

# HANS KELSEN

## APORTACIONES TEÓRICAS DE LA TEORÍA PURA DEL DERECHO \*

Ulises Schmill Ordóñez

ITAM (México)

**RESUMEN.** La finalidad fundamental es la de presentar brevemente las aportaciones de KELSEN a diversos campos del pensamiento jurídico y filosófico. Por ello, se expone tanto el concepto de la pureza metódica como la construcción conceptual en los «Problemas Capitales» de la norma coactiva y de la imputación (*Sollen*). Se expone la tesis de la identidad del Derecho y el Estado y se indica cómo se plantean y resuelven jurídicamente los problemas relativos al Estado. Dentro de la Dinámica Jurídica se analizan escuetamente las formas de Estado y sus relaciones con las concepciones del mundo. Se hace mención a la primera edición de la *Teoría pura del Derecho* y de la publicación de la *Teoría general del Derecho y del Estado*. Se presentan las aportaciones a la teoría de la constitución y del Derecho internacional y se enumeran todos los ensayos sobre la filosofía de PLATÓN y sobre el origen de la ley de causalidad a partir de conceptos normativos, en especial el principio de retribución, así como las críticas a la teoría política y jurídica del marxismo y del comunismo.

**Palabras clave:** KELSEN, pureza metódica, orden coactivo, elementos del Estado, formas de Estado y concepción del mundo, Derecho internacional, Derecho constitucional, PLATÓN, Derecho natural, causalidad y retribución.

**ABSTRACT.** The main purpose is to briefly introduce KELSEN's contributions to different fields of legal, philosophical and sociological thinking. Thus, the article explains the concept of methodological purity and also exposes the conceptual construction, outlined in the «Capital Problems...» (Hauptprobleme), of law as a coercive order and the concept of attribution (*Sollen*). It describes the thesis of the identity of Law and the State, and shows how to juridically introduce and solve problems regarding the State. It briefly discusses the State forms and their relationships with different world-views. The first edition of the *Pure Theory of Law* and the publication of the *General Theory of Law and the State* are mentioned. The contributions to the theory of the constitution and international law are presented; in the same way all the essays on the philosophy of PLATO are listed and the origin of the law of causality from normative concepts, especially the principle of retribution. It mentions the critics of the political and legal theory of Marxism and communism.

**Keywords:** KELSEN, methodical purity, coercive order, elements of the State, State forms and world's conception, international Law, constitutional Law, PLATO, natural Law, causality and retribution.

---

\* Fecha de recepción: 1 de junio de 2010. Fecha de aceptación: 30 de junio de 2010.

## 1. ¿POR QUÉ KELSEN?

La pregunta de este epígrafe es importante contestarla, pues de ello depende el sentido histórico de una teoría y su potencia o fuerza explicativa (si se me permite la utilización de estas metáforas) a la problemática relativa al Derecho.

Lo que me importa en este lugar es presentar el presupuesto y decisión metodológica fundamental de KELSEN para abordar el estudio del Derecho, o lo que es lo mismo, del Estado. Dice en el primer apartado de su gran libro *Teoría general del Estado*:

«En la exposición de la *Teoría general del Estado*, lo que interesa es más bien establecer, mediante al análisis de los problemas corrientemente tratados en esta disciplina, aquel concepto de Estado en torno al cual giran todos o algunos, los más importantes, de aquellos problemas, es decir, el concepto de Estado que presuponen la doctrina del poder, del territorio, del pueblo, de la Constitución, de la forma, de los órganos, de las uniones entre Estados, etcétera»<sup>1</sup>.

Este párrafo establece una exigencia metodológica fundamental sobre la completitud de la operancia explicativa de la tesis que se proponga. A continuación KELSEN se pregunta sobre el objeto y la ciencia del Estado. Intenta contestar cómo se determina el objeto desde el punto de vista de la ciencia. Veamos sus palabras:

«Se trata de establecer el concepto de Estado propio de la *Teoría general del Estado*; y esto no es posible más que a condición de aceptar el hecho de esta ciencia en cuanto tal, de considerar esta ciencia como la unidad de un determinado complejo de problemas, tal como históricamente ha venido desarrollándose; dando como resultado el que tan sólo se eleva a concepto aquella significación verbal más adecuada precisamente a este complejo de problemas históricamente dado»<sup>2</sup>.

El objeto de una ciencia no es un objeto dado, ya constituido de antemano, de manera que la teoría sólo tuviera que reproducir los caracteres observables del objeto presente con todas sus cualidades y características. La ciencia no es un espejo de los objetos. El objeto de conocimiento es un conjunto de problemas y soluciones parciales a los mismos, históricamente dados. Pero hay una exigencia fundamental para la construcción de la ciencia de un objeto: la hipótesis que se construya, la conjetura que se imagine (para emplear la terminología de K. R. POPPER) ha de poder resolver esa problemática históricamente planteada de manera lo más completa posible. Una teoría que resuelve la totalidad de la problemática en el tiempo  $t_1$  es preferible a otra teoría que resuelve un número menor de problemas en el mismo tiempo  $t_1$  o en un tiempo  $t_2$  posterior. Debe aceptarse para establecer la preferibilidad de una teoría sobre otras el criterio cuantitativo del número de problemas tratados y resueltos y, también, la economía en las soluciones correspondientes.

En esta plática intentaré describir brevemente la problemática a la que se enfrentó KELSEN y la solución unitaria que postuló.

<sup>1</sup> H. KELSEN, *Teoría general del Estado*, trad. Luis Legaz Lacambra, México, Editora Nacional, 1975, 6.

<sup>2</sup> *Ibid.*

## 2. VIENA A PRINCIPIOS DEL SIGLO XX

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

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

Aquí se dieron la escuela psicoanalítica de FREUD y sus discípulos S. FERENCZY, O. RANK, E. JUNG y otros; la música dodecafónica de A. SCHÖNBERG, A. BERG y A. WEBERN, así como G. MAHLER; el positivismo lógico de M. SCHLICK, O. NEURATH, R. CARNAP y, de algún modo también, K. R. POPPER; L. WITTGENSTEIN era austriaco; la jurisprudencia pura de H. KELSEN, A. MERKL, A. VERDROSS, F. WEYR, F. SANDER, J. L. KUNZ, L. PITAMIC y R. A. MÉTALL, entre otros que sería prolijo enumerar; la termodinámica estadística de BOLTZMAN; en literatura A. SCHNITZLER, R. M. RILKE y H. VON HOFFMANNSTAL; la pintura del Jugendstil de G. KLIMT, E. SCHIELE y O. KOKOSCHKA, así como el movimiento de secesión; igualmente aparecen los precursores de la escuela de arquitectura del Bauhaus con A. LOOS y O. WAGNER, independientemente de figuras tan ilustres como, predominantemente, K. KRAUS, F. MAUTHNER, O. WEININGER, R. MUSIL, H. BROCH, el gran físico E. MACH, la escuela austriaca de economistas de L. VON MISES, BOHM-BAWERK y MENGER. Esta sociedad burguesa y conservadora, era barroca, cortesana, hipócrita, musical, a veces de opereta, constituyendo el objeto contra el que lucharon las corrientes culturales mencionadas<sup>3</sup>. En este juego de espejos, de incesante influencia mutua, que reproducían formas de vida y lenguajes, en diversos perfiles y aspectos, la comunicación resultaba difícil y compleja.

F. MAUTHNER, al que KELSEN describe como «ingenioso autor» en el inicio de su *Teoría general del Estado*, teórico poco conocido, coloca el problema del lenguaje y la teoría del conocimiento en primer plano, problemática que retomará L. WITTGENSTEIN posteriormente, así como los miembros del Círculo de Viena, con lo que se inicia el «giro lingüístico», según expresión acuñada por Richard Rorty, para describir la transformación del sentido de la filosofía en el siglo XX. Dice MAUTHNER: «La filosofía es teoría del conocimiento y la teoría del conocimiento es crítica del lenguaje»<sup>4</sup>. Este planteamiento ha determinado la casi totalidad del pensamiento filosófico del siglo XX.

---

<sup>3</sup> Cfr. S. ZWEIG, *Die Welt von Gestern* (hay traducción castellana: *El mundo de ayer. Memorias de un europeo*, trad. J. Fontcuberta y A. Arzeszek, Barcelona, El Acantilado, 2002), y A. JANIK y S. TOULMIN, *Wittgenstein's Viena*, Weidenfield and Nicolson, 1973.

<sup>4</sup> JANIK y TOULMIN, *op. cit.*, 122.

### 3. LA PUREZA METÓDICA

KELSEN es un producto típico de su época. No podría ser de otra manera. Aunque es muy conocido el concepto de la «pureza metódica» es conveniente en este momento presentarla brevemente. La preocupación central de KELSEN consistió en librar a la ciencia jurídica de elementos ajenos, ideológicos, ético-políticos y sociológicos. En uno de los primeros párrafos de la *Teoría pura del Derecho* de 1934, al exponer las razones por las que califica de «pura» a su teoría jurídica, se encuentra claramente expresada la tensión histórico-sociológica y epistemológica de la Viena de principios del siglo XX, tal como se presentaba en el campo de la jurisprudencia, la que era un espejo de la cultura de la Viena finisecular y de principios del siglo pasado. Dice que:

«[...] si ella se califica como teoría “pura” del Derecho, es porque pretende garantizar un conocimiento dirigido solamente hacia el Derecho, y porque pretende eliminar de este conocimiento todo lo que no pertenece al objeto exactamente señalado como Derecho. Es decir: quiere librar a la ciencia jurídica de todos los elementos extraños»<sup>5</sup>.

La pureza metódica informa toda la labor jurisprudencial de KELSEN. Es necesario reconocer que el concepto fundamental de su teoría aparece en su primera obra de 1911, los *Hauptprobleme* (HP) (Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado, desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica).

### 4. LOS HAUPTPROBLEME DE 1911

«Si se toman las obras de KELSEN como obras separadas, creo que de todas ellas, la de 1911 es aún hoy la más genial. Como Pallas Atenea de la cabeza de Zeus, así apareció en esta obra la *Teoría pura del Derecho* con rasgos geniales y en su aspecto fundamental. Ya está allí claramente delineada, en verdad, la *Teoría pura del Derecho*. Hallamos la base filosófica kantiana, la estricta separación entre los mundos del ser y del deber ser, entre las ciencias naturales y las ciencias normativas, entre causalidad e imputación jurídica, entre ciencia del Derecho y sociología, entre ley causal y norma. Vemos la concentración de la teoría en el concepto de la norma jurídica. En verdad, el título completo de la obra es: *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado, desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica*. Ya encontramos allí: la comprensión de la norma jurídica como juicio hipotético; el Derecho como sistema de normas; la doctrina de la personalidad jurídica como punto final de imputación jurídica, como personificación de un orden jurídico parcial; la idea de la norma básica; los primeros comienzos de la doctrina de la identidad del Estado y el orden jurídico nacional»<sup>6</sup>.

Tiene razón KUNZ. En esta primera obra de KELSEN, publicada cuando tenía treinta años, se establecen los fundamentos de toda su obra posterior. En realidad, puede irse más allá de lo dicho por KUNZ, pues sus afirmaciones no presentan la totalidad de los temas de importancia teórica que aparecen en esta obra: las relaciones o el paralelismo entre la teoría jurídica y la teología, el surgimiento de la ley de causalidad a partir del principio de retribución, el análisis de las doctrinas del Derecho penal y civil en lo que se refiere al concepto de la voluntad, la crítica definitiva al postulado de que

<sup>5</sup> H. KELSEN, *La teoría pura del Derecho*, trad. J. G. Tejerina, Buenos Aires, Losada, 1941, 25.

<sup>6</sup> J. L. KUNZ, *op. cit.*, *supra* nota 3, 18.

la relación teleológica constituye la ley explicativa de la normatividad, la teoría de la interpretación jurídica, etcétera.

## 5. LA HIPÓTESIS FUNDAMENTAL: LA NORMA COACTIVA

Podría exponer de manera muy breve y sucinta la tesis central de la teoría kelseniana: el Derecho entendido como un *orden coactivo de la conducta humana*. Con esta oración ya está dado el concepto del Derecho en la teoría pura. Sin embargo, una formulación escueta no logra desarrollar los conceptos implícitos en tal formulación y exponer el camino, a menudo tortuoso y siempre difícil, de los razonamientos para llegar a tal formulación.

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

«¿Qué quiere decir el que ciertos actos realizados por determinadas personas físicas hayan de considerarse, desde el punto de vista jurídico, no como actos de esas mismas personas, sino de otra, distinta de ella? Sencillamente, que se trata de un caso especial de *imputación* [...] Los individuos cuyos actos dan base a esta peculiar imputación son los órganos del Estado, y el punto común de confluencia de todas las líneas de imputación que parten de los hechos cualificados como actos de los órganos, es la voluntad del Estado. Ahora bien, si nos preguntamos cuál es el principio con arreglo al cual se opera esta clase de imputación y cuáles son los hechos que se hallan sujetos a ella, en otras palabras, qué actos son actos del Estado, la respuesta nos la dará la *norma jurídica*: es la ley —entendida como el conjunto de normas jurídicas— la que establece expresamente cómo quiere obrar el Estado y bajo qué condiciones obra, por medio de sus órganos»<sup>7</sup>.

A continuación pasa a estudiar lo que denomina «La forma lógica de la norma jurídica», capítulo de una importancia fundamental, que ha condicionado la totalidad de su labor teórica y su aportación fundamental: el Derecho entendido como orden coactivo de la conducta humana.

Habiendo reconocido que la voluntad del Estado se encuentra en las normas jurídicas, KELSEN se pregunta sobre el contenido de esta voluntad estatal, lo que equivale a decir cuál es el contenido fundamental del Derecho.

Si la voluntad del Estado es una construcción que permite la imputación de ciertos actos de determinados individuos al Estado, KELSEN afirma que el Estado sólo puede querer su propia conducta, pues una conducta o comportamiento imputado es una conducta propia. «Un acto u omisión se consideran como “ajenos” con respecto a una persona cuando no le son imputados a esta persona, sino a otra»<sup>8</sup>. Rechaza que la imputación tenga su fundamento en cualquier ley causal. La imputación es un problema normativo, lo que se hace patente tratándose de omisiones imputadas, caso en el cual

<sup>7</sup> H. KELSEN, *Hauptprobleme (HP)*: 156-157.

<sup>8</sup> H. KELSEN, *HP*: 163.

no es posible ver operar a la ley de causalidad, pues la no realización de una conducta no puede ser causa de efecto alguno.

La teoría jurídica tradicional sostiene que el contenido de la voluntad estatal no son los actos «propios» del Estado, sino la conducta de los súbditos. Exponiendo esta doctrina KELSEN dice:

«[...] lo que el Estado “quiere” en la norma jurídica no es, ni mucho menos, su propio comportamiento, sino un comportamiento de los otros sujetos de Derecho, y, concretamente, un comportamiento a tono con el orden jurídico, es decir, una serie de actos u omisiones ajustados a Derecho. Lo que el Estado “quiere” —tal como lo entiende el criterio general— es que sus súbditos no roben, no estafen, no asesinen, restituyan las cantidades recibidas en préstamo, paguen el precio convenido en concepto de compra, hagan efectivos los impuestos, cumplan el servicio militar, etcétera»<sup>9</sup>.

Si el contenido de la voluntad del Estado fuera la conducta positiva o negativa de los súbditos, la norma jurídica sería concebida como un imperativo, cuyo contenido sería la descripción de la conducta del súbdito querida por el Estado.

«La voluntad dirigida sola y exclusivamente a un comportamiento ajeno encuentra su expresión en la orden. A los ojos de la doctrina dominante, la doctrina (*sic*: debe decir “la norma”) jurídica se manifiesta bajo la forma de una orden o una prohibición. Y esta manera de concebir al Derecho objetivo se caracteriza, generalmente, bajo el nombre de teoría imperativa»<sup>10</sup>.

Las investigaciones anteriores sobre el concepto de la voluntad han conducido a afirmar que el contenido de toda voluntad sólo puede ser la propia conducta. Por tanto, la norma jurídica tiene por contenido esencial la conducta del Estado, su propia conducta, pues considerar que el contenido de la norma jurídica es la conducta de un sujeto distinto, sólo señala el fin de la norma que regula la propia conducta. Pero este fin, la conducta de los súbditos, sólo se puede lograr a través del proceso psicológico de la *motivación*<sup>11</sup>, es decir, «provocando en aquellos individuos las causas que han de determinar una conducta congruente, los *motivos* de la voluntad»<sup>12</sup>.

Para conseguir ello, hay que coordinar la conducta propia del Estado con el fin consistente en la conducta de los súbditos. Éstos actúan siempre con base en el principio del placer, satisfaciendo sus necesidades, obteniendo ventajas y evitando perjuicios.

La norma jurídica ha de tener por contenido la conducta propia del Estado, capaz de mover a los súbditos a la conducta concorde con el fin de la norma. Obsérvese que el fin de la norma, la conducta del súbdito, no es el contenido de la norma, el cual siempre es la conducta del órgano del Estado.

«El imperativo escueto dirigido al hombre y que no sea otra cosa que la expresión directa de una voluntad enderezada al comportamiento ajeno jamás podrá provocar, por sí mismo, ese proceso de motivación que acabamos de señalar»<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> H. KELSEN, *HP*: 164.

<sup>10</sup> *Ibid.*

<sup>11</sup> H. KELSEN, *HP*: 174.

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> *Ibid.*

La norma debe provocar en el súbdito el interés de cumplir con el fin de la norma. Esto sólo es posible si el contenido de la norma contiene los elementos motivadores de la conducta del súbdito. Esta garantía de la motivación debe estar contenida en la norma misma. «Esta garantía es la sanción, que puede a su vez, adoptar dos formas: la de la pena o la de la ejecución»<sup>14</sup>.

Éste es el contenido esencial de la norma jurídica y, por tanto, el contenido de la voluntad estatal, que regula su propia conducta. Por ello, el imperativo no puede provocar (motivar) la conducta que es el fin de la norma. Por ello, la forma de la norma tiene carácter condicional: Si A (conducta del súbdito contraria al fin de la norma) debe ser B (conducta coactiva del Estado). Esta relación es lo que con posterioridad KELSEN denominó *imputación periférica*. Y con lo anterior arribó al concepto del Derecho como orden coactivo de la conducta humana.

Al proceso por el cual KELSEN llegó a la tesis del Derecho como orden coactivo consistió en introducir dentro del concepto de la norma, a la sanción. A este proceso conceptual lo denominó *primera interiorización semántica*.

## 6. DESARROLLOS TEÓRICOS ULTERIORES DE KELSEN

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

### 6.1. Teoría general del Derecho

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

#### 6.1.1. La estática jurídica

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

<sup>14</sup> H. KELSEN, *HP*: 177.

la identificación del Derecho con el Estado, en el sentido de tratar todos los problemas relativos al Estado como problemas jurídicos, pues éste en el sentido metodológico correcto de tal identidad resuelve los temas de la teoría general del Estado con base en conceptos jurídicos. El poder del Estado es un problema relativo a la validez del orden jurídico nacional; la soberanía constituye la cuestión de si el orden jurídico puede ser fundamentado en un conjunto de normas superiores al Derecho positivo; por tanto, significa la positividad del Derecho y ésta es entendida como la exclusividad de la validez de un orden jurídico positivo, con una tendencia marcadamente antijusnaturalista. Sin embargo, ya que es posible comprobar empíricamente la existencia de una pluralidad de Estados, surge la problemática relativa al Derecho internacional, entendido como un orden jurídico coactivo que delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos estatales y regula su conducta mutua. Los actos coactivos del Derecho internacional los encuentra en las represalias y la guerra. Más adelante volveremos sobre ello.

### 6.1.2. *Elementos del Estado*

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

En relación con el primero de estos ámbitos, el espacial, KELSEN desarrolló su teoría de la centralización y la descentralización de los órdenes normativos y de las uniones entre Estados, ejemplificándola con un análisis minucioso y exhaustivo del Estado federal y la confederación de Estados, así como de las Uniones de Estados. Dice KUNZ que: «Esta teoría auténticamente jurídica reemplaza las exposiciones tradicionales y ambiguas, semipolíticas y semisociológicas, sobre las “formas de organización” del Estado»<sup>15</sup>.

### 6.1.3. *La dinámica jurídica*

Muy importante es señalar que KELSEN lleva a cabo una *segunda interiorización semántica*, al considerar como parte de las normas que integran un orden jurídico aquellos contenidos que establecen las facultades de los órganos, entendiendo este concepto de la facultad como aquel contenido normativo que determina los procesos de creación de otras normas y, además, sus contenidos. HART copió de manera muy esquemática y pobre este concepto de la facultad con su concepto de las normas secundarias. El antecedente de las normas llamadas constitutivas, como se acostumbra mencionarlas, se encuentra en la teoría de MERKL-KELSEN del orden dinámico de normas. El desarrollo de estos temas se encuentra en la parte que denomina la *dinámica jurídica*. En esta parte de la obra de 1925 analiza la constitución del Estado y su órgano creador, el órgano constituyente, discutiendo si el Derecho internacional, entendido como un

<sup>15</sup> J. L. KUNZ, *Teoría pura del Derecho*, México, Imprenta Universitaria, 1948, 32.

orden supraestatal, puede constituir su fundamento jurídico, o si debe considerarse al Derecho nacional como orden soberano. Con base en esta teoría de la constitución se analizan los poderes del Estado y su división, los cuales constituyen jurídicamente diversas funciones, creadoras y aplicadoras de las normas, de diverso grado en la pirámide jurídica. Los procesos de creación y el concepto de órgano del Estado son analizados pormenorizadamente, clasificándolos desde diversos puntos de vista y estudiando sistemáticamente la composición de diversas funciones orgánicas de contenido idéntico y de contenido diferente. Los problemas relativos a los funcionarios y a sus facultades y a las relaciones de subordinación y coordinación de los órganos entre sí, son presentados en toda su amplitud y complejidad, así como la teoría del órgano representativo, que adelanta muchos temas del capítulo referente a las formas del Estado. Un capítulo especialmente importante lo constituye el relativo a la posición del órgano en la jerarquía del orden jurídico, con base en el cual puede desarrollarse todo un sistema sobre los discutidos temas de las nulidades y de los procesos de control de legalidad y de la constitucionalidad de los actos de los órganos y de los súbditos.

#### 6.1.4. *Formas de Estado*

Finalmente, dentro de esta segunda interiorización semántica, se trata el problema de las formas de Estado. Éstas son concebidas como los métodos de creación de las normas que forman el orden estatal. El criterio de clasificación de las formas de Estado los proporciona el concepto de la libertad política: políticamente libre es aquel sujeto que siendo súbdito sin embargo no se encuentra sometido a otra voluntad que la suya propia. Esta aparente paradoja se resuelve de manera jurídica si se considera que es libre políticamente aquel que participa en el proceso de creación de la norma que lo va a obligar, si el orden jurídico extrae su contenido de la voluntad del súbdito expresada en un procedimiento que siga el principio de la mayoría absoluta. En la democracia, los súbditos participan en el proceso de creación de la norma jurídica (democracia directa) o en la elección de los órganos respectivos (democracia indirecta). En la autocracia esta participación no se presenta. Las otras clasificaciones de Estados se dejan derivar de esta fundamental, como modalidades de la misma.

#### 6.1.5. *Forma de Estado y concepción del mundo*

Hay un problema de gran interés interdisciplinario que, en esta materia, aborda KELSEN: el de la relación entre la forma de Estado y la concepción del mundo, sosteniendo que la democracia se coordina con una concepción científica y relativista, mientras que las autocracias se coordinan con concepciones absolutistas y religiosas que rechazan toda afirmación distinta de la sostenida por esa ideología.

Es digno de señalar el hecho de que esta obra resume en sus primeros capítulos los resultados de sus investigaciones anteriores, especialmente su libro *El concepto jurídico y el sociológico del Estado*, libro que se enfrenta a muchas teorías sociológicas sobre el Estado, como las de G. SIMMEL, L. VON WIESE, M. WEBER y otros. En su contenido se incluyen los resultados de su obra *El problema de la soberanía*, donde por vez primera

presenta la teoría del orden graduado de normas y la hipótesis de la norma fundamental o básica. Sobre esto, véase el prólogo a la segunda edición de estos *Hauptprobleme*.

La teoría pura del Derecho siguió evolucionando, hasta que en 1932 apareció *Unrecht und Unrechtsfolge im Völkerrecht (Ilicitud y la consecuencia de la ilicitud en el Derecho internacional)*, publicada en *Zeitschrift fuer öffentliches Recht*, t. 12, 1932, en donde existe una exposición muy clara de los conceptos fundamentales de una teoría general del Derecho basada en los procedimientos de interiorización que hemos reseñado anteriormente, que constituye el antecedente mediato de la primera edición de la *Teoría pura del Derecho*, de 1934. El antecedente inmediato de ella lo constituye la pequeña obra titulada *Methode und Grundbegriff der Reinen Rechtslehre*, aparecida en 1933 en el tercer tomo de los *Anales de la Filosofía Crítica*<sup>16</sup>.

Los conceptos fundamentales de su teoría fueron aplicados a problemas de Derecho positivo nacional e internacional, como veremos más adelante. En el libro *Théorie Générale de Droit International Public. Problème Choisis*, aparecido en el *Recueil de Cours de la Académie de Droit International*, t. 42, Paris, 1933, existe una exposición de estos conceptos.

#### 6.1.6. *Teoría pura del Derecho, primera edición*

El año de 1934 vio la aparición de la primera edición de la *Teoría pura del Derecho*. Ella contiene una exposición muy esquemática y exacta de sus principales conceptos y además tiene un capítulo sobre la teoría de la interpretación jurídica, la cual es presentada como un problema específico dentro de la concepción de la dinámica jurídica, *i. e.*, dentro de la concepción del Derecho como un orden jerárquico de normas. El problema de la interpretación jurídica se presenta en todo caso en que ha de crearse una norma de grada inferior con base en una norma de grada superior. ¿Qué contenido debe tener la norma inferior si ha de ser creada conforme al contenido de la norma superior? La norma superior determina el procedimiento de creación de la norma de grada inferior y también determina su contenido. Pues bien, la interpretación tiene por objeto determinar cuál es el contenido que debe tener la norma inferior conforme con el contenido que para ella establece la norma superior, cuando ésta se aplica a un caso concreto. La interesante conclusión a la que arriba KELSEN es que «la norma a ejecutarse constituye sólo un marco dentro del cual se dan varias posibilidades de ejecución, por lo que es regular todo acto jurídico que se mantiene dentro de ese marco, llenándolo en algún sentido posible»<sup>17</sup>. Con ello, se rechaza la teoría jurídica tradicional que afirmaba la existencia de métodos específicos de interpretación que garantizaban, supuestamente, una determinación completa, exacta y veraz del contenido de la norma inferior. La ilusión de la seguridad jurídica es afirmada, en consecuencia. Es decir, el Derecho sólo puede proporcionar una relativa seguridad, nunca una seguridad absoluta, como es el deseo de la mayoría.

<sup>16</sup> Existe traducción española de esta obra realizada por Luis Legaz y Lacambra con el título *La teoría pura del Derecho. Método y conceptos fundamentales*, publicada por la Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933.

<sup>17</sup> H. KELSEN, *La teoría pura del Derecho*, trad. Jorge G. Tejerina, Buenos Aires, Losada, 1941, 131.

### 6.1.7. Teoría general del Derecho y del Estado

En 1945 apareció la *Teoría general del Derecho y del Estado* publicada por la Harvard University Press, de la cual hay una pulcra traducción al español hecha por Eduardo García Máynez, publicada por la UNAM. En ella KELSEN vuelve a exponer su teoría jurídica adaptando su terminología a la jurisprudencia anglosajona y haciendo aplicación a los problemas planteados por el *common law*. Asimismo, toma posición frente a la jurisprudencia analítica de John Austin, con la cual tiene mucha similitud y en muchos puntos puede afirmarse que hay identidad. En esta obra se establece con toda nitidez la distinción entre la «norma de Derecho» y la «regla de Derecho», distinción que anteriormente no había sido expuesta con la claridad necesaria. La ciencia del Derecho o jurisprudencia hace enunciados sobre las normas jurídicas, enunciados que pueden ser verdaderos o falsos. En cambio, las normas jurídicas, sobre las que versan esos enunciados, son válidas o no lo son, pero no puede predicarse de ellas su verdad o falsedad. Simplemente, los predicados de verdad y falsedad no pueden, ser aplicados a las normas jurídicas, las cuales sólo pueden ser válidas (*i. e.*, existen) o no válidas (*i. e.*, no existen). Mientras que las reglas de Derecho son descriptivas del contenido de las normas jurídicas, éstas son fundamentalmente prescriptivas, tomando esta expresión en su sentido más amplio, es decir, comprendiendo todas las funciones que una norma puede tener: obligar, prohibir, permitir, sancionar, facultar y derogar. Se trata, en el fondo, aunque KELSEN nunca lo haya expresado de esta manera, de la distinción de dos clases de lenguajes: el lenguaje-objeto y el metalenguaje, en sentido carnapiano. La hipótesis central que se propuso al inicio de esta introducción debe entenderse en el sentido de que las dos interiorizaciones semánticas se llevan a cabo en la proposición jurídica o regla del Derecho, pues es ésta la que expone el sentido y las funciones de todas las normas positivas, independientemente de que adopten una forma lingüística o no, pues una norma bien puede ser creada con un gesto o mecánicamente con una luz, etcétera.

### 6.1.8. El deber ser (Sollen)

Al final de su vida comienza a notarse un progresivo interés en los temas propios de la teoría general del Derecho y, en especial, en los problemas propios de la lógica jurídica, como el de la validez de los principios de la lógica formal en las normas jurídicas. Hay dos ensayos que tienen una particular importancia: «Derogation» y «Recht und Logik», los cuales se encuentran incorporados dentro de la obra que publicó el Hans Kelsen-Institut de Viena con el título *Allgemeine Theorie der Normen* (Teoría general de las normas), aparecido póstumamente en 1978<sup>18</sup>. Es ésta una obra que retoman todos los temas generales de la teoría pura del Derecho relativos a una teoría general sobre las normas, sin referirse a ninguna norma, positiva o no.

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

---

<sup>18</sup> H. KELSEN, *Allgemeine Theorie der Normen*, Viena, Manz'che Verlag una Universitaetbuchhandiung, 1978.

aportaciones de KELSEN sobre este tema aparecen tanto en *La teoría pura del Derecho* de 1960 como en la *Teoría general de las normas*; en especial me refiero a su doctrina del «sustrato modalmente indiferente»<sup>19</sup>. En estas dos obras se intenta explicitar el sentido del deber ser (*sollen*) haciendo referencia al «sentido subjetivo» y al «sentido objetivo» de un acto de voluntad, tomando estos conceptos de la sociología de M. WEBER, y señalando adicionalmente que las funciones de las normas son las de *obligar, permitir, prohibir, facultar y derogar*, funciones que, en principio, agotan el sentido del deber ser: «Una norma no sólo puede ordenar cierta conducta, también puede *facultar* a una cierta conducta; y puede finalmente levantar la validez de otra norma, *i. e., derogar* otra norma. Pero también *permitir* puede ser vista como una función normativa»<sup>20</sup>. Todas estas funciones o conceptos normativos se dejan derivar sistemáticamente de la hipótesis fundamental de la Teoría: el Derecho como orden coactivo de la conducta humana, descrito con el esquema del enunciado normativo o proposición jurídica: Si A es debe ser B.

Sobre el concepto de la «validez» de las normas puede notarse que, conforme pasaba el tiempo, fue enfatizándose fuertemente en KELSEN una concepción que pudiera calificarse de «pragmática», mejor que «expresiva» que es la palabra que utilizan los autores argentinos ALCHOURRÓN y BULYGIN, y que algunos consideran la etapa irracional en el desarrollo de su teoría, lo cual no es correcto. Se trató de aplicar con todo rigor las tesis de la Dinámica jurídica. Con ello quiero decir que comprendió a la norma unida esencialmente con el acto de su producción. En este sentido, las tesis de KELSEN fueron cada vez más enfáticamente positivistas. Niega la existencia de normas no positivas, *i. e.*, normas no establecidas por actos de voluntad de seres humanos. Esta postura le permitió caracterizar y tomar posición frente a las doctrinas del Derecho natural, como veremos más adelante.

#### 6.1.9. *Lógica jurídica*

En relación con la aplicabilidad de los principios lógico-formales a las normas, durante el curso de su vida adoptó varias posturas, concluyendo, con base en su concepción positivista de las normas, que dichos principios no son aplicables a las normas jurídicas. Éstas se entienden como el sentido de ciertos y determinados actos humanos y, como es de suyo comprensible, la validez de las normas no depende de las relaciones lógicas que guarden con otras normas, sino del hecho histórico de que son el sentido subjetivo de ciertos actos temporal y espacialmente determinables de manera empírica. Ciertamente, el contenido de diversas normas puede, en un plano puramente abstracto, estar en contradicción mutua, pero esto no determina la validez o invalidez de esas normas, como sí determinan la verdad o falsedad de los enunciados o juicios.

<sup>19</sup> H. KELSEN, *op. cit., supra*, nota 7, 18, y nota 6, 44.

<sup>20</sup> H. KELSEN, *op. cit., supra*, nota 6, 77.

## 6.2. Teoría positiva del Derecho

### 6.2.1. Derecho constitucional

En este rubro seré muy breve, motivado no por la poca importancia de los trabajos kelsenianos, sino porque su contenido no podría reseñarse en un resumen como el presente. «Los trabajos teórico-jurídicos de KELSEN no han surgido, como lo afirma a veces la crítica incomprensiva, del “aire”. KELSEN no ha perdido nunca el contacto con el Derecho positivo, de lo cual son testigos elocuentes sus numerosas publicaciones, sobre todo en el campo del Derecho constitucional y del Derecho internacional»<sup>21</sup>.

En materia de jurisprudencia positiva, su interés primero estuvo orientado al Derecho electoral de la república austriaca. Más adelante hubieron de publicarse varios ensayos sobre el Derecho federal y sus relaciones con los Derechos locales. Como creador de la Constitución austriaca de 1920 publicó varios trabajos, unos dedicados a la exposición histórica del desarrollo del Derecho constitucional austriaco. Es muy importante el ensayo denominado *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*, que constituye el antecedente de su famosa polémica con el jurista nazi C. SCHMITT, quien sostenía que el garante de la constitucionalidad debía ser el *Führer* y no un tribunal colegiado constitucional.

### 6.2.2. Derecho internacional

Su labor en el campo del Derecho internacional fue muy abundante. La teoría pura del Derecho es la única construcción doctrinal que ofrece una concepción unitaria del orden jurídico mundial, entendiendo por esto una construcción conceptual que permite comprender cómo un único orden normativo los derechos de cada Estado, en particular, en unión con el Derecho internacional. En relación con este problema, KELSEN siempre sostuvo que era posible construir la unidad del Derecho partiendo de dos hipótesis distintas, aunque, en su opinión, equivalentes: 1) la del primado del orden jurídico internacional, y 2) la del primado del orden jurídico nacional. En la primera hipótesis, el Derecho internacional se encuentra colocado en una posición de supraordenación en relación con los órdenes jurídicos estatales, de la misma manera que la constitución de un Estado federal se encuentra supraordenada a los órdenes parciales de la federación y de los Estados locales miembros. El Derecho internacional se comprende con los mismos conceptos jurídicos que se emplean para comprender el Derecho nacional. Si éste es un orden coactivo, aquél también lo es. Las sanciones del Derecho internacional están constituidas fundamentalmente por la guerra y las represalias, ejercitadas por los Estados miembros de la comunidad internacional constituida por ese Derecho, pues es un orden jurídico primitivo, *i. e.*, descentralizado. Los Estados miembros de la comunidad internacional son órdenes jurídicos relativamente centralizados. La segunda hipótesis, *i. e.*, el primado del orden jurídico nacional, afirma que el fundamento del orden jurídico internacional se encuentra en

<sup>21</sup> R. A. METAL, *Hans Kelsen. Vida y obra*, trad. Javier Esquivel, México, UNAM, 1976, 112.

la constitución del Estado que tiene en consideración el teórico del Derecho: generalmente es el Estado nacional en el que vive y al cual sirve. El Derecho internacional debe, bajo este supuesto, colocarse en la pirámide jerárquica de las normas, ya sea a la altura normativa de la propia constitución o en la grada inmediatamente inferior a ella, como muchas constituciones estatales lo hacen, dependiendo una u otra de las alternativas del contenido de la constitución en cuestión y si ésta se refiere o no al Derecho internacional en su totalidad o sólo a una parte de él (el reconocido por los órganos del Estado o del Derecho internacional convencional, los tratados). KELSEN en muchas ocasiones afirmó que la construcción de la unidad del Derecho es posible desde cualquiera de estos dos puntos de vista y que la decisión que se tome depende de consideraciones filosóficas.

Merecen especial mención sus libros *Principles of International Law* (1966), *Théorie Générale de Droit International Public. Problèmes Choisis* (1932), *Die Technik des Völkerrechts und die Organization des Friedens* (1935, *La técnica del Derecho internacional y la organización de la paz*), *La Transformation du Droit International en Droit Interne* (1936, *La transformación de Derecho internacional en Derecho interno*), *Théorie de Droit International Coutumier* (1939, *Teoría del Derecho internacional consuetudinario*). KELSEN tuvo una producción asombrosa por el número de ensayos sobre diversos temas internacionales. Quizá la obra más impresionante en esta rama de la jurisprudencia positiva sea la obra monumental de *The Law of the United Nations* (1951, *El Derecho de las Naciones Unidas*), que constituye el modelo, el paradigma, de lo que es un trabajo de jurisprudencia positiva. En total, pueden contarse más de treinta ensayos sobre diversos temas del Derecho internacional.

### 6.3. Filosofía de Derecho

Quiero, en primer término, reseñar brevemente las publicaciones más importantes en esta materia:

- 1927/1928, *Die Idee des Naturrechtes (La idea del Derecho natural). Naturrechts und positives Recht. Eine Untersuchung ihres gegenseitige Verhältnisses (Derecho natural y Derecho positivo. Una investigación sobre sus relaciones recíprocas)*.
- 1928, *Die Philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus (Los fundamentos filosóficos de la Teoría del Derecho natural y del positivismo jurídico)*.
- 1933, *Die platonische Gerechtigkeit (La justicia platónica). Die platonische Liebe (El amor platónico). Die hellenischmakedonische Politik und die «Politik» des Aristóteles (La política helénico-macedónica y la «Política» de Aristóteles)*.
- 1947, *The Metamorphoses of the Idea of Justice (La metamorfosis de la idea de justicia)*.
- 1948, *Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics (Absolutismo y relativismo en Filosofía y Política)*.
- 1949, *The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science (La doctrina del Derecho natural ante el Tribunal de la Ciencia)*.

- 1952, *The Idea of Justice in the Holy Scripture* (*La idea de la justicia en las Sagradas Escrituras*).
- 1953, *Was ist Gerechtigkeit?* (*¿Qué es la justicia?*).  
*Die Idee der Gerechtigkeit nach den Lehren der christlichen Theologie* (*La idea de la justicia según la Teoría de la teología cristiana*).
- 1957, *Platon und die Naturrechtslehre* (*Platón y la Teoría del Derecho natural*).
- 1959, *Justice et Droit Naturel* (*Justicia y Derecho natural*).
- 1962, *Die Grundlage der Naturrechtslehre* (*El fundamento del Derecho natural*).

### 6.3.1. *El Derecho natural*

La idea central de los trabajos sobre el Derecho natural consiste en afirmar su imposibilidad como objeto de un conocimiento científico. La existencia de normas jurídicas no positivas, es decir, de normas jurídicas que no han sido creadas por actos de voluntad humana, sino que se encuentran en la naturaleza del hombre, de la razón, en la naturaleza misma, etc., constituye un dogma y, por tanto, la ciencia no puede tener otra postura que su rechazo, pues normas no positivas no pueden ser objeto de conocimiento empírico. La dualidad entre el ser y el deber ser no existiría si fuese posible afirmar la existencia de normas que se encuentran contenidas en los acontecimientos que forman la cadena del ser. Se trata de una teoría que afirma la existencia de normas naturales, *i.e.*, que no son el producto de actos de voluntad empíricos. En el fondo, se trata de una doctrina que, explícita o implícitamente, afirma la existencia de normas creadas por una voluntad divina, pues no es extraño encontrar en estas doctrinas el concepto de que las leyes naturales son manifestaciones de la voluntad divina. Un análisis comparativo del Derecho natural y del Derecho positivo conduce a la afirmación de la imposibilidad del primero, pues no podría ejecutarse ni aplicarse a situaciones reales concretas, *i.e.*, individualizarse, de manera natural, sino sólo por medio de actos volitivos humanos y, con ello, dejaría de ser un Derecho que opera en y dentro del ser y se convertiría en Derecho positivo (*cf.* *La idea del Derecho natural*). Muchos de sus trabajos estuvieron dedicados a la elaboración de los supuestos filosóficos, mejor, epistemológicos, de la doctrina del Derecho natural y del positivismo jurídico.

### 6.3.2. *Platón*

En sus libros sobre PLATÓN, KELSEN por vez primera señala su absolutismo, su espartanismo y su enemistad a la democracia y toda forma de vida que implique la tolerancia y la libertad, exponiendo anticipadamente la tesis de K. R. POPPER sobre PLATÓN en su famoso libro *La sociedad abierta y sus enemigos*, como un enemigo de la sociedad abierta, es decir, de la democracia. En una visita que realicé a POPPER, me dijo que la primera noticia que tuvo de un trabajo en que se consideraba el absolutismo político de Platón fue el ensayo de KELSEN sobre *El amor platónico*, el que, en su opinión, contenía una tesis muy radical. PLATÓN es presentado como el filósofo del absolutismo filosófico y político. Es más, demuestra que es un teólogo. En *El amor platónico*, publicado en la revista *Imago*, editada por S. FREUD, expone KELSEN que la

filosofía platónica es, en algunos aspectos, una elaboración ideológica motivada por la situación en la que se encontraba en la Atenas clásica por ser homosexual. PLATÓN es el enemigo de la sofística y de la democracia ateniense del siglo de Pericles. Vale la pena leer con atención el ensayo sobre *La justicia platónica*, pues constituye una exposición muy lúcida sobre el camino que los grandes teóricos han recorrido, ansiosos de obtener y ofrecer a la humanidad un concepto, si posible universal y eterno, de la justicia. Póstumamente fue publicado un libro de 458 páginas, enteramente dedicado a la filosofía platónica, con el título *Die Illusion der Gerechtigkeit. Eine kritische Untersuchung der Sozialphilosophie Platons (La ilusión de la justicia. Una investigación crítica sobre la filosofía social de Platón)*.

«En los ensayos dedicados al análisis del concepto sobre la justicia expone las diversas doctrinas sobre ella y las critica, encontrando fundamentalmente que muchas de ellas no son sino defensas o ataques al Derecho positivo, en el mejor de los casos, o simplemente vacuas tautológicas».

## 6.4. Teoría política

### 6.4.1. *La democracia*

La pureza metódica, que condiciona todos los trabajos de KELSEN, determinó igualmente su postura teórica ante las diversas teorías políticas. Aunque fue un apasionado defensor de la democracia, en sus obras pueden encontrarse párrafos en los que desenmascara la ideología incorporada en la teoría de la representación del pueblo por el parlamento elegido en las democracias indirectas<sup>22</sup>. Esto sólo puede ser entendido desde la perspectiva que determinó de manera principal su vida: su amor por la verdad y la valentía de sostener lo que se cree ser cierto en todas las circunstancias.

En 1920 publicó su libro *Esencia y valor de la democracia*, el cual encontró su complemento en 1925 con *El problema del parlamentarismo*. Anteriormente transcribimos un párrafo en el que se ponían en relación mutua las formas de Estado con las concepciones del mundo y de la vida. En esta misma categoría de investigaciones se ordena el pequeño trabajo *Forma del Estado y concepción del mundo*, aparecido en 1933.

### 6.4.2. *Teoría comunista del Derecho y del Estado*

Es una tendencia general del pensamiento de KELSEN, observable en todas sus obras, la de develar los motivos políticos que muchas veces se encuentran detrás de elaboradas doctrinas jurídicas o políticas. Si eso puede señalarse en relación con la ideología de la democracia, con mayor razón y con igual énfasis se encuentra en los

<sup>22</sup> H. KELSEN, *Teoría general del Estado*, trad. Luis Legaz Lacambra, Barcelona, Labor, S. A., 1934, 397 y ss.

análisis de las ideologías totalitarias y dictatoriales. No sólo PLATÓN y ARISTÓTELES, en la antigüedad, son el objeto de sus ataques contundentes, sino también HEGEL, MARX, LENIN y muchos de los ideólogos austriacos del marxismo de principios del siglo, como de los soviéticos de la era staliniana y posteriores. En 1920 publicó *Socialismo y Estado y Marx o Lasalle* en 1924. En 1930 vio luz pública la obra *La teoría general del Derecho a la luz de la concepción materialista de la historia*. Por último, en 1955 publicó dos libros: *La teoría comunista del Derecho* y *La teoría política del bolchevismo*. En todos ellos se intenta develar las ideologías, en el sentido peyorativo o marxista de la palabra «ideología», de estas doctrinas políticas, demostrando que, en el fondo, no son otra cosa que intentos enmascarados de presentar y defender intereses políticos con la terminología de la ciencia. El fundamento de lo anterior se encuentra en el principio de la pureza metódica, el cual se revela como el principio de la verdad en el campo de las ciencias jurídicas y políticas. WEBER mismo postuló la exclusión de los juicios de valor en la sociología.

### 6.5. Crítica de la ideología

El título de este apartado no describe con exactitud su contenido. MÉTALL, su biógrafo, incluye en él trabajos que comprenden investigaciones de carácter histórico, como las ya referidas sobre PLATÓN y sobre el jusnaturalismo. Nosotros incluiremos dentro de este apartado algunas consideraciones sobre temas sociológicos.

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

El dualismo de ser y del deber ser no es uno que se dé originariamente en la conciencia humana; no es, de ninguna manera, una idea innata cartesiana o chomskiana. Más bien, es el producto de una larga evolución cultural, una adquisición tardía del ser humano, una construcción teórica muy elaborada surgida en un estadio muy avanzado de la cultura occidental. Por tanto, a KELSEN, como el recreador de este dualismo, se le presentó, surgiendo internamente de su doctrina, el problema de investigar cómo se originó históricamente este dualismo y cuál de las dos legalidades apriorísticas, la causalidad y la imputación, determinó a la otra, comprendiendo esta determinación en un sentido rigurosamente temporal o ideológico, *i. e.*, histórico. Dice KELSEN:

«Pues el concepto de causalidad es por completo ajeno a los pueblos primitivos que todavía hoy viven. Ellos interpretan la naturaleza según otro esquema, distinto del causal; a saber, con arreglo a categorías sociales. Para los primitivos no hay una naturaleza en el sentido de una cierta conexión de los elementos regida por la ley de la causalidad y ajena a la sociedad. Lo que el civilizado entiende por naturaleza es para el primitivo, con su percepción animista o, mejor dicho, personalista, sólo un trozo de su sociedad dominado por las mismas leyes que ésta. El llamado hombre de naturaleza —que en verdad es en todos los aspectos un hombre social— cree que la ordenación de su sociedad, que es una ordenación jurídica, rige también para la naturaleza, y la interpreta según los mismos postulados que determinan su relación con los compañeros de grupo. La norma fundamental de la ordenación social primitiva es el principio de retribución, que domina por completo la conciencia del hombre primitivo, Orientada en un sentido enteramente social. La in-

interpretación de la naturaleza según el principio de retribución se manifiesta en su efectiva conducta para con animales, plantas y objetos inanimados, y sobre todo en su religión y sus mitos»<sup>23</sup>.

Con esta hipótesis fundamental, KELSEN investiga en los mitos y en las religiones la operancia efectiva del principio de la retribución y traza el surgimiento histórico del concepto de la causalidad en la atomística griega, todavía muy lastrada de concepciones animistas y retributivas. El libro *Sociedad y naturaleza*<sup>24</sup> tiene por objeto desarrollar esta tesis en las concepciones mitológicas de los pueblos, primitivos, antiguos y modernos y en los griegos. En el ensayo mencionado más arriba relata la historia de la filosofía griega desde la perspectiva proporcionada por la hipótesis del surgimiento de la causalidad a partir del principio de retribución y cómo ello ha repercutido en muchas concepciones de la filosofía moderna, hasta el abandono de la causalidad, en el siglo XX, con la creación de la mecánica cuántica. La palabra «*aítia*» en griego clásico significa tanto causa como culpa. El castigo es el efecto de la culpa. El pensamiento griego aún no distinguía ambos conceptos. Cuando, por ejemplo, los primeros filósofos jónicos (TALES, ANAXÍMENES, ANAXIMANDRO) buscaban el «origen» (αρχή) con arreglo al cual pudieran explicar el mundo y lo encontraban en un elemento (el agua, el aire, lo ilimitado [ἀπειρον]) a este elemento lo concebía con arreglo a categorías sociales, pues con él se constituía una «monarquía»: «la ley de la αρχή funda aquí una μοναρχία»<sup>25</sup>.

Por el contrario, cuando existe una distinción, aunque sea relativa, entre la sociedad y la naturaleza surge el jusnaturalismo, si el deber ser se pretende encontrar en el ámbito del ser. En los hechos se encuentran las normas, en el ser se descubre el deber ser. Esto sólo es posible si se cree en una deidad que dicta sus normas al universo: las leyes naturales son normas divinas, la naturaleza es un «reino», *i. e.*, un Estado ordenado por los mandatos de Dios. Los elementos surgen en cumplimiento de órdenes de la deidad: «¡Hágase la luz!»; el imperativo divino, al ser cumplido, genera al mundo. En realidad, la naturaleza es concebida como un Estado y a Dios como su monarca absoluto. En consecuencia, surge la pregunta: ¿la problemática de la teología es similar a la de la teoría del Estado o son distintas? Aquí se abre un nuevo capítulo de investigación: Dios y Estado. Si el Estado es la personificación del orden jurídico, Dios es la personificación de la naturaleza. La teoría de la identidad del Derecho y del Estado se corresponde con la teoría panteísta de SPINOZA. Si lo anterior es cierto, los problemas de la teología deben ser similares a los problemas de la teoría del Estado y las soluciones aportadas por cada una de estas disciplinas deben ser similares. Dios, como omnipotente, es el creador del mundo y, por ello, es distinto de él; sin embargo, debe estar relacionado con el mundo, pues no pueden concebirse separados. De igual manera se afirma la dualidad del Estado con el Derecho, considerando a aquél como poder, como creador de éste, pero es una indiscutible relación. La teoría política afirma que el Estado crea el Derecho y luego se somete al orden jurídico, de manera tal que todo acto estatal debe conceptuarse jurídicamente. Es la teoría de la autolimitación del

<sup>23</sup> H. KELSEN, «La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución», trad. Francisco Ayala en *op. cit.*, *supra*, nota 13, 56.

<sup>24</sup> H. KELSEN, *Sociedad y naturaleza*, trad. Jaime Perriau, Buenos Aires, Depalma, 1945.

<sup>25</sup> H. KELSEN, *op. cit.*, *supra*, nota 15, 55.

Estado. La encarnación de Dios es la solución teológica al problema similar de establecer la relación entre Dios y el mundo: Dios crea a la naturaleza y luego se somete a las leyes que él mismo ha dictado: Dios-padre se convierte en Dios-hijo y éste es un hombre que se encuentra sometido a las leyes naturales a las que están sometidos todos los demás hombres.

En el problema de la teodicea se puede encontrar el paralelismo doctrinal que hemos señalado. Si Dios es absolutamente bueno y omnipotente, ¿cómo puede explicarse el mal en el mundo? De alguna manera, el mal debe ser querido por Dios y, por tanto, imputable a Dios, pues de otra manera se rompería la unidad de concepción y tendría que afirmarse que algo sucede en el mundo que no es querido por Dios y, con ello, se contradiría el concepto de la omnipotencia divina; de igual manera, al Estado debe poder imputársele la antijuricidad, la aparente negación de lo jurídico. La teología crea un reino del mal y afirma la existencia de un ángel caído y, por tanto, como ángel, es creación de Dios; la teoría del Estado establece lo antijurídico como condición del acto coactivo estatal.

Dice KELSEN: «Por lo demás, la teología es prisionera del dualismo de Dios y mundo. Y desde el momento que en el concepto del mundo se representa el sistema de la naturaleza, de las leyes naturales, por tanto, adopta Dios —considerado como poder de realizar milagros— la significación de un principio que, en ciertas circunstancias, puede dirigirse contra la naturaleza, destruyendo sus leyes»<sup>26</sup>.

El Estado similarmente aparece, en caso de necesidad, como un principio anulador del Derecho, destruyendo la ley jurídica positiva. Por otra parte, la supremacía de Dios y su unicidad se expresan en la teoría del Estado, en el concepto de la soberanía. Igualmente, el ateísmo se corresponde con el anarquismo<sup>27</sup>.

## CONCLUSIÓN

De la esquemática reseña anterior puede concluirse que, en verdad, KELSEN es el jurista del siglo XX. Consideramos que sus trabajos son una importante contribución teórica, ante la cual hay que tomar posición. Quizá la actitud más conveniente, en este sentido, sea aquella que recomienda K. R. POPPER: la actitud crítica. Pero esto implica que debe entenderse la teoría pura del Derecho de modo completo y sistemático, de buena fe, sin deformarla, sin imaginarla ni darle una fisonomía que no tiene, hecha al tamaño especial del adversario. Sólo con esta base será posible poner un orden racional y crítico a la rapsodia de teorías jurídicas actuales, que sin conciencia histórica postulan hipótesis específicas para resolver problemas jurídicos particulares, no conectados sistemáticamente en ningún sentido. Uno de los más grandes méritos de la teoría kelseniana es precisamente el hecho de que proporciona un punto de vista unitario y sistemático para la comprensión del Derecho, el cual es un objeto muy complejo de estudio y relacionado en muchas y muy diferentes formas con otros objetos de estudio.

<sup>26</sup> H. KELSEN, *op. cit.*, *supra*, nota 14, 104.

<sup>27</sup> H. KELSEN, *Dios y Estado*, Logos, t. 11, 1922/23.

Ciertamente nada nuevo se dice cuando se afirma que hay que entender a KELSEN y tomar posición frente a la jurisprudencia pura. Pero a esto hay que agregar la siguiente exigencia: las nuevas hipótesis jurisprudenciales que se postulen deben poder resolver los problemas tratados en la teoría pura del Derecho y otros nuevos y distintos o, por lo menos, depurar y desarrollar lo que ya se ha logrado. Debe exigirse una conciencia histórica a los investigadores, porque sólo de este modo puede constituirse una ciencia del Derecho.