. El gnóstico se caracterizaba por mostrar una permanente insatisfacción con su existencia, por considerar que el mundo estaba mal organizado, de allí la existencia de sus males; sin embargo, si resultaba posible redimir los males del mundo y por ello la creencia de que era posible que este mundo mejorara por medio de un proceso histórico y de la acción humana, el hombre podía redimirse y redimir al mundo, decía Voegelin al respecto.

Ahora bien, lo interesante de su análisis, y quizá lo que más alteró a su mentor, Kelsen, fue el hecho de que Voegelin incluiría dentro de las expresiones modernas del gnosticismo al progresismo y al positivismo junto con el comunismo o el fascismo, por ejemplo, además de considerar Kelsen altamente peligroso el retorno a la metafísica y la teología que proponía Voegelin.¹⁹

V. EL GNOTICISMO

La aparición del gnosticismo moderno estaría representada claramente en el pensamiento del abad Joaquín de Fiore (1135-1202), quien, en palabras de Voegelin, rompió con la continuidad del cristianismo agustino al usar el símbolo de la trinidad en la historia.²⁰ Se trataba así de materializar las edades del hijo, del padre y del espíritu santo en el tiempo, caracterizándose por una creciente realización espiritual, decía Voegelin; en su escatología trinitaria, Joaquín creó el agrupamiento de símbolos que rigen la autointerpretación de la sociedad política moderna hasta la actualidad.²¹

¹⁷ McAllister, Ted V., *Revolt against modernity, Leo Strauss, Eric Voegelin & the search for a post-liberal order*, Kansas, University Press of Kansas, 1995, p. 17.

¹⁸ Voegelin, Eric, *La nueva ciencia...*, cit., p. 163.

¹⁹ Lecoutre, François, *La controverse entre Hans Kelsen et Eric Voegelin en Theorie du droit et en Théorie Politique*, Paris, Institute Francophone pour la Justice et la Démocratie, 2020, p. 897.

²⁰ Voegelin, Eric, *La nueva ciencia...*, cit., p. 137.

²¹ *Idem*.

Ciertamente, la visión agustina prometía el paraíso fuera de este mundo, pero para la época de Fiore la civilización occidental iba tan desarrollada en un sentido material que ya muchos preferían que el fin de la historia y la redención se diera “aquí y ahora”: la nueva era de Joaquín traería un aumento de la realización en la historia; pero ese aumento no se debería a una erupción inmanente; llegaría por medio de una nueva irrupción trascendental del espíritu. La idea de una realización radicalmente inmanente se desarrolló con lentitud, mediante un largo proceso que puede llamarse “del humanismo al iluminismo”. Tan sólo en el siglo XVIII, con la idea de progreso, el momento de significado en la historia se convirtió en un fenómeno por completo intramundano, sin interrupciones trascendentales. Esa segunda etapa de la inmanentización se llamará “secularización”.²²

Todo esto generó un problema que no existía ni en la antigüedad ni en el cristianismo ortodoxo: el problema del *eidos* (sentido) de la historia que surge cuando la realización cristiana se inmanentiza.²³ Para Voegelin, la existencia de un *eidos* en la historia sería entonces una falacia; pero traerá graves consecuencias, pues la visión teleológica sin tener claro el fin ni los medios para realizarlos nos conducirá irremediablemente a dos resultados: progresismo y utopía.

Cuando el pensador sigue siendo consciente de que el sueño es irrealizable y de por qué lo es; o, con creciente ignorancia teórica, puede adoptar la forma de distintos idealismos sociales, tales como la abolición de la guerra, de la distribución desigual de la riqueza, del miedo y la necesidad. Por último, la inmanentización puede extenderse a todo el símbolo cristiano. El resultado será entonces el misticismo activo de un estado de perfección a lograrse por medio de una transfiguración revolucionaria de la naturaleza del hombre, como por ejemplo en el marxismo.²⁴

VI. LA CRÍTICA KELSENIANA A LA NUEVA CIENCIA POLÍTICA

Sin duda, Kelsen, gracias a su talento analítico (claramente reconocido por Voegelin, dicho sea de paso), intentó demostrar la vaguedad e imprecisión de los conceptos que empleaba Voegelin, como por ejemplo el concepto de

²² *Ibidem*, p. 147.

²³ *Idem*.

²⁴ *Ibidem*, p. 149.

positivismo, o también el de gnosticismo.²⁵ La misma idea de *Nueva ciencia de la política* le parecería inadecuada, porque Voegelin estaba apelando a una ciencia antigua (por lo tanto, nada nueva), que además sería para él una pseudociencia.²⁶

Voegelin —señalaba Kelsen— no consideraba por ejemplo que había distintas formas de positivismo y distintos métodos que podían corresponder a las ciencias naturales y las ciencias sociales, en el caso del derecho se empleaba la imputación, no la causalidad, como se daba en la sociología, por citar un caso.²⁷

Kelsen consideraba que la metafísica y la teología no habían hecho ningún aporte en el campo del saber científico, e incluso tampoco en el moral, porque ni la filosofía ni la teología habían servido para poder determinar de manera objetiva qué cosa es la justicia;²⁸ es decir, que su aporte sería nulo en todo sentido. Sin embargo, cabría recordar sobre este punto que hoy en día la gran mayoría de historiadores de la ciencia han llegado a determinar que nunca se hubiera podido producir la revolución científica sin el aporte de la Iglesia, amén de estar ella y la religión vinculada al desarrollo de la doctrina de los derechos humanos y el derecho internacional, como lo demuestran los trabajos de la neoescolástica española con Francisco de Vitoria, por ejemplo,²⁹ o que a modo anecdótico la misma Universidad donde estudió y enseñó Kelsen había sido fundada mediante la autorización del papa Urbano V durante el siglo XIV, es decir, en plena Edad Media, en la supuesta “edad oscura”.

De acuerdo con Kelsen, todo aquello que es científico no podría ser metafísico, sino, como se dijo anteriormente, sólo pseudociencia, es decir, ideología; en cambio, para Voegelin, todo aquello que se separaba de la metafísica corría el riesgo de convertirse en una ideología.

Como acertadamente se señala en una reciente investigación sobre la controversia Kelsen/Voegelin, Kelsen emplea sistemáticamente la palabra “ideología” en un sentido próximo al de Marx; para él, ésta siempre tiene como objetivo justificar el orden existente en lugar de describirlo o explicarlo. Para Kelsen, el derecho natural es necesariamente una ideología.³⁰ En

²⁵ Kelsen, Hans, *¿Una nueva ciencia de la política?*, cit., pp. 18 y 170.

²⁶ *Ibidem*, p. 19.

²⁷ *Ibidem*, p. 20.

²⁸ *Ibidem*, p. 25; Kelsen, Hans, *¿Qué es justicia?*, Barcelona, Planeta Agostini, 1993.

²⁹ Woods Jr., Thomas, *Cómo la Iglesia construyó la civilización occidental*, Madrid, Ciudadela Libros, 2016.

³⁰ Lecoutre, François, *La controverse entre Hans Kelsen et Eric Voegelin...*, cit., p. 902.

cambio, para Voegelin, la ideología es un fenómeno moderno ligado a la secularización de las sociedades occidentales, dentro del proceso de declive de las religiones (especialmente la cristiana), y un fenómeno de immanentización, que según él es un fenómeno de degeneración espiritual.³¹

Así pues, la escatología cristiana se ha pervertido en especulaciones ideológicas dentro de diversas filosofías de la historia (positivismo y totalitarismos), que expresan una revuelta del hombre moderno contra su condición y una voluntad de dominar su devenir.³²

En el posfacio a la edición en español de *¿Una nueva ciencia política?* de Kelsen, el profesor Eckhart Arnold califica en primer lugar a Voegelin como teólogo político,³³ para inmediatamente tomar claramente partido por Kelsen y menospreciar los argumentos de Voegelin, al carecer, según él, de rigurosidad científica y de no ser capaces de demostrar, por ejemplo, por qué la religión podría generar un buen orden político; advertía además que posturas como las esgrimidas por el profesor Voegelin podrían ser más bien comparables con el marxismo, y también de apreciarse dentro de regímenes teocráticos como el de Irán: ¿cuáles serían, entonces, las características institucionales de un sistema que cumpla con el principio central de la teoría política de Voegelin? Efectivamente, existe un sistema político que responde de manera casi óptima a las bases sentadas por Voegelin. Se trata de la República islámica de Irán³⁴ —acotaría Arnold—.

No cabe dudas que las hoy por hoy posmodernas y nihilistas democracias liberales no estarían representadas por las ideas de Voegelin, no sé hasta qué punto en el caso de Kelsen, pero vale la pena aclarar que el trabajo de Voegelin se remitía fundamentalmente a devolverle propósito y sentido a la política, interpretando la ciencia política como conocimiento político en la misma línea que podríamos encontrar en filósofos políticos como Leo Strauss, por ejemplo;³⁵ es decir, ubicando al ser humano en un cosmos trascendente y buscando su sentido de acuerdo con su propia naturaleza.

En el fondo, se puede afirmar que la polémica entre ambos se sintetiza en la tensión entre la exigencia por la autonomía y la voluntad individual o voluntad de poder (como diría Nietzsche), que Kelsen planteaba desde los comienzos de la modernidad entre los primeros positivistas, como Maquiavelo o Hobbes, y, por el otro lado, el reconocimiento de la autoridad como

³¹ *Ibidem*, p. 903.

³² *Idem*.

³³ Kelsen, Hans, *¿Una nueva ciencia de la... cit.*, p. 292.

³⁴ *Ibidem*, p. 281.

³⁵ Strauss, Leo, *¿Qué es filosofía política? y otros ensayos*, Madrid, Alianza Editorial, 2014.

principio básico sin el cual no sería viable la manifestación de un orden, orden que tiene sus raíces en planos trascendentes o espirituales cuyo reflejo posiblemente distorsionado estaría dado por el orden político; justamente aquí era donde radicaba la esencia de la ciencia política:

La ciencia política, *politike episteme*, fue fundada por Platón y Aristóteles. En la confusión espiritual de aquel momento lo que estaba en juego era la posibilidad de esbozar una imagen del orden correcto del alma y la sociedad, un paradigma, un ideal que pudiera desempeñar para los ciudadanos de la *polis* el mismo papel que el mito parenético desempeñó para los héroes homéricos.³⁶

El siglo IV es el periodo de crisis que marca el nacimiento de la filosofía política (en términos de Strauss) o la ciencia política (en palabras de Voegelin), pues es allí donde se plantea la duda respecto a cuál podría ser la mejor forma o la forma correcta de vivir, y por eso mismo es que se hace necesaria la invención de la ciencia política para poder dar una respuesta coherente ante tan importantes dudas.

En este sentido, cuando Voegelin plantea una nueva ciencia política no está proponiendo algo distinto a lo que fue en su inicio, sino más bien intenta demostrar la necesidad de recuperar el “conocimiento político” en una coyuntura que haría recordar los orígenes en la propia situación de caos que se vivía ya claramente en el siglo XX. El reconocimiento del caos o desorden es el primer paso para poder referirse a la ciencia política, ya que luego esto conduce a la interrogante del origen del desorden, lo que lleva inevitablemente hacia los primeros principios, hacia la autoridad que va más allá de las voluntades humanas, y que a lo largo de la historia se ha vinculado al principio de legitimidad, distinguiéndose del poder y de la ideología, que serían más bien manifestaciones del individualismo y de la modernidad.

Como ya se había destacado, el profesor Kelsen evaluaba todos estos argumentos con una perspectiva escéptica; sin embargo, no las dejaba de tomar en serio, ya que de otra manera no se explicaría su interés en escribir de manera tan amplia y profunda sobre la propuesta de su antiguo pupilo, y queda también abierta la incógnita del porqué nunca quiso que en vida se publicara todo lo que escribió sobre Voegelin y la nueva ciencia política.

Así pues, Hans Kelsen apostó por el iluminismo y el positivismo; Voegelin, por la espiritualidad y la metafísica; de allí entonces que en el fondo, al tratarse de propuestas antagónicas, la polémica podría aparecer —dicen

³⁶ Voegelin, Eric, *Las religiones políticas*, Madrid, Trotta, 2014, p. 85.

algunos— como una suerte de diálogo entre sordos (Lecoutre) o como un debate “absolutamente fútil”, porque ninguno de los dos cambiaría su punto de vista.³⁷ Sin embargo, el poder apreciar esta tensión entre la libertad predicada por el iluminismo y la autoridad espiritual por la teología y la metafísica nos permite considerar la forma como se ha venido desarrollando la cultura occidental, especialmente desde el siglo pasado, y cómo las actuales instituciones políticas y jurídicas vienen a ser un claro reflejo de dicha situación.

³⁷ Thomassen. B., “Debating modernity as Secular Religion: Hans Kelsen’s futile exchange with Eric Voegelin”, *History & Theory*, vol. 53, núm. 3, p. 440.

HANS KELSEN Y EL PROBLEMA DE LAS BASES FILOSÓFICAS DE LA DEMOCRACIA

Jaime ARAOS SAN MARTÍN*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La democracia*. III. *El relativismo filosófico*. IV. *El relativismo político*. V. *Democracia y ética*. VI. *¿Puede la democracia de Kelsen asegurar los derechos humanos?* VII. *La absolutización de la mayoría*. VIII. *La absolutización del relativismo escéptico*. IX. *Tolerancia, indiferencia y relativismo escéptico*.

I. INTRODUCCIÓN

En este artículo me propongo discutir la tesis de Hans Kelsen acerca de la relación que hay entre filosofía y democracia, una tesis que se inscribe en el marco más general de la relación que hay entre filosofía y política, los dos asuntos que más interesaron al pensador vienes a lo largo de su vida, junto a los problemas de teoría jurídica y constitucional. Según dicha tesis, el medio en el que vive, respira y se desenvuelve la democracia es el relativismo: ella misma es definida por Kelsen como un “relativismo político”, el cual sería dependiente, a su vez, de un relativismo filosófico de carácter escéptico. En el otro extremo, sin grados intermedios, Kelsen sitúa el absolutismo político, el cual sería derivación necesaria en el orden práctico, del “absolutismo filosófico” en el orden de las ideas.

¿Hay entonces una filosofía que es connatural a la democracia, en el sentido de que la favorece y conduce a ella, mientras que otra filosofía choca contra la democracia y la asfixia y la conduce por los derroteros del absolutismo y de la autocracia? La respuesta de Kelsen es indudablemente afirmativa.¹ A continuación, en un primer momento expondré los puntos centrales

* Magister en Bioética en la Universidad de Chile y de filosofía en la Universidad Andrés Bello. Contacto: jaimearaoz@gmail.com.

¹ Kelsen no está solo, como es sabido, en esta respuesta. De hecho, en “Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics” (*The American Political Science Review*, 1948; reimpresso

de su argumento, y en un segundo momento lo evaluaré críticamente procurando hacerlo desde sus mismas razones.

Para proceder, tendré a la vista escritos de Kelsen que fueron publicados en fechas diversas, separadas en algunos casos por varios decenios, pero que concuerdan y se complementan, a mi parecer, en cuanto a los puntos fundamentales de su argumentación o, al menos, en cuanto a los puntos que yo abordaré en estas páginas. Por otro lado, citaré de preferencia traducciones y ediciones españolas de los escritos de Hans Kelsen, en atención a los lectores a quienes va dirigida principalmente esta publicación.

II. LA DEMOCRACIA

Podríamos decir que la explicación de Kelsen sobre la democracia arranca de un dato empírico o fenomenológico: el paso del estado de naturaleza al estado social y político; es decir, a ese orden jurídico y normativo que llamamos *Estado* sin más, y que es indudablemente una verdadera fundación. Sin embargo, ésta “no tiene lugar casi nunca en la realidad social, ya que el hombre en la mayoría de los casos nace situado dentro de un régimen ya constituido, en cuyo surgimiento no le ha cabido parte, y que, por lo tanto, se le presenta desde el principio como obra de una voluntad ajena”.² En esta condición, dice Kelsen, se ponen en juego dos “instintos primarios de la vida social”, que son los de igualdad y libertad. El primero suscita una reacción contra el poder y la autoridad, es decir, contra el hecho de que otros me impongan su voluntad mediante la coacción. Suscita una reacción, puesto que percibo a los demás como iguales, y no como superiores o dotados de alguna cualidad por la cual pudieran tener derecho a mandarme. “Así —escribe Kelsen—, la idea absolutamente negativa y antiheroica de la igualdad presta base, también negativa, hacia la libertad”.³

en *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science. Collected Essays by Hans Kelsen*, Berkeley, University of California Press, 1971 [1957¹]), él mismo remite un escrito de Bertrand Russell que va en la misma línea: *Philosophy and Politics*, Cambridge University Press, London, 1947, *passim* (yo he accedido a este título en otra edición: *The Basic Writings of Bertrand Russell: 1903-1959*, Edited by Robert E. Egner and Lester E. Denonn, Published by Simon & Schuster, N. Y., 1961, Part XI, §50, 454-467). Russell, a su vez, cita complacido “el reciente libro” publicado por Karl Popper, *The Open Society and its Enemies* (1945), donde su autor defiende una tesis que va en el mismo sentido de Russell y Kelsen.

² Kelsen, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, trad. de la 2a. edición alemana por Luengo Tapia, Rafael y Legaz y Lacambra, Luis, Barcelona, Labor, 1934, p. 22. El término “hombre” aquí tiene el significado de “ser humano”, sin acepción de género ni de edad, pero individualmente considerado: cada ser humano real.

³ Kelsen, Hans, *Esencia y valor...*, *cit.*, p. 15.

Expresamente el pensador vienés concede una primacía al sentimiento de igualdad sobre el de libertad. Esta primacía parece ser de importancia o fundamentación, no solamente temporal. Sin embargo, me parece que la interpretación cambia si se admite que su análisis parte del dato empírico o fenomenológico del ser humano como socialmente situado. En tal caso, lo primero que se muestra, para decirlo en términos kantianos, es un rechazo de la heteronomía, de las normas impuestas por otros. Pero en la retorsión contra la heteronomía se manifiesta la presencia de una fuerza anterior, que es el impulso a la autonomía, o sea, la tendencia primaria a la libertad. En otras palabras, el movimiento negativo de rechazar el sometimiento de mi voluntad a la voluntad de los otros por mi sentimiento de igualdad depende de un movimiento positivo que lo hace posible, y que no es otro que el sentimiento de libertad. Así parece entenderlo Kelsen cuando afirma, por ejemplo, hablando de la coacción social, “Es la misma Naturaleza la que en su *ansia de libertad* se subleva contra la sociedad”.⁴

De lo dicho se sigue que la relación entre el individuo y el Estado envuelve un grave conflicto estructural, puesto que, por un lado, el individuo nace, crece y se desarrolla necesariamente en un medio social y político, mas, por otro lado, sus “instintos” de libertad e igualdad lo llevan rebelarse contra la coacción y las limitaciones que ese medio le impone. Kelsen formula el problema con palabras que toma de Jean Jacques Rousseau, un filósofo al que le atribuye el honor de ser el “primer teórico de la democracia”: el problema consiste en “encontrar una forma de asociación que defienda y proteja de toda la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y en virtud de la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca empero más que a sí mismo y quede tan libre como antes”.⁵ Ahora bien, mientras que Rousseau busca la respuesta a este problema en el *contrato social*, Kelsen la hallará más bien en la *democracia*.

Antes de avanzar hacia este concepto, conviene observar que el conflicto entre la libertad individual y el orden social es, como reconoce Kelsen, insoluble,⁶ porque éste exige la validez objetiva del orden colectivo, lo cual solamente es posible en un régimen que no depende de la voluntad individual de los sujetos sometidos a dicho orden. La paz social no puede, por

⁴ *Idem*. Cursivas nuestras. El orden de estos valores también se puede expresar, me parece, en términos teleológicos o aspiracionales: no deseo ser libre para ser igual, sino ser reconocido como igual para ser libre.

⁵ *Contrato social*, libro I, cap. 6. Sigo la trad. de Salustiano Masó, en Jean Jacques Rousseau, *Escritos de combate*, Madrid, Alfaguara, 1979, p. 410.

⁶ Kelsen, Hans, *Esencia y valor...*, *cit.*, p. 20.

ende, descansar en la imposible solución definitiva del conflicto, pero puede, en cambio, procurarse mediante un régimen que reduzca cuanto sea posible la diferencia entre la voluntad individual y la colectiva. Esta es la virtud y la promesa de la democracia, según Kelsen, la forma de gobierno que mejor puede disminuir el conflicto y, a la vez, dar más espacio a la libertad. ¿Cómo es ello posible?

Ello es posible por una evolución y transformación que, en el paso del ser humano del estado de naturaleza al estado civil, sufre el instinto primitivo de la libertad. En efecto, si en su estado natural, como dijimos, este instinto es hostil de suyo contra toda autoridad y contra el Estado, posteriormente sufre un proceso de “desnaturalización”, por el cual “se trueca en el mero anhelo hacia una determinada posición del individuo dentro de la Sociedad”.⁷ Esto quiere decir que el impulso absoluto de no sumisión se transforma en el impulso relativo de sujeción a una voluntad colectiva o cívica que, de algún modo, hago propia.

¿De qué modo puedo hacer propio el querer colectivo y someterme así a la voluntad del Estado? El modo es que el individuo participe del orden social no sólo pasivamente, como objeto de las normas, sino también activamente, como sujeto de dichas normas. En palabras de Kelsen: “La democracia es la idea de una forma de Estado o de Sociedad en la que la voluntad colectiva, o más exactamente, el orden social, resulta engendrado por los sujetos a él, esto es, por el pueblo. Democracia significa identidad de dirigentes y dirigidos, del sujeto y objeto del poder del Estado, y gobierno del pueblo por el pueblo”.⁸ La libertad primitiva de la anarquía se transforma así en libertad de la democracia.⁹

Esta exposición sobre el concepto de democracia según Kelsen ha dejado fuera, por razones de espacio, varios conceptos relevantes que, de otro modo, hubiera sido deseable incluir. No obstante, hay una tesis decisiva suya que es necesario incluir: la democracia ha de ser entendida, en el orden práctico, como un *relativismo político*, el cual se funda, a su vez, en un *relativismo filosófico*.

En efecto, Kelsen defiende una estricta continuidad lógica, conceptual e históricamente realizada que va, por un lado, del “absolutismo filosófico” al “absolutismo político”, y, por el otro, del “relativismo filosófico” al “relativismo político”, entendiendo por éste el régimen democrático basado en los principios de libertad e igualdad.

⁷ *Ibidem*, p. 18.

⁸ *Ibidem*, p. 30.

⁹ *Ibidem*, p. 18.

La tesis es clara: *i)* la filosofía tiene necesariamente una extensión política; *ii)* mientras que el absolutismo filosófico, como se llama a la pretensión de conocer la verdad absoluta, conduce por sí mismo a actitudes intolerantes y despóticas y a la construcción de un Estado totalitario, de poder absoluto, el relativismo conduce por sí mismo a actitudes tolerantes y conciliadoras y al establecimiento de un Estado democrático cuyo poder está limitado por las leyes que promueven la libertad y la igualdad.

A continuación, pasaré a explicar los conceptos de relativismo filosófico y relativismo político, omitiendo, en favor de la brevedad, lo relativo al absolutismo.

III. EL RELATIVISMO FILOSÓFICO

El *relativismo filosófico* se define por las siguientes notas: *i)* es un empirismo antimetafísico para el cual “la realidad, como objeto de conocimiento, es relativa al sujeto cognoscente, y sólo existe dentro de los límites del conocimiento humano”;¹⁰ *ii)* sostiene que un supuesto absoluto, la cosa en sí misma, sobrepasaría la experiencia humana y, por lo tanto, sería incognoscible;¹¹ lo mismo ha de decirse acerca de una supuesta verdad absoluta o de un valor absoluto; *iii)* por lo anterior, el relativismo insiste en una marcada separación entre la realidad y el valor, y así “distingue entre las proposiciones acerca de la realidad y los auténticos juicios de valor, los cuales, en último término, *no se basan en el conocimiento racional de la realidad, sino en las fuerzas emocionales de la conciencia humana, en los deseos y temores del hombre*. Estos juicios sólo se refieren a valores relativos”.¹² Conforme a ello, dice Kelsen, la ética relativista tiene una pronunciada inclinación *racionalista* y, a la vez, *escéptica*.

Debo confesar que me produce un gran asombro que Kelsen autocalifique su ética como “racionalista”. ¿Cómo se puede clasificar así una ética construida con juicios de valor que *no se basan en ningún conocimiento racional de la realidad*, sino tan sólo en pasiones, en “las fuerzas emocionales, deseos y temores” humanos, como dice Kelsen? Comprobé que no es un error editorial. La pregunta queda abierta.

Continuemos con nuestro autor: *iv)* el relativismo filosófico interpreta el proceso de conocimiento como una “creación de su propio objeto”, de tal modo que el sujeto humano cuando conoce “es —epistemológicamente—

¹⁰ *Ibidem*, p. 198.

¹¹ *Ibidem*, pp. 198 y 199.

¹² *Ibidem*, p. 199. *Cursivas nuestras*. Kelsen, Hans, “Value Judgments in the Science of Law”, en *What is...*, *cit.*, pp. 209-230.

el creador de su propio mundo, un mundo que está constituido en y por su conocimiento”,¹³ v) ahora bien, si el sujeto que conoce es creador, entonces es libre. La libertad es un prerequisite fundamental de la teoría relativista del conocimiento. Pero al mismo tiempo se debe afirmar que esta libertad no es total, pues el sujeto es correlativo al objeto, y el proceso de conocimiento está regido por leyes que transforman el caos de las percepciones sensibles en un cosmos significativo. Al cumplir con estas leyes, “el conocimiento racional de la realidad —*en contraposición a las valoraciones basadas en emociones subjetivas*— tiene un carácter objetivo”.¹⁴ Y dado que estas leyes emanan de la misma mente humana y no de un principio externo, puede estimarse que el sujeto cognoscente es un legislador autónomo y, por lo tanto, que su libertad es autonomía. Manifiestamente, el relativismo filosófico de Kelsen apela a la filosofía crítica de Kant, especialmente a la *Crítica de la razón pura*. ¿Estaría de acuerdo Kant con que se interpretara su epistemología como un relativismo y una actividad autónoma? ¿No se trasladan aquí determinaciones de la racionalidad práctica a la racionalidad teórica? Dejo también abierto este punto.

IV. EL RELATIVISMO POLÍTICO

Los puntos fundamentales que configuran el relativismo político son:

- i) “*El individuo es políticamente libre, afirma Kelsen, en la medida en que participa en la creación del orden social al cual está sometido*, del mismo modo que el sujeto de conocimiento —según la epistemología relativista— es autónomo en el proceso de conocimiento”.¹⁵
- ii) La igualdad política de los individuos es análoga a la igualdad de los sujetos de conocimiento.¹⁶
- iii) El relativismo político concibe al Estado como una relación específica entre los individuos establecida por el ordenamiento jurídico nacional, y subordina este ordenamiento al derecho internacional; así, logra una relativización del Estado, relativización que es inherente a la democracia, como hemos adelantado.¹⁷

¹³ Kelsen, Hans, *What is...*, cit., p. 200.

¹⁴ *Idem*. Cursivas nuestras.

¹⁵ *Ibidem*, p. 200.

¹⁶ *Idem*.

¹⁷ “La democracia es relativismo político que tiene su contraparte en el relativismo filosófico”, *ibidem*, pp. 203 y 204.

- iv) Los representantes más destacados del relativismo filosófico estuvieron políticamente de acuerdo con la democracia:¹⁸ los sofistas griegos Leucipo, Demócrito, Nicolás de Cusa, Spinoza, Locke y Rousseau.

Cabe preguntarse por qué no se incluyó en esta lista a Kant, que posiblemente sea el principal filósofo que inspira el pensamiento de Kelsen. La respuesta es que Kelsen piensa, con toda razón, que Kant no es relativista en su filosofía política y moral. De hecho, lo acusa de volver a introducir, en este terreno, el absoluto del cual se había desprendido en el campo de la metafísica y de la teoría del conocimiento. Kant viene así a romper la hermosa simetría que Kelsen había construido entre pensadores epistemológicamente relativistas y, por lo mismo, políticamente relativistas, es decir, demócratas. Como tiene que explicar de algún modo esta fractura, Kelsen viene a sostener que Kant fue inconsecuente en el lado de la razón práctica por temor al poder político de la época. Ésta es la razón por la que habría ocultado su verdadero pensamiento. Creo que esta explicación no es aceptable. Tras una lectura de su *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* o de su célebre artículo “Qué es la ilustración”, entre otros textos, difícilmente se puede dudar de que Kant es partidario de un régimen republicano. Kant es un defensor de la democracia liberal y, al mismo tiempo, el exponente de una ética racional, que incluye valores trascendentes. Pero esto es algo que la pureza de los conceptos de Kelsen no puede aceptar.

Ciertamente, tampoco cabían en los conceptos puros aquellos sofistas griegos, como Calicles y Trasímaco, que defendían la “ley” del más fuerte, una ley que difícilmente puede entenderse como democrática. También ellos rompen el paralelismo entre relativismo y democracia. Posiblemente, no habría que tomar muy en serio la afirmación de Kelsen de que la verificación histórica del paralelismo entre relativismo y democracia es el argumento “más serio” a favor de la unidad estructural entre ambos conceptos.

V. DEMOCRACIA Y ÉTICA

Quisiera detenerme algo más en la opinión de Kelsen acerca de la relación entre democracia y ética. La creencia en valores absolutos, es decir, universales u objetivos, si se puede hablar así, conduciría irremisiblemente al que la posee a imponer su opinión y su voluntad sobre los otros que están en el

¹⁸ *Ibidem*, p. 204.

error.¹⁹ Conforme a ello, la decisión de lo que es políticamente bueno no puede venir dada por la mayoría de votos, sino por quien tiene el conocimiento secreto y exclusivo del bien absoluto. En consecuencia, los bienes más característicos de la democracia, como son “la tolerancia, los derechos minoritarios, la libertad de expresión y la libertad de pensamiento, no tienen cabida en un sistema político basado en la creencia en valores absolutos”.²⁰

La democracia exige la convicción opuesta, a saber: el relativismo filosófico y su negativa de que haya o pueda ser conocido un bien absoluto, o sea, un bien que sea anterior a la voluntad del ser humano, y que la inteligencia pueda descubrir como vinculante.²¹ El principio de la mayoría²² y la institución de la legislación quedan fundados de este modo en la igualdad que tienen todos los individuos en cuanto a su *ignorancia* del bien objetivo, y en la consiguiente libertad para establecerlo subjetivamente, sin más limitación que su adecuación a las reglas y procedimientos formales de la democracia. El relativismo de los *juicios de valor*, conforme al cual “dos juicios opuestos no son lógica ni moralmente imposibles”, es condición para la exigencia democrática de respetar la opinión política de cualquier otro, y de que ningún individuo tenga el derecho de imponer su voluntad sobre los demás.²³

La democracia logra, entonces, la realización de sus principios más caros tan sólo si se desentiende de la verdad y vacía de todo contenido ético. El bien y la justicia será lo que decida cada vez la mayoría. Kelsen no deja dudas al respecto considerando un caso límite de aplicación de su criterio. Recordando el Evangelio de san Juan, donde se relata el momento en que Jesús es llevado ante Pilatos acusado de pretender ser hijo de Dios y rey de los judíos, Kelsen se refiere al encuentro de ambos personajes como un símbolo trágico del antagonismo entre absolutismo y relativismo. Mientras que Jesús afirma que ha venido al mundo para dar testimonio de la verdad, Pilatos pregunta qué es la verdad. Kelsen comenta: “Y puesto que Pilatos, un relativista escéptico, no sabía qué era la verdad, la verdad absoluta en que este hombre creía, consecuentemente, procedió de modo democrático sometiendo la decisión del caso a votación popular”.²⁴

Kelsen reconoce que este plebiscito representa un fuerte argumento en contra de la democracia. Por él se condenó a la crucifixión a un inocente.

¹⁹ *Ibidem*, p. 206.

²⁰ *Idem*.

²¹ *Idem*.

²² Kelsen, Hans, *Esencia y valor...*, *cit.*, cap. VI.

²³ Kelsen, Hans, *What is...*, *cit.*, p. 206.

²⁴ *Ibidem*, p. 207.

Podría preguntarse ¿es ello justo?²⁵ Pero una democracia fundada sobre bases relativistas no tiene a su disposición otra verdad política, otro criterio de lo justo y de lo injusto, que el que establezca autónomamente, cada vez, la voluntad de la mayoría. Esta voluntad debe ser acatada por los demócratas, afirma Kelsen, “con sangre y lágrimas, si fuera necesario”,²⁶ aunque ella pueda causar horror y estupor a algunos. La pureza de los conceptos de Kelsen no cede ante nada.

VI. ¿PUEDE LA DEMOCRACIA DE Kelsen ASEGURAR LOS DERECHOS HUMANOS?

Me parece conveniente atender a aquello que parece tener en vista Kelsen al elaborar sus ideas. Tal es el problema de los sistemas políticos totalitarios de derecha y de izquierda que irrumpieron en el siglo XX, y la secuela de arbitrariedad, opresión, atropello de los derechos humanos y horrores que hemos conocido. Contra ellos reacciona Kelsen y ve en la democracia, con justa razón, el sistema de gobierno que ofrece la más alta garantía de libertad individual, igualdad política y respeto del derecho. Y puesto que estima que la democracia es la derivación práctica del relativismo filosófico, mientras que el totalitarismo es la derivación política del absolutismo filosófico, defiende aquél y rechaza éste. No obstante, el vaciamiento ético de la democracia, la neutralidad moral que implica el relativismo, abre la puerta para la violencia e injusticia de las mayorías en contra de quienes se hallen en el lado opuesto, e incluso, como reconocerá él, en contra de la propia mayoría.

Este es el primer y más grave problema que tiene esta doctrina: no es capaz de asegurar derechos universales e inviolables, o sea, categóricos, en

²⁵ Hans, Kelsen, *¿Qué es la justicia?*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 2008 [1991], pp. 7 y 8, donde Kelsen cita este mismo texto del Evangelio, y comenta lo siguiente: “Tras la pregunta de Pilatos, «¿Qué es la verdad?», se plantea, a raíz de la sangre derramada por Cristo, otra pregunta de mayor importancia, la eterna pregunta de la humanidad. ¿Qué es la justicia?... Ninguna otra cuestión se ha debatido tan apasionadamente, ninguna otra cuestión ha hecho derramar tanta sangre y tantas lágrimas”. La conclusión del ensayo es quizá decepcionante: “En verdad —dice— no sé ni puedo explicar qué es la justicia, la justicia absoluta, ese hermoso sueño de la humanidad. Debo, pues, darme por satisfecho con una justicia relativa y decir qué es para mí la justicia. Y puesto que mi vocación es la ciencia, y por consiguiente lo más importante de mi vida, tengo que adherir a esa justicia bajo cuya protección la ciencia, y con ella la verdad y la sinceridad, puedan florecer. Me refiero a la justicia de la libertad, a la justicia de la paz, a la justicia de la tolerancia, a la justicia de la democracia”.

²⁶ Kelsen, Hans, *What is...*, *cit.*, p. 208.

términos de Kant, como son los derechos humanos, cuya relevancia ética y política se ha hecho tan patente en nuestro tiempo. No sólo es incapaz de asegurar estos derechos, sino que se ha podido invocar el relativismo en nuestros días para justificar la evitación de estos derechos y el conservadurismo en situaciones de postergación e injusticia. Un claro ejemplo de ello es el uso del relativismo cultural para legitimar, en algunas sociedades, el sexismo y prácticas aberrantes en contra de las mujeres, como la ablación femenina, las lapidaciones, el matrimonio infantil.²⁷ Parece evidente, entonces, que la democracia requiere un núcleo ético no relativista para salvaguardar estos derechos fundamentales. En palabras de Ratzinger:

Los derechos humanos no están sujetos al mandamiento del pluralismo y la tolerancia, sino que *son* el contenido de la tolerancia y la libertad. Privar a los demás de sus derechos no puede ser un contenido de la justicia ni de la libertad. Eso significa que un núcleo de verdad —a saber, de verdad ética— parece irrenunciable precisamente para la democracia.²⁸

¿Por qué no puede aceptar Kelsen que pueda haber racionalidad en los juicios de valor, que pueda haber conocimiento moral y, por lo tanto, un núcleo ético en la democracia? Tal vez porque, habiendo separado radicalmente los juicios de valor de los juicios de hecho, su pureza metodológica le lleva insensiblemente a fundirlos, por pretender que los juicios de valor tengan el mismo grado de objetividad y universalidad que los juicios de hecho, es decir, al plantear la exigencia de una ética *more geométrico demonstrata*.

Me parece que esa disposición se muestra, por ejemplo, en el estudio que dedica a la mesotés de Aristóteles, donde lo acusa de intentar dar una respuesta geométrica acerca de lo que es justo, como un punto equidistante entre dos extremos, siendo así que, en verdad —dice Kelsen—, cada extremo se mide por una regla diferente. Me llama la atención que la interpretación de Kelsen pase por alto que Aristóteles afirma expresamente que el término medio de la virtud ética no es de tipo geométrico, es decir, universal, igual para todos, sino apropiado para cada uno, según sus condiciones individuales. Su medida es la recta razón y el hombre prudente.²⁹ Pero esta racionalidad práctica, que incluye las diferencias individuales, el *kairós* tiem-

²⁷ Véase Maquieira, Virginia, *Género, clase y etnia en los nuevos procesos de globalización*, Madrid, UAM, 1997.

²⁸ Ratzinger, Josef, *Verdad, valores, poder. Piedras de toque de la sociedad pluralista*, trad. de J. L. del Barco, Madrid, Rialp, 1995, pp. 84 y 85.

²⁹ Para una exposición más detallada de este punto, véase Araos, Jaime, “Ética de las virtudes y teleología: Aristóteles”, en Escribar, Ana, Pérez, Manuel y Villarroel, Raúl (coords.),

po oportuno, el lugar, las relaciones sociales, etcétera, posiblemente se aleja demasiado de la pureza conceptual que exige Kelsen.

VII. LA ABSOLUTIZACIÓN DE LA MAYORÍA

Directamente vinculado a lo anterior está un segundo problema interno del relativismo: su rechazo de lo absoluto sea como un ser trascendente o como realidad objetiva o como valor en sí, lo que le lleva a recaer en un nuevo absoluto: la absolutización de la subjetividad, y —en cuanto suma de subjetividades— la absolutización de la mayoría. Sería impropio desconocer el esfuerzo que hace Kelsen para proteger y dar espacio en la democracia a las minorías. “La voluntad colectiva —escribe él—, dentro de la inevitable pugna de intereses acreditada por la experiencia, si no ha de ser la expresión unilateral del interés de un grupo, sólo puede consistir en la resultante o transacción de intereses divergentes”. Por eso

...la democracia necesita de esta continuada tensión entre mayoría y minoría, entre gobierno y oposición, de la que procede... la elaboración de voluntad política. Se ha dicho acertadamente que la democracia es discusión. Por eso, el resultado del proceso formativo de la voluntad política es siempre la transacción, el compromiso. La democracia prefiere este procedimiento a la imposición violenta de su voluntad al adversario, ya que de ese modo se garantiza la paz interna.³⁰

Sin embargo, como reconoce Kelsen, el mismo relativismo hace justificable “imponer un orden social en contra de individuos que estén en desacuerdo con éste, sólo si este orden está en armonía con el mayor número posible de individuos legales, es decir, con la voluntad de la mayoría”.³¹ Esta imposición no tiene límites morales ni de justicia, pues el bien —diríamos, el único absoluto que permanece vigente en el nuevo orden político— es la voluntad de la mayoría.

Es más, esta absolutización llega hasta el punto de poder suprimir la libertad de los individuos, sin que ello represente la supresión de la democracia: “Así, la democracia —siempre que el poder del Estado sea exclusivamente determinado por los individuos sujetos a él— es compatible aún con

Bioética. Fundamentos y dimensión práctica, Santiago-Buenos Aires-Montevideo, Editorial Mediterráneo, 2004, pp. 23-48.

³⁰ Kelsen Hans, *Esencia y valor...*, cit., p. 141.

³¹ *Ibidem*, pp. 206 y 207.

el mayor predominio del poder del Estado sobre el individuo e *incluso con el total aniquilamiento de la «libertad» individual* y con la negación del ideal del liberalismo”.³² ¿No está abriendo Kelsen la puerta de la democracia al totalitarismo y la autocracia? Él intenta relativizar el poder de las mayorías nacionales y el poder del Estado apelando a una norma superior, que sería el derecho internacional; mas, como también este derecho depende a fin de cuentas del principio de la mayoría, resulta que este principio viene a adquirir el rango de absoluto.

Si ya desde una perspectiva ontológica es paradójico que una categoría de relación se convierta en un absoluto, desde una perspectiva práctica el punto es aún más grave, pues implica la absolutización de la fuerza. Esto ocurre porque Kelsen separa “absolutamente” la voluntad de toda verdad y racionalidad: la voluntad es mera expresión de deseos, emociones, sentimientos; es subjetividad incommunicable e irreductible a acuerdo intersubjetivo, salvo por la suma de las fuerzas en la voluntad general o en la voluntad de la mayoría.

La tesis de Kelsen se aproxima así a Hobbes: *auctoritas non veritas facit legem*. En realidad, mejor que *auctoritas*, tendríamos que decir *potestas*. El poder, la fuerza más grande hace la ley y lo justo: no la razón ni la verdad. Pero la fuerza sin razón deviene violencia, y que esta fuerza lo sea de la mayoría no le quita su condición de violencia; antes bien, tal vez la agrava. Puede aplicarse aquí lo que dice Tomás de Aquino de la fuerza de la voluntad desligada de la luz de la inteligencia práctica, es decir, de la *prudencia*: es como un caballo ciego que cuanto más fuerte y veloz sea, más fuertemente se estrella contra la realidad. En un orden como aquél, el hecho sustituye al derecho.³³

El principio de la mayoría como fundamento de las decisiones políticas y fuente del derecho en la democracia debe ser defendido, pero no transformado, en criterio único y absoluto, porque es indiscutible que la mayoría no es infalible y que sus errores no afectan sólo a asuntos periféricos, sino que ponen en cuestión bienes fundamentales que dejan sin garantía la dignidad humana y los derechos del hombre, es decir, se derrumba la finalidad de la libertad, pues ni la esencia de los derechos humanos ni la de la libertad es evidente siempre para la mayoría.

La historia del siglo XX —escribe Ratzinger— ha demostrado dramáticamente que la mayoría es manipulable y fácil de seducir y que la libertad

³² *Ibidem*, p. 24. Cursivas nuestras.

³³ Habermas, Jürgen, *Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la opinión pública*, Barcelona, G. Gili, 1981, pp. 136 y ss.

puede ser destruida en nombre de la libertad.... Si la mayoría tiene siempre razón el derecho tendrá que ser pisoteado. Entonces lo único que cuenta es el poder del más fuerte, que la mayoría sabe disponer a su favor.³⁴

VIII. LA ABSOLUTIZACIÓN DEL RELATIVISMO ESCÉPTICO

Otro problema es la pretensión de neutralidad y superioridad del relativismo respecto de las posiciones parciales y dogmáticas. En efecto, me parece que la perspectiva relativista es legítima como posición metódica cuando se trata de abrirse a otras culturas, otros horizontes, otros mundos, especialmente si ellos se muestran muy distintos y contrapuestos al propio. Entonces, el juicio sería prejuicio y, en cambio, es menester cierta actitud de neutralidad y exterioridad, de epojé, como condición de la apertura y de la eventual comprensión de aquello nuevo y diferente que se nos presenta. Como camino y tránsito puede tener sentido tratar de mirar las cosas neutralmente y desde afuera. Pero hacer de esta posición metódicamente justificada una posición filosófica definitiva, me parece que la convierte en un autoritarismo epistemológico y valórico que inadvertidamente se autoerige como árbitro absoluto y posición absoluta que contempla y juzga las posiciones parciales “desde fuera y desde arriba”. De aquí surge la tendencia a absolutizar en la práctica la posición relativista y a no tolerar las posiciones opuestas ni a admitir la discusión de sus premisas, valiéndose de ataques *ad hominem* que buscan acallar a sus adversarios en el espacio público. Es lo que sucede cuando se exige “neutralidad moral” en el ámbito público y se acusa de arrogancia o fundamentalismo a la actitud contraria, siendo así que tanto la negación como la afirmación de la posibilidad de un conocimiento del bien son igualmente posiciones morales,³⁵ de modo que no hay tal neutralidad, y lo que se llama así es una máscara del relativismo.

Paradójicamente, el relativismo se muestra así como un nuevo rostro de la intolerancia. Este encierro del sujeto en su propio dogmatismo, con una seguridad de sí tal que exige imponer sus dogmas relativistas a los que no los comparten, abre un peligroso camino en contra de la libertad.³⁶ El re-

³⁴ Ratzinger, Josef, *Verdad, valores...*, cit., pp. 94 y 95.

³⁵ O quizá “metaéticas”, como lo ha visto José Antonio Sendín en *La filosofía moral de Kelsen*.

³⁶ Ratzinger, Josef, *Verdad, valores...*, cit., cap. III. Cfr. Goodman, L. E., “Seis dogmas del relativismo”, en M. Dascal (ed.), *Relativismo cultural y filosofía. Perspectivas norteamericana y latinoamericana*, México, UNAM, 1992, pp. 109-144.

lativismo como posición de la no posición es ciertamente una ficción y una ilusión, pues nadie está realmente en esa condición, sino siempre inmerso en un horizonte de comprensión, como lo han hecho ver Popper y la hermenéutica.³⁷

De aquí se deriva otro problema no menor, que es el solipsismo. Preguntémonos ¿con quién puede dialogar de modo respetuoso y sincero un relativista escéptico? ¿Podría dialogar así con personas que tengan fuertes convicciones morales y religiosas, como es frecuente en el mundo oriental, por ejemplo? ¿Cuántas partes del mundo cierra el demócrata kelseniano? ¿No se hace trivial un diálogo ético entre escépticos y se transforma este más bien en una cuestión de poder?

IX. TOLERANCIA, INDIFERENCIA Y RELATIVISMO ESCÉPTICO

Finalmente, quisiera subrayar que la convivencia en la democracia exige indudablemente la virtud de la tolerancia, la capacidad de aceptar las diferencias; más concretamente, la disposición que nos lleva a soportar que otros crean, digan o hagan algo que nos parece mal, aceptación que hacemos por respeto a la libertad y dignidad del otro o con vistas a evitar males peores o para alcanzar bienes mayores. Pero esto sólo es posible si asumimos una real diferencia entre lo que queremos y lo que toleramos. Porque lo que toleramos no nos parece bien, pero lo aceptamos por razones prudenciales o de justicia, por eso la tolerancia es una virtud.

A la inversa, si desde el relativismo escéptico no reconocemos una verdadera diferencia entre los valores positivos y los negativos ni presumimos estar bien, es decir, tener cierta razón cuando apreciamos unas cosas y toleramos otras, entonces no estoy siendo realmente tolerante con el otro, sino meramente indiferente. Y si la tolerancia es una virtud, la indiferencia desde luego no lo es. La indiferencia no es ninguna perfección ética ni política. Por ella no se actúa contra el otro, pero tampoco se actúa con el otro ni para el otro. Éste es borrado de nuestra existencia, le damos muerte social. La indiferencia no es una virtud política, sino una disposición contraria a la política, una disimulada especie de agresión social. En consecuencia, cabe admitir que la

³⁷ En este punto no deja de tener cierta razón la defensa que hace Rorty del etnocentrismo contra el relativismo. Véase, respectivamente, Rorty, R., *Objectivity, Relativism and Truth*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991, pp. 203 y ss.; Rorty, R., *Pragmatismo y política*, Paidós, Barcelona 1998, pp. 81-103.

tolerancia sea una condición de posibilidad de la democracia, pero no que el relativismo sea una condición de posibilidad de la tolerancia, porque los principios relativistas la hacen imposible.

En su sentido más estricto, la indiferencia es una *falta de respeto*. He aquí una virtud social anterior a la tolerancia y condición de ella a la cual no se ha prestado casi atención a pesar de cumplir un papel fundamental en la constitución de la comunidad política. La voz latina *respectus*, de donde viene el vocablo español homólogo, tiene el significado de “atención”, “consideración”. Tal es el sentido primario del respeto: mirar al otro, atenderle, referirse a él; exactamente lo contrario de la indiferencia. Por esta uno se cierra al otro, lo saca de su horizonte vital, mientras que por el respeto se abre al otro y lo acoge como otro. Este es un momento que no envuelve aún crítica ni negatividad, más bien lo contrario: una presunción positiva a favor del otro, de valoración; por eso puede ser apertura. En el respeto, el otro aparece en su dignidad, como alguien valioso. Es la condición primera de la construcción social, muy anterior, por cierto, a la tolerancia, que conlleva el reconocimiento de algo negativo en el otro. Evidentemente, la apertura al otro mediada y motivada por la presunción de su valor, por un acto de confianza a su favor, puede verse frustrada y mostrársenos el otro en sus aspectos negativos, en aquello que no podemos compartir. Sólo entonces puede tener lugar la tolerancia, que, sin el respeto previo, sería mero prejuicio.

EL RIESGO DE LA DEMOCRACIA KELSENIANA

José J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La respuesta de Fukuyama al relativismo de Kelsen*. III. *El problema de Hans Kelsen*. IV. *Conclusión*.

Cuando el uno o la minoría o la mayoría gobiernan atendiendo al interés común, esos regímenes serán necesariamente rectos; pero los que ejercen el mando atendiendo al interés particular del uno o de la minoría o de la masa son desviaciones.

ARISTÓTELES,
*Política*¹

Incluso en el supuesto de una expansión ilimitada del poder del Estado sobre el individuo, de la completa aniquilación de la “libertad” individual y de la negación del ideal liberal sería posible la democracia siempre que aquel poder fuera obra únicamente de los que le están sometidos.

Hans KELSEN,
*De la esencia y valor de la democracia*²

La democracia desconectada del liberalismo no protege la diversidad, porque las ma-

* Profesor titular del Departamento de Filosofía del Derecho en la Universidad de Granada. Contacto: jimenezs@ugr.es.

¹ Aristóteles, *Política*, trad. de Manuela García Valdés, Madrid, Gredos, 1988, p. 1279a2.

² Kelsen, Hans, *De la esencia y valor de la democracia* (1929), trad. de Juan Luis Requejo Pagés Oviedo, KRK, 2006, p. 54.

yorías utilizan su poder para reprimir a las minorías.

Francis FUKUYAMA,
“El liberalismo y sus descontentos”³

I. INTRODUCCIÓN

No deja de mostrar cierto humor la refutación que hace Demetrio Rich, uno de los personajes de la novela de Fernández Flórez, *Una isla en el Mar Rojo*, de la razón en la que apoyaba su discurso otro de los protagonistas, consistente en sostener que lo que defiende la mayoría es lo correcto por la única razón de ser la mayoría quien así lo quiere: “y son —se reafirmaba Irene— también más numerosos”.⁴ Frente a esta tesis, Demetrio replicó que si el número constituyera un argumento, entonces, y dado que “más numerosos que la especie humana son las moscas, las hormigas, las pulgas”, deberíamos cederles el mundo, y de ningún modo lo hacemos, tampoco lo pensamos.

Desde sus inicios, la civilización occidental ha tratado de vislumbrar dónde comienza la barbarie; por eso se ha planteado la cuestión del límite. ¿Hasta dónde podemos llegar? ¿Cómo podemos diferenciar las conductas adecuadas de las inapropiadas? Este asunto constituyó el propósito central en torno al que se ciñó la reflexión política en el mundo griego. De ahí la necesidad de construir una ciencia de la política que estableciera como incuestionable que lo que ha de orientar la práctica política no es un beneficio particular u otro, sea el de la minoría, incluso la de uno, sea el de la mayoría, sino que la política ha de venir determinada por el fin de la ciudad, que no consiste sino en el interés común. Además, la ética griega fue también capaz de definir el bien absoluto. Al fin y al cabo, todo ello era posible porque se conocía una ley, la ley común establecida por la naturaleza, como indiscutible.

Aristóteles la define como aquella que es conforme a la naturaleza, “porque existe —dirá—, algo comúnmente como justo o injusto por naturaleza, aunque no exista comunidad ni haya acuerdo entre los hombres”.⁵ En esto, Aristóteles no es original, pues recoge lo afirmado por Antígona

³ Fukuyama, Francis, “El liberalismo y sus descontentos. Los desafíos desde la izquierda y la derecha”, *La Maleta de Portbou*, núm. 44, enero-febrero de 2021, p. 31.

⁴ Fernández Flórez, Wenceslao, *Una isla en el mar rojo* (1939), Madrid, Aguilar, Obras completas, t. IV, 1956, p. 576.

⁵ Aristóteles, *Retórica*, trad. de Quintín Racionero, Madrid, Gredos, 1990, p. 1373b9.

cuando frente a Creonte, su soberano, sostiene que aunque su conducta esté prohibida por la ley dictada por éste —no está permitido enterrar a quien no se comportó valerosamente en la batalla—, ella dará sepultura a su hermano, Polinices, porque no transgredirá “las leyes no escritas e inquebrantables de los dioses [...], que] no son de hoy ni de ayer, sino de siempre, y nadie sabe de dónde surgieron”.⁶

El mundo griego se construyó sobre una certeza, la ley natural. El mismo Creonte lo reconocerá finalmente, cuando admita que la ley de los hombres tiene límites, aquellos que vienen impuestos por la naturaleza. Siglos después lo resume muy bien el joven Hegel al decir que en el mundo antiguo algo “es derecho porque es lo justo”.⁷ Sin embargo, para nosotros esa certidumbre ha desaparecido. Sabemos lo que sea derecho —creación indirecta de la mayoría de los ciudadanos—, pero no podemos llegar a determinar con claridad que también sea justo. Tampoco poseemos la seguridad de que si nuestro comportamiento se adecúa a las exigencias de la ley, estemos actuando justamente. De ahí que tengamos que atenernos a lo que nosotros mismos decidamos. Ya no cabe la política al modo aristotélico, sino sólo la retórica, en la que todo es discutible, pues no poseemos ningún criterio que nos sirva con seguridad como elemento de orientación tanto en nuestra práctica como en la discusión con los demás. No poseemos parámetros que puedan sustentar nuestras acciones de manera indubitada. Antígona nunca dudó, tenía un deber de piedad con su hermano, y no sería ella, pese a la ley de Creonte, la que impidiera su descanso eterno, lo que para los griegos sólo se alcanzaba si el cuerpo yacente, sin vida, era sepultado.

II. LA RESPUESTA DE FUKUYAMA AL RELATIVISMO DE KELSEN

Quizá la mejor expresión del tiempo en que vivimos siga siendo el trasfondo relativista de la teoría jurídico-política de Kelsen, su teoría de la democracia, asentada sobre la regla de la mayoría. Siempre trató de sostener ese principio, aunque introduciendo ciertas correcciones que evitaran sus excesos, que al fin no pudieron impedir, como de hecho sucedió, que ese principio mayoritario degenerara en su imperio, el imperio de la mayoría. Nosotros hemos intentado salir de esa situación mediante la construcción de lo que llamamos

⁶ Sófocles, *Antígona*, trad. de A. Alamillo, Madrid, Gredos, 2010, p. 455.

⁷ Hegel, Georg Wilhelm Friedrich, *Fenomenología del espíritu*, trad. de Wenceslao Roces, México, Fondo de Cultura Económica, 1966, p. 255. La traducción es mía.

el Estado democrático de derecho. En realidad, vivimos en uno, aunque a pesar de ello nos encontramos recurrentemente frente a problemas que son difícilmente resolubles. Pareciera que en nuestra navegación nos enfrentáramos una y otra vez con graves dificultades, siempre entre Escila y Caribdis, entre lo que dispone la ley y lo que plantea su crítica racional, sin saber muy bien qué rumbo tomar.

En nuestros días, Fukuyama trata de alcanzar un rumbo cierto a pesar de la mala mar, cuando defiende la necesidad de construir un régimen político asentado sobre la interdependencia entre liberalismo y democracia, lo que se alcanza mediante la insuflación de la democracia con los principios liberales, la igual dignidad humana y la autonomía normativa. No piensa que liberalismo y democracia sean una misma cosa, por lo que es posible que haya regímenes liberales que no sean democráticos —algo difícilmente concebible—, lo mismo que puede haber democracias que no sean liberales, de lo que alguna experiencia poseemos. Sin embargo, el mismo Fukuyama reconoce que el “liberalismo se alía con la democracia a través de la autonomía individual”,⁸ lo que implica que la democracia exige para constituirse como legítima el mismo liberalismo; esto es, la justificación de la democracia no es posible sin el reconocimiento de los derechos y libertades individuales, de manera que permitan ejercer la autonomía pública, lo que se logra mediante los derechos que aseguran el ejercicio de las libertades políticas, imprescindibles para aseverar nuestra autonomía normativa. Esos derechos son fundamentalmente dos: el derecho de participación y la libertad de expresión. Pero también han de consolidar la autonomía privada, esto es, las libertades subjetivas de acción, que han de entenderse como el reconocimiento de los derechos de propiedad o autonomía privada. Esto es lo que al fin y al cabo constituye la esencia del reconocimiento de la igual dignidad de los seres humanos.

Llama la atención que el primer texto renombrado de Fukuyama abordara el mismo tema, si bien entonces resumaba optimismo, la navegación discurría con buena mar. Hoy, su pensamiento destila pesimismo, tal como se desprende de uno de sus últimos artículos, en el que advierte sobre el acoso que sufren las democracias liberales, tanto desde fuera por parte de los regímenes autoritarios, como desde dentro de ellas mismas dado el auge del populismo, tanto de derechas como de izquierdas, en la medida en que ambos se apoyan en unas políticas identitarias que ponen en cuestión la construcción racional de una nación de ciudadanos libres e iguales capaz de “componer un país comprometido con todas las culturas, colores, caracte-

⁸ Fukuyama, Francis, “El liberalismo y sus descontentos. Los...”, *cit.*, p. 26.

res y condiciones del hombre” (*compose a country committed to all cultures, colours, characters, and conditions of man*).⁹

En ese primer texto,¹⁰ Fukuyama decía que habíamos llegado al final de la historia, en la que “el Estado que surge... es... liberal, puesto que reconoce y protege el derecho universal del hombre a la libertad mediante un sistema de leyes, y es democrático en la medida en que solo existe con el consentimiento de los gobernados”.¹¹ Con ello se había alcanzado “una inquebrantable victoria del liberalismo económico y político”,¹² sin que admitiera que la misma supusiera una victoria segura. No se trataba tanto de que los sistemas liberal-democráticos se hubieran impuesto efectivamente, como de que se hubiera dado “el último paso de la evolución ideológica de la humanidad y de la universalización de la democracia liberal occidental como forma final de gobierno humano”,¹³ esto es, la generalización del libre mercado y la expansión de los sistemas liberal-democráticos. Así, el Estado del fin de la historia es liberal y democrático. Aunque pareciera que fuera imposible pensar un modelo distinto al liberal-democrático, lo cierto es que no es esa la situación en la que hoy nos encontramos, donde las críticas a la democracia liberal arrecian sostenidas por la defensa de esas políticas de identidad que se asientan en la inmediatez de la etnia, lengua, cultura, pero también de la raza y el sexo.

Ahora bien, la formulación del modelo democrático-liberal encierra una posible contradicción, que Fukuyama asumió como zanjada, entre la posición liberal, asentada sobre el reconocimiento de una serie de derechos a los individuos —“el derecho universal del hombre a la libertad”—, y la posición republicana, ahora la llama democrática, construida sobre el principio de la soberanía popular —“solo existe con el consentimiento de los gobernados”—, lo que se articula por medio de la regla de la mayoría. La posibilidad de esa contradicción se mantiene treinta años después al defender la interdependencia entre liberalismo y democracia. La razón de tal insuficiencia se encuentra en que Fukuyama la creyó resuelta con insuflar los principios de uno en la otra, lo que haría factible la articulación entre ambas concepciones. De ahí que sostenga la necesidad de que la democracia esté presidida por los presupuestos del liberalismo cuando sostiene el reconoci-

⁹ Gorman, A., *Inauguration Day 2021 Poem*.

¹⁰ Fukuyama, Francis, “¿El fin de la historia?”, *Claves de Razón Práctica*, núm. 1, 1990, pp. 85-96.

¹¹ *Ibidem*, p. 86.

¹² *Ibidem*, p. 85.

¹³ *Idem*.

miento de la igual dignidad humana, así como la autonomía normativa. Sin embargo, esos presupuestos liberales adolecen de las insuficiencias propias de un universalismo y formalismo vacíos, que no se evitan simplemente con el reconocimiento de los derechos y libertades individuales, si es que el mismo se hace depender para su realización del consentimiento mayoritario de aquellos a quienes se dirigen. La regla de la mayoría no puede impedir por sí misma la deriva hacia su imperio. En el fondo, esta contradicción arranca de las dificultades con las que se enfrentó Kelsen a la hora de abordar la construcción de un orden social, problemas que todavía perviven, como acabamos de ver, en uno de los más conspicuos defensores de las democracias liberales. La razón se encuentra en que lo que podríamos denominar el problema de Kelsen, sigue irresuelto.

III. EL PROBLEMA DE HANS KELSEN

Kelsen trató de conjugar la libertad del individuo con la voluntad estatal, de manera que se preserve la primera, sin que se disuelva la segunda. Rousseau había manejado dos conceptos de voluntad: la general y la voluntad de todos. Con este último, un concepto distinto del anterior, trataba de salir de las dificultades que planteaba el primero, y que él mismo no pudo resolver. Kelsen seguirá sus pasos y entenderá la voluntad estatal como voluntad de todos, como suma de las diferentes voluntades individuales. De esta manera, establece la trama desde la que es posible construir un orden social coherente con su propio planteamiento, fruto de la transacción que se haga entre los diferentes intereses particulares.

La democracia tiene que resolver, según Kelsen, nuestra oposición a que se nos gobierne, a que una voluntad extraña se imponga sobre la propia, a la heteronomía frente a la autonomía. “En la aspiración a la libertad es la propia naturaleza la que se rebela contra la sociedad”.¹⁴ Esta idea negativa de libertad se alimenta también de la idea de igualdad radicada en el reconocimiento de la igual dignidad de todo ser humano, esto es, en la afirmación de la autonomía individual, que es lo que constituye, de acuerdo con Fukuyama, la esencia del liberalismo. De lo anterior se deduce que no habría razón, si todos somos iguales, que pudiera justificar que alguien mandara sobre mí, por lo que no cabe que la heteronomía se imponga sobre la autonomía.

Kelsen parte de la dificultad con la que se enfrenta Rousseau cuando en su obra intenta articular dos cuestiones íntimamente relacionadas: el con-

¹⁴ Kelsen, Hans, *De la esencia y valor de la...*, cit., p. 39.

cepto de libertad, anterior a todo orden social, y el mismo concepto de un orden social, en el que sea posible que pueda pervivir la libertad anterior. Esta es la propuesta de Rousseau: “encontrar una forma de asociación que defienda y proteja de toda la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual, uniéndose cada uno a todos, no obedezca, sin embargo, más que a sí mismo y quede tan libre como antes”.¹⁵ Además, Kelsen se apoya en la crítica que hace Rousseau a los regímenes parlamentarios, cuando señala que aunque “el pueblo inglés se piensa libre; se equivoca mucho; solo lo es durante la elección de los miembros del Parlamento; en cuanto han sido elegido, es esclavo, no es nada”.¹⁶ De esta manera, Kelsen se sitúa, al mismo tiempo, en los dos frentes que abre la obra de Rousseau. Primero, el problema de la voluntad general. Segundo, la cuestión de la voluntad de todos y sus problemas correlativos, la regla de la mayoría y los límites a que tiene que atenerse el juego entre mayorías y minorías de manera que “se reduzca a un mínimo la posibilidad de la imposición por mayoría”.¹⁷

Veamos el primer problema, el de la voluntad general, pues si se pudiera resolver, no necesitaríamos entrar en el segundo. Sin embargo, Kelsen no lo solventa, lo abandona inmediatamente al reconducirlo hacia el principio de la unanimidad. En su opinión, la voluntad general de Rousseau “es completamente incompatible con la teoría del contrato del Estado que es una función de la *volonté de tous* subjetiva”.¹⁸ La razón de tal afirmación se encuentra en el hecho de que cuando Rousseau se pregunta por la voluntad general, lo que hace es plantear un

...conflicto irresoluble que enfrenta a la idea de la libertad individual con la idea de un orden social que, en su esencia más íntima, solo es posible en términos de una validez objetiva, esto es, independiente en último término de la voluntad de los sometidos a las normas. Para un conocimiento centrado en lo específicamente social, esta validez objetiva del orden social se mantiene incluso cuando el contenido de ese orden viene determinado de algún modo por la voluntad de los sometidos a las normas.¹⁹

De esta manera, Kelsen deja de lado los problemas que derivan de la voluntad general y se centra en los que plantea la regla de la mayoría, que

¹⁵ Rousseau, Jean Jacques, *Del contrato social* (1762), trad. de M. Armiño, Madrid, Alianza, 1986, p. 22.

¹⁶ *Ibidem*, p. 98.

¹⁷ Kelsen, Hans, *De la esencia y valor de la...*, cit., p. 46.

¹⁸ *Ibidem*, p. 57, n. 7.

¹⁹ *Ibidem*, p. 47.

tratará de solucionar por medio de la siguiente estrategia. Aparentemente, las dificultades que pudieran derivarse del juego entre mayorías y minorías cabría evitarlas si las decisiones se adoptaran por unanimidad; esto es, que todos los individuos estuvieran de acuerdo con las distintas medidas; pero entender el contrato social en términos de unanimidad no es hacerlo ya en los términos exigidos por la voluntad general, que excede por definición la particularidad de los intereses individuales, así como la contingencia de los mismos. Además, si se tratara de unanimidad no sería entonces posible que se pudiera obligar a alguien a ser libre, tal como defiende Rousseau al plantear el debate en los términos de la voluntad general.

A pesar de todo esto, Kelsen entiende la constitución del Estado como un pacto en términos de unanimidad, por lo que la voluntad general queda desplazada, centrándose en la voluntad de todos. No obstante, Kelsen no limita el uso del principio de unanimidad al momento de la constitución del Estado, sino que también lo extiende, al modo de Locke, a su mantenimiento; es decir, que cualquiera puede en todo momento romper esa unanimidad y separarse de esa comunidad, lo que de nuevo sería imposible desde el punto de vista de la voluntad general, tal como la diseñó Rousseau. En verdad tampoco lo es en los términos en los que lo pensó Locke. Hay dos momentos en la obra de Kelsen en los que se pone de manifiesto que ha abandonado los presupuestos desde los que Rousseau abordó la cuestión. Primero, cuando dice que las mayorías cualificadas son una manera de acercarse a resolver los problemas, pues se aproximan en la medida de lo posible a la unanimidad:

...[E]l principio de mayoría cualificada, bajo ciertas condiciones, puede suponer una aproximación aún mayor a la idea de la libertad, en la medida en que puede implicar una cierta tendencia a la unanimidad en el proceso de formación de la voluntad de la comunidad,²⁰ lo que exigiría precisar las condiciones en las que habría de llevarse a cabo tal procedimiento y que no pueden ser otras que la afirmación de la igual dignidad de todas las personas, es decir, que todo el mundo merece “igual respeto y consideración”.²¹

Esto desembocaría en el reconocimiento de una universalidad meramente formal, que es la propia del liberalismo. Y segundo, cuando abandona el problema de la voluntad general y lo sustituye por el de nación al defender que

²⁰ *Ibidem*, p. 142.

²¹ Véase, al respecto, Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio* (1977), trad. de Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 1984, p. 274.

...mayoría y minoría tienen que ser capaces de entenderse si han de convivir. Es preciso, por tanto, que se den las condiciones efectivas para el entendimiento recíproco de quienes participan en la formación de la voluntad social, a saber: una sociedad relativamente homogénea desde el punto de vista cultural y, en particular, una misma lengua.²²

Lo que no parece que sea una solución adecuada para los problemas que había planteado Rousseau.

A partir de aquí tratará de los problemas propios de una democracia asentada sobre el juego de las mayorías. Desde el comienzo, Kelsen sabe muy bien cuáles son los inconvenientes de la regla de la mayoría y advierte que “el principio democrático de la libertad exige que se reduzca a un mínimo la posibilidad de la imposición por mayoría, viéndose en la mayoría cualificada y, en la medida de lo posible, en la unanimidad, una garantía para la libertad individual”.²³

Con esto podemos apreciar con claridad que el planteamiento de Kelsen consiste en una defensa de la posición contractualista que no excede la de Hobbes, tratando de solventar los problemas que se derivan de la falta de unanimidad por medio de la institucionalización de las mayorías cualificadas. Además, Kelsen es consciente de que el principio de unanimidad es difícilmente sostenible más allá del momento fundacional, aunque ni siquiera, tal como vio Hobbes, entonces. De ahí que defienda que la democracia “desarrolla por determinaciones de la mayoría el orden inicialmente creado por unanimidad”,²⁴ con lo que no queda más remedio que reconocer que la idea de libertad como autodeterminación sufre una metamorfosis en tanto que se ha de interpretar el gobierno de sí mismo, la idea de autonomía, como sometimiento a la voluntad de la mayoría. Así ha jibarizado los problemas de fondo de los que partía, transformándolos en un juego de sumas y restas. Esto le obliga a forzar su argumentación y apoyar la regla de la mayoría no en ese simple juego, sino en un fundamento arraigado en el concepto de libertad del que había partido —la transformación de la libertad en libertad política—, aunque al hacerlo así termine por dinamitar ese mismo concepto de libertad. Eso es lo que hará cuando defienda que, si no puede lograrse la libertad de todos, al menos se consiga la del mayor número. Así, dirá:

²² Kelsen, Hans, *De la esencia y valor de la...*, cit., pp. 162 y 163.

²³ *Ibidem*, p. 46.

²⁴ Kelsen, Hans, *Esencia y valor de la democracia* (1934), trad. de Rafael Luengo Tapia y Luis Legaz y Lacambra, Madrid, Guadarrama, 1977, p. 21.

Únicamente la idea de que deben ser libres, si no todos, sí al menos tantos hombres como sea posible —es decir, que tan pocos hombres como sea posible deben verse en la situación de que su voluntad esté en contradicción con la voluntad general del orden social—, lleva de una manera razonable al principio de la mayoría. Que la igualdad se presupone así claramente como una hipótesis fundamental de la democracia se demuestra en el hecho de que estos o aquellos no deben ser libres porque nadie valga más que otro, sino porque deben ser libres tantos como sea posible.²⁵

Como puede apreciarse, Kelsen es consciente de los problemas a que puede conducir la práctica de la regla de la mayoría, y es por eso por lo que tratará de compensarlo mediante el ejercicio de la transacción, ya que ésta “es la verdadera aproximación a la unanimidad exigida por la idea de la libertad en la creación del orden social por los sujetos al mismo [ajustándose], el principio de mayoría en este sentido a la idea de la libertad política”.²⁶ La conclusión será clara: “la voluntad colectiva formada con arreglo al llamado principio de mayoría no nace como un dictado de la mayoría contra la minoría, sino como el producto de la influencia recíproca entre ambos grupos”.²⁷ Ahora bien, ¿cómo se lleva a cabo esa influencia recíproca? A través de la transacción, que “consiste en posponer lo que estorba a la unión, a favor de lo que contribuye a ella. Todo cambio, todo contrato, es una transacción... se trataría, en fin, de fijar una línea media entre los intereses opuestos como resultante de la pugna sostenida por las fuerzas sociales”.²⁸ Anteriormente lo había dicho con claridad al sostener que la voluntad común, “si no ha de ser la expresión unilateral del interés de un grupo, solo puede consistir en la resultante o transacción de intereses divergentes”,²⁹ pues

²⁵ Kelsen, Hans, *De la esencia y valor de la...*, cit., p. 52. Definitivamente, la voluntad general se ha perdido, aunque, como puede observarse, Kelsen sigue sin resolver con claridad el problema, pues sigue presente el de los límites de las mayorías y, lo que es más importante, su justificación. Un ejemplo de lo que quiero decir lo ofrece el propio Kelsen cuando afirma en la p. 54 que “incluso en el supuesto de una expansión ilimitada del poder del Estado sobre el individuo, de la completa aniquilación de la «libertad» individual y de la negación del ideal liberal sería posible la democracia siempre que aquel poder fuera obra únicamente de los que le están sometidos”. Parece que con esto cabe reafirmar que el problema está en los límites de la mayoría, que es donde reaparecerá el problema de la voluntad general. De ahí que se pueda avanzar que la regla de la mayoría no resuelve el problema de la formación de la voluntad colectiva, pues el problema reside en encontrar el fundamento y justificación de los límites de esa regla.

²⁶ Kelsen, Hans, *Esencia...*, cit., p. 97.

²⁷ Kelsen, Hans, *De la esencia y valor de la...*, cit., p. 145.

²⁸ Kelsen, Hans, *Esencia...*, cit., p. 86.

²⁹ *Ibidem*, p. 43.

...el ideal de un interés común, situado por encima y más allá de los intereses de grupo... es una ilusión metafísica o, mejor, metapolítica que suele expresarse mediante la extraordinariamente vaga terminología de una comunidad “orgánica” o de una articulación “orgánica” de la misma, y contraponerse al llamado “Estado de partidos”, esto es, a la democracia mecánica.³⁰

Sin embargo, no parece que con ese concepto de transacción podamos ir mucho más allá de los problemas que ya teníamos planteados cuando hablamos de los inconvenientes que conlleva el principio de las mayorías, en tanto que las dificultades con las que nos enfrentamos ahora son muy similares, ya que consisten en determinar cuáles son los límites de la propia transacción, sobre qué se puede y sobre qué no se puede transigir. Dworkin vio muy bien las dificultades que podían derivarse de un planteamiento como el kelseniano. Esta es la razón por la que diferenció claramente entre lo que puede ser objeto de acuerdo y, por lo tanto, de transacción, y lo que sólo puede ser objeto de compromiso.³¹ Mientras que sobre los intereses se puede transigir, no sucede así con los principios, que sólo pueden ser objeto de compromiso, y no de acuerdo. Precisamente, las dificultades del planteamiento kelseniano derivan de no haber tenido en cuenta esta diferencia y haber pensado que todo puede ser objeto de transacción. Sin embargo, para que la transacción pueda persistir, necesariamente ha de tener un límite, en tanto que la transacción no puede ser objeto de sí misma, sino que se tiene a sí misma como límite. En definitiva, no es sino el viejo problema del relativismo, todo es relativo menos la afirmación de que todo es relativo; esto es, menos el propio relativismo, con lo que caemos en un nuevo absolutismo, que puede ser peor que el viejo, en la medida en que parece justificado, cuando no lo está.³²

De ahí su intento de salir de estas dificultades mediante la defensa de un gobierno de las mayorías que contara con el apoyo de las minorías. Con este fin, reformulará la regla de la mayoría como “principio de mayoría-minoría”, puesto que “como quiera que el conjunto de los sometidos a las normas se organiza esencialmente en dos grupos, la mayoría y la mino-

³⁰ Kelsen, Hans, *De la esencia y valor de la...*, cit., p. 80.

³¹ Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986, cap. 6.

³² Lo curioso es que su intento de corrección de los excesos de la regla de la mayoría mediante la transacción lo llevan al punto de partida. La razón de todas estas vueltas y revueltas siempre se encuentra en el mismo lugar: no haber abordado bien el problema central en el que todo esto se origina; es decir, pensar que dejando de lado el problema de la voluntad general, los problemas que la misma conllevaba se solucionaban. Como podemos apreciar, no es eso lo que sucede.

ría, se crea la posibilidad de la transacción en la formación de la voluntad colectiva”,³³ lo que se acentúa, en su opinión, con el sistema de representación proporcional, pues implica “la necesidad de superar las pequeñas diferencias existentes entre los grupos de partidos y de alcanzar acuerdos en torno a los intereses comunes más relevantes”,³⁴ con lo que de nuevo recae en el terreno del que continuamente trata de huir, pues no hay manera de obviar la cuestión de la fundamentación del orden social sobre la voluntad general, lo que reaparece cuando tratamos de saber qué sea lo que pueda entenderse por interés común, que excede a lo que podemos considerar el interés de cada uno, e incluso la suma y resta de esos intereses individuales. Este problema se agrava cuando Kelsen trata de asegurar que la voluntad del Estado no sea la de un solo sector de la sociedad, la voluntad de un único partido o de una coalición de partidos. Para evitarlo, incide con otras palabras en la idea de los límites, aunque ahora se refiera a la misma con otros términos: “se precisan garantías de que todos los demás puedan manifestarse y entrar en concurrencia, sin lo que no podrían llegar a la transacción”.³⁵ Kelsen formula estas ideas concordantes, la de los límites y garantías, cuando afirma que

El principio de mayoría es apropiado para impedir el dominio de una clase. Ya es significativo el hecho de que la experiencia demuestre que se trata de un principio compatible con la protección de la minoría. Y ello porque la mayoría presupone, por definición, la existencia de una minoría y, por tanto, el derecho de la mayoría implica el derecho a la existencia de una minoría. De ello no resulta la necesidad, pero sí la posibilidad de la protección de la minoría frente a la mayoría. Esta protección de la minoría constituye la función esencial de los llamados derechos y libertades fundamentales.³⁶

Kelsen no llega a desarrollar una concepción de la democracia constitucional, sino que defiende una concepción de la democracia mayoritaria que podríamos considerar como razonable, aunque, como veremos a continuación, esa concepción no puede evitar que se deslice hacia su perversión en el imperio de la mayoría. Kelsen construye, como acabamos de ver, un silogismo, en el que la premisa mayor dice que la regla de la mayoría “presupone por definición, la existencia de una minoría”, la premisa menor establece que “el derecho de la mayoría implica el derecho a la

³³ Kelsen, Hans, *De la esencia y valor de la... cit.*, pp. 146 y 147.

³⁴ *Ibidem*, pp. 155 y 156.

³⁵ Kelsen, Hans, *Esencia... cit.*, p. 92.

³⁶ Kelsen, Hans, *De la esencia y valor de la... cit.*, p. 139.

existencia de una minoría” y extrae la conclusión de que de ello “no resulta la necesidad, pero sí la posibilidad de la protección de la minoría frente a la mayoría [...lo que] constituye la función esencial de los llamados derechos y libertades fundamentales o derechos humanos y civiles”.

Si lo leemos al revés, veremos que hay dos incongruencias. Primero, en la conclusión se diluye lo que ya se afirma en la segunda premisa, pues de ésta obtiene menos de lo que la misma implica, y segundo, la segunda premisa supone un salto de terreno, pues se abandona el lugar en el que está formulada la primera, la pura lógica, para pasar al derecho. Esta segunda incongruencia tiene menor relevancia en relación con lo que aquí tratamos de demostrar: que su concepción de la democracia mayoritaria no puede evitar su deslizamiento hacia el imperio de la mayoría. Mayor enjundia tiene la primera incongruencia, pues si en la segunda premisa sitúa la reflexión en el terreno del derecho y admito que el derecho de uno, la mayoría, *implica* el derecho de otro, la minoría, no puedo obtener menos en la conclusión de aquello que estaba ya en la premisa, y esto es lo que hace Kelsen al hablar de *posibilidad* y no de *necesidad*. Si el derecho de uno *implica* el de otro, entonces no es una cuestión de *posibilidad*, sino de *necesidad*. Admitir esto le habría llevado a Kelsen a tener que desprenderse de su relativismo axiológico, y coherentemente con ello, su concepción de la transacción entre diferentes posiciones que defienden valores e intereses contrapuestos, sin que ninguno de ellos pueda considerarse mejor que los otros, pues todos ellos son relativos, lo que evidentemente no puede hacer. No obstante, no es este el camino que quiero seguir, sino el que recorre el propio Kelsen. El problema está mal planteado desde el principio, y, por eso, su construcción muestra enormes debilidades. Veámoslas.

La primera es su concepción del límite como autolimitación, es decir, Kelsen diseña el límite como “principio de legalidad”.³⁷ A partir de aquí establece una serie de medidas de carácter constitucional que sirven para asegurar una democracia controlada, limitada. A fin de evitar que la mayoría se deslice hacia su imperio, y dado que no tenemos ningún mecanismo que someta necesariamente a la mayoría, sólo es posible entender la renuncia de la mayoría “a la imposición de su voluntad frente a una minoría cualificada” como una “autolimitación”,³⁸ lo que ha de plasmarse constitucionalmente en el reconocimiento no sólo de la mayoría absoluta —la autoridad legislativa—, sino también del “principio de la mayoría cualificada” —la autoridad constituyente—, que ha de funcionar en relación con “las medi-

³⁷ *Ibidem*, p. 181.

³⁸ *Ibidem*, p. 141.

das que afectan a una determinada esfera de intereses nacionales, religiosos, económicos o, en general, inmateriales [que] sólo son posibles con el acuerdo de una minoría —cualificada—, no contra su voluntad, es decir, sólo en virtud de un acuerdo entre mayoría y minoría”,³⁹ que asegure un nivel de protección mayor que la mera legalidad, al tratar de que haya cuestiones que exigen mayores grados de consenso, que es similar a las mayorías exigidas para reformar las normas básicas de un sistema; esto es, las normas de reforma constitucional.

Sin embargo, esto no evitaría, como el propio Kelsen reconoce, “una expansión ilimitada del Estado sobre el individuo... siempre que aquel poder fuera obra únicamente de los que le están sometidos”,⁴⁰ lo que podríamos traducir en el juego entre mayoría y minoría diciendo que cabría someter a la minoría, siempre que fuera con su consentimiento, lo que parece estar alejado de toda razonabilidad, pues los límites de la voluntad política tienen que estar contruidos de manera que no puedan ensancharse o constreñirse en función de esa misma voluntad particular. En mi opinión, creo que ésta es la razón por la que Kelsen termina reconociendo la existencia de “ciertos límites naturales” a “la aplicación del principio de mayoría”,⁴¹ refiriéndose con ello a la necesidad de una cierta homogeneidad cultural y lingüística, pues “[s]i la nación es ante todo una comunidad de cultura y de lengua, el principio de mayoría sólo tiene pleno sentido en el interior de un cuerpo nacional uniforme”,⁴² en definitiva, la defensa del principio de identidad como fundamento de la democracia, que acabará necesariamente en la defensa de una democracia iliberal, tal como sostiene en nuestros días Fukuyama.

En segundo lugar, Kelsen introduce la jurisdicción constitucional con la intención de evitar los excesos de la mayoría, lo que se alcanza mediante la protección de esos procedimientos legislativos que exigen mayorías cualificadas, ya que “la garantía de la Constitución en el procedimiento legislativo representa un interés trascendental de la minoría”,⁴³ esto es, la protección de sus derechos. En relación con esta limitación, el control de constitucionalidad por medio de la jurisdicción constitucional, hay que recordar que se asienta sobre presupuestos distintos a los de la primera limitación, pues mientras que ésta responde a los mismos principios que los de la democracia mayoritaria cuyos excesos trata de corregir, los fundamen-

³⁹ *Ibidem*, p. 142.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 54.

⁴¹ *Ibidem*, p. 162.

⁴² *Ibidem*, p. 163.

⁴³ *Ibidem*, p. 180.

tos sobre los que se asienta esta jurisdicción constitucional son distintos, pues no responden a la democracia mayoritaria, sino que se encuentran en sintonía con una concepción de la democracia diferente, la democracia constitucional,⁴⁴ en la que las limitaciones no dependen de ninguna voluntad mayoritaria absoluta o cualificada, sino que tales limitaciones se piensan como inherentes o constitutivas de la propia democracia; es decir, como las condiciones formales que hacen posible la misma democracia.

IV. CONCLUSIÓN

En definitiva, el modelo de democracia mayoritaria se asienta sobre la regla de la mayoría, tal y como hemos visto con anterioridad, aunque los límites a los que ha de someterse —especialmente el reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales, negativas y positivas, que exige el respeto de los procedimientos establecidos—, en tanto en cuanto se conciben como autolimitaciones de la misma voluntad mayoritaria, no pueden evitar conceptualmente su deslizamiento hacia el imperio de la mayoría. Cuando esto sucede, la política se sitúa por encima del derecho, transformándose en una táctica maniobrera cuyo fin único consiste en alcanzar y mantener el poder por encima de cualquier otra cosa y, en consecuencia, sin ningún tipo de relación con el plano normativo, que es desde el que cabría o no legitimar tales prácticas.

De esta manera se cierra el círculo. Kelsen piensa que el problema de la voluntad general es insoluble, por lo que sólo es posible resolver el problema de cómo fundamentar el orden social por medio del otro instrumento que había diseñado Rousseau, la voluntad de todos. Esto lo conduce a reconocer que no hay manera de establecer un orden social si no es por medio del juego entre mayorías y minorías. Así pues, un orden social sólo puede establecerse apoyado en la mayoría, sobre lo que la mayoría decida. Sin embargo, las decisiones mayoritarias se encuentran frente al argumento de la *reductio ad hitlerum*, un argumento que, nos guste o no, es muy consistente, pues plantea que la corrección o incorrección de una decisión no puede depender del número de personas que la apoyen, sino de la rectitud del argumento que la sustente. Esto no quiere decir que el número sea irrelevante, el número es una condición necesaria, pero no suficiente. Sin un número mayoritario de personas que apoyen una medida, no hay nada que hacer, pero sólo con el número tampoco. Así pues, la regla de la mayoría por sí sola no puede evitar

⁴⁴ Sobre ella, véase, Dworkin, Ronald, *Is Democracy possible here?*, Princeton, Princeton University Press, 2006, pp. 131 y ss.

que se instale un sistema político contrario a su propio juego, impidiendo la mayoría que se pudiera formar otra de signo distinto.

Así pues, Kelsen diseña un soberano democrático sobre el ejercicio de la regla de la mayoría, al mismo tiempo que trata de limitarlo por medio de las exigencias que conlleva el respeto a una serie de derechos público-subjetivos, a los que hoy denominaríamos derechos y libertades individuales. En este sentido, su propuesta resume en una la que hicieron Hobbes y Locke; el primero construye un soberano; el segundo, lo limita. Sin embargo, Kelsen se encuentra con una dificultad irresoluble cuando construye en términos fácticos un soberano sobre el ejercicio de la voluntad de todos, pues no puede justificar los límites que ha diseñado, ya que los hace depender de la misma voluntad mayoritaria a la que han de limitar. La paradoja en la que cae es similar a la del primer Hobbes. Si quien decide es la voluntad mayoritaria, ¿cómo puedo limitarla por una serie de derechos público-subjetivos?, pues si así lo hiciera, entonces el poder de la voluntad de la mayoría ya no sería tal, ya que estaría limitado por esa serie de derechos, cuyo creador sería el auténtico soberano; si la voluntad mayoritaria decide, por otra parte, limitarse por medio de la creación de una serie de derechos, es claro que en la medida en que ella los ha creado, también puede derogarlos, con lo que entonces esos derechos no constituirían ningún límite de la voluntad mayoritaria, pues siempre estarían a su albur. Planteado en estos términos, el problema no tiene salida, y sólo cabría apelar, como hizo Kelsen, a la necesidad de limitar el poder, aunque la dificultad que nos importa, no radica en esa apelación, sino en la justificación de tales límites. Tampoco parece que el intento de Fukuyama de lograrlo insuflando los principios liberales en la democracia o creando derechos y libertades lo consiga. El vacío formal, propio de su universalismo, del que esos principios adolecen, así como la dependencia del consentimiento mayoritario del reconocimiento de una autonomía pública y privada, los incapacita para corregir las insuficiencias que el sistema de Kelsen ha mostrado. Parece, pues, que tendremos que buscar en otra dirección a fin de lograr una fundamentación poderosa de nuestras democracias, capaz de hacer frente a los ataques externos e internos que hoy día padecen.

LA CONCEPCIÓN DE AUTOCRACIA EN EL PENSAMIENTO POLÍTICO DE Kelsen

Jorge ROBLES VÁZQUEZ*

SUMARIO. I. *Introducción*. II. *Teoría general del Estado*. III. *Esencia y valor de la democracia*. IV. *Teoría general del derecho y del Estado*. V. *Conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

Hans Kelsen es uno de los grandes juristas del siglo XX; su obra es amplia y abarca una gran cantidad de tópicos, aunque probablemente la parte más conocida sea su doctrina pura del derecho. En este escrito realizaré algunas observaciones y comentarios sobre la concepción de la autocracia en el pensamiento kelseniano a partir de tres textos fundamentales; por una parte, la *Teoría general del Estado* (*Allgemeine Staatslehre*), posteriormente, *Esencia y valor de la democracia* (*Vom Wesen und Wert der Demokratie*), y, finalmente, la *Teoría general del derecho y del Estado* (*General Theory of Law and State*), obra que sintetiza en gran manera su pensamiento político.

El estudio de la autocracia en Kelsen constituye una parte interesante de su obra política, la cual indudablemente se enmarca en un momento histórico; no obstante lo anterior, aún podemos aprender mucho de sus escritos y reflexionar sobre nuestra actualidad con las herramientas kelsenianas de análisis.

El pensamiento político de Kelsen se enmarca especialmente entre la primera y la segunda guerras mundiales, periodo de gran actividad académica de nuestro autor, no solamente en lo relativo a la doctrina pura del derecho, sino que aborda diferentes temáticas, especialmente la política. Es

* Profesor por oposición en la Facultad de Derecho de la UNAM. Contacto: jroblesv@yahoo.com.

en las décadas de los veinte y treinta del siglo XX donde encontramos la madurez del pensamiento kelseniano con respecto a las concepciones políticas, momento que coincide con el ascenso del nazismo y el fascismo.

Otro momento trascendental para Kelsen es el exilio en Estados Unidos donde radicó hasta su muerte en 1973, y donde realizó una gran obra de síntesis de su pensamiento, como lo es la *Teoría general del derecho y del Estado* (*General Theory of Law and State*) de 1945.

Cabe señalar que si bien Kelsen continuó con sus estudios en la línea científica, y como resultado tenemos la segunda edición de la *Teoría pura del derecho* (*Reine Rechtslehre*) de 1961, o la misma *Teoría general de las normas* (*Allgemeine Theorie der Normen*), entre otras, en lo relativo a la política no continúa profundizando sobre sus posturas políticas. No olvidemos el libro la *Teoría comunista del derecho y del Estado* (*The Communist Theory of Law*)¹ de la década de los cincuenta, donde si bien no será el mejor trabajo de Kelsen, continúa con su crítica al marxismo y al Estado Soviético, con ideas ya trabajadas, por ejemplo, en su libro *Socialismo y Estado* (*Sozialismus und Staat*)² de los años veinte, además de otros escritos.

II. TEORÍA GENERAL DEL ESTADO

En la obra *Teoría general del Estado* (*Allgemeine Staatslehre*) se muestra la madurez de Kelsen, y, por supuesto, alejado de la influencia de su maestro Jellinek; en ella aborda un estudio sistemático y exhaustivo del Estado no sólo con una visión jurídica, sino especialmente política.

Kelsen contrapone dos visiones de manera constante: la propuesta democrática y la llamada autocracia. La democracia, que aun cuando requiere de varios supuestos para su florecimiento, es preferible al ejercicio del poder de un solo hombre, o especialmente el partido político único.

Un fenómeno político muy interesante que Kelsen analiza es el partido político único, el cual existe en varios países, tales como la Unión Soviética, pero también en la Italia y Alemania de entreguerras.

Kelsen identifica la dictadura del partido como una realidad, el cual se conjuga con el Estado, excluyendo a nuevos actores, lo cual impide el desarrollo de una participación pública amplia. De esta forma, señala:

¹ Kelsen, Hans, *Teoría comunista del derecho y del Estado*, trad. de Alfredo J. Weiss, Buenos Aires, Emecé Editores, 1957.

² Kelsen, Hans, *Socialismo y Estado. Una investigación sobre la teoría política del marxismo*, trad. de Alfonso García Ruíz, México, Siglo XXI Editores, 1982.

Si se contempla la nueva forma política desde el punto de vista de su desenvolvimiento en relación con la democracia inmediatamente anterior, precisa constatar que es justamente del seno de esta democracia de donde ha surgido la autocracia moderna. El “Estado de partidos” se ha convertido en “Estado de un solo partido”, esto es, en dictadura de partido, desde el momento que un partido único ha alcanzado el poder para ejercerlo exclusivamente por sí mismo, excluyendo a todos los restantes. Éstos son aniquilados, y se impide por todos los medios posibles la formación de partidos nuevos.³

Para nuestro autor, las formas contemporáneas de monarquía y república son eclipsadas por el partido político único, convirtiéndose en fachadas para la verdadera forma de organización y ejercicio del poder. Ya en la Unión Soviética se había dado desde 1917 la gran revolución socialista e instaurado el partido único; sin embargo, el nazismo alemán y el fascismo italiano se dan como un resultado de la Primera Guerra Mundial (1914-1918):

Puesto que lo importante es la organización del partido dominante, la cuestión de la forma constitucional se relega a segundo término. Tanto la Monarquía como la República se convierten en formas puramente externas vaciadas de todo contenido material propio; tanto la una como la otra ofrecen idéntica posibilidad de que en su interior se desenvuelva una dictadura partidista. En efecto, de las tres dictaduras típicas actualmente existentes, dos de ellas mantienen la fachada republicana: Rusia y Alemania, y una la de Monarquía: Italia.⁴

Para Kelsen, la simulación política es una característica muy clara de la autocracia, ya que se pervierten las formas de gobierno, y sólo son fachadas que enmascaran el poder totalitario. Es de señalar este punto, ya que estos regímenes utilizarán las estructuras político-jurídicas modernas liberales para poder desarrollarse y funcionar.

Aunado a lo anterior Kelsen identifica la pérdida de la libertad de los individuos como un síntoma claro de estos regímenes, donde los derechos son anulados o es imposible su tutela mediante las instituciones jurídicas protectoras:

Esto se traduce en primer término en la plena supresión de la libertad personal y política. Todas aquellas instituciones tan características del Estado

³ Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado*, trad. de Luis Legaz y Lacambra, México, Editora Nacional, 1979, p. 464.

⁴ *Ibidem*, p. 465.

de derecho, que servían para proteger al individuo contra los arbitrarios ataques de los órganos estatales o de los partidos, son radicalmente eliminadas o pierden toda eficacia real.⁵

El nacionalismo propio de los totalitarismos es el elemento que da cohesión al movimiento, no sólo como una ideología política, sino que ésta influye de manera determinante en las instituciones jurídicas; incluso en su momento, dicho nacionalismo será pauta interpretativa del ordenamiento jurídico, todo a favor del pueblo, la nación y el rechazo al enemigo de la sociedad.

El fascismo lleva su lucha contra la democracia y el socialismo bajo la bandera de la idea nacional. Aquí tenemos una distinción importante entre ambas clases de la moderna autocracia. En su caso, se trata de una dictadura de partido proletario-socialista; en otro, la dictadura es burguesa y nacionalista. De aquí resulta que el fascismo, al rechazar el punto de vista específicamente socialista de la lucha de clases, no quiere pasar, como el bolchevismo, por ser dominio de una clase, sino que se afirma, contrariamente, como representante de la totalidad de un pueblo unificado en nación.⁶

Otra observación que realiza Kelsen es el alto nivel de militarismo que envuelve a los regímenes totalitarios; éstos dominan las estructuras del Estado, y principalmente la obediencia jerárquica hace que todo se centralice en un solo hombre; incluso el partido político único no escapa de esta militarización. Las autoridades civiles dejan su lugar a los militares que, enmarcados en las instituciones jurídicas, obedecen a los superiores jerárquicos, dejando en plano secundario, muchas veces, a la normatividad jurídica.

Kelsen afirma que

Una de las características esenciales de la dictadura fascista consiste en que se halla protegida por una milicia formada por miembros del partido militarmente organizados, uniformados y armados; todo ese aparato militar favorece su acceso al poder. La dictadura se encuentra luego con el problema político de establecer una relación adecuada entre la milicia del partido y el ejército regular del régimen anterior. Ambas milicias, que llegan a constituir una unidad en la medida de lo posible, son como la espina dorsal del Estado fascista, el cual acepta conscientemente el carácter de Estado militarista: lo cual se ve con suficiente claridad en la educación de su juventud.⁷

⁵ *Idem.*

⁶ *Ibidem*, p. 466.

⁷ *Ibidem*, p. 467.

El líder carismático, el caudillo, es quien ejerce el poder de una manera absoluta, que demanda obediencia y lealtad. Como se señaló, las formas estatales son mera pantalla sobre quien tiene realmente el poder en el Estado.

Kelsen, con gran claridad, identifica que

En el Estado fascista no impera ya la ideología democrática, sino un ideario aristocrático-autocrático, más o menos consciente y consecuentemente desenvuelto. Allí impera la idea de que la “élite” es la llamada a ejercer la función directora, y la idea, o, mejor, la creencia en la naturaleza carismática de una personalidad (o “caudillo”), a la que de manera misteriosa y sobrenatural se le ha otorgado la gracia de dirigir la cosa pública. Existe la tendencia, al menos en el dominio de la ejecución, a que los órganos estatales sean designados por nombramiento del caudillo, o a nombrar para esos cargos a sus lugartenientes. El principio “autoritario” sustituye al democrático; pasa a primer plano la exigencia de la disciplina y de la obediencia incondicional al superior jerárquico, e incluso la administración civil recibe un carácter esencialmente militar.⁸

III. ESENCIA Y VALOR DE LA DEMOCRACIA

Posiblemente el trabajo de *Esencia y valor de la democracia* (*Vom Wesen und Wert der Demokratie*) es uno de los principales libros de Kelsen, muchas veces eclipsado por sus estudios científicos del derecho, pero políticamente muestra la fortaleza, pero también los límites de la democracia liberal. En varias partes de esta obra, Kelsen hace una denuncia constante del peligro del totalitarismo, el cual se encuentra específicamente en tres países (Unión Soviética, Alemania e Italia): “En el oscuro horizonte de nuestro tiempo, asoma el rojo resplandor de un astro nuevo: la dictadura de partido, dictadura socialista del proletariado, o dictadura nacionalista de la burguesía; tales son las dos nuevas formas de la autocracia”.⁹

Para Kelsen, el derecho debe ser resultado de un proceso democrático, en donde un parlamento, mediante el consenso de mayorías y minorías, donde reina el diálogo, la discusión, la tolerancia, se crea la normatividad jurídica; por lo anterior, Kelsen señala claramente que

La democracia necesita de esta continuada tensión entre mayoría y minoría, entre gobierno y oposición, de la que procede el procedimiento dialéctico

⁸ *Ibidem*, pp. 466 y 467.

⁹ Kelsen, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, trad. de Rafael Luengo Tapia y Luis Legaz y Lacambra, México, Colofón, 1992, p. 130.

al que recurre esta forma estatal en la elaboración de voluntad política. Se ha dicho acertadamente que la democracia es discusión. Por eso, el resultado del proceso formativo de la voluntad política es siempre la transacción, el compromiso. La democracia prefiere este procedimiento a la imposición violenta de su voluntad al adversario, ya que de ese modo se garantiza la paz interna.¹⁰

Por contraparte, en la autocracia, el partido único hace imposible otra forma de participación política, eliminando o haciendo clandestina la oposición. Tener una postura política diferente trae como consecuencia sanciones graves para los ciudadanos: “La autocracia no puede tolerar la oposición; no existe en ella discusión ni transigencia, sino imposición. Y al no admitirse la tolerancia, todavía menos cabe hablar de libertad de conciencia, religiosa o de pensamiento”.¹¹ Posiblemente esta característica que señala Kelsen sea fundamental del totalitarismo, ya que el Estado controla todos los aspectos de la vida social (familia, religión política, educación); nada escapa a la fuerza del Estado.

Por ende, la pérdida de controles políticos, jurisdiccionales o legislativos al poder autocrático hace que el Estado, mediante el partido político único, sea el instrumento de la voluntad del caudillo. El poder absoluto queda de manifiesto en las estructuras políticas con una férrea jerarquía, la cual traerá consecuencias terribles.

En lugar de claridad, impera en la autocracia la tendencia a ocultar: ausencia de medidas de control —que no servirían más que para poner frenos a la acción del Estado—, y nada de publicidad, sino el empeño de mantener el temor y robustecer la disciplina de los funcionarios y la obediencia de los súbditos, en interés de la autoridad del Estado.¹²

IV. TEORÍA GENERAL DEL DERECHO Y DEL ESTADO

La *Teoría general del derecho y del Estado* (*General Theory of Law and State*) constituye una gran síntesis del pensamiento de Kelsen, obra que escribió durante su exilio en Estados Unidos, y que representa una presentación de su obra al *common law* norteamericano. En este momento histórico, la Segunda Guerra Mundial está en desarrollo, y Kelsen, en el planteamiento de sus posturas políticas, se muestra categórico frente al totalitarismo.

¹⁰ *Ibidem*, p. 141.

¹¹ *Ibidem*, p. 142.

¹² *Ibidem*, p. 145.

Kelsen reitera los casos de Rusia, Italia y Alemania como dictaduras de partido único, las cuales, a pesar de sus diferencias, coinciden en sus prácticas no democráticas; de esta manera, Kelsen señala que

En época reciente ha surgido una nueva forma de autocracia en las dictaduras de partido del bolcheviquismo y del fascismo. En Rusia, la nueva forma es un producto de la revolución socialista que siguió a la primera Guerra Mundial. Su base intelectual es la teoría marxista de la lucha de clases y la dictadura del proletariado. En realidad, esta dictadura se ha convertido en dictadura de un partido, que representa los intereses de los proletarios y se opone a todos los otros partidos, inclusive si son de proletarios. Originalmente, la palabra “bolcheviquismo” sólo se aplicó al partido que ejerce la dictadura en Rusia, pero en la actualidad ha llegado a designar un tipo de gobierno.¹³

Los partidos políticos son un elemento de las democracias modernas liberales de la primera mitad del siglo XX; en este contexto, la diversidad de opiniones e ideas que se presentan en la sociedad pueden encauzarse mediante los propios partidos; por ejemplo, en un parlamento democrático las fuerzas partidistas, para Kelsen, deberían alcanzar acuerdos.

En este sentido, se puede decir que la autocracia toma el poder y marca la vida social, no sólo por el líder carismático o caudillo, sino especialmente por el partido político único, que controla toda la vida política. Kelsen afirma que

El partido dominante en una dictadura de partido tiene un carácter autocrático. Sus miembros son sometidos a la absoluta dominación de un caudillo que es, al mismo tiempo, jefe del Estado. Como el bolcheviquismo mantuvo originariamente la ficción de una separación entre el partido y el Estado y, además, como no tiene una ideología sobre los “guías” o “caudillos”, oficialmente el guía fue, durante largo tiempo, el secretario general del partido. Pero en este punto no hay en realidad diferencia entre las dos formas de dictadura de partido. Desde el exterior es difícil juzgar en qué medida el principio autocrático ha sido realmente aplicado dentro del partido. En las tres dictaduras existió sin embargo un bien desarrollado culto al caudillo, incluso en Rusia, donde no es fácil reconciliar tal culto con la ideología de tinte marxista.¹⁴

¹³ Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, 3a. ed., trad. de Eduardo García Máynez, México, UNAM, 2008, pp. 358 y 359.

¹⁴ *Idem*.

Kelsen identifica con claridad cómo la supresión de las libertades es clara sin lugar a duda en la autocracia; incluso el control del Poder Judicial por parte de la dictadura es claro. Además, comenta que

En la dictadura de partido la libertad de palabra y de prensa, lo mismo que todas las otras libertades políticas, se encuentran completamente suprimidas. No solamente los órganos oficiales del Estado, sino también los del partido, pueden interferir arbitrariamente con la libertad del ciudadano. Incluso la independencia de los tribunales queda abolida, en todo lo que atañe a los intereses del partido dirigente.¹⁵

Otro punto característico es la creación del derecho en la autocracia, la cual está controlada por el partido político único, y, por ende, en manos del caudillo o líder carismático. Éste es un claro ejemplo, al igual que los jueces, de cómo la estructura e instituciones político-jurídicas modernas no son garantía de su independencia por sí mismas, sino que la política prevalece sobre el derecho de manera absoluta, haciendo irreconocible la división de poderes y la función estatal del Estado de derecho. Kelsen hace mención

Como tanto la creación cuanto la aplicación del Derecho se encuentra por completo en manos del partido dirigente, resulta de ninguna importancia que la Constitución italiana acepte la monarquía hereditaria o que, de acuerdo con las Constituciones de las tres dictaduras de partido, haya parlamentos centrales de elección popular e inclusive algunas otras instituciones democráticas, como los plebiscitos.¹⁶

En esta línea, Kelsen agrega a su análisis un elemento que no había desarrollado con anterioridad en su estudio de la autocracia, que es el modelo económico. Comunismo y capitalismo son los modelos en donde puede darse el totalitarismo, de ahí podemos desprender alguno muy vigente, la autocracia no está superada, y podemos caer en un modelo de estas características en cualquier Estado, sin importar su base económica.

Por lo anterior, Kelsen sustenta gran parte del control de Estado en la ideología que reproduce, y que sirve como control para la sociedad y como guía para las autoridades. En la dictadura del proletariado, lo mismo que en las dos dictaduras de la clase media, la economía se encuentra en gran medida regulada de manera autoritaria. El bolcheviquismo es comunismo

¹⁵ *Ibidem*, pp. 359 y 360.

¹⁶ *Idem*.

de Estado; el fascismo y el nacionalsocialismo revelan una tendencia hacia el capitalismo de Estado. En los tres Estados dictatoriales, el orden jurídico no sólo penetra en la esfera económica, sino en otros intereses de los particulares, y ello en un grado mucho mayor que el que puede advertirse en cualquier otro de los Estados de la actualidad. En vista de tal hecho, las dictaduras de partido han sido también llamadas “Estados totalitarios”. “Un Estado totalitario, que suprime todas las libertades individuales, no es posible sin una ideología sistemáticamente propagada por el gobierno. La ideología estatal de la dictadura del proletariado es el socialismo; la de las dictaduras burguesas, el nacionalismo”.¹⁷

V. CONCLUSIÓN

La crítica y denuncia que hace Kelsen de la autocracia-totalitarismo es producto del momento que vive el autor en carne viva. Kelsen es parte de una generación que vio transformar radicalmente su mundo, un mundo sumergido en guerras nunca antes vistas, y por supuesto, la crisis del Estado de derecho moderno. El enfoque científico kelseniano es plenamente compatible con sus concepciones políticas; la ciencia jurídica no debe justificar la política, y la política no debe ser el sustento de la ciencia del derecho.

El totalitarismo constituye una experiencia histórica terrible para el mundo contemporáneo, pero debemos estar alertas, ya que puede volverse a repetir; debemos estar vigilantes ante cualquier signo de crisis de nuestras democracias. Las enseñanzas de Kelsen son vigentes y nos dan mucho material para poder discutir las fortalezas y debilidades del sistema democrático.

Finalmente, recordemos los ideales kelsenianos respecto a la libertad y la democracia, la cual, a pesar de sus límites, es un camino en constante construcción y, por ejemplo, en el caso mexicano, una democracia joven y por momentos débil. La democracia se debe vivir en nuestra sociedad, no se impone como algo autoritario, sino que debe ser fruto de nuestro desarrollo político social.

Prácticamente libre es el individuo que se encuentra sujeto a un ordenamiento jurídico en cuya creación participa. Un individuo es libre si aquello que de acuerdo con el orden social “deber hacer”, coincide con “lo que quiere hacer”. La democracia significa que la “voluntad” representada en el orden

¹⁷ *Idem.*

legal del Estado es idéntica a las voluntades de los súbditos. La oposición a la democracia está constituida por la servidumbre implícita en la autocracia. En esta forma de gobierno los súbditos se encuentran excluidos de la creación del ordenamiento jurídico, por lo que en ninguna forma se garantiza la armonía entre dicho ordenamiento y la voluntad de los particulares.¹⁸

¹⁸ *Ibidem*, p. 337.

KELSEN COMO LECTOR DE FREUD: LA CUESTIÓN IDENTITARIA*

Soraya NOUR SCKELL**

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La crítica de Kelsen a la sociología psicológica*. III. *El concepto de identificación de Freud*. IV. *Crítica al autoritarismo*. V. *Crítica al Estado ideológico*. VI. *Crítica a las teorías jurídicas actuales*. VII. *Crítica a la representación y al principio de la mayoría. Por una democracia directa*.

I. INTRODUCCIÓN

Cuando Sigmund Freud introdujo el estudio de la psicología de masas al psicoanálisis en 1921, Hans Kelsen reconoció inmediatamente la importancia de sus análisis para los temas jurídicos y del Estado: por una parte, el psicoanálisis explica la constitución de una personalidad autónoma y sus lazos con la vida social, una relación que yace en el núcleo del ideal democrático; por otra parte, el psicoanálisis explica, también, por qué los ideales de autonomía y democracia son remplazados por la heteronomía y el autoritarismo, y cómo la sumisión a una autoridad puede conducir a excluir, perseguir y exterminar aquellos que no son considerados como pertenecientes a un grupo particular, sino a otro “diferente”. Este ensayo reconstruye este encuentro entre Kelsen y Freud. Se sabe que ellos crearon al menos tantos problemas como los que deseaban resolver. A pesar de ello, el objetivo de este trabajo es mostrar la

* Este artículo fue publicado originalmente como: Nour Sckell, Soraya, “Kelsen as reader of Freud: the identity issue”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, núm. 114, 2007, pp. 206-216. Traducción del inglés al castellano por Augusto Fernando Carrillo Salgado, estudiante del doctorado en derecho por la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM. Contacto: augustoc@ucm.es. El traductor agradece al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (Conacyt) por el financiamiento para realizar la presente traducción.

** Profesora asociada, Nova School of Law, Portugal. Contacto: soraya.sckell@novalaw.unl.pt.

contribución de esos pensadores al debate contemporáneo sobre las cuestiones identitarias.

II. LA CRÍTICA DE KELSEN A LA SOCIOLOGÍA PSICOLÓGICA

Los estudios de Kelsen sobre Freud anuncian el comienzo de la recepción crítica del psicoanálisis desde una perspectiva jurídica.¹ Recurrir al psicoanálisis permite reforzar su crítica a la sociología de su tiempo,² particularmente hacia la llamada “sociología psicológica moderna”, como la de Simmel³ y Durkheim.⁴ No es el propósito de este ensayo corregir su comprensión de Simmel y Durkheim, si en esta acalorada polémica Kelsen malinterpretó a sus adversarios, sino destacar las cuestiones políticas que emergen de esta discusión.⁵

La humanidad está dividida en numerosos grupos (género, familia, credo, clase social, nación, etcétera) y cada grupo, a su vez, se encuentra también dividido (por medio de relaciones de poder que existen, inclusive, en los vínculos de amor y amistad). Sin embargo, la sociología psicológica moderna, a juicio de Kelsen, trata de crear la ficción de una unidad social en el Estado, para afirmar el “espíritu del pueblo”, una “voluntad general”, como una realidad psíquica. Kelsen no cesará de denunciar la idea de una “unidad social” como una hipóstasis ideológica, y combatirá decisivamente a todos sus partidarios.

Las teorías que crean estas hipóstasis ideológicas de la unidad social, donde sólo existen conflictos, entrañan una epistemología que erróneamente aplica el modelo causal-explicativo de las ciencias naturales a los temas

¹ Kelsen, Hans, “Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie. Mit besonderer Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse”, *Imago*, núm. 2, t. 8, 1922, pp. 97-141; Kelsen, Hans, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, Tübinga, Mohr, 1922.

² Kelsen, Hans, “Zur Soziologie des Rechts. Kritische Betrachtungen”, *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, t. 34, núm. 2, 1912, pp. 601-614; Kelsen, Hans, “Eine Grundlegung der Rechtssoziologie”, *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, t. 38, 1915, pp. 839-876; Kelsen, Hans *Sozialismus und Staat*, Leipzig, C. L. Hirschfeld, 1920; Kelsen, Hans, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, Tübinga, Mohr, 1920; Kelsen, Hans, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Tübinga, Mohr, 1929.

³ Simmel, Georg, *Soziologie. Untersuchungen über die Formen der Vergesellschaftung*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1908.

⁴ Durkheim, *Les formes élémentaires de la vie religieuse. Le system totémique en Australie*, París, Le livre de Poche, 1912.

⁵ Herrera, Carlos Miguel, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, París, Kimé, 1997, pp. 140 y 141.

sociales. Para Kelsen, ésta es la posición epistemológica de la sociología de Simmel, quien cree que el Estado es una realidad natural, que los hechos sociales son procesos psíquicos, y que la interacción social son influencias psíquicas recíprocas. Simmel observa la pluralidad de los individuos como un nexo social —una comunidad con una conciencia e intereses comunes— y define al Estado como una realidad psicológica supraindividual (diferente a las psiques individuales): un *Volkegeist* metafísico, similar al espíritu objetivo de Hegel.⁶

La sociología de Durkheim, a juicio de Kelsen, se basa también en esta epistemología inadecuada que busca fundar la sociología como una ciencia natural, una “ciencia de las realidades”, en oposición al “conocimiento de las ideas” o “de las ideologías”. Como en el caso de Comte, Durkheim cree que los fenómenos sociales son hechos naturales, “cosas” objetivas sujetas a las leyes naturales, independientes de los individuos, y que aparecen en las acciones, pensamientos y emociones de los individuos, pero no son “emanaciones individuales”: el grupo piensa de manera distinta a los miembros aislados, constituye una realidad social externa al individuo. La consecuencia de aplicar esta epistemología de las ciencias naturales a la sociología, examina Kelsen, es que la concepción de los hechos sociales como “cosas” sociales, “realidades naturales”, independientes de los deseos y voluntades individuales, proporciona una validez objetiva a la ética dogmática y normas políticas. La sociología de Durkheim, fundamentada en una epistemología naturalista, resulta una especie de teología política: las reglas sociales son vistas como reglas divinas que son impuestas como obligaciones sobre los individuos. Una sociedad que prescribe “imperativamente” obligaciones equivale a divinidades en una religión. Sin embargo, de acuerdo con Kelsen, dichas teorías fundamentan la validez de las normas sociales en la autoridad (la misma sociedad es elevada a la posición de una divinidad).

Kelsen observa una analogía entre las teorías modernas del Estado y la sociología moderna, por una parte, y el sistema totémico, tal como es presentado por Durkheim, por la otra. Al observar el sistema totémico en Australia, Durkheim analiza cómo la sociedad impone sus reglas sobre los individuos. En este sistema, cada clan se diferencia a sí mismo de los otros por medio de un tótem (una planta o un animal), que simboliza tanto a Dios como a la sociedad, y a las dimensiones religiosas y social. A través del sacrificio y consumo de un animal —el tótem— los miembros de un grupo establecen una comunión de fe con su Dios, y reafirman su identidad material (comunidad de sangre). El tótem es un símbolo concreto de las

⁶ Simmel, Georg, *op. cit.*, pp. 134-139.

obligaciones religiosas y sociales (que son idénticas) de aquellos que forman parte de la comunidad a través de la pitanza totémica. La unidad social establecida a través del sacrificio y consumo de una sustancia visible y tangible —el animal-tótem— es, por lo tanto, religiosa: ésta se encuentra constituida gracias a que el animal-tótem vincula a los individuos con la divinidad. Para Kelsen, de la misma forma en que el pensamiento totémico supone que la unidad social depende del consumo común del animal-tótem, la teoría político-jurídica moderna representa al orden jurídico abstracto como una realidad sustancial, una persona, distinta del derecho. La ficción de la personificación es una analogía entre el Estado (teoría política) y Dios (teología). La teología trata de superar la relación dualista entre un Dios metafísico y la naturaleza a través de la concepción de la encarnación de Dios. La teoría político-jurídica trata de superar la relación dualista entre el Estado y el derecho por medio de la teoría de la limitación voluntaria del Estado, de acuerdo con la cual el Estado, que deviene una persona, se encuentra voluntariamente sujeto a su propio ordenamiento jurídico. Por lo tanto, para Kelsen, la teoría política moderna, así como la sociología, conciben al Estado de acuerdo con el mismo dualismo sistemático que el método teológico, que trasciende el ordenamiento jurídico de la misma manera en que Dios trasciende la naturaleza la cual personifica. Esta identidad entre Dios y la sociedad fundamenta las obligaciones sociales en un valor supremo, una última autoridad ética y dogmática.

III. EL CONCEPTO DE IDENTIFICACIÓN DE FREUD

Ésta es la clave para introducir a Freud en este debate. La sociología de Durkheim, a juicio de Kelsen, puede describir los fenómenos del comportamiento colectivo, pero no la manera en que las reglas sociales son internalizadas. *Tótem y tabú* (*Totem und Tabu*)⁷ de Freud, sin embargo, podría explicar las raíces de este fenómeno: el autoritarismo. Los salvajes miran al tótem como su ancestro y padre primitivo. La autoridad del padre es, al mismo tiempo, divina y social; de esta forma, explica las obligaciones en ambos campos. Posteriormente, *La psicología de las masas y el análisis del yo* (*Massenpsychologie und Ich-Analyse*)⁸ de Freud presentará la formulación decisiva del problema. Para Kelsen, sólo este trabajo explica el proceso de identificación entre los miembros de una masa —reli-

⁷ Freud, Sigmund, “Totem und Tabu (1912-1913)”, en Mitscherlich, Alexander (ed.), *Sigmund Freud. Studienausgabe*, Fráncfort del Meno, S. Fischer, vol. IX, 2000.

⁸ Freud, Sigmund, “Massenpsychologie und Ich-Analyse (1921)”, en *ibidem*, vol. IX.

giosa o militar— y su sumisión a una autoridad, así como su comportamiento excluyente hacia aquellos que no son considerados como pertenecientes a este grupo, sino a uno “diferente”.

Para empezar, esta obra contradice los análisis de Le Bon, los cuales eran muy populares en aquel entonces, sobre cómo un individuo en una muchedumbre pierde su estructura psíquica particular y adquiere las mismas características de los demás. Cada uno ingresa a un estado hipnótico, donde su personalidad consciente desaparece y tiende a adoptar, sin ninguna reserva, las ideas que le son sugeridas: no es el deseo de libertad, sino el de esclavitud el que siempre domina el corazón de la muchedumbre. Su sed de obediencia los hace instintivamente sumisos a quien se declare su amo.⁹ La muchedumbre, dice Le Bon, busca el autoritarismo e intolerancia. Respeta el poder y desdén la amabilidad; muestra simpatía, no por los amos benevolentes, sino por los tiranos que la dominan. Su héroe es como Julio César: “su pluma les atrae, su autoridad se impone sobre ellos y su sable les hace temer”.¹⁰ La muchedumbre, continúa Le Bon, deviene fácilmente criminal: es peligroso para un individuo aislado satisfacer sus instintos de ferocidad destructiva, pero en una muchedumbre irresponsable, la impunidad se encuentra asegurada.¹¹

A través de Freud, Kelsen descubre lo que ciega a una muchedumbre. Freud revela el misterio del “alma colectiva” hipostasiada y muestra el problema general de la unidad social en la “muchedumbre”. La constitución de una masa no puede ser explicada por medio de la racionalidad (como el instinto de autoconservación) ni (al contrario de la tesis de Le Bon) a través del “contagio” (la tendencia a ingresar al mismo estado emocional que los demás), porque a menudo contradecimos lo que se espera de nosotros. Freud explica la masa por medio de la libido de las relaciones amorosas (o sentimentales): el individuo, en la masa, hace a un lado sus propias características y se permite ser influenciado por otros, porque siente la necesidad de estar de acuerdo, más bien que en desacuerdo: esto es, actúa “por amor al otro” (*ihnen zuliebe*).

Esta tesis se basa en la doctrina de los impulsos, que Freud concibió originalmente a partir del concepto amor/hambre. El hambre representa el impulso de autopreservación; el amor es dirigido a los objetos, y su función principal es la preservación de las especies. Esta doctrina desarrollada no se

⁹ Le Bon, Gustave, *Psychologie des foules* (1895), París, Presses Universitaires de France, 1981, p. 71.

¹⁰ *Ibidem*, p. 28.

¹¹ *Ibidem*, p. 29.

basa más en la relación amor/hambre, sino en la relación amor/odio. En *Más allá del principio del placer (Jenseits des Lustprinzips)*,¹² Freud analiza un impulso contrario al instinto de la vida, el cual busca preservar y unificar: su opuesto, el instinto de la muerte, que busca disgregar, disolver las unidades y conducir a un estado inorgánico. La libido, explica Freud en *Psicología de las masas y el análisis del yo (Massenpsychologie und Ich-Analyse)*,¹³ es la energía de todo aquello que es llamado amor: amor romántico, amor por uno mismo, hacia los padres, hacia los niños, hacia la humanidad, amistad y, también, la dedicación a objetos concretos o ideas abstractas. Éste es el amor que Platón llamó “Eros”, y el cual san Pedro, en su Carta a los Corintios, celebra por sobre todas las cosas: Eros desea preservar la sustancia vital y crear unidades que devengan exponencialmente mayores: primero entre los individuos aislados, posteriormente, entre familias, clases, personas y naciones. Este proceso también ocurre en una masa religiosa o militar.

De acuerdo con Kelsen, aquello de lo que la sociología carece, por lo tanto, es la comprensión psicológica del fenómeno de la identificación en una masa. Por una parte, Freud observa que cada uno pertenece a diferentes grupos sociales (familia, escuela, religión, etcétera), a una multiplicidad de identidades. Por medio de esta identificación con diferentes grupos, el individuo construye una personalidad independiente y original, una autobiografía única, un modo de vida alternativo. Al mismo tiempo, el individuo desarrolla también lazos emocionales hacia aquellos con los que se siente identificado. De esta forma, el proceso de identificación brinda un soporte a la vida mutua, a través del cual los fundamentos de la cultura son establecidos.¹⁴ En palabras de Balibar, cada identidad es transindividual: ni puramente individual, ni puramente colectiva: el “yo” puede vivirse como algo singular que no está reducido a ningún modelo. No debemos, entonces, hablar de identidad, sino del proceso de identificación, puesto que ninguna identidad está dada para siempre. Finalmente, cada identidad es ambigua; cada individuo abarca diferentes identidades, las cuales entran en conflicto de diferentes maneras.¹⁵

Freud observa, también, que este proceso es interrumpido cuando la identificación se fija en un modelo único, el cual es considerado “invariable”; excluye a otros y es excluido por otros. La individualidad, dice Bali-

¹² Freud, Sigmund, “Jenseits des Lustprinzips (1920)”, en Mitscherlich, Alexander (ed.), *op. cit.*, vol. III.

¹³ Freud, Sigmund, “Massenpsychologie...”, *cit.*, pp. 83-86.

¹⁴ *Ibidem*, pp. 98-101.

¹⁵ Balibar, Étienne, *La crainte des masses*, París, Galilée, 1997, pp. 45 y 46.

bar, es reducida a una unívoca identidad “masiva” y “exclusiva”. Un individuo es identificado totalmente con un papel: el papel de la mujer, el papel del extranjero, el papel del empleador, etcétera. Éste es el fundamento para el fenómeno en el que una identidad es formada, la cual excluye a cualquier otra, elimina cualquier rastro de alteridad en el “nosotros” y “yo mismo”, y prefiere matarse a sí misma antes que mezclarse con el “otro”. En este caso, la violencia se cristaliza en torno a las reivindicaciones e imposiciones de las identidades, y los conflictos identitarios se convierten en aniquiladores o autoaniquiladores.¹⁶ Por lo tanto, la identificación puede tener un efecto, tanto positivo como negativo (inclusive destructivo), sobre la vida social (inclusión o exclusión). El concepto freudiano más importante para Kelsen, y el núcleo de su argumentación contra la hipóstasis ideológica de la unidad social en las teorías modernas del Estado y la sociología es, por lo tanto, su concepto de identificación.

IV. CRÍTICA AL AUTORITARISMO

Basado en este concepto de identificación, Freud explica también la sumisión a una autoridad. Existe una identificación entre los miembros de la masa, pero ocurre un fenómeno distinto entre la masa y su líder: un tipo de hipnosis colectiva a través de la cual el líder (una persona, una institución o una idea abstracta) reemplaza la conciencia individual, asumiendo el papel de una autoridad. La autoridad interiorizada tiende un puente entre el contexto individual y social. Freud, inicialmente, analizó la autoridad crítica interna en el individuo y sus estudios sobre el narcisismo. El tipo narcisista (a quien le gusta lo que es, lo que era y lo que desea ser)¹⁷ construye un ideal, a través del cual se juzga a sí mismo y a los demás, que posee tanto un componente individual como social: “se trata del ideal común de una familia, clase o nación”.¹⁸ Este ideal interiorizado liga al individuo y a la sociedad; por lo tanto, “una mala conciencia” (el no conseguir este ideal), que sólo es inicialmente el miedo a perder el amor de aquellos que nos rodean, deviene un “miedo social”: miedo a ser condenado por toda la sociedad en la que uno vive.¹⁹

Estos estudios sobre la internalización de la autoridad crítica en el narcisismo permiten a Freud reformular sus análisis sobre la melancolía. Esta

¹⁶ *Ibidem*, pp. 46 y 47.

¹⁷ Freud, Sigmund, “Einführung des Narzissmus (1914)”, en Mitscherlich, Alexander (ed.), *op. cit.*, vol. III, p. 56.

¹⁸ *Ibidem*, p. 68.

¹⁹ *Idem*.

profunda tristeza, acompañada por la falta de interés por el mundo externo, la pérdida de la capacidad para amar y la parálisis de la productividad es similar al luto (que sigue a la pérdida de una persona amada o una idea abstracta, como la patria, la libertad, un ideal, etcétera), excepto por una diferencia: en la melancolía existe una perturbación de nuestra autoestima a través de autoacusaciones, que pueden inclusive conducir a la expectativa del castigo.²⁰ En el luto, el mundo es el que deviene pobre y vacío; en la melancolía, es la persona misma. La persona melancólica se describe a sí misma como mezquina, egoísta, incorrecta e indecente; aunque, de hecho, observa Freud, todo el mundo es así, y se pregunta por qué es necesario estar enfermo para reconocerlo.²¹ La persona melancólica ha perdido un objeto amado, más por decepción que por su muerte. Debido a esta decepción, el amor y el odio entran en conflicto; la persona melancólica se identifica con el objeto amado que, al mismo tiempo, desea y rechaza. Uno expresa contra sí mismo lo que quiere (pero no se permite) expresar contra este objeto. El objeto amado toma el lugar del Yo-ideal y condena al ego sin piedad. La posesión de un objeto es, por lo tanto, remplazada por identificación. Es por este mismo proceso que Freud explica la internalización de la autoridad crítica en la Iglesia y la milicia en el contexto social de la *Psicología de las masas y el análisis del yo* (*Massenpsychologie und Ich-Analyse*).²²

Así pues, como Moscovici observa, *Psicología de las masas y el análisis del yo* (*Massenpsychologie und Ich-Analyse*) no está basada en el principio de que los humanos sólo son seres sociales: sus tendencias sociales y antisociales coexisten; un vínculo social duradero sólo puede ser constituido si sus tendencias antisociales son superadas. El narcisismo quiere decir autorreferencia, el amor exclusivo por el propio cuerpo y el “yo mismo”, lo que hace al individuo indiferente e impaciente hacia los otros.²³ Aun si el narcisismo posee una dimensión social-colectiva, puesto que la representación del yo se basa en una concepción colectiva (mi familia, mi Iglesia, mi raza, mi nación, etcétera), la libido no es transferida a ningún otro objeto. El culto a uno mismo es extendido solamente al culto de aquellos que pertenecen al mismo grupo. La simpatía por aquellos que pertenecen al mismo grupo es complementada por una antipatía hacia aquellos que pertenecen a otro: el propio grupo es superior a los otros, y sólo aquellos que pertenecen al mis-

²⁰ Freud, Sigmund, “Trauer und Melancholie (1917)”, en Mitscherlich, Alexander (ed.), *op. cit.*, vol. III, p. 198.

²¹ *Ibidem*, p. 200.

²² Freud, Sigmund, “Massenpsychologie...”, *cit.*, p. 98.

²³ Moscovici, Serge, *L'Âge des foules*, Bruselas, Les Éditions Complexe, 1985, pp. 309 y 310.

mo grupo son tratados como humanos. Del narcisismo surge el sentimiento de superioridad, el patriotismo, el racismo, la xenofobia, el prejuicio contra ciertas clases, y todo tipo de perspectivas discriminatorias similares que obstaculizan o destruyen la formación de lazos sociales.

V. CRÍTICA AL ESTADO IDEOLÓGICO

En su reconstrucción de Freud, Kelsen enfatiza el tema del Estado. Freud distingue entre la masa primitiva y la masa altamente organizada, artificial y permanente. A través de la observación de esta última, desarrolla sus análisis, los cuales conectan intrínsecamente el proceso de identificación, con temas político-jurídicos. Sin embargo, *Psicología de las masas y el análisis del yo* (*Massenpsychologie und Ich-Analyse*) sólo analiza dos casos de masas organizadas: la Iglesia y la milicia, y no al Estado, que los unifica. *Tótem y tabú* (*Totem und Tabu*) se ocupa de los problemas de la organización política, pero Freud se refiere al Estado, en su sentido moderno, solamente en su ensayo *Sobre la guerra y la muerte* (*Zeitgemäβes über Krieg und Tod*). La internalización de la autoridad crítica explica cómo, en tiempos de guerra, el Estado de violencia también promueve la violencia entre sus ciudadanos. El Estado prohíbe la violencia, reservándosela exclusivamente para él; en tiempos de guerra, sin embargo, demanda violencia de sus ciudadanos y les asegura que no serán castigados.²⁴ Incluso las ciencias y artes no permanecen neutrales y son movilizadas para atacar al enemigo. El antropólogo declara inferior a su enemigo, el psiquiatra, “mental o espiritualmente perturbado”.²⁵

Si en *Psicología de las masas y el análisis del yo* (*Massenpsychologie und Ich-Analyse*), Freud no se refiere explícitamente más al Estado; es Kelsen quien aplica las observaciones del psicoanálisis, sobre la Iglesia y la milicia, al Estado. El proceso de identificación, concluye Kelsen, puede ser positivo para la formación del carácter (que corresponde a la psicología individual) y la formación de vínculos sociales en comunidades pequeñas. En el Estado, sin embargo, al igual que en la Iglesia y en la milicia, la identificación sólo puede producir hipóstasis colectivas.

Esto explica el misterio de la “servidumbre voluntaria”, como fue formulada por La Boétie. En el siglo XVI, La Boétie sostuvo que la servidum-

²⁴ Freud, Sigmund, “Zeitgemäβes über Krieg und Tod (1915)”, en Mitscherlich, Alexander (ed.), *op. cit.*, vol. IX, pp. 38 y 39; Freud, Sigmund, “Das Unbehagen in der Kultur (1930)”, en Mitscherlich, Alexander (ed.), *op. cit.*, vol. IX.

²⁵ *Ibidem*, p. 35.

bre de una masa no era, en absoluto, un fenómeno natural (contrario a lo que Le Bon diría tres siglos más tarde), sino un proceso de deshumanización, por el que hay personas responsables. En su tratado *Discursos sobre la servidumbre voluntaria* (*Discours de la servitude volontaire*), La Boétie se declara sorprendido de que tanta gente pueda ser encantada “por el nombre de solo uno”, quien es “inhumano y cruel” hacia ella;²⁶ esta gente desconfía de aquellos que son amables con ella, pero confía en aquellos que la traicionan. Cuanto más se burlan los tiranos de la gente, cuanto más control poseen: ¿qué vicio monstruoso es, pues, aquel que la palabra cobardía no puede traducir, del que carece toda expresión, que la naturaleza repudia y el lenguaje se niega a nombrar?²⁷ Sin embargo, el deseo de servir no es, de ninguna forma, natural; por el contrario, es una violación de la naturaleza: uno no solamente nace con libertad, sino especialmente con la voluntad de defenderla. Es el hábito, más poderoso que la naturaleza, el que nos desnaturaliza: nacimos y fuimos educados en la servidumbre. La Boétie considera que el fundamento de las relaciones sociales en las amistades es algo más que un esfuerzo meramente humano: conecta a los seres humanos con Dios. Es un esfuerzo sagrado; algo sagrado que sólo existe entre personas honestas, cada una asegurada de la integridad de la otra. No se espera la amistad de aquellos que “no sabiendo amar, se empobrecen y destruyen su propio imperio”.²⁸ Entre las personas maliciosas, continua Le Boétie, no puede haber amistad, ni sociedad, sino solamente conspiración: “No son amigos, sino cómplices”.²⁹ La responsabilidad de la servidumbre voluntaria no se encuentra, entonces, en el alma de los seres humanos, sino que es atribuible a los tiranos.

Desde un punto de vista jurídico, Kelsen confronta estas tres disciplinas —derecho, psicoanálisis y sociología— hasta llegar a las mismas conclusiones del psicoanálisis sobre la conducta patológica colectiva (sumisión a la autoridad) que, en su opinión, la sociología de su tiempo no podía entender. Al transformar la cuestión del Estado en el objeto central de sus análisis, Kelsen muestra la relación entre los conflictos identitarios (racismo, nacionalismo, sexismo, todos los otros tipos de discriminación y exclusión) y las instituciones jurídico-políticas. Más que atribuir las a la agresividad natural de la muchedumbre, una masa “primitiva”, Kelsen las considera conectadas

²⁶ La Boétie, Étienne de, *Discours de la servitude volontaire ou Contr'un* (1577), París, Payot, 1993, p. 129.

²⁷ *Ibidem*, p. 132.

²⁸ *Ibidem*, p. 178.

²⁹ *Ibidem*, p. 180.

a la legitimación institucional de perspectivas particulares y excluyentes del mundo.³⁰

Este es el caso, hoy en día, de los llamados “racismos diferenciales”, los cuales, como Balibar observa, están basados no sólo en el mito de la herencia biológica, sino también en el mito de la irreductibilidad de las diferencias culturales, en la incompatibilidad de los estilos de vida y tradiciones. La cultura funciona como la naturaleza, fijando a los individuos y grupos en una genealogía invariante, como si exclusivamente estuvieran heredando y arrastrando cierta cultura. Así, el racismo cultural elabora una variante del “mito biológico”. Xenofobia y, en general, los movimientos irracionales, la agresividad y la violencia colectiva son explicados adecuadamente por la “psicología de las masas” como una teoría de la masa primitiva y espontánea. Tal teoría atribuye la agresividad de la masa a su propia “espontaneidad” y la devalúa como una “masa primitiva”. Sin embargo, tal parece que estos fenómenos pueden ser explicados por la “psicología de las masas” como una teoría de la masa permanente: las instituciones legitiman la forma de vida y pensamiento por medio de clases dominantes y masas “nacionales”.³¹

VI. CRÍTICA A LAS TEORÍAS JURÍDICAS ACTUALES

Al considerar las nociones de “voluntad del Estado” y “unidad sociológica del Estado” como una ficción (sólo existen voluntades individuales, y sólo puede existir una unidad jurídica, no una unidad sociológica real en el Estado), Kelsen concibe al Estado histórico como una organización de dominación. Las teorías que presentan al Estado como el instrumento de una voluntad general o una comunidad solidaria toman lo ideal por realidad, o, peor aún, tratan de justificar una realidad. Para Kelsen, sin embargo, el ideal de un interés que excede los intereses del grupo, así como el ideal de solidaridad entre todos los miembros de una sociedad sin distinción de nacionalidad, clase, religión, etcétera, es una ilusión metafísica.³²

Kelsen critica la escuela moderna del derecho natural por tener una perspectiva idealista de la naturaleza humana, y también critica al marxismo porque existen conflictos que sólo pueden ser explicados por la psicolo-

³⁰ Theodor Adorno, Klaus Horn, Paul Parin y Étienne Balibar.

³¹ Balibar, Étienne & Wallerstein, Immanuel, *Race, Nation, Classe. Les identités ambiguës*, París, Éditions la Découverte, 1988, pp. 33-40.

³² Herrera, Carlos Miguel, *op. cit.*, p. 109.

gía, y no por la economía. El marxismo, a juicio de Kelsen, postula que la supresión de las contradicciones económicas suprimirán todas las contradicciones vitales. Sin embargo, los conflictos religiosos, artísticos y de género no puede ser reducidos a conflictos económicos: cualquier divergencia de opinión puede convertirse en una lucha de vida o muerte. La creencia en una sociedad solidaria está basada en la ignorancia de la naturaleza humana o en la esperanza de su transformación radical. Las relaciones de dominación deberían ser explicadas desde la naturaleza psíquica del ser humano, pero el marxismo postula que, debido a que el capitalismo es “malo”, el ser humano deviene “malvado”. De acuerdo con Kelsen, por el contrario, el capitalismo —un sistema condenable de explotación— sólo es posible a causa del impulso humano de utilizar a los otros como medios para sus propios fines; un impulso que puede encontrar una oportunidad en la explotación económica, así como en otras formas de explotación.³³

En el mismo sentido, Freud, en su respuesta a la interrogante de Einstein de ¿por qué la guerra?, y teniendo el conflicto humano en mente, opone una concepción jurídica abstracta (el derecho como un resultado del contrato social). Observa que los conflictos humanos están inicialmente regulados por medio de la fuerza. El derecho de una comunidad está determinado por las relaciones desiguales de poder de sus miembros: hombres y mujeres, padres e hijos, vencedores y vencidos en la guerra (quienes se convierten, consecuentemente, en amos y esclavos). Los cambios históricos en las relaciones de poder transforman el derecho a través de quienes no aceptan las obligaciones que les impone la ley, provocando una violencia brutal, así como a través de la reacción de los débiles, que luchan por más poder e igualdad jurídica. En este caso, el derecho se configura a sí mismo de acuerdo con las nuevas relaciones de poder. Sin embargo, si la clase dominante se resiste a cambiar el derecho, este último es suspendido hasta que un nuevo orden jurídico sea establecido. Por lo tanto, el derecho es el resultado de luchas interminables³⁴ y es tan conflictivo como la sociedad que lo produce: el conflicto en el plano cultural no cesa en el plano jurídico.³⁵

³³ *Ibidem*, pp. 250 y 251.

³⁴ Freud, Sigmund, “Warum Krieg? (1933)”, en Mitscherlich, Alexander (ed.), *op. cit.*, vol. IX, pp. 277-279.

³⁵ Los conflictos no sólo resultan de una lucha “natural” entre el instinto de vida y muerte, inherentes a los seres humanos, sino especialmente de su relación con la cultura. Por una parte, existe una contradicción entre los instintos de vida y muerte, el último se convierte en un instinto destructivo cuando se dirige a un objeto externo (y una parte de estos actos impulsivos en el interior de una persona, la destruyen a ella misma) (Freud, Sigmund, “Warum Krieg?...”, *cit.*, p. 282). Freud dice que el instinto destructivo es combatido con su opuesto, el

VII. CRÍTICA A LA REPRESENTACIÓN Y AL PRINCIPIO DE LA MAYORÍA. POR UNA DEMOCRACIA DIRECTA

El tema más difícil que emerge en este debate es cómo la violencia que se deriva de los conflictos identitarios puede ser reducida, y si la política concerniente a este problema es construida por el Estado y sus instituciones, o por los individuos y colectividades. En última instancia, esta es una interrogante sobre cómo la democracia —y de manera más específica, nuestra forma histórica de democracia representativa— puede direccionar propiamente este problema.³⁶

Esto es analizado por Kelsen en su estudio *El problema del parlamentarismo* (*Das Problem des Parlamentarismus*).³⁷ Involucrado en una discusión sobre la “crisis”, “bancarrota” y “congoja” del parlamentarismo, Kelsen destaca que, puesto que el combate histórico contra la autocracia fue, de hecho, una lucha por el parlamentarismo (por una constitución que diera lugar a la representación del pueblo en la formación de la voluntad del Estado), la democracia moderna depende de la capacidad del parlamentarismo para resolver los problemas sociales de la época. El parlamento, de acuerdo con Kelsen, es de hecho la única forma real capaz de llevar a cabo la democracia: “Esto es por lo que la decisión sobre el parlamentarismo es, al mismo tiempo, la decisión sobre la democracia”.³⁸

Para empezar, Kelsen condena el argumento popular de su época de que el parlamento debería poseer conocimiento especializado para elaborar normas adecuadas en los varios campos de la vida pública. Esta crítica ape-la a la idea del trabajo diferenciado. De acuerdo con el principio de división del trabajo, es necesario introducir “parlamentos especializados” para los diversos campos de legislación, en lugar de un cuerpo legislativo, central, universal y democráticamente electo.

En contra de aquellos que, inclusive, buscaban que el parlamento democrático fuera remplazado por una organización corporativa, Kelsen argumentó que la división de personas por profesión no corresponde a los

instinto de vida. Eros: “todo lo que produce relaciones afectivas entre la gente debe actuar contra la guerra” (*ibidem*, p. 283). Por otra parte, sin embargo, la cultura que forma al individuo también combate la guerra: “todo lo que estimula el desarrollo de la cultura, también obra contra la guerra” (*ibidem*, p. 286).

³⁶ Balibar, Étienne, *La crainte...*, cit., p. 48.

³⁷ Kelsen, Hans, *Das Problem des Parlamentarismus* (1926), Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1968.

³⁸ *Ibidem*, p. 5.

misimos intereses en la formación de la voluntad del Estado. Los intereses corporativos se encuentran en competencia con intereses más vitales, como los religiosos, éticos y estéticos. Los seres humanos no sólo tienen intereses profesionales: también desean cierto régimen jurídico del matrimonio, una relación entre la Iglesia y el Estado, y todas las otras relaciones sociales. Sin embargo, el desarrollo de la economía y la tecnología incrementa el número de profesiones que buscan su propia organización, pero la delimitación entre una profesión y la otra es arbitraria.

El argumento decisivo de Kelsen es que, en su desarrollo histórico, las corporaciones profesionales siempre han sido los medios a través de los cuales un grupo ha dominado al otro: “es notable que el llamado a una organización que apoye el corporativismo provenga de la clase media, al mismo tiempo que el proletariado, hasta ahora la minoría, deviene mayoría y cuando el parlamentarismo amenaza con volverse contra el grupo que hasta ahora dominó políticamente”.³⁹ Más aún, los empleados de todas las categorías profesionales se sienten más unidos entre ellos mismos que con los empleadores capitalistas de la misma profesión. Kelsen se opone al argumento de que una organización partidaria del corporativismo expresa las verdaderas fuerzas sociales: el principio de la mayoría y la minoría, la forma oficial del parlamento democrático, constituye la expresión real de una sociedad dividida en dos clases.

Kelsen también critica la concepción actual del parlamentarismo representativo. De acuerdo con la definición usual, el parlamentarismo resulta de un cuerpo elegido por el pueblo con un derecho universal e igualitario a votar, un cuerpo orientado por el principio de la mayoría, con el propósito de formar la voluntad oficial. El *primer* principio contenido en esta definición es el principio de libertad, de autodeterminación democrática: la lucha por el parlamentarismo ha sido siempre, de hecho, una lucha por la libertad política. Sin embargo, la realidad social y la *praxis* política del Estado, observa Kelsen, niegan la existencia de la libertad. La libertad significa autodeterminación política; esto es, el orden social debe ser construido por cada uno que pertenezca a él. No obstante, las personas no construyen el orden social, éstas simplemente eligen algunos individuos considerados como los representantes del pueblo, tomado como una hipóstasis colectiva, como en la teoría del contrato social.

El *segundo* principio es la intermediación en la conformación de la voluntad —representación—, la cual implica una división de trabajo, una diferenciación social. La idea de que el parlamentarismo expresa la libertad

³⁹ *Ibidem*, p. 26.

democrática está basada en lo que Kelsen llama la “ficción de la representación”: una concepción de acuerdo con la cual el parlamento representa a la gente y la gente sólo puede expresarse a través del parlamento, aun si el parlamento es independiente del pueblo y si los miembros del parlamento no reciben una instrucción obligatoria de sus votantes. La ficción de la representación legitima al parlamento por medio del principio de soberanía popular. Kelsen rechaza el principio de inviolabilidad de los miembros del parlamento como esencial al parlamentarismo: el principio de inmunidad (a través del cual un miembro del parlamento puede ser juzgado y condenado sólo si el parlamento está de acuerdo) posee la función de proteger a los miembros del parlamento en la época de la monarquía constitucional, pero carece de sentido en la república parlamentaria. Kelsen también afirma que si el pueblo se opone al parlamento, esto debe ser disuelto: lo que no quiere decir que uno nuevo expresará la voluntad del pueblo, pero al menos no se opondrá al pueblo.

Aun si no es posible que la voluntad oficial sea construida por el pueblo en todos sus niveles, las personas, sin embargo, podrían por otros medios tomar parte en el proceso legislativo de manera más intensa, como en el caso del parlamento, en el cual la participación está restringida a la elección. El “referéndum” (no sólo para la Constitución, sino también para las leyes) hace esta participación más intensa. Otra institución, a juicio de Kelsen, que permite una interferencia inmediata del pueblo en la formación de la voluntad del Estado es la iniciativa popular, por medio de la cual cierto número de votantes formulan un proyecto de ley, que el parlamento está obligado a examinar. Esta institución, a juicio de Kelsen, podría tener más espacio en la Constitución y permitir al pueblo presentar directivas generales, puesto que los votantes no pueden dar instrucciones al parlamento, podrían, cuando menos, proporcionar a sus representantes motivos que los guíen.

El *tercer* principio que Kelsen critica es el principio de la mayoría. El parlamento está basado en el principio de la mayoría, y el orden social está constituido por la mayoría, pero una mayoría supone una minoría. Así, sólo aquellos que pertenecen a la mayoría son libres y poseen autodeterminación. La minoría está en contradicción con el orden social. Aun aquellos que pertenecen a la mayoría no son completamente libres, porque no pueden cambiar su punto de vista sin haber encontrado otra mayoría a la que unirse para devenir libres de nuevo. El principio de la mayoría no permite que todos los diferentes intereses estén representados en el parlamento. No permite el desarrollo de todas las opiniones y discrepancias: problemas que

se encuentran hoy en día en el centro de la discusión sobre la democracia y la crisis de la representación. La dificultad sigue consistiendo en cómo mejorar las formas de democracia directa y opinión pública que podrían contrarrestar la creciente polarización de las clases que destruye todas las posibilidades de políticas que podrían reconciliar los diferentes intereses en una sociedad.⁴⁰

⁴⁰ Balibar, Étienne, *La crainte...*, *cit.*, p. 50.

LA IMPRONTA DEL PSICOANÁLISIS FREUDIANO EN LA TEORÍA PURA DEL DERECHO (CON ESPECIAL ÉNFASIS EN LA PROPUESTA FILOSÓFICA DE PLATÓN)

Augusto Fernando CARRILLO SALGADO*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Hans Kelsen y su contacto con el psicoanálisis de Sigmund Freud*. III. *Estudios psicoanalíticos kelsenianos en torno a la propuesta filosófica de Platón*. IV. *Reflexión final*.

I. INTRODUCCIÓN

La doctrina de Hans Kelsen puede examinarse desde tres ángulos:¹ desde el punto de vista deontológico, a partir de una posición ontológica, y desde una perspectiva metodológica. El primer enfoque corresponde a las reflexiones que el jurista vienés realizó, por ejemplo, en torno a la ética, la justicia, la filosofía política y la filosofía del derecho. La posición ontológica, por su parte, abarca todos aquellos temas relacionados con la creación y aplicación del derecho. La perspectiva metodológica, por último, hace referencia al lado científico de la doctrina kelseniana. La *Teoría pura del derecho* (*Reine Rechtslehre*) es, sin duda alguna, la obra más conocida de este enfoque. Sin embargo, el trabajo de Hans Kelsen va mucho más allá.

Aunque poco conocido en el mundo de habla hispana, el psicoanálisis estuvo presente en las reflexiones del jurista de Viena durante más de

* Estudiante del doctorado en derecho por la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM. Contacto: augustoc@ucm.es. ORCID-ID: <https://orcid.org/0000-0001-6107-4917>. Agradezco al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (Conacyt) por el financiamiento para la redacción de este trabajo.

¹ Carrillo Salgado, Augusto Fernando, “Un acercamiento al positivismo jurídico de Hans Kelsen”, en Carrillo Salgado, Augusto Fernando y Muñoz Mendiola, Julio César (coords.), *Actualidad del pensamiento teórico jurídico de Hans Kelsen*, México, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 25-57.

cinco décadas. A través de las herramientas metodológicas de Sigmund Freud, el jurista vienés examinó la personificación del Estado y su relación con el individuo. También empleó el psicoanálisis para comprender a las personas que lo rodeaban y, sobre todo, gracias a esta postura epistemológica pudo entender y describir la personalidad de algunos filósofos griegos, como Platón.

En ese sentido, el objetivo general de este trabajo consiste, precisamente, en explicar la relación entre la doctrina de Sigmund Freud y el trabajo de Hans Kelsen, mientras que, en tanto objetivo particular, se busca exponer la impronta del psicoanálisis en las reflexiones kelsenianas en torno a la filosofía griega, con especial énfasis en la doctrina de Platón. El orden expositivo de este documento es el siguiente: primero, se describe el contacto entre Hans Kelsen y la doctrina de Sigmund Freud; posteriormente, se exponen algunas formas en que el jurista vienés empleó el psicoanálisis en su obra y vida cotidiana; finalmente, se explica, de manera general, la relación entre esta postura epistemológica y los análisis kelsenianos en torno a la filosofía griega, en particular en sus investigaciones platónicas. En el último de los apartados se ofrece una reflexión final sobre este trabajo. Los métodos empleados fueron el deductivo e histórico, mientras que la técnica utilizada fue la investigación documental.

II. HANS KELSEN Y SU CONTACTO CON EL PSICOANÁLISIS DE SIGMUND FREUD

A finales del siglo XIX y principios del XX, Viena era la capital cultural de Europa. A pesar de su contradictorio trasfondo económico y político, era la Atenas moderna del viejo continente. Se caracterizaba por su ambiente bohemio de música, pintura, arte, ciencia y osadas corrientes filosóficas. En esta Viena floreció la obra musical de Schönberg, Alban Berg y Anton Webern, la pintura de Jugendstil, la arquitectura de Bauhaus, Adolf Loos y Otto Wagner, las letras de Schnitzler, Rike y Hoffmannstal, la termodinámica de Boltzmann, la propia doctrina de Hans Kelsen y las teorías económicas de Hayek.² En esta Viena floreció el psicoanálisis de Sigmund Freud.

Freud nació en Freiberg, Moravia, y murió en Londres, Reino Unido. Aunque vivió durante ochenta años en la capital del otro tiempo Imperio austrohúngaro, su origen judío y el avance del movimiento nacionalsocia-

² Métall, Rudolf Aladár, *Hans Kelsen. Vida y obra*, trad. de Javier Esquivel, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1976, p. 2.

lista lo constriñeron a pasar los últimos años de su existencia en un forzado autoexilio londinense.³ Sobre su trayectoria profesional, se sabe que estudió medicina en la Universidad de Viena, y, tras graduarse, se dedicó al ejercicio de la profesión. Posteriormente, se especializó en enfermedades nerviosas.⁴ Con el propósito de refinar su conocimiento, pasó un año en París estudiando hipnosis, así como otras técnicas médicas con el reconocido médico Charcot. Atraído por las enseñanzas de su maestro, Sigmund Freud abandonó el campo de las enfermedades nerviosas para enfocarse de lleno en el ámbito de la psicología. Sin embargo, decidió apartarse del sendero de su maestro porque la hipnosis no solucionaba, a su juicio, todos los pesares de sus pacientes.⁵

En aquella época, la mayoría de los médicos creían que la psique del ser humano era, por una parte, completamente racional y, por la otra, consciente. Sin embargo, Freud observó que no obstante los argumentos dados, o las conclusiones racionales a las que pudieran llegar el médico y su paciente, este último regresaba a comportarse de manera instintiva, salvaje o irracional. Freud concluyó, entonces, que no todos los procesos mentales tenían cabida en el plano consciente.⁶ Por si fuera poco, se dio cuenta de que el ser humano no se encontraba guiado exclusivamente por la razón. En realidad, descubrió la existencia de misteriosos mecanismos que dirigían la conducta del ser humano.⁷

Así, comenzó a publicar sus teorías en diversas revistas científicas. Poco a poco fue ganando adeptos hasta que, entre 1904 y 1906, fundó la Sociedad Psicoanalítica.⁸ Este movimiento no dejó de crecer e, inclusive, se fueron uniendo personas provenientes de otros países, como Francia, Reino Unido y Suiza. De esta forma, la Sociedad Psicoanalítica se transformó, en 1910, en la Asociación Psicoanalítica Internacional.⁹ Al poco tiempo comenzaron a surgir discrepancias entre sus miembros debido, en buena medida, a la personalidad autoritaria de Sigmund Freud y al deseo de abordar los padecimientos mentales desde otras aristas del propio psicoanálisis.

³ Hall, Calvin S., *Compendio de psicología freudiana*, trad. de Martha Mercader, México, Paidós, 2009, p. 14.

⁴ *Ibidem*, p. 17.

⁵ *Idem*.

⁶ Freud, Sigmund, *Introducción al psicoanálisis*, trad. de Luis López Ballesteros, México, Porrúa, 2002, pp. 15 y ss., y pp. 65-206.

⁷ *Idem*.

⁸ *Ibidem*, p. XXII.

⁹ Fromm, Erich, *La misión de Sigmund Freud. Su personalidad e influencia*, trad. de Florentino M. Torner, México, Fondo de Cultura Económica, 1981, p. 85.

De esta forma, los primeros en alejarse de Freud fueron Alfred Adler y Carl Gustav Jung.¹⁰

Hacia 1921, Freud comenzó a describir la mente humana a través de un modelo psicodinámico constituido por el ello, el yo y el superyó. El ello se encuentra en el plano más profundo del inconsciente y retrata los deseos del ser humano. Es, por decirlo de alguna forma, la parte instintiva de las personas.¹¹ Al buscar en todo momento el placer, está en conflicto permanente con el superyó, el cual refleja el aspecto moral de las personas.¹² En algunas ocasiones el ello se impondrá sobre el superyó y, en otras, éste sobre aquél. La instancia mediadora entre ambos será el yo.¹³ ¿De qué manera examinar los elementos que conforman la mente humana durante las terapias si se encuentran en el plano inconsciente? La asociación libre fue la respuesta. Este método consiste en dejar que el paciente exponga sus ideas de manera oral. El terapeuta, por su parte, deberá descubrir, describir e hilar los razonamientos de la persona, así como interpretar los elementos simbólicos que refiera.

Aunque Viena era el centro cultural de Europa a finales del siglo XIX y principios del XX, la capital del anterior Imperio austrohúngaro era también un cosmos muy pequeño. Por tal motivo, no debe sorprender que los intelectuales de aquella época estuvieran en estrecho contacto los unos con los otros, sea porque se conocían *vis-à-vis*, sea porque sus ideas eran discutidas intensamente en todos los círculos académicos.

Hans Kelsen entraría en contacto con el movimiento psicoanalítico el mismo año en que sería publicada la primera edición de sus famosos *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado (desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica)* (*Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*).¹⁴ Además, dictaría su primera conferencia en el seno de la Sociedad Psicoanalítica el 13 de diciembre de 1911, gracias a la invitación de Hans Sachs.¹⁵ Éste no sería, sin embargo, el único contacto que el padre de la *Reine Rechtslehre* tendría con el psicoanálisis. En realidad, las ideas de

¹⁰ *Ibidem*, pp. 87 y ss.

¹¹ Freud, Sigmund, “La descomposición de la personalidad psíquica”, en Freud, Sigmund, *Obras completas. Nuevas conferencias de introducción al psicoanálisis y otras obras (1932-1936)*, trad. de José L. Etcheverry, Argentina, Amorrortu Editores, 1976, vol. 22, pp. 53-74.

¹² *Idem*.

¹³ *Idem*.

¹⁴ Kelsen, Hans, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 2a. ed., Tubinga, Mohr Siebeck, 1923, p. V.

¹⁵ Tommasi, Claudio, Introducción all’edizione italiana, en Kelsen, Hans, *L’amor platonico*, trad. de Claudio Tommasi, Italia, Il Mulino, 1985, p. 10.

Freud estarían presentes de diversas formas a través del tiempo en toda la obra de Hans Kelsen.

El psicoanálisis se manifestaría implícita y explícitamente durante más de cinco décadas en la obra de Kelsen. En efecto, a lo largo de los años publicaría una serie de ensayos en diferentes revistas. Por ejemplo, once años después de su primera conferencia para la Sociedad Psicoanalítica, publicaría en *Imago*, revista editada por Sigmund Freud, su ensayo “El concepto del Estado y la psicología social” (“Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie” [1922]).¹⁶ Más tarde, aparecería “Dios y Estado” (“Gott und Staat” [1922-1923])¹⁷ en la revista *Logos*. Cuatro años después, formularía nuevas consideraciones de carácter psicoanalítico¹⁸ en “La idea del derecho natural” (“Die Idee des Naturrechts” [1927]),¹⁹ texto que sería publicado en la *Revista de Derecho Público* (*Zeitschrift für öffentliches Recht*). El padre de la teoría pura del derecho se apartaría de las cuestiones psicoanalíticas por seis años, pero volvería a ellas en *Amor platónico I* (*Die platonische Liebe I* [1933]).²⁰

Ese mismo año publicaría otros dos artículos sobre filosofía, derecho y psicoanálisis. Enviaría a los *Estudios sobre Kant* (*Kant-Studien*) la “Justicia platónica” (“Die platonische Gerechtigkeit” [1933])²¹ y a la *Revista de Derecho Público* (*Zeitschrift für öffentlichen Recht*) su “Política heleno-macedónica y la «Política» de Aristóteles” (“Die hellenische-makedonische Politik und die

¹⁶ Kelsen, Hans, “Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie. Mit besonderer Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse”, *Imago. Zeitschrift für psychoanalytische Psychologie ihre Grenzgebiete und Anwendungen*, 1922, VIII, 2, pp. 97-141; Kelsen, Hans, “Le concept d’État et la psychologie sociale. Avec un examen particulier de la théorie freudienne de la foule”, *Incidence*, 2007, 3, pp. 153-192.

¹⁷ Kelsen, Hans, “Gott und Staat”, *Logos: Zeitschrift für systematische*, 11, 1922-1923, pp. 261-284; Kelsen, Hans, “Dios y Estado”, en Correas, Oscar (comp.), *El otro Kelsen*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1989, pp. 243-266.

¹⁸ Es importante precisar que las reflexiones jurídico-psicoanalíticas de Hans Kelsen no serían el *leitmotiv* de este ensayo. En otras palabras, sólo de manera marginal abordaría el tema porque la atención del jurista de Viena se centraría en la relación entre el derecho natural y el derecho positivo.

¹⁹ Kelsen, Hans, “La idea del derecho natural”, trad. de Francisco Ayala, en Kelsen, Hans, *La idea del derecho natural y otros ensayos*, México, Ediciones Coyoacán, 2010, pp. 11-42. Sobre todo, reafirmar su idea sobre la similitud entre las concepciones personalistas del Estado y Dios.

²⁰ Kelsen, Hans, “Die platonische Liebe”, *Imago. Zeitschrift für psychoanalytische Psychologie ihre Grenzgebiete und Anwendungen*, 1933, XIX, 1, pp. 34-98.

²¹ Kelsen, Hans, “Die platonische Gerechtigkeit”, *Kant-Studien*, 1933, 38, pp. 91-117; Kelsen, Hans, “La justicia platónica”, trad. de Luis Legaz y Lacambra, en Kelsen, Hans, *La idea del derecho natural y otros ensayos*, México, Ediciones Coyoacán, 2010, pp. 93-116.

«Politik» des Aristoteles” [1933]).²² Nueve años más tarde, refinaría “Amor platónico” (“Die platonische Liebe”) y publicaría, en *Imago de América* (*American Imago*), una versión refinada de este ensayo bajo el título de “Amor platónico” (“Platonic Love” [1942]).²³ Por último, ¿aunque de manera marginal, formularía algunas consideraciones de carácter psicoanalítico en su ensayo “¿Qué es justicia?” (“What is Justice?” [1971]).²⁴ De esta forma, puede observarse que el maestro de Viena se ocuparía de cuestiones psicoanalíticas durante las décadas de 1910, 1920, 1930, 1940 y 1970.

A decir verdad, el jurista de Viena no fue un “psicoanalista nomédico” ortodoxo. Aunque dudó del valor terapéutico del psicoanálisis,²⁵ no descartó su importancia teórica. En otras palabras, no seguiría en forma estricta los postulados de Sigmund Freud. En realidad, sus ensayos se caracterizarían por su sincretismo entre el psicoanálisis y la filología. En efecto, Hans Kelsen hace referencia al inconsciente, así como al peso de la libido en tanto condicionante de la conducta del ser humano, pero también analiza meticulosamente los textos de autores clásicos para tratar de penetrar en los recovecos de su mente.

En términos generales, puede decirse que el padre de la teoría pura del derecho emplearía el psicoanálisis en cuando menos tres formas. Para empezar, el jurista de Viena analizó la relación entre el individuo y el Estado. Tal es el sentido, por ejemplo, de sus ensayos “El concepto del Estado y la psicología social” (“Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie” [1922]) y “Dios y Estado” (“Gott und Staat” [1922-1923]). En ambos ensayos, explica el maestro vienés, el ser humano hipostasia al Estado cuando formula concepciones personalistas sobre él.²⁶ Es decir, proyecta su ser en el Estado y le confiere características antropomórficas que en realidad no posee. Este fenómeno ya estaría presente entre las primeras civilizacio-

²² Kelsen, Hans, “La política de Aristóteles y la política heleno-macedónica”, en Kelsen, Hans, *La idea del derecho natural y otros ensayos*, México, Ediciones Coyoacán, 2010, pp. 117-168.

²³ Kelsen, Hans, “Platonic Love”, *American Imago*, 1942, 3, 1-2, pp. 3-110.

²⁴ Kelsen, Hans, “¿Qué es justicia?”, trad. de Albert Calsamiglia, en Kelsen, Hans, *¿Qué es justicia?*, España, Planeta, 1993, pp. 46 y ss. Aunque aquí es menos marcada la impronta del psicoanálisis, Kelsen vuelve a describir el modelo platónico como una extensión de su personalidad autoritaria.

²⁵ Losano, Mario, “Kelsen y Freud”, en Correas, Óscar (comp.), *El otro Kelsen*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1989, p. 108.

²⁶ Nour Sckell, Soraya, “Droit et démocratie chez Hans Kelsen. La critique kelsénienne de la personnalisation de l’État”, *Trans/Form/Ação*, 2015, 38, 1. Existe traducción al castellano, véase, Nour Sckell, Soraya, “Derecho y democracia en Hans Kelsen. La crítica kelseniana de la personalización del Estado”, *Revista Direito e Praxis*, trad. de Augusto Fernando Carrillo Salgado, 2021, vol. XX, núm. X, pp. 1-27.

nes, así como en algunas religiones monoteístas que confieren una voluntad a Dios.

Por si lo anterior fuera poco, dichas concepciones estatalistas encubren una regresión infantil, así como un cierto vínculo sdomasquista. Por una parte, los seres humanos tratan de volver a la seguridad del hogar paterno. Es decir, buscan estar bajo la autoridad del padre que representa, hasta cierto punto, cierta seguridad. Si su conducta es correcta, serán premiados por el padre-Estado. Si es incorrecta, serán castigados. Sin embargo, ¿qué es lo correcto?, ¿para quién? Por otra parte, las concepciones personalistas del Estado disfrazan el deseo de dominar y ser dominados, ya que no todos los seres humanos buscan su libertad, porque ésta presupone asumir responsabilidades.²⁷

En ambos casos, Dios representa la unidad de una voluntad superior que regula todo lo existente en el mundo sensible.²⁸ A partir de él se derivan el resto de las normas jurídicas que deben ser un reflejo de las reglas dictadas por una divinidad.²⁹ Hans Kelsen revela el error de las concepciones personalistas del Estado que se sustentan, en realidad, en el principio de retribución, que no forma parte del razonamiento científico-objetivo.³⁰ En consecuencia, de acuerdo con el maestro de Viena, ambas posturas son una clara expresión de un pensamiento mágico-primitivo.

Por otra parte, la doctrina de Sigmund Freud le sería muy útil al maestro de Viena para comprender la personalidad de la gente que le rodeaba. Tal es el caso del altercado que tuvo con su exalumno Fritz Sander, quien, tras llevar una relación cordial y expresar una profunda devoción hacia él, comenzó a atacarlo. Primero publicó un par de ensayos débilmente fundados en contra de la teoría pura del derecho. Posteriormente, acusó falsamente al profesor vienes de haber cometido plagio. Fritz Sander terminó por ofrecer una disculpa pública por su proceder. Al respecto, Hans Kelsen en su autobiografía explica:

Él era de una naturaleza muy contradictoria y sus relaciones conmigo un típico ejemplo de amor-odio, o, *para utilizar una expresión psicoanalítica, un complejo de Edipo*. Ninguno de mis discípulos me colmó con tantas expresiones de admiración, amor, fidelidad, como Sander durante el primer periodo de nuestras relaciones. Él me aseguró una y otra vez, que me consideraba como

²⁷ Kelsen, Hans, “Dios...”, *cit.*, pp. 248 y ss.

²⁸ *Idem.*

²⁹ *Idem.*

³⁰ *Idem.*

su padre espiritual —a su propio padre lo había odiado— y de él me contaba las más espeluznantes historias.

Siempre de nuevo me aseveraba, que yo lo había hecho nacer a la vida espiritual y que sin mí estaría intelectualmente perdido. Su acusación de plagio fue un verdadero intento de parricidio, y yo creo que efectivamente él se hizo luego duras acusaciones a sí mismo.³¹

La cita anterior permite soportar la hipótesis de que Hans Kelsen empleaba las herramientas teóricas de Freud en su vida cotidiana para entender a las personas que le rodeaban. Además, revela que la comprensión del jurista vienés sobre el psicoanálisis estuvo en un proceso de refinamiento constante. En efecto, en “El concepto del Estado y la psicología social” (“Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie” [1922]) y “Dios y Estado” (“Gott und Staat” [1922-1923]), Kelsen emplea términos que se encuentran presentes, sobre todo, en la obra temprana de Freud.³² Por ejemplo, la idea del inconsciente y el concepto de hipóstasis.

En estos trabajos, Freud aún no desarrollaba su teoría psicodinámica (1927) y, en consecuencia, no estaba nítidamente expresado el llamado complejo de Edipo. Sin embargo, en su autobiografía, cuyo manuscrito data de 1947, al analizar la personalidad de Sander, Hans Kelsen hace referencia a este complejo. En otras palabras, el maestro de Viena reexaminó un suceso ocurrido dos décadas atrás con una categoría de análisis que no se observa ni en “El concepto de Estado y la psicología social” (“Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie” [1922]) ni en “Dios y Estado” (“Gott und Staat” [1922-1923]).

Finalmente, la reflexión psicoanalítica en torno a la filosofía griega sería la tercer área de la que se ocuparía Hans Kelsen. Aunque los estudios psicoanalíticos kelsenianos en torno a la filosofía griega se caracterizarían por el uso de categorías de análisis de la obra de Freud, también estarían revestidos por una profunda impronta filológica. El maestro vienés abordaría la cuestión de dos maneras: una indirecta y, la otra, directa.

Desde el primero de estos ángulos formularía consideraciones psicoanalíticas en trabajos cuyo eje temático conductor era diverso. Una clara muestra de lo anterior se encuentra en “La política heleno-macedónica y la «política» de Aristóteles” (“Die hellenische makedonische Politik und die «Politik» des Aristoteles” [1933]) y “La justicia platónica” (“Die platonische

³¹ Kelsen, Hans, *Autobiografía*, trad. de Luis Villar Borda, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 60. Énfasis añadido.

³² Freud, Sigmund, *Totem and Taboo*, Reino Unido, Routledge & Kegan Paul, 2004, pp. 87 y ss.

Gerechtigkeit” [1933]). Desde el segundo de los enfoques, esto es, el directo, Hans Kelsen centraría su atención, sobre todo, en la propuesta filosófica de Platón. Esta tercer área de las reflexiones psicoanalíticas kelsenianas merece, sin duda alguna, un comentario más amplio.

III. ESTUDIOS PSICOANALÍTICOS KELSENIANOS EN TORNO A LA PROPUESTA FILOSÓFICA DE PLATÓN

Aunque Hans Kelsen escribió varios textos alrededor de la propuesta filosófica de Aristóteles y Platón, tan sólo centraría su atención en comprender la personalidad de este último autor. Dicho de otra manera, su interés por entender la psique de Aristóteles sería mucho más reducido. En realidad, todo parece indicar que sólo le importaban las ideas sobre la justicia distributiva de este filósofo.³³ El mutis que realiza el maestro vienes respecto a la psique de Aristóteles podría conducir, sin duda alguna, hacia nuevas líneas de investigación, cuyo objetivo principal sería disipar las siguientes interrogantes: ¿por qué estuvo tan interesado en comprender la mente de Platón y no así la de Aristóteles? ¿Acaso existen estudios kelsenianos respecto a la personalidad de Aristóteles, pero que aún son desconocidos en el mundo de habla hispana?

Por lo que respecta a las reflexiones kelsenianas en torno a la relación entre la propuesta filosófica de Platón y el psicoanálisis, el texto más representativo es “Amor platónico” (“Die platonische Liebe”), la primera versión de este ensayo sería publicada en la revista de Sigmund Freud: *Imago* (1933). Tras la llegada de Kelsen a Estados Unidos, aparecería una segunda versión, con el título de “Amor platónico” (“Platonic Love” [1942]). Mientras el primer texto sólo se integraba por el ensayo “Eros”,³⁴ el segundo comprendía, también, el artículo “Cratos”. Este sería la versión definitiva de “Amor platónico” (“Die platonische Liebe”).

¿Por qué tardó tanto tiempo Hans Kelsen en publicar la segunda versión de “Amor platónico” (“Die platonische Liebe”)? La respuesta nos la ofrece la historia. Entre el otoño de 1929 y abril de 1933, Kelsen impartió la cátedra de Derecho Internacional en la Universidad de Colonia. Sin embargo, su vida cambiaría por completo tras la llegada de Adolf Hitler al poder.³⁵ Primero sería depuesto de sus funciones como profesor. Después, tendría

³³ En este trabajo, como más adelante se verá, se buscará llegar a lo expresado por Hans Kelsen sobre Platón *a contrario sensu*; esto es, no sobre lo poco que escribió sobre él en forma directa, sino de manera indirecta.

³⁴ Kelsen, Hans, *Die platonische...*, cit., p. 34.

³⁵ Kelsen, Hans, *Autobiografía...*, cit., p. 71.

que dirigirse a Ginebra para evitar la persecución del nacionalsocialismo. Es comprensible, por tanto, que la atención de Kelsen estuviera centrada en preparar su llegada al Instituto Universitario de Altos Estudios (Institut Universitaire de Hautes Études), así como en publicar la primera edición de su *Teoría pura del derecho* (*Reine Rechtslehre*).³⁶

La anexión de Polonia al Tercer Reich marcó el inicio de la política bélica de Adolf Hitler, así como el comienzo de la Segunda Guerra Mundial. Hans Kelsen pensó que en poco tiempo toda Europa se encontraría bajo el dominio nazi. Si bien es cierto Suiza no sería jamás invadida por las tropas hitlerianas, también lo es que el jurista de Viena tendría sobradas razones para temer por su vida. Por una parte, su origen judío era ampliamente conocido; por la otra, se sabía muy bien que era detractor de las ideas nacionalsocialistas.

En ese contexto, decidió autoexiliarse en Estados Unidos. El propio Hans Kelsen explica: “[c]on el corazón adolorido abandoné Ginebra con mi mujer en 1940. Una ciudad donde había realizado un satisfactorio trabajo durante siete años, en un ambiente ideal. Cercano a la edad de sesenta años, iba a iniciar de nuevo y desde el principio mi carrera académica, en un país cuya lengua dominaba apenas muy imperfectamente”.³⁷ Dos años después de su llegada al territorio americano, publicaría en *Imago de América* (*American Imago*) la versión definitiva de su “Amor platónico” (“Die platonische Liebe”).

En este documento, Kelsen analiza la *psique* de Platón, así como su relación con su propuesta filosófico-política. De acuerdo con el jurista vienés, comprender la filosofía platónica como el amor al conocimiento, además de un cliché, es un error. En realidad, la doctrina de Platón era un programa político cuya piedra angular se halla en las pulsiones homosexuales platónicas. En efecto, Kelsen afirma que el filósofo griego era víctima de su Eros homosexual, ya que se encontraba atormentado por la fuerte atracción que sentía hacia los hombres y, en particular, hacia los jóvenes.³⁸

Primero explica que, en su obra filosófica, Platón hizo una alabanza de los miembros varones de su familia, razón por la cual destacó sus virtudes, cualidades y hazañas.³⁹ En contraste, escribió muy poco sobre las mujeres de su estirpe, y, eso poco, no era nada favorable. Inclusive, Kelsen sostiene

³⁶ Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2008.

³⁷ Kelsen, Hans, *Autobiografía...*, cit., p. 79.

³⁸ Kelsen, Hans, *Die platonische...*, cit., pp. 34 y ss.

³⁹ *Ibidem*, pp. 39 y ss.

que el filósofo griego expresó cierto desprecio o desdén hacia la madre.⁴⁰ Además, consideró a las mujeres en un plano de igualdad con los hombres sólo en la medida en que dejó de verlas como tal. Es decir, las homologó a los varones o masculinizó.⁴¹

Por una parte, el maestro vienés precisa que las tendencias homosexuales de Platón se encuentran expresadas en varios pasajes de sus *Diálogos*. Por la otra, destaca que, al contrario de lo que se cree, el amor hacia los miembros del mismo sexo, el amor hacia los jóvenes y la pederastia, estaba prohibido en la antigua Grecia.⁴² Para probar su afirmación, realiza un examen bibliográfico, filosófico y normativo de diferentes textos de aquella época.

Como Platón sufría porque no podía expresar abiertamente sus impulsos homosexuales, buscó un ejemplo de castidad, y lo encontró en su maestro Sócrates.⁴³ Sin embargo, la ejecución de su mentor lo condujo a una visión pesimista y negativa del mundo terrenal. De esta forma, de acuerdo con Platón, la verdad, la esencia real de los objetos no estaba en este mundo. Por el contrario, se encontraba en el plano ideal, en el más allá.

El filósofo griego llegó a la conclusión de que, al ser diferentes, especiales y racionales, sólo las personas como él tenían el derecho a gobernar, y observó a la población como una masa perfectible. Así, se impuso como tarea transformar la sociedad a través de la educación, y desarrolló una propuesta filosófica, que en sus postulados fundamentales estaba sustentada en dogmas místicos o sectarios, cuyo único conocedor era él.⁴⁴ En otras palabras, desarrolló un modelo político-filosófico basado en el culto al líder, sustentado en la adoración del filósofo-político que sería capaz de conocer los misterios de un mundo metafísico reservado a unos cuantos: el mundo de las ideas. De esta forma, Platón gobernaría y transformaría a la sociedad gracias a su doctrina y a la ayuda de sus seguidores.

Para legitimar su modelo, afirmó que los filósofos son las mejores personas para gobernar, porque eran poseedores de la máxima virtud: el conocimiento. Así, al ser los guardianes del saber, podrían transmitirlo al resto de la población, con el objetivo de mejorar la sociedad.⁴⁵ Por si lo anterior fuera poco, Kelsen explica que Platón fue un hombre de acción que trató de tomar parte en la política en sus años de juventud. Sin embargo, pronto

⁴⁰ *Idem*.

⁴¹ *Ibidem*, pp. 43 y ss.

⁴² *Ibidem*, pp. 56 y ss.

⁴³ *Ibidem*, pp. 68 y ss.

⁴⁴ Kelsen, Hans, *Platonic...*, cit., p. 94.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 103.

se sintió decepcionado por las actuaciones de los políticos, razón por la cual decidió esperar el momento adecuado para volver a la carga.

Esta oportunidad se presentaría durante los viajes que realizó a Siracusa⁴⁶ en las postrimerías de su vida. En efecto, en varias ocasiones trató de educar a los tiranos de aquella región para que abandonaran las formas dictatoriales y se adhirieran a su modelo pedagógico-estatal. Infortunadamente no tuvo éxito. Este intento platónico se explica porque, a pesar del carácter autoritario de su propuesta filosófica, a pesar de suabierto rechazo a la democracia, sentía una fuerte animadversión a la dictadura, que era, por decirlo de alguna forma, la versión más extrema de su Eros al que, inclusive, él mismo temía.

Hans Kelsen también se ocuparía de la personalidad de Platón en otro de sus textos: “La justicia platónica” (“Die platonische Gerechtigkeit”). Sin embargo, como su nombre lo indica, el énfasis estaría puesto en la idea de justicia. A decir verdad, Hans Kelsen haría referencia a la composición psíquica de este filósofo griego sólo en los párrafos I y II de este texto. Finalmente, no debe pasar inadvertida una característica del ensayo kelseniano que se comenta: la introducción y primeros apartados de “La justicia platónica” (“Die platonische Gerechtigkeit”) son prácticamente idénticos a los de “El amor platónico I” (“Die platonische Liebe I”). Lo que cambia es el orden y las notas a pie de página; tal parece que Kelsen abordaría ideas similares en sus diferentes textos, pero les conferiría un matiz diferente. En “La justicia platónica” (“Die platonische Gerechtigkeit”), Hans Kelsen repetiría la misma fórmula que en “Die platonische Liebe I”, el dualismo platónico entre el mundo sensible y el de las ideas encontraría su origen en las inclinaciones homosexuales del pensador griego.

IV. REFLEXIÓN FINAL

Tal como quedó demostrado en las líneas anteriores, el psicoanálisis estuvo presente por más de cinco décadas en la obra de Hans Kelsen. A través de las herramientas ofrecidas por Sigmund Freud, examinó la personificación del Estado y su relación con el individuo. El psicoanálisis le permitió comprender, también, a las personas que lo rodeaban y, además, hizo posible que examinara y describiera la personalidad de algunos filósofos griegos como Platón.

Lo anterior permite observar que, en realidad, la obra del jurista vienés entraña un carácter multidisciplinario. Pero no sólo eso, sino que de igual

⁴⁶ *Ibidem*, p. 105.

forma permite conocer un poco más sobre los métodos y técnicas de investigación de Hans Kelsen. Por ejemplo, primero escribía un texto base, luego lo fragmentaba y lo matizaba con base en el tipo de revista a la que deseaba enviar alguna versión de su trabajo. De esta manera, algunas de las ideas expresadas en “El amor platónico I” (“Die platonische Liebe I”) se encuentran presentes en “La justicia platónica” (“Die platonische Gerechtigkeit”) y viceversa. Cabe destacar que la mayoría de las notas a pie de página de “Amor platónico I” (“Die platonische Liebe I”) no están presentes en “La justicia platónica” (“Die platonische Gerechtigkeit”). Lo anterior proporciona otra pista sobre las técnicas de investigación empleadas por Hans Kelsen. Primero escribía el cuerpo del texto y, posteriormente, agregaba el aparato crítico.

Un aspecto de la relación entre el psicoanálisis kelseniano y la filosofía griega que llama poderosamente la atención es el silencio que Hans Kelsen efectuó respecto a la personalidad de Aristóteles. ¿Por qué no se sintió interesado en comprender su psique? Cabe la posibilidad de que la pregunta anterior sea errónea. Quizá sí escribió algo al respecto, pero no es conocido en lengua castellana. Esta es, sin duda alguna, una línea de investigación interesante, que podría, inclusive, conducir a revisar directamente los manuscritos del jurista en el Instituto Hans Kelsen de Viena.

CUARTA PARTE
JUSTICIA CONSTITUCIONAL

DEMOCRACIA, PRINCIPIO DE LA MAYORÍA Y SU LÍMITE EN LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Julio César MUÑOZ MENDIOLA*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Democracia y principio parlamentario en Kelsen*. III. *El principio de la mayoría en Kelsen*. IV. *Paralelismos con la actualidad*. V. *Reflexiones finales*.

I. INTRODUCCIÓN

Hablar de Hans Kelsen —Praga, 1881; California, 1973—¹ es referirse a uno de los juristas más influyentes del siglo XX,² no sólo por sus diversos escritos,³ sino también por la trascendencia de su pensamiento.⁴ Sin lugar a duda, su

* Estudiante del doctorado en derecho en la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM y abogado postulante constitucionalista. ORCID ID: <http://orcid.org/0000-0002-8769-7984>. Contacto: julioderecho@comunidad.unam.mx.

Agradezco a las y los autores de los distintos países por su participación en esta obra colectiva; de forma especial, a los profesores Francisco Ibarra Palafox, Javier Hernández Manríquez y Augusto Fernando Carrillo Salgado, por su confianza, dedicación y realización del proyecto, así como a Oscar Uribe, ayudante de investigador, por su involucramiento en la parte final del proyecto. Agradezco también al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (Conacyt) por el patrocinio y el financiamiento para realizar este trabajo.

¹ Para una autobiografía de Kelsen, Jestaedt, Matthias (ed.), *Hans Kelsen. Autobiografía*, trad. de Luis Villar Borda, Bogotá, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen-Universidad de Externado, 2008.

² El pensamiento *kelseniano* representó una constante, aunque en sus últimos escritos no publicados en vida hubo algunos cambios de ideas y posturas; de hecho, algunos autores afirman que sus últimos escritos se contrapondrían con el *Kelsen de los primeros años*. Paulson, Stanley L., “Kelsen’s Legal Theory: The Final Round”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 12, núm. 2, 1992, pp. 265-274.

³ A lo largo de su vida, Kelsen escribió aproximadamente 18 libros y 187 artículos en diferentes idiomas, lo cual habla de la diversidad de temas que el autor austriaco trató y de su alcance en el pensamiento jurídico, político y filosófico. Schmill Ordóñez, Ulises, “Hans Kelsen aportaciones teóricas de la teoría pura del derecho”, *Doxa*, núm. 33, 2010, pp. 17-36.

⁴ En ese sentido, existen propuestas *de fases de desarrollo* de su pensamiento teórico y filosófico jurídico —las cuales incluirían sus otras facetas de pensamiento—. Paulson, Stan-

pensamiento jurídico representó su principal objeto de estudio,⁵ el cual basó en una premisa simple, pero sustancial: hacer del derecho una ciencia pura —la tesis de la pureza—.⁶ Aquí, sin olvidar que los primeros trabajos de Kelsen se refirieron a la teoría del Estado, esto es, en 1905 a su obra *La teoría del Estado en Dante Alighieri*, y en 1911 a su trabajo de habilitación *Problemas capitales de la teoría del Estado* —en su primera edición—,⁷ uno analiza su contribución sobre la esencia y el valor de la democracia, y se desvela un Kelsen como un original pensador político.⁸ Por lo tanto, se puede hablar de una teoría política kelseniana que retomó y criticó varios aspectos del liberalismo político, como la libertad, la limitación de intervención del Estado, el parlamentarismo y la democracia.⁹

Bajo ese contexto, la democracia fue importante para Kelsen como método para la creación del orden social,¹⁰ pero también representó un punto de inflexión entre su pensamiento jurídico y político, el cual se puede ver, por un lado, en cómo Kelsen concebía la noción de Constitución; es decir, como un principio donde se expresaba jurídicamente el equilibrio de fuerzas políticas en un momento determinado, independientemente de considerar a la misma como la norma fundante del sistema jurídico,¹¹ y, por otro lado, en cómo basaba al orden social-estatal bajo una vinculación entre *ética y política*.¹² En ambos casos, él sostendría su relativismo ético¹³ y su faceta *cientificista* sobre el análisis del Estado, pues refirió que no era tarea

ley L., “Four phases in Hans Kelsen’s Legal Theory? Reflections on a periodization, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 18, núm. 1, 1998, pp. 153-166.

⁵ Aunque existen temas que Kelsen no abordó de manera primordial, pero sí de manera rigurosa, como el psicoanálisis. Kelsen, Hans, *Amor platónico*, trad. de Augusto Fernando, Carrillo Salgado, México, Ediciones Coyoacán, 2022.

⁶ Paulson, Stanley, “The purity thesis”, *Ratio Juris*, vol. 31, núm. 3, 2018, pp. 276-306.

⁷ Walter, Robert, “Hans Kelsen vida y obra. Una introducción”, trad. de Carlos E. Pettoruti, *Anales. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP*, núm. 41, 2011, p. 337.

⁸ Lagi, Sara, “Hans Kelsen: pensador político”, trad. de Leonardo García Jaramillo, *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, núm. 25, 2011, p. 3.

⁹ Herrera, Carlos, “Schmitt, Kelsen y el liberalismo”, *Doxa*, núm. 21-II, 1998, p. 205.

¹⁰ Kelsen, Hans, *The essence and value of democracy*, trad. de Brian Graf, United Kingdom, R&L Publishers, 2013, p. 101.

¹¹ Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*, trad. de Rolando Tamayo Salmorán, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, p. 21.

¹² Sobre esa relación entre ética y política en Kelsen, Kelsen, Hans, “The Philosophy of Aristotle and the Hellenic-Macedonian Policy”, *The International Journal of Ethics. The University of Chicago Press*, vol. XLVIII, núm. 1, octubre de 1937.

¹³ Pintore, Anna, “Democracia sin derechos. En torno al Kelsen democrático”, *Doxa*, núm. 23, 2000, pp. 120-127.

de la teoría científica del Estado determinar qué forma estatal o sus finalidades son buenas o malas, sino sólo analizarlas, comprenderlas y explicarlas.¹⁴ No obstante, no es mi pretensión abordar todas estas problemáticas, sino centrarme en un tema principal del pensamiento político del profesor austriaco. Me refiero *al principio de la mayoría*; concretamente, me interesa responder a las siguientes preguntas: ¿el principio mayoritario en Kelsen tiene un carácter sustantivo o procedimental?, ¿qué papel tuvo el compromiso político para este principio y para la democracia en Kelsen?, y ¿cuál fue el límite que señaló Kelsen desde su pensamiento político para los excesos de las mayorías del proceso democrático? De esta forma, en primer lugar, describiré algunos conceptos claves para entender la democracia en Kelsen; en segundo lugar, revisaré la estructura y el funcionamiento del principio mayoritario kelseniano; finalmente, compararé las circunstancias que señaló Kelsen sobre el principio mayoritario con sus caracterizaciones actuales.

II. DEMOCRACIA Y PRINCIPIO PARLAMENTARIO EN KELSEN

Kelsen fue uno de los pocos intelectuales que defendió la democracia y la importancia de la libertad, ya desde las dramáticas repercusiones de la Primera Guerra Mundial,¹⁵ pues él fue un demócrata liberal que respaldó a la democracia como la mejor forma de Estado frente a la otra que reconocía también, la autocracia. En este punto hay que recordar que Kelsen reconoció tanto la democracia como la autocracia, pero defendió a la primera con el argumento de que la participación de las personas sujetas al orden jurídico bajo la función legislativa era característica de la democracia, a diferencia de la autocracia, en donde las personas quedaban excluidas de la legislación y no tenían derechos políticos.¹⁶ En efecto, Kelsen parte del hecho de que las personas eran iguales; por lo tanto, ninguna tendría el derecho de gobernar a otras, debido a que una ciencia del derecho —sociológica— no podría establecer a qué condiciones está obligada o tiene derecho una persona o grupo de personas;¹⁷ sin embargo, para que las personas permanecieran iguales

¹⁴ Kelsen, Hans, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, trad. de Juan Ruiz Manero *et al.*, España, Debate, 1988, pp. 162 y ss.

¹⁵ Lagi, Sara, *op. cit.*, pp. 5 y 6.

¹⁶ Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Máynez, México, UNAM, 1958, pp. 102 y 103.

¹⁷ Kelsen, Hans, “Una fundamentación de la sociología del derecho”, trad. de Adolfo Barbera, *Doxa*, núm. 12, 1992, p. 216.

en la realidad inevitablemente tendrían que permitir gobernarse por otras personas.¹⁸

En ese sentido, la síntesis entre los principios de igualdad y libertad sería central para la democracia kelseniana,¹⁹ pero Kelsen señalaría que sólo podría ser viable —en sociedad— a través de la voluntad general.²⁰ Aquí, a él podría situársele como un partidario del individualismo metodológico —o el contractualismo—,²¹ incluso, porque refirió que, teóricamente, la democracia era una forma política o social en la cual la voluntad de la sociedad y el orden social se constituían por sus integrantes —el pueblo—;²² pero fiel a su posición relativista, no dejó de señalar lo problemático que sería referirse al concepto de *pueblo*, ya que éste no representaba un conjunto homogéneo, sino una mezcla de diversos grupos.²³

Tampoco es que Kelsen negara tajantemente la posibilidad de una individualidad mediante la colectividad, pues el hilo conductor que encontró era la afirmación de la libertad individual a través de una autonomía vinculada a la igualdad esencial de todas las personas;²⁴ no obstante, sí dudaría sobre las formas de operar y hacer posible una voluntad general. En este punto, habría un reduccionismo de la idea de la democracia,²⁵ ya que la forma más cercana para crear un orden social sería, en un primer momento, una democracia directa —un ideal—; pero en las sociedades modernas ésta no podría ser realizada; por tanto, la democracia moderna debería ser indirecta y representativa a través de un parlamentarismo, entendido este último desde su lógica funcional y el contexto kelseniano; es decir, como la evolución de una asamblea popular a un parlamento elegido mediante la mayoría de las personas poseyendo sus derechos políticos,²⁶ y en donde se da un proceso dialéctico.²⁷

En este punto es en donde Kelsen estaría trasladando la problematización de su teoría del conocimiento a la teoría de la democracia —absolutismo *vs.* relativismo—, ya que donde hubiera pluralismo y diversidad sería

¹⁸ Kelsen, Hans, *The essence...*, *cit.*, p. 27.

¹⁹ *Idem.*

²⁰ Aquí, refiriéndose a Rousseau, véase, *ibidem*, p. 33.

²¹ Herrera, Carlos, “Schmitt, Kelsen y el liberalismo”, *cit.*, pp. 205-208.

²² Kelsen, Hans, *The essence...*, *cit.*, p. 35.

²³ *Ibidem*, p. 36.

²⁴ Garzón Valdés, Ernesto, “Representación y democracia”, *Doxa*, núm. 6, 1989, p. 148.

²⁵ Me refiero a que Kelsen terminaría reduciendo tanto a la libertad como a los derechos políticos a un *derecho al voto*. Kelsen, Hans, *The essence...*, *cit.*, p. 42.

²⁶ *Ibidem*, pp. 41 y 42.

²⁷ *Ibidem*, p. 103.

difícil lograr una esfera pública y política con valores y consensos absolutos, pues no se podía pensar en un orden social, estatal o jurídico de *justicia* como tal, debido a que en aquel tiempo ningún autor, incluido él, desarrolló o propuso teorías que se basaran en una idea racional de justicia. Por lo tanto, para una exigencia ética tan alta de democracia tendría que ofrecerse una explicación realista, la cual representó la esencia de la democracia en Kelsen, o sea, un parlamentarismo representativo. Máxime que mediante el parlamento se haría posible el valor de la democracia; en otras palabras, la consecución de la libertad y la igualdad que, para el profesor austriaco, se lograría sólo a través de la igualdad de voto y ante la ley.

Por lo anterior, Kelsen no buscó una democracia puramente procedimental o idílica, aunque para algunos autores existiría un fuerte idealismo en él,²⁸ porque sus proposiciones describieron cómo funcionaba la democracia, al mismo tiempo que consideraba conexiones con el relativismo filosófico. De ahí que el profesor austriaco no fuera claro en torno a la necesidad de valores para la democracia, pues en ocasiones sostendría una necesidad de los mismos, mientras que otras veces, incluso, llegaría a sostener que sin libertad individual podría hablarse de democracia.²⁹ Basta señalar que refirió que el dilema de la existencia de las democracias modernas dependería, en gran medida, de si el parlamento podría ser considerado como un medio idóneo y legítimo, tanto para resolver los problemas sociales como para preservar la idea de libertad.³⁰ Incluso, se cuestionó sobre si la eliminación del parlamento sería políticamente factible en el Estado moderno,³¹ ya que si se quería resguardar la democracia, en lugar de suprimirlo tendría que reformularse,³² pero mostrando también la ficción de la representación popular que lo sustentaba.³³

²⁸ Ruiz Manero, Juan, “Presentación. Teoría de la democracia y crítica del marxismo en Kelsen”, en Ruiz Manero, Juan (ed.), *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Madrid, Editorial Debate, 1988, pp. 33 y ss.

²⁹ Pintore, Anna, “Democracia sin derechos. En torno al Kelsen democrático”, *Doxa*, núm. 23, 2000, pp. 127-134.

³⁰ Kelsen, Hans, *The essence...*, cit., pp. 48-50. En paralelo, Kelsen consideró que la ficción de la representación históricamente legítima al parlamento —la soberanía popular—, pues se basaba en la lógica de que éste es el representante del pueblo, y que el pueblo sólo puede manifestar su voluntad por medio de él; no obstante, señaló contradicciones en esa lógica, por ejemplo, que los integrantes del parlamento eran jurídicamente independientes del pueblo. Kelsen, Hans, *Teoría generale...*, cit., pp. 294-297.

³¹ Kelsen, Hans, *The essence...*, cit., pp. 51 y 53.

³² Kelsen se referiría a reforzar el parlamento mediante el *referéndum* y el *derecho de petición*, pero también a controlarlo mediante una rendición de cuentas ante la sociedad y las entidades estatales —incluso por los jueces—, como se verá más adelante. *Ibidem*, pp. 57-59.

³³ Sanz Moreno, José, “El parlamentarismo en su encrucijada, Schmitt *versus* Kelsen, o la reivindicación de la democracia”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 162, 2013, p. 117.

De ahí que el parlamento fuera fundamental para Kelsen, por ser el lugar en donde se daban consensos mediante decisiones mayoritarias —compromisos políticos—,³⁴ al mismo tiempo que se afirmaba la necesidad de un Estado de partidos, pues las modernas democracias descansarían en partidos políticos constitucionalizados.³⁵ Y es que Kelsen vio, por ejemplo, a los partidos políticos como medios para lograr una voluntad unida de manera práctica, además de que éstos reflejarían las divisiones y diferencias de una sociedad civilizada.³⁶

III. EL PRINCIPIO DE LA MAYORÍA EN KELSEN

En el apartado anterior concluí señalando la importancia que tenía el parlamento para el pensamiento democrático kelseniano, asimismo, se comenzó a esbozar uno de los puntos centrales para el funcionamiento del parlamento, pues más allá de su conformación, idoneidad y legitimidad,³⁷ la toma de decisiones mediante el principio de la mayoría sería central, por lo cual me enfocaré a la cuestión principal de cómo Kelsen describió o, en su caso, propuso ese principio, es decir, si de manera procedimental o sustantiva.

Para comenzar, hay que señalar que el Kelsen democrático pensó, tal vez desde su faceta decisionista, que se encuentra en su teoría pura del derecho, donde señala que las normas son actos de voluntad —no de una psíquica, sino la del legislador—,³⁸ que la decisión mayoritaria representaba, primero, un medio lógico para llegar a acuerdos en una discusión fundamental y, segundo, una institución que sintetizaría, de alguna manera, la idea de libertad e igualdad.³⁹ Sobre el primer punto, él consideraría, desde una visión realista, que era idealista y disfuncional un principio de unanimidad en sociedad; esto es, creer que un orden social puede crearse

³⁴ De hecho, en la actualidad *el consenso político* —entiéndase el compromiso— sigue siendo una parte fundamental de la deliberación parlamentaria. Waldron, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, trad. de José Luis Martí y Águeda Quiroga, Madrid, Marcial Pons, 2005.

³⁵ Kelsen, Hans, *The essence...*, *cit.*, pp. 38-41.

³⁶ Stanton, Timothy, “Popular sovereignty in an age of mass democracy: politics, parliament, and parties in Weber, Kelsen, Schmitt, and beyond”, en Skinner, Quentin y Bourke, Richard (eds.), *Popular Sovereignty in historical perspective*, Cambridge, Cambridge Press, 2016, p. 349.

³⁷ Cuestiones que hoy en día son importantes para asignar un valor político sustantivo a los parlamentos, debido a que sustenta su legitimidad democrática. Waldron, Jeremy, *Derecho y...*, *cit.*, pp. 62-66.

³⁸ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1999, p. 38.

³⁹ Kelsen, Hans, *La democrazia*, Bologna, Il Mulino, 1998, p. 195.

y funcionar por la decisión unánime de todos sus integrantes.⁴⁰ En tal sentido, lo más cercano a un principio de unanimidad sería que una mayoría superara a los que están en desacuerdo con un determinado orden social.⁴¹ Aquí, Kelsen sería cauteloso y enfático en señalar que la existencia de una mayoría no implicaba una depreciación de la minoría, ya que tenía que reconocerse, incluso de manera lógica, su existencia y protección.⁴² Sobre el segundo punto, el principio de la mayoría sería una institución que haría posible gobernar sobre la base de una gran posibilidad de acuerdo entre la voluntad de la mayoría y la voluntad individual de las personas, pues cuando la voluntad de la sociedad está de acuerdo con la voluntad de más personas, el potencial para la libertad —como autodeterminación— se maximizaría.⁴³

En ambos casos, Kelsen no dejaría de mostrar la constante tensión entre mayoría y minoría —una antítesis—, lo que podría situar a la regla de la mayoría en un ámbito puramente procedimental o numérico o, si se prefiere, en una tiranía de la mayoría. Por lo tanto, para Kelsen, la síntesis a esa tensión sería mediante el compromiso, pues en una democracia en donde el contenido del orden jurídico no estuviera determinado exclusivamente por el interés de la mayoría, sino que representara el resultado de un compromiso entre mayoría y minoría, la sujeción voluntaria de todos sus integrantes al orden jurídico resultaría más fácil que en cualquier otra organización política.⁴⁴

IV. PARALELISMOS CON LA ACTUALIDAD

Son varias las circunstancias que dificultarían un principio mayoritario de forma sustantiva, pero me centraré en tres de ellas, que me parecen principales y características de la fluctuación política actual; me refiero: 1) a quiénes participan en la toma de decisiones; 2) al pluralismo político; 3) al límite del principio mayoritario. Ahora, cabe mencionar que por fluctuación política no me refiero precisamente a una connotación negativa del funcionamiento del sistema político, sino más bien a la inestabilidad y a la dinámica propias de la política, a sus procesos y al gobierno, lo cual es una consecuencia lógica del pluralismo político y de los cambios de poder.

⁴⁰ Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho e dello stato*, Milán, Etas, 1974, p. 290.

⁴¹ *Ibidem*, pp. 291 y 292.

⁴² Kelsen, Hans, *The essence...*, *cit.*, pp. 67 y 68.

⁴³ *Ibidem*, p. 68.

⁴⁴ Kelsen, Hans, *Teoría general...*, *cit.*, p. 293.

Sobre quiénes toman las decisiones en el parlamento de forma mayoritaria, Kelsen señaló que la ficción que personificaba la representatividad se podía ver en la desvinculación entre representantes populares y representados, es decir, los representantes tenían un mandato libre para no estar sujetos a las instrucciones de los representados. Asimismo, remarcó que desde un análisis objetivo de la elección no se podía dejar de lado la ideología subjetiva que representaba cada uno de los elegidos a formar parte del parlamento. Finalmente, advirtió que un sistema electoral podría propiciar la llegada de líderes carismáticos, los cuales podrían explotar los peores instintos de las masas y, por lo tanto, deformar el valor que representaba el principio mayoritario.⁴⁵

En la actualidad, la crisis de la representatividad es una cuestión que no sólo persiste,⁴⁶ sino que se ha tornado aún más problemática, porque además de la desvinculación con los representados, los representantes populares también han llevado a los parlamentos, ideologías y posturas radicales que aun estarían en contra tanto de las libertades como de los derechos fundamentales y de la propia democracia; para el caso, estas ideologías y posturas abusan de su posición mayoritaria. Asimismo, están los peligros que representan los gobiernos populistas que se han venido gestando y proliferando en diversas latitudes,⁴⁷ y que no son un momento de transición hacia una madurez política, sino una permanente acción de la dimensión política que se manifiesta en contra del orden establecido, del discurso institucional y, en general, a través de un antagonismo irreductible.⁴⁸ Por ejemplo, en el contexto latinoamericano se dan condiciones aún más prolíferas para desarrollar el fenómeno,⁴⁹ debido a que los actores políticos que lo enarbolan lo logran a base de las mayorías —demo-

⁴⁵ Kelsen, Hans, *The essence...*, cit., pp. 71, 72 y 93-95.

⁴⁶ Deschouwer, Kris, “New parties and the crisis of representation: between indicators and solution”, en Harfst, Philipp et al. (eds.), *Parties, Governments and Elites. The Comparative Study of Democracy*, Fachmedien Wiesbaden, Springer, 2017, pp. 73-85.

⁴⁷ En ese sentido, un eje central del populismo estaría presente o, más bien, no sería exclusivo de una política de izquierda o derecha, sino que, en ambos casos, representan un desafío para las sociedades democráticas. Gratius, Susanne y Rivero, Ángel, “Más allá de la izquierda y la derecha: populismo en Europa y América Latina”, *Revista CIDOB d’Afers Internationals*, núm. 119, 2018, pp. 35-62.

⁴⁸ Riveros Claudio y Pelfini Alejandro, “Sobre grietas y rupturas: el populismo visto como un proceso. Un análisis socio-histórico a partir de la teoría populista de Ernesto Laclau”, *Revista Stultifera*, vol. 5, núm. 1, 2022, pp. 73 y ss.

⁴⁹ Por ejemplo, la idea de un cambio social que incluiría lo político y lo económico, procesos atípicos o alternativos del normal desarrollo político y social de occidente, movilizaciones de masas de diversos estratos sociales y políticas económicas intervencionistas y

cráticas— que acogen esta forma de hacer política, pues ya en el poder buscan anteponer a la racionalidad política sobre la jurídica,⁵⁰ máxime que uno de los primeros objetivos de estos gobiernos es minar la fuerza normativa de los textos fundamentales y anteponer sus visiones políticas sobre un proyecto constitucional;⁵¹ lo paradójico es que lo hacen a través de la regla de la mayoría.

Sobre el pluralismo político, Kelsen lo concibió de una manera positiva; primero, porque veía con buenos ojos que existieran distintas fuerzas políticas, pues esto dificultaría que una fuerza política tuviera una mayoría desproporcionada en relación con las minorías. Segundo, porque para él una heterogeneidad social no ponía en peligro la democracia representativa, sino que, por el contrario, servía como un instrumento para asegurar la paz social. De hecho, para el acuerdo político era necesario que existiera la heterogeneidad, pues existía una garantía que aseguraba una cierta unidad social, la cual estaba representada en la comunidad cultural y lingüística.⁵² Por cierto, esto de la comunidad cultural y lingüística le viene a Kelsen de una influencia kantiana.

Ahora, sobre el pluralismo político en la actualidad, éste representa una problemática muy compleja, ya que las sociedades se han tornado aún más diversas, y aunque el Estado constitucional se base, paradójicamente, en una democracia ciudadana constituida por el principio del pluralismo,⁵³ no se puede obviar que los grupos sociales son más contrapuestos y conflictivos, por la razón lógica de que existen más posiciones e ideologías que dificultan los consensos; por lo tanto, la unidad a través de la comunidad cultural y lingüística no serviría como tal para cohesionar a las personas, sobre todo porque los nacionalismos han dado paso a lo más que se puede aspirar, es decir, a una cultura nacional mínima que se nutra de las variadas perspectivas de los diferentes grupos.⁵⁴ Por ejemplo, actualmente existen fenómenos que trascienden al ámbito interno de los Estados, como el feminismo, la

distributivas. Salmorán Villar, María de Guadalupe, *Populismo. Historia y geografía de un concepto*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2021, pp. 45 y 46.

⁵⁰ Rivas, Pedro, *En los márgenes del derecho y el poder. Crisis de la representación, clientelismo, populismo*, España, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 73 y ss.

⁵¹ “Los movimientos populistas en América Latina han llegado al poder a costa de la Constitución: Allan Brewer-Carías”, *BBC News, Mundo*, febrero de 2020, disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-51275180> (consultado el 28 de febrero de 2022).

⁵² Kelsen, Hans, *The essence...*, cit., p. 75.

⁵³ Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, 2a. ed., trad. de Héctor Fix-Fierro, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, p. 2.

⁵⁴ Oquendo, Ángel, *Democracia y pluralismo*, México, Fontamara, 2004, p. 164.

diversidad sexual, el ambientalismo o, incluso, los movimientos migratorios, los cuales no presentan uniformidad cultural o lingüística, sino que se presentan como movimientos de carácter mundial.

Por supuesto que esta diversidad por sí misma no representa un mal social o algo parecido, sino que, por el contrario, son expresiones sociales sobre problemas reales y apremiantes; sin embargo, no se puede dejar de lado su heterogeneidad y su carácter complejo. Aunado a que estos fenómenos, trasladados a una asamblea representativa, son usados por las fuerzas políticas con fines estratégicos o electorales, lo que genera más desacuerdos que dificultan el compromiso político.

Finalmente, sobre el límite al principio mayoritario, Kelsen se refirió a la posibilidad de que el límite político que representaba este principio por sí mismo fallara en conseguir el compromiso político, lo que, al mismo tiempo, reflejaría que él construyó un concepto del principio sobre una base idealista, es decir, sobre la precondition de un sistema político funcionando más o menos bien en la realidad social. Sobre esa cuestión, me parece que colocó al principio en una visión más filosófico-política que en una visión institucional-funcional. En este punto, Kelsen se refirió a un principio de tolerancia necesario para la democracia —y en general para las sociedades—,⁵⁵ lo cual lo situaría, también, en un ámbito valorativo.

Actualmente esa visión filosófico-política —y valorativa— es sostenida por el pensamiento de algunos teóricos del pensamiento político; por ejemplo, el mayoritarismo de Jeremy Waldron es muy similar a la concepción del principio sustantivo en Kelsen, pues afirma que una discusión sobre cuestiones fundamentales, que además se base en un contexto de acuerdos y desacuerdos para llegar a una decisión por mayoría, representará la forma más robusta y legítima que se tiene para decidir en una comunidad política.⁵⁶ Por supuesto, el profesor neozelandés, a diferencia de Kelsen, señala condiciones sociales muy exigentes, como: 1) instituciones democráticas robustas funcionando razonablemente bien, incluida una asamblea representativa elegida sobre un sufragio maduro; 2) instituciones judiciales que no estén establecidas de forma representativa, y que funcionen razonablemente bien al defender la concepción del Estado de derecho; 3) un compromiso de parte de la mayoría de los miembros de la comunidad política y de sus funcionarios públicos, tanto con la idea de los derechos como con el respeto a las minorías; 4) desacuerdos persistentes,

⁵⁵ Kelsen, Hans, “Foundations of democracy”, *Ethics*, vol. 66, núm. 1, part. 2, 1955, pp. 27-29.

⁵⁶ Waldron, Jeremy, *Derecho y...*, *cit.*, pp. 140-142.

sustanciales y de buena fe acerca del significado e implicaciones de los derechos.⁵⁷

Sin embargo, la diferencia más sustancial, que a la vez me parece es un aporte kelseniano muy importante que persiste hasta la fecha, es el de considerar un límite realista —desde el derecho— a la decisión mayoritaria, pues tanto en *Esencia y valor de la democracia* como más tarde en *Fundamentos de la democracia*, Kelsen señaló que la función de un tribunal constitucional era también la de proteger a las minorías frente a la arbitrariedad de las mayorías, lo que en la actualidad es una expresión de la racionalidad jurídica del Estado constitucional.

En efecto, Kelsen vaticinó, desde mi perspectiva, la tensión entre las mayorías del proceso democrático y la justicia constitucional —si se prefiere, el control constitucional—, debido a que más allá de señalar la difícil relación entre la política y el derecho, la cual excluyó de su *teoría pura*, desde su pensamiento político y democrático señaló la importancia de un tribunal constitucional para racionalizar los excesos de las mayorías y, de algún modo, ceñir a la política al derecho. De ahí que, ante la dificultad del compromiso político, la justicia constitucional aun con sus limitantes de aquella época fue para él la mejor opción de protección de las minorías.

V. REFLEXIONES FINALES

Kelsen no dejó de mostrar la constante tensión entre mayoría y minoría; incluso podría pensarse que describió un principio mayoritario en clave estrictamente procedimental o, si se prefiere, favoreciendo a la tiranía de la mayoría, lo cual se desmiente si se toma en cuenta el significado que tuvo el compromiso político para su concepción del principio mayoritario. Primero, por su estructura, al considerar los bemoles en torno a los sistemas electorales y su incidencia con el propio principio,⁵⁸ así como por la forma de lograr el compromiso político mediante procesos parlamentarios dialécticos, o sea, a través de argumentos y contraargumentos para la consecución de compromisos —una técnica dialéctica—,⁵⁹ pues si no existiera discusión o compromiso, entonces se estaría en presencia de una autocracia.⁶⁰ Segundo, por su exigencia sustantiva, ya que la condición del

⁵⁷ Waldron, Jeremy, “The core of the case against judicial review”, *The Yale Law Journal*, núm. 115, 2006, p. 1360.

⁵⁸ Kelsen, Hans, *The essence...*, cit., pp. 70-74.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 69.

⁶⁰ Kelsen, Hans, *La democrazia...*, cit., pp. 238 y 239.

compromiso político, como validación y buen funcionamiento del propio principio, implicaría la concurrencia de valores como un respeto igualitario de la diversidad de posiciones, la solidaridad, la tolerancia y el interés público, es decir, el compromiso político establecería una exigencia ética o moral de parte de los integrantes del parlamento.

Por otra parte, el compromiso político también sería parte de la naturaleza de la democracia kelseniana,⁶¹ pues la integración de una mayoría y una minoría requeriría de éste para lograr una democracia real;⁶² de otra forma, si las divergencias entre mayoría y minoría no logran dicho compromiso, la democracia tampoco podría funcionar.⁶³

Finalmente, las circunstancias relacionadas con la fluctuación política que interfieren con una concepción sustantiva del principio mayoritario, Kelsen las consideró desde un ámbito filosófico-político, más que en un ámbito institucional-funcional. No obstante, lo valioso radica en que él vio la limitación última de este principio en la justicia constitucional; en otras palabras, en que ninguna mayoría podría funcionar fuera de los límites constitucionales. Se trata de una cuestión relevante para este trabajo, pues se puede vincular su noción democrática con su pensamiento constitucional, sobre todo porque señaló la necesidad de otro tipo de controles institucionales para poder hablar de una verdadera democracia; para el caso, basta recordar que Kelsen decía que la garantía jurisdiccional de la Constitución sería un recurso básico del Estado democrático. Y esta idea acercaría al modelo de democracia constitucional que tenemos en la actualidad con el modelo de democracia kelseniano; de hecho, me atrevería a decir que Kelsen estableció un modelo precario de democracia constitucional, por supuesto, con las limitaciones de su tiempo.

⁶¹ Kelsen, Hans, *Teoría generale...*, cit., p. 293.

⁶² Kelsen, Hans, *The essence...*, cit., p. 70.

⁶³ Kelsen, Hans, *La democrazia...*, cit., p. 363.

LA TEORÍA DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL DE HANS Kelsen COMO UNA ALTERNATIVA ANTIAUTORITARIA: ALGUNAS CUESTIONES Y CONTROVERSIAS*

Sara LAGI**

SUMARIO: I. *Fijación de los problemas.* II. *Los “primeros dos Kelsen” en medio de una tormenta política (1919-1920).* III. *La justicia constitucional como un baluarte contra las mayorías liberticidas.* IV. *Examen de la justicia constitucional de Kelsen: algunas cuestiones y controversias a la luz de su teoría democrática.*

I. FIJACIÓN DE LOS PROBLEMAS

¿Qué sentido tiene, o puede tener, examinar la teoría constitucional de Hans Kelsen? Esta pregunta es todo, menos ingenua u obvia, principalmente porque el trabajo del jurista sobre la justicia constitucional (*Verfassungsgerichtsbarkeit*) ha sido analizado y estudiado profundamente por eminentes académicos. El tema ha sido abordado desde el normativismo jurídico, por no mencionar, también, en relación con su famosa *querelle* entre él y Carl Schmitt: desde el punto de vista de los estudios jurídicos académicos internacionales se ha escrito mucho de gran importancia. Sin embargo, si bien es cierto que —para aludir al punto de vista neokantiano de Kelsen— nuestro objeto de estudio se encuentra “determinado” por la forma en que lo conocemos, también es

* Traducción al castellano de un manuscrito inédito en inglés, cuyo título es “Hans Kelsen’s Theory of Constitutional Justice as an Anti-Authoritarian Choice: some Issues and Controversies”, por Augusto Fernando Carrillo Salgado, estudiante del doctorado en derecho por la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM. Contacto: augustoc@ucm.es. ORCID-ID: <https://orcid.org/0000-0001-6107-4917>. El traductor agradece a la profesora Sara Lagi por permitirle traducir su artículo. También agradece al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (Conacyt) por el financiamiento para realizar la traducción de este documento.

** Profesora asociada de Historia de las Doctrinas Políticas en la Universidad de Turín, Italia. Contacto: sara.lagi@unito.it.

verdad que escapar del punto de vista científico y metodológico sobre la teoría de la justicia constitucional de Kelsen podría revelar aspectos interesantes de su reflexión, que ameritan nuestra atención. Al asumir, como lo hago, la perspectiva del pensamiento histórico-político, la interrogante principal para mí corresponde a la interacción entre su teoría sobre la justicia constitucional y su obra sobre la teoría democrática, tal como fueron elaboradas y desarrolladas durante el periodo de la primera posguerra en Europa.

A primera vista, tal interacción podría parecer casi autoevidente. Kelsen desarrolló un sistema de justicia constitucional relacionado con la construcción de la primera República democrática austriaca y su Constitución. Sin embargo, las cosas son mucho más complejas. Durante el proceso constituyente austriaco (1919-1920), mientras eran redactados los borradores de la futura nueva Constitución austriaca, Kelsen observó la justicia constitucional más como un instrumento para preservar la unidad del Estado austriaco, el cual emergió tras el colapso del Imperio austrohúngaro, que como una herramienta para proteger la democracia, en tanto forma de gobierno, a pesar de que su postura en favor de esta última era inflexible.

De hecho, si abordamos la contribución de Kelsen a la justicia constitucional desde una perspectiva a largo plazo, podemos ver, entonces, que su primer intento serio por identificar el así llamado “contenido político” dentro de su teoría sobre la justicia constitucional, aparece, únicamente, hacia finales de 1920 a través de, por ejemplo, un ensayo titulado “La garantía jurisdiccional de la Constitución” (“La garantie jurisdictionnelle de la Constitution” [1928-1929]). Existe, sin embargo, un tercer elemento de complejidad por destacar. En tanto pensador político, entre 1920 y 1950, Kelsen desarrolló una teoría y defensa sobre la democracia parlamentaria y representativa, a través de la cual no aparecía una referencia abierta y directa hacia la justicia constitucional. Mientras examino cada uno de estos tres puntos, sostendré que:

1. Al examinar la justicia constitucional de Kelsen, hay que tomar en consideración *tres* Hans Kelsen.
2. Su teoría sobre la justicia constitucional posee una implicación política antiautoritaria.
3. Aunque no de manera explícita, su teoría sobre la justicia constitucional, precisamente por su fuerte connotación antiautoritaria, es perfectamente funcional con su visión democrática y política.
4. Al reflexionar sobre este último aspecto, discutiré lo que considero son algunas cuestiones y controversias que el pensamiento constitucional y democrático de Kelsen nos plantea hoy.

II. LOS “PRIMEROS DOS Kelsen” EN MEDIO DE UNA TORMENTA POLÍTICA (1919-1920)

El colapso de la monarquía de los Habsburgo significó una transición hacia una república democrática que fue proclamada oficialmente en 1919, y, de manera más precisa, el establecimiento de una Asamblea Nacional Provisional, que albergó tres fuerzas políticas principales: el Partido Socialcristiano, los nacionalistas, así como los socialdemócratas. Los dos primeros eran de orientación conservadora y antisocialista; sin embargo, mientras el Partido Socialcristiano estuvo fundamentalmente en favor de la monarquía y de los Habsburgo, el grupo nacionalista siempre promovió ideales republicanos, así como los socialdemócratas.

En febrero de 1919, el Congreso Constituyente fue electo a través del sufragio universal de hombres y mujeres. El jefe del Congreso fue el socialdemócrata Karl Renner, jurista, uno de los principales representantes del así llamado “austromarxismo”, y amigo de Kelsen. Todo el proceso constituyente estuvo profundamente marcado por la lucha directa entre los socialdemócratas y socialcristianos, para determinar el sistema institucional de la república austriaca. Por una parte, las fuerzas católicas conservadoras pugnaban por una solución federal, principalmente porque su presencia era especialmente fuerte entre los estados federados (*Länder*), esto es, entre las macrorregiones de la recién nacida república. Por otra parte, los socialdemócratas estaban a favor de una solución centralizada y unitaria, porque, a diferencia de sus adversarios, la “Viena roja” era su baluarte. Los socialcristianos, de hecho, afirmaban que la nueva república había sido establecida con base en un “contrato” entre la Asamblea Nacional Provisional y los estados federados (*Länder*). La naturaleza contractual del Estado fue rechazada terminantemente por su contraparte. Federalismo contra centralismo fue, en mi opinión, el tema más candente para la confrontación política al interior del Congreso Constituyente.¹ Uno de los aspectos más interesantes a destacar fue que el debate sobre el futuro institucional del país estuvo también relacionado con la creación de una corte constitucional que habría sido la versión republicana del antiguo *Reichsgerichtshof* (Tribunal Imperial) habsbúrgico.²

¹ *Die stenographischen Protokollen der Konstituierenden Nationalversammlung (1919-1920)*.

² Sobre el *Reichsgerichtshof* habsbúrgico y sus facultades, entre las cuales se encontraban salvaguardar los derechos de los ciudadanos, me he tomado la libertad de citar, Lagi, Sara, “Hans Kelsen and the Austrian Constitutional Court (1918-1929)”, *Co-herencia*, núm. 16, 2012, pp. 273-295.

En un discurso pronunciado ante la Asamblea Nacional Provisional (invierno de 1918), Renner estuvo a favor de una corte constitucional que pudiera “ocuparse no solo de la protección de los ciudadanos, sino también de las disposiciones estatales, el derecho a votar, y nuestro derecho público”.³ Tras la elección del Congreso Constituyente, Renner confió a Kelsen la tarea de redactar seis borradores de Constitución. Éste es el primero de los tres Kelsen que conocemos que aborda la justicia constitucional. El llamado “primer Kelsen”, quien redactó seis borradores de Constitución a petición de Karl Renner, tuvo que incluir las consideraciones de este último, quien estimó necesario imaginar la manera en que funcionaría la corte constitucional si Austria se convirtiera en una república federal o un Estado unitario y centralizado. A estas alturas, durante el verano de 1919, Renner estuvo lo suficientemente consciente para darse cuenta de que, durante el “juego” de compromisos recíprocos entre su partido y el Partido Socialcristiano, para definir el futuro político de la nación, la opción federalista parecía ganar más consenso. A Kelsen se le pidió, por lo tanto, imaginar una Constitución federal, así como el papel que interpretaría una corte constitucional en ella. En ambos casos, la solución federalista fue —podríamos decir— “atenuada” por dos principios, que mostraron una actitud claramente a favor de las instituciones centrales. En primer lugar, la relación entre la futura cámara federal y la cámara de los estados federados (*Länder*) fue pensada por Kelsen en términos de una subordinación evidente de la última frente a la primera, de acuerdo con el principio de que *El derecho federal infringe el derecho de los estados federados* (*Bundesrecht bricht Landesrecht*), quien había bosquejado una *corte constitucional federal* (*Bundesverfassungsgerichtshof*), cuya tarea sería atender el llamado del gobierno federal (*Bund*) contra cualquier norma inconstitucional de los *estados federados* (*Länder*).⁴

Como asesor en temas constitucionales, el “primer Kelsen” incorporó las consideraciones políticas recibidas por Renner en los borradores; sin embargo, sería un error pensar que su participación fue de simple aceptación, porque él, personal y fundamentalmente, estuvo de acuerdo con la actitud de Renner y los socialdemócratas a favor del centralismo, tal como podemos leer en su “Posición de los estados federados en la futura Austria-Alemania” (“*Stellung der Länder in der künftigen Deutschösterreich*”), escrito originalmente en 1919 y publicado más tarde. Aquí, el “segundo Kelsen” aparece

³ *Die stenographischen Protokollen der Provisorischen Nationalversammlung (1918-1919)*, p. 33. Las microfichas se encuentran disponibles en la *Nationalbibliothek* de Viena.

⁴ Schmitz, Gerhard, *Karl Renner's Briefe aus St. Germain und ihre rechtspolitischen Folgen*, Viena, Manz, 1991, pp. 49 y 50.

en escena: se trataba del teórico del derecho que hizo frente al debate en curso sobre el futuro institucional austriaco. Tras identificar tres posibles escenarios para la nueva Austria, esto es, Austria como Estado centralizado, Austria como Estado unitario con un sistema administrativo descentralizado basado en la autonomía regional, y Austria como un Estado federal, Kelsen adoptó una clara posición en contra de los reclamos de los estados federados (*Länder*) sobre un origen contractual de la República austriaca, al tiempo que argumentó que el nuevo Estado fue establecido siguiendo la presunción de la soberanía por la Asamblea Nacional Provisional. En consecuencia, también afirmó que el gobierno central podría apelar a la Corte Constitucional contra las normas inconstitucionales promulgadas por los parlamentos locales (*Landtage*), pero no a la inversa.⁵

Tal corte podría representar un baluarte contra los estados federados (*Länder*) y sus reclamos federalistas, que le parecieron a Kelsen fuerzas peligrosas, capaces de poner en riesgo la unidad intrínseca del nuevo Estado. Kelsen permaneció leal a esta interpretación en ensayos posteriores como “Anteproyecto para una Constitución austriaca” (“Der Vorentwurf der österreichischen Verfassung”), el cual fue publicado en 1920, y donde reafirmó su posición en contra de la naturaleza contractual del Estado austriaco. Al reflexionar sobre la corte constitucional, el enfoque de los “dos Kelsen” se centró, por lo tanto, en el problema de la unidad del Estado y su preservación, más que en cuestiones relacionadas con la democracia y su defensa. Lo más importante es que la contribución de Kelsen a la redacción de la Constitución austriaca no puede desvincularse del debate político concreto, entre los dos partidos principales de aquella época, sobre la cuestión del federalismo.

Sólo después de dos conferencias de los estados federados (*Länder*), que tuvieron lugar en Salzburgo y Linz (1920), y sólo después de una confrontación larga y compleja entre los conservadores y socialistas, no sólo prevaleció la solución federal, sino también, junto a ella, el principio de una reciprocidad total entre el gobierno central y los estados federados (*Länder*) al apelar a la corte constitucional. Kelsen agradeció dicho principio agregando el “proceso *ex officio*” en el texto final de la Constitución que constituyó el “núcleo” de su justicia constitucional (*Verfassungsgerichtsbarkeit*). Con esto, Kelsen inventó, literalmente, un modelo concentrado de justicia constitucional a través de una corte *ad hoc*, al margen del “Poder Judicial regular”, que ha influenciado la manera europea, y otras más, de considerar el con-

⁵ Kelsen, Hans, “Die Stellung der Länder in der künftigen Deutschösterreich”, *Zeitschrift für Österreichisches Recht*, núm. 1, 1919-1920, pp. 98-112.

trol de constitucionalidad de las normas, en oposición al sistema americano de revisión judicial.

En otras palabras, Kelsen aceptó el principio de total reciprocidad entre el centro y los estados federados (*Länder*) al recurrir a la corte (y no podría ser de otra forma), pero hizo algo más: el “proceso *ex officio*” estableció la primacía del derecho constitucional sobre las normas del gobierno federal, así como las de los estados federados (*Länder*). Esto significó —como el propio Kelsen argumentó— que

...al solicitar el examen y nulidad de un derecho por inconstitucional, el gobierno federal, y los gobiernos de los estados federados (*Länder*) no están obligados a demostrar que la norma impugnada ha transgredido alguno de sus particulares intereses. Lo que la Federación y los *Länder* hacen valer —a través del control recíproco— es el interés de la constitucionalidad de la norma.⁶

El “proceso *ex officio*” puede ser fácilmente relacionado con su teoría jurídica, que había comenzado a desarrollar en su imponente estudio monográfico sobre los *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado* (*Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* [1911]), el cual continuó en “El problema de la soberanía” (“Das Problem der Souveränität” [1920]). El alcance revolucionario de dichas obras es ampliamente conocido: la ruptura con el discurso jurídico-científico alemán tradicional de finales del siglo XIX; *purificó* al Estado al identificarlo con un “orden jurídico” consistente en normas positivas, jerárquicamente ordenadas, que eran jurídicas porque imponían una sanción. Sobre la base de tal jerarquía, la validez de una norma jurídica era puramente “normativa”; esto es, dependía de una norma previa, superior, hasta alcanzar la norma fundamental (*Grundnorm*). En consecuencia, concebir al Estado en términos de un orden jurídico, en el que cada norma jurídica depende de otra superior, implicó que todas las actividades estatales —incluyendo el proceso legislativo central y regional— podría estar sujeto al control jurídico, es decir, al control de la Corte Constitucional en tanto “guardián objetivo de la Constitución”.⁷

Al observar el proceso constituyente austriaco, la contribución de Kelsen en la construcción de la justicia constitucional (*Verfassungsgerichtsbarkeit*)

⁶ Kelsen, Hans, “Verfassungs und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Dienste des Bundesstaates, nach der österreichischen Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920”, *Zeitschrift für Schweiz Recht*, núm. 52, 1923, pp. 185 y 186.

⁷ Es importante recordar, sin embargo, que el origen de la validez de todo el sistema jurídico consiste en una presuposición, denominada por Kelsen *Grundnorm*. Este principio le permitió evitar fundamentar la última validez del sistema jurídico en el principio de eficacia.

debería ser interpretada bajo la luz de dos elementos clave que he tratado de subrayar. Por una parte, la cuestión del conflicto entre federalismo y centralismo por los partidarios; por otra parte, el desarrollo de su teoría jurídica, que, al teorizar que cada norma jurídica debe estar respaldada por una norma superior, implicó que las normas creadas por el parlamento podrían estar sujetas al control de constitucionalidad para comprobar su constitucionalidad con la Constitución. En ninguno de ambos casos estuvo la justicia constitucional directamente relacionada con la protección del gobierno democrático. Fue, solamente, hacia finales de 1920, hasta que la democracia austriaca estuvo visiblemente bajo presión, cuando Hans Kelsen hizo frente sistemáticamente a la justicia constitucional desde una perspectiva política. Aquí nosotros podemos encontrar al “tercer” Kelsen.

III. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL COMO UN BALUARTE CONTRA LAS MAYORÍAS LIBERTICIDAS

Desde la promulgación de la primera Constitución democrática austriaca hasta la publicación de “La garantía jurisdiccional de la Constitución” (“La garantie jurisdictionelle de la Constitution” [1928]), Kelsen destacó como pensador político y partidario de la democracia parlamentaria: las dos ediciones de su obra política más icónica, “Esencia y valor de la democracia” (“Vom Wesen und Wert der Demokratie”), datan de 1920 y 1929. Aunque, como se mencionó con anterioridad, en ninguna de sus obras sobre teoría democrática existe una referencia directa y explícita hacia la justicia constitucional, pienso que estos trabajos deberían examinarse en relación con su ensayo de 1928, en el que aborda la justicia constitucional desde la peculiar perspectiva de la “política constitucional”. En algunos aspectos cruciales, los cuales consideraré, las dos ediciones de “Esencia y valor de la democracia” (“Vom Wesen und Wert der Demokratie”) podrían ofrecer una clave interesante para interpretar “La garantía jurisdiccional de la Constitución” (“La garantie jurisdictionelle de la Constitution”) y, por lo tanto, su concepción respecto de la justicia constitucional. Aquí podemos “conocer” al tercer Kelsen. En su ensayo de 1928, afirmó que “...el Tribunal Constitucional puede ser, en las manos de la minoría, un instrumento propicio para impedir que la mayoría viole inconstitucionalmente sus intereses jurídicamente protegidos y para oponerse, en última instancia, a la dictadura de la mayoría...”⁸

⁸ Kelsen, Hans, “La garantie jurisdictionelle de la Constitution”, *Annuaire de l’Institut de droit publique*, 1928, pp. 136 y 137.

Para comprender a cabalidad las implicaciones de tal afirmación, deberíamos centrar nuestra atención hacia sus trabajos sobre teoría de la democracia. La referencia de Kelsen a la necesidad de proteger a la minoría contra la potencial tiranía de la mayoría representa uno de los conceptos principales en los que se basa su teoría política. Con las dos ediciones de “Esencia y valor de la democracia” (“Vom Wesen und Wert der Demokratie”), Kelsen pretendía identificar la esencia de la democracia como una forma de gobierno y coexistencia social en oposición a los sistemas políticos (“autocracias”) teorizados y promovidos por la extrema derecha y extrema izquierda, encarnados respectivamente, durante la primera mitad del siglo XX, por el fascismo y comunismo. Lo que unía a ambas posturas extremas, de acuerdo con Kelsen, era el mismo desprecio profundo por la dialéctica entre mayoría y minoría que, en cambio, caracterizaba a la democracia parlamentaria. Kelsen defendió la centralidad y corrección de tal dialéctica para la salud y vitalidad de la democracia, a través de una argumentación doble, que se remonta tanto al pensamiento liberal europeo como al democrático. Al mostrar una actitud realista, Kelsen comenzó a reconocer una brecha entre la democracia ideal y real. De acuerdo con aquella —teorizada de manera excelente, en su opinión, por Jean Jacques Rousseau—, ser libre e igual implica obedecer normas que el pueblo se da a sí mismo, lo que corresponde a una forma particular de democracia: la directa. Sin embargo, inspirado por las enseñanzas de Max Weber, Kelsen argumentó que la complejidad de la sociedad moderna era tal, que la coincidencia perfecta entre gobernados y gobernantes era inviable y, con ello, la propia democracia directa. Bajo las consideraciones anteriores, para Kelsen, la clave se hallaba en comprender de qué manera el pueblo puede permanecer libre e igual dentro de un sistema político, basado en la indefectible dicotomía entre gobernantes y gobernados, entre aquellos que redactan las normas y aquellos que las obedecen. La solución esbozada por Kelsen, en franca controversia con los movimientos de extrema derecha y extrema izquierda, fue la democracia indirecta y representativa; considerada como un compromiso entre el principio de libertad e igualdad, por una parte, y el contenido heterónomo de las normas, por la otra.

Al observar a la sociedad como el reino del pluralismo social, ideal y político, Kelsen identificó el camino por el cual tal pluralismo podría ser integrado exitosamente en forma de normas que vinculan a todo el cuerpo social. Provisto con todos los derechos de libertad, el pueblo fue subdividido entre aquellos ciudadanos que se limitan a votar, y aquellos que participan activamente en la política, agrupándose en partidos políticos que representaban a los verdaderos actores políticos de la vida parlamentaria. Encami-

nando sus pasos hacia una dirección que era completamente diferente a la de muchos de sus contemporáneos que criticaron el pluralismo de los partidos políticos en tanto violación a la (supuesta) voluntad unitaria del Estado,⁹ Kelsen consideró dichas asociaciones políticas como una poderosa herramienta de integración, porque creía que hacían que el pueblo se uniera en torno a una opinión y proyectos comunes, lo que le permitía participar, aunque fuera indirectamente, en el proceso legislativo. El siguiente paso para la integración, en opinión de Kelsen, era la formación de una mayoría y una minoría dentro del cuerpo legislativo. Por lo tanto, argumentó que uno de los aspectos más importantes para situar a la democracia en oposición a las autocracias, tanto de extrema derecha como de extrema izquierda, fue la peculiar relación entre la mayoría y la minoría, que era fluida y dinámica, no sólo porque a esta última se le había reconocido el pleno derecho a existir y expresarse políticamente, sino que, también, gracias al proceso electoral, que supone la concesión de derechos políticos, la minoría de hoy podría convertirse en la mayoría de mañana. Es exactamente aquí donde los argumentos de Kelsen a favor de la protección de las minorías revelan su doble naturaleza: liberal y democrática. Por liberalismo me refiero a la tradición europea de pensamiento, de un siglo de duración, que teoriza la centralidad y primacía de la libertad individual, y, con base en ello, la necesidad de establecer mecanismos para crear una forma de gobierno con límites bien definidos. En el contexto de dicha reflexión, el peligro de una mayoría excesivamente fuerte le produjo una preocupación especial: tanto el liberalismo de ayer como el de hoy han visto a la mayoría con sospecha, como una amenaza potencial a la minoría y, por lo tanto, al respeto de los derechos fundamentales. En su obra de 1928, Kelsen parece retomar dicha tradición de pensamiento al identificar a la justicia constitucional como un baluarte contra la “tiranía de la mayoría”. Sin embargo, al tomar en consideración la siguiente cita textual, sus argumentos en favor de la justicia constitucional prueban poseer un matiz más complejo: “Si se ve que la esencia de la democracia no es la omnipotencia de la mayoría, sino el compromiso constante entre los grupos representados en el Parlamento por la mayoría y la minoría, y, por tanto, en la paz social, la justicia constitucional aparece como un medio particularmente idóneo para realizar esta idea”.¹⁰

Una vez más, en mi opinión, la clave para interpretar correctamente este pasaje se encuentra en su teoría democrática. En todos sus trabajos dedicados al significado y valor de la democracia, las normas, en tanto

⁹ Me refiero a figuras destacadas de la República de Weimar, como Carl Schmitt y Heinrich Triepel.

¹⁰ Kelsen, Hans, “La garantie jurisdictionnelle de la constitution...”, *cit.*, pp. 137 y 138.

resultado de un compromiso entre la mayoría y la minoría, fueron identificadas por Kelsen como parte de la esencia de la democracia, no sólo en términos de prevenir la tiranía de la mayoría, sino también en términos de aproximarse, lo más posible, al significado original e ideal de la democracia. Si la brecha entre gobernantes y gobernados jamás podría ser eliminada por completo, podría ser matizada al reducir la carga heterónoma de las normas tanto como fuera posible, de acuerdo con Kelsen, al fortalecer la influencia de la minoría durante la creación del derecho. Bajo la luz de las ideas anteriores, propuso la adopción de un sistema proporcional, el cual podría garantizar ampliamente y articular la representación política, así como permitir a la minoría realmente participar durante el proceso legislativo.¹¹ Aquí, no deseo examinar la plausibilidad o no de estos argumentos en favor de la proporcionalidad; lo que deseo subrayar es que una minoría fuerte, en su opinión, garantiza una aproximación más adecuada al ideal de la democracia.

Por lo tanto, en este caso, Kelsen nos provee con una defensa de la minoría —no de acuerdo con argumentos liberales, sino más bien, con democráticos—. En “La garantía jurisdiccional de la Constitución” (“La garantie juridictionnelle de la Constitution”), la justicia constitucional fue representada como extremadamente relevante para preservar el compromiso entre la mayoría y la minoría como parte esencial de la propia democracia. Desde una perspectiva liberal, la justicia constitucional sirve para impedir la tiranía de la mayoría y, desde un punto de vista democrático, impedir la tiranía de la mayoría era esencial para prevenir que las normas fueran un simple dictado de la mayoría y, en consecuencia, para matizar la carga de la heteronomía. En mi opinión, a menos que consideremos seriamente su obra sobre teoría democrática y política, su concepto de justicia constitucional, en términos de “política constitucional”, podría pasar por alto uno de sus aspectos más profundos.

El hecho de que Hans Kelsen haya examinado las así llamadas implicaciones de la justicia constitucional en las postrimerías de 1920 no es un aspecto secundario. Se trató de un periodo caracterizado por la inestabilidad política en Austria y Europa, debido al crecimiento gradual de posturas extremistas y, en general, por una pérdida de confianza hacia la democracia parlamentaria. “La garantía jurisdiccional de la Constitución” (“La garantie juridictionnelle de la Constitution”), con la defensa de la justicia constitucional en tanto instrumento para proteger a la minoría y, por lo tanto,

¹¹ Kelsen, Hans, “Vom Wesen und Wert der Demokratie“, en Jestaedt, Matthias & Lepsius, Oliver (eds.), *Verteidigung der Demokratie*, Tübinga, Mohr Siebeck, 2006, pp. 1-33 y 149-228.

garantizar el funcionamiento de la democracia, podría ser explicada, en parte, como la respuesta de Kelsen a un periodo histórico y político lleno de malos presagios. En mi opinión, fue su ensayo de 1928 el que demostró, cómo para él, en aquella época, posicionarse a favor de la justicia constitucional implicó adoptar una clara postura antiautoritaria. De igual forma, este aspecto reapareció poderosamente, inclusive con mayor resonancia, entre 1930 y 1931, cuando la cuestión sobre “¿quién debería ser el defensor de la Constitución?” se convirtió en el tema central de la popular *querelle* entre Hans Kelsen y Carl Schmitt.

Para Schmitt, la elección democrática del presidente —como se contempló en la Constitución de Weimar de 1919— hizo a esta figura la única capaz de garantizar la unidad política, la cual, para el jurista alemán, estaba completamente encarnada por el mismo pueblo. El problema central era salvaguardar la unidad política al proteger la Constitución. La obra de Schmitt estaba, de hecho, sustentada por una dura crítica hacia el pluralismo, hacia el pluralismo partidista y parlamentarista, no sólo como una fuente de inestabilidad y caos en el contexto de la República de Weimar, sino también como una peligrosa brecha para la unidad política en general. Partiendo de esta premisa, Schmitt arguyó que un grupo de “jueces profesionales e inamovibles” como los de una corte constitucional, diseñada para examinar cuestiones constitucionales, se convertiría inevitablemente en una segunda cámara. Aunque ellos carecían de una legitimación democrática, devenirían en un cuerpo con una “connotación altamente política”; con “funciones de legisladores constitucionales”.¹² Especialmente en contra de esta última acusación, Kelsen efectuó una distinción entre el “legislador negativo y positivo”. Como ya había sido explicado en “La garantía jurisdiccional de la Constitución” (“La garantie jurisdictionelle de la Constitution”), Kelsen reafirmó contra Schmitt que sólo el parlamento podría ser considerado el “legislador positivo”, mientras que la tarea principal de la corte constitucional era controlar la constitucionalidad de una norma tras ser promulgada; además, no le estaba permitido sugerir cambios en términos de contenido. Esto último era una prerrogativa específica del parlamento: ésta fue la razón por la cual Kelsen insistió en la importancia de evitar la inclusión de valores generales y principios como la justicia, la paz, etcétera, en el texto constitucional, porque, de otra forma, los jueces constitucionales podrían realmente convertirse en legisladores enmascarados.¹³

¹² Schmitt, Carl, *Der Hüter der Verfassung*, Tubinga, Mohr Siebeck, 1931, pp. 156-158.

¹³ Kelsen, Hans, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, Tubinga, Mohr Siebeck, 1931, pp. 36-52.

En mi opinión, el verdadero punto de ruptura entre Schmitt y Kelsen no fue tanto aceptar o rechazar la justicia constitucional, sino la forma definitiva de concebir al pueblo. Para Schmitt, el pueblo era intrínsecamente una unidad, y, como tal, el presidente, esto es, un sujeto igualmente unitario, encarnaba un guardián de la Constitución, que expresaba la voluntad unitaria del pueblo, mientras que para Kelsen, el pueblo era una entidad plural, la cual, por medio de un mecanismo de integración, participaba en el proceso político. De acuerdo con Kelsen, la Constitución, la cual, a diferencia de Schmitt, concebía como el resultado de un compromiso entre las diversas fuerzas políticas, incluía las principales reglas y procesos que permitían que el proceso de integración política tomara forma, permitiendo funcionar, por lo tanto, el diálogo entre la mayoría y la minoría.

Para Kelsen, no había una unidad preexistente que preservar, sino un proceso de integración —a través del mecanismo parlamentario y partidista— que debía llevarse a cabo, y jamás implicó la eliminación del pluralismo social, político e ideal. La querella entre Kelsen y Schmitt sobre quién debería ser el guardián de la Constitución aparecería, así, como una disputa sobre la forma de concebir el sentido final (y función) de la democracia. En línea con lo que podemos leer en “La garantía jurisdiccional de la Constitución” (“La garantie jurisdictionnelle de la Constitution”), Kelsen consideró a la justicia constitucional como una elección a favor de una democracia liberal y pluralista, basada en la integración social y política.

IV. EXAMEN DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL DE KELSEN: ALGUNAS CUESTIONES Y CONTROVERSIAS A LA LUZ DE SU TEORÍA DEMOCRÁTICA

Hasta aquí, he discutido la justicia constitucional de Kelsen siguiendo, principalmente, dos caminos: por una parte, la he contextualizado y, por la otra, he subrayado la manera en que, sólo hacia las postrimerías de los años veinte, Kelsen trabajó seriamente en el contenido político de la justicia constitucional al identificarla como un instrumento contra la tiranía de la mayoría. Sobre el particular, he argumentado que el alcance político de tal interpretación sobre la justicia constitucional podría ser mejor comprendido al tomar en consideración su teoría democrática. Llegado este punto, en la última sección de mi ensayo desearía tratar de identificar algunas cuestiones y controversias clave que emanan de la teoría sobre la justicia constitucional (*Verfassungsgerechtigkeit*) y democracia de Kelsen.

La teoría sobre la justicia constitucional de Kelsen fue un verdadero punto de inflexión en la historia del pensamiento jurídico y político europeo, porque, con ella, el jurista de Austria rompió con el principio jurídico y político, que era la base misma del sistema del Estado de derecho europeo-continental del siglo XIX, de acuerdo con el cual el Estado —asumido como el único sujeto soberano— actuaba con ciertos límites establecidos y garantizados por el derecho. Sin embargo, puesto que el derecho tuvo que ser considerado como la expresión de la soberanía del Estado, éste podía infringir siempre sus límites. El normativismo jurídico de Kelsen, tal como empenzó a tomar forma alrededor de los albores del siglo XX, puede ser interpretado, en muchos sentidos, como su intento personal por solucionar la tensión entre poder y derecho, la cual representa el corazón de la tradición europea del Estado de derecho.¹⁴ Tal como se precisó con anterioridad, puesto que cada norma jurídica tiene que ser observada como derivada de otra norma superior, las normas creadas por el parlamento podrían estar sujetas al control de constitucionalidad para comprobar su conformidad con la carta magna. Con su justicia constitucional (*Verfassungsgerichtsbarkeit*) planteó un problema —el de examinar la constitucionalidad de las normas— que devendría crucial en la Europa de la segunda posguerra, así como en otras latitudes.

Sin embargo, su idea sobre la justicia constitucional no era coincidente por completo con la que prevalecería en Europa continental tras la Segunda Guerra Mundial. Tal como se mencionó con anterioridad, Kelsen estuvo siempre, y firmemente, en contra de añadir valores generales, así como principios, al texto constitucional, mientras que una de las tendencias principales de las Constituciones europeas de la posguerra —particularmente la italiana de 1948— fue, precisamente, este llamado a los valores generales, identificados como “restricciones sustanciales” a la actividad del legislador.¹⁵

En este punto de mi razonamiento, tomar en consideración la postura de Kelsen sobre la cuestión de los valores es esencial para comprender mejor la complejidad, así como algunos aspectos controvertidos, de su teoría constitucional y democrática. La teoría jurídica y política de Kelsen estaba, de hecho, basada en el rechazo, claro y total, de la existencia de valores y verdades absolutas. Comenzando por una separación rigurosa entre normas y hechos, cualquier intento —como creía que era típico de las doctrinas sobre el derecho natural— de derivar la validez del derecho positivo de una

¹⁴ Gozzi, Gustavo, “Rechtsstaat and Individual Rights in German Constitutional History”, en Costa, Pietro & Zolo, Danilo (eds.), *The Rule of Law. History, Theory and Criticism*, Berlín, Springer, 2007, pp. 237-240.

¹⁵ Fioravanti, Maurizio, *Costituzione*, Bologna, Il Mulino, 2018, pp. 146-148.

norma fundamental, totalmente válida, considerada como “natural”, para él, no era más que un ejercicio “metafísico”. Al rechazar al iusnaturalismo, en nombre de un positivismo jurídico estricto, Kelsen estaba, de hecho, apelando a la esencia “inmanente” del derecho positivo, cuya validez dependía de la forma en que era producido, más que a su correspondencia con algún tipo de principio o valor estimado como inmutable, eterno, universal o absoluto, que al ser considerado como tal era, para Kelsen, “trascendental”.¹⁶

Mutatis mutandis, en mi opinión, Kelsen desarrolló un tipo de razonamiento similar al examinar la política y, de manera más precisa, la democracia. En tanto pensador político, Kelsen creyó que los valores tenían que ser vistos como inmanentes, un producto humano y, como tal, plurales, mutantes, cambiantes. De manera más precisa, la democracia —afirmó Kelsen— era aquella forma particular de gobierno que —a diferencia de la autocracia— reconocía la inmanencia y mutabilidad de los valores y, por lo tanto, su relatividad. En todas sus obras dedicadas a la teoría democrática definió el relativismo como la perspectiva (*Weltanschauung*) propia de la democracia, que parecía ser la más adecuada para soportar filosóficamente los derechos de libertad y, particularmente, la libertad de expresión y prensa, precisamente porque, para él, tal visión coincidió con el rechazo de valores y principios absolutos.

Para Kelsen, aceptar la perspectiva relativista hizo la práctica parlamentaria, caracterizada por la dialéctica entre la mayoría y la minoría, concebible y factible; más aún, la ausencia de valores generales y principios en el texto constitucional evitó que los jueces constitucionales se transformaran en legisladores enmascarados y, por lo tanto, contribuyó a salvaguardar su verdadera tarea, aquella de controlar la observancia de los procesos sustentados en la constitucionalidad, los cuales permiten que el diálogo parlamentario funcione y, por lo tanto, también la democracia. Por su parte, como Kelsen destaca, tanto la autocracia de extrema derecha como de extrema izquierda asumían el absolutismo —esto es, la idea sobre la existencia de valores, principios y verdades absolutas— como su propia visión filosófica que las nutría, inevitablemente, de intolerancia y opresión.

Kelsen relacionó el relativismo a una serie de cualidades y comportamientos positivos, como el respeto por los otros, la tendencia a escuchar las opiniones de los demás y la tolerancia, los cuales son, por lo general, elogiados por la tradición liberal, y que pueden, en su opinión, ser considerados como el “valor” de la democracia. ¿Podríamos, por lo tanto, concluir que

¹⁶ Kelsen, Hans, *Die philosophischen Grundlagen des Naturrechts und Rechtspositivismus*, Charlottenburg, Heise, 1928, pp. 40-60.

Hans Kelsen estuvo impulsado por una especie de confianza ingenua en la capacidad del ser humano para conciliar sus propios valores, principios y proyectos? Kelsen era todo, menos un optimista ingenuo. Era, antropológicamente, pesimista respecto a la naturaleza humana; consideró todos aquellos proyectos encaminados hacia la eliminación de toda forma de conflicto, prevaricación y heteronomía, como una mera utopía.¹⁷

La manera en la que políticamente justificó la creación de un mecanismo de justicia constitucional, de hecho, no sólo asumía el ideal liberal de proteger a la minoría, sino también, en mi opinión, la conciencia *realista* de que, dada la complejidad de la política, era necesario proveer a la minoría de un instrumento para protegerse a sí misma. Sin embargo, considero que su posición política y relativista también comprendía una confianza fundamental en la capacidad de las personas para celebrar, racionalmente, compromisos, aperturar el diálogo y comprender el uno al otro. Los actores políticos imaginados por Kelsen eran, fundamentalmente, personas que podrían promover diversos proyectos y valores, que podrían, inclusive, chocar dentro y fuera del cuerpo legislativo, que podrían estar en desacuerdo entre sí, pero que, sin embargo, serían racionalmente capaces de hallar un punto de encuentro. Desde mi punto de vista, su confianza en tal capacidad era la base de su confianza en el relativismo como la mejor perspectiva filosófica para la democracia.

Puedo ver su noble intención por identificar el respeto hacia los demás, así como la tolerancia, en tanto elementos constitutivos de una verdadera democracia; sin embargo, los argumentos en favor del relativismo, para sostenerlos, plantean algunos problemas, que ameritan nuestra atención. En primer lugar, la interrelación que estableció entre el relativismo y la tolerancia, por una parte, y el absolutismo e intolerancia, por la otra, se encuentra lejos de ser autoevidente. Estar convencido de la rectitud de las propias creencias, por ejemplo, las religiosas, no implica necesariamente no respetar las creencias u opiniones de los demás. Por el contrario, una actitud relativista podría potencialmente producir un comportamiento intolerante hacia aquellos que *no* sean relativistas, porque —paradójicamente— la idea de que no existe un principio o verdad absoluta podría convertirse en un “dogma” *per se*. Además, su confianza, precisamente, en la racionalidad humana y relativismo, podrían haberlo conducido a infravalorar una serie de interrogantes cruciales: ¿qué sucede si los valores y principios promovidos dentro y fuera del cuerpo legislativo son demasiado diferentes?, ¿qué sucede

¹⁷ Kelsen, Hans, “The Law as Specific Social Technique”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 9, núm. 1, 1941, pp. 75-97. Disponible en: https://www.jstor.org/stable/1597151?seq=1#metadata_info_tab_contents.

si el pluralismo —tan coherentemente defendido por Kelsen como proyecto de toda democracia moderna— se convierte en un rompecabezas de grupos con orientaciones y aspiraciones diferentes, centrados, exclusivamente, en sus propias especificidades e identidades, y que están solamente interesados en reclamar derechos especiales, inclusive en detrimento de otros grupos? ¿Qué sucede si unas minorías, bien organizadas, tratan de atentar contra la mayoría, dentro y fuera del parlamento?

En otras palabras, Kelsen, en tanto pensador político, fue un partidario convencido del diálogo y compromiso en la política, pero lo que parecía infravalorar era que un diálogo respetuoso y fructífero entre diversas ideas y proyectos implica que tal diversidad no sea demasiado extrema. De lo contrario, se corre el riesgo de tener una pluralidad de actores simplemente incapaces de dialogar los unos con los otros y, quizá, inclusive, que no estén interesados en construir cualquier forma de diálogo, simplemente porque, por ejemplo, algunos de ellos podrían interpretar sus propios valores u opiniones como intrínsecamente superiores a las de los otros.

Considero que Hans Kelsen no examinó estas interrogantes como problemas clave quizá porque su principal objetivo político era delinear el significado de la democracia *en contraste* con su opuesto; esto es, con la autocracia, tanto de la extrema derecha como de la extrema izquierda; quizá porque durante los turbulentos años veinte en Europa, su mayor preocupación, en tanto pensador político y demócrata convencido, era argumentar lo que la democracia era y *no podría ser*, sin perder su esencia y valor. Sólo por esta razón, podría particularmente inclinarse a enfatizar las implicaciones positivistas del relativismo y la imposibilidad de ponderar dicha perspectiva filosófica con la absolutista que, para él, por el contrario, encarnaba la autocracia, y nutría aquellas ideologías extremistas, tanto de izquierda como de derecha.

Sin embargo, sería bastante reduccionista deducir que la relevancia de la obra constitucional y democrática de Kelsen yace únicamente en haber sido —y este es, seguramente, un aspecto admirable—, una de las pocas, de los raros ejemplos de las teorías democráticas a favor de la libertad en una época, la de la primera posguerra de Europa, que estuvo, por el contrario, caracterizada por el crecimiento de extremismos antisistema. Si bien es cierto mi aproximación metodológica es la de una historiadora y, como tal, mi principal interés es comprender la contribución de Kelsen a la historia del pensamiento político, considero que hay mucho en su teoría constitucional y democrática que puede ser particularmente interesante para nosotros hoy en día. Por tal motivo, me gustaría centrar mi atención, brevemente, sobre un aspecto de su reflexión, que hoy amerita nuestra atención, en relación

con algunos desafíos actuales que afectan a muchas democracias contemporáneas. Hemos visto cómo Kelsen creía, firmemente, en los méritos del relativismo, y cómo lo identificó con una perspectiva que podría promover el diálogo y el respeto. Más allá de las controversias que dicha idea produce, el diálogo y el respeto fueron considerados por Kelsen como una parte integrante de un proceso articulado que, lejos de destruir al pluralismo, lo completaba e integraba social y políticamente. Si hay una palabra clave que caracteriza la obra de Kelsen, la integración es una de ellas. Para Kelsen, la integración significa la capacidad de encontrar un compromiso entre el pluralismo y la unidad política que supone el proceso legislativo en un verdadero sistema democrático.

Si miramos nuestra realidad actual, estamos experimentando una *Identity of Politics*¹⁸ —particularmente en Europa y Estados Unidos— que en su forma más extrema parece, en muchos sentidos, dividir en lugar de equilibrar e integrar. Bajo esta mirada, el llamado de Kelsen hacia la relevancia de encontrar una verdadera integración social y política podría representar un punto interesante de referencia para responder al esencialismo de la política de identidad con todas sus peligrosas implicaciones, en términos de divisiones y contraposiciones que indefectiblemente implica. Sin embargo, sería igualmente útil examinar, críticamente, su actitud en favor del relativismo, no para reemplazar su creencia en la inmanencia y mutabilidad de los valores con una creencia exactamente opuesta, sino para considerar que, quizá, aun reconociendo la mutabilidad e inmanencia de los valores, el desafío consiste en reflejar la importancia de identificar —usando una expresión de Isaiah Berlin— un “horizonte común”, más allá del cual la mutabilidad de ciertos valores deviene inaceptable si queremos vivir una coexistencia civilizada. En conclusión, en mi opinión, una de las contribuciones más interesantes que la teoría política de Kelsen puede ofrecernos hoy en día es, precisamente, el principio de integración, aunque bajo la mirada de una reorientación crítica de su perspectiva relativista.

¹⁸ *Identity politics*, también llamada comúnmente como la política de la identidad o política basada en la identidad, es una frase que se utiliza ampliamente en las ciencias sociales y humanidades para describir el despliegue de la categoría de la identidad como una herramienta para enmarcar las reivindicaciones políticas, promover ideologías políticas o estimular y orientar la acción política y social.

TEORÍA CONSTITUCIONAL Y JUSTICIA EN EL PENSAMIENTO DE HANS Kelsen. REFLEXIONES A LA LUZ DEL CASO PRUSIA CONTRA REICH DE 1932

Leticia VITA*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El caso Prusia contra Reich de 1932*. III. *El comentario de Kelsen a la sentencia*. IV. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

La reflexión sobre Hans Kelsen no pierde vigencia. Son prueba de ello las innumerables obras que sobre su vida y obra se han publicado en los últimos años y las múltiples discusiones académicas que siguen convocándose en torno a su pensamiento. La obra de Kelsen es rigurosa y provocativa, pero, ante todo, sumamente actual. Nos brinda herramientas para cuestionar la ideología presente en los discursos pseudocientíficos, jurídicos o políticos. Nos alerta desde el siglo XX sobre muchos de los peligros a los que se enfrenta la democracia en la actualidad.

Para poder apreciar esta dimensión del pensamiento kelseniano, es preciso evitar una lectura jurídicamente sesgada. Kelsen fue un jurista, sin duda. Pero fue mucho más que eso. Para evitar malentendidos respecto de su obra, es indispensable no dejar de lado la reflexión profundamente filosófica que la inspira. Como señalara uno de los más atentos lectores de Kelsen en América Latina, lo que éste en realidad hizo fue filosofía política, ya que se ocupó de los fundamentos de la ciencia jurídica.¹

La reflexión de Kelsen sobre el derecho y la democracia precisa, además, ser contextualizada. Muchos matices de su pensamiento cobran rele-

* Profesora adjunta regular con dedicación exclusiva a Teoría del Estado en la Universidad de Buenos Aires. Contacto: lvita@derecho.uba.ar.

¹ Correas, Óscar, “El otro Kelsen”, en Correas, Óscar (comp.), *El otro Kelsen*, México, Ediciones Coyoacán, 2003, pp. 35 y 36.

vancia cuando tenemos presente en qué momento y ante qué auditorio fueron emitidos. Así como su obra de los años veinte ha sido leída a la luz de su relación con los acontecimientos en Viena,² su reflexión en los últimos años de la República de Weimar no puede desligarse de los ataques a su democracia. Lo mismo sucede con sus ideas sobre el marxismo escritas durante su exilio norteamericano.

Con este punto de partida, el objetivo de este escrito es detenernos en las ideas de Kelsen sobre la justicia constitucional y la democracia en un contexto muy determinado: la República de Weimar en 1932. Analizaremos uno de sus textos menos conocidos: su comentario a la sentencia Prusia contra Reich del Tribunal Estatal de Leipzig. En este punto de inflexión para la historia alemana, Kelsen volvió a pronunciarse sobre la democracia y los límites jurisdiccionales al poder, reafirmando su compromiso con la democracia liberal y la elección por el derecho como forma de limitar el poder.

II. EL CASO PRUSIA CONTRA REICH DE 1932

El caso Prusia contra Reich frente al Tribunal Estatal de Leipzig de 1932 se desencadenó en 1932 a raíz del así llamado golpe de Estado de Prusia (*Preußenschlag*), del 20 de julio de ese año. Éste consistió en la intervención federal —con destitución de las autoridades locales— y declaración del estado de sitio en la región de Prusia, como consecuencia de una serie de disturbios entre el partido nazi y el partido comunista. El punto más álgido de estos enfrentamientos había sido el así llamado “domingo sangriento de Altona”.³ A raíz de estos hechos, el Estado federado de Prusia demandó al Reich frente al Tribunal Estatal requiriendo que se declarara la inconstitucionalidad de la medida tomada. Este caso tuvo una importancia crucial en la suerte de la República, hasta tal punto de que existe un consenso consolidado en identificar en él un punto de no retorno en la destrucción de la democracia en Weimar. Prusia era el último bastión de la socialdemocracia en el poder, y lo

² Véase, en este punto, los trabajos de Sara Lagi. Entre los más recientes: Lagi, Sara, *Democracy in Its Essence: Hans Kelsen as a Political Thinker*, Lanham, Lexington Books, 2021.

³ Altona era una ciudad en el conurbano cercano a Hamburgo, habitada mayormente por trabajadores obreros y portuarios con clara simpatía electoral hacia el partido comunista alemán. Si bien la violencia no era patrimonio exclusivo de los grupos de derecha, los episodios del caso fueron desencadenados por el partido nazi y sus llamadas *Werbemärsche* [marchas de propaganda], que realizaban por los pueblos y ciudades con mayor presencia electoral de las clases trabajadoras.

que quedaba luego de esta intervención no era más que el avance definitivo del partido nacionalsocialista.

El caso Prusia contra Reich tiene, además, una relevancia jurídico-institucional sin precedentes. Las revistas jurídicas más importantes de la época reflejan el nivel y la calidad de las posiciones en juego. En el estrado y fuera de él se enfrentaron, en efecto, los máximos representantes del derecho público de la época. Carl Schmitt fue defensor del Reich y Hermann Heller actuó por la facción del partido socialdemócrata en Prusia. Además de otros prestigiosos juristas de la época que acompañaron a ambas partes, el caso contó con la opinión de Hans Kelsen, quien publicó un comentario sobre la sentencia al poco tiempo de que ésta se diera a conocer.⁴

La intervención federal en Prusia se había basado en los dos incisos del famoso artículo 48 de la Constitución de Weimar.⁵ El Reich argumentaría que Prusia no había actuado suficientemente en contra de los “revoltosos” de izquierda, y que por eso se habían desencadenado los sucesos de Altona. Asimismo, postularía que el estado de alteración en la región era tan grave que requería la intervención inmediata del Reich y la sustitución de las autoridades locales. Por su parte, el gobierno de Prusia cuestionó que se hubieran dado las condiciones objetivas que permitían la aplicación del artículo 48, y solicitó que el Tribunal Estatal reconociera que la alegación de que no había cumplido con sus obligaciones no se encontraba justificada ni comprobada, y, finalmente, que se declarara que las atribuciones del artículo 48 en sus incisos 1 y 2 sólo se habilitaban para el caso en que fueran compatibles con el carácter federal del Reich, algo que en el caso no se cumplía.

Durante octubre de 1932 se plantearon las fundamentaciones orales de las partes del proceso. Schmitt repitió sus ideas recientemente publicadas en *Legalidad y Legitimidad* en torno a la figura del presidente del Reich como guardián de la Constitución. Se dio el lujo, además, de decirles en la cara a los jueces del Tribunal que no tenían nada que decir, ya que esta se trataba

⁴ La traducción al español de la sentencia, el alegato de Schmitt y Heller en el proceso y el comentario de Kelsen se encuentran en Vita, Leticia (ed.), *Prusia contra Reich ante el Tribunal Estatal. La sentencia que enfrentó a Hermann Heller, Carl Schmitt y Hans Kelsen en Weimar*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.

⁵ El mismo artículo, recordemos, establecía en su inciso primero que si un Estado federado no cumplía con “los deberes que le impone la Constitución o las leyes del Reich” el presidente podía obligarlo, incluso con ayuda de la fuerza armada. En su párrafo segundo decretaba que cuando se hubieran alterado gravemente o estuvieran en peligro la seguridad y el orden públicos en el Reich, el presidente podía adoptar las medidas indispensables para el restablecimiento de los mismos, incluso con ayuda de la fuerza armada y con la posibilidad de suspender temporalmente en todo o en parte los derechos fundamentales fijados en los artículos 114, 115, 117, 118, 123, 124 y 153.

de una cuestión no justiciable y de carácter eminentemente político. Heller, por su parte, aportó sólidos argumentos jurídicos para demostrar la inconstitucionalidad y la desproporcionalidad de las medidas del decreto, pero también hizo un claro llamado a los jueces para que actuaran en defensa de los principios democráticos de la Constitución de Weimar.⁶

La sentencia del Tribunal Estatal se dictó el 25 de octubre de 1932. En ella se resolvieron básicamente dos cuestiones: la de la constitucionalidad del decreto del 20 de julio y la de la sustitución de los representantes prusianos en la cámara que representaba a los estados federados (*Reichstag* y *Reichsrat*). Respecto de la primera, el Tribunal Estatal decidió que el decreto “a los fines de restablecer la seguridad y el orden público en la región del Estado Libre de Prusia”, era constitucional. Respecto de la segunda cuestión, sostuvo que, no obstante, este poder no podía afectar la representación del estado federado de Prusia en la cámara que representaba a los estados federados (*Reichstag* y *Reichsrat*). Es decir, intentó una solución salomónica, al dar razón a una parte y a otra. Sobre esta decisión, pocos días después, se pronunció Kelsen.

III. EL COMENTARIO DE KELSEN A LA SENTENCIA

El comentario de Kelsen se publicó en la revista *La Magistratura (Die Justiz)*, casualmente el mismo medio que había elegido para su famoso escrito sobre el defensor de la Constitución en 1931. El texto gira en torno a dos puntos: una crítica al decreto del 20 de julio y un comentario a la sentencia del Tribunal Estatal de Leipzig. Respecto del primero, Kelsen se concentró en los dos principios constitucionales que el decreto violaba: el federal y el democrático. El decreto rompía, tanto en el ámbito del Poder Ejecutivo como del Legislativo, el principio federal que garantizaba un equilibrio de poder entre los estados federados entre sí y con el Reich. En el ámbito del Ejecutivo, además, atentaba contra el principio democrático, ya que reemplazaba a los representantes elegidos por los ciudadanos del estado federado, por otros, elegidos por el gobierno del Reich. Así, en clara referencia a su *Esencia y valor de la democracia (Vom Wesen und Wert der Demokratie)*, de 1920, Kelsen sostuvo que el principio democrático se violaba desde el momento en que la autodeterminación de los estados federados era menoscabada por la intervención del Reich.

⁶ Me he ocupado en extenso de estas intervenciones en Vita, Leticia, “Los juristas de Weimar ante la sentencia del Tribunal Estatal de Leipzig”, en Vita, Leticia (ed.), *Prusia contra Reich ante el Tribunal Estatal. La sentencia que enfrentó a Hermann Heller, Carl Schmitt y Hans Kelsen en Weimar*, cit., pp. 21-109.

Los cuestionamientos de Kelsen a la sentencia fueron numerosos. En líneas generales, identificó en ella al menos tres formulaciones distintas de la interpretación del decreto; de la más amplia a una más restrictiva, pero todas distintas entre sí y contradictorias. La cuestión más grave la encontró en la sentencia misma. Como toda decisión judicial, se dividía en fundamentos y el fallo o la sentencia en sentido estricto; pero el tribunal sólo hablaba de cierta inconstitucionalidad (y no para todo el decreto) en los fundamentos. Se trataba de un sinsentido, porque sólo es posible ejecutar el fallo, por lo que el decreto era en todo constitucional. Esto nos lleva a un último problema que encontraba Kelsen en la sentencia: el de la supuesta “divisibilidad” del decreto. El tribunal señalaba que una parte del decreto, aquella sobre la representación de Prusia en el *Reichsrat*, era inconstitucional, mientras que el resto no. Para Kelsen, era imposible diferenciar entre “partes” del decreto.

En este punto, cabe preguntarnos por la postura de Kelsen ante la caída de la socialdemocracia prusiana y el ascenso del nazismo en el poder. Esto es, sin duda, lo menos explícito del comentario. Sin embargo, no es imposible de reconstruir. La primera conclusión a la que llega Kelsen es que la Constitución de Weimar no brindaba las herramientas necesarias para enfrentar una crisis semejante. Desde su punto de vista, la Constitución creó, por un lado, un sistema federal equilibrado en la distribución de competencias entre el Reich y los estados federados, pero, por el otro, no consideró necesario incorporar garantías efectivas para conservarlo.

El principal pecado de Kelsen fue el de no establecer una jurisdicción constitucional “perfeccionada metódicamente”. Así, introduce lo que es su segundo punto respecto del problema que enfrenta la democracia weimariana: la carencia de un tribunal constitucional. Para Kelsen, la conformación que el Tribunal Estatal efectivamente adquirió no muestra sino “la aversión que la jurisprudencia alemana tuvo desde siempre hacia ese tipo de control jurídico de la esfera «política», que ella considera extrajurídica”.⁷ En clara referencia a las ideas de Schmitt sobre el control jurisdiccional, Kelsen da cuenta de lo poco que espera del tribunal estatal. En efecto, Kelsen sentencia que las disposiciones constitucionales que se refieren al tribunal estatal “son apenas más que una improvisación” y que las cuestiones técnicas, como, por ejemplo, las referidas al efecto de la sentencia, quedaron sin responder, “dando lugar a las interpretaciones más contradictorias”.⁸

⁷ Kelsen, Hans, “La sentencia del Tribunal Estatal del 25 de octubre de 1932”, en Vita, Leticia (ed.), *Prusia contra Reich ...*, cit., p. 249.

⁸ *Idem*.

El problema, en definitiva, es el de la carencia de límites jurídicos al poder establecido constitucionalmente. Esos límites, entiende Kelsen, no los puede poner el Tribunal Estatal porque no es un tribunal constitucional, pero tampoco los pone la Constitución de 1919. Ésta no ha creado ningún tipo de garantías a fin de que sólo pueda realizarse una interpretación restrictiva del artículo 48, inciso 2, y no una interpretación extensiva. Desde sus puntos de vista, mientras no se definan estos límites constitucionalmente, un decreto presidencial u otra sentencia del tribunal estatal “podría transferir competencias de un Estado federado al Reich en una medida aun mayor que con el decreto del 20 de julio o la sentencia del 25 de octubre, y no solamente las de un Estado, sino las de todos los Estados Federados”.⁹

En conclusión, es la propia Constitución la que hace posible transformar el Estado federal a un Estado unitario. No es la culpa del Tribunal Estatal, que no fue el designado por la Constitución como su guardián. Sin embargo, Kelsen sí asigna a estos jueces cierta responsabilidad. Los acusa de incrementar “la confusión de la situación legal con su afán, humanamente comprensible, de un término medio entre la interpretación extensiva del decreto del 20 de julio y la restrictiva del gobierno estatal prusiano”.¹⁰ No lo dice de manera explícita, pero lo da a entender: los jueces podrían haber resuelto el caso de manera diferente.

El punto de llegada de este razonamiento kelseniano es desolador: “a pesar del justo medio buscado por la sentencia del Tribunal Estatal, la Constitución de Weimar no fue salvada”.¹¹ Ni la Constitución ni la democracia alemana tenían ya esperanza, y Kelsen lo sabía. No hay dudas. El tono del comentario es pesimista. Lo que no incluye el texto, posiblemente porque el propio Kelsen decide mantenerse neutral ante este punto, es una reflexión sobre lo que quedaba hacer ante esta decisión tan jurídica como política.

La respuesta no la tenemos que buscar en éste, sino en otro texto, que publica el mismo año. En “Defensa de la democracia” (“Verteidigung der Demokratie”), Kelsen sostiene que en esos días un amigo de la democracia se parece mucho a un médico en la cabecera de un enfermo grave: “se prescribe el tratamiento, aun cuando casi han desaparecido las esperanzas de que el paciente se mantenga con vida”.¹² El compromiso con la demo-

⁹ *Idem.*

¹⁰ *Ibidem*, p. 251.

¹¹ *Idem.*

¹² Kelsen, Hans, “Defensa de la democracia”, en Bernal Pulido, Carlos y Porciuncula, Marcelo (ed.), *Kelsen para erizos: ensayos en honor a Stanley L. Paulson*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, p. 25.

cracia es para Kelsen obligación de todo demócrata, incluso cuando cualquier intento de salvarla estuviera completamente abocado al fracaso. Así, la mirada de Kelsen sobre la democracia weimariana y los medios para salvarla es muy clara. No hay esperanza. Y, sin embargo, es preciso seguir defendiéndola.

IV. CONCLUSIONES

La sentencia en el caso Prusia contra Reich es una muestra de cómo, en un régimen político democrático, el poder y el derecho pueden llegar a enfrentarse de la manera más radical ante un conflicto constitucional. Pone de manifiesto, además, la relevancia que una decisión judicial puede tener en un contexto de crisis institucional. Los jueces del Tribunal Estatal optaron probablemente por el camino más sencillo: el de avalar el *statu quo*, el del oscuro poder que se avecinaba sobre Alemania. Aun cuando ordenaron al Reich no reemplazar a los representantes de Prusia en el *Reichstag*, decidieron no hacer nada contra el derrocamiento por la fuerza del último bastión auténticamente democrático, en la ya por entonces condenada República de Weimar.

La sentencia pone también en evidencia que los jueces del Tribunal Estatal eligieron, de un elenco posible de teorías constitucionales, la de la emergencia, la de la excepción, y, por lo tanto, la de la teoría constitucional de Carl Schmitt. Lo que justificaba el golpe de julio era la situación excepcional de violencia. No importaban tanto las consecuencias de las medidas tomadas como el fin que las había motivado. Las decisiones de quien estaba a cargo, el Poder Ejecutivo, eran fundamentalmente constitucionales.

La respuesta de Kelsen, hemos visto, se acerca al diagnóstico de un médico ante un enfermo terminal. No queda mucho por hacer. Lo que podría haberlo salvado, no se hizo. Los límites efectivos ante una interpretación dañina de la Constitución no fueron impuestos. Tampoco se pensó en un control jurisdiccional que hubiera podido cuestionar algo semejante. El comentario de Kelsen nos deja un sabor amargo.

El mismo impacto parece haber tenido entre sus contemporáneos. Es sabido que el equipo editorial de la revista *La Magistratura (Die Justiz)*, donde fue publicado, era muy cercano a la socialdemocracia, y que por eso se le había pedido a Kelsen que comentara la sentencia.¹³ Su reacción parece encontrarse en el mismo número de la revista. Inmediatamente después

¹³ Olechowski, Thomas, *Hans Kelsen. Biographie eines Rechtswissenschaftlers*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, pp. 535 y 536.

del comentario de Kelsen se incluyó un “epílogo” anónimo, en el que la opinión del jurista fue duramente criticada. Allí, incluso, se decía que no deberíamos sorprendernos si “el gobierno del Reich cita al profesor Kelsen como testigo clave de la próxima ordenanza del Reich, que también privará al gobierno estatal prusiano de estos poderes”.¹⁴

Tal vez sea posible juzgar hoy a Kelsen con mayor benevolencia. Sobre todo si incorporamos otras lecturas en las que el jurista deja paso al demócrata. Su defensa de la democracia y de las herramientas constitucionales para garantizarla era una voz solitaria entre quienes ya habían decretado su decadencia. Su insistencia en la necesidad de fijar límites ciertos al poder y de hacerlo constitucionalmente podría ser vista como una posición minoritaria y fuera de moda para la época.

Esta mirada, sin embargo, se encuentra sumamente vigente, y por eso sigue convocando nuestra atención. Abona, además, a la idea de que el pensamiento de Kelsen merece ser analizado en toda su dimensión. De que la *Teoría pura del derecho* puede, y merece la pena, ser leída como parte de una empresa más amplia: una destinada a desenmascarar al poder y a denunciar la ideología detrás de las posiciones jurídicas aparentemente científicas.

¹⁴ *Ibidem*, p. 535.

QUINTA PARTE

RECEPCIÓN DE LA OBRA DE HANS Kelsen EN EUROPA, LATINOAMÉRICA Y ESTADOS UNIDOS

VIAJE EN ITALIA: LA TEORÍA PURA DEL DERECHO EN LA CULTURA JURÍDICA PENINSULAR*

Pierluigi CHIASSONI**

SUMARIO: I. *Un viaje ininterrumpido*. II. *Las malas “impresiones” de Giuseppe Capograssi*. III. *Norberto Bobbio: los errores de la crítica, la crítica a los errores*. IV. *Las quejas de Riccardo Guastini*.

I. UN VIAJE ININTERRUMPIDO

La obra de Kelsen comprende las materias más diversas: desde la teoría general del derecho hasta el derecho internacional público y privado; desde la teoría de la democracia hasta la sociología y la antropología jurídicas; desde la filosofía analítica o normativa de la justicia hasta la teoría constitucional; desde la crítica al derecho natural hasta la “crítica de la ideología”.¹

Todos los rincones de esta obra han sido objeto de reflexión, asimilación o crítica en la cultura italiana.²

* Traducción al castellano de un manuscrito inédito en francés, cuyo título es “Voyage en Italie: La Théorie pure du droit dans la culture juridique péninsulaire”, por Augusto Fernando Carrillo Salgado, estudiante del doctorado en derecho por la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM. Contacto: augustoc@uam.mx. ORCID-ID: <https://orcid.org/0000-0001-6107-4917>. El traductor agradece al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (Conacyt) por el financiamiento para realizar la traducción de este documento.

** Profesor asociado en el Instituto Tarello para la Filosofía del Derecho, Departamento de Jurisprudencia, Universidad de Génova, Italia. Contacto: pierluigi.chiassoni@unige.it.

¹ Véase, por ejemplo, Métall, Rudolf Aladár, *Hans Kelsen. Leben und Werk*, Viena, Deuticke, 1969; Ladavac, Nicoletta Bersier, “Hans Kelsen (1881-1973): Biographical Note and Bibliography”, *European Journal of International Law*, núm. 9, 1998, pp. 391-400; Walter, Robert et al., *Hans Kelsen: Leben - Werk - Wirksamkeit*, Viena, Manz, 2009; Olechowski, Thomas, *Hans Kelsen. Biographie eines Rechtswissenschaftlers*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2020.

² La atención de la cultura italiana por los escritos kelsenianos de teoría política, teoría de la democracia, teoría y sociología de la justicia, sociología jurídica, crítica de las ideologías, es revelada, a partir de los años veinte y treinta del siglo pasado, por las numerosas traducciones. Véase, por ejemplo, Kelsen, Hans, *Lineamenti di una teoria generale dello*

Por lo que respecta, particularmente, a la teoría kelseniana del derecho (la “teoría pura” o “doctrina pura” del derecho), hacer una historia de su recepción, con una pretensión mínima de integridad, equivaldría a realizar una historia de la propia cultura teórico-jurídica italiana contemporánea o, por lo menos, de una parte extensa o sustancial de ella. Se trata, en efecto, de un fenómeno complejo y de largo tiempo, que se remonta a principios del siglo XX y se prolonga hasta nuestros días, gozando de una verdadera vitalidad de fénix.

Se pueden distinguir dos momentos. El primero, preanalítico, se sitúa antes de la Segunda Guerra Mundial. El segundo, caracterizado por la presencia tanto de una tendencia analítica como de una antianalítica, se desarrolla después de este conflicto armado.

Durante el momento preanalítico, la obra teórica de Kelsen, en tanto filosofía normativista del derecho positivo, provoca, primero, a partir de 1918, una oposición radical por parte de Santi Romano, el teórico más importante del institucionalismo jurídico en Italia.³ Sin embargo, capta la atención, también, de los especialistas del derecho público e internacional, y se beneficia de una notable difusión entre los filósofos y teóricos generales del derecho,⁴ entre los que vale la pena mencionar por sus esfuerzos, tanto de reconstrucción como de reflexión crítica, a Gioele Solari⁵ y a sus

stato e altri scritti, Roma, Anonima Romana Editoriale, 1933, que incluye “Il problema del parlamentarismo” e “Intorno alla natura e al valore della democrazia”; Kelsen, Hans, *Società e natura. Ricerca sociologica* (trad. de Fuà L., *Society and Nature. A Sociological Inquiry*), Turin, Einaudi, 1953; Kelsen, Hans, *Democrazia e cultura* (con una introducción de N. Matteucci), Bologna, Il Mulino, 1955; Kelsen, Hans, *La democrazia* (con una introducción de G. Gavazzi), Bologna, Il Mulino, 1981; Kelsen, Hans, *La teoria politica del bolscevismo e altri saggi* (editado por Riccardo Guastini, quien propone, igualmente, una “introducción”), Milán, Il Saggiatore, 1981; Kelsen, Hans, *La teoria comunista del diritto* (trad. de G. Treves de *The Communist Theory of Law*, 1955), Milán, SugarCo, 1981; Kelsen, Hans, *L'amor platonico* (con una introducción de C. Tommasi), Bologna, Il Mulino, 1985; Kelsen, Hans, *Una nuova scienza politica* (editado por F. Lijoi), Turin, Giappichelli, 2010; Kelsen, Hans, *Religione secolare. Una polemica contro l'errata interpretazione della filosofia sociale, della scienza politica e della politica moderne come “nuove religioni”* (trad. de *Secular Religion. A Polemic against the Misinterpretation of Modern Social Philosophy, Science, and Politics as “New Religion”*), (editado por P. Di Lucia y L. Passerini Glazel), Milán, Cortina, 2014.

³ Romano, Santi, *L'ordinamento giuridico*, 2a. ed., Florencia, Sansoni, 1946. La primera edición fue publicada en Pisa, por la editorial La Goliardica en 1918.

⁴ Marchetti, Michel, “La fortuna italiana di Kelsen prima della Seconda Guerra Mondiale”, en Losano, Mario, *Forma e realtà in Kelsen*, Milán, Comunità, 1981, pp. 184-194; Fro-sini, Vittorio, “Kelsen e il pensiero giuridico italiano”, *Il Veltro*, XXI, 1977, pp. 761-768; Riccobono, Francesco, “Kelsen in Italia. Bibliografia”, *Il Veltro*, 1977, pp. 769-782.

⁵ Solari, Gioele, “L'indirizzo neokantiano nella filosofia del diritto”, *Rivista di Filosofia*, núm. 23, 1932, pp. 319-355.

discípulos Renato Treves y Norberto Bobbio. Por una parte, Treves fue el traductor de la versión preliminar de la primera *Teoría pura del derecho* (*Reine Rechtslehre*),⁶ en 1933, y, además, logró ofrecer una reconstrucción todavía “cuidadosa”⁷ de los “fundamentos filosóficos” de la *Teoría pura del derecho*, situándolos en última instancia en la epistemología de Hermann Cohen de la *Lógica del conocimiento puro* (*Logik der reinen Erkenntnis*).⁸ Por otra parte, Bobbio

⁶ Kelsen, Hans, “La dottrina pura del diritto. Metodo e concetti fondamentali”, trad. de Renato Treves, *Archivio giuridico*, 110, 2, 1933, 53 pp.

⁷ Bobbio, Norberto, “Struttura e funzione nella teoria del diritto di Kelsen”, en Bobbio, Norberto, *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, Torino, Giappichelli, 2014.

⁸ Treves, Renato, “Il fondamento filosofico della dottrina pura del diritto di Hans Kelsen”, Turín, *Regia Accademia delle Scienze*, 1933, reimpresso en Kelsen, Hans y Treves, Renato, *Formalismo giuridico e realtà sociale* (editado por S.L. Paulson), Nápoles, ESI, 1992, pp. 59-87, en particular las pp. 72-78; Treves, Renato, *Il diritto come relazione. Saggio critico sul neo-kantismo contemporaneo*, Turín, Istituto Giuridico della R. Università, 1934, pp. 41-47, 66, 67, 81-85, 109, 112-123 y 125. En estos dos escritos, Treves oscila, aparentemente, entre una posición neutra, formulada al final del primer texto (p. 87 “se i concetti puri della dottrina normologica sono in realtà dei concetti empirici, non per questo si deve parificare la scuola viennese con gli indirizzi dogmatici e positivistici da lei così diversi, ma si deve piuttosto ricercare nel suo fondamento filosofico [néokantien] la radice di questo empirismo e di questo positivismo”) y una posición más crítica que consiste —apoyándose en los análisis de Gioele Solari, Emil Kaufmann y G. Hohenauer— en sugerir que el neokantismo marburgiano de la teoría pura sería, *diga lo que diga Kelsen*, superficial y, por así decirlo, terminológico; lo que no haría de la teoría pura una verdadera teoría *a priori*, sino más bien una teoría *a posteriori*, empirista, fundada sobre conceptos extraídos de la experiencia (“abstracta” y “científica”) cuyos dos guardianes verdaderos, más allá de lo que Kelsen dice y piensa, no serían ni Hermann Cohen ni Ernst Cassirer, sino David Hume y Ernst Mach (Treves, Renato, *Il diritto come relazione...*, *cit.*, pp. 113-123). Véase, también, Treves, Renato, “Il metodo teleologico nella filosofia e nella scienza del diritto”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1934, pp. 545-566; Treves, Renato, “Intorno alla concezione del diritto di Hans Kelsen”, en Kelsen, Hans y Treves, Renato, *Formalismo giuridico...*, *cit.*, pp. 89-107, en el cual Treves ofrece un análisis del “formalismo kelseniano” subrayando cómo la consideración dinámica del derecho a favorecido el ingrediente “científico” de la teoría pura en detrimento del ingrediente “filosófico” y ha provocado, por una parte, la adopción de posiciones antiformalistas y realistas por lo que respecta a la interpretación jurídica y la jurisdicción, por otra parte, la adopción de la tesis de la sinergia entre ciencia normativa del derecho y sociología jurídica; Treves, Renato, “Prefazione”, en Kelsen, Hans, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Turín, Einaudi, 1967, pp. 11-21. G. Calabrò se adhiere a la posición del primer escrito de Treves: Calabrò, G., “Kelsen e il neokantismo”, en Roehrsen, *Hans Kelsen nella cultura giuridica del novecento*, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1983, pp. 87-89. Sobre este punto, puede ser, para disipar todo misterio, que la posición de Kelsen parece considerar la epistemología neokantiana y, en particular, el “método trascendental” propuesto por Hermann Cohen (centrado en la pureza metodológica y el rechazo a toda metafísica), como inspirado en la misma exigencia de fundamentación empírica del conocimiento científico que se encuentra en el positivismo, así como subrayar el carácter positivista de la epistemología kantiana. Véase, por ejemplo, Kelsen, Hans, “Essenza e valore della democrazia”, en Kelsen, Hans, *La democrazia...*, *cit.*,

trató el pensamiento de Kelsen al ocuparse de “la orientación fenomenológica en la filosofía del derecho”, así como de la relación entre la “ciencia” y “técnica” en el estudio doctrinal del derecho (la “ciencia jurídica”), adoptando una posición crítica frente a la concepción “positivista” kelseniana.⁹

Tras la Segunda Guerra Mundial, la atención de los filósofos y teóricos del derecho italiano es atraída por la publicación, en 1952, de las traducciones de la *Teoría general del derecho y del Estado* (*General Theory of Law and State*),¹⁰ así como por la versión definitiva, aparecida en 1934, de la primera *Teoría pura del derecho* (*Reine Rechtslehre*).¹¹ A partir de aquel momento, la teoría pura del derecho se convierte en una de las fuentes principales de la teoría del derecho con orientación analítica italiana, pero, también, el objetivo por excelencia de los filósofos antianalíticos, y, en general, de todos los enemigos del “positivismo”, del “normativismo”, del “formalismo”, de la “modernidad jurídica” y sus (pretendidos) mitos, de los que se supone que el pensamiento kelseniano es la instancia paradigmática: la Babilonia intelectual que reúne en sí todos los errores y todos los pecados teóricos e ideológicos más abominables.¹²

pp. 139-141 (texto y nota 1), donde habla de “la concepción” del mundo de la crítica y del positivismo: “la dirección de la filosofía y de la ciencia, que tienen su punto de partida en el positivismo, esto es, en lo dado, lo perceptible, la experiencia, la cual puede, siempre, cambiar y cambia sin cesar, y rechaza, en consecuencia, la idea de un trascendente absoluto a esta experiencia”; Kelsen pretende, así, que “*El idealismo kantiano ya es positivista a causa de su carácter crítico*” (las *italicas* son mías). Véase, también, Kelsen, Hans, *Il concetto sociologico e il concetto giuridico dello stato. Studio critico sul rapporto tra stato e diritto*, Nápoles, ESI, 1994, pp. 218-227; Kelsen, Hans, “La dottrina del diritto naturale e il positivismo giuridico”, en Kelsen, Hans, *Teoria generale del diritto e dello stato*, Milán, Comunità, 1952, pp. 440-454; Kelsen, Hans, “Dottrina pura del diritto, «labandismo» e neokantismo. Una lettera a Renato Treves”, en Kelsen, Hans y Treves, Renato, *Formalismo giuridico...*, *cit.*, pp. 52-54; Kelsen, Hans, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Turín, Einaudi, 1952, §§ 9, 10, 11, 15-17.

⁹ Bobbio, Norberto, *L'indirizzo fenomenologico nella filosofia del diritto*, Turín, Giappichelli, 2018, pp. 65-70 y 98-104; Bobbio, Norberto, *Scienza e tecnica del diritto*, Turín, Giappichelli, 1934, pp. 7-9, 28 y 29; Bobbio, Norberto, “Aspetti odierni della filosofia giuridica in Germania (F. Kaufmann y Schreier)”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1934, pp. 576-595; Bobbio, Norberto, “Prefazione”, en Bobbio, Norberto, *Diritto e potere...*, *cit.*, pp. 1-10.

¹⁰ Kelsen, Hans, *Teoria generale del diritto...*, *cit.*

¹¹ Kelsen, Hans, *La dottrina pura del diritto*, trad. de Treves, Renato, Turín, Einaudi, 1952.

¹² Véase, por ejemplo, Grossi, Paulo, *Prima lezioni di diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2003, p. 85, nota 32. Donde, en pocas palabras, se encuentra un concentrado paradigmático de la crítica más ciega y superficial que reposa sobre los malentendidos del pensamiento kelseniano. Sin pretensión alguna de exhaustividad, en los escritos del segundo momento en que fue importada la teoría pura es necesario mencionar los siguientes: Capogrossi, Giuseppe, “Impressioni su Kelsen tradotto”, en Capogrossi, Giuseppe, *Opere*, Italia, Giuffrè, 1959, pp. 311-356; Del Vecchio, Giorgio, *Lezioni di filosofia del diritto*, 8a. ed., Italia, Giuffrè, 1952, pp. 168 y 169;

Las dimensiones del fenómeno son tales, que en el espacio limitado de un escrito como este es imposible proporcionar una imagen satisfactoria de los innumerables ladrillos que integran la recepción italiana de la teo-

Bobbio, Norberto, “La teoría pura del diritto e i suoi critici”, en Bobbio, Norberto, *Diritto e potere...*, cit., pp. 13-43; Bobbio, Norberto, “Formalismo giuridico e formalismo etico”, en Bobbio, Norberto, *Studi sulla teoria generale del diritto*, Italia, Giappichelli, 1955, pp. 145-162; Scarpelli, Uberto, “Società e natura nel pensiero di Hans Kelsen”, en Scarpelli, Uberto, *L'etica senza verità*, Italia, Il Mulino, 1982, pp. 299-314; Conte, Amedeo Giovanni, “Ricerche in tema d'interpretazione analogica”, en Conte, Amedeo Giovanni, *Filosofia dell'ordinamento normativo. Studi 1957-1968*, Italia, Giappichelli, 1997, pp. 3-7; Leoni, Bruno, “Oscurità e incongruenze nella dottrina kelseniana del diritto”, en Leoni, Bruno, *Scritti di scienza politica e di teoria del diritto*, Soveria Mannelli, Rubettino-Treviglio, Leonardo Facco, 2009, pp. 299-317; Losano, Mario G., “Saggio introduttivo”, en Kelsen, Hans, *La dottrina pura del diritto* (traducción italiana de la segunda edición de la *Reine Rechtslehre* – 1960), Italia, Einaudi, 1965, pp. xiii-lviii; Conte, Amedeo Giovanni, “Norma fondamentale”, en Conte, Amedeo Giovanni, *Filosofia dell'ordinamento...*, cit., pp. 317-321; Conte, Amedeo Giovanni, “Nomostatica e nomodinamica”, en Conte, Amedeo Giovanni, *id.*, pp. 323-335; Conte, Amedeo Giovanni, “In margine all'ultimo Kelsen”, en Conte, Amedeo Giovanni, *id.*, pp. 391-411; Conte, Amedeo Giovanni, “Primi argomenti per una critica del normativismo”, en Conte, Amedeo Giovanni, *id.*, pp. 413-480, en particular, pp. 417-457; Pattaro, Enrico, “Il positivismo giuridico italiano dalla rinascita alla crisi”, en Scarpelli, Uberto (coord.), *Diritto e analisi del linguaggio*, Italia, Comunità, 1976, pp. 451-486; Conte, Amedeo Giovanni, “Validità”, en Conte, Amedeo Giovanni, *Filosofia del linguaggio normativo. I. Studi 1965-1981*, Italia, Giappichelli, 1995, pp. 117-145; Tarello, Giovanni, “Prospetto per la voce «Ordinamento giuridico» di una enciclopedia”, *Politica del diritto*, VI, 1, 1975, pp. 73-102; Barberis, Mauro, “La norma senza qualità. Appunti su «validità» in Hans Kelsen”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XI, 2, 1981, pp. 405-438; Guastini, Riccardo, “Introduzione”, en Kelsen, Hans, *La teoria politica del bolscevismo e altri saggi*, Italia, Il Saggiatore, 1981, pp. 7-32; Losano, Mario G., *Forma e realtà in Kelsen...*, cit., que incluye, también, el ensayo introductorio a la traducción italiana de la segunda edición de la *Reine Rechtslehre* (“L'evoluzione della teoria pura del diritto”, pp. 13-66); Scarpelli, Uberto, “La critica analitica a Kelsen”, *Rivista di Filosofia*, 1981, pp. 481-490; Catania, Alfonso, *Il problema del diritto e l'obbligatorietà. Studio sulla norma fondamentale*, Italia, Edizioni Scientifiche Italiane, 1983; Roehrsen, Carlo (coord.), *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del Novecento*, Italia, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1983; Carrino, Agostini, *L'ordine delle norme. Politica e diritto in Hans Kelsen*, Italia, Edizioni Scientifiche Italiane, 1984; Guastini, Riccardo, “I briganti e lo Stato. Un enigma nella dottrina pura del diritto”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 38, 2, 1984, pp. 655-665; Losano, Mario G., “La dottrina pura del diritto dal logicismo all'irrazionalismo”, en Kelsen, Hans, *Teoria generale delle norme*, Italia, Einaudi, 1985, pp. xvii-lxi (ensayo introductorio a la traducción italiana de la *Allgemeine Theorie der Normen*-1979); Parodi, Giovanni, “Sul concetto di «norma giuridica» nell'Allgemeine Theorie der Normen di Hans Kelsen”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XV, 1, 1985, pp. 153-231; Carrino, Agostini, *Kelsen e il problema della scienza giuridica*, Italia, Edizioni Scientifiche Italiane, 1987; Gianformaggio, Letizia, *In difesa del sillogismo pratico ovvero Alcuni argomenti kelseniani alla prova*, Italia, Giuffrè, 1987; Barcellona, Pietro, “La debolezza dell'universale giuridico. A proposito della teoria pura del diritto”, en Carrino, Agostini (coord.), *Kelsen e il problema della sovranità*, Italia, Edizioni Scientifiche Italiane, 1990, pp. 67-82; Celano, Bruno, *Dover essere e intenzionalità. Una critica all'ultimo Kelsen*, Turin, Giappichelli, 1990; Gianformaggio, Letizia (coord.), *Hans Kelsen's Legal Theory. A Diachronic Point*

ría pura del derecho. Por lo tanto, tendré que limitarme a perseguir el objetivo, en verdad muy modesto, de contar algunos de sus episodios solamente. En particular, trataré de proporcionar una idea de la recepción de la teoría jurídica kelseniana, respectivamente, en tres figuras capitales de la cultura jurídica: Giuseppe Capograssi, Norberto Bobbio y Riccardo Guastini. Como se verá, los tres autores ilustran tres estilos diferentes de crítica: la crítica a través de las gruesas gafas ahumadas de la prevención ideológica (Capograssi), la crítica teórica y metateórica, al unísono interna (o, desde el punto de vista de la propia teoría pura) y externa (o, a partir de una perspectiva propiamente externa) (Bobbio), la crítica analítica interna (Guastini).

of View, Italia, Giappichelli, 1990; Bobbio, Norberto, “Nazioni e diritto: Umberto Campagnolo allievo e critico di Hans Kelsen”, *Diritto e cultura*, 1993, pp. 117-132; Gianformaggio, Letizia, *Estudios sobre Kelsen*, México, Fontamara, 1994; Gianformaggio, Letizia y Paulson, S. L. (coords.), *Cognition and Interpretation of Law*, Italia, Giappichelli, 1995; Guastini, Riccardo, *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Italia, Giappichelli, 1996, que contiene los ensayos: “Norme, giudizi di validità, e scienza giuridica nell’ultimo Kelsen” (pp. 101-113) y “Kelsen su conoscenza giuridica e interpretazione scientifica” (pp. 211-216); Comanducci, Paolo, “Kelsen e la clausola alternativa tacita”, en Comanducci, Paolo, *Assaggi di metaetica due*, Italia, Giappichelli, 1998, pp. 139-158; Celano, Bruno, *La teoria del diritto di Hans Kelsen. Una introduzione critica*, Italia, Il Mulino, 1999; Losano, Mario G., “Presenze italiane in Kelsen”, en Kelsen, Hans, Campagnolo, Umberto, *Diritto internazionale e Stato sovrano. Con un inedito di Hans Kelsen e un saggio di Norberto Bobbio*, Italia, Giuffrè, 1999, pp. 7-77; Guastini, Riccardo, *Distinguendo ancora*, España, Argentina-Brasil, Marcial Pons, 2013, que contiene los ensayos “Questioni aperte nella teoria pura” (pp. 69-76), “La norma fondamentale rivisitata” (pp. 77-90) y “Garantismo e dottrina pura del diritto” (pp. 91-103); Chiassoni, Pierluigi, *Da Bentham a Kelsen. Sei capitoli per una storia della filosofia analitica del diritto*, Italia, Giappichelli, 2016, que consagra a la obra de Kelsen los capítulos V (“L’utopia nel novecento: Kelsen e la teoria pura del diritto”) y VI (“Il realismo radicale della teoria pura del diritto”); Ferrajoli, Luigi, *La logica del diritto. Dieci aporie nell’opera di Hans Kelsen*, Italia, Laterza, 2016; Guastini, Riccardo, *Discutendo*, España-Argentina-Brasil, Marcial Pons, 2017, que contiene el ensayo “Ancora sulla validità in Kelsen” (pp. 81-90); Guastini, Riccardo, “A path that Forks. Legal Science between Is and Ought”, *Analisi e Diritto*, 2021, pp. 107-113.

El segundo momento se caracteriza, también, por un esfuerzo notable en la traducción de las obras de Kelsen. Además de las traducciones ya citadas, es necesario mencionar, al menos: Kelsen, Hans, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico esposti a partire dalla dottrina della proporzione giuridica* (traducción editada por Agostino Carrino de *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze* – 1911), Italia, Edizioni Scientifiche Italiane, 1997; Kelsen, Hans, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale* (traducción editada por Agostino Carrino de *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre* – 1920), Italia, Giuffrè, 1989; Kelsen, Hans, *Il concetto sociologico e il concetto giuridico dello Stato. Studio critico sul rapporto tra Stato e diritto* (traducción y edición de Agostino Carrino de *Der soziologische und juristische Staatsbegriff. Kritische Beitrag über das Verhältnis zwischen Staat und Recht* – 1928), Italia, Edizioni Scientifiche Italiane, 1997; Kelsen, Hans, *Dottrina generale dello stato* (traducción editada por J. Lüther de *Allgemeine Staatslehre* – 1925), Italia, Giuffrè, 2013; Kelsen, Hans, *Scritti autobiografici* (traducción y edición de Mario G. Losano), Italia, Diabasis, 2008.

Sin embargo, no me contentaré con esto. Si es el caso, haré, por mi parte, la crítica de la crítica.

II. LAS MALAS “IMPRESIONES” DE GIUSEPPE CAPOGRASSI

Se puede fechar en 1952 el inicio del segundo momento de la recepción de la teoría pura en la cultura jurídica italiana. Como dije, es el año de la publicación de la traducción italiana de dos obras teóricas fundamentales de Kelsen: *Teoría pura del derecho. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica (Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik)* y *Teoría general del derecho y del Estado (General Theory of Law and State)*. La primera presenta, bajo una forma concisa, pero completa, la teoría pura del derecho en su periodo (podría decirse) de positivismo (neo)kantiano puro, inspirado por el constructivismo epistemológico más marcado.¹³ La segunda es la obra “americana”, aparecida en 1945, en la cual la perspectiva epistemológica del positivismo (neo)kantiano puro se transforma en un positivismo (neo)kantiano descriptivo, acentuando el carácter empírico y descriptivo de la ciencia normativa del derecho, sea en tanto teoría general comparativa y estructural de los órdenes jurídicos positivos, sea en tanto ciencia jurídica “dogmática” con miras a dar cuenta del contenido de las normas válidas de un cierto orden positivo por medio de “proposiciones jurídicas” (reglas de derecho en un sentido descriptivo, proposiciones jurídicas, proposición de derecho) (*rules of law in a descriptive sense, Rechtssätze, proposition de droit*).¹⁴

También en 1952, Giuseppe Capograssi —filósofo del derecho venerado (el “mítico Capograssi”) y partidario del “método de la modestia” en las relaciones con la ciencia jurídica¹⁵— publica sus *Impresiones sobre Kelsen traducido (Impressioni su Kelsen tradotto)*.¹⁶

Este escrito puede ser considerado como el manifiesto del antikelsenianismo en la cultura jurídica italiana de la posguerra. Actuando como un

¹³ Todo objeto de conocimiento científico, en su forma de cosmos inteligible y ordenado, no preexiste a la actividad cognitiva, sino que es su producto.

¹⁴ Sobre los diferentes periodos de la teoría pura, desde el punto de vista de las ideas, así como aparatos conceptuales y epistemológicos, véase, por ejemplo, Chiassoni, Pierluigi, *op. cit.*, pp. 308-337.

¹⁵ Bobbio, Norberto, “Filosofia del diritto e scienza del diritto in Italia nell’ultimo cinquantennio”, en Quaranta, Mario, *Norberto Bobbio. Un “illuminista pessimista”. Con un inedito di Norberto Bobbio*, Italia, Il Poligrafo, 2018, p. 167. Bobbio inventa la expresión para marcar la oposición de Capograssi al “método excelente” que, en su opinión, caracteriza a los filósofos del derecho idealistas como Giovanni Gentile y su alumno Ermanno Cammarata.

¹⁶ Capograssi, Giuseppe, *op. cit.*, pp. 311-356.

“lector deseoso de aprender” y, al mismo tiempo, “ignorando las polémicas” académicas que rodeaban la doctrina kelseniana, Capograssi se propone narrarnos sus “impresiones”. Estas impresiones son profundamente negativas. Capograssi considera a la *Teoría pura del derecho. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica* (*Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*), así como la *Teoría general del derecho y del Estado* (*General Theory of Law and State*), como dos obras que pertenecen a un “momento” ya “superado por la cultura europea” y “desarrollan de una manera muy rigurosa una concepción del derecho fácil, peligrosa y típica” de dicho pasado: una concepción que es útil de leer —“tanto para los mayores, como para los jóvenes”—, con el propósito de que sus defectos sean exactamente aprehendidos y su reputación definitivamente destruida”.¹⁷

En su crítica, Capograssi identifica cinco grandes vicios de la teoría pura: *i*) el iusnaturalismo formal; *ii*) el reduccionismo teórico; *iii*) la incoherencia epistemológica; *iv*) la incoherencia teórica, y, como consecuencia del iusnaturalismo formal, *v*) la violación del postulado de la pureza ideológica.

- i) El *iusnaturalismo formal* residiría en una adhesión incondicional al principio iusnaturalista (“de derecho natural”), que considera la fuerza como un factor constitutivo del derecho, de todo derecho positivo, y que le proporciona, además, una legitimidad moral, sin importar su contenido:

Pocas veces, la concepción del derecho como fuerza desnuda, ha sido formulada y desarrollada con tan acertada y completa coherencia, tanto en sí misma, como en su natural explicación y realización en las formas vacías de las normas. Se tiene, aquí, en la forma más racional y perfecta, al derecho natural de la fuerza y su dogmática.¹⁸

- ii) El *reduccionismo teórico* consistiría en adoptar una postura irrealista (en “contraste con la estructura de la vida” humana). Una postura como tal pretendería representar al derecho, considerando solamente su dimensión técnica, de mecanismo sancionador (“un automatismo geométrico de guillotina”), y su dimensión ideológica: de las ideologías y de los intereses que se sirven del derecho y son, por su parte, el fruto de la “pura y arbitraria emotividad”, así como de una voluntad “irracional”. Esta postura reduciría “el mundo del derecho a un mundo espectral en el cual, ni la vida, ni la historia son posibles”, y

¹⁷ *Ibidem*, p. 313.

¹⁸ *Ibidem*, pp. 331, 332, 335, 337 y 338.

olvidaría, además, la dimensión moral y existencial del derecho, la cual, sin embargo, se encuentra sumamente presente de acuerdo con el sentir común que observa al derecho como “una de las garantías y esperanza de libertad y humanidad que el hombre posee en su vida”, reduciendo al derecho “a la fuerza y a la forma”; esta postura haría “inexplicable la vida y, en consecuencia, al propio derecho, que es un momento integrante de la vida”. En suma, esta postura introduciría una separación artificial entre forma y contenido, entre las normas y la conciencia de aquellos que ponen las normas.¹⁹

- iii) La *incoherencia epistemológica* (“manifiesta y extrínseca”) residiría en el contraste siguiente. Por una parte, la epistemología “científica-crítica”, adoptada por Kelsen, pretende librar una lucha sin cuartel contra cualquier forma de pensamiento metafísico frente al derecho, contra todo dualismo (entre derecho natural y derecho positivo, entre derecho y Estado, entre derecho subjetivo y derecho objetivo, entre derecho público y derecho privado, etcétera), que sería el resultado, a menudo inconsciente, de una duplicación de la realidad: del impulso humano a añadir a la realidad de la experiencia sensible, la sola realidad existente, otra realidad más profunda e importante (Dios, el Estado, el derecho natural, etcétera), más allá de la realidad de la experiencia sensible. Por otra parte, sin embargo, la epistemología “científica-crítica” no puede evitar admitir que sus principios concernientes al conocimiento tanto de la naturaleza como del derecho representan “un mínimo, aquí de metafísica, allá de derecho natural, sin el cual ningún conocimiento es posible, ni de la naturaleza, ni del derecho”.²⁰ Por desgracia, sostiene Capograssi, la admisión de este “mínimo” equivale a admitir la metafísica por completo: el misterio, el enigma, la cosa en sí, todo aquello que va más allá de la experiencia sensible y que la rodea en tanto parte poderosa, inagotable, no eliminable de la vida humana.²¹
- iv) La *incoherencia teórica* (“intrínseca y sustancial”) consistiría, por su parte, en este contraste. Kelsen sostiene que el contenido del derecho positivo, en tanto que refleja los conflictos y la composición (unilateral o recíproca) de conflictos entre intereses irracionales, materiales y espirituales (ideológicos) puede, sin embargo, ser ordenado, devenir coherente, por la ciencia. No obstante, todo aquello que puede ser

¹⁹ *Ibidem*, pp. 348, 350, 351, 354 y 355.

²⁰ Kelsen, Hans, “Natural Law Doctrine and Legal Positivism”, en Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, 1945, p. 437.

²¹ Capograssi, Giuseppe, *op. cit.*, pp. 341 y 342.

ordenado, que puede presentarse como coherente, es racional. En consecuencia, al contrario de aquello que Kelsen pretende, el contenido del derecho positivo no es irracional, sino racional:

...si la vida se ordena, ello quiere decir que es ordenable, esto es, susceptible de orden, abierta al orden, lo que quiere decir que la irracionalidad o desconocimiento del logos es solamente una apariencia, una imagen falsa, puesto que, en el fondo, la vida posee una lógica en sí misma que permite dirigirla, a pesar de todo, a través de la interpretación, hacia la coherencia de sí misma.²²

- v) Por último, la teoría pura del derecho se caracterizaría, además, por la *violación*, aunque involuntaria, del *postulado de la pureza científica* y de la neutralidad ideológica y, paralelamente, por ponerse al servicio, también involuntariamente, del absolutismo político:

[A]l reducir el derecho a la fuerza y a la forma y al reducir todo aquello que no es fuerza y forma a la ideología, esta doctrina se resuelve en las más anti-gua, más clásica, más venerada (en los hechos, pero no en las palabras) de las ideologías políticas: la ideología de la fuerza como derecho... Este (pretendido) conocimiento “objetivo” y “científico” constituye un verdadero tesoro para todas las fuerzas que no solamente desean sentirse libres de obstáculos externos, sino también libres de obstáculos internos, libres de principios, libres tanto de *jure*, como de *facto*. Es su doctrina ideal, la doctrina que les enseña que todo aquello que desean, si logran hacerse obedecer a través de un sistema organizado por sanciones, es derecho: derecho puro, derecho verdadero, derecho válido.²³

Si se examinan las críticas de Capograssi a la luz de una consideración desapasionada de la obra kelseniana, como ya lo hizo Treves en los años treinta,²⁴ y como lo haría Bobbio en su ensayo de 1954 (*infra*, III), éstas se muestran infundadas. El pretendido iusnaturalismo formal no es otra cosa

²² *Ibidem*, pp. 342 y 343.

²³ *Ibidem*, pp. 345 y 346.

²⁴ Véanse los escritos citados, *supra*, nota 7 y, en particular, Treves, Renato, “Intorno alla concezione del diritto di Hans Kelsen”, aparecido en 1952, que ponen al día los cambios de “tono” entre la teoría pura, en tanto teoría “estática” del derecho, representada por los *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus dem Lehre der Rechtssätze*, Tubinga, Mohr, 1911, y la teoría pura en tanto teoría “dinámica” del derecho, en la formulación adoptada en los escritos “americanos”, como Kelsen, Hans, “Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence”, *Harvard Law Review*, 55, 1, 1941, pp. 44-70; Kelsen, Hans, *Society and Nature. A Sociological Inquiry*, Estados Unidos de América, University of Chicago Press, 1943; Kelsen, Hans, *General Theory...*, *cit.*, y Kelsen, Hans, “Causality and Imputation”, *Ethics*, 61, 1, 1950, pp. 1-11.

que una concepción realista y científica, desprovista de todo compromiso ideológico, de los factores —fuerza, intereses materiales, e intereses espirituales— que explican el nacimiento, la conservación y la destrucción de los órdenes jurídicos positivos. El pretendido reduccionismo teórico es, también, el producto, consciente y atentamente buscado, de una actitud auténticamente científica hacia el derecho, la cual rechaza todo reconocimiento de una “dimensión ideal” del derecho, cierta y determinada (por ejemplo, de la “libertad” y “humanidad” invocadas por Capograssi) como una violación clara de la pureza ideológica de la teoría jurídica. En resumen, las cargas de incoherencia epistemológica e incoherencia teórica son el resultado de una actitud poco benevolente hacia la teoría pura por parte de Capograssi que, como hemos visto, raya en el puro juego de palabras (aunque esta actitud parece involuntaria).

Sin embargo, desde el punto de vista de la historia cultural, las críticas de Capograssi, lejos de representar una combinación de tesis idiosincráticas y equivocadas, son devenidas representativas de una manera de “malinterpretar” la teoría pura bastante difundida entre los filósofos del derecho, los juristas, los historiadores y también entre algunos teóricos del derecho italianos (y, cabría agregar, no solamente italianos), que se ha extendido hasta nuestros días.²⁵

III. NORBERTO BOBBIO: LOS ERRORES DE LA CRÍTICA, LA CRÍTICA A LOS ERRORES

En los años treinta, como mencioné (*supra*, I), pero, sobre todo, en el curso del segundo momento, con una pasión constante, atizada y reforzada por la adhesión a la filosofía y al método analítico, Norberto Bobbio fue el responsable del “kelsenitismo” de la cultura italiana:²⁶ en tanto especialista, defensor y crítico de la teoría pura del derecho.

En este parágrafo me propongo dar cuenta de algunos aspectos, solamente, de la recepción bobbiana de la obra teórica de Kelsen.²⁷ Al seguir

²⁵ Véase, por ejemplo, Grossi, Paolo, *Prima lezione di diritto...*, cit.

²⁶ Bobbio, Norberto, *Diritto e potere...*, cit., p. 2.

²⁷ Sobre este tema, Carrino, Agostino, “Introduzione. Oltre Kelsen. Norberto Bobbio e la dottrina pura del diritto”, en Bobbio, Norberto, *Diritto e potere...*, cit., pp. XI-XXXVI. En su ensayo, Carrino sostiene la visión de una teoría pura incapaz de honrar su postulado de pureza, entendido como requisito de la separación más absoluta entre el mundo del *Sein* y el mundo del *Sollen*, así como la neutralidad ideológica más absoluta. En otro escrito (Carrino, Agostino, *Kelsen e il problema della Scienze giuridica*, Italia, Edizioni Scientifiche Italiane, 1987,

el procedimiento adoptado por el propio Bobbio, trataré, primero, la crítica bobbiana dirigida hacia las críticas de la teoría pura (1) y, después, la crítica bobbiana dirigida hacia la teoría pura (2).

1. *Los errores de la crítica: Bobbio contra Capograssi y compañía*

Los errores de la crítica, que Bobbio considera, son los errores de las “típicas críticas”.²⁸ Estas críticas acusan a la teoría pura de haber contribuido a hacer de los juristas los cómplices de los regímenes dictatoriales más deleznable, de haber adoptado una postura legalista o formalista ética bajo la máscara de la distinción, ideológicamente marcada, entre valor y validez de las normas jurídicas (Capograssi), de haber promovido los valores de la neutralidad y del conformismo hacia todo poder constituido, propios de la pequeña burguesía (Nicolosi), de haber contribuido a la legitimación del Estado de derecho burgués contra el Estado socialista (Pashukanis, Vishinski); de haber presentado una ciencia del derecho normativo “viciada” y “árida” como la única ciencia del derecho posible, todo esto desconociendo la utilidad de la sociología jurídica (Cowan); de haber seguido el ideal de una ciencia normativa del derecho perfectamente inútil, rechazando dar cuenta de la realidad jurídica a través de un enfoque naturalista (Frank, Llewellyn); de ser, o bien una manifestación tardía, y de todas formas inaceptable, de la jurisprudencia de conceptos (*Begriffsjurisprudenz*), o bien una teoría autocontradictoria que pretende ser, al unísono, formalista y antiformalista.²⁹

pp. 11-52) atribuye al “último” Kelsen solamente, al Kelsen de las obras posteriores a 1960, la concepción voluntarista de la norma jurídica, de acuerdo con la cual una norma es el significado de un acto de voluntad dirigido hacia la conducta de otro, que sería la causa de su “irracionalismo” y la destrucción de la teoría del “primer” Kelsen. Se trata de tesis críticas, generalizadas, pero, desgraciadamente, dudosas. En efecto, ya se encuentra la idea de la conexión entre el mundo del *Sein* y el mundo del *Sollen* (en particular la idea de la eficacia como condición factual de la validez), así como la concepción voluntarista de las normas jurídicas, por citar algunas obras del “primer” Kelsen en: *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer Reine Rechtslehre* (traducción italiana, *Il problema della sovranità...*, cit., pp. iv y v); en la primera edición de la *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Leipzig y Viena, F. Deuticke, 1934, por ejemplo, en los §§ 5 y 30, y en la segunda edición de la *Reine Rechtslehre*, por ejemplo, los §§ 4, b) y 34, g. Las críticas de Carrino sugieren la contraposición entre un “verdadero” Kelsen, el Kelsen neokantiano puro, que habría seguido la separación más radical entre el mundo del *Sein* y el mundo del *Sollen*, y un Kelsen “torpe” que llega a sostener tesis incompatibles con el programa del primero. A la luz de las obras de Kelsen que he citado, estos dos Kelsen, aparentemente, no existen.

²⁸ Bobbio, Norberto, “La teoría pura del diritto...”, cit., p. 43.

²⁹ *Ibidem*, pp. 15-42.

Éstas son críticas superficiales (“más relucientes que sólidas”),³⁰ que brotan de los prejuicios, de ideas recibidas, de *wishful thinking*, más que de una reflexión metódicamente indulgente y atenta a la complejidad del edificio teórico y metateórico kelseniano.

Por esta razón, es fácil para Bobbio exponer sus errores, que son, al fin y al cabo, muy evidentes para cualquier lector atento de la obra kelseniana.³¹

La apología bobbiana de la teoría pura entraña, sin embargo, un valor específico que es necesario poner al día. Bobbio sugiere que de todas las críticas consideradas, sean éstas formuladas por iusnaturalistas, historicistas, marxistas, estalinistas, sociólogos del derecho, realistas americanos, etcétera, comparten en el fondo, un mismo defecto. Se trata de la incapacidad, si no del rechazo, de comprender la importancia de la *distinción*, como instrumento esencial para todo discurso, sea ello científico o ideológico, en la medida en que este discurso pretende la claridad conceptual, la precisión y el control de las tesis, así como la honestidad intelectual. Las “típicas” críticas de la teoría kelseniana fallan en su objetivo porque ignoran, o desprecian, la técnica de la distinción y, en general, todos los procesos analíticos; o se sienten incómodos con ellos.

2. La crítica a los errores

La crítica a los “errores” con los que, de acuerdo con Bobbio, la teoría pura estaría viciada, concierne principalmente tres aspectos: el enfoque epistemológico, la teoría del derecho positivo y la teoría de la ciencia jurídica (“dogmática”).

A. Crítica de la epistemología jurídica kelseniana

Por lo que respecta al enfoque epistemológico kelseniano, la crítica de Bobbio puede resumirse en dos tesis.³²

La primera concierne al (neo)kantismo. Al escribir en 1973, y hacer referencia prioritariamente a la segunda *Teoría pura del derecho* (*Reine Rechtslehre*) como a la formulación más acabada y final del pensamiento teórico kelseniano, Bobbio sostiene que la influencia sobre la teoría pura de las ideas que Kelsen ha extraído de la filosofía (neo)kantiana ha devenido, o

³⁰ *Ibidem*, p. 43.

³¹ *Ibidem*, pp. 15-43.

³² Bobbio, Norberto, “Struttura e funzione...”, *cit.*, p. 79.

bien inexistente, o bien superficial y dispensable (el fruto de un “coqueteo”).

Por una parte, si bien es cierto que el propio Kelsen habla de una “convergencia significativa” (aunque “casual”) con “el neokantismo de la Escuela de Marburgo”, y Kelsen sea considerado, “aún hoy en día... como un neokantiano”, Bobbio subraya que “el nombre de Hermann Cohen no es citado una sola vez en la segunda edición de la *Teoría pura* (*Reine Rechtslehre*), que constituye... la cúspide de su pensamiento”.³³

Por otra parte, Kelsen “puede llamarse kantiano solamente en la medida en que se vincula con la gran dicotomía entre la esfera del *Ser* y la esfera del *Deber ser*, que se suele hacer remontar a Kant”.³⁴ Sin embargo, de acuerdo con Bobbio, una consideración exacta del papel interpretado por tal dicotomía, en tanto pilar fundamental de todo el edificio teórico kelseniano, revela que

...entre la dicotomía kantiana que separa el reino de la necesidad del reino de la libertad, y la dicotomía kelseniana que distingue entre naturaleza y sociedad, yace toda diferencia que existe entre un enfoque filosófico y un enfoque científico del problema: la dicotomía kelseniana se resume en la contraposición de dos sistemas de representación de la realidad, uno fundado sobre relaciones de causalidad, el otro sobre relaciones de imputación. *Para ninguna de las tesis de Kelsen, es necesario perturbar a Kant, a fin de explicar su origen y comprender su significado, aunque Kelsen, en reiteradas ocasiones, “coqueteó” con la Crítica de la Razón Pura.*³⁵

La segunda tesis corresponde a la concepción kelseniana del ideal de pureza como neutralidad evaluativa (*Wertfreiheit*). La tesis sostiene que Hans Kelsen ha adoptado una concepción (irrazonablemente) extrema del “dualismo entre hechos y valores”, caracterizada por una “rigidez excesiva”, que lo condujo a proponer una concepción cuestionable de la ciencia jurídica:

³³ *Ibidem*, p. 79.

³⁴ *Idem*. Bobbio, en 1973, no considera dignos de atención los artículos de Kelsen posteriores a 1960; por ejemplo, Kelsen, Hans, “Derogation”, en Newman, Ralph A. (coord.), *Essays in Honor of Roscoe Pound*, Estados Unidos de América, The Bobbs-Merrill Co., 1962, pp. 339-355; Kelsen, Hans, “Recht und Logik”, *Forum*, 12, 165, pp. 421-425, 495-500 y 575-579; sin embargo, tenía conocimiento de estos artículos habiendo sido señalados por Mario G. Losano en su traducción de la segunda edición de la *Reine Rechtslehre*, Kelsen, Hans, *La doctrina pura...*, *cit.*, p. 91, nota 1. La *Allgemeine Theorie der Normen* habría aparecido, especialmente, en 1979.

³⁵ Bobbio, Norberto, “Struttura e funzione...”, *cit.*, p. 79. Las cursivas son mías.

Cualquiera que tenga cierta familiaridad con las obras de Kelsen, sabrá muy bien que tan importante es, en su concepción de la ética del hombre de ciencia, el compromiso a no prescribir nada: Kelsen presiona tan lejos este compromiso, que lo extiende desde la teoría general del derecho, donde luce más natural, hasta la obra de los juristas.³⁶

Esta segunda tesis se relaciona con la crítica bobbiana de la teoría kelseniana de la ciencia jurídica: una crítica que es, en parte, discutible, y sobre la cual volveré más adelante. La primera tesis merece ser analizada aquí.

Determinar el papel interpretado por la filosofía (neo)kantiana en la teoría pura del derecho representa, hasta nuestros días, uno de los desafíos más difíciles para la kelsenología.³⁷

Para salir del paso, Bobbio distingue entre neokantismo y kantismo. La influencia del neokantismo sería, para el Kelsen de la segunda *Teoría pura del derecho* (*Reine Rechtslehre*), inexistente. Aquella del kantismo sería, por el contrario, una simple apariencia: un fuego que no brilla más.

Sin embargo, y precisamente a la luz de la segunda *Teoría pura del derecho* (*Reine Rechtslehre*), la crítica de Bobbio parece demasiado tajante, muy poco analítica, para ser aceptable. Él actúa aquí, extrañamente, como Alejandro que corta el nudo gordiano, más que como de costumbre: esto es, como un Norberto Bobbio que desenreda pacientemente la madeja kelseniana.

La tesis de la no existencia de una influencia neokantiana es sugerida, como se ha visto, al subrayar la ausencia de toda cita de las obras de Hermann Cohen. Sin embargo, incluso una lectura superficial de la segunda *Teoría pura del derecho* (*Reine Rechtslehre*) revela que aún se encuentra impregnada de kantismo y de neokantismo: que el kantismo y neokantismo, *diga lo que diga* Bobbio, son de gran utilidad para “explicar el origen” y “comprender el significado” de ciertas tesis kelsenianas. Kelsen emplea aún el “método tras-

³⁶ *Ibidem*, p. 85; Bobbio, Norberto, “Perelman e Kelsen”, en Bobbio, Norberto, *Diritto e potere...*, cit., pp. 226-228.

³⁷ Véase, por ejemplo, Wilson, A., “Is Kelsen Really a Kantian?”, en Twining, William & Tur, Richard (coords.), *Essays on Kelsen*, Estados Unidos de América, Clarendon Press, 1986, pp. 37-64; Steiner, Hillel, “Kant’s Kelsenianism”, en *id.*, pp. 65-75; Bulygin, Eugenio, “An Antinomy in Kelsen’s Pure Theory of Law”, en Bulygin, Eugenio, *Essays in Legal Philosophy*, Estados Unidos de América, Oxford University Press, 2015, pp. 235-251; Paulson, Stanley L., *Fundamentación crítica de la doctrina de Hans Kelsen*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000; Paulson, Stanley L., “Metamorphosis in Hans Kelsen’s Legal Philosophy”, *Modern Law Review*, 80, 2017, pp. 860-894; Paulson, Stanley L., “The Neo-Kantian Dimension of Kelsen’s Legal Theory and Its Limits”, trabajo presentado en el International Congress of Methodology and Legal Theory, Universidad de Genova, Instituto Tarello para la Filosofía del Derecho, 19 al 10 de junio de 2019.

cidental” extraído —con adaptaciones y reservas conscientes— de Cohen y otros neokantianos.³⁸ El principio de la *pureza metodológica* (el rechazo de todo sincretismo), el principio de la *pureza axiológica* (el rechazo de todo compromiso ético-normativo), el rechazo de toda metafísica (la crítica al iusnaturalismo), el *método de la hipótesis trascendental* (la norma fundamental como “constitución lógico-trascendental”, como condición epistemológica presupuesta de la que depende el “carácter normativo” del derecho, su ser como sistema de *normas válidas*), el principio de *reducción de la sustancia a la relación o la función* (las normas presentadas en su función de dispositivos de interpretación —*Deutungsschemata*— del comportamiento social de los hombres), el *constructivismo epistemológico* (el conocimiento debe “construir” su objeto como un todo dotado de sentido: *sinnvoll*), son cada uno entre los instrumentos que conservan todavía una importancia evidente y determinante.³⁹ Por supuesto, ya no estamos, como lo subrayé antes, en el periodo de una epistemología positivista (neo)kantiana pura.⁴⁰ Sin embargo, se ha entrado a un periodo de positivismo (neo)kantiano descriptivo.⁴¹ El constructivismo epistemológico, en particular, se presenta bajo una forma modificada y, como lo pretende Kelsen, refinada.⁴² Ahora, no trata más de *construir* las propias normas jurídicas, a partir de materiales jurídicos empíricos producidos por las autoridades constituidas. Se trata, en cambio, de elaborar una *descripción sistematizadora*: esto es, una descripción que informe sobre el contenido de las normas válidas de un orden jurídico positivo, a través de las proposiciones jurídicas, presentándolas como sistema provisto de sentido: como un conjunto normativo unitario y coherente.⁴³

³⁸ Véase, sobre el punto de las adaptaciones y reservas, Kelsen, Hans, *Problemi fondamentali...*, cit., p. 30; Kelsen, Hans, “Dottrina pura del diritto...”, cit., pp. 52-54.

³⁹ Véase, por ejemplo, Kelsen, Hans, *La dottrina pura...*, cit., §§ 1, 2, 3, 4, 6, 16, 34, incisos d) y e), 35, inciso i).

⁴⁰ Véase, por ejemplo, Kelsen, Hans, *La dottrina del diritto naturale...*, cit., pp. 397-454.

⁴¹ Que, de acuerdo con Kelsen, no sería el resultado de un cambio de perspectiva, sino del refinamiento del constructivismo originario a través de la distinción, a la vez nueva e innovadora, entre normas jurídicas y proposiciones jurídicas (Kelsen, Hans, *La dottrina pura...*, cit., p. 90, nota 1).

⁴² *Ibidem*, p. 98, nota 1.

⁴³ *Ibidem*, pp. 89-92, 226-235 y 247-259. Es, aparentemente, el enfoque (neo)kantiano el que conduce a Kelsen a sostener la tesis indirecta de los principios lógicos de no-contradicción e inferencia, a las normas jurídicas (p. 91); tesis que considera errónea y rechaza definitivamente a partir de la carta a Ulrich Klug del 4 de julio de 1960 (Kelsen, Hans y Klug, Ulrich, *Rechtsnormen und logische Analyse*, Viena, F. Deuticke, 1981; traducción al castellano, *Normas jurídicas y análisis lógico* (con un estudio preliminar de Eugenio Bulygin), España, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, pp. 79 y 80).

La tesis del kantismo de Kelsen como “coqueteo” es, igualmente, discutible. Bobbio la sostiene, como se ha visto, subrayando que Kant y Kelsen habrían adoptado, respectivamente, una concepción “filosófica” y una concepción “científica” de la gran dicotomía entre *ser* y *deber ser*.

Por desgracia, Bobbio no define tal distinción, que se encuentra lejos de ser evidente. Si, no obstante, planteamos la hipótesis, por supuesto razonable, de que es necesario indicar la diferencia entre una concepción ontológica y una concepción epistemológica (o gnoseológica) de la dicotomía entre *Sein* y *Sollen*, su argumento parece ignorar la pluralidad de sentidos que la “dicotomía” entraña en Kant y Kelsen. En particular, por lo que respecta a la posición de Kelsen, ésta se caracteriza por un grado elevado de complejidad que Bobbio aparentemente no considera.

En primer lugar, cuando considera el pensamiento de Kant, Kelsen pone siempre atención en distinguir entre la ontología, la epistemología y la ética kantianas. Piensa que el núcleo de la epistemología kantiana —que considera valiosa— se ubica en la crítica de la razón teórica.⁴⁴ Considera, por el contrario, la ética kantiana como, paradójicamente, precrítica y (en consecuencia) no crítica, ligada a la idea iusnaturalista de una razón práctica que, misteriosamente (y contradictoriamente), conoce y prescribe al unísono.⁴⁵ Considera, en fin, el desdoblamiento ontológico que opone el mundo empírico de los fenómenos sensibles y el mundo inteligible de las cosas en sí como, a la vez, problemático desde el punto de vista de la epistemología kantiana, dictado además por la exigencia ética de una derivación teológica y de una fundamentación de la libertad humana como “causa que no es el efecto de otra causa” y, en fin, y de todas formas, inaceptable desde el punto de vista del positivismo crítico al cual (Kelsen) se adhiere.⁴⁶

Además, en el pensamiento de Kelsen la “dicotomía” (el “dualismo”) entre *ser* (*Sein*) y *Sollen* no se refiere solamente a un conjunto de términos en oposición, como lo sugiere de una manera reduccionista Bobbio. Es, sobre todo, una expresión que evoca, nada más y nada menos, cinco pares de términos diferentes en oposición. En un primer sentido, “la dicotomía” se refiere a la distinción entre *dos “mundos” o “esferas” de la experiencia sensible*, en tanto objetos posibles de conocimiento científico: el mundo de los hechos ligados por la causalidad (*Sein*) y el mundo de las normas (y valores) socia-

⁴⁴ Kelsen, Hans, *Dottrina generale...*, cit., “Prefazione”.

⁴⁵ Kelsen, Hans, “Dottrina pura del diritto...”, cit., pp. 53 y 54.

⁴⁶ Kelsen, Hans, *La dottrina pura...*, cit., p. 119, nota 1. La distinción (dicotomía, dualismo) entre *Sein* y *Sollen* es, también, el objeto de varios capítulos de la obra póstuma *Allgemeine Theorie der Normen* (op. cit., capítulos 16, 17, 18 y 20) que, sin embargo, Bobbio, en el ensayo de 1973 que he considerado aquí, no parece tomar en cuenta.

les (morales, religiosos, jurídicos), que imputan consecuencias normativas a condiciones, conductas o estados de cosas (*Sollen*).⁴⁷ En un segundo sentido, “la dicotomía” se refiere a la distinción entre *dos formas de conocimiento científico* (que, para Kelsen, es todo conocimiento racional basado en la experiencia): por un lado, el *conocimiento causal-explicativo*, que concierne al mundo de los hechos causalmente ligados y se expresa a través de proposiciones que pertenecen a la “categoría” o “modo” del ser (*Sein-Sätze*); por el otro, el *conocimiento normativo*, que concierne a las normas producidas en las sociedades humanas, y que se expresa por medio de proposiciones que pertenecen a la “categoría” o “modos” de deber (*Soll-Sätze*).⁴⁸ En un tercer sentido, la “dicotomía” se refiere a la distinción entre *dos formas de considerar científicamente la realidad social*: la *consideración causal-explicativa*, que estudia los comportamientos sociales de los seres humanos en sus relaciones causales, y la *consideración normativa*, que estudia los comportamientos sociales humanos desde el punto de vista del sistema de normas que los califican y regulan.⁴⁹ En un cuarto sentido, “la dicotomía” se refiere a la distinción entre dos nociones o conceptos —el concepto de *Sein* y el concepto de *Sollen*—, que son “datos inmediatos y elementales de nuestra conciencia” y funcionan como “modos” de hacer referencia a cosas (por ejemplo, a los comportamientos humanos). Estas dos nociones o conceptos forman la base, en primer lugar, de la distinción entre *aserciones (Aussagen) ónticas*, que describen aquello que es, y *aserciones deónticas* (o proposiciones normativas), que describen aquello que debe ser; en segundo lugar, de la distinción entre *aserciones ónticas* y *normas*, entre las cuales no hay ninguna posibilidad de derivación lógica; en tercer lugar, y en fin, de la distinción entre *juicios de hecho* y *juicios de valor objetivos*.⁵⁰ En un quinto sentido, finalmente, “la dicotomía” se refiere a la distinción entre *dos actitudes frente a los fenómenos*: la actitud de *neutralidad ético-normativa (Wertfreiheit)*, que es el deber de todo hombre de ciencia, y la actitud de *compromiso moral y político*, que es la divisa de los moralistas y políticos (y, por supuesto, de aquellos que hacen “política del derecho”).⁵¹ Existe también, aparentemente, una sexta connotación, por medio de la cual “la dicotomía” se refiere a la distinción entre el mundo empírico de la necesidad causal y el mundo metaempírico de los deberes en sí. Sin embargo, como dije, Kelsen rechaza esta última dicotomía y la considera como el fruto de un pensamiento metafísico inaceptable.

⁴⁷ Kelsen, Hans, *La dottrina...*, cit., pp. 28 y 29.

⁴⁸ *Ibidem*, §§ 17, 26.

⁴⁹ *Ibidem*, § 21.

⁵⁰ *Ibidem*, pp. 14 y 15.

⁵¹ *Ibidem*, p. 1.

La identificación que antecede, aunque provisional, deberá ser suficiente para alumbrar que, frente a la “dicotomía” entre *Sein* y *Sollen*, existen varios puntos de contacto entre la epistemología jurídica kelseniana y el pensamiento de Kant (y de los neokantianos) que Bobbio, en su crítica tajante, aparentemente ignora.

Las consideraciones que he formulado sugieren algunas conclusiones. Al contrario de lo que Bobbio sostiene, en el periodo de la segunda *Teoría pura del derecho* (*Reine Rechtslehre*), todavía, la relación entre la teoría pura del derecho y la filosofía kantiana y neokantiana es un hecho incontestable y, aparentemente, más que otra cosa que una simple cuestión de coquetería. La epistemología jurídica kelseniana se presenta, todavía, como el resultado meditado de una confrontación continua y sin prejuicios con la filosofía kantiana, la filosofía neokantiana e, igualmente, otros enfoques filosóficos, que incluyen el debate sobre la objetividad y la variedad de las ciencias sociales, el empirismo de Hume y el neopositivismo lógico. Tal reflexión no parece estar dictada por una simple curiosidad de amateur y, por lo tanto, un fin en sí, sino, sobre todo, por la exigencia metacientífica de establecer un método auténticamente capaz de garantizar la cientificidad del conocimiento jurídico: sea en lo general (teoría general del derecho), sea en relación con el contenido de las normas de los órdenes jurídicos positivos particulares (ciencia jurídica “dogmática”).

B. Crítica de la teoría kelseniana del derecho positivo

Volviendo a la teoría kelseniana del derecho positivo, Bobbio la convierte en el objeto de una doble crítica. Por una parte, realiza una crítica “interna” que denuncia la presencia de ciertos vicios de construcción (y, como se verá, su inadecuación para realizar un importante objetivo que la teoría pura se había propuesto). Por otra parte, formula también una crítica externa, que subraya la incapacidad de la teoría pura, más allá de sus vicios internos, para proporcionar una imagen del derecho positivo adecuada a los tiempos (en particular, al Estado de bienestar), y, por lo tanto, denuncia su anacronismo.⁵²

⁵² Bobbio, Norberto, “Struttura e funzione nella teoria del diritto...”, *cit.*, pp. 101-103. Donde, precisamente, critica la teoría pura del derecho en tanto teoría “formal” o “estructural” del derecho positivo, por no haber, voluntariamente, como efecto de una pureza mal entendida, teorizado la dimensión funcional del derecho. Esto hace a la teoría pura incapaz de dar cuenta del fenómeno del Estado de bienestar, un Estado intervencionista en la economía, que emplea directivas con el propósito de afectar las conductas no a través de la

Por lo que respecta a la crítica interna, la única de la que me ocuparé aquí, me limitaré a dar cuenta de la crítica que puede estimarse la principal. Se trata de la crítica que Bobbio realiza respecto de la noción de norma fundamental (*Grundnorm*).⁵³ Defiende dos tesis:

1. En la teoría pura del derecho, la norma fundamental no cumple, de hecho, ninguna función teórica indispensable, solamente una función puramente estética, de elegancia jurídica (*elegantia iuris*).
2. Si, no obstante, se busca una función sustancial cualquiera, interpretada por la norma fundamental, esta función, al contrario de toda pretensión de pureza kelseniana, parece ser ideológica, porque se revela, una vez sometida a una “interpretación ideológica”, instrumental a la preferencia política y moral de Kelsen por el Estado de derecho que refleja su rechazo al realismo político, decisionismo y “gobierno de los hombres”.⁵⁴

La argumentación que Bobbio desarrolla en favor de estas dos tesis es compleja, formulada y reformulada en diferentes textos, no siempre claros, y a menudo, también, aparentemente contradictorios.⁵⁵ Con miras a presentarla bajo su mejor aspecto (espero), procederé a una reconstrucción en cinco tiempos.

sanción negativa (castigos, pérdida de bienes, etcétera), sino por medio de sanciones positivas (incentivos). De tal manera que el derecho no puede ser conocido, solamente, como un “orden normativo coercitivo”, que cumple una función de “control, protección y represión”, sino que debe ser, también, un orden que cumple una función de “dirección social”, por conducto de normas que establecen la promoción de actividades socialmente útiles, apoyadas en incentivos.

⁵³ Hay que tener en cuenta que, como Kelsen destaca en reiteradas ocasiones, la norma fundamental no pertenece al derecho positivo, y no es un elemento de los órdenes jurídicos que se pueden *describir*. Pertenecen al conocimiento del derecho: es la “condición lógico transcendental de los juicios por medio de los cuales, la ciencia del derecho describe el derecho como un orden [normativo] objetivamente válido” (Kelsen, Hans, “The Function of a Constitution”, en Twining, William y Tur, Richard (coords.), *op. cit.*, p. 166). Sin embargo, Bobbio la considera como parte de una teoría jurídica del fundamento del orden jurídico estatal. Con esta aclaración, seguiré a Bobbio en este camino.

⁵⁴ Bobbio, Norberto, “Kelsen e il problema del potere”, en Bobbio, Norberto, *Diritto e potere...*, *cit.*, pp. 138, 139 y 144-147; Bobbio, Norberto, “Kelsen e il potere giuridico”, en *ibidem*, pp. 149-169.

⁵⁵ Por una parte, Bobbio parece sostener que el modelo político y el modelo jurídico kelseniano del Estado son teóricamente equivalentes: que se diferencian solamente al colocar el acento sobre elementos diferentes, pero correlativos, de un mismo fenómeno. Por otra parte, Bobbio sostiene que en el modelo jurídico kelseniano la primacía de las normas es ilusoria, de tal suerte que los dos modelos *no* son teóricamente equivalentes: hay, visto con calma, un solo modelo teóricamente válido, es el modelo político.

El punto de partida es una tesis —que Bobbio presenta como evidente— concerniente a los elementos constitutivos de todo orden jurídico estatal. La tesis sostiene que estos elementos son de dos tipos: “normas” y “poderes”. Todo orden jurídico estatal, desde un punto de vista dinámico, es una combinación (una concatenación) de normas y poderes. Normas y poderes representan, en particular, las “dos caras de una misma moneda”.⁵⁶ De tal suerte que una tarea ineluctable a toda teoría del derecho y el Estado consiste en establecer qué elemento es “la cara” (prioridad) y cuál “la cruz” (secundario).

En el segundo tiempo, Bobbio subraya que, en relación con este problema, pueden observarse las teorías del derecho en dos grupos. Por una parte, se encuentran las teorías clásicas del derecho público. Estas teorías sostienen que la cara —es decir, el elemento prioritario— de la (metafórica) moneda jurídica son los poderes. Un orden jurídico estatal es “una cascada de poderes”, cuyo ápice es un poder supremo: la *summa potestas superiorem non recognoscens*, el poder constituyente que produce la primera Constitución histórica. Por otra parte, se halla la teoría normativista kelseniana. Ésta sostiene, por el contrario, que la cara de la moneda jurídica está constituida por las normas. Un orden jurídico estatal es una “escala de normas” que procede de normas inferiores a normas superiores y encuentra su punto más alto en la norma suprema: la norma fundamental, que representa el “fundamento” de la validez de todas las normas inferiores, a partir de las normas de la primera Constitución histórica; así como el fundamento de la legitimidad jurídica de todo poder, a partir del poder constituyente.⁵⁷

En el tercer tiempo, Bobbio sostiene que hay una “simetría exacta” entre la función del poder supremo y la función de la norma fundamental en ambos modelos. Cada elemento sirve para clausurar el sistema jurídico, actuando como vértice de la “pirámide” en la que consiste todo ordenamiento jurídico estatal:

En una teoría jurídica rigurosa como aquella de Kelsen, la norma fundamental es un concepto exactamente simétrico a aquél del poder soberano. La

⁵⁶ Bobbio, Norberto, *Kelsen e il problema...*, cit., pp. 138 y 139.

⁵⁷ *Ibidem*, pp. 150 y 151: “Entendido, sea como organización del poder, como lo hace Kelsen, sea como poder organizado, como [el derecho público] lo entendió..., el Estado es conocido... como un sistema ordenado y jerárquico... como un sistema con diferentes planos o niveles, en una relación recíproca de superior a inferior..., como los diferentes peldaños de una pirámide...; se puede afirmar que el mismo orden jerárquico, produce poderes que crean normas y normas que autorizan poderes, cambia según se le vea de abajo hacia arriba o de arriba hacia abajo: en la primera dirección, aparece como una escalera de normas; en la segunda, como una cascada de poderes”.

norma fundamental es la norma de las normas, de la misma forma en que el poder soberano es el poder de poderes. Ambos conceptos son perfectamente simétricos, porque la norma fundamental y el poder soberano tienen la misma función, la de clausurar el sistema, la primera, en una teoría jurídica, la segunda en una teoría política, del Estado.⁵⁸

En el cuarto tiempo, Bobbio destaca que al examinar más de cerca, la teoría normativista falla en su objetivo de establecer la primacía teórica del derecho sobre el poder, de las normas sobre los poderes. Ésta pretende fundar todo orden jurídico estatal sobre una norma última, la norma fundamental; pretende representar una alternativa sustancial a la teoría del poder supremo, que le sería teóricamente superior. Sin embargo, tal pretensión resulta infundada. Kelsen reconoce, de hecho, aun de manera oblicua, la primacía del poder sobre la norma. De tal manera que, paradójicamente, la norma fundamental no interpreta en la teoría kelseniana alguna función teórica indispensable; su sola función teórica efectiva tiende a ese carácter estético, de elegancia jurídica (*elegantia iuris*), que anuncié:

Como es sabido, la norma fundamental ha sido el objetivo de muchas críticas. De todas ellas, la que me parece más pertinente, es aquella que la considera *un instrumento ingenioso, pero totalmente inútil*. De hecho, no se entiende, si no es por la *estricta corrección formal*, por qué razón sea necesario cerrar el ordenamiento jurídico con una norma última, en vez de con un poder último, cuando, además, lo que permite finalmente identificar un ordenamiento como jurídico no es la validez de las normas sino su eficacia, lo cual quiere decir que *lo que cierra el sistema no es una norma sino un poder...* [Kelsen] no aduce argumento alguno en favor de la tesis de que este poder último recibe su eficacia de ser autorizado, como todos los otros poderes inferiores. Al contrario, *si su legitimidad deriva de su efectividad, el presuponer una norma que realiza la función de norma legitimante, es una operación superflua*. Puede ser considerado como una *elegantia iuris*, pero es de dudosa utilidad... la norma fundamental habría tenido su función si hubiese estado en grado de evitar el escollo de toda teoría positivista del derecho, que es la derivación del derecho respecto del hecho. Pero una teoría como la kelseniana que resuelve la validez de un ordenamiento jurídico en su efectividad, no sólo no evita este escollo, sino que se sirve de él para encontrar un sólido punto de llegada. La teoría normativa del derecho es la comprobación histórica más convincente de que, una vez descartada la solución iusnaturalista, según la cual es derecho aquello que es justo, no hay otra solución que aquella según la cual es derecho lo que de hecho es habitualmente observado (...la vieja tesis de Austin): *ex facto oritur ius*. En suma, la

⁵⁸ *Ibidem*, pp. 138 y 139.

norma fundamental tendría la función de transformar al poder en derecho. Pero, ¿existe un derecho sin poder? Y si no existe derecho sin poder, ¿la norma fundamental es la que transforma el poder en derecho, o es la efectividad del poder la que lo hace?⁵⁹

En el quinto, y último tiempo, al señalar que la norma fundamental no tendría ninguna función —y justificación— teórica válida, al señalar que se puede prescindir de ella, salvo por razones formales, de orden estético, Bobbio sostiene que, aparentemente, debe considerarse la norma fundamental interpretando una función ideológica, contra toda pretensión kelseniana de pureza. Se trataría, precisamente, de la función de presentar todo Estado como un Estado de derecho, como una entidad caracterizada por la “primacía del derecho sobre el poder”, y, en este sentido, la norma fundamental sería el homólogo positivista del antiguo principio iusnaturalista *lex facit regem*, que se opondría al principio del realismo político, del decisionismo, del gobierno de los hombres: *rex facit legem*. Por desgracia, Bobbio sugiere que, en esta función ideológica, la norma fundamental termina por ser “ideológica” en un sentido negativo de la palabra, porque favorece una representación falsa de la realidad: “Los reyes han hecho y deshecho las leyes como han querido, al menos mientras han tenido la *fuerza* para hacerlas respetar, esto es, mientras su *poder* fuera *efectivo*, aun cuando no era ni legítimo ni legal”.⁶⁰

En resumen, de acuerdo con Bobbio, Kelsen habría fundado su teoría del derecho y el Estado, desarrollada cuidadosamente durante cuarenta años, sobre un elemento, la norma fundamental, que sería, al unísono, teóricamente inútil y engañosa desde un punto de vista práctico. Es necesario preguntarse si tal conclusión es aceptable. Preguntarse si, en particular, es verdaderamente imposible sostener que la norma fundamental o, en todo caso, una *norma* última, interpretase, al observarla más de cerca, una función teórica indispensable en toda teoría normativista del Estado.

Aparentemente, pueden adelantarse algunas consideraciones, las cuales sugieren que la conclusión de Bobbio (y de otros teóricos que la comparten) es, por lo menos, dudosa. En particular, parece estar viciada por déficits de análisis que impiden una clara visión de los problemas y de las soluciones a los mismos.

Un primer déficit de análisis corresponde a los modelos alternativos de fundamento del orden jurídico estatal que estarían en juego: ¿*Cuántos modelos (¿y cuáles?) de fundamento del orden jurídico estatal?*

⁵⁹ *Ibidem*, pp. 145 y 146.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 147. Las cursivas son mías.

Bobbio, como se ha visto, sostiene que la disputa comprende dos modelos: el modelo político de la teoría clásica del derecho público y el modelo jurídico de la teoría normativista kelseniana.

Sin embargo, al detenerse, por una parte, sobre la noción de poder soberano, que Bobbio no define (salvo en los términos opacos de la tradicional noción latina: *summa potestas superiorem non recognoscens*), y, por la otra, sobre la noción de norma soberana, que Bobbio identifica exclusivamente con la norma fundamental, se puede llegar a considerar que, cuando menos *prima facie*, los modelos comprendidos no son dos sino (al menos) cuatro: dos modelos políticos y dos modelos jurídicos.

El primer modelo, que denominaré *modelo político del poder soberano como fuerza suprema*, identifica el “fundamento” (el hecho generador) de todo orden jurídico estatal con la posesión *de facto* de una fuerza suprema: con la efectiva capacidad de un cierto grupo de humanos, al interior de una sociedad política situada en un cierto territorio, de ejercer una coerción abrumadora, superior a la de cualquier otro grupo de humanos sobre el mismo territorio, con el objetivo de obtener la obediencia a las prescripciones (órdenes, mandatos, reglamentos, leyes, etcétera) dictadas por los órganos de la sociedad política, es decir, de garantizar su eficacia.

El segundo modelo, que llamaré *modelo político del poder soberano como poder normativo originario*, identifica el “fundamento” (el elemento normativo originario) de todo orden jurídico estatal con el poder normativo (autorización, competencia) que el primer constituyente (un usurpador o una asamblea formada no importa cómo) atribuye a sí mismo de (redactar y) promulgar una Constitución, y precisamente la primera Constitución histórica de un cierto orden jurídico estatal. La autoatribución de tal poder normativo presupone, o bien que el primer constituyente ya dispone de la fuerza soberana (por ejemplo, ha salido vencedor de una guerra civil o de liberación), o bien, que dispone de los medios que hacen probable que dispondrá de ella (verbi gracia, es probable que saldrá victorioso de una guerra civil o de liberación).

El tercer modelo, que designaré *modelo jurídico de la norma soberana como norma ex facto ius oritur*, identifica el “fundamento” (el elemento normativo originario) de todo orden jurídico estatal en una norma que confiere a un usurpador, o a una asamblea formada no importa cómo, el poder normativo (autorización, competencia) de actuar en tanto primer constituyente y, por lo tanto, de (redactar y) promulgar la primera Constitución histórica de un cierto Estado, puesto que el usurpador o la asamblea de hecho disponen, o bien de la fuerza soberana, o bien de los medios que harán probable que dispongan de ella. Este modelo —nótese— puede ser considerado como el

arquetipo del modelo kelseniano de la norma fundamental. De hecho, la norma fundamental de todo orden jurídico estatal, haciendo abstracción del derecho internacional, no es otra cosa que el homólogo trascendental de una norma de derecho internacional consuetudinario cuya misma existencia Kelsen reconocía, bajo la denominación de “principio de efectividad”.⁶¹ Y el principio de efectividad, a su vez, no es más que una especificación (y posible formulación) de la norma *ex facto ius oritur* en tanto norma de derecho internacional público.

El cuarto modelo, que llamaré *modelo jurídico de la norma soberana como norma ex iusto facto ius oritur*, identifica, por último, el “fundamento” (el elemento normativo originario con función de justificación moral) de todo orden jurídico estatal en una norma que confiere a un usurpador, o a una asamblea formada no importa cómo, el poder normativo (autorización, competencia) de actuar como primer constituyente y, en consecuencia, de (redactar y) promulgar la primera Constitución histórica de un cierto Estado, puesto que: *a)* el actuar del usurpador o de la asamblea es *moralmente justo*, y *b)* el usurpador o asamblea disponen de hecho, o bien de la fuerza soberana, o bien de los medios que harán probable que dispongan de ella.

Un segundo déficit de análisis concierne al problema por el cual los modelos alternativos de fundamentación del orden jurídico estatal ofrecen una solución: ¿se trata de *un solo problema*, o bien de *varios problemas diferentes*?

Bobbio, como se ha visto, sugiere que el modelo político de la teoría clásica del derecho público y el modelo jurídico de la teoría normativista kelseniana tienden a ofrecer una solución para *un mismo problema*: esto es, para “el” problema “del fundamento” de todo orden jurídico estatal.

Desgraciadamente, la palabra “fundamento”, cuando es utilizada en la locución “fundamento de todo orden jurídico estatal”, no siempre se refiere a la misma cosa (como he intentado sugerir antes). Por el contrario, es necesario destacar que, en la teoría jurídica y política, “fundamento” puede referirse a un “fundamento” axiológico, o bien a un “fundamento” deontológico, o bien, por último, a un fundamento fáctico de un orden jurídico estatal, de tal manera que debe distinguirse entre problemas diferentes.

Aquellos que se interrogan sobre el problema del *fundamento axiológico* de todo orden jurídico estatal, se interrogan sobre la norma, o sobre el conjunto de normas, en virtud de las cuales un orden estatal es *moralmente* válido, justo, legítimo, obligatorio.

Aquellos que se preguntan sobre el problema del *fundamento deontológico* de todo orden jurídico estatal, por el contrario, se interrogan sobre la nor-

⁶¹ Kelsen, Hans, *La dottrina pura...*, cit., pp. 235-238, 244-247, 308 y 368-377.

ma, o sobre el conjunto de normas, en virtud de las cuales un orden estatal es *jurídicamente* válido, legítimo, obligatorio.

Quienes se preguntan sobre el problema del *fundamento fáctico* de todo orden jurídico estatal, por último, se interrogan sobre los factores sociales de los que dependen el origen y conservación de un Estado; factores que identificarán, típicamente, en los fenómenos como la detención de una capacidad efectiva (superior) de coerción, la disposición o hábito de obediencia por parte de (la mayoría) un pueblo, etcétera.

Una vez que se ha distinguido entre los tres problemas de “fundamento” que he considerado, parece claro que los modelos políticos y los modelos jurídicos no siempre conciernen al mismo problema.

Los modelos políticos de la fuerza suprema y del poder normativo originario y autoatribuido proporcionan una respuesta al problema del fundamento fáctico de todo orden jurídico estatal: el origen y conservación de todo Estado depende de ciertos hechos sobre los que, por otra parte, las teorías y los modelos jurídicos se encuentran bastante conscientes.

El modelo jurídico de la norma *ex iusto facto ius oritur*, por el contrario, proporciona una solución al problema del fundamento axiológico de todo orden jurídico estatal: establece la condición bajo la cual un derecho estatal es moralmente válido, justificado, obligatorio. La fuerza suprema (justa) hace al derecho; aquel que detenta la fuerza suprema (justa) tiene el derecho moral de dictar (lo que debe ser según) el derecho positivo.⁶²

El modelo jurídico de la norma *ex facto ius oritur* (del principio de efectividad, de la norma fundamental) proporciona, por último, una solución al problema del fundamento deontológico de todo orden jurídico estatal: establece la condición bajo la cual un derecho estatal es jurídicamente obligatorio. La fuerza suprema hace el derecho: quien detenta la fuerza suprema tiene el derecho jurídico (el poder jurídico soberano) de dictar (aquello que debe ser según) el derecho positivo.

En conclusión, la crítica que Bobbio realiza de la norma fundamental, parece ser el resultado de un error de sincretismo metodológico. Al no distinguir entre los diferentes problemas alrededor “del fundamento del derecho estatal”, Bobbio no se da cuenta de la heterogeneidad problemática y funcional de (aquello que llama) “la teoría política” y “la teoría jurídica” del Estado. Este error lo conduciría a la conclusión, a su vez equivocada, de

⁶² Para lo que Capograssi llamó el “iusnaturalismo formal” (*supra*, II), toda fuerza soberana es, por definición, justa. Sin embargo, existen iusnaturalismos sustanciales, de acuerdo con los cuales la fuerza soberana confiere el título para gobernar un Estado si, y sólo si, es moralmente justa desde el punto de vista de su origen o fines que persigue.

que la norma fundamental, en tanto norma soberana, no tendría ninguna función válida en la teoría jurídica y política del Estado. Ciertamente, no puede proporcionar alguna solución, ni al problema del fundamento fáctico del Estado, ni al problema del fundamento axiológico o moral. Sin embargo, se revela útil cuando el problema es, sobre todo, aquel del fundamento deontológico. En consecuencia, una crítica útil del pensamiento kelseniano no debería negar toda función teórica válida a la idea de una norma soberana frente a la idea de un poder soberano. Esta deberá investigar, por el contrario, si la concepción kelseniana de la norma soberana (la norma fundamental, en tanto presupuesta por la ciencia jurídica) es teóricamente aceptable desde el punto de vista del problema del fundamento deontológico de los órdenes jurídicos positivos y, además, si es teóricamente preferible frente a concepciones diferentes de la norma soberana; por ejemplo, a una concepción que la considera como una norma de derecho positivo consuetudinario: la norma *ex facto ius oritur*.

C. Crítica de la teoría kelseniana de la ciencia jurídica (“dogmática”)

Por cuanto hace, en fin, a la teoría kelseniana de la ciencia jurídica (dogmática jurídica, estudio doctrinal del derecho), Bobbio adopta una postura crítica desde sus primeros escritos, como lo he mencionado. No se trata, cabe precisar, exactamente de la misma postura crítica, sino que, bien visto, se trata de tres posturas críticas diferentes, sobre todo en lo que concierne a sus *pars construens* que, sin embargo, comparten un mismo punto de partida.

El punto de partida de la crítica de Bobbio, en sus diferentes periodos, es la idea de acuerdo con la cual la teoría kelseniana de la ciencia jurídica sería un ejemplo paradigmático de teoría “positivista”. Entendiendo por este término —cabe resaltar— una teoría que i) se adhiere a la postura epistemológica del positivismo “metodológico” o “científico”, inspirado por la “ética de la *Wertfreiheit*”,⁶³ ii) la cual está, a su vez, histórica y culturalmente condicionada (y legitimada) por el positivismo legalista (*Gesetzespositivismus*), esto es, por la ideología dominante en la cultura jurídica europea de la segunda mitad del siglo XIX y primeras décadas del XX, que ve en la ley la fuente principal, si no exclusiva, del derecho, que niega a la ciencia jurídica toda función de fuente del derecho y, en consecuencia, que sostiene que el papel de los juristas debe limitarse a la exposición ideológica y axiológica-

⁶³ Bobbio, Norberto, “Essere e dover essere nella scienza giuridica”, en Bobbio, Norberto, *Diritto e potere...*, cit., p. 54.

mente neutra (*Wertfrei*) del contenido de las normas jurídicas en vigor promulgadas por las autoridades constituidas.⁶⁴

A partir de ahí, Bobbio elabora una crítica de la teoría kelseniana, que es, primero, antipositivista;⁶⁵ después, se transforma en crítica positivista;⁶⁶ hasta devenir, por último, postpositivista.⁶⁷

En este último periodo crítico, el único que consideraré aquí, Bobbio, siempre adoptando una postura que es “postpositivista” porque demanda el desplazamiento del “positivismo” tal como ha sido caracterizado anteriormente, rechaza el modelo kelseniano de ciencia jurídica, por dos razones.

La primera razón es, considerado todo, de escasa importancia. El modelo positivista kelseniano —de acuerdo con Bobbio— está mal formulado. Kelsen dibuja la distinción entre ciencia jurídica normativa, ciencia jurídica causal-explicativa y la producción de normas jurídicas, al distinguir entre *Sein-Sätze*, *Soll-Sätze* (*Rechtssätze*) y *Soll-Normen* (*Rechtsnormen*), que serían sus productos respectivos. Las *Sein-Sätze* son proposiciones que conciernen, por ejemplo, a la eficacia de una norma o a los factores ideológicos (la filosofía de la justicia), de los cuales su contenido ideológico es extraído: estas son proposiciones típicamente formuladas por los sociólogos del derecho. Las *Soll-Normen* (*Rechtsnormen*) son enunciados que contienen un (una forma del verbo) *Sollen* “en sentido prescriptivo”: prescriben aquello que debe ser o debe pasar; son normas formuladas por autoridades jurídicas. Las *Soll-Sätze* (*Rechtssätze*)

⁶⁴ *Ibidem*, pp. 50-56, 61-66 y 69.

⁶⁵ Bobbio, Norberto, *Scienze e tecnica del diritto...*, cit. La crítica es “antipositivista” porque, después de haber subrayado el carácter inacabado del modelo “positivista” kelseniano (Kelsen nos dice que la ciencia jurídica no es una ciencia causal-explicativa sino que, al afirmar que tiene un carácter “normativo”, no nos dice en qué consiste), Bobbio adopta una perspectiva extraída de la fenomenología de Husserl y sostiene que la cientificidad de la ciencia jurídica consiste en identificar, a través de intuiciones eidéticas, la esencia de los conceptos jurídicos que forman la base sólida sobre la cual todas las leyes —y las normas jurídicas en general— reposan.

⁶⁶ Bobbio, Norberto, “Scienza del diritto e analisi del linguaggio”, en Bobbio, Norberto, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Italia, Giappichelli, 1994, pp. 335-365. La *pars destruens* de la crítica de Bobbio es la misma que durante el periodo fenomenológico (el carácter inacabado de la teoría kelseniana), pero Bobbio opone, aquí, al modelo positivista kelseniano un modelo positivista diferente que considera satisfactorio, elaborado sobre la base de la concepción neopositivista de la cientificidad como “rigor”. La ciencia jurídica normativa —sostiene Bobbio— es una verdadera ciencia, de acuerdo con los cánones del positivismo lógico, porque transforma el lenguaje del derecho, es decir, el discurso del legislador, en un discurso riguroso, en el cual todos los términos categóricos contenidos en las leyes son definidos de una manera precisa, y en el cual las lagunas y las antinomias (*prima facie*) son resueltas sobre la base de reglas de transformación extraídas del propio lenguaje legislativo.

⁶⁷ Bobbio, Norberto, “Essere e dover essere...”, cit., pp. 50-74.

son, en fin, “proposiciones” que contienen un (una forma del verbo) *Sollen* en “sentido descriptivo”: describen aquello que debe ser o debe pasar;⁶⁸ son las proposiciones jurídicas típicamente formuladas por los juristas. Ahora bien, Bobbio sostiene que la distinción entre *Sollen* en “sentido descriptivo” y *Sollen* en “sentido prescriptivo”, es el fruto de un error capital. El verbo *Sollen*, considerado en sí mismo, *siempre* tiene el mismo sentido, que es prescriptivo: sea en las normas, sea en las proposiciones jurídicas. Lo que cambia, cuando se cambia el contexto de formulación, es el sentido global de los enunciados que contienen las formas de tal verbo, que a veces es un sentido prescriptivo, a veces un sentido asertivo.⁶⁹

La segunda razón es mucho más aguda. La teoría kelseniana de la ciencia jurídica, en tanto “metajurisprudencia prescriptiva” que constriñe a los juristas a limitarse a describir las normas jurídicas en vigor por medio de proposiciones jurídicas,⁷⁰ propone —de acuerdo con Bobbio— un modelo anacrónico, influenciado en última instancia, como se ha visto, por el positivismo legalista del siglo XX. Impone, pues, a los juristas, una tarea de simple descripción, que es muy diferente de aquella que ellos ejercen habitualmente,⁷¹ y que —como lo sugiere Bobbio— condena la doctrina jurídica al ostracismo y marginalización intelectual, borrando su función prescriptiva y política fundamental.⁷²

La crítica de Bobbio a la teoría de la ciencia jurídica de Kelsen se puede aceptar sólo en parte. Se puede estar de acuerdo, por supuesto, sobre la exactitud de la crítica a la tesis kelseniana del “doble significado de *Sollen*”. La segunda crítica presenta, también, aspectos fundados. En particular, cuando sostiene que una ciencia jurídica (doctrina jurídica) de carácter *normativo* —que formula consejos de *iure condito* (*de lege lata*) o de *iure condendo* (*de lege ferenda*) destinados a los jueces y legisladores— no corresponde sola-

⁶⁸ Apparently, Kelsen has taken the thesis of the “double meaning of the word *Sollen*” (“Doppeldeutigkeit des Wortes Sollen”) of the German logician Christoph Sigwart (Kelsen, Hans, *La dottrina pura...*, cit., p. 92, text and note 1).

⁶⁹ Bobbio, Norberto, “Essere e dover essere...”, cit., pp. 63-66.

⁷⁰ *Ibidem*, pp. 53-66.

⁷¹ Es decir: la “creación” de normas jurídicas, sea a través de una actividad de “detección”, que incluye a su vez la “constatación” de normas válidas, su “comprensión” (interpretación) y, si es necesario, su “seguimiento” (integración), sea a través de una actividad de “revisión”, y, una vez creadas, su “utilización”, sea para resolver problemas de derecho (utilización directa o aplicativa), sea para elaborar un sistema conceptual con miras a la resolución de problemas de derecho (utilización indirecta o dogmática). Todas estas actividades no son “descriptivas”; ellas entrañan necesariamente “juicios de valor” prácticos; ellas tienen una función “prescriptiva”, aunque no “imperativa”. *Ibidem*, pp. 56-60 y 67-69.

⁷² *Ibidem*, pp. 66-74.

mente a aquello que pasa en la realidad, tal como es descrita por la meta-jurisprudencia analítica, sino que corresponde, también, a lo que *está bien que pase*, de acuerdo con las recomendaciones de una metajurisprudencia prescriptiva adecuada al tiempo presente.⁷³

Sin embargo, existen dos puntos que no son convincentes.

La primera duda corresponde a la imagen que Bobbio ofrece de la concepción kelseniana de ciencia jurídica. Se trata, hay que decirlo, de una imagen muy empobrecida, que no tiene en cuenta sus dos tareas: la tarea de “descripción estática”, que consiste en elaborar una descripción sistemática de las normas generales e individuales válidas de un orden jurídico, en un cierto tiempo, y la tarea de “descripción dinámica”, que consiste en identificar, a través de la interpretación científica, el cuadro de todos los significados metodológicamente posibles de “normas” generales válidas.⁷⁴ Por supuesto, se puede sostener que la concepción kelseniana de la ciencia jurídica, aun bajo la luz de esta presentación más articulada, continúa siendo defectuosa. Pero, al menos en este último caso, el juicio negativo sería el resultado de un esfuerzo de comprensión que hace justicia a la complejidad de su objeto.

La segunda duda corresponde al vínculo que Bobbio vislumbra, en la obra de Kelsen, entre positivismo (metodológico o) científico, que es una postura relativa al conocimiento científico del derecho positivo, y el positivismo legalista, que es, por el contrario, una ideología de las fuentes del derecho y del papel (justo) de la jurisdicción y de la ciencia jurídica en la producción normativa. Mis reservas, al respecto, nacen de tres consideraciones.

1. La teoría kelseniana del derecho positivo, en su conjunto y, en particular, en su ingrediente nomodinámico, atestigua el rechazo total a la ideología del positivismo legalista. Frente a la falsa representación de la estructura de los órdenes jurídicos que puede extraerse de ésta, Kelsen opone una representación —la *Stufenbau*— en la cual, como

⁷³ *Ibidem*, pp. 73 y 74. Bobbio, cabe precisar, no toma partido en favor de una metajurisprudencia prescriptiva *determinada*. Toma partido, sobre todo, en favor de toda metajurisprudencia que *prescribe* a los juristas (también *prescribir* (“sugerir reglas”), y que les prohíbe limitarse a la simple descripción del derecho en vigor. Si se observan tales metajurisprudencias, la elección se presenta entre tradición o innovación, por lo que respecta a los valores éticos (“principios”) empleados, y entre conservación o progreso, por cuanto hace a la adaptación o no adaptación del sistema jurídico a la realidad social.

⁷⁴ En realidad, Bobbio hace una referencia, rápida y crítica, a la tarea de interpretación científica, en Bobbio, Norberto, “Struttura e funzione...”, *cit.*, p. 85. Propongo tal reconstrucción de la concepción kelseniana de la ciencia jurídica en Chiassoni, Pierluigi, *Da Bentham a Kelsen...*, *cit.*, pp. 398-408.

bien se sabe, la producción de las normas jurídicas no coincide con la producción de las (normas generales expresadas por las) leyes, sino que comprende normas de diferentes niveles, por encima y por debajo de las leyes, generales e individuales, normas que, una vez que han sido creadas por órganos autorizados (siempre que regulen conductas comprensibles y posibles), son válidas, al menos en función de la cláusula alternativa tácita.⁷⁵

2. Kelsen estuvo del todo consciente del carácter político de la doctrina jurídica, así como de la utilidad social de la política jurídica de *lege lata* y de *lege ferenda*, tradicionalmente conducidas por los juristas.⁷⁶ Su intento —bien conocido por Bobbio—⁷⁷ había sido, en efecto, no ya aquello de eliminar todo elemento evaluativo y político de la obra de los juristas, sino el de buscar evitar, por una parte, que los juristas presenten tramposamente como científicas, tesis que son, por el contrario, de política,⁷⁸ y por otra parte, toda confusión entre las proposiciones de política jurídica de los juristas y las normas jurídicas producidas por órganos autorizados.⁷⁹
3. Aun bajo la luz de su biografía intelectual,⁸⁰ Kelsen parece haber adoptado el positivismo científico y, en particular, el ideal de una doctrina jurídica genuinamente científica, no ya por su “funcionalidad” en relación con los objetivos ideológicos del positivismo legalista, o bajo su influencia, sino como consecuencia de una adhesión sincera y profunda al valor del conocimiento científico considerado en sí mismo. Frente al carácter político (disfrazado de científico) de

⁷⁵ Kelsen, Hans, *Lineamenti di dottrina...*, cit., capítulo V; Kelsen, Hans, *Teoria generale del diritto...*, cit., pp. 111-165; Kelsen, Hans, *La dottrina pura...*, cit., pp. 217-310.

⁷⁶ Véase, por ejemplo, Kelsen, Hans, *Lineamenti di dottrina...*, cit., pp. 42-45; Kelsen, Hans, *Teoria generale del diritto...*, cit., pp. xxiii-xxv; Kelsen, Hans, *La dottrina pura...*, cit., pp. 7 y 8.

⁷⁷ Bobbio, Norberto, “La teoría pura del diritto e i suoi critici...”, cit., p. 22: “[La Teoría Pura] es, frente a otras teorías de la justicia..., indiferente; y es, precisamente, esta indiferencia, en que consiste el deber del jurista, en tanto hombre de ciencia” (las itálicas son mías); Bobbio, Norberto, “Struttura e funzione...”, cit., pp. 78 y 82-89.

⁷⁸ Kelsen, Hans, *Lineamenti di dottrina pura...*, cit., pp. 42, 43-45; Kelsen, Hans, “Science and Politics”, en Kelsen, Hans, *What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science*, Estados Unidos de América, University of California Press, 1957, pp. 367 y 368; Kelsen, Hans, *La dottrina pura...*, cit., pp. 7 y 8, donde se lee que “porque, sin embargo, este problema [el problema de la justicia] tiene una importancia capital para la política del derecho, trato en el apéndice de anunciar aquello que se debe decir al respecto, desde un punto de vista científico y, en particular, sobre una doctrina iusnaturalista” (las cursivas son mías), p. 389.

⁷⁹ Kelsen, Hans, *La dottrina pura...*, cit., pp. 386-390; Kelsen, Hans, *Teoria generale delle...*, cit., p. 186.

⁸⁰ Kelsen, Hans, *Scritti...*, cit., pp. 59-63, 73 y 74.

la ciencia jurídica de su tiempo, Kelsen trató de elaborar un modelo en concordancia con el postulado de neutralidad evaluativa del positivismo científico, en el marco de un conjunto de disciplinas relativas al derecho, que incluía la sociología jurídica y la filosofía analítica de la justicia.⁸¹ La cuestión de si este modelo se encuentra mal construido, o si no obstante puede enviar mensajes que pueden considerarse como inoportunos o nocivos, es un tema que no abordaré aquí.

IV. LAS QUEJAS DE RICCARDO GUASTINI

La obra de Guastini es un ejemplo muy representativo de esta enfermedad del alma, el “kelsenitismo”, cuya propagación Bobbio habría propiciado en Italia (*supra*, III). La teoría pura del derecho figura, en ella, como un objeto constante de confrontación, de reflexión y de crítica.⁸² La crítica consiste, en particular, en la elaboración de una carta de reclamos articulada, que cuestiona todas las nociones capitales de la teoría kelseniana (norma jurídica, validez, orden jurídico, norma fundamental, proposición jurídica, ciencia jurídica, interpretación), así como el éxito en la realización de los objetivos teóricos que Kelsen se habría, aparentemente, propuesto.

Al respecto, un vistazo revelador de la crítica guastiniana puede extraerse del ensayo más reciente que ha consagrado a la obra de Kelsen: “Una senda que se bifurca. La ciencia jurídica entre el ser y el deber” (“A Path that Forks. Legal Science between Is and Ought”).⁸³ Es, entonces, a este ensayo al que voy a dedicar la última parte de este escrito. Sus tesis esenciales se resumen en cuatro puntos:

1. La teoría pura se caracteriza por ser un esfuerzo continuo, por parte de Kelsen, cuyo objetivo es establecer una distinción nítida entre el derecho y la ciencia del derecho.⁸⁴
2. El éxito de este esfuerzo depende de la elaboración de nociones adecuadas (bien construidas, claras y distintas) de norma jurídica y de proposición jurídica.

⁸¹ Kelsen, Hans, *La dottrina pura del diritto e la giurisprudenza...*, cit., pp. 173-185; Kelsen, Hans, *Teoria generale del diritto...*, cit., pp. 165-182.

⁸² Véase, por ejemplo, Guastini, Riccardo, “Introduzione”, en Kelsen, Hans, *La teoria politica del...*, cit., pp. 16-29; Guastini, Riccardo, *Distinguendo...*, cit., pp. 101-113 y 211-216; Guastini, Riccardo, *Distinguendo ancora...*, cit., pp. 69-76, 77-90 y 91-103; Guastini, Riccardo, *Discutendo...*, cit., pp. 81-90; Guastini, Riccardo, *A Path that Forks...*, cit.

⁸³ *Ibidem*, § 1.

⁸⁴ *Idem*.

3. Lamentablemente, Kelsen no tuvo éxito en elaborar nociones de norma jurídica y de proposición jurídica adecuadas al objetivo que se propuso.⁸⁵ Por una parte, elaboró una noción de norma jurídica (que Guastini identifica con la noción que, como veremos a continuación, llamaré “fuerte”), que se encuentra contaminada por una noción de validez incierta y discutible, oscilante entre lo fáctico y lo normativo.⁸⁶ Por otra parte, a partir de una aparente indecisión entre una concepción de la proposición jurídica como “proposición empírica” y una concepción de la proposición jurídica como “proposición normativa”, opta por la segunda, y concibe la proposición jurídica como una proposición normativa isomorfa a la norma que ella se propone describir.⁸⁷
4. De tal manera que, en conclusión, debido a los defectos de las nociones de norma y proposición jurídica, Kelsen falló en su objetivo de establecer sobre bases teóricas sólidas la distinción entre el derecho y la ciencia jurídica.⁸⁸

La crítica guastiniana —aunque aparentemente convincente— presenta dos aspectos que no la hacen del todo aceptable.

En primer lugar, no puede aceptarse sin reservas la crítica que Guastini dirige a la noción kelseniana de norma jurídica. Ésta se funda, se puede sostener, sobre una reconstrucción parcial y discutible del pensamiento de Kelsen. En particular, no da cuenta del hecho de que, en la teoría pura, Kelsen utiliza aparentemente dos nociones de “norma jurídica”: una noción (que llamaré) *débil* y una noción (que llamaré) *fuerte*.

En la noción fuerte, que es la única que Guastini considera, la validez —en tanto “existencia específica”, “fuerza obligatoria”, “vigor”— interpreta el papel de una *propiedad definitoria* del concepto de norma jurídica. De acuerdo con esta noción, en particular, una “norma jurídica” es precisa-

⁸⁵ *Ibidem*, §§ 1 y 3.

⁸⁶ *Ibidem*, § 4. “Kelsen sostiene que la validez equivale, al mismo tiempo, a la existencia (aparentemente, una cuestión de hecho), y a la fuerza vinculante (que ciertamente *no* es una cuestión de hecho)”.

⁸⁷ *Ibidem*, § 1. (“Kelsen parece incapaz de dar una explicación coherente y satisfactoria, tanto de la redacción como de la forma lógica de los enunciados jurídicos [o proposiciones de derecho] ...no puede decidir si los enunciados jurídicos son oraciones empíricas [ser] o normativas [deber]. Esto es especialmente claro en su póstuma *Teoría general de las normas*”), § 3 (“Definitivamente, de acuerdo con Kelsen, las proposiciones jurídicas son enunciados de deber, justo como las normas que afirma describir. En ese sentido, sin embargo, la distinción entre derecho y ciencia jurídica queda completamente desdibujada”).

⁸⁸ *Ibidem*, § 3.

mente: *i*) una *prescripción* (o autorización, permiso, derogación), *ii*) que es el significado de un acto de voluntad de un sujeto autorizado a producirla por una norma superior válida, de un cierto orden jurídico,⁸⁹ y *iii*) que es, a su vez válida (existente, obligatoria, en vigor) debido a la mencionada norma de autorización. De tal manera que, en palabras de Kelsen, citadas por Guastini: “una norma válida es una expresión pleonástica”, así como “una norma inválida es una contradicción en los términos”.⁹⁰

Por el contrario, en la noción *débil*, que Guastini aparentemente no considera, la validez no interpreta más, con relación al concepto de “norma jurídica”, el papel de una propiedad definitoria, sino más bien el papel de una *propiedad concomitante y contingente*. Es decir, indica una propiedad cuya función *no es la de contribuir a la definición* del concepto de “norma jurídica”, y que *puede estar* presente, como puede no estarlo, en los objetos que se denominan “normas jurídicas”. De acuerdo con esta noción, una “norma jurídica” es precisamente: *i*) una *prescripción* (o autorización, permiso, derogación), *ii*) que es el significado de un acto de voluntad de un sujeto autorizado a producirla por una norma superior válida de un cierto orden jurídico.⁹¹ Una norma así entendida *puede ser* (y es en el mayor de los casos) válida, como *puede no serlo*. Por una parte, como Kelsen toma cuidado en precisar, una norma no es válida (obligatoria para sus destinatarios), y no puede ser considerada válida *ab origine* si, en tanto prescripción, prescribe conductas que son necesarias, imposibles, o bien totalmente incomprensibles. Por otra parte, una norma no es (no más) válida, no puede (no más) ser considerada válida (obligatoria para sus destinatarios), si la conducta que regula ha devenido imposible, o, más aún, si ha sido abrogada o anulada por otra norma, o si ha perdido su validez por desuetudo (en los órdenes jurídicos que admiten esta forma de abrogación) o, en fin, si el orden jurídico al que pertenece no es, más, eficaz en términos generales.⁹²

La noción débil de “norma jurídica” merece ser reconocida como valiosa desde un punto de vista metateórico, y precisamente en la reconstrucción del pensamiento de Kelsen, por dos razones. En primer lugar, corresponde de manera más exacta a la teoría kelseniana sobre la validez, que considera

⁸⁹ O bien, el sentido de una costumbre autorizada por una superior válida (véase, por ejemplo, Kelsen, Hans, *Allgemeine Theorie...*, cit., capítulo 34, § III.

⁹⁰ Guastini, Riccardo, *A Path...*, cit., § 4, que toma las citas textuales de la traducción al inglés de la *Allgemeine Theorie der Normen*: Kelsen, Hans, *General Theory of Norms*, Estados Unidos de América, Clarendon Press, 1991, p. 171.

⁹¹ O bien, el sentido de una costumbre autorizada por una norma superior válida.

⁹² Véase, por ejemplo, Kelsen, Hans, *La dottrina pura...*, cit., pp. 217 y ss; Kelsen, Hans, *Teoria generale delle...*, cit., capítulos 27, 34, § II y III.

al acto voluntario de emanación (*Setzungsakt*) como una condición *necesaria* —salvo por las costumbres, por supuesto— pero *insuficiente* de la validez de las *normas*.⁹³ Además, esta es la noción que, de hecho, parece la más utilizada por el propio Kelsen en sus obras. Por ejemplo, en los innumerables pasajes donde caracteriza la tarea de la ciencia jurídica, o cuando considera la distinción entre normas y proposiciones jurídicas, él se expresa de la manera siguiente:

La doctrina jurídica solo puede enunciar que una determinada *norma jurídica* está en vigor..., pero no puede *poner en vigor normas* ni tampoco *privarlas de vigor*.

...cuando... en un manual que describe un orden jurídico positivo se encuentra la oración “Si un hombre roba debe ser condenado a la pena de prisión” lo que... se quiere decir es... Está en *vigor la norma Si un hombre roba debe ser condenado a la pena de prisión*

El enunciado de que una *norma* fue *establecida* y es *eficaz*, y el enunciado de que una *norma* es *válida* son dos enunciados diferentes. Pero la segunda oración solo es verdadera si la primera es verdadera.⁹⁴

Ahora bien, si Kelsen en sus escritos hubiera adoptado *solamente* la noción fuerte de norma jurídica, como sugiere Guastini, y no ya también, y a menudo, la noción débil, como yo lo sugiero, todos los pasajes que he citado expresarían afirmaciones pleonásticas y engañosas.

Un punto merece ser subrayado antes de continuar. Mi crítica de la crítica guastiniana de la noción kelseniana de norma jurídica no equivale a una “absolución plena” de la teoría pura (como diría Bobbio). Por el contrario, sugiere una conclusión que posee la amargura de la paradoja. El teórico del derecho más importante del siglo XX no tuvo éxito, aun en su última obra consagrada a la *Teoría general de las normas*, en establecer una noción de norma bien construida, manteniéndose más bien en un estado de oscilación entre una noción débil y una noción fuerte.

⁹³ Guastini sostiene que Kelsen considera el acto de promulgar como condición *necesaria* y *suficiente* de la validez de la norma que es el significado: “de acuerdo con Kelsen, una norma es válida *si y solo si* ha sido efectivamente promulgada (por una autoridad competente)” (Guastini, Riccardo, *A Path...*, cit., § 2). Sin embargo, haciendo abstracción de las costumbres, Kelsen parece considerar que el acto de promulgar es una condición necesaria, pero insuficiente, de la validez de una norma. Véase, por ejemplo, citando de nuevo la edición inglesa empleada por Guastini, Kelsen, Hans, *General Theory of Norms*, p. 18: “la norma «debes prepararte para la guerra» es válida *solo si* es el significado de un acto de voluntad, esto es, de un acto normativo”, y p. 233: “la proposición acerca de la validez de una norma es verdadera *solo si* la proposición sobre la celebración del acto de voluntad del que es el significado, es cierto” (en ambas citas, las cursivas son mías).

⁹⁴ Kelsen, Hans, *General Theory of Norms...*, cit., pp. 118, 155 y 181 (las cursivas son mías).

Si se pasa, ahora, a la crítica guastiniana de la noción kelseniana de proposición jurídica, ella tampoco puede ser aceptada por completo. Guastini, como se ha visto, sostiene que Kelsen, no sin una cierta indecisión, habría adoptado una concepción sobre las proposiciones jurídicas como “ought-sentences” indiferenciables de las normas jurídicas:

Kelsen parece incapaz de elaborar una concepción coherente y satisfactoria, sea de la formulación, sea de la forma lógica, de las proposiciones jurídicas (*legal statements*)... no es capaz de decidir si las proposiciones jurídicas son enunciados empíricos (*is*) o normativos (*ought*). Esto es particularmente claro en su póstuma *Teoría General de las Normas*.⁹⁵

Kelsen se queja de la confusión entre normas y proposiciones sobre las normas y, en consecuencia, entre derecho y ciencia jurídica (*General Theory of Norms*, 155). Sin embargo, es él mismo quien atiza tal confusión.⁹⁶

En conclusión, de acuerdo con Kelsen, las proposiciones jurídicas son enunciados deónticos (*ought-sentences*), justo como las normas que pretenden describir. De esta manera, sin embargo, la distinción entre derecho y ciencia jurídica resulta completamente desdibujada.⁹⁷

Uno se encuentra, como antes, frente a una reconstrucción que se puede considerar parcial del pensamiento kelseniano y que, además, es empleada para adelantar una conclusión que no parece sostener, como se verá enseguida.

La reconstrucción de Guastini es parcial, porque el último Kelsen, el Kelsen de la *Teoría general de las normas* (*Allgemeine Theorie der Normen*), introduce modificaciones sustanciales en su concepción de las proposiciones jurídicas, con el objetivo de mejorarla, lo que Guastini, aparentemente, no considera.

En primer lugar, hay una *modificación terminológica*. Aquello que el Kelsen de la segunda edición de la *Teoría pura del derecho* (*Reine Rechtslehre*) denomina

⁹⁵ Guastini, Riccardo, *A Path...*, cit., § 1: “Kelsen parece incapaz de dar una explicación coherente y satisfactoria, tanto de la redacción como de la forma lógica de los enunciados jurídicos (o proposiciones de derecho) ...no puede decidir si los enunciados jurídicos son oraciones empíricas (ser) o normativas (deber). Esto es especialmente claro en su póstuma *Teoría General de las Normas*”.

⁹⁶ *Ibidem*, § 3: “Kelsen se queja de la confusión entre normas y proposiciones sobre las normas y, consecuentemente, entre derecho y ciencia jurídica (GTN, 155). Sin embargo, él mismo promueve tal confusión”.

⁹⁷ *Idem*. “Definitivamente, de acuerdo con Kelsen, las proposiciones jurídicas son enunciados de deber, justo como las normas que afirma describir. En ese sentido, sin embargo, la distinción entre derecho y ciencia jurídica queda completamente desdibujada”.

proposición jurídica (*Rechtssatz*) (y *rule-of-law* en un *sentido descriptivo* en la *Teoría general del derecho y del Estado* [*General Theory of Law and State*])⁹⁸ es ahora, denominado, en varios pasajes, utilizando una nueva locución: “*proposición sobre (la existencia o la validez de) una norma*” (*Aussage über eine Norm, Aussage über der Vorhandensein oder die Geltung einer Norm*). De suerte que, en diferentes pasajes, la oposición no se encuentra más, como antes, entre norma y proposición jurídica (*Rechtssatz*), sino entre norma y proposición sobre una norma (*Aussage über eine Norm*).⁹⁹

En segundo lugar, la modificación terminológica se encuentra acompañada de un aparato terminológico y conceptual más articulado que antes. Este aparato es construido sobre una distinción marcada entre los enunciados, en tanto expresiones lingüísticas, y los significados de los enunciados, en tanto entidades semánticas y pragmáticas. Por una parte, Kelsen subraya que una norma (imperativa) puede ser formulada de tres maneras diferentes: a través de un *enunciado imperativo* (“Se impondrá a los ladrones una pena de prisión de un año”), por medio de un *enunciado deóntico* (*Soll-Satz*) (“Los ladrones deben ser castigados con una pena de prisión de un año”) o, finalmente, a través de un *enunciado* (que llamaré) *óntico* (*Seins-Satz*) (“Los ladrones son castigados con una pena de prisión de un año”).¹⁰⁰ Por otra parte, Kelsen subraya también que una proposición jurídica, o bien una proposición sobre (la validez o existencia específica de) una norma, puede ser formulada de dos maneras diferentes: a través de un enunciado óntico (“La norma *los ladrones deben ser castigados con una pena de prisión de un año* es válida [en el derecho penal de***]”), o bien a través de un enunciado deóntico (“De acuerdo con el derecho penal de***, si alguien es un ladrón, debe ser castigado con una pena de prisión de un año”).¹⁰¹

⁹⁸ Kelsen, Hans, *Reine...*, cit., pp. 141-148; 152-162, 168-175 y 368-373; Kelsen, Hans, *General Theory of Law...*, cit., pp. 45-47; Kelsen, Hans, *Allgemeine Theorie...*, cit., pp. 18, 237, nota 25, 104, 124, 150, 315, 138, 331 y 156.

⁹⁹ Kelsen, Hans, *Allgemeine Theorie...*, cit., capítulos 38, 41, 43, 44, 45, 46, 48 y 49.

¹⁰⁰ *Ibidem*, capítulo 38, § I.

¹⁰¹ *Ibidem*, capítulo 38, §§ I y V, y 41. Véase, también, los capítulos 43, 44, 45, 46, 48 y 49. El capítulo 38, § I, contiene, aparentemente, una afirmación contradictoria con aquello que sostiene Kelsen en los capítulos 38 (§ V) y 41: las proposiciones jurídicas, las afirmaciones sobre las normas, “deben necesariamente (*muß*) ser formuladas a través de enunciados deónticos y no por medio de enunciados ónticos”. De hecho, en los capítulos 38 (§ V) y 41, Kelsen clarifica el sentido de su afirmación precedente: una afirmación jurídica no puede ser formulada a través de un enunciado que describe la existencia de un hecho real (por ejemplo, “Los ladrones son castigados”), sino solamente por medio de un enunciado que describe el ser de un deber, un “ser ideal” (“ein ideelles... Sein”), sea óntico (La norma “Los ladrones son castigados con una pena de prisión de un año es válida”), o bien deóntica (“De

En tercer lugar, y por último, al tratar del significado de los enunciados deónticos (*Sollen-Sätze*, *Sollen-sentences*), Kelsen subraya que sólo (un factor que se dirá pragmático como) el contexto de formulación y, en particular, la intención —y el papel institucional— del sujeto que la formula, nos puede ayudar a establecer si un enunciado deóntico significa una norma o bien una proposición sobre una norma.¹⁰²

En conclusión: la tesis guastiniana de acuerdo con la cual el último Kelsen habría, igualmente, como por el pasado, adoptado una concepción de las proposiciones jurídicas como (necesariamente) dotadas de la forma de enunciados deónticos, isomorfos a las normas que pretenden describir, no puede ser aceptada sin reservas. El último Kelsen adopta de hecho, y por el contrario, una concepción más articulada, que toma en cuenta los resultados de la filosofía analítica del lenguaje, y que parece adecuada a prevenir toda confusión entre derecho (las normas jurídicas) y la ciencia del derecho (las proposiciones que describen las normas válidas de un orden positivo).

Esta conclusión nos conduce a considerar, aunque brevemente, el último punto de Guastini: la tesis de acuerdo con la cual, como consecuencia de la elaboración defectuosa de la distinción entre normas y proposiciones jurídicas, aun la distinción “entre el derecho y la ciencia jurídica”, una de las preocupaciones principales de Kelsen durante toda su larga vida de filósofo del derecho positivo, resultaría “completamente desdibujada”. Me limitaré a dos observaciones.

Primero, la concepción del último Kelsen sobre la distinción entre normas y proposiciones jurídicas no parece contribuir de ninguna manera a la confusión entre el derecho (las normas jurídicas) y la ciencia jurídica (las proposiciones jurídicas). Todo lo contrario. Kelsen proporciona a todo jurista “de buena fe” un aparato terminológico y conceptual suficiente (aunque, por supuesto, perfectible) para ser capaz de distinguir claramente entre i) el discurso del derecho, ii) el discurso de la ciencia jurídica, en tanto verdadera actividad científica (*qua scientia*), y iii) el discurso de la ciencia jurídica como factor de política del derecho (a través de interpretaciones volitivas “no-auténticas”).¹⁰³

Segundo, si se busca el factor que podría ser la causa (primaria) de tal (pretendida) confusión, sería mejor localizarla en la epistemología kelsenia-

acuerdo con el derecho *****, si alguien roba, debe ser castigado con una pena de prisión de un año).

¹⁰² Véase, por ejemplo, Kelsen, Hans, *Allgemeine Theorie...*, cit., capítulo 38, § IV.

¹⁰³ *Ibidem*, capítulos 8, 29, § IV, 38, 41, 59 (§ XIV), pp. 394 y 395 y nota 155; Kelsen, Hans, *Reine...*, cit., capítulo VIII, §§ 45-47.

na. En particular, en la adhesión de Kelsen a una epistemología constructivista, de origen kantiano y neokantiano, que confiere a la ciencia jurídica normativa (o “dogmática”) la tarea de (y el título para) realizar, como lo dije, o bien la *transformación* de los materiales jurídicos positivos en un sistema coherente de normas jurídicas (en la época del positivismo (neo) kantiano puro),¹⁰⁴ o bien la *descripción sistematizadora* de las normas válidas de los órdenes jurídicos positivos (en la época del positivismo (neo)kantiano descriptivista:¹⁰⁵ *supra*, III). Por lo tanto, aun admitiendo que haya efectivamente una confusión entre el derecho de la ciencia jurídica en estas épocas precedentes de la epistemología jurídica kelseniana (la cual es, sin embargo, cuestionable), es necesario tener en cuenta un hecho (que debería ser) bien conocido: el constructivismo está en retirada en el último Kelsen; él defiende, en la *Teoría general de las normas* (*Allgemeine Theorie der Normen*), una visión postconstructivista, más fuertemente descriptivista, de la tarea de la ciencia jurídica, habiendo rechazado, en particular, la tesis de la aplicación indirecta de la lógica (principio de no contradicción y regla de inferencia) a las normas, y habiendo adoptado en cambio la idea, extraída de un viejo ensayo de Adolf Merkel, de que todo principio para resolver las antinomias es y no puede ser otra cosa que una norma de derecho positivo, cuya existencia o inexistencia en un orden jurídico,¹⁰⁶ una ciencia realmente positivista debe limitarse a constatar.

¹⁰⁴ Véase, por ejemplo, Kelsen, Hans, *La dottrina del diritto naturale...*, *cit.*

¹⁰⁵ Kelsen, Hans, *Reine...*, *cit.*, capítulo III.

¹⁰⁶ Kelsen, Hans, *Allgemeine Theorie...*, *cit.*, capítulos 29, 50, 57-59.

CÓMO LA TEORÍA PURA DEL DERECHO CONQUISTÓ AMÉRICA LATINA*

Miriam GASSNER**

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Los primeros contactos de Kelsen con el mundo hispanohablante*. III. *El primer viaje de Kelsen a América Latina*. IV. *Carlos Cossío y la creciente popularidad de Kelsen en América Latina*. V. *El viaje de Kelsen a Sudamérica en 1949 y sus consecuencias*. VI. *México y la propuesta del Premio Nobel de la Paz*.

I. INTRODUCCIÓN

Una de las principales razones de la influencia que pudo alcanzar la teoría pura del derecho de Hans Kelsen en todo el mundo se encuentra en el hecho

* El presente artículo es una parte sustancial del siguiente texto: Gassner, Miriam, “Der Kreis um Hans Kelsen in Lateinamerika. Wie die Reine Rechtslehre Lateinamerika erober-te”, *Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs (BRGÖ)*, 2014, pp. 66-83, el cual fue traducido al castellano por Gonzalo Villa-Rosas, Investigador del Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Universidad Externado de Colombia, contacto: gonzalo.villa@uexternado.edu.co. Investigador asociado (*Projektmitarbeiter*) Departamento de Historia Jurídica y Constitucional, Facultad de Derecho, Universidad de Viena, contacto: gonzalov93@univie.ac.at.

** Investigadora asociada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Viena, Austria. Contacto: miriam.gassner-olechowski@univie.ac.at. Página web: www.miriamgassner.at.

Este artículo contiene los resultados del proyecto de la FWF P 23747, “La vida de Hans Kelsen en América (1940-1973) y la difusión mundial de su doctrina jurídica”. En el marco de este proyecto, la autora de este artículo tuvo la tarea, entre otras cosas, de investigar las relaciones de Kelsen con los juristas latinoamericanos y, junto al director del proyecto, el profesor Thomas Olechowski, emprendió dos viajes a América (a los países de Argentina, Brasil, México, Uruguay y Estados Unidos de América) en 2012, durante los cuales se realizaron una serie de entrevistas con testigos de la época, a los que se hará referencia por separado cada vez que corresponda en el artículo. Se agradece a la doctora Tamara Ehs, por haber puesto a disposición de los interesados los resultados de sus investigaciones en el marco del proyecto mencionado, especialmente sobre las relaciones de Kelsen con la Fundación Rockefeller.

de que Kelsen siempre generó un efecto creador de escuela; es decir, se esforzó por transmitir sus teorías y sus métodos a colegas, en su mayoría, más jóvenes. Probablemente, ya en 1913, Kelsen comenzó a organizar seminarios privados en su apartamento ubicado en la *Wickenburggasse*, número 23, distrito VIII, de Viena. Estos seminarios dieron lugar, más tarde, a la “Escuela de Teoría Jurídica de Viena”. Pero también durante su trabajo en Colonia (1930-1933), en Ginebra (1933-1940) y en Estados Unidos (a partir de 1940), Kelsen se esforzó no sólo por mantener el contacto con sus antiguos alumnos, al menos por carta, sino también por ganar nuevos discípulos de su doctrina. De este modo, surgió una red mundial de eruditos que conocieron la teoría pura del derecho directamente de su fundador y que, al menos en parte —y de formas muy diferentes—, la continuaron y desarrollaron.

Este trabajo pretende ofrecer una primera visión acerca de los contactos personales que tuvo Hans Kelsen con juristas latinoamericanos y mostrar hasta qué punto ellos se esforzaron por continuar y desarrollar la teoría pura del derecho en sus países. La atención en este artículo se centra en los viajes que Kelsen hizo a América Latina en 1941, 1949 y 1960 y, en particular, en sus discusiones con el jurista argentino Carlos Cossio, quien desarrolló una teoría que difería significativamente de aquella desarrollada por Kelsen. Esta teoría, no obstante, quizá contribuyó de manera significativa a la popularidad de Kelsen en América Latina.

II. LOS PRIMEROS CONTACTOS DE KELSEN CON EL MUNDO HISPANOABLANTE

Los contactos de Hans Kelsen con Sudamérica comenzaron a mediados de la década de 1920. En 1926, Hans Kelsen escribió unas “Observaciones sobre la Constitución chilena”;¹ sin embargo, hasta el día de hoy no está claro quién se las encargó. Según algunos investigadores sudamericanos de Kelsen, el presidente chileno Arturo Alessandri podría haber confiado a Kelsen un dictamen pericial sobre la Constitución chilena de 1925; no obstante, no hay constancia de ello. El abogado Luis Recaséns Siches puede describirse probablemente como el “billete de entrada” de Kelsen al mundo hispanohablante: Luis Recaséns Siches, nacido en Guatemala en 1903, había estudiado derecho en Barcelona, y acudió a Viena para asistir a las clases de la cátedra impartida por Hans Kelsen, de noviembre de 1926 a

¹ Kelsen, Hans, “Bemerkungen zur chilenischen Verfassung”, *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, núm. 5, pp. 616-619.

abril de 1927,² durante una serie de estancias de investigación. Recaséns Siches asistió a los seminarios privados de Kelsen en la *Wickenburggasse*, donde también debió de haber conocido a los alumnos de Kelsen, Rudolf A. Métall y Josef L. Kunz —quienes hablaban español—.³ Durante su estancia en Viena, Recaséns Siches tuvo una estrecha amistad con Métall y Kunz. Esta amistad desempeñaría más tarde un papel importante en la difusión de la teoría pura del derecho de Kelsen en el mundo de habla hispana. Sin embargo, Recaséns Siches no fue el único estudiante del mundo hispano que asistió a las clases de Kelsen. Según Métall,⁴ al tiempo que Recaséns Siches, también el cubano Antonio Sánchez de Bustamante y Montoro había llegado a Viena para asistir a éstas.⁵ A través de Bustamante, se estableció posteriormente el contacto entre Kelsen y el filósofo del derecho español Emilio Fernández Camus, quien vivía en Cuba, y para cuya obra, *Filosofía contemporánea del derecho*, Kelsen escribió un prefacio en 1932.⁶

En 1928, Recaséns Siches regresó a España, donde se unió al círculo en torno a José Ortega y Gasset, y junto a Justino de Azcárate Flores comenzó a traducir al español el *Compendio esquemático de una teoría general del Estado*

² “Durante el periodo que cubrieron los meses de noviembre de 1926 a abril de 1927 se trasladó a la Universidad de Viena. En dicha institución estudió Teoría del Derecho, Filosofía, Teoría General del Estado y Sociología, becado por el Ministerio de Instrucción Pública de España, a propuesta de la Junta para la Ampliación de Estudios e Investigaciones Científicas, por Real Orden de 19 de junio de 1926 (*Gaceta* del 31 de julio). Estuvo bajo la dirección de los profesores Hans Kelsen, Fritz Schreier, Félix Kaufmann y R. Reininger”. http://www.uc3m.es/portal/page/portal/instituto_figuerola/programas/phu/diccionariodecatedraticos/lcatedraticos/rsiches. Así, Nogueira Días, Gabriel, “Luis Recaséns Siches”, en Walter, Robert, Jabloner, Clemens, Zeleny, Klaus (coords.), *Der Kreis um Hans Kelsen: Die Anfangsjahre der Reinen Rechtslehre*, Austria, Manz, 2007, p. 366.

³ Métall, Rudolf A., “Hans Kelsen y su escuela vienesa de teoría jurídica”, *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 6, 1974, pp. 21-28.

⁴ *Idem*.

⁵ Se agradece al profesor Óscar Sarlo por haber puesto a disposición los resultados de sus investigaciones en el marco de la estancia de Kelsen en Cuba en 1941. Según Óscar Sarlo, es poco probable que Antonio Sánchez de Bustamante y Montoro, quien fue llevado a Europa por su abuelo Antonio Sánchez de Bustamante y Sirvén en los años veinte, participara en los seminarios de Kelsen en Viena, porque en 1926 contaba tan solo con dieciséis años. Sarlo cree que Métall se confundió: quizá fue el abuelo Antonio Sánchez de Bustamante y Sirvén quien participó en los seminarios de Kelsen en Viena, o Antonio Sánchez de Bustamante y Montoro conoció a Kelsen simplemente más tarde; por ejemplo, en los años treinta en Ginebra. Aunque no hay pruebas de eso, es bastante probable que el profesor Sarlo tenga razón y Antonio Sánchez de Bustamante y Montoro conoció a Kelsen más tarde.

⁶ Fernández Camus, Emilio, *Filosofía jurídica contemporánea*, Cuba, Jesús Montero, 1932, pp. 5-8.

(*Grundriß einer allgemeinen Theorie des Staates*) de Hans Kelsen.⁷ Tras breves periodos en las universidades españolas, Recaséns Siches obtuvo finalmente una cátedra en Madrid,⁸ donde estudió con él, entre otros, el español Luis Legaz y Lacambra. Por recomendación de Recaséns Siches, Legaz y Lacambra se reunió con Kelsen en Viena en el año académico de 1929-1930.⁹ Además de las clases impartidas por Kelsen sobre la teoría del Estado, Legaz y Lacambra también atendió las impartidas por Alfred Verdross, Fritz Schreier y Felix Kaufmann.¹⁰ De vuelta a España, Legaz y Lacambra comenzó a publicar varios artículos sobre la Escuela de Viena. En su disertación, cuyo prólogo escribió Recaséns Siches, también examinó la Escuela de Teoría Jurídica de Viena.¹¹

En 1933 —antes de que apareciera la primera edición de la *Teoría pura del derecho* en los países de habla alemana—, Luis Legaz y Lacambra realizó una traducción parcial al español de la *Teoría pura del derecho* de Kelsen, titulada “El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del derecho”.¹² A esto le siguió, en 1934, su traducción al español de la *Teoría general del Estado* (*Allgemeine Staatslehre*) de Kelsen,¹³ con la cual puede considerarse que se consumó el ingreso de Kelsen al panorama de la teoría jurídica española. También en 1934, Hans Kelsen, probablemente a través de los contactos de su antiguo alumno y asistente, Rudolf A. Métall, recibió el encargo de la Asamblea Nacional de Brasil de preparar un dictamen sobre la competencia de la Asamblea Nacional Constituyente.¹⁴

Desde principios de la década de 1930, cuando la situación política en España se volvió cada vez más inestable como resultado de un golpe militar (fallido) y ésta se dirigía de manera inexorable hacia la guerra civil, hubo una ola de inmigración de juristas e intelectuales españoles a América Latina. Como resultado de esta ola migratoria, los últimos desarrollos

⁷ Kelsen, Hans, *Compendio esquemático de una teoría general del Estado*, Barcelona, 1928, 1934. Cfr. http://www.uc3m.es/portal/page/portal/instituto_figuerola/programas/phu/diccionariodecatedraticos/lcatedraticos/rsiches.

⁸ Nogueira Díaz, Gabriel, *op. cit.*, p. 366.

⁹ Véase la nota 8 y Robles Morchón, Gregorio, “Luis Legaz y Lacambra”, en Walter, Robert, Jabloner, Clemens, Zeleny, Klaus (coords.), *op. cit.*, pp. 261-291.

¹⁰ *Ibidem* (véase la nota 13).

¹¹ Legaz y Lacambra, Luis, *Kelsen. Estudio crítico de la teoría pura del derecho y del Estado de la Escuela de Viena*, España, Bosch, 1933.

¹² Kelsen, Hans, *La teoría pura del derecho*, Argentina, Eudeba, 1941.

¹³ Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado*, España-Argentina, Bosch, 1934.

¹⁴ Kelsen, Hans, “A competência da Assembléia Nacional Constituinte”, *Política. Revista de Direito Público, Legislação Social e Economia*, núm. 1, 1934, pp. 35-43.

filosóficos (jurídicos) europeos fueron “importados” a Sudamérica. De este modo, probablemente, la teoría pura del derecho de Kelsen llegó también a muchas universidades sudamericanas. Entre los inmigrantes españoles que salieron de España en el transcurso de la Guerra Civil se encontraba Luis Recaséns Siches. En 1937, Recaséns Siches aceptó la invitación de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) para ocupar temporalmente una cátedra.¹⁵ Esto contribuiría, de manera significativa, a la difusión de la teoría pura del derecho en esa institución en las décadas siguientes. En Argentina, también, la teoría pura del derecho comenzó a difundirse rápidamente a través de los inmigrantes españoles. Es de suponer que, de esta forma, también un joven jurista argentino, llamado Carlos Cossio, casi desconocido en aquella época, entró en contacto con la teoría jurídica de Kelsen.

Nacido en 1903 en la provincia de Tucumán, en el norte de Argentina, Cossio estudió derecho en la Universidad de Buenos Aires, se unió al movimiento estudiantil reformista cuando aún era estudiante y escribió su tesis sobre dicho movimiento en 1927.¹⁶ Fue profesor de la Universidad Nacional de La Plata desde 1934. Cossio hizo su primera referencia explícita a la teoría pura del derecho de Kelsen en su obra *El concepto puro de revolución*, publicada en 1936.¹⁷ Fue precisamente en esta época cuando el antiguo alumno de Kelsen, Josef Laurenz Kunz, que había emigrado a Estados Unidos en 1934 y aceptado la invitación a ocupar temporalmente una cátedra en la Universidad de Toledo (Ohio), también comenzó a estudiar intensamente la entonces contemporánea filosofía del derecho latinoamericana.¹⁸ Numerosos viajes de investigación llevaron a Kunz, a partir de 1937, a Argentina, entre otros lugares, donde probablemente conoció a Carlos Cossio. Según sus propias palabras, Cossio mantuvo correspondencia con Kelsen a partir de 1937 —época que probablemente coincidió con la estancia de Josef Kunz en Argentina—, y le envió regularmente todos aquellos trabajos suyos en los que se refería a él y a su teoría pura del derecho.¹⁹ El 7 de noviembre de 1938, Kelsen fue nombrado miembro

¹⁵ Nogueira Días, Gabriel, *op. cit.*, pp. 366 y ss.

¹⁶ Cossio, Carlos, *La reforma universitaria o el problema de la nueva generación*, Argentina, Espasa-Calpe, 1927.

¹⁷ Cossio, Carlos, *El concepto puro de la revolución*, España, Bosch, 1936.

¹⁸ Kammerhofer, Jörg, “Josef Laurenz Kunz”, en Walter, Robert, Jabloner, Clemens y Zeleny, Klaus (coords.), *op. cit.*, p. 246.

¹⁹ Cossio, Carlos, “¿Como ve Kelsen a la teoría egológica del derecho?”, *La Ley*, 1948, pp. 1-3.

honorario del Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social, que había sido fundado ese mismo año por Carlos Cossio.²⁰

En aquella época, Kelsen vivía en Ginebra, donde se encontraba la sede de la Sociedad de Naciones. En Ginebra, Kelsen estableció contacto con varios diplomáticos sudamericanos, como el cónsul general colombiano Jesús María Yepes²¹ y el experto argentino en derecho internacional, Luis Podesta Costa.²² Fueron ellos quienes finalmente intentaron conseguirle a Kelsen un visado para un país latinoamericano, cuando Kelsen tuvo que abandonar Europa en 1940 a medida que avanzaba la Segunda Guerra Mundial.²³ No obstante, en un proverbial último momento, Kelsen logró obtener un visado,²⁴ a través de la New School for Social Research, que le permitía entrar a Estados Unidos, por lo que Kelsen y su esposa Grete abandonaron Ginebra el 28 de mayo de 1940 para comenzar una nueva vida en aquel país. Kelsen pasó el año académico entre 1940 y 1941 en la Facultad de Derecho de Harvard, donde aceptó la invitación para ocupar temporalmente una cátedra por un año, que fue financiada, en parte, por la Fundación Rockefeller.²⁵

Con el estallido de la Segunda Guerra Mundial, que obligó a muchos académicos, especialmente de origen judío, a abandonar Europa, se produjo una nueva ola de inmigración de filósofos (del derecho) europeos a América del Sur. Por ejemplo, el filósofo español José Ortega y Gasset²⁶ se exilió en Argentina en 1939, donde ejercería una gran influencia en toda una generación de jóvenes juristas, como Jaime Perriau. También emigraron a Sudamérica varios alumnos de Kelsen, entre ellos Rudolf A. Méta²⁷ y Hans Klinghoffer,²⁸ que se instalaron en Río de Janeiro (Brasil) en 1940 y

²⁰ Méta, Rudolf A., *op. cit.*, p. 99; también Sarlo, Óscar, “La gira sudamericana de Hans Kelsen. El frente sur de la teoría pura del derecho”, *Ambiente Jurídico*, núm. 12, 2010, p. 406.

²¹ Méta, Rudolf A., *op. cit.*, p. 76.

²² Entrevista a Hugo Caminos de 23 de marzo de 2012, en Montevideo (Uruguay).

²³ Méta, Rudolf A., *op. cit.*, p. 76.

²⁴ De la expresión inglesa *extra quota visa*. Sobre la política de los Estados Unidos en la crisis de refugiados entre 1938 y 1941, véase <https://encyclopedia.ushmm.org/content/en/article/the-united-states-and-the-refugee-crisis-1938-41>.

²⁵ Méta, Rudolf A., *op. cit.*, p. 77.

²⁶ José Ortega y Gasset (1883-1955), principal representante del “perspectivismo” español, abandonó España durante la Guerra Civil y se exilió primero en París, después en Holanda y finalmente en Argentina hasta 1942.

²⁷ Bersier Ladavac, Nicoletta, “Rudolf Aladár Méta”, en Walter, Robert, Jabloner, Clemens y Zeleny, Klaus (coords.), *op. cit.*, p. 316.

²⁸ Klein, Claude, “Hans (Itzhak) Klinghoffer”, en Walter, Robert, Jabloner, Clemens y Zeleny, Klaus (coords.), *op. cit.*, p. 176.

1941, respectivamente. Otto E. Langfelder, que había estudiado con Kelsen y Felix Kaufmann en Viena hacia 1929, emigró a Buenos Aires en 1941. Allí se unió al círculo en torno al filósofo del derecho argentino Carlos Cossio, que en ese momento incluía a teóricos del derecho como Ambrosio Lucas Gioja, Julio César Cueto Rúa, Genaro Carrió, José Vilanove, Enrique Aftalión y Abel Aristegui.²⁹ De igual forma, llegó a Argentina Rodolfo Ble-del, a quien Kelsen encargó en 1941 la traducción al español de su ensayo “La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica”,³⁰ que apareció ese mismo año en la revista argentina *La Ley*.³¹

En 1941, al tiempo de la llegada de Langfelder a Argentina, se publicó la primera traducción completa al español de la *Teoría pura del derecho*, cuyo prefacio fue escrito por Carlos Cossio.³² Aunque Cossio, de hecho, llenó de halagos a Kelsen en el prefacio expresándole elogios y aprecio, si se lee con más detenimiento, también fue bastante crítico. De hecho, el prefacio contenía ya los primeros “indicios” de la interpretación de Cossio de la teoría pura del derecho, que más tarde se conocería como la interpretación egológica de la teoría pura —y que iba a causar a Kelsen algunas duras disputas—.

III. EL PRIMER VIAJE DE KELSEN A AMÉRICA LATINA

El primer viaje de Kelsen a América Latina lo condujo a Cuba, donde asistió a la Segunda Conferencia Americana de Comités Nacionales de Cooperación Intelectual en La Habana, del 15 al 22 de noviembre de 1941. Los costes del viaje de Kelsen a Cuba fueron sufragados por la Fundación Rockefeller,³³ que a principios de la década de 1940 estaba especialmente interesada en profundizar las relaciones culturales con América Latina.³⁴ En Cuba, Kelsen se reunió con sus antiguos alumnos, Antonio Sánchez de Bustamante y Mon-

²⁹ Pettoruti, Carlos, “Verbindung zwischen Wien und La Plata. Überlegungen über den Einfluss der Reinen Rechtslehre im Unterrichtswesen der Rechtstheorie an der Universität La Plata”, en Walter, Robert, Jabloner, Clemens, Zeleny, Klaus (coords.), *Hans Kelsen anderswo*, Austria, Manz, 2010, p. 232.

³⁰ Kelsen, Hans, “The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence”, *Harvard Law Review*, núm. 55, 1941, pp. 44-70.

³¹ Kelsen, Hans, *La teoría pura...*, cit.

³² Cossio, Carlos, “Prólogo”, en Kelsen, Hans, *La teoría pura...*, cit., pp. 7-15.

³³ Rockefeller Archive Center, Colección RF, Grupo de registros 1.1, serie 2003, caja 344, carpeta 4089.

³⁴ Lübken, Uwe, *Bedrohliche Nähe. Die USA und die nationalsozialistische Herausforderung in Lateinamerika 1937-1945*, Alemania, Franz Steiner Verlag, 2004, p. 112.

toro, ahora profesor de filosofía del derecho en la Universidad de La Habana, y Luis Recaséns Siches, ahora profesor en la UNAM, quien había viajado a Cuba acompañado por su colega mexicano, Eduardo García Máynez.³⁵

Durante la estancia de Kelsen en Cuba, se habló de Carlos Cossio y de su incipiente interpretación egológica de la teoría pura del derecho. Esto se deduce particularmente por el hecho de que Bustamante y Montoro (al parecer en una carta del 28 de noviembre de 1941) informó a Cossio acerca de que Kelsen le había preguntado a él, en Cuba, acerca de su opinión respecto de dicha interpretación de su teoría. Cuando Bustamante y Montoro se mostró de acuerdo con la interpretación egológica, Kelsen se enfadó, y subrayó que esta interpretación era incorrecta en la medida en que era una misma lógica —y no una lógica jurídica separada— la que subyacía a todas las ciencias.³⁶

Después de la reunión en Cuba, Recaséns Siches y García Máynez, así como el entonces decano de la Facultad de Derecho de la UNAM, Alfonso Noriega Cantú, invitaron a Kelsen a México, donde iba a dar unas conferencias en enero de 1943.³⁷ Como se desprende de la correspondencia de Kelsen, no obstante, no pudo realizar ese viaje por “dificultades administrativas” (al parecer, porque en 1943 aún no era ciudadano estadounidense).³⁸ Sin embargo, Kelsen envió las conferencias a México, las cuales fueron traducidas y publicadas al español por Eduardo García Máynez. Asimismo, García Máynez tradujo al español, en 1943, *El contrato y el tratado analizados desde el punto de vista de la teoría pura del derecho*³⁹ de Kelsen, que se publicó con una introducción de Alfonso Noriega Cantú en México.

En el último número del año 1946 de la *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia* se volvió a anunciar la llegada de Kelsen.⁴⁰ Pero Kelsen tam-

³⁵ “...me refiero a una conversación que hace algunos años tuvimos con Kelsen, Antonio Sánchez de Bustamante y Montoro, Emilio Fernández Camus y yo, en la residencia del segundo”: García Máynez, Eduardo, *Introducción a la lógica jurídica*, México, Colofón, 1951, p. 9. Aunque García Máynez, junto con su colega Mario de la Cueva, había realizado estancias de estudio en Viena y Berlín en 1932 y 1933, no había tenido la oportunidad de conocer personalmente a Hans Kelsen hasta 1941 en Cuba (véase, en esto: Eduardo García Máynez a Hans Kelsen, 10 de enero de 1947, Instituto Hans Kelsen, legado póstumo de Kelsen, 15r. 58).

³⁶ Cossio, Carlos, “¿Cómo ve...”, *cit.*, p. 1.

³⁷ Flores B., Immer, “Una visita a Hans Kelsen en México”, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 8, 2014, pp. 53-94.

³⁸ Hans Kelsen a Eduardo García Máynez, 22 de julio de 1946, Instituto Hans Kelsen, legado póstumo de Kelsen, 15r.58; Luis Recaséns Siches a Hans Kelsen, 28 de mayo de 1946, Instituto Hans Kelsen, legado póstumo de Kelsen, 15r.58.

³⁹ Kelsen, Hans, *El contrato y el tratado analizados desde el punto de vista de la teoría pura del derecho*, 2a. ed., México, Ediciones Coyoacán, 2019.

⁴⁰ *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, núm. 32, 1946, p. 373.

poco pudo aceptar la invitación de García Máynez⁴¹ para impartir diversas conferencias sobre los *Problemas selectos de la teoría pura del derecho* en la UNAM, entre el 9 y el 22 de febrero de 1947⁴² (de manera más precisa, a petición del decano de derecho de la universidad, Virgilio Domínguez; estas conferencias eran *Las metamorfosis de la idea de justicia*⁴³ en francés, y tres conferencias sobre la Carta de la ONU en el Instituto Mexicano de Economía en inglés). En el último momento, Kelsen canceló su viaje a México por problemas de salud.⁴⁴

IV. CARLOS COSSIO Y LA CRECIENTE POPULARIDAD DE KELSEN EN AMÉRICA LATINA

El 12 de octubre de 1941, con motivo del cumpleaños número sesenta de Kelsen, Carlos Cossio publicó un artículo en el que calificaba a Kelsen como el mayor jurista de la actualidad.⁴⁵ Sin embargo, a partir de entonces, Cossio comenzó a alejarse cada vez más de Kelsen: la principal acusación que Cossio, de manera creciente, elevaba contra Kelsen, consistía en el rechazo infundado de éste a la existencia de una lógica propia y subyacente a las ciencias jurídicas. En 1944, la ruptura entre la teoría pura del derecho y la teoría egológica fue definitiva cuando Cossio publicó su libro *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*.⁴⁶

En ese libro, Cossio presentó su teoría egológica completa. La teoría de Cossio es frecuentemente señalada como un “producto ecléctico”, en el cual coexisten elementos de la fenomenología de Husserl, del existencialismo de Heidegger y de los fundamentos kantianos de la teoría pura del derecho de Kelsen. La teoría egológica abarcó, en principio, cuatro grandes áreas temáticas: “Ontología jurídica”, “Lógica jurídica formal”, “Lógica jurídica trascendental” y “Axiología jurídica”; luego, Cossio agregó la “Gnoseología del error” como quinto tema. Según la egología, la mi-

⁴¹ Hans Kelsen a Eduardo García Máynez del 22 de julio de 1946, Instituto Hans Kelsen, legado póstumo de Kelsen 15r.58.

⁴² Hans Kelsen a García Máynez, sin fecha, Instituto Hans Kelsen, legado póstumo de Kelsen, 15r.58.

⁴³ *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, núm. 44, 1949, pp. 83-123.

⁴⁴ Hans Kelsen a García Máynez, sin fecha, Instituto Hans Kelsen, legado póstumo de Kelsen, 15r.58.

⁴⁵ Cossio, Carlos, “El jurista de la época contemporánea”, *La Ley*, 1941.

⁴⁶ Cossio, Carlos, “Teoría egológica y teoría pura. Balance provisional de la visita de Kelsen a la Argentina”, *La Ley*, 1949.

sión de la ontología jurídica sería definir el objeto del derecho. El punto de partida es una fenomenología existencial de la cultura. La teoría egológica asume que sólo las cosas jurídicas pueden ser objeto del derecho. Respecto de determinar si algo se trata de un objeto jurídico o no jurídico, la teoría egológica establece que un objeto puede ser entendido como “permitido” o “prohibido”. El derecho es, para Cossio, un valor egológico, una conducta en interferencia intersubjetiva. Ésta define a la conducta como una “experiencia de libertad” que es contenida por el derecho. “Interferencia” se relaciona, según Cossio, con las acciones posibles. Kelsen supone que la teoría egológica asume un punto de vista sociológico. Además, la egología recurre a una hipótesis metafísica de la libertad, cuyo empleo no es necesario en un planteamiento que sea consecuente con la teoría pura del derecho. La libertad no sería para Kelsen algo real, verdaderamente existente, como una representación del mundo como un determinismo perfecto y sin excepciones. Tal como lo advierte Cossio, la pregunta sobre la libertad existencial de los hombres, que es meramente metafísica para Kelsen, es la que presenta insuperables contrastes entre Kelsen y la teoría egológica.

Para Cossio, el derecho no se halla en la norma jurídica, sino en la conducta. Consecuentemente, el objeto del derecho y de la interpretación nunca serán las normas, sino la conducta. Cossio interpreta a la conducta a través de un método de interpretación que toma de la fenomenología de Husserl. La lógica jurídica formal es entendida por Cossio como el carácter lógico-formal del deber, como conjunción o cópula. En tal sentido, considera a Kelsen como el “descubridor” de esa lógica jurídica formal, y por eso lo llamó “el máximo jurista contemporáneo”.

A diferencia de Kelsen, quien considera que la estructura lógica de una norma es un juicio hipotético, Cossio la entiende, sin duda alguna, sobre la base de su peculiar estructura y conformación como un juicio disyuntivo. Con relación a la axiología jurídica, Cossio asume que, al excluir las valoraciones éticas de sus opiniones, el jurista de orientación positivista comete el error de erradicar las valoraciones de justicia. Por ello, Cossio trata de mostrar que la justicia tiene una función dentro de la estructura de valores, asignándole una relación con los valores morales de Platón. De esta manera, la justicia se presenta para Cossio como un concepto jurídico-filosófico fundamental. De acuerdo con la teoría egológica del derecho, existe la verdadera justicia, y debe renovarse continuamente en la creación de igualaciones de libertad.

En el libro *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, el antiguo alumno de Kelsen, Otto E. Langfelder, escribió el prefacio. Aunque en este libro Cossio seguía considerando a la teoría egológica como una mera

interpretación y un complemento crítico de la teoría pura del derecho, en realidad se ocupaba de algo más: analizaba la conexión entre la norma y el comportamiento, y, al hacerlo, hacía del comportamiento el objeto principal de la ciencia jurídica.⁴⁷ Casi a modo de disculpa, como si Langfelter tuviera remordimiento de conciencia por haber escrito el prefacio a la obra de Cossio, éste le escribió a Kelsen que, aunque había escrito tal prefacio, “no siempre seguía sus opiniones [las de Cossio]”.⁴⁸

La propia forma que la teoría pura del derecho de Kelsen amenazaba con tomar en el mundo hispanohablante, como resultado de la interpretación un tanto idiosincrática de Cossio, fue seguida de cerca por Hans Kelsen desde Berkeley, donde enseñaba en el Departamento de Ciencias Políticas desde 1942. El principal problema era que Kelsen no hablaba español, y, por lo tanto, sólo podía formarse su propio juicio sobre la teoría egológica de Cossio con la ayuda de terceros. Aquí, el antiguo alumno de Kelsen, Josef Kunz, desempeñó un papel especialmente importante. En 1942, la Asociación de Facultades de Derecho de Estados Unidos le encargó a Kunz un estudio sobre la filosofía jurídica latinoamericana contemporánea,⁴⁹ y, como parte de esta investigación, Kunz trató ampliamente la teoría egológica de Cossio. Con motivo de su reseña del libro de Cossio, *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, Kunz le escribió una carta a Kelsen el 15 de mayo de 1945, en la que llegó a la siguiente conclusión:

...creo que Cossio explica correctamente su teoría jurídica y usted le ha confirmado la ortodoxia de su punto de vista en una carta (Sólo que, según él, la proposición jurídica es una disyuntiva, no un juicio hipotético). Pero [Cossio] reduce su Teoría Pura del Derecho a una mera lógica jurídica formal. Por lo tanto, no es una teoría completa del derecho, ya que, según él, es sólo lógica jurídica trascendental en un grado muy reducido. [Su teoría] [n]o es una filosofía del derecho en el sentido metafísico, pero tampoco es ciencia del Derecho.

En conclusión, Kunz dijo: “...todo esto suena bastante bien. Cossio se mantiene dentro de la positividad y, a diferencia de García Máynez y Recaséns Siches, evita recurrir a la metafísica... Pero lo más peligroso de Cossio

⁴⁷ Gassner, Miriam y Olechowski, Thomas, “Egologische Rechtslehre versus Reine Rechtslehre. Cossio versus Kelsen”, *Rechtstheorie*, núm. 44, 2013, pp. 139-156.

⁴⁸ Otto Langfelter a Hans Kelsen, 20 de diciembre de 1947, Instituto Hans Kelsen, legado póstumo de Kelsen, 16b2. 59.

⁴⁹ El resultado de la investigación de Kunz fueron tres informes parciales publicados en 1949 en los números de abril, julio y octubre de la *New York Law Quarterly Review*; recogidos en Kunz, Josef L., *Latin-American Philosophy of Law in the Twentieth Century*, Estados Unidos de América, Fred B. Rothman & Co., 1950.

es que equipara el derecho con el comportamiento humano y así deriva [la ciencia del Derecho] hacia la sociología”.⁵⁰

La respuesta de Kelsen a Kunz no ha sobrevivido. No obstante, Kelsen parece estar de acuerdo con el análisis de Kunz sobre la teoría egológica del derecho. Esto se deduce especialmente de la carta que Kunz escribe a Kelsen el 19 de junio de 1945 desde Cambridge: “...sus líneas refuerzan mi escepticismo sobre el fundamento de la teoría de Cossio”.⁵¹

Pero las reacciones de Kunz y Kelsen a la obra de Cossio también fueron seguidas de cerca en Argentina; por ejemplo, el antiguo alumno de Kelsen, Otto E. Langfelder, que entretanto había ascendido a profesor de la Universidad de Buenos Aires gracias al apoyo de Cossio, comentó la recensión de Kunz en una carta a Kelsen. Langfelder escribió que Kunz, en su recensión, había descrito la situación intelectual de manera correcta, no obstante, de forma demasiado pesimista; después de todo, la fuerte presión ejercida por Cossio había hecho que el nombre de Kelsen dejara de estar afectado por la etiqueta del formalismo.⁵²

En el transcurso de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional, que tuvo lugar en San Francisco del 25 de abril al 26 de junio de 1945 para redactar la Carta de las Naciones Unidas, muchos participantes de la conferencia aprovecharon para visitar a Kelsen. Él no asistió a la conferencia,⁵³ pero la siguió con gran interés desde Berkeley.⁵⁴ Entre aquellos que visitaron a Kelsen se encontraba el colombiano Luis E. Nieto Arteta. Kelsen le hizo entender a él⁵⁵ que consideraba la interpretación egológica de Cossio como una teoría jurídica independiente, la cual sólo mostraba similitudes superficiales con la teoría pura del derecho y, en consecuencia, con base en ella la rechazaba. Es probable que el rechazo de Kelsen a la interpretación egológica también hubiera llegado a oídos de Cossio a través de conocidos comunes, como Luis E. Nieto Arteta o Anto-

⁵⁰ Josef Kunz a Hans Kelsen, 15 de mayo de 1945, Instituto Hans Kelsen, obras póstumas de Kelsen, 16b1.59.

⁵¹ *Idem*.

⁵² Otto Langfelder a Hans Kelsen, 3 de diciembre de 1944, Instituto Hans Kelsen, legado póstumo de Kelsen, 16b2.59.

⁵³ Métall, Rudolf A., *op. cit.*, p. 80.

⁵⁴ Por ejemplo, el argentino Hugo Caminos, que había estudiado con Kelsen en Berkeley en 1945 siendo un joven de veinticuatro años junto con su colega Ernesto Hermida y que asistió a la conferencia de San Francisco para la *Voz de América*, informó que visitaba a Kelsen en su casa todas las noches y le “informaba” acerca de lo que había ocurrido en la conferencia. Véase la entrevista a Hugo Caminos, 31 de marzo de 2012, en Buenos Aires (Argentina).

⁵⁵ Nieto Arteta, Luis, “Un diálogo con el profesor Hans Kelsen sobre lógica jurídica”, *Revista Universidad Nacional de Colombia*, núm. 3, 1945, pp. 11-31.

nio Sánchez de Bustamante y Montoro.⁵⁶ Sin embargo, Cossio seguía convencido de que el rechazo de Kelsen se basaba únicamente en malentendidos lingüísticos y dificultades de comunicación. Para convencer a Kelsen de la interpretación egológica de la teoría pura del derecho y aclarar los malentendidos lingüísticos a través de un diálogo personal, Cossio trató de convencer a su antiguo alumno, y ayudante, Ambrosio L. Gioja, para que visitara a Kelsen en Berkeley.⁵⁷

Mientras tanto, Juan Domingo Perón había llegado al poder en Argentina en 1946, y gobernaba al país con autoridad con el apoyo de los militares, las asociaciones de trabajadores y los sindicatos. En el transcurso del gobierno de Perón, se produjo la “reforma universitaria” de 1946, que trajo como consecuencia que los miembros de la universidad que eran críticos de Perón y todos aquellos que se negaban a incorporar la ideología peronista en su enseñanza fueran expulsados de las universidades argentinas.⁵⁸

Debido a su cercanía con el régimen peronista,⁵⁹ Carlos Cossio había ascendido a la dirección del Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Buenos Aires en 1946. En contraste, su antiguo ayudante, Ambrosio L. Gioja, se encontraba entre los miembros de la universidad que al haberse negado a dejar que la ideología peronista influyera en su cátedra, habían perdido su puesto en la universidad. Ya trabajando como abogado independiente en Buenos Aires, Gioja decidió, a finales de 1947, ceder ante la insistencia de Cossio y visitar a Kelsen en Berkeley como “mensajero de la doctrina egológica del derecho”. Esta visita tenía como objetivo convencer a Kelsen en una conversación personal acerca del hecho de que la “interpretación egológica de la Teoría Pura del Derecho [era correcta]”.⁶⁰ Con “cartas de recomendación” de su antiguo colega Otto E. Langfelder,⁶¹ Gioja viajó a Berkeley a ver a Kelsen en el verano de 1948.⁶²

⁵⁶ Cossio, Carlos, “¿Cómo ve...”, *cit.*

⁵⁷ Gassner, Miriam y Olechowski, Thomas, *op. cit.*, p. 10.

⁵⁸ Por ejemplo: Riekenberg, Michael, *Kleine Geschichte Argentinien*, Alemania, C. H. Beck, 2010, pp. 227-241. Sólo en su primer mandato, el gobierno de Perón sustituyó a todos los jueces del Tribunal Supremo por juristas leales al régimen y suspendió a unos 1,500 profesores universitarios críticos con el régimen. La libertad de prensa también estaba muy restringida en la Argentina de Perón.

⁵⁹ Sarlo, Óscar, *op. cit.*, p. 404.

⁶⁰ Gassner, Miriam y Olechowski, Thomas, *op. cit.*, p. 10.

⁶¹ Otto Langfelder a Hans Kelsen, 20 de diciembre de 1947, Instituto Hans Kelsen, obras póstumas de Kelsen, 16b2.59.

⁶² De una carta del teórico del derecho italiano Elis Gianturcos, que tuvo que abandonar Italia a causa de la Segunda Guerra Mundial y encontró trabajo en la Universidad de Chicago como profesor de literatura italiana, así como de una carta de Josef Kunz a Kelsen,

En el otoño de 1948, Gioja asistió a numerosas clases de la cátedra dictada por Kelsen en Berkeley y, según sus propias palabras, discutió regularmente con él acerca de la interpretación egológica de la teoría pura del derecho.⁶³ Sin embargo, es cuestionable la forma en que se produjeron realmente estas discusiones, especialmente porque Gioja apenas hablaba inglés, y Kelsen, como ya se ha mencionado, no hablaba español.⁶⁴ Durante su estancia en Berkeley, Gioja probablemente informó regularmente a Cossio acerca de sus “éxitos” en las discusiones con Kelsen. Por ejemplo, en una carta a Kelsen, fechada el 8 de noviembre de 1948, Josef Kunz informó el hecho de haber recibido por correo una carta de Cossio en la que éste le habló acerca de una larga carta de Gioja escrita en Berkeley en la que le anunciaba con orgullo el haber “egologizado completamente” a Kelsen.

A Kelsen también le molestaban los informes de sus alumnos y amigos (argentinos), como Josef Kunz, Jaime Perriau u Otto Langfelder, acerca de la forma que amenazaba con tomar su teoría pura del derecho en Argentina, a través de la interpretación de Carlos Cossio. Así, a principios de 1949, Kelsen decidió viajar a Argentina y poner fin allí a esta interpretación de su teoría pura del derecho.⁶⁵

V. EL VIAJE DE KELSEN A SUDAMÉRICA EN 1949 Y SUS CONSECUENCIAS

La noticia de que Kelsen tenía previsto viajar a Sudamérica en el verano de 1949 corrió como pólvora por toda la región, entre otras cosas por el artículo de Cossio, “¿Cómo ve Kelsen la doctrina egológica del derecho?”. Antiguos estudiantes y seguidores de Kelsen de toda Sudamérica se acercaron a él y lo invitaron a dar conferencias en sus universidades como parte de su viaje por Sudamérica. Sin embargo, por el momento, Kelsen sólo quería aceptar las invitaciones de Argentina.⁶⁶

fechada el 25 de junio de 1948, se deduce que el primer encuentro personal entre Kelsen y Gioja no pudo tener lugar antes de julio de 1948: Instituto Hans Kelsen, obras póstumas de Kelsen, 16c4.60.

⁶³ Gassner, Miriam y Olechowski, Thomas, *op. cit.*, p. 10.

⁶⁴ En una carta a Kelsen, fechada el 27 de marzo de 1949, Gioja se disculpó por poder escribir sólo en ese momento y culpaba a su falta de conocimiento del inglés, dado que siempre le era necesario contar con un traductor para poder contactar con Kelsen: Instituto Hans Kelsen, obras póstumas de Kelsen, 15s.58.

⁶⁵ Gassner, Miriam y Olechowski, Thomas, *op. cit.*, p. 11.

⁶⁶ Kelsen fue invitado a Argentina por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, así como por el Colegio de Abogados de Buenos Aires (institución equivalente

En el momento del viaje de Kelsen a Argentina, los campos filosóficos del derecho en ese país se encontraban muy divididos: los seguidores de Carl Schmitt, los españoles exiliados que habían sido expulsados de España por sus opiniones políticas de izquierda y, por supuesto, un gran número de seguidores de Kelsen se oponían entre sí.⁶⁷ Los partidarios de Kelsen, por su parte, se dividieron entre, por un lado, los seguidores de Cossio y su teoría egológica del derecho y, por el otro, los kelsenianos “ortodoxos”, que criticaban el “peronismo” implantado en las universidades argentinas y consideraban a Cossio como un oportunista del régimen.⁶⁸ Entre ellos se encontraban personas como el abogado argentino Jaime Perriau, con quien Kelsen entró en contacto en 1945 a través de Rodolfo Bledel. En esa época, Bledel rechazó la traducción del libro *Sociedad y naturaleza* de Kelsen y recomendó a éste a Jaime Perriau como traductor. Poco después, Perriau recibió una beca para la Universidad de Michigan en Ann Arbor, y gracias a su excelente conocimiento del inglés, pudo conocer las obras de Kelsen “de primera mano”. Por ello, cuando Perriau regresó a Argentina se convirtió en uno de los críticos acérrimos de Cossio y le acusó de hacer un mal uso de la teoría pura del derecho de Kelsen. Lo mismo ocurrió con los dos jóvenes argentinos, Hugo Caminos y Ernesto Hermida, que habían estudiado con Kelsen en Berkeley en el semestre del verano de 1945.

Poco antes del viaje de Kelsen a Argentina, en el verano de 1949, la situación, ya de por sí tensa, volvió a caldearse, sobre todo porque el antiguo amigo, alumno y confidente de Cossio, Ambrosio L. Gioja, se separó de él y se puso del lado de los “kelsenianos ortodoxos”. Además, el gobierno de Perón intentó escenificar la visita de Kelsen a la Argentina para sus propios fines,⁶⁹ con el resultado de que algunos de los partidarios de Kelsen le advirtieron de que no fuera.⁷⁰ Incluso hubo un acalorado debate en el parlamento argentino con motivo de la planeada visita de Kelsen.⁷¹ No obstante, Kelsen, acompañado de su esposa Grete, emprendió su viaje a

a la Academia de Abogados de Austria —*Österreichische Anwaltsakademie*—) y el Instituto de Filosofía Jurídica y Social, que dirigía Cossio. Véase, también, Sarlo, Óscar, *op. cit.*, p. 408.

⁶⁷ Sarlo, Óscar, *op. cit.*, p. 413.

⁶⁸ Véase la entrevista a Hugo Caminos, 31 de marzo de 2012, en Buenos Aires (Argentina).

⁶⁹ En 1949, por ejemplo, se promulgó una nueva Constitución, que suscitó muchas críticas por los numerosos poderes de gran alcance que otorgaba al presidente del Estado. *Cfr.*, Riekenberg, Michael, *op. cit.*, p. 153.

⁷⁰ Pocos días antes de partir de Estados Unidos, Kelsen recibió una carta de sus antiguos alumnos argentinos, Hugo Caminos y Ernesto Hermida, en la que le instaban a no viajar a la Argentina.

⁷¹ Métall, Rudolf A., *op. cit.*, p. 84; esto también se confirmó en la entrevista con Hugo Caminos.

Argentina desde Nueva York en el “SS Argentina” de la compañía naviera Moore-McCormack, el 15 de julio de 1949. Este viaje lo llevaría a Buenos Aires, vía Trinidad, Río de Janeiro, São Paulo y Montevideo.⁷² En Río de Janeiro, Kelsen interrumpió su viaje durante unos días para volver a ver a su antiguo alumno Hans Klinghoffer.⁷³ El 1o. de agosto, el transatlántico “SS Argentina”, con Hans y Grete Kelsen a bordo, llegó al puerto de Montevideo, donde les aguardaba el profesor Eduardo Couture⁷⁴ de la Facultad de Derecho de Montevideo y, finalmente, el 2 de agosto de 1949, Kelsen viajó a Buenos Aires, donde fue recibido en el puerto por una delegación de las universidades de Buenos Aires y de La Plata, que incluía a Carlos Cossio, Ambrosio Gioja, Jaime Perriau, Sebastián Soler, Abel Aristegui y Roberto Vernengo.⁷⁵

La visita de Kelsen a Argentina se vio ensombrecida por la discusión acerca de la correcta interpretación de la teoría pura del derecho, de modo que Kelsen pareció aliviado al poder abandonar dicho país por unas horas, el 15 de agosto, y viajar en avión a la capital de Uruguay para dar una conferencia en la Universidad de Montevideo sobre *La doctrina del derecho natural ante el tribunal de la ciencia*.⁷⁶ Pero incluso en Uruguay, Kelsen no se libró de las preguntas críticas acerca de su actitud ante la teoría egológica del derecho de Cossio. En un almuerzo final, Kelsen respondió a la pregunta del profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga sobre la opinión de la teoría de Cossio: “...no es egología, sino egolatría”.

La controversia entre Cossio y Kelsen versaba principalmente sobre quién defendía la “concepción correcta acerca de la teoría pura del dere-

⁷² Sarlo, Óscar, *op. cit.*, p. 410.

⁷³ Klinghoffer se encargó de que Hans Kelsen y su esposa se alojaran durante su corta estancia en Río de Janeiro en el piso ubicado en el número 161 de la calle Gomes Carneiro, donde vivía el matrimonio Feigl, que había emigrado de Viena. Esto se deduce de: Hans Klinghoffer a Hans Kelsen, 4 de agosto de 1949, Instituto Hans Kelsen, obras póstumas de Kelsen, 15s.58; durante la escala de Kelsen en Río de Janeiro, Klinghoffer probablemente le habló de sus planes de emigrar a Israel y de su solicitud de ingreso a la recién fundada Universidad Hebrea de Jerusalén. De hecho, Kelsen escribió una carta de recomendación para Klinghoffer desde Río de Janeiro al decano de la nueva facultad de Jerusalén, Nathan Feinberg, el 27 de julio de 1949.

⁷⁴ Eduardo J. Couture, abogado y profesor de derecho procesal de la Universidad de Montevideo, fue un gran admirador de Hans Kelsen y contribuyó significativamente a la difusión de la doctrina jurídica de Kelsen en Uruguay. Es de suponer que Eduardo J. Couture también asistiera a la conferencia de Cuba en 1941 y, por lo tanto, conoció personalmente a Hans Kelsen en esa época: entrevista a Óscar Sarlo, 23 de marzo de 2012, Montevideo (Uruguay).

⁷⁵ Sarlo, Óscar, *op. cit.*, p. 411.

⁷⁶ *Idem*.

cho”. Por ejemplo, Kelsen escribió: “El profesor Cossio hace la asombrosa afirmación de que la concepción de la teoría egológica de la teoría pura del derecho es la correcta y que la concepción de Kelsen de la teoría pura del derecho es la equivocada”.⁷⁷ Según Kelsen, esta afirmación debía ser rechazada porque él era el autor y sabía, para bien o para mal, lo que había querido decir cuando escribió la teoría pura del derecho.⁷⁸ Cossio, por su parte, señaló en particular que la característica básica de una teoría científica es precisamente que puede ser interpretada de forma diferente a la de su creador. Así, en una conversación personal durante una cena en Buenos Aires, en la que Kelsen le dijo a Cossio que él era el autor de la teoría pura del derecho y que, por lo tanto, sabía bien lo que quería decir y cómo, se dice que Cossio le contestó: “Doctor Kelsen, a usted le está pasando lo mismo que le pasó a Colón, quién creyó haber descubierto la India cuando realmente había desembarcado en América”.⁷⁹ Tras su partida, Cossio escribió un ensayo,⁸⁰ en el que hacía un balance de la estancia de Kelsen en Argentina. Este ensayo fue traducido al alemán por Otto E. Langfelder, y apareció en 1953 en la revista austriaca *Revista de Derecho Público (Zeitschrift für Öffentliches Recht [ZÖR])*, fundada por Kelsen y ahora editada por su antiguo alumno Alfred Verdross.⁸¹ En relación con la publicación del artículo de Cossio, Verdross preguntó a Kelsen por adelantado si tenía alguna objeción contra la publicación del artículo de Cossio en la revista *ZÖR*.⁸² Kelsen contestó que esperaba la publicación del artículo de Cossio “...en la excelente traducción de Otto E. Langfelder”,⁸³ pero que se reservaba el derecho de responder. La respuesta de Kelsen apareció finalmente en la *ZÖR* de 1953.⁸⁴ Cossio comentó la respuesta de Kelsen en *La Ley* en 1954 y en la versión alemana del *ZÖR*

⁷⁷ Kelsen, Hans, “Reine Rechtslehre und Egologische Theorie. Antwort auf: Carlos Cossio, Egologische Theorie und Reine Rechtslehre, eine vorläufige Bilanz von Kelsens Besuch in Argentinien”, *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, núm. 5, 1953, pp. 449-482 y 453.

⁷⁸ Entrevista a Abel Javier Aristegui, 28 de marzo de 2012, en La Plata (Argentina). Aristegui fue un testigo de las conversaciones entre Cossio y Kelsen en Argentina en el verano de 1949.

⁷⁹ *Idem*.

⁸⁰ Cossio, Carlos, “Teoría egológica y teoría pura...”, *cit.*

⁸¹ Cossio, Carlos, “Egologische Theorie und Reine Rechtslehre. Eine vorläufige Bilanz von Kelsens Besuch in Argentinien”, *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, núm. 5, 1953, pp. 15-69.

⁸² La correspondencia se puede encontrar en: Instituto Hans Kelsen, obras póstumas de Kelsen, 16 c2.59.

⁸³ *Ibidem*. Véase la nota 125.

⁸⁴ Kelsen, Hans, “Reine Rechtslehre und Egologische Theorie...”, *cit.*, pp. 449 y ss.

en 1956.⁸⁵ Mientras tanto, Carlos Cossio había publicado las conferencias pronunciadas por Kelsen durante su estancia en Argentina en 1949, complementadas con los diálogos supuestamente mantenidos entre él y Kelsen, bajo el nombre de *Kelsen-Cossio*, en 1952 en la editorial Guillermo Kraft, de Buenos Aires.⁸⁶ Cuando Kelsen se enteró de la existencia de este libro a través de sus alumnos de habla hispana, sobre todo a través de Josef Kunz y Jaime Perriau, escribió a la revista *La Ley*, el 30 de noviembre de 1952 y pidió que se publicara su carta, en la que afirmaba que el libro *Kelsen-Cossio* se había escrito y publicado sin su consentimiento y sin su participación. Al mismo tiempo, pidió al editor Guillermo Kraft que retirara las ediciones ya impresas de la obra *Kelsen-Cossio*, lo que finalmente ocurrió en el verano de 1953.⁸⁷ No se sabe nada del contacto directo entre Kelsen y Cossio después de 1952, pero dicho contacto puede ser prácticamente descartado sobre la base de los incidentes que acabamos de describir.

VI. MÉXICO Y LA PROPUESTA DEL PREMIO NOBEL DE LA PAZ

De manera paralela a los contactos con los juristas de Argentina y Uruguay anteriormente descritos, Kelsen también había seguido cultivando sus contactos en México. Incluso antes de que Kelsen viajara allí, el 27 de agosto de 1951, la UNAM había decidido conceder a Hans Kelsen el título de doctor *honoris causa*.⁸⁸ Probablemente, esto se debió, principalmente, a los dos profesores de aquella universidad, Guillermo Héctor Rodríguez y Emilio O. Rabasa, quienes visitaron a Kelsen —al igual que Guillermo Floris Margadant— en Berkeley.⁸⁹ Emilio O. Rabasa, junto con el viejo conocido de Kelsen, Eduardo García Máynez, también pueden haber jugado un papel importante en la invitación de Kelsen para visitar el Distrito Federal durante una semana, entre marzo y abril de 1960, cuando Kelsen tenía 79 años, para

⁸⁵ Cossio, Carlos, “La polémica anti-egológica (respuesta al profesor Hans Kelsen), *La Ley*, 1954, pp. 1-6; Cossio, Carlos, “Die anti-egologische Polemik (Erwiderung an Professor Kelsen)”, *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, núm. 8, 1957-1958, pp. 189-231.

⁸⁶ Kelsen, Hans; Cossio, Carlos, *Problemas escogidos de la teoría pura del derecho*, Argentina, Kraft, 1952.

⁸⁷ Guillermo Kraft Ltda. a Hans Kelsen, 16 de junio de 1953, Instituto Hans Kelsen, obras póstumas Kelsen, 16 c2.59.

⁸⁸ Rolando Tamayo y Salmorán, por su parte, afirma que el doctorado *honoris causa* le fue concedido el 21 de junio de 1951. Flores B., Immer, *op. cit.*, p. 59, nota 6 de este texto.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 64.

dar conferencias en la UNAM como profesor visitante. No está del todo claro, sin embargo, el papel desempeñado por el antiguo alumno de Kelsen, Recaséns Siches, durante la visita de Kelsen a México: cabe suponer que —ya que según Kelsen y Kunz, Recaséns Siches había cometido el “error” de desviarse hacia la metafísica y también había tomado partido a favor de Carlos Cossio y su teoría egológica del derecho en el conflicto sobre la “correcta interpretación de la teoría pura del derecho”— la relación entre éste y Kelsen se había enfriado y distanciado claramente hacia 1960. Aunque Recaséns Siches formó parte de la delegación que se reunió con Kelsen y su esposa Grete en el aeropuerto de la Ciudad de México, el 29 de marzo de 1960, el que a la postre sería profesor de la UNAM y entonces estudiante, Ulises Schmill Ordóñez, relató que su relación era “extremadamente tensa”.⁹⁰ El centro de atención de la visita de Kelsen a México fue su obra *Introducción a la teoría pura del derecho*,⁹¹ publicada en México en 1960, para la que Emilio O. Rabasa también había escrito el prólogo. Las cuatro conferencias programadas en la UNAM, de las que Kelsen sólo dio dos, porque enfermó a los pocos días debido a la “Venganza de Moctezuma”,⁹² debían tratar también esta obra. Durante su estancia en México, Kelsen no sólo fue nombrado miembro honorario de la Sociedad Mexicana de Filosofía, sino que también fue propuesto para el Premio Nobel de la Paz por su presidente, José Luis Curiel, en nombre de la Sociedad, propuesta que, como es sabido, no tuvo continuidad.⁹³

Hasta el día de hoy, la popularidad de Kelsen en América Latina parece intacta, y el número de sus seguidores es apenas inferior al que tiene en Europa en la actualidad. La teoría pura del derecho es un componente fijo de los estudios jurídicos en muchas universidades, y se siguen haciendo reimpressiones y traducciones de sus obras tanto al español como al portugués. Esto contrasta de forma evidente con lo que ocurre en Estados Unidos, donde la enseñanza de la teoría de Kelsen apenas ha encontrado eco, a pesar de que Kelsen enseñó allí durante doce años y vivió allí hasta su muerte en 1973.

⁹⁰ Entrevista a Ulises Schmill Ordóñez, 8 de diciembre de 2012, Ciudad de México (México).

⁹¹ Kelsen, Hans, *Introducción a la teoría pura del derecho*, México, Fontamara, 2019.

⁹² Entrevista a Ulises Schmill Ordóñez.

⁹³ Flores B., Immer, *op. cit.*, pp. 60 y ss; Métall, Rudolf A., *op. cit.*, p. 90.

LA RECEPCIÓN DE LA TEORÍA JURÍDICA DE HANS Kelsen EN ESTADOS UNIDOS: UN MODELO SOCIOLÓGICO*

D. A. Jeremy TELMAN**

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Kelsen, la política y la filosofía del derecho del realismo jurídico*. III. *Kelsen y la profesión jurídica estadounidense*. IV. *Conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

En la época en la que los nazis se hicieron con el poder, Hans Kelsen era el líder de la teoría jurídica alemana y el decano de la Facultad de Derecho de Colonia.¹ Depuesto de su empleo universitario debido a su ascendencia judía, Kelsen huyó a Ginebra en 1933, y a Estados Unidos en 1940.² En aquella época, la reputación de Kelsen ya era muy conocida en la Unión Americana. En 1934, Roscoe Pound, jurista y decano de la Facultad de Derecho de Harvard, calificó a Kelsen como “indudablemente, el jurista más importante de la época”.³

* Este artículo fue publicado originalmente como: Telman, D. A. Jeremy, “The Reception of Hans Kelsen’s Legal Theory in the United States: A Sociological Model”, *Law Faculty Publications*, 2008, pp. 1-25. Traducción del inglés al castellano por Augusto Fernando Carrillo Salgado, estudiante del doctorado en derecho por la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM. Contacto: augustoc@ucm.es. ORCID-ID: <https://orcid.org/0000-0001-6107-4917>. El traductor agradece al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (Conacyt) por el financiamiento para realizar la presente traducción.

** Profesor asociado, Universidad de la Ciudad de Oklahoma, Estados Unidos de América. Contacto: datelman@okcu.edu. El autor agradece a sus colegas por su apoyo y comentarios a un borrador de este ensayo que fue presentado en un coloquio académico.

¹ Métall, Rudolf Aladár, *Hans Kelsen: Leben und Werk*, Viena, Verlag Franz Deuticke, 1969, pp. 57-63.

² *Ibidem*, pp. 63, 64, 76 y 77.

³ Pound, Roscoe, “Law and the Science of Law in Recent Theories”, *Yale Law Journal*, núm. 43, 1934, pp. 525 y 532.

Tras su migración a los Estados Unidos, Kelsen estuvo treinta años involucrado activamente con la academia, la docencia, y como profesor visitante en el extranjero,⁴ pero su enfoque hacia la teoría jurídica jamás encontró seguimiento entre los juristas de América, aunque su reputación crecía internacionalmente. Karl Llewellyn, un reconocido abogado de la escuela del realismo jurídico, calificó el trabajo de Kelsen como “totalmente estéril”, aunque reconoció el intelecto de Kelsen.⁵ Haciendo referencia al famoso aforismo de Oliver Wendell Holmes, de que la vida del derecho no es la lógica, sino la experiencia, Harold Laski denunció la teoría jurídica de Kelsen como un estéril “ejercicio sobre lógica, y no sobre la vida”.⁶ Hasta ahora, Kelsen y sus ideas son raramente consideradas en la academia jurídica de Estados Unidos.⁷ Recientemente, un reconocido filósofo estadounidense del derecho sostuvo que Kelsen no es estudiado en dicho país, cuando menos entre los filósofos del derecho, porque H. L. A. Hart demostró “que dos elementos centrales de su perspectiva jurídica parecen estar equivocados”.⁸

Dos simples citas ejemplifican hasta qué punto todo el enfoque de Kelsen sobre el derecho es un anatema para los juristas de Estados Unidos. En las dos áreas donde podríamos esperar que la influencia de Kelsen fuera inevitable —derecho internacional y filosofía del derecho—, la oposición a su pensamiento es aún más marcada. Como se sabe muy bien, Kelsen deseaba crear una ciencia del derecho como campo autónomo, separado de la polí-

⁴ Durante la época en la que estaba viviendo en Estados Unidos, Kelsen dictó cátedra y/o fue profesor invitado en Ginebra, Newport, La Haya, Viena, Copenhage, Estocolmo, Helsinki, y Chicago. Él recibió doctorados *honoris causa* por Utrecht, Harvard, Chicago, México, Berkeley, Salamanca, Berlín, Viena, Nueva York, París y Salzburgo. Bersier Ladavac, Nicoletta, “Bibliographical Note and Biography”, *European Journal of International Law*, núm. 9, 1998, pp. 391 y 392.

⁵ Llewellyn, Karl N., *Realism in Theory and Practice*, Chicago, University of Chicago Press, 1962, p. 356, nota 6. “Considero que la obra de Kelsen es completamente estéril; salvo los subproductos que se derivan de apartar por un momento sus sagaces ojos de lo que él considera como derecho puro”.

⁶ Laski, Harold, *A Grammar of Politics*, 4a., Londres, Allen y Unwin, 1938.

⁷ Calsamiglia, Albert, “For Kelsen”, *Ratio Juris*, núm. 13, 2000, pp. 196-199. “Hasta ahora, en Norte América, Kelsen es prácticamente desconocido y, solo con unas pocas excepciones... la teoría general del derecho americana ha ignorado totalmente su contribución”. El teórico jurídico más citado en Estados Unidos, el juez Richard Posner, admitió que, hasta hace poco, jamás había leído a Kelsen. Posner, Richard A., *Law, Pragmatism, and Democracy*, Cambridge, Harvard University Press, 2003, p. 250.

⁸ Leiter, Brian, “Why don’t American philosophers of law talk about Kelsen?”, Blog sobre filosofía del derecho de Brian Leiter. consultado el 3 de octubre de 2007, disponible en: <http://leiterlegalphilosophy.typepad.com/leiter/2007/10/why-dont-amer-1.html>.

tica y la moral.⁹ Sin embargo, cuando los estudiantes de Estados Unidos son introducidos al derecho internacional a través de un reconocido libro estadounidense de casos, la primera oración que leen en el capítulo I, sección I, dice lo siguiente: “Antes que nada, el derecho es política”.¹⁰

Los principales filósofos del derecho estadounidenses también rechazaron los principios fundamentales de Kelsen. En 1949, por ejemplo, luego de que Kelsen hubiera enseñado en Estados Unidos cerca de una década, Lon Fuller, el reconocido jurista y teórico americano, sostuvo que Kelsen había excluido a la justicia de sus estudios porque es un “ideal irracional” y, por lo tanto, “no está sujeta a la cognición”. Fuller afirmó que “la estructura completa de la teoría [de Kelsen] deriva de esta exclusión”.¹¹ Sin embargo, Fuller estuvo de acuerdo con Jerome Hall, quien, en su influyente *Lecturas sobre teoría general del derecho* (*Readings in Jurisprudence*), postuló que la filosofía del derecho debe comenzar con la justicia.¹² El enfoque jurídico de los académicos estadounidenses deriva de principios antitéticos a la teoría pura del derecho de Kelsen.

En este ensayo, exploraré las razones que subyacen en la oposición al enfoque de Kelsen entre los académicos americanos. La vehemencia con la cual los juristas de Estados Unidos rechazan la filosofía del derecho de Kelsen es comprendida mejor como un producto de numerosos factores, algunos filosóficos, algunos políticos y otros que tienen que ver con desarrollos profesionales en la propia academia. Puesto que considero que la oposición filosófica y política a la filosofía del derecho de Kelsen ha sido muy bien explorada en artículos tempranos, discutiré brevemente estos tópicos en la sección I y, posteriormente, propondré, en la sección II, un modelo so-

⁹ Kelsen, Hans, “Prefacio” a la 2a. ed. de *Main Problems in the Theory of Public Law*, en Paulson, Stanley L. (ed.), *Normativity and Norms: Essays on Kelsen*, Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 1 y 2. “La pureza de la teoría debe ser asegurada contra las pretensiones del llamado punto de vista «sociológico», que emplea métodos causales y científicos para apropiarse del derecho como parte de la realidad natural. Y debe ser asegurada contra la teoría naturalista que, al ignorar el referente fundamental que se encuentra exclusivamente en el derecho positivo, extrae a la teoría jurídica del ámbito de las normas jurídicas positivas y la lleva a los postulados ético-políticos”.

¹⁰ Damrosch, Lori et al., *International Law: Cases and Materials*, 4a. ed., Minnesota, West, 2001, p. 1. La sentencia en cuestión se presenta en un extracto de un ensayo de uno de los autores del libro de casos, Louis Henkin, que ha sido una figura destacada en su campo dentro de la academia estadounidense durante décadas.

¹¹ Fuller, Lon L., “The Place and Uses of Jurisprudence in the Law School Curriculum”, *Journal of Legal Education*, núm. 1, 1949, pp. 495 y 496. Es también significativo que el ensayo de Fuller aparezca en el primer volumen de una nueva revista que, desde entonces, se ha convertido en la publicación estadounidense dominante en pedagogía jurídica.

¹² *Ibidem*, citado en Hall, Jerome, *Readings in Jurisprudence*, 1938.

ciológico que explica el rechazo académico a la teoría pura del derecho en el proceso de profesionalización, perfectamente establecido cuando Kelsen arribó a Estados Unidos.

Mi objetivo en este ensayo no es ni retratar a Kelsen como una víctima ni como un genio ignorado que ofreció elixires que podrían haber sido empleados para tratar las varias afecciones de la academia jurídica estadounidense. Aunque rechazado por la academia americana, Kelsen gozó de una brillante carrera y no puede ser dibujado como una persona hacia la cual sentir lástima. Además, en este punto de mi inmersión en la teoría jurídica de Kelsen, soy un agnóstico en cuanto a si, o hasta qué punto, la academia jurídica estadounidense se beneficiaría de un encuentro tardío con Kelsen. Más bien, este ensayo es un ejercicio en el campo de la sociología del conocimiento y una contribución a la historia de la academia jurídica estadounidense. El hecho de que Kelsen no interprete prácticamente ningún papel en dicha historia, dice relativamente poco sobre él; además, se pretende ilustrar las estructuras de apertura y exclusión en las que se desarrolla una modalidad profesional. Los historiadores de la profesión jurídica en Estados Unidos han abordado las exclusiones más obvias y siniestras (basadas en la raza, el género y la clase) que conlleva el proceso de profesionalización.¹³ La historia detrás de la exclusión de modelos de teoría jurídica alternativos debe ser todavía discutida.¹⁴

II. KELSEN, LA POLÍTICA Y LA FILOSOFÍA DEL DERECHO DEL REALISMO JURÍDICO

Inmediatamente después de su llegada a Estados Unidos, Kelsen se hizo acreedor a las dignidades a las que su reputación le daba derecho. La *Teoría general del derecho y del Estado* (*General Theory of Law and State*)¹⁵ de Kelsen fue elegida como el primer volumen de la *Serie sobre filosofía del derecho del siglo XX*

¹³ Stevens, Robert, *Law School: Legal Education in America from the 1850's to the 1980's*, Carolina del Norte, University of North Carolina Press, 1983; Auerbach, Jerold S., *Unequal Justice: Lawyers and Social Change in Modern America*, Nueva York, Oxford University Press, 1976.

¹⁴ En un ensayo deliciosamente iconoclasta, John Henry Schlegel proporciona ejemplos de formas en las que figuras poderosas dentro de la academia jurídica estadounidense se opusieron efectivamente a las innovaciones pedagógicas propuestas, pero no aborda las exclusiones teóricas. Schlegel, John Henry, "Between the Harvard Founders and the American Legal Realists: The Professionalization of the American Law Professor", *Journal of Legal Education*, núm. 35, 1985, pp. 311-323.

¹⁵ Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State*, Massachusetts, Harvard University Press, 1945.

de la *Academia Americana de Juristas (American Academy of Legal Scholars' Twentieth Century Legal Philosophy Series)*.¹⁶ También fue invitado a dictar un ciclo de conferencias inaugurales de la cátedra Oliver Wendell Holmes en la Facultad de Derecho de Harvard; éstas fueron compiladas en una publicación de Harvard, *Derecho y paz en las relaciones internacionales (Law and Peace in International Relations)*.¹⁷ Aunque sus publicaciones no podrían haber aparecido en lugares más prominentes, apenas recibieron atención en las revistas de derecho.¹⁸ Como Stanley Paulson señaló, en su fino ensayo sobre la recepción de Kelsen en Estados Unidos, las pocas discusiones detalladas acerca de la obra de Kelsen, aparecidas en revistas jurídicas estadounidenses, fueron escritas por colegas migrantes que se habían formado minuciosamente en la teoría pura del derecho en Europa antes de venir a América.¹⁹ Lo que resulta más significativo es que Kelsen, uno de los juristas más reconocidos de Europa, fuera incapaz de obtener una posición como profesor de tiempo completo en ninguna facultad de derecho estadounidense. Por el contrario, se adscribió al claustro docente del departamento de ciencias políticas de la Universidad de California, en Berkeley.²⁰

1. *La oposición realista a la filosofía del derecho de Kelsen*

La filosofía del derecho estadounidense en el siglo XX, y hasta el día de hoy, se ha enorgullecido de su sólido realismo o pragmatismo. No sólo es considerado un cliché decir “ahora todos somos realistas”; aparentemente, también se reconoce como cliché señalar el cliché.²¹ De esta forma, en

¹⁶ Gooch, R. K., “General Theory of Law and State (20th Century Legal Philosophy Series, vol. I) By Hans Kelsen. Translated by Anders Wedberg. Cambridge: Harvard University Press. 1945, pp. xxxiv, 516. \$6.00”, *Virginia Law Review*, núm. 32, 1945, pp. 212 y 213.

¹⁷ Kelsen, Hans, *Law and Peace in International Relations*, Massachusetts, Harvard University Press, 1942.

¹⁸ Clark, R. S., “Hans Kelsen's Pure Theory of Law”, *Journal of Legal Education*, núm. 22, 1969, p. 170. Señalando que la traducción de 1967 de la *Teoría pura del derecho* había escapado en gran medida de la atención de los comentaristas de jurisprudencia y citando sólo otras dos reseñas “sustanciales”.

¹⁹ Paulson, Stanley L., “Die Rezeption Kelsens in Amerika”, en Weinberger, Ota y Krawietz, Werner (eds.), *Reine Rechtslehre im Spiegel ihrer Fortsetzer und Kritiker*, Viena, Springer, 1988, pp. 179 y 180.

²⁰ Patterson, Edwin, “Hans Kelsen and his Pure Theory of Law”, *California Law Review*, núm. 40, 1952, p. 5.

²¹ Kalman, Laura, *Legal Realism at Yale*, Carolina del Norte, University of North Carolina Press, 1986, p. 229; Green, Michael Steven, “Legal Realism as a Theory of Law”, *William & Mary Law Review*, vol. 46, núm. 6, 2005, pp. 1915-1917.

la medida en que el enfoque de Kelsen sobre el derecho parecía estar en desacuerdo con el realismo jurídico, no debe sorprender que no fuera bien recibido por sus colegas de la academia jurídica estadounidense.

Antes de que el realismo apareciera en escena, la academia jurídica estaba dominada por un concepto formalista del derecho que subrayaba “la pretendida autonomía y clausura del mundo jurídico y el predominio de la lógica formal en este universo autónomo”.²² El realismo se definía a sí mismo en oposición a esta idea del derecho,²³ y el enfoque de Kelsen podría haber parecido a los realistas una versión del formalismo que ellos habían rechazado enérgicamente y que se encontraba en proceso de eliminación de la pedagogía y la doctrina jurídica. Las características del realismo son dos formas de escepticismo normativo: la perspectiva de que las normas jurídicas son un mito porque el derecho consiste solamente en las decisiones de los tribunales, y la perspectiva de que los códigos, así como otras creaciones legislativas, son tan indeterminadas como para constreñir a los jueces o gobernar sus decisiones.²⁴ Es fácil de entender que el enfoque de Kelsen se marchitaría en una tierra tan infértil.

Hasta el día de hoy, la mayor parte de los académicos estadounidenses encuentran su trabajo, o impenetrable, o que no vale la pena porque sus premisas contradicen los principios fundamentales del enfoque americano hacia el derecho.²⁵ Mientras que sus obras recientes fueron frecuentemente examinadas en la década posterior a su llegada a Estados Unidos, la traducción de su trabajo teórico más importante, la *Teoría pura del derecho* (*Reine Rechtslehre*), fue durante mucho tiempo ignorado, y su teoría jurídica, en general, fue recibida con indiferencia fuera de la pequeña comunidad académica de emigrantes.²⁶

Existe una pequeña, pero significativa, excepción al enfoque general de que todos “nosotros” —esto es, los abogados estadounidenses— somos realistas. Parece existir un consenso entre los filósofos del derecho estadouni-

²² Dagan, Hanoch, “The Realist Conception of Law”, *University of Toronto Law Journal*, núm. 57, 2007, pp. 608-611.

²³ *Ibidem*, p. 612. “El proyecto realista comienza con una crítica a su concepción formalista del derecho”.

²⁴ Green, Michael Steven, *op. cit.*, pp. 1917 y 1918.

²⁵ Paulson, Stanley L., “Die Rezeption...”, *cit.*, p. 180. Quien señala que la filosofía pragmática americana conllevaba una aversión al filosofar de alto nivel, como el neokantianismo de Kelsen.

²⁶ *Ibidem*, p. 181. Véase, también, Fuller, Lon L., *op. cit.*, p. 496. “A pesar de la fama mundial de Kelsen, sus puntos de vista son escasamente conocidos entre los abogados y juristas de este país”.

denses de que el realismo fue “misericordiosamente puesto a descansar por la decisiva crítica de H. L. A. Hart sobre el «escepticismo normativo» en el capítulo séptimo del *Concepto del derecho* (*The Concept of Law*)”.²⁷ Sin embargo, los cursos sobre filosofía del derecho impartidos en las facultades de derecho estadounidenses a menudo incluyen varias clases sobre realismo, inclusive es difícil imaginar que un estudiante egrese de una facultad de derecho sin, al menos, alguna inmersión en la teoría realista. El nombre de Kelsen, por el contrario, rara vez aparece en un programa de estudios de una facultad de derecho americana.²⁸ Más aún, aunque el enfoque de Hart es, precisamente, diametralmente opuesto al realismo, como el de Kelsen, Hart y Ronald Dworkin son probablemente los dos filósofos del derecho con los cuales los estudiantes de derecho estadounidenses están más familiarizados. Así pues, aunque la oposición de Kelsen al realismo proporciona algunas pistas sobre su falta de influencia en Estados Unidos, debe haber algo más que eso.

2. *El rechazo del positivismo jurídico como políticamente anémico*

Una segunda razón por la cual Kelsen no llegó al público estadounidense tiene que ver con la política sustantiva de la academia americana en la época de la posguerra. La teoría de Kelsen no pasó la prueba de fuego porque, aunque Kelsen personalmente se encontraba a favor de la democracia parlamentaria, su deseo de producir una teoría pura del derecho le exigía evitar conectar el sistema jurídico con alguna teoría política sustantiva.²⁹ Ya en 1946, Gustav Radbruch había declarado que el positivismo

²⁷ Green, Michael Steven, *op. cit.*, p. 1917. Véase, también, Leiter, Brian, “Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence”, *Texas Law Review*, núm. 76, 1997, pp. 267-270. Quien señala que el realismo “casi no ha tenido impacto en la corriente principal de la teoría general del derecho angloamericana”.

²⁸ La excepción podría probar la regla. Cuando era estudiante de derecho, un extracto de Kelsen nos fue asignado en sólo uno de los tres cursos que tomé, los cuales estaban centrados exclusivamente en filosofía del derecho y razonamiento jurídico. Una clase antes de que leyéramos a Kelsen, nuestro profesor nos dijo que no nos molestáramos, ya que, nos aseguró, sería incomprensible para nosotros. No leímos ni discutimos a Kelsen durante el curso.

²⁹ Kelsen, Hans, *Introduction to the Problems of Legal Theory. A Translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law*, Nueva York, Oxford University Press, trad. del alemán al inglés por Bonnie Litschewski Paulson y Stanley L. Paulson, 1992, p. 3. “Una de las objeciones más frecuentes contra la Teoría Pura es que, al permanecer completamente libre de toda política, se mantiene al margen del flujo y reflujo de la vida y, por lo tanto, carece de valor en términos científicos. No es menos frecuente, sin embargo, que se diga que la Teoría Pura del Derecho no está en condiciones de cumplir con su propia exigencia

había dejado a la profesión jurídica alemana inerme contra las normas con un contenido arbitrario o, inclusive, criminal.³⁰ Lon Fuller, uno de los filósofos del derecho más influyentes en Estados Unidos durante la vida de Kelsen, concluyó que el positivismo jurídico había contribuido a allanar el camino para la toma del poder por parte de los nazis.³¹ Durante la época en la que el fascismo y el totalitarismo planteaban genuinas amenazas al ascenso de la democracia como modelo de gobierno global, la teoría de Kelsen no parecía proporcionar a los académicos estadounidenses una defensa suficientemente robusta de la democracia, o suficientes garantías contra los abusos del derecho por parte de los gobiernos fascistas o totalitarios. A mediados de 1950, Richard Carpenter definió la actitud hacia el positivismo jurídico alemán en la academia estadounidense cuando criticó la avanzada cultura científica e intelecto alemán por su incapacidad para resistir el programa nazi.³²

Lejos de ser una causa que sorprenda, este fenómeno parecería una consecuencia lógica y predecible del positivismo subjetivo con el cual los profesores alemanes fueron adoctrinados durante un largo tiempo. Habría parecido completamente incoherente, con su declarada filosofía, para un

metodológica básica, y que ella misma no es más que la expresión de un determinado valor político. Pero ¿qué valor político?”.

³⁰ Radbruch, Gustav, “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht”, *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, núm. 1, 1946, pp. 105-107.

³¹ Fuller ocupó una cátedra como profesor de teoría general del derecho en la Facultad de Derecho de Harvard. En un ensayo de 1954, Fuller escribió que los nazis “nunca habrían logrado el control sobre el pueblo alemán, si este no hubiera estado esperando a ser doblegado por sus actitudes y fines siniestros hacia el derecho y gobierno que habían construido durante siglos. Estas actitudes incluían ser “notoriamente deferentes con la autoridad” y tener “fe en ciertos procesos fundamentales del gobierno”. Fuller, Lon L., “American Legal Philosophy at Mid-Century”, *Journal of Legal Education*, núm. 6, 1954, pp. 457-466. En un debate con H. L. A. Hart en 1958, Fuller declaró que la filosofía positivista es incompatible con el ideal de lealtad al derecho. Fuller, Lon L., “Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart”, *Harvard Law Review*, núm. 71, 1958, pp. 630-646. En el mismo artículo, Fuller liga con mayor precisión el positivismo jurídico alemán con el ascenso del fascismo en Alemania. Véase *ibidem*, p. 659, donde sostiene que las actitudes positivistas en la profesión jurídica alemana fueron “de ayuda para los nazis”. Aunque Fuller parece pensar que su punto de vista es el mismo que el de Radbruch, Stanley Paulson sostiene que estos se diferencian. Mientras Radbruch se centró en el positivismo jurídico durante el nazismo (lo que Paulson llama “tesis de la exoneración”), Fuller estaba interesado en el positivismo durante la República de Weimar, lo que Paulson llama la “tesis causal”. Paulson, Stanley L., “Lon L. Fuller, Gustav Radbruch and the «Positivist» Theses”, *Law and Philosophy*, núm. 13, 1994, pp. 313 y 314.

³² Carpenter, Richard V., “The Problem of Value Judgments as Norms of Law”, *Journal of Legal Education*, núm. 7, 1954, pp. 163-167.

positivista bien posicionado, arriesgar su vida, o sustento, por cualquier resistencia abierta hacia las teorías nazis. Si alguno lo hizo, debió parecer a sus hermanos más consecuentes, como un tonto emocional o, quizá, como un psicópata masoquista con un complejo de mártir.³³

Como mínimo, el aspecto *ad hominem* de esta crítica se encuentra mal informado.³⁴ Además, en su minucioso estudio sobre el constitucionalismo de Weimar y el positivismo jurídico, Peter Caldwell establece que la mayoría de los teóricos jurídicos eran sólo republicanos tibios, pero evita cualquier argumento de que una teoría constitucional republicana más robusta podría haber prevenido el colapso de la República de Weimar.³⁵ Lo hace, no porque el positivismo jurídico ofreciera un oposición firme al nazismo, sino porque no existe evidencia de que alguna forma de teoría jurídica haya resistido mejor las amenazas antidemocráticas.

En todo caso, los críticos estadounidenses de Kelsen que se centran exclusivamente en las alegadas deficiencias políticas de su enfoque hacia el derecho ignoran un vasto *corpus* de pensamiento jurídico que toca un amplio número de temas. Kelsen publicó alrededor de cuatrocientos trabajos durante su vida, que comprenden no sólo tópicos en el campo de la filosofía del derecho, sino también el derecho constitucional, el derecho internacional, la historia del derecho, la política contemporánea y la teoría política.³⁶ Aunque algunas compilaciones de ensayos académicos sobre el trabajo de Kelsen han aparecido en inglés,³⁷ aún no se ha publicado una monografía académica seria sobre la teoría jurídica de Kelsen en Estados Unidos.

³³ *Idem.*

³⁴ Stanley Paulson señala que “los principales portavoces del positivismo jurídico de Weimar estaban muy alejados del partido nazi” y “eran conocidos como opositores al nuevo régimen nazi”. Paulson, Stanley, “Positivist Thesis”, *Law and Philosophy*, núm. 13, 1994, p. 347. Específicamente, Paulson tenía en mente: Gerhard Anschütz, quien se retiró antes que servir en una universidad nazi; Richard Thoma, quien continuó enseñando, pero no se unió al régimen nazi; Walter Jellinek, Hans Kelsen y Hans Nawiasky, todos los cuales fueron removidos de sus puestos universitarios por los nazis, y Gustav Radbruch, quien soportó un “exilio interno” durante el Tercer Reich; *ibidem*, pp. 345 y 346.

³⁵ Caldwell, Peter C., *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law: The Theory and Practice of Weimar Constitutionalism*, Duke University Press, 1997, 300 pp.

³⁶ Calsamiglia, Alberto, *op. cit.*, p. 197. Métall provee una lista de cerca de seiscientas obras que Kelsen había publicado hasta 1966, pero la lista incluye traducciones y reseñas de libros. Véase Métall, Rudolf Aladár, *op. cit.*, pp. 124-155.

³⁷ Véase, por ejemplo, Tur, Richard, y Twining, William (eds.), *Essays on Kelsen*, Oxford, Clarendon Press, 1986; Engel, Salo (ed.), *Law, State, and International Legal Order: Essays in Honor of Hans Kelsen*, Tennessee, University of Tennessee Press, 1964.

En general, la academia jurídica americana produce pocas respuestas significativas a la filosofía jurídica de Kelsen. Sin embargo, el problema no es simplemente reconciliar el enfoque de Kelsen a la teoría del *common law* o a una tradición angloamericana de filosofía del derecho. La academia jurídica estadounidense no es un monolito político o metodológico. La política de Kelsen no estaba fuera de la corriente principal, y su aproximación neokantiana a la teoría jurídica, aunque quizá no tan accesible como la de los filósofos americanos o ingleses que trabajaron en la más conocida tradición de la filosofía angloamericana del siglo XX, no es tan oscura como para ser incomprensible al estudiante serio de filosofía jurídica. Importantes filósofos del derecho en Inglaterra escribieron bastante sobre Kelsen.³⁸ Así, aunque la oposición filosófica y política a Kelsen es, ciertamente, significativa, debemos mirar también otros factores para comprender mejor por qué Kelsen y su trabajo han sido durante mucho tiempo ignorados por la academia jurídica americana.

III. KELSEN Y LA PROFESIÓN JURÍDICA ESTADOUNIDENSE

En el párrafo I de este ensayo fueron resumidos los argumentos más comunes que explican la ausencia de influencia de Kelsen en la academia jurídica de Estados Unidos y la profesión jurídica americana en general. En esta sección se exploran explicaciones adicionales a la ausencia de influencia de Kelsen, se examina tanto la sociología de la profesión como de la academia jurídica de la Unión Americana. El objetivo aquí no es minimizar el significado de los obstáculos políticos y teóricos sobre la recepción de la teoría de Kelsen en América. Más bien, esta parte tiene como propósito complementar nuestra comprensión sobre las infinitas razones por las cuales Kelsen no tuvo un impacto sobre la vida intelectual de su hogar adoptivo. Al hacerlo, esta parte ofrece un estudio de caso en la sociología del conocimiento y las formas en las que, como una parte necesaria del proceso de formación de un *ethos* profesional o ideología, ciertos modos de pensar e interactuar deben ser rechazados por estar fuera del ámbito de los enfoques profesionales aceptables para la materia en cuestión.

³⁸ Véase, por ejemplo, Hart, H. L. A., “Kelsen Visited” y “Kelsen’s Doctrine of the Unity of Law”, reimpresos en Hart, H. L. A., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, pp. 286 y 342; Raz, Joseph, *The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System*, Oxford, Clarendon Press, 1980, pp. 93-120, donde discute el sistema jurídico de Kelsen.

1. *La educación jurídica: de la escuela
de negocios a la formación profesional*

A. *La transformación de la educación jurídica
a principios del siglo XX en Estados Unidos*

La educación jurídica en Estados Unidos tomó un camino diferente al seguido en Europa. Mientras el derecho fue una de las cuatro facultades fundadoras de la universidad europea medieval,³⁹ nunca se integró en la educación universitaria tradicional de Estados Unidos.⁴⁰ Mas bien, la formación jurídica se desarrolló bajo la línea de la educación comercial.⁴¹ Antes de la Guerra Civil, sólo nueve de 39 jurisdicciones estadounidenses exigían algún tipo de educación jurídica como una cualificación necesaria para ser admitido en el colegio de abogados, y el examen por parte de éste era oral y casual.⁴²

Esto cambió significativamente en las dos décadas posteriores a la Guerra Civil; algún tipo de formación jurídica, o pasantía, fue obligatoria en la mayoría de las jurisdicciones, y un examen escrito por parte del colegio de abogados devino necesario.⁴³ Sin embargo, aunque la Facultad de Derecho de Harvard ofertaba un título de posgrado de tres años en 1899, veinte años

³⁹ La Universidad de Bolonia concedía títulos en artes, medicina y teología, pero era “preminentemente una escuela de derecho civil”; Haskins, Charles Homer, *The Rise of Universities*, 3a. ed., Nueva York, Cornell University Press, 1957, pp. 11 y 12. Hacia 1231, la Universidad de París fue dividida en cuatro facultades: Artes, Derecho, Medicina y Teología. *Ibidem*, p. 16. Véase, también, Ostertag, Juergen R., “Legal Education in Germany and the United States: A Structural Comparison”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 26, núm. 2, 1993, pp. 301, 306 y 307. “La Universidad medieval continental consideró el derecho como una de las facultades clásicas...”. Esta división de las universidades europeas continentales en facultades era aún vigente durante la vida de Kelsen. Riesenfeld, Stefan, “A Comparison of Continental and American Legal Education”, *Michigan Law Review*, núm. 36, 1937, pp. 31 y 33.

⁴⁰ Stevens, Robert, *op. cit.*, pp. 35 y 36. Quien señala que los profesores de derecho, en ocasiones, enseñaban como adjuntos en las universidades, que carecían de facultades de derecho y que los estudiantes “elegían la facultad de derecho o el colegio, pero no ambos”.

⁴¹ Andrew Siegel, el historiador de la Facultad de Derecho de Litchfield, la primera escuela de este tipo en Estados Unidos, la describió como “una escuela de negocios para jóvenes bien educados, un club social donde se forman conexiones para toda la vida y una fábrica de propaganda para la visión federalista del orden social”. Siegel, Andrew M., “«To Learn and Make Respectable Hereafter»: The Litchfield Law School in Cultural Context”, *New York Law Review*, núm. 73, 1998, pp. 1978 y 1981.

⁴² Stevens, Robert, *op. cit.*, p. 25.

⁴³ *Idem*.

más tarde, sólo un puñado de universidades requerían un título de licenciatura como requisito previo para estudiar derecho.⁴⁴ A comienzos del siglo XX, las facultades de derecho aún aceptaban estudiantes que no hubieran sido admitidos en los programas de licenciatura de las mismas universidades; inclusive existía la preocupación de que éstas estuvieran usando sus facultades de derecho para admitir a atletas que, de otra forma, no estuvieran calificados para ser aceptados.⁴⁵ Puesto que las facultades de derecho comenzaron a exigir, al menos, algún tipo de educación universitaria como requisito previo a la admisión durante las primeras décadas del siglo XX, las matriculaciones disminuyeron en más de un 50%.⁴⁶ Pero la victoria del modelo de Harvard fue eventualmente completada. En 1920, el Colegio Americano de Abogados (ABA, por sus siglas en inglés) asumió la política de limitar el acceso al examen del colegio a los estudiantes que habían cursado al menos dos años de estudios universitarios antes de ingresar a la Facultad de Derecho. La Asociación Americana de Facultades de Derecho (AALS, por sus siglas en inglés) siguió la misma línea, ya que sus miembros convirtieron la finalización de dos años de estudios universitarios como requisito previo para la admisión a la Facultad de Derecho.⁴⁷ A mediados de siglo, la educación jurídica en Estados Unidos consistía invariablemente en programas diurnos a tiempo completo de tres años de duración, en los que se inscribían casi exclusivamente graduados universitarios, todos los cuales cursaban un plan de estudios prácticamente idéntico, compuestos por asignaturas de derecho privado.⁴⁸

B. *El método de Kelsen y el método de casos jurídicos*

Al mismo tiempo que la Facultad de Derecho de Harvard encabezaba la homogenización de la formación jurídica, se estaba también llevando a cabo una revolución en la pedagogía jurídica. Se trataba del llamado método de casos, desarrollado por Christopher Columbus Langdell de Harvard. La pedagogía de Langdell era un método inductivo basado en las

⁴⁴ *Ibidem*, p. 37. Nombrando a Harvard, la Universidad de Pensilvania, Stanford, Columbia, Yale y Western Reserve como las únicas facultades de derecho que exigían un título universitario a partir de 1921.

⁴⁵ *Ibidem*, pp. 37 y 38.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 37.

⁴⁷ First, Harry, "Competition in the Legal Education Industry (I)", *New York University Law Review*, núm. 53, 1978, pp. 311, 345 y 360.

⁴⁸ Schlegel, John Henry, *op. cit.*, p. 312.

ciencias naturales.⁴⁹ Se esperaba que los estudiantes experimentaran el desarrollo de reglas jurídicas a través de un estudio intensivo de un caso jurídico, más que aprender máximas jurídicas por medio de un estudio o tratado.⁵⁰ Los profesores de derecho a tiempo completo, quienes poco a poco comenzaron a verse a sí mismos como académicos, remplazaron a los maestros de medio tiempo que, ante todo, se miraban como abogados litigantes. El enfoque de Harvard no triunfó inmediatamente sobre la academia y profesión jurídica. Por el contrario, el método de casos fue cuestionado, tanto en Harvard como por la comunidad jurídica en general. La Facultad de Derecho de la Universidad de Boston se fundó en respuesta a la consternación de los abogados litigantes de aquel estado; por la orientación “técnica e histórica” del enfoque de Harvard sobre la educación jurídica.⁵¹ La tensión sobre este método de enseñanza dividió a las principales organizaciones que representaban a los abogados estadounidenses: por una parte, el Colegio Americano de Abogados (ABA); por la otra, las 35 facultades de derecho organizadas en 1900 en la Asociación Americana de Facultades de Derecho (AALS).⁵²

Al concluir la Primera Guerra Mundial, la educación jurídica se regularizó rápidamente bajo el patrón establecido por la Facultad de Derecho de Harvard. En escuelas tan dispares como la Universidad de Montana y la Universidad de Alabama, los decanos buscaron contratar profesores de tiempo completo, capacitados en el método de enseñanza de Harvard.⁵³ A medida que otras facultades de derecho imitaban el modelo de Harvard, la educación jurídica se transformó. En cincuenta años, el “método y plan de estudios de Langdell se habían apoderado de la educación jurídica” de

⁴⁹ Las primeras defensas del método de casos pueden encontrarse en Keener, William A., “Methods of Legal Education II”, *Yale Law Journal*, núm. 1, 1892, p. 143; Langdell, Christopher Columbus, “Teaching Law as a Science”, *American Law Review*, núm. 21, 1887, p. 123. Desde la perspectiva actual, es bastante difícil entender por qué o en qué sentido Langdell pensaba que el método del caso era “científico”. John Henry Schlegel desestima la noción como “tonta”, y sostiene que se consideraba así incluso en la época de Langdell. Schlegel, John Henry, *op. cit.*, p. 314.

⁵⁰ LaPiana, William P., *Logic and Experience: The Origin of Modern American Legal Education*, Nueva York-Oxford, Oxford University Press, 1994, p. 3. “En la formulación de Landgell, la educación jurídica es el estudio de unos pocos principios fundamentales que se encuentran en las fuentes originales —los casos— y, por ende, se derivan de estos por el proceso de inducción. Así, el estudiante piensa por sí mismo en lugar de limitarse a aceptar la formulación de segunda mano de algún tratadista”.

⁵¹ *Ibidem*, p. 132.

⁵² *Ibidem*, p. 148.

⁵³ *Ibidem*, p. 191.

Estados Unidos.⁵⁴ Como William LaPiana precisó: “Un sistema de aprendizaje dio paso a una formación académica dominada por una nueva división de la profesión: los profesores de derecho a tiempo completo”.⁵⁵

La educación jurídica en Estados Unidos, basada en el modelo de Harvard, trató de ser una síntesis entre una pasantía en un despacho de abogados, que había sido la base de la educación en el siglo XIX, y un ingenuo cientificismo, que la academia superó rápidamente con la llegada del realismo jurídico. El método de casos era diametralmente opuesto a la educación basada en tratados que le precedió y a la metodología que los profesores de Europa continental continuaban empleando cuando Kelsen dictaba cátedra.⁵⁶ En 1938, Max Rheinstein describió “el principal método de enseñanza” de las facultades de derecho de Europa continental como “un curso sistemático de conferencias, donde un extenso campo del derecho sería tratado como un todo coherente, lógicamente estructurado, con conceptos elaborados y claros”.⁵⁷ De acuerdo con Rheinstein, los estudiantes de Europa continental habitualmente no asistían a clases especialmente bien preparados, en la medida en la que “no había tareas en las que trabajar, y casos por asimilar”.⁵⁸ Mientras el método de casos era inductivo, el enfoque sobre la educación jurídica con el cual Kelsen estaba familiarizado era deductivo, basado en códigos y tratados.⁵⁹ En tanto que el método de casos se centraba en enseñar situaciones de la vida real a partir de casos, la educación jurídica en la época de Kelsen se basaba en análisis de conceptos, que eran comparados o contrastados con otros conceptos abstractos, todos los cuales se reconciliaban en un código jurídico.⁶⁰ De hecho, el método de casos era, en general, inapropiado para los temas preferidos por Kelsen: los llamados “cursos culturales”, como la teoría general del derecho, derecho comparado o historia del derecho. El método de Harvard miraba los cursos de teoría general del derecho, filosofía del derecho, derecho comparado,

⁵⁴ Schlegel, John Henry, *op. cit.*, p. 314.

⁵⁵ LaPiana, William P., *op. cit.*, p. 7.

⁵⁶ Riesenfeld, Stefan, *op. cit.*, p. 44, quien destaca una tendencia hacia el “tratamiento metodológico y sistemático” en la forma tradicional de educación jurídica en Alemania; también destaca que a menudo los alumnos se saltaban las clases y leían los materiales en un libro de texto.

⁵⁷ Rheinstein, Max, “Law Faculties and Law School. A Comparison of Legal Education in the United States and Germany”, *Wisconsin Law Review*, núm. 5, 1938, p. 18.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 19.

⁵⁹ Ostertag, Juergen R., *op. cit.*, p. 328, quien contrasta el “modelo analítico” estadounidense con el “modelo interpretativo” alemán, que se enfoca en interpretar códigos.

⁶⁰ Kronstein, Heinrich, “Reflections on the Case Method: In Teaching Civil Law”, *Journal of Legal Education*, núm. 3, 1950, p. 265.

teoría legislativa y criminología como un riesgo de dilución del “plan de estudios profesional en general”.⁶¹

De esta forma, cuando Kelsen apareció en escena en Estados Unidos estaba doblemente anticuado. Su enfoque pedagógico deductivo no podría ser más ajeno a los estudiantes estadounidenses. De hecho, aun comparado con los filósofos del derecho angloamericanos, el enfoque de Kelsen evitaba los ejemplos concretos extraídos de casos o escenarios reales o hipotéticos. Además, el sistema de Kelsen se proclamaba a sí mismo como una ciencia del derecho. Su positivismo jurídico sólo podría haber sorprendido a sus colegas realistas como una vuelta al formalismo ingenuo de las generaciones previas. Aunque la noción de Kelsen tenía mucho más en común con las ciencias humanas (*Geisteswissenschaften*), como la filosofía o la historia, que con las ciencias naturales (*Naturwissenschaften*), en las que Langdell basaba su enfoque del derecho, es probable que esta distinción se perdiera entre los colegas y estudiantes de Kelsen en la academia jurídica estadounidense.

2. *La profesionalización del derecho y la academia jurídica*

Kelsen ingresó a una cultura jurídica en Estados Unidos que había completado recientemente un proceso de profesionalización dual. Primero, la profesión jurídica había tomado un nuevo sendero, puesto que la educación jurídica había sido homogeneizada, y se erigieron barreras para ingresar, a fin de mejorar la condición de los abogados. Además, una nueva profesión emergió como disciplina a medida que los discípulos del modelo pedagógico de Harvard asumían posiciones como profesores de tiempo completo en las facultades de derecho a lo largo y ancho del país. Puesto que su condición profesional y prestigio dependía de su supremacía de un mercado de servicios educativos, el nuevo profesorado jurídico defendió celosamente su posición contra los enfoques alternativos del derecho y la educación jurídica.

A. *El desarrollo de la profesión jurídica*

De acuerdo con Magali Sarfatti Larson, podemos concebir la profesión jurídica como un grupo de expertos capacitados que tratan de establecer un monopolio sobre un mercado de servicios. A juicio de Larson, la profesión

⁶¹ Ehrenzweig, Albert A., “The Teaching of Jurisprudence in the United States”, *Journal of Legal Education*, núm. 4, 1951, pp. 117 y 124. Quien cita *The Centennial History of the Harvard Law School 1817-1917*, 1918.

médica era más capaz de establecer dicho monopolio, porque la demanda de servicios médicos es siempre alta, y porque las habilidades de los médicos no pueden estar sujetas a una revisión por pares tan fácilmente como ocurre, por ejemplo, con los abogados, arquitectos o ingenieros.⁶² Más aún, la demanda por el tipo de servicios ofrecidos por otras profesiones no es tan estable como lo es la de cuidados médicos. La clave para dominar un mercado de profesionales, a diferencia de los galenos, deviene, por lo tanto, en tomar el control de la producción de los productores. Al limitar el suministro de practicantes certificados, los profesionales, como los abogados y los ingenieros, aseguran para sí una posición negociadora favorable en el mercado de su conocimiento y servicios.⁶³

Generalmente, la experiencia, las certificaciones y la autonomía distinguen las profesiones de otras ocupaciones. La experiencia profesional y las certificaciones difieren de las capacitaciones de los artesanos, técnicos o gerentes, en que generalmente aquéllas se obtienen a través de la educación, más que de la experiencia laboral. Además, la educación profesional usualmente incluye una parte de teoría y la iniciación en un léxico especializado.⁶⁴

La academia jurídica langdelliana ilustra brillantemente estos principios. Cuando Langdell apareció en escena, los abogados no eran los respetados profesionales que son hoy en día. Más aún, puesto que existían pocas barreras para ingresar, los abogados litigantes padecían severamente durante las recesiones económicas. A mediados de siglo, sin embargo, la revolución langdelliana era total. Uno sabía, cuando se contrataba un abogado estadounidense educado que (y era casi seguro que él) había completado una educación universitaria, así como un curso de tres años en una facultad de derecho, y que había superado también un riguroso examen escrito regulado por el colegio de abogados del Estado, cuyo ingreso estaba, para la mayoría, restringido a aquellos que habían completado un curso de estudio en una facultad de derecho acreditada. Aquellas facultades de derecho proporcionaban una especie de entrenamiento profesional y certificación que habían sido diseñadas especialmente para elevar la condición de la profesión jurídica por encima de los obreros ordinarios o artesanos.

Tal como Larson destacaba, las profesiones no satisfacen las necesidades existentes, en la medida en que dan forma o canalizan las necesidades

⁶² Larson, Magali Sarfatti, *The Rise of the Professions: A Sociological Analysis*, California, University of California Press, 1977, pp. 19-39.

⁶³ *Ibidem*, pp. 29 y 30.

⁶⁴ Friedman, Eliot, "Are Professions Necessary?", en Haskell, Thomas L. (ed.), *The Authority of Experts: Studies in History and Theory*, Indiana, Indiana University Press, 1984, pp. 3-27.

de los consumidores al cambiar los criterios para una calidad de vida aceptable.⁶⁵ Para que una profesión tenga éxito, necesita convencer a la sociedad, como un todo, de que sus servicios son necesarios, y que solamente las personas con determinada experiencia y certificación están cualificadas para proveer tales servicios. Larson divide las características de las profesiones, de acuerdo con sus dimensiones cognitivas, normativas y evaluativas de la siguiente manera:

La dimensión cognitiva se centra en el cuerpo de conocimientos y técnicas que los profesionales aplican en su trabajo, así como en la capacitación necesaria para dominar tales conocimientos y habilidades. La dimensión normativa comprende la vocación de servicio de los profesionales y su ética característica que justifica el privilegio de autorregularse que les otorga la sociedad. La dimensión evaluativa compara implícitamente a las profesiones con otras ocupaciones, destacando las características singulares de las profesiones de autonomía y prestigio.⁶⁶

Los atributos cognitivos de las profesiones son, quizá, más obvios para el observador acrítico. Los profesionales siguen una educación altamente especializada y avanzada, y esta educación legitima las ventajas normativas y evaluativas de la que gozan los profesionales. Fue, por lo tanto, crucial para la legitimación de la profesión jurídica en Estados Unidos, que la educación jurídica se convirtiera en educación profesional, y que las cualificaciones de los abogados fueran homogeneizadas.

Sin embargo, los mismos profesionales vieron su posición como una “vocación” y una responsabilidad. Se rigen por códigos especiales de conducta profesional y están comprometidos por un cierto grado de altruismo o servicio público. El auge del modelo de Harvard coincidió, por lo tanto, con la promulgación, por parte del Colegio Americano de Abogados, de un código de ética profesional, el cual fue rápidamente adoptado a nivel estatal.⁶⁷ Una vez adoptado, este código de ética permaneció en vigor, sin cambio alguno por más de medio siglo.⁶⁸ Los abogados compartieron un *ethos* profesional común que permaneció inalterado durante generaciones. Este *ethos* estaba vinculado tanto a la condición de los abogados como profesionales comprometidos con una vocación altruista, un servicio público,

⁶⁵ Larson, Magali Sarfatti, *op. cit.*, p. 58.

⁶⁶ *Ibidem*, p. x.

⁶⁷ Auerbach, Jerold S., *op. cit.*, pp. 40-42.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 284, quien señala que la ABA (por sus siglas en inglés) emprendió en 1964 una revisión de la ética profesional por primera vez en más de medio siglo.

como al elevado estatus de los abogados como miembros de una asociación exclusiva de expertos capacitados.

Finalmente, los profesionales eran calificados por medio de exámenes y evaluaciones de competencia rigurosas, que resultaban en su eventual autorización. Para que la profesión jurídica gozara de una mejor condición, era necesario, por lo tanto, que las evaluaciones del colegio de abogados estuvieran más regularizadas en todo el país. De hecho, los exámenes del colegio de abogados se hicieron más rigurosos durante la Gran Depresión, en la década de 1930, ya que los colegios de abogados estatales comenzaron a ver el examen como un medio para restringir la entrada en la profesión y, al mismo tiempo, proteger al público de abogados incompetentes.⁶⁹ Aquellos que adquirieron los atributos cognitivos, normativos y evaluativos que llegaron a asociarse con la profesión jurídica obtuvieron importantes recompensas en términos de alto prestigio social, ingresos relativamente altos y autonomía.

B. *La creación de la profesión de los académicos del derecho*

Si bien es cierto que las particularidades de la profesionalización de los juristas fueron únicas, este proceso formó parte, también, de una tendencia a través de la cual las disciplinas académicas fueron profesionalizadas en Estados Unidos a partir del siglo XIX.⁷⁰ Como en todas las profesiones, el profesorado jurídico necesitó crear un producto identificable, excluir del mercado a los competidores de su producto y crear una ideología profesional, así como un *ethos* para justificar su dominación en dicho mercado.⁷¹ En el derecho, el proceso de profesionalización fue doble, ya que la creación de una nueva disciplina académica de estudios jurídicos acompañó el fortalecimiento de un *ethos* profesional entre los abogados litigantes. Los profesores/estudiantes langdellianos buscaron eliminar a los profesores/profesionales del medio, al tiempo que convencían a los practicantes no docentes de que sus métodos pedagógicos podrían formar abogados mejor capacitados, incluso, crear una clase de mejores abogados. Al igual que otras carreras en

⁶⁹ Stevens, Robert, *op. cit.*, p. 178.

⁷⁰ Para una buena discusión sobre el proceso de profesionalización en las ciencias sociales en Estados Unidos, véase, Ross, Dorothy, "The Development of the Social Sciences", en Oleson, Alexandra y Voss, John (eds.), *The Organization of Knowledge in Modern America, 1860-1920*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1979, pp. 107-138.

⁷¹ Schlegel, John Henry, *op. cit.*, p. 320, quien se basa en los análisis de Larson en "The Rise of the Professions".

vías de profesionalización, los juristas trataron de delimitar su terreno asociándolo a un cierto tipo de individuo —el jurista— y eliminar a sus aficionados predecesores del terreno.⁷²

A través del método de casos, Langdell y la Facultad de Derecho de Harvard no sólo consolidaron el estatus profesional de los abogados, sino también crearon una nueva profesión: la de los juristas a tiempo completo.⁷³ Para lograr esto, fue necesario conquistar la significativa oposición de los partidarios de los modelos profesionales antiguos, menos exitosos.⁷⁴ Cuando Kelsen arribó a Estados Unidos, la profesión de los juristas había emergido recientemente victoriosa, en una lucha brutal contra todo adversario, que incluía a los formalistas y devotos de los métodos de enseñanza deductiva, así como a los abogados litigantes que querían que la educación jurídica continuara adoptando la forma de un aprendizaje profesional. La academia jurídica estaba, efectivamente, clausurada para las perspectivas metodológicas, pedagógicas y teóricas que podrían haber amenazado el ascenso del recién creado profesorado jurídico. De hecho, ciertos modos de discurso asociados al método de casos, los enfoques de enseñanza socráticos, y el realismo fueron relacionados al *ethos* de la academia jurídica, mientras que los enfoques alternativos a la teoría y educación jurídica que Kelsen representaba amenazaban con socavar el estatus y la autoridad del nuevo profesorado jurídico.

En sus análisis sobre el comportamiento profesional, los sociólogos centran más y más su atención en la experiencia, prestigio y creación de monopolios sobre los mercados de una *expertise*.⁷⁵ El núcleo de la profesionalización es monopolizar el proceso que guía la producción de profesionistas en una determinada área o práctica. Las universidades llegan a monopolizar no sólo el proceso a través del cual los profesionistas reciben las autorizaciones esenciales para su empleo, sino también la producción del conocimiento en un campo determinado. Las profesiones modernas son estructuras que relacionan “la producción del conocimiento con su aplicación en un mercado de servicios”; así, las universidades se convierten en “instituciones de entrenamiento... en las que se afecta esta vinculación”.⁷⁶ Dicho monopolio

⁷² *Ibidem*, p. 314.

⁷³ LaPiana, William R., *op. cit.*, p. 7.

⁷⁴ Véase, por ejemplo, Pound, Roscoe, “Some Comments on Law Teachers and Law Teaching”, *Journal of Legal Education*, núm. 3, 1951, pp. 519 y 520. Señalando la resistencia a la noción de profesores de derecho a tiempo completo por parte de los principales miembros del Colegio Americano de Abogados y celebrando la “victoria total” de la enseñanza universitaria sobre un sistema de prácticas profesionales de derecho.

⁷⁵ Larson, Magali Sarfatti, *op. cit.*, p. 17.

⁷⁶ *Ibidem*, pp. 50 y 51.

sobre un mercado de servicios, y sobre las estructuras educativas que soportan tal mercado, incrementa la distancia entre los profesionistas y los legos a los que sirven, aumentando así el estatus y la autoridad de aquéllos.

Al introducir el método de casos como el núcleo de la educación jurídica, Langdell asumió el papel de pionero de una práctica discursiva. Tal como Michel Foucault las ha descrito, las prácticas discursivas “no son pura y simplemente caminos de producción del discurso”. Más bien, “se materializan en procesos técnicos, en instituciones, en pautas generales de comportamiento, en formas de transmisión y difusión, y en formas pedagógicas generales”.⁷⁷ Ha existido una extraordinaria estabilidad en la educación jurídica, desde la época de Langdell. No sólo ha habido pocos cambios notables en la pedagogía y en los planes de estudio en las facultades de derecho estadounidenses, sino que algunas de las controversias incluidas en los libros de casos, y enseñados en los cursos de derecho privado durante la época de Langdell, siguen siendo un elemento básico de la educación jurídica actual.⁷⁸ La práctica discursiva de Langdell, en el ámbito de la pedagogía jurídica, ha sobrevivido a pesar de su asociación con un formalismo jurídico anticuado.⁷⁹ La profesión estadounidense se transformó de múltiples maneras, como resultado de las innovaciones langdellianas iniciadas en Harvard. Esta transformación no podía detenerse a considerar las perspectivas kelsenianas.

IV. CONCLUSIÓN

La escasa literatura sobre la recepción de Kelsen en Estados Unidos explica ampliamente su modesto impacto en la academia jurídica estadounidense en términos de rechazo político y filosófico de su teoría del derecho. Sin em-

⁷⁷ Foucault, Michel, “History of Systems of Thought”, en Bouchard, Donald F., *Language, Counter-Memory, Practice: Selected Essays and Interviews by Michel Foucault*, Nueva York, Cornell University Press, 1977, pp. 199 y 200.

⁷⁸ Por ejemplo, en Casto, William R., “Dear Sister Antillico...”. The Story of *Kirksey vs Kirksey*”, *Georgetown Law Journal*, 2006, pp. 321 y 373. William R. Casto y Val D. Ricks explican que el caso de *Kirksey versus Kirksey* llegó a los libros de casos porque Samuel Williston (contemporáneo de Langdell) se interesó por él y lo incluyó en la edición de 1903 de su libro de casos sobre contratos. Desde entonces, forma parte del plan de estudios de contratos de primer año.

⁷⁹ Ostertag, Juergen R., *op. cit.*, pp. 328 y 329, quien destaca que ni el realismo ni los movimientos subsecuentes, como el proceso jurídico o el derecho y la economía, han tenido un impacto significativo sobre el método de casos como el método preferido de educación jurídica en Estados Unidos.

bargo, tal explicación es inadecuada. La política de Kelsen no se encontraba fuera de la corriente principal. Él, como muchos de los principales positivistas jurídicos alemanes, demostró su rechazo personal a adecuar su enfoque al de los nazis y, debido a sus principios, sufrió por su oposición a la versión nacionalsocialista del derecho. Sólo una pequeña minoría de profesores de derecho estadounidenses pudieron articular críticas a la filosofía del derecho de Kelsen que no fueran, también, críticas a la filosofía del derecho de H. L. A. Hart. Sin embargo, la teoría general del derecho de Hart suele estar en el centro de las discusiones sobre teoría jurídica que tienen lugar en las facultades de derecho de Estados Unidos. Ciertamente, la oposición política y filosófica a las perspectivas de Kelsen existieron, pero esta oposición proporciona solamente una explicación parcial del persistente desconocimiento al pensamiento de Kelsen por parte de la comunidad jurídica americana.

Resulta, por lo tanto, útil complementar las discusiones sobre la oposición política y filosófica hacia Kelsen con una perspectiva sociológica. Kelsen tuvo poco impacto en la academia jurídica estadounidense no sólo porque su tipo de positivismo jurídico era incompatible con el público americano. También tuvo poco impacto debido a que arribó a los Estados Unidos justo cuando las innovaciones del realismo jurídico y la profesionalización de la académica del derecho estaban consolidando su control monopólico en la academia de la Unión Americana. Su tipo de pensamiento y su enfoque hacia la educación jurídica no pudieron encontrar cabida en la recién creada práctica discursiva del profesorado del derecho, razón por la cual existían pocas posibilidades de que pudiera ser discutido o tomado en serio en ese ámbito.

FULLER Y KELSEN-FULLER SOBRE KELSEN*

Frederick SCHAUER**

SUMARIO: I. *Primera parte*. II. *Segunda parte*. III. *Tercera parte*. IV. *Cuarta parte*. V. *Quinta parte*.

I. PRIMERA PARTE

Es un lugar común que la obra de Hans Kelsen es, en palabras de Jeremy Telman, “prácticamente desconocida por completo en la academia jurídica y abogacía de los Estados Unidos”.¹ Y, para proveer alguna evidencia para esta conclusión, podemos observar que Kelsen no es mencionado ni una vez en cualquiera de los libros de Ronald Dworkin, el principal crítico estadounidense del positivismo jurídico, ni es mencionado por completo en varios trabajos estadounidenses sobresalientes sobre positivismo jurídico, incluyendo, por ejemplo, aquellos de Larry Alexander y Emily Sherwin,² Jules

* Este artículo fue publicado originalmente como: Schauer, Frederick, “Fuller and Kelsen-Fuller on Kelsen”, *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, núm. 163, 2020, pp. 309-317. Traducción del inglés al castellano por Augusto Fernando Carrillo Salgado, estudiante del doctorado en derecho por la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM. ORCID-ID: 0000-0001-6107-4917. Contacto: augustoc@ucm.es. El traductor agradece al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (Conacyt) por el financiamiento para traducir este documento.

** Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Virginia, Estados Unidos. Contacto: schauer@virginia.edu.

Agradezco a Jeremy Telman y Nicoletta Bersier Ladavac por sus útiles comentarios, conversación y referencias.

¹ Telman, D. A. Jeremy, “Introduction: Hans Kelsen for Americans”, en Telman, D. A. Jeremy (ed.), *Hans Kelsen in America – Selective Affinities and the Mysteries of Academic Influence*, Springer, 2016, pp. 1-16. Véase, también, Telman, D. A. Jeremy, “A Path Not Taken: Hans Kelsen’s Pure Theory of Law in the Land of the Legal Realists”, en Walter, Robert, Jabloner, Clemens y Zeleny, Klaus (eds.), *Hans Kelsen anderswo/Hans Kelsen Abroad*, Austria, Manz Verlag, 1994, pp. 353-376.

² Larry Alexander y Emily Sherwin, *The Rule of Rules: Morality, Rules, and the Dilemmas of Law*, Duke University Press, 2001.

Coleman,³ Kenneth Einar Himma,⁴ Gerald Postema⁵ y Anthony Sebok.⁶ Ni aparece en el libro de 1973 destinado como texto básico para un curso sobre jurisprudencia y filosofía del derecho.⁷

Dada la importancia de Kelsen en Europa, en América Latina y en el resto del mundo académico, su invisibilidad en la filosofía del derecho de Norteamérica en general, y de los Estados Unidos en particular, es curiosa. Y es especialmente curiosa ahora, bajo la luz del hecho de que no fue siempre así. En las postrimerías de 1930, Karl Llewellyn se involucró, si bien críticamente, con la obra de Kelsen,⁸ como hizo Edwin Patterson, aunque no tan críticamente, en su texto sobre teoría general del derecho (*jurisprudence*)⁹ de 1940. Sin embargo, tras la Segunda Guerra Mundial, la presencia jurídica de Kelsen en Estados Unidos comenzó a declinar precipitadamente, esto a pesar de que Kelsen enseñó y escribió en Estados Unidos desde su arribo en Harvard en 1940 hasta su muerte, treinta y tres años más tarde, en la Universidad de California.¹⁰

Aunque diversos académicos han especulado valiosamente sobre las causas de la ausencia de las huellas de Kelsen en la teoría jurídica estadounidense de posguerra,¹¹ no se ha prestado atención, virtualmente, a las conexiones intelectuales entre Kelsen y Lon Fuller; este último podría decirse que es el filósofo estadounidense más conocido e influyente de las décadas de 1940, 1950 y 1960. El objetivo de este artículo es explorar esta conexión,

³ Coleman, Jules, *The Practice of Principle: In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

⁴ Himma, Kenneth Einar, *The Nature of Law: Philosophical Issues in Conceptual Jurisprudence and Legal Theory*, Nueva York, Foundation Press, 2011.

⁵ Postema, Gerald J., *Bentham and the Common Law Tradition*, Oxford University Press, 1986.

⁶ Sebok, Anthony J., *Legal Positivism in American Jurisprudence*, Cambridge University Press, 1998.

⁷ Christie, George C., *Jurisprudence: Text and Readings on the Philosophy of Law*, Estados Unidos de América, West Academic Publishing, 1973.

⁸ Llewellyn, Karl N., *The Theory of Rules* (Schauer, Frederick, ed.), University of Chicago Press, 2011, pp. 46 y 51. Véase, también, Llewellyn, Karl N., "Law and the Social Sciences-Especially Sociology", *Harvard Law Review*, núm. 62, 1949, pp. 1286-1305 y 1290.

⁹ Patterson, Edwin W., *Jurisprudence: Men and Ideas of the Law*, Brooklyn, The Foundation Press, 1953, pp. 259-265.

¹⁰ Ladavac, Nicoletta, "Philosophy of Law and Theory of Law: The Continuity of Kelsen's Years in America", en Telman, D. A. Jeremy (ed.), *Hans Kelsen in America...*, *cit.*, pp. 229-248.

¹¹ Bix, Brian, "Kelsen in the United States: Still Not Understood", en Telman, D. A. Jeremy (ed.), *Hans Kelsen in America...*, *cit.*, pp. 17-30; Telman, D. A. Jeremy, "A Path Not Taken...", *cit.*, en Walter, Robert Jabloner, Clemens & Zeleny, Klaus (eds.), *op. cit.*, pp. 353-376.

no tanto para efectuar afirmaciones causales definitivas sobre la influencia de Fuller sobre el declive de Kelsen en el contexto estadounidense, más bien para sugerir que examinar dicha relación podría decirnos algo no sólo sobre Kelsen, sino también sobre Fuller.

II. SEGUNDA PARTE

La relación personal de Lon Fuller con Kelsen, y con el Kelsen académico, es compleja. Como muchos otros intelectuales estadounidenses de la primera mitad del siglo XX (y antes),¹² Fuller fue un lector voraz de textos en alemán, profesionales y académicos; las referencias a estudios jurídicos y filosóficos no traducidos, escritos en alemán, aparecen en todo el *corpus* de Fuller. De manera particular, Fuller leyó y se involucró con la obra de Kelsen, especialmente con la *Teoría pura del derecho* (*Reine Rechtslehre*), traducida mucho antes al inglés.¹³ Poco después de que la primera traducción al inglés de aquel trabajo hubiera sido publicada,¹⁴ Fuller la hizo un texto obligatorio (y nada barato) para su curso de teoría general del derecho (*jurisprudence*) en la Facultad de Derecho de Harvard.¹⁵

Pero, quizá lo más importante, Fuller y Kelsen tuvieron algún número de conexiones personales, principalmente respecto a la intención de Kelsen y eventual emigración a Estados Unidos después de que el ascenso del nazismo hiciera que su permanencia en Austria o Alemania dejara de ser una opción profesionalmente fructífera o personalmente segura. Aunque el propio Fuller, quien había prestado sus servicios en las facultades de derecho de la Universidad de Oregón, de la Universidad de Illinois y de la Universidad de Duke, no tuvo un nombramiento permanente en la Facultad de Derecho de Harvard hasta 1940, él había conocido a Kelsen gracias a una presentación organizada por Roscoe Pound, de Harvard, en Europa, durante 1938.¹⁶ Teniendo en cuenta esta línea de tiempo, es pro-

¹² Incluyendo, de manera sobresaliente, Karl Llewellyn (véase la nota a pie de página núm. 8), quien no sólo hablaba fluidamente alemán, y quien no sólo citó los escritos de Kelsen en sus propios libros y artículos, sino quien también sirvió como miembro condecorado del ejército alemán en la Primera Guerra Mundial. Véase Twining, William, "Two Works of Karl Llewellyn", *Modern Law Review*, núm. 30, 1967, pp. 514-530 y 514.

¹³ Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre*, Tubinga, Mohr Siebeck, 1934.

¹⁴ Kelsen, Hans, *Pure Theory of Law*, trad. de Max de Knight, University of California Press, 1967.

¹⁵ Este es un recuerdo personal del autor, que data del semestre de otoño de 1969 en la Facultad de Derecho de Harvard.

¹⁶ Summers, Robert S., *Lon L. Fuller*, Law Press, 1984, pp. 5-9.

bable que el título de *Doctor Honoris Causa* conferido por Harvard en 1936 fuera impulsado por Pound, y también es probable que Pound, presumiblemente con el apoyo de Fuller (o cuando menos sin su oposición) y otros, fuera la fuerza motivadora detrás de la invitación a Kelsen para dictar la prestigiada cátedra Oliver Wendell Holmes en la Facultad de Derecho de Harvard en 1941.

Aunque Kelsen pasó la mayor parte de los años de entre 1940 y 1942 como investigador visitante en Harvard, no le fue, para su gran sorpresa, ofrecida una cátedra permanente.¹⁷ Las razones de esto se han perdido en la historia, aunque la ausencia de fluidez en el inglés de Kelsen en aquel tiempo, su incapacidad para enseñar cursos básicos de derecho estadounidense y los temas financieros postdepresión parecen haber interpretado algún papel, así como la supuesta oposición del profesorado más antiguo de derecho internacional.¹⁸ No sabemos la posición de Fuller respecto al tema de una cátedra permanente para Kelsen en Harvard, pero sabemos que buscó activamente hallar para Kelsen una posición en otros lugares, incluyendo la Universidad de Illinois, antigua casa académica de Fuller.¹⁹

Más allá de un interés biográfico e histórico general, la relevancia de estas conexiones personales e intelectuales entre Fuller y Kelsen radica en sugerir que las conexiones de Fuller con Kelsen, en un plano personal, parecen haber engendrado alguna simpatía, y que la fluidez de Fuller en alemán quizá lo familiarizó de manera particular con los escritos, reputación e influencia de Kelsen. Y, al contrario de este contexto, podemos evaluar, con implicaciones quizá inesperadas, el tratamiento de Kelsen en los propios escritos de Fuller.

III. TERCERA PARTE

Las diversas razones de la probable simpatía de Fuller con Kelsen en un plano personal hacen aún más sorprendente el tono elevado y casi vitriólico

¹⁷ Nitsch, Carlo, “Holmes Lectures, 1940-1941”, en *Hans Kelsen, Diritto e Pace Nelle Relazioni Internazionali*, Milán, Giuffrè, 209, p. v.

¹⁸ Ladavac, Nicoletta Bersier, “Hans Kelsen (1881-1973), Bibliographical Note and Biography”, *European Journal of International Law*, núm. 9, 1998, pp. 391-400; Nitsch, Carlo, *op. cit.*; Olechowski, Thomas, “Hans Kelsen, the Second World War and the U. S. Government”, en Telman, D. A. Jermy, *Hans Kelsen in America...*, *cit.*, pp. 101-112.

¹⁹ Véanse las referencias en la nota a pie de página núm. 18 y, también, Schauer, Frederick, “Law’s Boundaries”, *Harvard Law Review*, núm. 130, 2017, pp. 2434-2462, 2446 y 2447, nota a pie de página 54.

con el que Fuller trató a Kelsen como el ejemplo y arquetipo de la versión del positivismo jurídico²⁰ que Fuller persistentemente deseaba atacar.

Aunque el ataque de Fuller hacia el positivismo jurídico es asociado, hoy en día, de manera preponderante, con la faceta de Fuller respecto a su famoso debate de 1958 con H. L. A. Hart,²¹ y la subsecuente publicación por Fuller de *La moralidad del derecho* (*The Morality of Law*),²² de hecho, el desafío más temprano, fuerte y extenso de Fuller, a lo que percibía como los compromisos centrales del positivismo jurídico, se encuentra en su libro de 1940, *El derecho en búsqueda de sí mismo* (*The Law in Quest of Itself*).²³ Es en este libro donde Fuller, por primera vez, toma posición frente a la insistencia del positivismo jurídico respecto a la distinción entre *ser* y *deber ser*, una distinción, como bien reconoció Fuller, ofrecida mucho antes, explícitamente y con vehemencia, por Jeremy Bentham²⁴ y, después, por John Austin.²⁵

Fuller, como es bien sabido,²⁶ resistió, desde entonces y subsecuente-mente, en todos sus escritos posteriores, a la distinción, cuando menos en

²⁰ No está claro que la forma de positivismo jurídico que Fuller deseaba atacar pudiera atribuirse con justicia a Jeremy Bentham, John Austin, Hans Kelsen o H. L. A. Hart, pero explorar la comprensión y malentendidos de Fuller sobre el positivismo jurídico nos llevaría demasiado lejos. Véase, Leiter, Brian, "Positivism, Formalism Realism", *Columbia Law Review*, núm. 99, 1999, pp. 1138-1164 y 1139; Schauer, Frederick, "Fuller's Internal Point of View", *Law and Philosophy*, núm. 12, 1994, pp. 285-312; Sebok, Anthony J., "Misunderstanding Positivism", *Michigan Law Review*, núm. 93, 1995, pp. 2054-2132.

²¹ Fuller, Lon L., "Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart", *Harvard Law Review*, núm. 71, 1958, pp. 630-672, respondiendo a H. L. A. Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals", *Harvard Law Review*, núm. 71, 1958, pp. 593-629.

²² Fuller, Lon L., *The Morality of Law*, Estados Unidos de América, Yale University Press, 1969 (reeditado).

²³ Fuller, Lon L., *The Law in Quest of Itself*, Chicago, The Foundation Press, 1940.

²⁴ Bentham, Jeremy, *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence* (Philip Schofield, ed.), Estados Unidos de América, Oxford University Press, 2010, pp. 1780-1782; Postema, Gerald J., *op. cit.*; Ben-David, Arnon, "The Distinction Between the *Expository* and the *Censorial* Modes in Enquiry in Bentham", *Revue d'études Benthamiennes* [en línea], núm. 9, 2011; Zhai, Xiaobo, "Bentham's Exposition of Common Law", *Law and Philosophy*, núm. 36, 2017, pp. 525-560.

²⁵ Austin, John, *The Province of Jurisprudence Determined* (Wilfrid E. Rumble, ed.), Estados Unidos de América, Cambridge University Press, 1995. Y véase Hill, Roscoe E., "Legal Validity and Legal Obligation", *Yale Law Journal*, núm. 80, 1970, pp. 47-75; McCormick, D. N., "Law, Morality and Positivism", *Legal Studies*, núm. 1, 1981, pp. 131-145.

²⁶ Véase, especialmente, Rundle, Kristin, *Forms Liberate: Reclaiming the Jurisprudence of Lon L. Fuller*, Hart Publishing, 2012; Rundle, Kristin, "Fuller's Internal Morality of Law", *Philosophy Compass*, núm. 11, 2016, pp. 499-506; Winston, Kenneth I., "Introduction", en Winston, Kenneth I. (ed.), *The Principles of Social Order: Selected Essays of Lon L. Fuller*, Hart Publishing, 2002, pp. 23-58; Winston, Kenneth I., "Is/Ought Redux: The Pragmatist Context of Lon Fuller's Conception of Law", *Oxford Journal of Legal Studies*, núm. 8, 1988, pp. 329-349.

el derecho, entre *ser* y *deber ser* —entre lo que el derecho *es* y lo que el derecho *debe ser*—, por razones que presagiaban la posición posterior de Ronald Dworkin, sustancialmente en el mismo sentido.²⁷ Pero, al emplear a Kelsen como el punto de apoyo para sus críticas hacia el positivismo jurídico y el compromiso del positivismo hacia la distinción entre *ser* y *deber ser*, Fuller reconoció el papel que el *deber ser* —normas— interpreta en el esquema kelseniano. Y por supuesto que Fuller no estaba en desacuerdo con la perspectiva de Kelsen respecto a que la ciencia del derecho era la ciencia de los deberes. Sin embargo, Fuller objetó la distinción entre lo que el derecho *es* y lo que el derecho *debería de ser*, y empleó la referencia despectiva de Kelsen al “derecho deseado” (*Wunschrecht*)²⁸ como el punto de apoyo para la discusión. Más aún, Fuller tomó el ahora muy conocido no cognitivismo ético como ejemplo;²⁹ es en este punto, sin embargo, donde las cosas se hacen más complejas. Para Fuller, que era claramente un cognitivista ético de algún tipo,³⁰ el no cognitivismo ético era un error pernicioso y peligroso, y así le pareció a Fuller, especialmente en *El derecho en búsqueda de sí mismo* (*The Law in Quest of Itself*) de 1940. Aunque Kelsen era un no cognitivista respecto a la ética y la moral, aunque Kelsen era plenamente un positivista jurídico de su propia variedad, el error de Fuller fue creer e insistir que había una especie de conexión necesaria entre el positivismo jurídico de Kelsen y su no cognitivismo ético y, también, entre el positivismo jurídico en general y el no cognitivismo ético general. Pero las conclusiones de Fuller a este respecto parecen ser, inicialmente, un error, en parte porque la mayoría de los positivistas modernos, y no tan modernos, parecen rechazar los puntos de vista metaéticos de Kelsen; sin embargo, desarrollan relatos positivistas sobre la naturaleza

²⁷ El rechazo a una fuerte distinción *ser/deber ser* está implícito (y, en ocasiones, explícito) en la concepción de Dworkin del derecho como interpretación, como lo desarrolló principalmente en Dworkin, Ronald, *Law's Empire* (1986) y, después, más aún en varios ensayos, Dworkin, Ronald, *Justice in Robes* (2008), especialmente en “Thirty Years On”, pp. 187-222. Para una explicación práctica, véase Donato, James “Dworkin and Subjectivity in Legal Interpretation”, *Stanford Law Review*, núm. 40, 1988, pp. 1517-1541; Nino, Carlos S., “Dworkin and Legal Positivism”, *Mind*, núm. 89, 1980, pp. 519-543.

²⁸ Braun, Johann, *Einführung in die Rechtstheorie – Der Gedanke des Rechts*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2011, p. 272.

²⁹ Véase, *grosso modo*, Moser, Shia, “Ethical Non-Cognitivism and Kelsen's Pure Theory of Law”, *University of Toronto Law Journal*, núm. 29, 1979, pp. 93-113.

³⁰ Rundle, Kristin, *op. cit.*; Fuller, Lon L., “Human Purpose and Natural Law”, *Journal of Philosophy*, núm. 53, 1956, pp. 697-705; Luban, David, “Natural Law as Professional Ethics: A Reading of Fuller”, *Social Philosophy and Policy*, núm. 18, 2000, pp. 176-205; Rosati, Connie S., “Is There a «Higher Law?» Does It Matter”, *Pepperdine Law Review*, núm. 36, 2009, pp. 615-630.

del derecho. El utilitarismo de Bentham es el ejemplo más prominente, de esta clase de positivismo cognitivista, pero es difícilmente el único ejemplo.³¹

Sin embargo, aquí es donde aparece la complejidad. Aunque el cognitivismo ético es, posiblemente, una condición necesaria para la mayoría (aunque quizá no para Fuller) de las versiones de antipositivismo,³² incluyendo, pero no limitándose a la teoría clásica o tradicional del derecho natural,³³ lo contrario no es el caso. El no cognitivismo ético no es una propiedad o presupuesto necesario de prácticamente ninguna versión del positivismo jurídico, ni es el no cognitivismo ético una propiedad o presupuesto de la separación entre derecho y moral en el sentido de separación³⁴ de Bentham y Austin, o la más general distinción entre *ser* y *deber ser*. Como en el caso de Bentham y Austin, obviamente, es absolutamente posible creer que existen derechos y errores morales cognoscibles, pero también creer no sólo que el derecho puede y tiene, a menudo, que divergir de esta moral cognoscible, sino que ambos (contingentemente), el contenido del derecho puede ser identificado sin hacer referencia a la moral, y que el concepto del derecho es tal, que la moral no sería una propiedad necesaria del derecho en todos los sistemas jurídicos posibles en todos los mundos probables.³⁵ Así, aunque el no cognitivismo natural es, *grosso modo*, imposible, el positivismo jurídico cognitivista es, no sólo posible, sino que se encuentra ampliamente extendido.³⁶ Y, por lo tanto,

³¹ Para la descripción y discusión de los diversos compromisos metaéticos cognitivos de muchos (pero no todos) los positivistas jurídicos, véase Schauer, Frederick, “Positivism as Pariah”, en George, Robert P. (ed.), *The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism*, Estados Unidos de América, Oxford University Press, 1996, pp. 31-55.

³² Fuller fue, a decir verdad, un cognitivista ético, pero dos de los pilares principales de su filosofía del derecho —el rechazo de la distinción entre el *ser* y el *deber ser*, y la necesidad de buscar la finalidad, tanto para identificar como interpretar el derecho— eran compatibles con una amplia variedad de perspectivas no cognitivistas sobre la moral.

³³ Como se ejemplifica en los escritos a lo largo de los años de, por ejemplo, Tomás de Aquino, William Blackstone y John Finnis. Véase, *grosso modo*, Alexy, Robert *The Argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism*, trad. de Paulson, Stanley y Listchewski Paulson, Bonnie, Oxford University Press, 2002; Finnis, John *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, 1980; Murphy, Mark C., *Natural Law in Jurisprudence and Politics*, Cambridge University Press, 2006; Murphy, Mark C., *Natural Law Theory: Contemporary Essays* (Robert P. George, ed.), Oxford University Press, 1992; Finnis, John, “Natural Law Theories”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (<https://plato.stanford.edu>), 2015.

³⁴ Green, Leslie, “Positivism and the Inseparability of Law and Morals”, *New York University Law Review*, núm. 83, 2008, pp. 1035-1058.

³⁵ Una discusión relevante es Spaak, Torben, “Meta-Ethics and Legal Theory: The Case of Gustav Radbruch”, *Law and Philosophy*, núm. 28, 2008, pp. 261-290.

³⁶ Véase Schauer, Frederick, “Positivism as Pariah”, en George, Robert P. (ed.), *The Autonomy of Law...*, cit., pp. 31-55.

Fuller, al asumir que el no cognitivismo de Kelsen era un componente necesario de su positivismo jurídico o cualquier otro, atribuyó de manera errónea al no cognitivismo ético y a lo que Fuller creyó que eran sus consecuencias perniciosas, al positivismo jurídico, sin reconocer las desconexiones fundamentales entre ambos.³⁷

IV. CUARTA PARTE

Pero aunque Fuller, en mi opinión erróneamente, emplea a Kelsen como punto de apoyo para su argumento de que el defecto del positivismo jurídico yace en su no cognitivismo, Fuller emplea mucho de su tiempo (y hojas) atacando a Kelsen por la pureza de la teoría pura o, cuando menos, a lo que Fuller considera ser la pureza de la teoría pura. Una parte del problema del ataque de Fuller a la teoría pura es, sin embargo, que Fuller confunde erróneamente, en la frase feliz de Ian Stewart, la teoría pura del derecho con una teoría del derecho puro.³⁸ Pero Kelsen no creía que hubiera un derecho puro en el sentido que Fuller imaginaba que él creía, y Kelsen nunca creyó que las instituciones jurídicas y el fenómeno del derecho existiera o pudiera existir de manera aislada de otros fenómenos sociales, ni creyó que la sustancia del derecho, estructura y diseño de las instituciones jurídicas no pudieran ser, o no debieran ser, evaluadas desde una perspectiva política o sociológica. La pureza de Kelsen se trata de la pureza de la cognición,³⁹ o la pureza de la investigación académica, y él difícilmente negó que el derecho pudiera ser examinado desde un punto de vista sociológico, por muy escéptico que fuera sobre el valor filosófico de esta clase de investigación. Y, por lo tanto, Fuller, al igual que Julius Stone después de él,⁴⁰ erró, en parte, al malinterpretar lo que Kelsen estrictamente quería decir al describir su teoría del derecho como “pura”. Pero, aunque el error de Fuller es lamentable, a pesar de la pureza de la teoría pura, aun desde la perspectiva de lo que Kelsen quería decir por pureza, expone una división profunda entre la comprensión de Fuller y su trabajo, con el propio Kelsen.

³⁷ *Idem.*

³⁸ Stewart, Iain, “Kelsen Tomorrow”, *Current Legal Problems*, núm. 51, 1998, pp. 181-196.

³⁹ Esto es ampliamente reconocido en Patterson, Edwin W., “Hans Kelsen and His Pure Theory of Law”, *California Law Review*, núm. 40, 1952, pp. 5-10. Véase, también, Vinx, Lars, *Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Legality and Legitimacy*, Oxford University Press, 2007; Raz, Joseph, “The Purity of the Pure Theory”, *Revue Internationale de Philosophie*, 1981, pp. 441-249.

⁴⁰ Stone, Julius, *Legal System and Lawyers' Reasoning*, Oxford University Press, 1964.

Como se encuentra explícito en *El derecho en búsqueda de sí mismo* (*The Law in Quest of Itself*), y asumido menos explícitamente en muchos de sus escritos posteriores, Fuller estaba más interesado en escribir e instruir a los abogados y jueces.⁴¹ Y, por lo tanto, no es sorprendente que Fuller estuviera preocupado por definir el derecho, en la medida en que lo definía, como algo mucho más extenso de lo que los abogados y jueces *hacen* en realidad.⁴² Más aún, debido a que Fuller fue al menos lo suficientemente positivista jurídico para reconocer que podría existir y existía derecho positivo inmoral o derecho humano, buscaba a los abogados y jueces, en sus actividades profesionales, y en el nombre del derecho, para tratar de mejorar los defectos en el derecho positivo humano existente. Desde la perspectiva del abogado o del juez, sin embargo, o al menos desde la perspectiva de la moral del buen abogado o juez —desde una forma de un punto de vista interno—⁴³ la distinción entre el *ser* y el *deber ser* no parecía ser para Fuller tan importante, o inclusive tan correcta. En términos de las actividades profesionales —el comportamiento— del buen abogado o del buen juez (o del buen estudiante de derecho), cada aplicación de un derecho positivo moralmente subóptimo presentaba una oportunidad para mejorar ese derecho. Y si este es el caso, entonces para el abogado practicante o juez, la distinción tajante entre el derecho que *es* y el derecho que *debe ser* ya no puede sostenerse, según Fuller.

Desde esta perspectiva, varias diferencias entre Kelsen y Fuller pueden ser ahora explicadas a través de sus muy diferentes perspectivas sobre la relación entre el derecho y lo que los abogados (y jueces) hacen. Fuller, en *El derecho en búsqueda de sí mismos* (*The Law in Quest of Itself*), acusa explícitamente a Kelsen de no ofrecer una explicación sobre lo que los abogados actualmente hacen y sobre lo que deberían hacer, una acusación a la cual Kelsen se declararía seguramente culpable y sin vergüenza. Esto se debe a que Kelsen insistió en la distinción entre el derecho y lo que hacen los abogados, e insistió en que ningún acto jurídico —ninguna decisión de un juez,

⁴¹ Schauer, Frederick, “Fuller’s Internal...”, *cit.* Toda la carrera de Fuller estuvo dedicada a enseñar a aspirantes de abogados practicantes (y jueces) en facultades de derecho estadounidenses.

⁴² Esta comprensión del derecho en tanto alineado cercanamente con lo que hacen los abogados y jueces, con lo que cuenta como derecho, y con lo que los abogados y jueces deben emplear en la argumentación y decisión, es especialmente evidente en Fuller, Lon. L., “The Case of the Speluncean Explorers”, *Harvard Law Review*, núm. 62, 1949, pp. 616-645. Véase Schauer, Frederick, “Fuller’s Fairness: «The Case of the Speluncean Explorers»”, *University of Queensland Law Review*, núm. 35, 2016, pp. 11-20.

⁴³ Schauer, Frederick, “Fuller’s Internal...”, *cit.*

por ejemplo— estaba completamente determinado por el derecho.⁴⁴ Esto es ejemplificado con la famosa metáfora de Kelsen de que el derecho es un marco sin imagen.⁴⁵ Para Kelsen, y en estos días notoriamente para Joseph Raz, quien distingue entre derecho y razonamiento jurídico,⁴⁶ el derecho propiamente dicho no es más que un subconjunto de lo que hacen los abogados y jueces.⁴⁷ Pero, para Fuller y, de manera más reciente para Ronald Dworkin, el derecho es, casi por definición, prácticamente coexistente con lo que hacen los abogados⁴⁸ o, al menos, con todo el conjunto de fuentes y normas jurídicas, morales, políticas y sociales en las que los abogados y jueces podrían basarse para sus decisiones y juicios.

Si, con Fuller, uno busca una concepción —o una definición, si se quiere— del derecho que capte el amplio alcance de las actividades profesionales de los abogados y jueces y si, con Fuller, uno busca una concepción del comportamiento y práctica profesional de los abogados y jueces que les imponga la tarea moralmente deseable de presionar del derecho moralmente subóptimo si y cuando aparezca, entonces no es sorpresa que Fuller hubiera elegido a Kelsen como su blanco. Es muy probable que Fuller haya atribuido erróneamente el no cognitivismo ético al positivismo jurídico y, por tanto, pudo haber empleado equivocadamente el no cognitivismo ético de Kelsen para hacer un argumento moral contra el positivismo jurídico. Y Fuller, persuadido más tarde por Gustav Radbruch, pudo haber atribuido erróneamente al positivismo jurídico las graves equivocaciones del Tercer Reich, como Stanley Paulson ha argumentado persuasivamente.⁴⁹ Sin embargo, al escoger a Kelsen, más que a Bentham (cuya obra sobre teoría jurídica fue especialmente conocida en 1940 y, también, en 1958) y Austin (cuyo trabajo sobre teoría jurídica fue mucho más conocido y discutido en 1948 y 1958) como el principal punto de apoyo, Fuller pudo haber seleccionado un oponente completamente adecuado para el argumento de que los abogados y los jueces deberían

⁴⁴ “Cada acto de aplicación del derecho está solo parcialmente determinado por el derecho”, Kelsen, Hans, *Pure Theory...*, cit., p. 349.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 245. Y también, en Kelsen, Hans, *Introduction to the Problems of Legal Theory*, trad. de Paulson Litschewski, Bonnie & Paulson, Stanley L., Clarendon Press, 1992, p. 80.

⁴⁶ Raz, Joseph, “On the Autonomy of Legal Reasoning”, *Ratio Juris*, núm. 6, 1993, pp. 1-15.

⁴⁷ Y, tal vez, en el mejor de los casos, un subconjunto. Si los abogados deben argumentar a partir del derecho, y si los jueces deben decidir de acuerdo con el derecho, son cuestiones a las que la teoría jurídica kelseniana ni raziana pueden dar respuesta.

⁴⁸ Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, Harvard University Press, 1986; Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977.

⁴⁹ Paulson, Stanley L., “Lon L. Fuller, Gustav Radbruch, and the «Positivist» Theses”, *Law and Philosophy*, núm. 13, 1994, pp. 313-359.

tener una comprensión de la actividad jurídica que incorporara los deberes morales de los participantes en dicha empresa. Y, como Fuller pensaba que era necesario tener una concepción del derecho que siguiera esta comprensión de la actividad jurídica, no es de extrañar que gran parte de este ataque al positivismo jurídico se transformara en un ataque a Kelsen.

V. QUINTA PARTE

Podemos, por lo tanto, volver a la pregunta inicial sobre la invisibilidad contemporánea de Kelsen en Norteamérica. Y, para encauzar dicha interrogante, deberíamos comprender la forma en que la filosofía del derecho es practicada en Norteamérica —principalmente en las facultades de derecho cuyo papel principal es la producción de abogados—. A diferencia de algunas universidades extranjeras, las universidades estadounidenses no tienen facultades o, incluso, departamentos de filosofía del derecho, y es extraña la facultad de derecho estadounidense que tenga más de un filósofo del derecho. Y, aunque existen cuestiones límite sobre quién cuenta o no como filósofo o teórico del derecho, no es sorprendente que Fuller pasara la mayor parte de su carrera como el único filósofo del derecho de su facultad y la mayor parte de su carrera enseñando y escribiendo, tanto sobre el derecho de los contratos como sobre la teoría general del derecho (*jurisprudence*), y enseñando y escribiendo para audiencias de aspirantes o abogados practicantes. En consecuencia, el intento de Fuller por combinar una teoría del derecho con una teoría de lo que los abogados y jueces hacen, y con una teoría normativa de lo que los abogados y jueces deberían hacer, es la función esperada de la teoría jurídica en las instituciones profesionales en las que Fuller residió durante toda su carrera. Y, por lo tanto, cuando Fuller empleó a Kelsen como el arquetipo de una perspectiva que deseaba atacar, quizá estuviera empleando a Kelsen como un abanderado para una concepción de la tarea de la filosofía del derecho y una concepción de la relación entre el derecho y la moral, que era inconsistente con el punto de vista a través del cual, y el papel en el cual, Fuller se encontró a sí mismo. Y, ya que aquel punto de vista y papel aún caracteriza la Facultad de Derecho de Norteamérica, quizá la marginalidad contemporánea de Kelsen en Norteamérica está en función no sólo de sus descartados puntos de vista, a menudo precipitada e injustamente, por una figura tan influyente como Fuller, sino también porque las perspectivas de Kelsen sobre las tareas de la filosofía del derecho encajan de forma realmente incómoda con lo que las facultades de derecho estadounidenses, incluso ahora, se ven a sí mismas haciendo.

ACERCA DE LOS COORDINADORES

Francisco Ibarra Palafox. Licenciado y doctor en derecho por la UNAM; maestro en teoría política por la London School of Economics and Political Science (LSE); investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (IIJ-UNAM) y profesor de Filosofía Política en la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM. Es miembro del Sistema Nacional de Investigadores con el nivel III.

Fue jefe de la Unidad del Posgrado y secretario académico del IIJ-UNAM. Impartió clases en el Centre for Transnational Legal Studies de Georgetown University, con sede en Londres. Es autor y coordinador de 18 libros y 60 artículos y capítulos de libros. Ha participado en más de 200 eventos y reuniones académicas en México, Alemania, Argentina, Canadá, Colombia, España, Estados Unidos, Francia, Grecia y Guatemala. Obtuvo el premio de la Academia Mexicana de Ciencias a la mejor tesis doctoral en ciencias sociales y recibió las medallas Alfonso Caso e Ignacio Vallarta de la UNAM por su desempeño académico.

Augusto Fernando Carrillo Salgado. Licenciado y maestro en derecho con mención honorífica por la Facultad de Derecho de la UNAM, donde actualmente también cursa el doctorado. Además, es especialista como secretario de juzgado por la Escuela Federal de Formación Judicial del Poder Judicial de la Federación. Sus líneas principales de investigación son el normativismo kelseniano, el positivismo jurídico y el examen crítico de las doctrinas principialistas.

Coordinó y publicó el libro *Actualidad del pensamiento teórico jurídico de Hans Kelsen* (2021) y participó en la organización de las dos ediciones del *Seminario Internacional sobre Hans Kelsen y positivismo jurídico*, celebradas en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM en 2021 y 2022. Ha presentado ponencias en otros encuentros académicos realizados en México, España y Brasil, y publicado artículos, traducciones, reseñas y entrevistas en revistas como *Justicia Electoral*; *Direito e Praxis*; *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*; *Foro. Revista de Derecho*; *Precedente. Revista Jurídica*; *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*; *Ciencia Jurídica*; *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, y *Revista Cubana de Derecho*, entre otras.

Javier Hernández Manríquez. Licenciado y maestro en derecho por la UNAM; cuenta con estudios en filosofía por el Instituto Superior de Estudios Eclesiásticos. Durante su formación universitaria fue becario del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y becario de posgrado Conacyt. Sus principales líneas de investigación y docencia giran alrededor de la filosofía y la teoría del derecho, los derechos humanos y el derecho constitucional.

Ha sido profesor del Diplomado Normatividad con Perspectiva de Género, organizado por la Escuela Libre de Derecho de Sinaloa y el Instituto Sinaloense de las Mujeres, y actualmente es docente de la Licenciatura en Derecho en la FES Aragón de la UNAM. Ha participado como organizador, ponente y conferencista en diversos eventos académicos en México y España, y entre sus publicaciones destaca el libro *Nociones de hermenéutica e interpretación jurídica en el contexto mexicano*, publicado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Julio César Muñoz Mendiola. Licenciado y maestro en derecho con mención honorífica por la Facultad de Derecho de la UNAM; doctorando del posgrado de esta misma Facultad y becario Conacyt. Fue ganador del IV Concurso de Investigación en Filosofía del Derecho de Estudiantes de Posgrado: “Paradigmas emergentes en derecho y filosofía jurídica”, que se realizó en el marco de las VIII Jornadas Internacionales de Filosofía del Derecho en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Ha impartido diversas ponencias sobre temas como las decisiones en las magistraturas constitucionales, la legitimidad democrática del juez constitucional, la justicia abierta y los discursos de odio. Ha publicado una decena de artículos en revistas arbitradas nacionales e internacionales, como *Problema*, *Mexican Law Review*, la *Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM*, *Isegoría*, *Universitas*, *Persona y Derecho* y *Precedente*. Ha coordinado diversos eventos académicos sobre temas de teoría y filosofía del derecho y de argumentación jurídica. Ha sido co-coordinador de obras colectivas acerca de teoría del derecho y argumentación jurídica, así como autor del libro *Legitimidad democrática del juez constitucional*.

Hans Kelsen ante el siglo XXI. Un diálogo crítico, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 30 de octubre de 2023 en los talleres de Litográfica Ingramex, S. A. de C. V., Centeno 162-1, Granjas Esmeralda, Iztapalapa, 09810 Ciudad de México, tel. 55 5445 0470, ext. 364. En su composición tipográfica se utilizó tipo *Baskerville* en 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel *holmen book* de 55 gramos para los interiores y cartulina *couché* de 250 gramos para los forros.

Consta de 200 ejemplares (impresión digital).

Fecha: / /

No olvidar... 



EN ESTAS PRIMERAS DÉCADAS DEL SIGLO XXI EL IUSPOSITIVISMO conserva su lugar como una de las principales escuelas iusfilosóficas de la tradición jurídica de Occidente. Aunque los cambios sociopolíticos experimentados desde el fin de la Segunda Guerra Mundial modificaron al derecho, el iuspositivismo permanece en la base de la formación y la práctica de las y los juristas, tanto en las aulas universitarias como en el foro jurídico. Más aún, en el campo de la teoría y la filosofía del derecho, los iusfilósofos de todas las corrientes se enfrentan a la necesidad de aceptar o refutar sus principales aportaciones; en otras palabras, el iuspositivismo es ineludible en la discusión filosófica.

Dentro de la tradición iuspositivista, la aportación de Hans Kelsen es de la mayor relevancia para la teoría del derecho y la más importante realizada durante el siglo XX. Aunque Kelsen es esencialmente recordado por su aproximación científica y metodológica al derecho en su obra *Teoría pura del derecho*, el jurista vienés estudió con profundidad diversas áreas de la mayor relevancia. Por ejemplo, examinó las dicotomías entre derecho y moral, el sistema jurídico, la ubicación científica del derecho, la relación entre el Estado y el derecho, entre otras.

Este libro es el resultado del *Seminario Internacional sobre Hans Kelsen: un diálogo desde el contexto actual*, celebrado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; contiene las aportaciones de varios de los participantes en ese seminario y las colaboraciones de otros destacados autores traducidas por primera vez al castellano.



JU
RÍDI
CAS