

## CAPÍTULO PRIMERO

### KELSEN Y LA *TEORÍA PURA DEL DERECHO*

#### I. LA PERSONALIDAD INTELECTUAL DE HANS KELSEN

La figura de Hans Kelsen (1881-1973) está indisolublemente unida a la *Teoría pura del derecho* (*Reine Rechtslehre*). Su elaboración, llevada a cabo a lo largo de más de sesenta años de intenso trabajo intelectual, en circunstancias y ambientes muy dispares, constituyó el objetivo primordial de su vida.<sup>1</sup> Kelsen es también conocido por su dedicación al derecho constitucional y al derecho internacional, por sus estudios sobre filosofía del derecho, sociología y teoría política, y por ser el principal artífice del texto de la Constitución democrática de la República de Austria. Sin embargo, estas múltiples actividades siempre aparecen subordinadas en mayor o menor medida, o en todo caso secundarias, con respecto a su empeño principal: construir una ciencia rigurosa del derecho.<sup>2</sup> Puede sostenerse, por tanto, que fue ante todo un jurista teórico

---

<sup>1</sup> La información más completa y detallada sobre la vida y las obras de Kelsen se halla en la biografía escrita por el discípulo e inseparable colaborador suyo, Rudolf Aladár Métall, titulada *Hans Kelsen, Leben und Werk, Franz Deuticke Verlag*, Viena, 1969 (citaremos por la traducción castellana: *Hans Kelsen. Vida y obra*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1976).

<sup>2</sup> Robert Walter, uno de los mejores conocedores actuales de la *Teoría Pura*, sostiene que ésta fue la única meta en la existencia de Kelsen (Walter, R., “Das Lebenswerk Hans Kelsens: Die Reine Rechtslehre”, en AA.VV., *Festschrift für Hans Kelsen zum 90. Geburtstag*, Franz Deuticke Verlag, Viena 1971, pp. 1-8). Dejando al margen su actividad legislativa, docente, judicial y dictaminadora, sobre las que Métall ofrece exhaustiva información (*Hans Kelsen. Vida y Obra, cit.*, pp. 119-128), la labor propiamente científica del creador de la *Teoría pura*, si bien apunta a una amplia gama de disciplinas y objetos muy diversos entre sí, presenta evidentemente una gran unidad. El núcleo de su obra científica está formado por sus trabajos directamente relacionados con la *Teoría pura*. En torno a este núcleo gira todo el resto de su producción. Cuando dirige su atención a problemas concretos de derecho positivo, como hizo frecuentemente en materias de derecho constitucional e internacional, su preocupación dominante es probar la validez de las conclusiones de su teoría general (Losano, Mario G., *Saggio introduttivo a Kelsen, H., La Dottrina Pura del Diritto*, Giulio Einaudi (ed.), Turín 1966, p. XXIV). En sus trabajos sobre la justicia y el derecho natural, o en los que realizó en campos tan variados como la sociología, la psicología social, la teoría política o el análisis de las

que dedicó sus energías a la creación de una teoría general del derecho.<sup>3</sup> Esta es la definición más certera de su personalidad intelectual.

Su vasta producción bibliográfica, así como la enorme cantidad de obras especializadas referentes a su doctrina, son un dato elocuente de la difusión y repercusión de sus ideas en el pensamiento jurídico contemporáneo.<sup>4</sup> Quizá aún más significativo sea el hecho de que difícilmente alguien que haya tenido en el presente algún contacto con el mundo del derecho ignorará el nombre de Kelsen. No es aventurado calificarle, cualquiera que sea la posición que se asuma frente a sus ideas, de clásico del derecho. Como todo clásico, es un punto de referencia obligado del que no cabe prescindir.

A esas dos notas definitorias de su perfil intelectual —las de jurista y clásico— habría que añadir una tercera: Kelsen formó escuela. En primer

---

ideologías, siempre se reconoce un mismo anhelo, el de contribuir al afianzamiento y defensa de su teoría. En particular, debe tenerse presente que, en el ánimo de Kelsen, su crítica de la justicia y el derecho natural está estrechamente ligada con su labor sistematizadora del positivismo jurídico. Métall lo confirma en su biografía: “El plan original de Kelsen consistía en una teoría sistemática del positivismo jurídico... unida, sin embargo, con una crítica de la doctrina del derecho natural” (*Hans Kelsen. Vida y obra, cit.*, p. 73).

<sup>3</sup> El mismo Kelsen distingue netamente filosofía del derecho y teoría general del derecho en su respuesta a la consulta “Qu’est-ce que la philosophie du droit?”, en *Archives de Philosophie du Droit*, 7, 1962, p. 131. Generalmente encuadra su doctrina dentro de la teoría general del derecho, o sea, al nivel de ciencia del derecho en sentido estricto (Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1979, p. 15). Acerca de este tema, *cf. infra*, cap. VII, n. 43. Es preciso, empero, recordar que, para su autor, la *Teoría pura* es una investigación sobre las condiciones formales del conocimiento jurídico, lo que comporta una postura epistemológica de índole kantiana de la que Kelsen parece haberse ido apartando, de hecho, desde su residencia en Norteamérica (*infra*, cap. VII, n. 44). Esta interpretación gnoseológica del cometido de una teoría general del derecho podría inducir a pensar que la *Teoría pura* se sitúa en el ámbito de la filosofía del derecho. Pero, como se desprende de los textos aducidos, Kelsen no comparte esta conclusión.

<sup>4</sup> Métall, en *Hans Kelsen. Vida y obra, cit.*, incluye dos apéndices bibliográficos muy útiles. El primero (pp. 122-161) contiene 604 publicaciones de Kelsen, comprendiendo los trabajos originales y las traducciones aparecidas hasta 1966 en todo el mundo. Este elenco se ha actualizado por última vez hasta 1981 en AA.VV., *Die Reine Rechtslehre in wissenschaftlicher Diskussion, Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts Band 7*, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Viena, 1982, pp. 215-221. El segundo apéndice de la obra de Métall (pp. 162-216) consigna unos mil trescientos trabajos publicados hasta 1967 acerca de las ideas de Kelsen o de algún modo relacionados con la *Teoría pura*. Para la bibliografía de Kelsen en castellano hasta 1974. Véase, *Revista de Ciencias Sociales*, 6, 1974, pp. 459-465. El trabajo de Gil Cremades, Juan José, “Bibliografía sobre Kelsen (1964-1968)”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 14, 1969, pp. 147-181. Ayudará a hacerse cargo de la extensión e intensidad de las polémicas que ha suscitado la doctrina kelseniana, puesto que sólo abarca cuatro años y reseña una apreciable cantidad de libros y artículos especializados. Véase, Amato, Salvatore, “Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del Novecento”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 58, 1981, pp. 627-642.

término, la famosa Escuela de Viena, donde entre los años 1911 y 1930 se rodeó de un buen número de activos y prestigiosos discípulos y colaboradores, de variadas naciones y tendencias doctrinales, pero siempre bajo su inspiración inmediata como maestro indiscutido. Un elenco de quienes trabajaron en aquellos años junto a él en la Facultad de Derecho de la Universidad de Viena sería bastante extenso. Baste citar ahora los nombres de Adolf Merkl,<sup>5</sup> Alfred Verdross,<sup>6</sup> Leonidas Pitamic —que fueron oyentes de Kelsen antes de la Primera Guerra Mundial—; Franz Weyr,<sup>7</sup> el primero en reconocer fuera de Viena la importancia de la teoría kelseniana; Felix Kaufmann, Fritz Schreier<sup>8</sup>, Josef L. Kunz —que se le unieron, con otros muchos, después de la guerra—, y una serie de juristas de diversa procedencia internacional, discípulos directos de Kelsen, que llevaron su doctrina a todo el mundo: Alf Ross (Dinamarca), Luis Legaz y Lacambra y Luis Recaséns Siches (España), Charles Eisenmann (Francia), Antonio S. Bustamante y Montoro (Cuba), etcétera. Aunque muchos de ellos no compartieran las tesis del maestro en su integridad, todos recibieron un influjo relevante de Kelsen.<sup>9</sup> Con el traslado de éste a Estados Unidos en 1940, la *Teoría pura* al-

<sup>5</sup> Merkl, conocido sobre todo como administrativista, contribuyó decisivamente a la *Teoría pura* con su teoría de la construcción escalonada o estructura jerárquica del derecho (*Stufentheorie*), más conocida en castellano como teoría de la pirámide jurídica. Por este motivo, Kelsen le llamó “cofundador” de la *Teoría pura* en “Adolf Merkl zu seinem siebzigsten Geburtstag am 23. März 1960”, *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 10, 1960, pp. 313-323.

<sup>6</sup> Verdross, destacado internacionalista, que derivó hacia una posición claramente iusnaturalista, tiene el mérito de haber sido el que por vez primera aplicó la *Teoría pura* al campo del derecho internacional, en su artículo “Zur Konstruktion des Völkerrechts”, en *Zeitschrift für Völkerrecht*, 8, 1914, pp. 329-359.

<sup>7</sup> Weyr fundó una especie de sucursal de la Escuela de Viena en Brunn, Checoslovaquia. En su trabajo “Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystem”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 23, 1908, pp. 529-580, atacó la antinomia tradicional entre derecho público y derecho privado, por lo que constituye un precursor en este punto de la *Teoría pura*, como lo señala Kelsen en un texto inserto en Métall, R. A., “Hans Kelsen y su Escuela Vienesa de la Teoría del Derecho”, *Revista de Ciencias Sociales*, 6, 1974, pp. 27-28. Es traducción de una conferencia pronunciada por Métall en el Instituto Hans Kelsen de Viena en 1973.

<sup>8</sup> Kaufmann y Schreier representan una dirección peculiar dentro de la Escuela Vienesa, ya que intentaron aplicar la fenomenología de Husserl a la *Teoría pura*.

<sup>9</sup> Para más datos sobre la Escuela de Viena, véase Métall, R. A., *Hans Kelsen. Vida y obra*, cit., p. 36 y su conferencia ya citada, “Hans Kelsen y su Escuela Vienesa de la Teoría del Derecho”. También Wielinger, Gerhart, “Rechtstheorie in Österreich. Hans Kelsen und die Wiener rechtstheoretische Schule”, *Conceptus*, 11, 1977, pp. 365-376. Es evidente que ha de distinguirse la *Teoría pura* con respecto a dicha Escuela no sólo porque no todos sus integrantes comparten lo esencial de la doctrina de Kelsen, sino principalmente debido a que la figura del maestro trasciende con mucho a sus discípulos. Quizá por esto último, y también por el hecho de que, a partir del año 1930 y hasta su muerte, Kelsen vivió fuera de Viena, se le asocia cada vez menos con la Escuela Vienesa. En 1972 se fundó ahí el Hans Kelsens-Ins-

canzó mayor difusión en el mundo anglosajón. A esas alturas, no obstante, ya era famoso en todas partes, hasta en el Extremo Oriente, y su doctrina había hallado amplia acogida y había sido objeto de vivas polémicas. En España y Latinoamérica esta influencia ha sido particularmente intensa.<sup>10</sup> La acuñación del adjetivo “kelseniano” lo pone muy de manifiesto.

## II. EXPOSICIÓN Y CRÍTICA DE LA *TEORÍA PURA DEL DERECHO*

El objetivo principal de este estudio consiste en una valoración crítica de las conclusiones más importantes de la *Teoría pura*. Pero hemos querido que a la crítica preceda una exposición de esas conclusiones. Si bien existen innumerables exposiciones más o menos logradas,<sup>11</sup> entre las que evidentemente ocupan el primer lugar las preparadas por el mismo autor,<sup>12</sup> nos ha parecido

---

títul, promovido por el Gobierno austriaco, como centro de estudios kelsenianos. En cuanto a la bibliografía de la Escuela, muchos de los trabajos de Merkl y Verdross, junto con otros del propio Kelsen difícilmente accesibles por el tiempo transcurrido desde su publicación, fueron reunidos por Klecatsky, Hans; Marcic, René, y Shambeck, Herbert (eds.) en los dos volúmenes de *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, Europa Verlag, Viena, 1974. Métall editó además una colección titulada *33 Beiträge zur Reinen Rechtslehre*, Europa Verlag, Viena, 1974, en la que recogió también trabajos de otros representantes de la Escuela, como Pitamic, Weyr, Kaufmann, etcétera.

<sup>10</sup> Kunz, J. L., *La teoría pura del derecho*, México, Imprenta Universitaria, 1948, pp. 115, y Legaz y Lacambra, L., “La influencia de la doctrina de Kelsen en la ciencia jurídica española”, *Revista de Estudios Políticos*, 96, 1957, pp. 29-40. Sobre las repercusiones de la *Teoría pura* en diversos países, consultar AA.VV., *Die Einfluss der Reinen Rechtslehre auf die Rechtstheorie in verschiedenen Ländern*, Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts Band 2, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Viena, 1978.

<sup>11</sup> Algunas presentaciones extensas en español, como las de Recaséns Siches, L., *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, México, Porrúa, 1963, I, pp. 138-221; García Máynez, Eduardo, *Algunos aspectos de la doctrina kelseniana*, Porrúa, México, 1978; Legaz y Lacambra, L., *Kelsen, Estudio crítico de la teoría pura del derecho y del estado de la Escuela de Viena*, Lib. Bosch, Barcelona, 1933; Ebenstein, William; *La teoría pura del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1947; etcétera, aparte del obvio inconveniente de no poder tomar en cuenta la producción de Kelsen posterior a sus respectivas fechas de edición, no destacan el carácter evolutivo de su pensamiento. Sí insiste en este aspecto el libro de Esquivel, Javier, *Kelsen y Ross, formalismo y realismo en la teoría del derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1980. Pero sólo elige algunas materias, aquellas que estima más adecuadas para el paralelo con Ross, sin que desarrolle los planteamientos de la *Teoría pura* en su conjunto de una manera orgánica. Además, no alcanza a considerar *Allgemeine Theorie der Normen*. Véase también, como una exposición crítica singularmente acertada, Casaubon, J. A., *Hans Kelsen: la teoría pura del derecho*, Madrid, Magisterio Español, 1986.

<sup>12</sup> Fuera de sus más extensas autoexposiciones, que serán descritas a continuación, elaboró por lo menos otras dos presentaciones más sintéticas de su Teoría. La primera: Kelsen, H., “El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del derecho”, *Revista de Derecho*

conveniente elaborar una más por dos motivos. De una parte, con el fin de apreciar las sucesivas transformaciones que no cesó de introducir en su teoría hasta el fin de su vida, claramente perceptibles si se confrontan su obra de juventud *Problemas capitales de la teoría del derecho estatal desarrollados a partir de la doctrina de la proposición jurídica*<sup>13</sup> y su libro póstumo *Teoría general de las normas* (1979).<sup>14</sup> No obstante, no pretendemos realizar una investigación erudita sobre esa evolución —tarea difícil y muy extensa,<sup>15</sup> que nos desviaría de nuestro objetivo preponderante—, sino limitarnos a trazar las líneas maestras. Al mismo tiempo, como segunda razón que justifica la exposición previa, nos interesa investigar el grado de coherencia interna que, en el curso de sus transformaciones, logra la *Teoría pura*.

Hemos optado por realizar la exposición de acuerdo con el orden sistemático seguido en la segunda edición en alemán de la obra más célebre de Kelsen: *Teoría pura del derecho* (1960).<sup>16</sup> Por fidelidad a su formulación origi-

---

*Privado*, Madrid, 1933, es un breve ensayo elegantemente vertido al castellano por Luis Legaz y Lacambra, sobre la base de un texto compendiado de lo que sería la primera edición en alemán de *Reine Rechtslehre* (1934). Este ensayo también apareció en otras lenguas antes de que se dispusiera de dicha primera edición alemana, en la que, además de algunos cambios y ampliaciones de menor entidad, el autor introdujo un nuevo capítulo (IX) relativo al Estado y al derecho internacional. Más tarde escribió un breve resumen, bajo el título “Was ist die Reine Rechtslehre?“, *Demokratie und Rechtsstaat. Festschrift zum 60. Geburtstag von Prof. Dr. Zaccaria Giacometti*, Poligraphischer Verlag, Zürich, 1953, pp. 143-162, incluido posteriormente en Klecatsky, H. et al., *op. cit.*, pp. 611-630. Existe versión castellana: *¿Qué es la teoría pura del derecho?*, Córdoba, Imprenta de la Universidad, 1958.

<sup>13</sup> Kelsen, H., *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz*, J. C. B. Mohr (P. Siebeck), Tubinga, 1911. La segunda edición de 1923 contiene un prólogo nuevo, en el que Kelsen indica las variaciones experimentadas por su teoría en el tiempo intermedio. Hay reimpresión de esta segunda edición por Scientia Verlag, Aalen, 1960.

<sup>14</sup> Kelsen, H., *Allgemeine Theorie der Normen*, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Viena, 1979.

<sup>15</sup> Losano, que, por lo demás, ha aportado un valioso avance preliminar en su *Saggio introduttivo* arriba mencionado, señala tres razones que explican la dificultad de esta empresa: 1) la rigurosa exposición de Kelsen tiene en cada trabajo un aire definitivo y pleno, que no hace sentir la necesidad de relacionarlo con sus obras precedentes para comprenderlo mejor; 2) en su vasta producción, cada obra constituye una “summa” de sus precedentes investigaciones, y 3) la evolución, plasmada en numerosas publicaciones, abarca más de medio siglo, por lo que es materialmente difícil tener a la vista todo el desarrollo de un determinado problema en sus escritos. Véase, *Saggio introduttivo*, *cit.*, p. 15.

<sup>16</sup> Kelsen, H., *Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit, zweite, vollständige, neu bearbeitete und erweiterte Auflage*, Franz Deuticke Verlag, Viena 1960. Existe traducción al castellano, ya citada en nota 3. En la traducción no se ha incluido el apéndice sobre *El problema de la justicia*, por haber sido ya publicado en español, bajo el título *Justicia y derecho natural*, en Kelsen, H., Bobbio, Norberto et al., *Crítica del derecho natural*, Madrid, Taurus, 1966. Este trabajo apareció por primera vez en francés: *Justice et Droit Naturel*, en idéntico volumen colectivo, titulado *Le droit naturel*, Presses Universitaires de France, París, 1959. Conviene

nal, este procedimiento es más aconsejable que el de buscar otra sistemática más a gusto del expositor.

Entre las síntesis de la *Teoría pura* confeccionadas por el mismo Kelsen, la más adecuada a nuestro propósito es la que sacó a luz en 1960. Si se dejan de lado los *Problemas capitales*, por su carácter poco sistemático,<sup>17</sup> las autoexposiciones relativamente extensas del conjunto de su doctrina son, en orden cronológico, las siguientes: *Teoría general del Estado* (1925),<sup>18</sup> la primera edición en alemán de la *Teoría pura del derecho* (1934),<sup>19</sup> la *Teoría general del derecho y del Estado* (1945),<sup>20</sup> la edición francesa de la *Teoría pura del derecho*

---

advertir que el autor introdujo algunas modificaciones al publicarlo después en alemán, por lo que la versión castellana, hecha a partir de la francesa, difiere en algunos pasajes de la alemana. Sin restar méritos a la traducción de la segunda edición en alemán de *Reine Rechtslehre* hecha por el profesor argentino Roberto J. Vernengo, ella nos parece menos cuidada que la italiana, a cargo de Mario G. Losano. En efecto, algunos lugares están confusamente traducidos; algunas distinciones terminológicas del original no se han respetado del todo, como era de esperar —por ejemplo, la de *Zuschreibung* y *Zurechnung* (*infra*, cap. IV, n. 19)—; algunas opciones de la versión son más o menos discutibles —como las de traducir *Sollen* simplemente por “deber”, en vez de seguir el uso ya establecido, que prefiere “deber ser” o *Grundnorm* por “norma fundante”, en lugar de “norma fundamental”, que es lo más común en las versiones castellanas (*cf.* las razones no muy convincentes que da Vernengo en pp. 357-358 de la misma edición); y en las remisiones internas de una parte a otra del libro no se ha modificado el número de las páginas para adecuarlas a la edición castellana—. En este estudio citaremos esta edición castellana de *Teoría pura del derecho* utilizando la siguiente abreviatura: TP (2a. ed. al.), y poniendo, además de la página, el número del párrafo, con el fin de facilitar la búsqueda de la cita en el original y en otras versiones. Utilizaremos la versión castellana mencionada del apéndice sobre la justicia y el derecho natural.

<sup>17</sup> Esta obra presenta una unidad más metodológica que sistemática. En ella Kelsen procura poner a prueba su método jurídico puro, sobre todo contra las doctrinas de corte sociológico, en diversos temas de la ciencia jurídica. Losano, *Saggio introduttivo*, *cit.*, pp. 16 y 17.

<sup>18</sup> Kelsen, H., *Allgemeine Staatslehre*, Berlín, Julius Springer, 1925. Traducida al español por Luis Legaz y Lacambra: *Teoría general del Estado*, Barcelona, Labor, 1934. Se citará conforme a la edición de Editora Nacional, México, 1979. Métall, *Hans Kelsen. Vida y obra*, *cit.*, p. 111, describe este libro como “La primera presentación sistemática de los conocimientos elaborados en las monografías y artículos...”.

<sup>19</sup> Kelsen, H., *Reine Rechtslehre. Einleitung in die Rechtswissenschaftliche Problematik*, Viena, Franz Deuticke Verlag, 1934. En nuestro idioma apareció en 1941 como *La teoría pura del derecho. Introducción a la Problemática científica del Derecho*, Losada, Buenos Aires, 1941, versión hecha por Jorge G. Tejerina y prologada por Carlos Cossio. En este trabajo se utiliza la reimpresión de esta traducción hecha por Ed. Nacional, México, 1974. Se designará mediante la abreviatura TP (1a. ed. al.), y, al igual que con la segunda edición, se indicarán el número del párrafo correspondiente y la página respectiva de la reimpresión indicada.

<sup>20</sup> Kelsen, H., *General Theory of Law and State*, Cambridge, Harvard University Press, 1945. Obra traducida al castellano por Eduardo García Máynez: *Teoría general del derecho y del Estado*, México, UNAM, 1949. Aquí empleamos la reimpresión de 1979. Este libro constituye una nueva exposición de la *Teoría pura* dirigida especialmente a los juristas del *Common Law* anglosajón. Acerca de sus características peculiares, véase Kunz, J. L., *La teoría pura del derecho*, *cit.*, pp. 39-114.

(1953),<sup>21</sup> la segunda edición alemana de la misma obra (1960), y la *Teoría general de las normas* (1979). Estas presentaciones sistemáticas permiten hacerse cargo, en líneas generales, de la evolución del pensamiento kelseniano, en cuanto recogen los cambios y precisiones a que Kelsen ha arribado en los años que median entre una y otra obra de síntesis.

Por otro lado, estos libros corresponden a diferentes puntos de vista expositivos. Así, la *Teoría general del Estado* pretende ser, como su título indica, una *allgemeine Staatslehre* en la clásica línea de los publicistas alemanes, que culmina en Georg Jellinek, aunque obviamente reelaborada a la luz de la pureza metódica kelseniana. En cambio, la *Teoría pura del derecho* ya no se centra en el Estado, sino en el derecho. Aun cuando en ambos trabajos se mantiene la tesis de que Estado y derecho se identifican, en la *Teoría pura* la doctrina sobre el Estado se encuadra en una más amplia teoría del derecho, que abarca también los órdenes jurídicos preestatales y supraestatales, lo que da lugar a un cambio de enfoque y de temática, menos específicamente relativos a la teoría general del Estado y más a lo que cabría denominar, de acuerdo con el subtítulo de la primera edición en alemán, la “problemática científica del derecho”.<sup>22</sup>

La *Teoría general del derecho y del Estado*, fuera de su marcada ambientación anglosajona, se caracteriza por una combinación de los dos puntos de vista precedentes, aunque subordinados uno al otro, lo que concuerda con la división del libro en dos partes, tituladas sencillamente “El derecho” y “El Estado”.

La segunda edición en alemán vuelve a tratar sólo de la teoría del derecho —en la que lógicamente está incorporada la teoría del Estado—. <sup>23</sup> Pero es una obra nueva, incluso desde una perspectiva formal. Lo refleja la

---

<sup>21</sup> Kelsen, H., *Théorie pure du droit. Introduction à la science du droit*, Baconnière, Neuchâtel, 1953. El texto, sobre el que Henri Thévenaz hizo esta traducción difiere sustancialmente de la edición en alemán de 1934, como habrá ocasión de comprobar a lo largo de este trabajo. Vertida al castellano por Moisés Nilve, apareció bajo el nombre de *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho*, Buenos Aires, EUDEBA, 1969. Justamente ese año salía la segunda edición en alemán, pero debido a la ausencia de traducciones al castellano que se hizo sentir hasta 1979, la versión castellana de la edición francesa, por ser más actualizada que la hecha a partir del texto de la primera alemana, halló amplia acogida en los medios de habla hispana. Se citará por la 13a. edición, 1975, usando la abreviatura TP (ed. fr.). Por no haber numeración seguida de los párrafos a través de todo el libro, se indicará sólo la página.

<sup>22</sup> Losano, M. G., *Saggio introduttivo*, cit., p. 37.

<sup>23</sup> Sobre esta edición, Kunz, J. L., “Die definitive Formulierung der Reinen Rechtslehre”, en *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 11 (1961), pp. 375-394. También había calificado Kunz a la *Teoría general del derecho y del Estado* de versión definitiva de la *Teoría pura* en Kunz, J. L., *La teoría pura del derecho*, cit., pp. 39 y ss. Kunz no podía prever que su maestro continuaría trabajando hasta más allá de los noventa años y que, en consecuencia, esta segunda edición tampoco sería la formulación definitiva de la *Teoría pura*.

misma supresión del subtítulo de 1934 —*Introducción a la problemática científica del derecho*—, y la aclaración de que estamos en presencia de una segunda edición “íntegra, renovada y aumentada”. Lo explica muy bien Kelsen en el prólogo a la segunda edición:

La segunda edición de mi *Teoría Pura del derecho...* presenta una reelaboración completa de los temas tratados en la primera, y una significativa ampliación de su campo de estudio. Mientras que me contenté entonces en formular los resultados especialmente característicos de una doctrina pura, intento hoy dar solución a los problemas más importantes de una teoría general del derecho conforme con los principios fundamentales de la pureza metódica del conocimiento jurídico-científico, más de lo que anteriormente hiciera.<sup>24</sup>

El libro, de hecho, casi cuadriplica en extensión al de 1934.

Después de 1960 nuestro autor fue fiel a lo que expresó en ese mismo prólogo: “Tampoco esta segunda edición de la *Teoría Pura del derecho* ha de ser considerada una exposición de resultados definitivos, sino como una empresa que ha menester de ser llevada adelante, mediante complementos y otras mejoras”.<sup>25</sup> Mas no se cumplió lo que entonces agregaba: “Habrá logrado su propósito si es considerada digna de esa continuación por otros, que no por su autor, que se encuentra ya al final de su vida”,<sup>26</sup> puesto que, gracias a su longevidad, pudo seguir trabajando por espacio de más de una década. Dedicó los últimos años de su vida al problema de las normas en general, tanto jurídicas como morales, con particular interés por las relaciones entre el derecho y la lógica,<sup>27</sup> esfuerzo que cuajó en su póstuma *Teoría general de las normas*.<sup>28</sup>

<sup>24</sup> Kelsen, H., TP (2a. ed. al.), prólogo a la 2a. ed., p. 13.

<sup>25</sup> *Idem.*

<sup>26</sup> *Idem.*

<sup>27</sup> Dos artículos de la década de los sesenta contienen los primeros avances en este sentido: Kelsen, H., “Derogation”, *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, Indianapolis-Nueva York, 1962, pp. 339-355, y “Recht und Logik”, *Forum*, Viena, 12, 1965, pp. 421-425, 495-500 y 579. También se reflejan cambios en esta línea en “Zum Begriff der Norm”, *Festschrift für Hans Carl Nipperdey*, C. H. Beck, Munich-Berlín, I. Band, 1965, pp. 57-70, que corresponde al primer capítulo de la futura *Allgemeine Theorie der Normen*. Estos tres trabajos fueron publicados en castellano por la revista *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 21, 1974, en pp. 259-274, 275-282 y 201-213, respectivamente. Sin embargo, el artículo sobre “Derecho y lógica” no es traducción de *Forum*, sino de una versión inglesa, que no incluye el análisis del principio de inferencia. Los tres artículos se incluyen en Klecatsky, H. *et al.*, *op. cit.*, II, pp. 1429-1443; 1469- 1497, y 1455-1468, respectivamente.

<sup>28</sup> Recensionada en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 58, 1981, pp. 352-353. Sobre ella puede consultarse: Opalek, K., *Überlegungen zu Hans Kelsens ‘Allgemeine Theorie der Normen’*, Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts Band 4., Manzsche Verlags-und Univer-

Conforme a un criterio puramente cronológico, debiera escogerse este último libro como pauta de la exposición. Pero, dado su enfoque particular ya sumariamente descrito, es preferible atenerse a la segunda edición de *La teoría pura del derecho*, que contiene el postrer intento de síntesis del predominante afán vital de Kelsen: el logro de una teoría científica general del derecho. En consecuencia, la parte expositiva de este trabajo se atenderá, en general, a los ocho capítulos que componen esa edición. Dentro de cada capítulo se procurará respetar el hilo conductor de las ideas elegido por el autor, si bien se evitarán por lo común las repeticiones, abundantes en el texto, y se tratará de agilizar el estilo, singularmente lento, que lo distingue.<sup>29</sup> Cuando parezca oportuno se incluirán citas literales tomadas de la traducción castellana existente.

Los dos motivos que nos han inducido a exponer la *Teoría pura* antes de criticarla —mostrar su evolución y aquilatar su coherencia interna— se reflejarán en el modo de dar a conocer su contenido. Siempre que lo pida la materia, habrá una breve incursión en las demás publicaciones de Kelsen, destinada a situar la formulación de 1960 en su contexto histórico-

---

sitätsbuchhandlung, Viena, 1980; Portinari, P., “La teoria generale delle norme nell’opus posthumum di Hans Kelsen”, *Nuovi Studi Politici*, 11 (1981), pp. 45-70; Eikema Hommes, Hendrik van, “La evolución del concepto kelseniano de norma jurídica”, *Persona y Derecho*, 10, 1983, pp. 11-31; Weinberger, Ota, *Normen-theorie als Grundlage der Jurisprudenz und Ethik: eine Auseinandersetzung mit Hans Kelsens Theorie der Normen*, Berlín, Duncker und Humblot, 1981.

<sup>29</sup> Losano compara el estilo de esta edición con el usado en 1934, y encuentra una feliz analogía de uno y otro con los estilos de Séneca y Cicerón, respectivamente. Del mismo modo que a Séneca nada se le puede quitar, la primera edición ofrece una apretada síntesis, lo que le confiere más agilidad y un particular atractivo. En aras de una exactitud que Losano califica de meticulosa y puntillosa, en 1960 Kelsen enhebra sus tesis con fastidiosas reiteraciones, en un escrito al que, como ocurre con los ciceronianos, nada se puede agregar, pero que, a diferencia de los del gran romano, no muestra la menor gracia estilística. Abundan las repeticiones de un tema en distintos contextos, de las que ya se excusaba en la *Teoría general del Estado*, *cit.*, prólogo, p. 9: “El nuevo sistema arranca muchos objetos de la conexión en que corrientemente se hallaban engarzados, y expone lo esencial de los mismos desde puntos de vista que no son los ordinarios. Esto impone la necesidad de repeticiones... El deseo de ilustrar en la medida más intensa posible, mediante ciertos ejemplos, algunas relaciones descubiertas por la peculiaridad de mi sistema, deberá disculpar el que, a veces, un mismo objeto sea tratado repetidamente desde distintos puntos de vista”. Además, en una misma frase reitera machaconamente los términos y las ideas. Sirva de ejemplo la siguiente: “Si el derecho es concebido como un orden coactivo, es decir, como un orden que estatuye actos de coacción, el enunciado jurídico que describe el derecho aparece entonces como el enunciado que afirma que bajo determinadas condiciones —es decir, condiciones determinadas por el orden jurídico— debe efectuarse determinado acto coactivo” (TP, 2a. ed. al.), n. 27 a, p. 123. Losano, *Saggio introduttivo*, *cit.*, pp. 45 ss. y Vernengo, R. J., Nota del traductor, en TP (2a. ed. al.), p. 358.

evolutivo, tanto anterior como posterior a esa fecha. De manera especial se pondrán de relieve los cambios que ha sufrido su libro *Teoría pura del derecho* en sus tres versiones sucesivas: la primera en alemán, la intermedia en francés y la última en alemán. Al mismo tiempo, se intentará sopesar la íntima trabazón del sistema kelseniano. Por esta razón, cuando sea oportuno se traerán a colación otros aspectos de su doctrina que iluminen el pasaje de que se trate, se harán algunos comentarios explicativos y se bosquejarán algunas posibles vías de crítica interna, e incluso de crítica externa cuando sólo afecten a materias determinadas.

Sin embargo, la crítica fundamental que este trabajo pretende hacer a la *Teoría pura* es de índole global y externa, o sea, desde posiciones teóricas distintas. La segunda parte contendrá un balance, lo más desapasionado posible, de las conclusiones de Kelsen, en el que se destaquen sus luces y sombras. Como es evidente, toda crítica externa encaminada a valorar los mismos principios o fundamentos de una teoría, parte, a su vez, de otros principios. Los que sirven de base al enjuiciamiento de la *Teoría pura* en este estudio pueden reducirse a tres: ante todo, el realismo gnoseológico y la afirmación de la metafísica; en segundo lugar, y en congruencia con esa postura realista y abierta a la metafísica, la existencia del derecho natural, y, por último, coincidiendo en ello con las aspiraciones de Kelsen, la posibilidad y necesidad de una auténtica ciencia del derecho, a nivel científico-técnico. Sobre estos fundamentos se intentará mostrar una ruta de trabajo científico que permita asimilar cuanto de provechoso ha aportado a la ciencia jurídica la *Teoría pura*, y superar cuanto se opone a la consecución de sus legítimas ansias de conocimiento científico, objetivo y universal del derecho.

### III. COORDENADAS JURÍDICAS Y FILOSÓFICAS DE LA *TEORÍA PURA*: POSITIVISMO JURÍDICO Y NEOKANTISMO

Antes de entrar en la exposición, nos parece conveniente explicar cuáles son las principales influencias que han determinado las posturas del jurista vienes. No es tarea demasiado compleja ni aventurada, ya que no es cuestión de buscar similitudes más o menos remotas entre la *Teoría pura* y otras doctrinas, sino que basta escuchar al mismo autor, que se encarga de declarar acerca de las corrientes filosóficas y jurídicas que han marcado el rumbo de su obra.

Los planteamientos de Kelsen han supuesto una innegable novedad dentro de la ciencia jurídica. El mismo creador de la *Teoría pura* era muy consciente de ello. “Durante esos años —escribía, refiriéndose al periodo en que preparaba sus *Problemas capitales*— yo me sentía casi embriagado por el

pensamiento de crear una obra verdaderamente original, de abrir, por vez primera, sendas completamente nuevas para la ciencia del derecho”.<sup>30</sup>

A pesar de ello, sabía también que su teoría no había surgido de la nada. Sus ideas se movían en un horizonte cultural bien preciso. Como a menudo se ha hecho notar, la *Teoría pura* nace en la Viena de principios de este siglo. Su gestación es coterránea y coetánea con el psicoanálisis freudiano y el neopositivismo lógico del Círculo de Viena, por citar sólo dos entre las múltiples manifestaciones culturales, científicas, e incluso artísticas, propias de aquel ambiente.<sup>31</sup> Nota común a tan variada gama de movimientos es una suerte de “Ilustración” de corte positivista. El prestigio de las ciencias de la naturaleza lleva a considerarlas como modelo de todo posible saber racional. Las llamadas ciencias del hombre y de la sociedad, por ende, han de plegarse a las exigencias de rigor exactitud, para abandonar lo que Comte denominaba estadios teológico y metafísico, y acceder a un estadio científico.

Kelsen anhela poner por obra esta empresa en el campo del derecho. No es que el positivismo jurídico naciera con él. Muy por el contrario, unánimemente se reconoce que su auge tuvo lugar en el siglo pasado. Y Kelsen se siente continuador de esa corriente, según sus propias palabras: “...la teoría combatida —está hablando de la suya— no es, de ninguna manera, tan inauditamente nueva, ni se encuentra en contradicción con todo lo producido hasta ahora. Puede ser entendida como la continuación de tesis que ya se anunciaban en la ciencia jurídica positivista del siglo XIX”.<sup>32</sup> Para entender mejor esta afirmación, debe tenerse presente que en el campo del derecho la expresión “positivismo” designa una amplia serie de tendencias, cuyo denominador común quizá se limite a la hostilidad frente a la metafísica y el derecho natural. Kelsen no se considera en absoluto heredero de las corrientes positivistas que transforman la ciencia del derecho en sociología jurídica —dirección tal vez más fiel a Comte, el fundador del positivismo filosófico—, sino que, sobre todo al comienzo de su carrera, las combate con ardor. La *Teoría pura* se entronca con la otra tendencia positivista, que se suele denominar con más propiedad “positivismo jurídico”, añadiéndole el adjetivo de “formalista”.<sup>33</sup> Según esta corriente, la positividad del derecho

<sup>30</sup> Texto de una carta a J. L. Kunz, citado por éste en *La teoría pura del derecho*, cit., p. 17.

<sup>31</sup> Prólogo de Ulises Schmill, en Métall, R. A., *Hans Kelsen. Vida y obra*, cit., p. 2.

<sup>32</sup> Kelsen, H., TP (2a. ed. al.), prólogo a la 1a. ed., p. 10. Véase también, *Teoría general del Estado*, cit., prólogo, pp. 7 y 8. En relación con su doctrina de la norma básica o fundamental (*Grundnorm*), tan central en la *Teoría pura*, sostiene que “...es sólo el resultado de un análisis del proceso que un conocimiento positivista del derecho siempre ha utilizado” (TP 2a. ed. al., n. 34d, p. 214).

<sup>33</sup> Sobre la historia del positivismo jurídico en el siglo XIX: Fasso, Guido, *Storia della filosofia del diritto*, Boloña, Società editrice il Mulino, 1972, III, pp. 189-230.

no consiste en un efectivo y concreto comportamiento humano, sino en la positiva existencia de las normas jurídicas, en tanto gozan de validez formal.

Este positivismo jurídico formalista del siglo XIX aspiraba a erigirse en una ciencia, es decir, un conocimiento autónomo con relación a la filosofía, sistemático, sobre la base de datos positivos o fenómenos, y con una neta exclusión de todo elemento ético o fáctico —lo “metajurídico”— que esté fuera de lo único concebido como derecho: la norma positiva, generalmente restringida a la estatal. Al recibirse ésta como dato indiscutido o “dogma”, la “dogmática” es la elaboración de conceptos jurídicos generales efectuada a partir de las normas existentes. Este esfuerzo lógico-sistemático culmina, especialmente en Alemania, con la llamada “teoría general del derecho” (*allgemeine Rechtslehre*), que busca determinar y ordenar los conceptos jurídicos fundamentales comunes a todas las ramas del ordenamiento jurídico positivo. Dentro de los autores que pueden ser más o menos encuadrados en esta dirección, Kelsen se considera sobre todo heredero de los cultivadores alemanes del derecho público que trabajaron en la “teoría general del Estado” (*allgemeine Staatslehre*), en particular de Karl Friedrich von Gerber, Paul Laband, y especialmente Georg Jellinek, al que Kelsen recuerda como su “inolvidable maestro”.<sup>34</sup> En el ámbito del *Common Law* sobresale John Austin, que representa una tendencia similar, aunque por completo independiente, a la *allgemeine Rechtslehre*. Kelsen, que tuvo conocimiento de Austin en fecha tardía,<sup>35</sup> subrayó las similitudes de la *Teoría pura* con la *jurisprudence* del autor inglés, en un artículo publicado poco después de su llegada a Norteamérica.<sup>36</sup>

El positivismo jurídico viene a ser, por tanto, la primera gran coordenada de la *Teoría pura*. Pero no se puede comprender la peculiar posición que ella ocupa en la teoría jurídica si no se tiene en cuenta su otra gran fuente inspiradora, que no procede de la ciencia jurídica, sino de la filosofía. Un rasgo distintivo del positivismo kelseniano es su acentuada preocupación por los fundamentos filosóficos del sistema. En 1925, época en que esa pre-

<sup>34</sup> Kelsen, H., *Teoría general del Estado*, cit., prólogo, p. 9. Poco antes, en p. 7, ha dicho: “Ahora, al resumir y completar los resultados de mis anteriores trabajos monográficos en un sistema de Teoría general del Estado, veo con más claridad que antes hasta qué punto descansa mi labor en la de los grandes predecesores; ahora me siento más unido que nunca a aquella dirección científica que tuvo en Alemania como sus representantes más ilustres a Karl Friedrich Von Gerber, Paul Laband y Georg Jellinek”.

<sup>35</sup> Métall, R. A., *Hans Kelsen. Vida y obra*, cit., p. 19.

<sup>36</sup> Kelsen, H., “The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence”, *Harvard Law Review*, 55, 1941, pp. 44-70. Traducción castellana: “La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica”, *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Losada, 1946, pp. 207-238.

ocupación pasa por su momento culminante, escribía: “Yo creo haber acelerado el ritmo de la inevitable evolución de mi disciplina, poniendo en estrecho contacto la provincia algo lejana de la ciencia jurídica con el fructífero centro de todo conocimiento: la Filosofía...”<sup>37</sup>

El clima filosófico en que se mueve Kelsen corresponde en gran medida al del neokantismo alemán de principios de esta centuria.<sup>38</sup> Contra el idealismo absoluto que desemboca en Hegel, los neokantianos proclaman una vuelta al criticismo de Kant. Toman a las ciencias positivas como modelo de todo conocimiento, y, reconocida la validez de tales ciencias, centran el quehacer filosófico en el análisis “trascendental” —en sentido kantiano— de sus condiciones de posibilidad. El punto de partida de este análisis es la concepción de que no es el objeto el que determina el conocimiento, sino que conocimiento y objeto son determinados por el sujeto. De este modo, creen descubrir unas estructuras *a priori*, o sea, independientes de toda experiencia, propias del conocimiento humano, que hacen posible el objeto de ese conocimiento. Estos autores se caracterizan también por un decidido rechazo de la “cosa en sí” kantiana. Como se ve, este neocriticismo, que ciertamente rechaza todo empirismo, materialismo o psicologismo, para dar la primacía a la razón, no deja por eso de estar muy emparentado con el positivismo, ya que rechaza decididamente la metafísica y procura dar una interpretación gnoseológica de las ciencias positivas, que, según sus presupuestos, son arquetipo de todo saber racional. Y no es de extrañar esta coincidencia, puesto que Kant es también, de algún modo, inspirador del positivismo filosófico.<sup>39</sup>

El neokantismo alemán de este siglo se distingue por su afán de aplicar el método trascendental kantiano a las “ciencias del espíritu”, y, en particular, a los dominios de la ética, tarea en la que quieren proceder con más rigor que su maestro. Critican a Kant por no haber sido consecuente con su criticismo al elaborar su ética del imperativo categórico y de los postulados de la razón práctica, en la que perciben resabios metafísicos. Kant ha escindido la moral de la metafísica —al no fundamentar el deber en el bien—, pero ha intentado recuperar las conclusiones de la vieja metafísica —la inmortalidad del alma, la libertad del hombre y la existencia de Dios—

<sup>37</sup> Kelsen, H., *Teoría general del Estado*, cit., prólogo, p. 8.

<sup>38</sup> Como introducción al neokantismo, Urdanoz, Teófilo, *Historia de la filosofía*, Madrid, BAC, 1978, VI, pp. 85-109, con la bibliografía allí recogida. A través de *Allgemeine Theorie der Normen* se pueden apreciar otras influencias en la maduración del pensamiento kelseniano —como las de Husserl, Scheler y Fred Bonn—, pero nos parece que el neokantismo es la coordenada filosófica fundamental de la *Teoría pura*.

<sup>39</sup> Verneaux, Roger, *Historia de la filosofía moderna*, Barcelona, Herder, 1969, p. 195.

como objeto de una fe práctica, con lo que abre un camino a la “cosa en sí”, inalcanzable para la razón teórica, y pretende, en cierto modo, dar una fundamentación a su ética. Toda esta construcción de los *Fundamentos de la metafísica de las costumbres* y de la *Crítica de la razón práctica* es abandonada por los neokantianos, que sólo conservan la *Crítica de la razón pura*. Como es obvio, ellos no tratan de volver a basar la ética en la metafísica, a la que tienen por definitivamente sepultada gracias a Kant, sino que, insistiendo en la rigurosa incomunicación entre el ser y el deber ser, entre la naturaleza y el espíritu, conciben a ese deber ser también de un modo trascendental, como un *a priori* del sujeto, y luchan por liberarlo de cualquier residuo metafísico. Unos hablan, por tanto, de un deber ser lógico; otros desarrollan una teoría del valor desde la filosofía trascendental. Todos concuerdan en lo que podríamos llamar una “purificación” del kantismo en el plano práctico.<sup>40</sup>

Los autores que integran este movimiento suelen agruparse en tres escuelas: la Escuela de Marburgo, que sigue una orientación marcadamente logicista, fundada por Hermann Cohen, continuada por Paul Natorp, y en la que hasta cierto punto se inscribe el funcionalismo de Ernst Cassirer; la Escuela de Baden o del Sudoeste alemán, centrada en la filosofía de los valores de tipo trascendental, en la que militan su iniciador, Wilhelm Windelband y su discípulo Heinrich Rickert; y la corriente historicista, derivada lejanamente del neokantismo y encabezada por Georg Simmel y Wilhelm Dilthey.

Dignos de especial mención, por su influencia en Kelsen, son otros dos filósofos, que no formaron parte del movimiento neokantiano, aunque en sus doctrinas se detecte fácilmente la inspiración kantiana. Son Ernst Mach y su principio de “economía del pensamiento”,<sup>41</sup> y Hans Vaihinger, con su filosofía del *Als ob* (“como si”) o ficcionismo.<sup>42</sup> Sus tesis son de índole pragmática, o sea, parten de la concepción de que el conocimiento es válido en cuanto sirve a la acción o, en otros términos, que los conceptos se justifican en virtud de su utilidad. El pragmatismo, en sus múltiples variantes, no está demasiado lejos del círculo de ideas que proviene de Kant, pues para éste, en efecto, sólo cabe trascender lo sensible por medio de una fe filosófica, que es principio de la *praxis*: sus postulados de la razón práctica son válidos en cuanto el actuar humano ha de fundarse en ellos, no en cuanto especu-

<sup>40</sup> Cohen expresa que “...no se puede aceptar el método trascendental para la lógica, rechazándolo por el contrario para la ética”. Cohen, Hermann, *Ethik des reinen Willens*, Berlín, H. Cassirer, 1904, p. 229.

<sup>41</sup> Una elemental síntesis de su doctrina, la que suele conocerse como empiriocriticismo, en Urdanoz, T., *Historia de la filosofía*, Madrid, BAC, 1975, V, pp. 396-399.

<sup>42</sup> Sobre Vaihinger véase Urdanoz, T., *Historia de la filosofía*, cit., VI, pp. 260 y 261.

lativamente conocidos ni menos en razón de su adecuación a la realidad.<sup>43</sup> Conviene recalcar, además, que Vaihinger recibió una formación profundamente neokantiana.

El itinerario de las influencias filosóficas en Kelsen es conocido.<sup>44</sup> Resulta muy interesante leer las páginas que Métall, en su biografía de Kelsen, dedica a la formación juvenil del futuro jurista. Sus tempranas aficiones literarias mostraban ya su visión pesimista del mundo, que se fortaleció con detenidas lecturas de Schopenhauer.<sup>45</sup>

El paso de la literatura a la ciencia se preparó a través del creciente interés en problemas filosóficos, despertando por primera vez por el libro *Fuerza y materia* de Georg Büchner. Sin embargo, la visión materialista del mundo únicamente pudo fascinar a Kelsen por corto tiempo, recibéndola gustosamente sólo como reacción contra la primitiva orientación religiosa de la escuela, que desde un principio había motivado su oposición. Más duradera fue la impresión que la llamada filosofía idealista ejerció sobre el adolescente de dieciséis años; fue para él una conmoción espiritual profunda tomar conciencia de que la realidad del mundo exterior es problemática. Después de un conocimiento más detenido de las obras de Schopenhauer, empezó Kelsen, aun en la preparatoria, a leer a Kant. Como núcleo de la filosofía kantiana, vio él la idea del sujeto que crea el objeto en el proceso del conocimiento. La autoconciencia

<sup>43</sup> Verneaux, *cit.*

<sup>44</sup> Existe una copiosa bibliografía en torno a los presupuestos filosóficos de la doctrina de Kelsen. Entre otros estudios, Weyr, F., “Rechtsphilosophie und Rechtswissenschaft”, *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 2, 1921, pp. 671-682; Weyr, F., “Natur und Norm”, *Revue internationale de la théorie du droit*, 6, 1932, pp. 12-22; Weyr, F., “Der Rechtswissenschaft als Wissenschaft von Unterschieden”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 28, 1935, pp. 364-377; estos artículos fueron publicados en Métall, R. A. (ed.), *33 Beiträge zur Reinen Rechtslehre*, *cit.*, pp. 521-558; Treves, Renato, “Il fondamento filosofico della dottrina pura del diritto di Kelsen”, *Atti della Reale Accademia delle Scienze di Torino*, 69, 1933-34 —hay traducción castellana: “El fundamento filosófico de la teoría pura del derecho de Hans Kelsen”, *La Justicia*, 30, 1971; Treves, R., “Intorno a la concezione del diritto di Hans Kelsen”, *Rivista Internazionale de Filosofia del Diritto*, 29, 1952, pp. 177-197, artículo en el que revisa en parte sus planteamientos anteriores; Legaz y Lacambra, L., *Kelsen. Estudio crítico de la teoría pura del derecho y del Estado de la Escuela de Viena*, *cit.*, pp. 175-225; Ebenstein, William, *La teoría pura del derecho*, *cit.*; Bloustein, Eduard Jérôme, *The Legal Philosophy of Hans Kelsen. Philosophische Dissertation*, Cornell University, 1954; Martín Oviedo, José María, *Los supuestos filosóficos del método puro del Derecho*, Madrid, Reus, 1968; Azpurua Ayala, Ricardo, “Kelsen y su posición frente al positivismo y la dirección neokantiana”, *Revista de Ciencias Sociales*, 6, 1974, pp. 29-53, y en *Revista de la Facultad de Derecho*, 30, 1964, pp. 55-78; sobre la influencia, en particular, de Kant, véase Goyard-Fabre, Simone, “L’inspiration kantienne de Hans Kelsen”, *Revue de Métaphysique et de Morale*, 83, 1978, pp. 204-233; Klenner, Hermann, “Kelsens Kant”, *Revue Internationale de Philosophie*, 35, 1981, pp. 539-546.

<sup>45</sup> Métall, R. A., *Hans Kelsen. Vida y obra*, *cit.*, p. 11.

del joven Kelsen, constantemente lastimada por la escuela y ávida de satisfacción, encontró en esta interpretación subjetivista de Kant, que colocaba al yo como centro del mundo, su expresión filosófica adecuada.<sup>46</sup>

Métall agrega que Kelsen tenía el propósito de estudiar filosofía, matemáticas y física, pero que no pudo llevarlo a cabo —lo que lamentó durante toda su vida—, y tuvo que conformarse con ingresar a la Facultad de Derecho de la Universidad de Viena.<sup>47</sup> Poco después, señala que “...en el caso de Kelsen fue fundamentalmente el interés filosófico el que le ató a los problemas jurídicos”.<sup>48</sup> Ya de sus años en la carrera de derecho proviene su afán de purificar, precisar y fundamentar la ciencia jurídica. Su postura filosófica siempre fue unida a un arraigado agnosticismo e indiferentismo en materia religiosa, como lo pone de manifiesto su biógrafo.<sup>49</sup>

Desde los *Problemas capitales* es muy patente la impronta kantiana. El *leit-motiv* dominante en este libro es el deslinde metodológico de la ciencia jurídica con respecto a la sociología y, secundariamente, con relación a la ética. Esta delimitación se asienta sobre un principio de reconocida raigambre kantiana: el dualismo del “ser” (*Sein*) y el “deber ser” (*Sollen*). El derecho pertenece al mundo del deber ser, infranqueablemente separado del mundo del ser. Este deber ser aparece como un nexa lógico que une la coacción a un acto determinado por el ordenamiento jurídico, lo que se expresa en la proposición jurídica (*Rechtssatz*) hipotética: “si tiene lugar la conducta prevista por el orden jurídico, entonces debe (*sollt*) aplicarse la sanción”. El deber ser ha sido, por ende, purificado de cualquier componente metafísico o ético. Es una categoría epistemológica, en sentido kantiano, y no ontológica, en sentido aristotélico. Esta oposición ser-deber ser, entendida como un antagonismo lógico-formal que impide el paso de una esfera a otra, da lugar a la división de las ciencias en causales o de la naturaleza y normativas o del espíritu, distinción muy desarrollada por los representantes de la Escuela de Baden.

Así —afirma Kelsen en el tan ilustrativo prólogo a la segunda edición, en 1923, de sus *Problemas capitales*— los Problemas capitales parten de la fundamental oposición entre deber ser y ser, que Kant, en el esfuerzo por fundamentar la autonomía de la razón práctica frente a la teórica, del valor frente a la realidad, de la moral frente a la naturaleza, había en cierto modo puesto de

---

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 12.

<sup>47</sup> *Idem*.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 15.

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 18.

manifiesto por primera vez. Adhiriéndome a la interpretación de Kant hecha por Windelband y Simmel, el deber ser se convierte para mí en expresión de la legalidad propia del derecho que ha de ser determinado por la ciencia jurídica, a diferencia de un ser social “sociológicamente” captable; se opone la norma como juicio del deber ser a la ley de la naturaleza, y la proposición jurídica calificada como norma a la especial ley causal de la sociología.<sup>50</sup>

Y en el prólogo a la primera edición había dicho:

Mis investigaciones parten del presupuesto de separar dos opuestos fundamentales: el ser y el deber ser, el contenido y la forma... como justificación de este punto de vista mío no encuentro, en el fondo, otra respuesta sincera que ésta: yo no soy un monista. A pesar de lo insatisfactoria que me parezca también una concepción dualista de la imagen del mundo, en mi pensamiento no veo otra vía que conduzca más allá de la división entre yo y realidad, entre alma y cuerpo, entre sujeto y objeto, entre contenido y forma, o entre otras palabras en las que pueda de alguna otra manera esconderse el eterno dualismo.<sup>51</sup>

Por consiguiente, la separación *Sein-Sollen*, pieza clave del sistema kelseniano, hunde sus raíces en una precisa base filosófica.<sup>52</sup>

Con motivo de la publicación de *Problemas capitales*, Oscar Ewald los celebró en una famosa reseña aparecida en 1912, en “Kant-Studien”, como “...un enérgico y lógico intento de verter el trascendentalismo en la filosofía del derecho”.<sup>53</sup> Ewald advirtió el paralelismo de la obra de Kelsen con la *Ética de la voluntad pura* de Cohen.<sup>54</sup> Como narra Métall, tras esta reseña, y después de una visita al propio Cohen en Marburgo, Kelsen cayó en la cuenta de que aspiraba a una pureza metódica, antes buscada de modo más instintivo que sistemático. “Es a la terminología de Cohen, bajo cuya influencia cayó, a quien se puede atribuir el que Kelsen haya escogido más tarde la denominación de *Teoría Pura del derecho*”.<sup>55</sup> Cohen acentúa el idealismo crítico, excluyendo toda influencia de la realidad empírica sobre el pro-

<sup>50</sup> Kelsen, H., *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, cit.*, prólogo a la 2a. ed., p. 6.

<sup>51</sup> *Ibidem*, prólogo a la 1a. ed. (no incluido en la 2a.), p. 5.

<sup>52</sup> Un mayor desarrollo de este tema en el cap. II de este trabajo, n. 5.

<sup>53</sup> Ewald, Oscar, “Die deutsche Philosophie im Jahre 1911”, *Kant-Studien*, 17, 1912, p. 397.

<sup>54</sup> Kelsen remite a Cohen en el prólogo a la 2a. ed. de *Hauptprobleme der staatsrechtslehre, cit.*, p. 13, y en *Teoría general del Estado, cit.*, p. 486.

<sup>55</sup> Métall, R. A., *Hans Kelsen. Vida y obra, cit.*, p. 15. El libro de Cohen que más influyó en Kelsen se titula precisamente *Ethik des reinen Willens, cit.*, y obviamente el uso del adjetivo en este sentido se remonta a la *Kritik der reinen Vernunft* de Kant.

ceso cognoscitivo. Ya no concibe el conocimiento al modo de Kant, como síntesis de concepto e intuición sensible, sino que lo ve como productor único de su objeto. También pone énfasis en el método del conocimiento, decisivo —según él— en la generación de los objetos por el pensamiento. Fundado en este idealismo metódico —con este nombre se suele designar la doctrina de Cohen—, Kelsen sostendrá que la ciencia jurídica, utilizando un método jurídico puro, sin mezcla o confusión con otros métodos, produce su objeto propio: el derecho. En la *Teoría general del Estado* expone la deducción tal vez más característica obtenida de esas premisas: la identificación del Estado y el derecho. El Estado no puede ser más que derecho, ya que, si se le concibiera de otro modo, ya no sería objeto del conocimiento jurídico.

Hasta qué punto sea determinante el método trascendental kantiano en la *Teoría pura*, sobre todo en el periodo norteamericano de la vida de su creador, es cuestión debatida, en la que esperamos aportar algo de luz.<sup>56</sup> Sin embargo, Kelsen permaneció fiel a una interpretación kantiana de la ciencia jurídica. En 1960 escribía:

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. Así como el caos de las percepciones sensoriales sólo se convierte en un cosmos, es decir, en naturaleza como un sistema unitario, mediante el conocimiento ordenador de la ciencia, también la multiplicidad de normas jurídicas generales e individuales producidas por los órganos jurídicos, sólo se convierte en un sistema unitario y consistente, en un orden jurídico, mediante el conocimiento de la ciencia jurídica.<sup>57</sup>

Es verdad que en los últimos años de su existencia dejó de pensar que la ciencia jurídica fuera capaz de solucionar los conflictos o contradicciones entre normas,<sup>58</sup> con lo que su función unificadora del material jurídico resulta considerablemente menguada, mas no parece que ello le indujera al abandono de la perspectiva epistemológica kantiana.

Separación entre el ser y el deber ser, método trascendental kantiano: tales son las bases filosóficas fundamentales de las que arranca la *Teoría pura*. Ambas se remontan a Kant. Es preciso recalcar, a la vez, que Kelsen rechaza toda la ética y la filosofía del derecho de Kant, precisamente en aras de la

<sup>56</sup> *Op. cit.*, cap. VII, n. 44.

<sup>57</sup> Kelsen, H., TP (2a. ed. al.), n. 16, p. 85.

<sup>58</sup> *Ibidem*, cap. IV, n. 25.

fidelidad a su criticismo.<sup>59</sup> Aquello que ataca en Kant, y en lo que se diferencia enteramente de otros filósofos del derecho amparados en el formalismo kantiano, como Stammler o Del Vecchio, es toda idea de derecho natural o de justicia que pudiera ser acogida por la ciencia jurídica.

En la *Teoría pura* se encuentran otras influencias filosóficas declaradas por su autor, pero como afectan más bien a materias determinadas, serán examinadas en el curso de la misma exposición. Al tratar de las nociones de órgano y persona habrá ocasión de relacionar su concepción con el funcionalismo de Cassirer y el ficcionismo de Vaihinger.<sup>60</sup> Cuando se estudie la norma básica (*Grundnorm*), se explicarán las diferentes interpretaciones que el mismo Kelsen le dio sucesivamente: un principio de economía del valor (al modo de la economía del pensamiento de Macht), una hipótesis o presupuesto lógico-trascendental (según esquemas neokantianos), o una ficción (de acuerdo con la filosofía del “como si” de Vaihinger).<sup>61</sup> Se expondrán, asimismo, sus teorías sobre historia de las religiones,<sup>62</sup> sus planteamientos panteístas en teodicea,<sup>63</sup> etcétera. Tan variado abanico de influjos filosóficos no puede llevar a olvidar que lo esencial reside en los dos puntos de partida apuntados, muy especialmente, en la separación *sein-sollen*.

Hay quien ha defendido que a pesar de las declaraciones de Kelsen en favor del neokantismo, su doctrina estaría más bien en la línea del neopositivismo lógico del Círculo de Viena.<sup>64</sup> Al margen de posibles coincidencias de fondo, que habrán de precisarse,<sup>65</sup> y que pueden, a fin de cuentas, aproximarlo más a un empirismo de ese género que al neokantismo alemán, lo cierto es que no hubo influencia directa de los neopositivistas en el pensamiento kelseniano. Al final de su vida, en las extensas notas de la *Teoría general de las normas*, Kelsen da prueba de su conocimiento de las más variadas tendencias filosóficas que inciden en el derecho: el neopositivismo, la nueva retórica, la filosofía analítica, la lógica deóntica, etcétera. Pero en la confrontación de sus tesis con esas corrientes, las bases filosóficas de la *Teoría pura* parecen permanecer inalteradas en lo esencial.

<sup>59</sup> “Tampoco supo eliminar la metafísica, a la que conmoviera en su filosofía de la naturaleza, cuando formuló su filosofía del derecho inspirado en la doctrina tradicional del derecho natural” TP (ed. fr.) pp. 68-69.

<sup>60</sup> *Ibidem*, cap. IV, nn. 19 y 22.

<sup>61</sup> *Ibidem*, cap. IV, n. 24.

<sup>62</sup> *Ibidem*, cap. II, n. 7.

<sup>63</sup> *Ibidem*, cap. V, n. 34.

<sup>64</sup> Lo defiende, por ejemplo, Giorgianni, V., *Neopositivismo e Scienza del diritto*, Fratelli Bocca, Roma, 1956.

<sup>65</sup> *Ibidem*, cap. VII, n. 44.

El positivismo kelseniano se muestra como el más ambicioso esfuerzo hasta ahora emprendido por fundamentar el positivismo jurídico formalista sobre bases filosóficas firmes. Kelsen era consciente del creciente retorno al derecho natural en nuestro siglo.<sup>66</sup> No obstante, siguió siempre fiel a su actitud positivista, que él estimaba lógicamente ligada al rechazo del derecho natural. Como hemos intentado explicar, su empresa intelectual se encuadra en las coordenadas del positivismo —que recibe en herencia de la ciencia jurídica del siglo pasado— y el neokantismo —con el que, reputándolo instrumento filosófico adecuado, intenta fundar más sólidamente y desarrollar ese positivismo—. Tras ambos late una opción fundamental que hace posible su tentativa de conciliación en la *Teoría pura*, a pesar de las dificultades que el intento implica. Dicha opción consiste en un decidido abandono de la metafísica<sup>67</sup> y de todo conocimiento que va más allá de lo empíricamente comprobable, y la afirmación del ideal de la ciencia positiva, según el modelo de las ciencias naturales que ha de extenderse a todos los campos del saber. En Kelsen, el agnosticismo kantiano tampoco se abre a la trascendencia por vías no racionales. Quizá por una clara conciencia de que una fe que deja de ser obsequio racional no es sostenible, Kelsen siempre profesó una completa indiferencia religiosa, y proclamó sus ideales políticos y humanitarios como meras convicciones subjetivas.<sup>68</sup> Estos son los presupuestos ideológicos últimos que subyacen a la *Teoría pura del derecho*.

Habrá oportunidad de discutir la separabilidad de la *Teoría pura* con respecto a su sustrato filosófico.<sup>69</sup> Desde ahora adelantamos que, dejando aparte el hecho de que para interpretar a Kelsen es menester tener muy en cuenta ese sustrato, ya que sus tesis se presentan como lógicamente derivadas de él, nos parece muy problemático aislar la *Teoría pura* de su postura antimetafísica, aunque ello no significa renunciar a la gran ilusión del jurista de Viena: se puede elaborar una ciencia fenoménica del derecho, sólo que, como toda ciencia particular, ha de hallarse vivificada por el contacto con la auténtica metafísica.

<sup>66</sup> En TP (2a. ed. al.), prólogo a la 2a. ed., p. 14, alude a "...la renovada metafísica de la doctrina del derecho natural..." y la destaca entre las corrientes que se enfrentan a la *Teoría pura*.

<sup>67</sup> La clara exposición de Azpurua, R., *op. cit.*, pp. 50-53.

<sup>68</sup> Kelsen, H., *¿Qué es justicia?*, Barcelona-Caracas-México, Ariel, 1982, p. 63 (se trata de una colección de diversos artículos de Kelsen originalmente publicados en inglés).

<sup>69</sup> *Ibidem*, cap. VII, n. 43 y 44.