

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

2004

ESTUDIOS Y TESTIMONIOS
PARA LA DISCUSIÓN



SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL
2004

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL Nº 22
2004

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las Universidades Austral de Chile, de Los Andes, de Chile, de Concepción, Adolfo Ibáñez, del Mar, Diego Portales y de La República.

Especial mención cabe hacer a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, en cuyo taller de imprenta, "Edeval", se llevó a cabo la impresión de este volumen.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

I. S. B. N. — 0170 — 17881

Diseño Gráfico: Allan Browne Escobar

Impreso en EDEVAL
Errázuriz 2120 - Valparaíso
E-mail: edeval@uv.cl

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL

2004

ESTUDIOS Y TESTIMONIOS PARA LA DISCUSIÓN

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO
(2003 - 2005)

Antonio Bascañán Rodríguez, Antonio Bascañán
Valdés, Jesús Escandón Alomar, Pedro Gandolfo
Gandolfo, Joaquín García-Huidobro Correa,
Fernando Quintana Bravo, Nelson Reyes Soto,
Agustín Squella Narducci, y Aldo Valle Acevedo.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social
tiene su domicilio en la ciudad de Valparaíso. La
correspondencia puede ser dirigida a la casilla 3325,
Correo 3, Valparaíso, o al correo electrónico
asquella@vtr.net

PRESENTACIÓN

El presente número del *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* corresponde a 2004 y, en su parte principal, contiene 13 estudios sobre los temas que pueden ser consultados en el índice. De esos *Estudios*, destacamos "Formación de conceptos y aplicación del derecho en el Derecho Penal", de Max Grünhut, traducido por José Luis Guzmán Dálvora, y "Creación judicial del derecho y seguridad jurídica", de la profesora de la Universidad Carlos III de Madrid, María Isabel Garrido.

A continuación de *Estudios*, la sección *Testimonios* incluye la traducción castellana de "Religión y religiosidad", de Norberto Bobbio, que efectuó para nuestra publicación el profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso, Aldo Topasio. La siguiente sección, *Presentación de Libro*, incluye el texto que el sociólogo Ernesto Ottone leyó con motivo del lanzamiento de "Norberto Bobbio: un hombre fiero y justo", de Agustín Squella, que Fondo de Cultura Económica publicó en 2005.

Por último, la sección *Recensiones* incluye reseñas de libros recientes de Alasdair MacIntyre, Robert Dahl y Santiago Legarre.

Cabe anticipar que el número de nuestro Anuario correspondiente a 2005 aparecerá en octubre de 2006 e incluirá la versión escrita de las ponencias que autores chilenos presentaron en 2004 en la Primera Jornada Argentino Chilena de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, que tuvo lugar ese año en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. En octubre de 2006 tendrá lugar la segunda de tales jornadas, en Santiago, con el auspicio de la Universidad Diego Portales. Interesados en participar en ella pueden dirigirse a asquella@vtr.net

De esta manera, a través de publicaciones y jornadas, la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social procura cumplir los objetivos que se puso al constituirse como tal en 1981.

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

ESTUDIOS

Si esa es una acertada caracterización de Bobbio, también deberíamos aprender de ella y saber comportarnos fiero y a la par justamente en el plano intelectual. Es cierto que la combinación de fiereza con justicia, en el sentido que atribuí a ambos términos al inicio de esta ponencia, puede tener más aplicación en el campo de la política que del derecho. Pero quienes no hacemos política ni producimos derecho, sino que estudiamos ambos fenómenos, podemos recordar también cuánta proximidad vio Bobbio entre la filosofía política y la filosofía del derecho, a partir de que lo que está tras una y otra es el poder: en la política, para conseguirlo, ejercerlo y conservarlo; y en el derecho para producirlo de una manera tal que controle, limite y aún domestique el poder. Todo poder, desde luego, y no sólo el poder político —cómo dijimos antes—, sino también el poder militar, el poder económico, el poder de los medios, el poder incluso de organizaciones religiosas que de pronto exorbitan sus legítimos campos de acción.

Carlos Fuentes, el notable escritor y ensayista de este país que hoy nos acoge en el presente Seminario, recuerda a cada instante que lo que todos los centros de poder tienen en común, cualquiera sea su índole o naturaleza, es la capacidad de dañar a las personas. Por su parte, el pensamiento y la obra de Bobbio, tanto en el plano jurídico como en el político, contienen no pocas enseñanzas acerca de cómo llevar a cabo la domesticación de los centros de poder y para conseguir —ahora en palabras de Isaiah Berlin— que los hombres actuemos a plena luz en vez de salvajemente en la oscuridad.

No voy a hacer mío ese pensamiento de Cioran que dice “Toda palabra es una palabra de más”. No; no toda la palabra está de más, y la obra de Bobbio es una clara demostración de ello. Porque es con las palabras, y sobre todo con las preguntas que ellas nos permiten hacer, que podríamos alcanzar algún día la meta visualizada por Berlin: actuar a plena luz en vez de salvajemente en la oscuridad.

HANS Kelsen.
HISTORIA, INFLUENCIAS Y ESTRUCTURA
DE LA TEORÍA PURA DEL DERECHO

PABLO SOTO DELGADO *

“De carácter vienés son la amabilidad y el encanto personal de Kelsen; vienés su sentido democrático, liberal, tolerante, antifanático, universalista, relativista. Vienés es su entusiasmo por la literatura, el teatro, la música, los viajes, la naturaleza”.

Josef L. Kunz

CUESTIONES INTRODUCTORIAS

Sin duda, Hans Kelsen es un autor clásico, de esos que se hacen imprescindibles al momento de estudiar una disciplina, en este caso, aquella cuyo objeto es el Derecho. Lo anterior, se debe a las valiosas aportaciones que realizó durante su vida —y también luego de su muerte— a lo que él denominaba “Ciencia jurídica”, que no era otra cosa que la actividad desarrollada a través del estudio, teorización y desarro-

* Alumno ayudante del curso Derecho y Moral en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Estudiante de cuarto año de Derecho. Agradezco al profesor Marcelo Toro por haber impulsado y soportado las lecturas previas de este documento, así como al profesor Agustín Squella por las importantes sugerencias realizadas a la versión preliminar del mismo.

llo de diversos ámbitos del Derecho positivo. Asimismo, en su actividad intelectual se dedicó a cuestiones de Filosofía general, Filosofía moral, Política y Sociología.

La abundancia de su trabajo, así como la influencia, difusión, discusión y crítica a las que ha dado lugar hasta el presente, justifican plenamente la afirmación según la cual Hans Kelsen sería "el jurista del siglo veinte" (1). Por este motivo, no es raro que se haya producido —y se siga produciendo— literatura que le tenga como punto de referencia, ya sea para acoger sus posturas o bien criticarlas, muchas veces —como el propio Kelsen lo sugirió—, sin fundamentos científicos, sino que políticos (2). Una muestra de esto se halla en la disputa que sostuvo en la década de 1920 con Carl Schmitt, en torno a cuál debía ser el órgano encargado de garantizar que las normas jurídicas de jerarquía inferior a la Constitución fueran producidas conforme a ésta (3). Casi cuatro décadas más tarde, Herbert Hart escribiría su texto de 1961 en respuesta a la fórmula de Austin y Kelsen, haciendo referencia a la "*Teoría General del Derecho y del Estado*" de este último, e inspirándose en la tesis kelseniana según la cual para definir el Derecho se debe comprender el orde-

1. MÉTALL, Rudolf Aladár, "*Hans Kelsen, vida y obra*", trad. ESQUIVEL, Javier, UNAM, México D.F., México, 1976, p. V.
2. KELSEN, Hans, "*La Teoría Pura del Derecho. Introducción a la problemática científica del Derecho*", trad. TEJERINA, Jorge G., Editorial Losada, Buenos Aires, Argentina, 1941, p. 19. En adelante, se citará TPD (1934).
3. Schmitt proponía que el defensor de la Constitución debía ser el Presidente del Reich, basado en la doctrina del poder neutral de Benjamín Constant. Kelsen, a su turno, consideraba que tal función debía recaer en un órgano especializado denominado Tribunal Constitucional. Este modelo —al que usualmente se denomina "europeo"—, influyó grandemente en los diversos órdenes jurídicos positivos, sobre todo desde la segunda posguerra, con lo cual la cuestión se falló, en términos históricos, a favor de Kelsen. Sobre este tema, véase SCHMITT, Carl, "*La defensa de la Constitución*", trad. SÁNCHEZ SARTO, Manuel, Editorial Tecnos, Madrid, España, 2ª edición, 1998; KELSEN, Hans, "*¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*", trad. BRIE, Roberto J., Editorial Tecnos, Madrid, España, 1995; "*La garantía jurisdiccional de la Constitución*", trad. RUIZ MANERO, Juan, en "*Escritos sobre la democracia y el socialismo*", Editorial Debate, Madrid, España, 1988.

namiento jurídico en su conjunto (4). Atendiendo lo anterior, no resulta aventurado sostener que la teoría jurídica ha permanecido —y lo seguirá haciendo— en un diálogo constante con Kelsen.

El interés por la doctrina kelseniana persiste y el presente texto es un reflejo de aquello. Las líneas siguientes persiguen tres objetivos. El primero de ellos consiste en entregar una perspectiva más o menos amplia de la vida y obra de Hans Kelsen; el segundo, que es consecuencia del anterior, se dirige a exponer, con propósitos de divulgación, una parte sistematizada del trabajo kelseniano; por último, el tercero de los objetivos tiene por finalidad corregir algunos errores que en forma casi mitológica se han construido sobre el mencionado autor, lo que explica aquí la abundancia de las notas a pie de página: la idea es tener claridad respecto de la fuente.

Para lograr las enunciadas pretensiones, este estudio se divide en dos partes: la primera de éstas, se dedicará a exponer la biografía de Kelsen, mientras que la segunda, tendrá por objeto la configuración de su teoría del Derecho. Cada parte será enfrentada mediante secciones que desglosarán el tema general; así, en primera instancia (I), la historia de vida de Kelsen se ha subdividido en tres etapas: una en Viena; otra en Colonia, Ginebra y Praga; y la última, en Estados Unidos. En la segunda instancia —aquella que trata la configuración de la Teoría pura— (II), la exposición muestra separadamente cada una de las influencias de la doctrina kelseniana, comenzando por el neokantismo, para seguir luego con el iuspublicismo alemán de la época imperial y finalizar con la Filosofía positivista. El propósito principal de esta parte es abordar los elementos estructurales que permitan acercarse al pensamiento jurídico kelseniano y comprender en qué consiste.

4. Para Hart, el Derecho es la unión de dos tipos de reglas: primarias y secundarias. Tal noción implica que las reglas no se consideran aisladamente, sino que como integrantes de un orden normativo —como diría Kelsen— en el cual interactúan. Véase HART, H.L.A., "*El Concepto de Derecho*", trad. CARRIÓ, Genaro, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1998. En especial, revísense los capítulos II a IV para la crítica a la teoría imperativista de Austin; para el concepto de Derecho mencionado, véanse los capítulos V y VI.

Historia de vida ⁽⁵⁾

En esta primera parte, se ofrecen algunas notas biográficas sobre Hans Kelsen que sirvan para contextualizar y comprender mejor su doctrina. Pareciera que son inescindibles el autor, su creación y las circunstancias en que ésta se produce, existiendo una relación entre estas piezas que a menudo no se expresa: "toda gran obra [...] contiene una fusión de dos elementos: el uno proveniente del genio personal, el otro resultado de las condiciones históricas" ⁽⁶⁾. Precisamente, en este trabajo se consideran importantes los eventos que constituyen la historia de vida de Kelsen, por tanto, además del relativo interés que puedan suscitar, permiten elucidar cuestiones relacionadas con su extensa labor como científico del Derecho.

Dos son las características que destacan en la vida de Kelsen: su longevidad e itinerancia. En relación con la primera —su longevidad—, fue ésta un factor que permitió una extensa evolución y reformulación de su pensamiento, así como una abundante producción de literatura jurídica, cuestiones que se extendieron prácticamente hasta sus días finales. En cuanto a la itinerancia, ella se debió tanto al antisemitismo como a la intolerancia que tuvieron lugar en la primera mitad del siglo XX en Europa.

Este apartado se divide en tres acápites, a saber, uno dedicado a la época en que Kelsen vivió en Viena, ciudad en la que se desarrolló su infancia y educación ⁽¹⁾; otro a los años en que por motivos diversos debió trasladarse hacia Colonia, en Alemania, y luego a Ginebra, en Suiza, regresando brevemente a su ciudad de nacimiento, en lo que se ha denominado "intermezzo de Praga" ⁽⁷⁾ ⁽²⁾; en este lugar, debió sufrir

5. Para el desarrollo de esta biografía se ha utilizado, principalmente, el libro de MÉTALL, ob. cit.

6. KUNZ, Josef L., "La Teoría Pura del Derecho. Cuatro conferencias en la Escuela Nacional de Jurisprudencia", Imprenta Universitaria, México, 1948, p. 9.

7. MÉTALL, Rudolf Aladár, "Hans Kelsen y su Escuela Vienesa de la Teoría del Derecho", en A.A.VV., "Estudios sobre Hans Kelsen", Edeval, Valparaíso, Chile, 1996, p. 23.

manifestaciones dirigidas en su contra por parte de estudiantes nacionalsocialistas. Finalmente, en la última sección se expondrán los años en Estados Unidos ⁽³⁾, país en que durante la posguerra fue posible el desarrollo de la obra kelseniana con plena libertad, así como la difusión de esta en el ámbito del Common Law y —más precisamente— ante gran parte del mundo ⁽⁸⁾.

1. Época vienesa

Hans Kelsen nació en Praga —no en Viena como se ha difundido erradamente—, en la época del Imperio Austro-Húngaro, el 11 de octubre de 1881, siendo el primogénito del matrimonio entre Adolf Kelsen y Auguste Löwy. El padre nació en Brody, en la antigua Galicia austríaca, en el año de 1850. A los catorce años y sin medios económicos, emigró a la capital imperial, Viena, para trabajar de aprendiz en un pequeño establecimiento. Al paso del tiempo se independizó, comenzando un negocio de aparatos de alumbrado, trasladándose por tal motivo a Praga. Conoció aquí a Auguste Löwy, nacida en Neuhaus, Bohemia, menor en diez años, con quien casó.

Cuando el infante tenía tres años, la familia partió a Viena para instalar una pequeña fábrica de candelabros y lámparas a gas y eléctricos. En esta ciudad nacieron sus tres hermanos y fue allí también donde completó su educación. Estudió Kelsen en la Escuela primaria evangélica de Viena, donde obtuvo un rendimiento moderado, no obstante lo cual aprobó, en 1892, el examen de admisión al Gimnasio Academia de Viena. Ahí, en la preparatoria, tampoco destacó en los estudios, y su inclinación se dirigía hacia la poesía, lo que le llevó a intentar algunos poemas y novelas cortas sin mayor éxito. Poco tiempo después, comenzó a interesarse por la Filosofía, iniciándose sin mayor satisfacción en la corriente materialista que abandonó tras leer las obras de Schopenhauer que causaron una "honda impresión en su espíritu" ⁽⁹⁾. Esta tendencia

8. Acerca de la difusión mundial de la Teoría pura del Derecho, véase KUNZ, ob. cit., pp. 115 y ss.

9. Ídem, p. 14.

filosófica idealista lo llevó, aún en el liceo, a leer a Kant, de cuyo pensamiento consideró adecuada la interpretación epistemológica subjetivista que colocaba al yo como el centro del mundo: es el sujeto cognoscente aquel que constituye el objeto del conocimiento ⁽¹⁰⁾.

En el verano de 1900, dejó el liceo intentando fallidamente estudiar Matemáticas, Física y Filosofía. Este fracaso lo llevó a ingresar a la Facultad de Derecho de la Universidad de Viena, “con el propósito probable de llegar a ser abogado, pero con la oculta esperanza de convertirse en juez” ⁽¹¹⁾. Aquí, después de un tiempo, dejó de concurrir a la mayoría de los cursos, dedicándose a la lectura de obras de Filosofía, y asistiendo únicamente a las clases de Historia de la Filosofía del Derecho del profesor Strisower, de quien aprendió que Dante Alighieri tenía un escrito de Filosofía Política titulado “*De la Monarquía*”. Sobre esta obra, escribió Kelsen su primer libro intitulado “*La doctrina política de Dante Alighieri*” (*Die Staatslehre des Dante Alighieri*) ⁽¹²⁾, publicado en 1905.

El 18 de junio de 1906 Kelsen se tituló de Doctor en Derecho por la Universidad de Viena, no sin dificultades de carácter económico vinculadas a la ruina del negocio de su padre, debiendo conseguir por este motivo un sustento para sí y su familia ⁽¹³⁾. De esta suerte, su trabajo intelectual debió esperar un tiempo hasta que en 1908 obtuvo una beca que le permitió estudiar tres semestres en Berlín ⁽¹⁴⁾ y Heidelberg, don-

10. Cfr. infra II.1.2.

11. MÉTALL, “*Hans Kelsen, vida y obra*”, ob. cit., p. 13.

12. Este texto contaba con 149 páginas. El profesor Strisower intentó—infructuosamente—convencer al joven estudiante de no escribirlo y le instó a que en su lugar se dedicara a terminar su formación jurídica. Ciertamente, Kelsen no oyó al profesor, pues estaba decidido a realizar una actividad que le interesara, en lugar de perder por completo el gusto por el Derecho, que ya le había decepcionado bastante. Véase Ídem, p. 14.

13. KUNZ, ob. cit., p. 16.

14. RECASÉNS SICHES, Luis, Estudio preliminar en KELSEN, Hans, “*Compendio de Teoría General del Estado*”, trad. RECASÉNS SICHES, Luis y DE AZCÁRATE, Justino, Editorial Colofón, México D.F., México, 1992, p. 7.

de enseñaba Georg Jellinek. El seminario de este último no fue particularmente atractivo, ya que la imposibilidad de contradecirle suprimía el debate en torno a cuestiones teóricas en las que Kelsen estaba interesado. Desgraciadamente, la estadía en Alemania habría de acabar antes de lo previsto, pues, las necesidades familiares le obligaron a regresar a Viena para obtener un empleo, siendo imposible hallar uno en el área docente, conformándose ante la urgencia con labores que no le producían mayor interés.

Con posterioridad—desde 1909—, comenzó Kelsen impartiendo clases de Teoría Constitucional y Administrativa en la Academia de Exportación del Real e Imperial Museo de Comercio de Viena. Al año siguiente, terminó un trabajo de gran importancia y extensión, que se publicaría en 1911 bajo el título de “*Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica*” ⁽¹⁵⁾, que—como el mismo Kelsen lo afirmara en el prólogo a la segunda edición—“No era sino el comienzo de una revisión de los fundamentos metodológicos de la teoría del derecho público” ⁽¹⁶⁾. Esta obra constituyó su tesis para solicitar la habilitación como profesor en la Facultad de Derecho de Viena. Así, en el verano de 1911 se admitió a Kelsen como *privatdozent* ⁽¹⁷⁾ para Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho. Sobre aquellos tiempos, escribiría Kelsen: “durante esos años, 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” ⁽¹⁸⁾. Al año siguiente—en 1912—, contrajo matrimonio con Margarethe Bondi, a quien conoció mediante un colega. De esta unión, nacieron dos hijas.

15. Se citará aquí por KELSEN, Hans, “*Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado*” (*desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica*), trad. ROCES, Wenceslao, Editorial Porrúa, México D.F., México, 1987.

16. Ídem, p. XXXIX.

17. Se denominaba así a aquellos profesores que, si bien se encontraban autorizados para dar clases, realmente no tenían el empleo de docentes. Kunz denomina a este cargo “libre docente”.

18. KUNZ, ob. cit., p. 17.

En 1914, Kelsen fue nombrado profesor adjunto de la Academia de Exportación y luego en 1917 asumió el cargo de profesor ordinario en la misma. Esta actividad académica no habría de durar mucho, ya que producto de la Primera Guerra Mundial fue llamado a incorporarse al ejército en calidad de primer teniente de la reserva. Luego de una pulmonía grave y ante la intercesión de un compañero, fue asignado como representante del procurador militar en el Tribunal de Viena, de donde le trasladaron a raíz del aumento del número de absueltos en los casos en que intervenía. De este modo, llegó al Ministerio de Guerra donde en un principio tuvo a su cargo la formulación de indultos, lo que era satisfactorio desde el punto de vista humano, siendo luego ascendido al cargo de asesor del ministro Rudolf von Stöger-Steiner y después al de capitán auditor. En este ministerio estuvo Kelsen hasta el fin de la monarquía de los Habsburgo y la consecuente disolución del Imperio Austro-Húngaro en 1918.

Una vez terminada la guerra y antes de esclarecer su vida futura, decidió Kelsen averiguar cuáles eran sus posibilidades en la Universidad de Viena. Aquí, el profesor Bernatzik prometió presentar una solicitud para integrarlo como académico, la que fue aceptada sin problemas y, si bien hubo algunos retrasos, se convirtió Kelsen en el mes de julio de 1918 en profesor extraordinario de la facultad en la que estudió.

Durante el primer conflicto mundial, en torno a Hans Kelsen se reunió un círculo de gente joven para discutir sobre problemas de Teoría general del Derecho. El primero de estos condiscípulos fue Franz Weyr⁽¹⁹⁾, sumándose luego Adolf Merkl, Leonidas Pitamic y Alfred Verdross. Finalizada la guerra, se unieron Walter Henrich, Josef L. Kunz, Felix Kaufmann, Fritz Schreier y Fritz Sander, luego Josef Dobretsberger y Erich Voegelin. Desde fuera de Austria aparecieron Alf Ross, Julius Kraft, Charles Eisenmann, Luis Legaz Lacambra y Luis Recaséns Siches. El mencionado grupo, se reunía en un seminario privado en el departamento de Kelsen, ubicado en el número 23 de Wickenburggasse hasta que éste debió dejar Viena, esto es, entre los años 1911 hasta 1930. La doctrina desarrollada por estos discípulos mediante la discusión, así como

19. MÉTALL, "Hans Kelsen y su Escuela Vienesa de la Teoría del Derecho", ob. cit., p. 22.

la publicación de sus obras y cuyo origen se encuentra en la Universidad de Viena, se ha venido en denominar "Escuela de Viena"⁽²⁰⁾ o "Escuela Vienesa de Teoría del Derecho", de la que Kelsen fue "maestro indiscutido"⁽²¹⁾. Al respecto, escribiría en Ginebra el año de 1934, aludiendo a "[su] escuela, y que lo es sólo en el sentido de que cada cual procura aprender de los otros sin renunciar por ello a tomar su camino propio"⁽²²⁾.

En octubre de 1918, Kelsen fue llamado a la Cancillería por Karl Renner para que cumpliera la función de cooperar en la preparación de la Constitución definitiva de Austria. Ahí, su trabajo fue antes que todo de carácter técnico-jurídico, elaborando varios proyectos con diversas posibilidades políticas. Uno de aquellos fue aprobado por la Comisión de Expertos encargada por la Asamblea Nacional, siendo aceptado por esta última el 26 de septiembre de 1920, acaeciendo la promulgación de la Constitución Federal de la República de Austria el 1 de octubre del mismo año. Según Kelsen, el núcleo jurídico de aquella se encontraba en las "Garantías de la Constitución", asentadas sobre los principios de constitucionalidad de la legislación y legalidad de la administración.

20. No debe confundirse la Escuela de Viena, originada —como se ha dicho— en la doctrina de Hans Kelsen, con el célebre "Círculo de Viena", liderado por Moritz Schlick, cuya preocupación fundamental era el establecimiento de un criterio normativo de demarcación entre ciencia y pseudociencia. Es errado sostener que la Escuela Vienesa de Teoría del Derecho haya sido tributaria de las ideas del Positivismo Lógico, pues, si bien pueden existir coincidencias entre ambas, las influencias del purismo jurídico provienen de otras fuentes, a saber, la interpretación kantiana entregada por la Escuela de Marburgo, el iuspublicismo alemán y el Positivismo científico, que ciertamente se halla emparentado en varios de sus supuestos con el Positivismo Lógico. Tales influjos se revisarán en la segunda parte de este trabajo. Cabe agregar que la doctrina kelseniana fue, además, criticada desde el propio Positivismo Lógico; un ejemplo de esto se halla en NEURATH, Otto, "Sociología en fiscalismo", en AYER, A.J. (ed.), "El Positivismo Lógico", Editorial FCE., México D.F., México, 1965, pp. 312 y ss. Una confusión entre ambas corrientes puede apreciarse en COFRÉ, Juan, "Kelsen, el formalismo y el Círculo de Viena", en Revista de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral, vol. VI, Valdivia, Chile, 1995, pp. 29 a 37.

21. ERRÁZURIZ MACKENNA, Carlos, "La Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen, visión crítica", EUNSA, Pamplona, España, 1986, p. 22.

22. KELSEN, Hans, TPD (1934), p. 18.

En esta materia, sin duda, la innovación mayor fue aquella relacionada con la jurisdicción constitucional: Kelsen introdujo una idea totalmente nueva, a saber, aquella de un *tribunal constitucional* ⁽²³⁾ encargado de que la producción normativa se realizara en conformidad con lo prescrito por la Constitución.

Luego de la muerte del Profesor Bernatzik, en 1919, se propuso a Kelsen como su sucesor, perspectiva que no le convenía y ante la que se mostraba escéptico. No obstante, fue finalmente nombrado profesor ordinario de Derecho Constitucional y Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Viena, asumiendo más tarde como decano en los años 1920 y 1921. Durante esta época, Kelsen recibió el encargo de escribir una obra de teoría estatal, lo cual dio origen en 1925 a la *"Teoría General del Estado"* ⁽²⁴⁾, descrita por su autor como "la primera vez en la que mi doctrina aparece expuesta en forma acabada y sistemática" ⁽²⁵⁾.

Al mismo tiempo que Kelsen cumplía funciones académicas en la Universidad de Viena, fue elegido en 1921 para integrar el Tribunal Constitucional —por él diseñado—, en calidad de miembro vitalicio, ocupando luego la función de relator permanente. Durante el ejercicio del cargo de magistrado, tuvo un sobresaliente papel en la práctica jurisdiccional del tribunal, cuestión que se manifestó, a guisa de ejemplo, en la influencia de Kelsen en la sentencia del tribunal durante el conflicto con el gobernante Partido Social-Cristiano sobre el tema de las dispensas matrimoniales ⁽²⁶⁾. La decisión no agradaba al gobierno, lo

23. KUNZ, ob. cit., p. 35.

24. Se citará aquí por KELSEN, Hans, *"Teoría General del Estado"*, trad. LEGAZ LACAMBRA, Luis, Editorial Labor, Barcelona, Madrid, Buenos Aires, 1934.

25. Ídem, p. X.

26. Este asunto versaba sobre la facultad que las autoridades civiles poseían para permitir que las parejas separadas "de mesa y cama" —pues, el vínculo era insoluble—, pudieran contraer nuevamente matrimonio. El problema se suscitó porque los tribunales ordinarios, una vez que la autoridad había concedido la dispensa, fallaban que aquel acto administrativo era antijurídico, de modo tal que —al decir de

que acarreó una dura campaña contra el Tribunal Constitucional, siendo el blanco específico Hans Kelsen, quien fue acusado incluso de "regente de harenas" por la prensa social-cristiana. Todos estos hechos desembocaron en una enmienda constitucional que permitiría que los integrantes del Tribunal fueran directamente elegidos por el Presidente Federal, quedando los jueces vitalicios separados de sus puestos desde el 15 de febrero de 1930, terminando así los días de Kelsen como juez constitucional. Luego de esta situación, que le causó una profunda amargura, aceptó Kelsen un ofrecimiento desde la Universidad de Colonia. De este modo dejó Austria, donde no regresaría nuevamente sino que como visitante.

2. Colonia, Ginebra y Praga

A orillas del Rin, en Alemania, se sitúa Colonia. A esta ciudad llegó Kelsen para hacerse cargo de una cátedra de Derecho Internacional. En la Universidad de Colonia se le concedieron grandes facilidades, como un instituto propio de Derecho Internacional, abundantes medios para formar una biblioteca en la misma área y, por vez primera asistentes pagados. Durante los siguientes años, dictaría también cursos de "Introducción a la Filosofía del Derecho", "La Filosofía social de Platón" y "La Filosofía social de Aristóteles".

En el año de 1932 fue Kelsen nombrado decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas de Colonia. Un año después, al asumir los nacionalsocialistas el poder, se enteraría a través del periódico de su destitución como profesor en la universidad, lo que motivó un fuerte respaldo de los académicos de la facultad en su favor, con excepción de Carl Schmitt, quien era consejero del nuevo régimen. Los profesores redactaron un documento solicitando que se revocara la medida, pero dicha

Kelsen— "el mismo Estado, que, a través de sus funcionarios administrativos, permitía expresamente la celebración de un matrimonio, declaraba a través de sus tribunales al mismo matrimonio como inválido. Apenas si habría una manera más enojosa de conmover la autoridad del Estado". El Tribunal Constitucional consideró que la invalidación del acto administrativo de la dispensa excedía el ámbito de competencias de los tribunales ordinarios, reversando las sentencias falladas en este sentido. Véase MÉTALL, *"Hans Kelsen, vida y obra"*, ob. cit., pp. 55 a 63.

petición no fue acogida, siendo Kelsen removido de su puesto y despedido de su pensión. Ante este estado de cosas, debió ser ayudado por un desconocido para poder salir de Alemania.

Con las puertas cerradas en el mundo de habla germana, gobernado por el tercer Reich, recibió Kelsen ofrecimientos desde Inglaterra, Estados Unidos y Suiza. Pronto se decidió por este último país, a pesar de no dominar el idioma, trasladándose así al Instituto de Altos Estudios Internacionales de Ginebra. A esta ciudad llegó el 18 de septiembre de 1933 para hacerse cargo de dos cátedras y un seminario, con lo cual le quedaba gran cantidad de tiempo para tomar clases diarias de francés con un profesor parisino, logrando pronto hablar y escribir en este idioma ⁽²⁷⁾. Fue aquí donde en 1934 publicó la primera versión en alemán de la "*Teoría Pura del Derecho*", obra que contenía una exposición general de su doctrina, que ya tenía un desarrollo de "más de dos décadas" ⁽²⁸⁾.

Algún tiempo después, Kelsen fue llamado por el gobierno checoslovaco a la Universidad Alemana de Praga. Este puesto le permitiría asegurar sus derechos de jubilación, por lo cual, y a pesar de las dudas por el peligro que para su vida significaba, aceptó la oferta. El nombramiento de Kelsen en su ciudad natal, lejos de pasar inadvertido, tuvo como consecuencia el inicio de una campaña en su contra que se manifestó en humillantes demostraciones de hostilidad, siendo incluso amenazado de muerte para que dejara sus actividades académicas. No obstante lo anterior, se mantuvo Kelsen a cargo de una cátedra de Derecho Internacional, manteniendo al mismo tiempo sus actividades en Ginebra —donde estaba su familia— desde 1936 y hasta 1938, año en que las condiciones políticas en Checoslovaquia hicieron imposible la continuación de su trabajo en aquel país, prosiguiendo únicamente con sus actividades en Suiza, bajo la convicción de una inevitable guerra próxima.

El año de 1939 se vieron cumplidos los augurios de guerra que por toda Europa se difundían y el comienzo del segundo gran conflicto mundial sorprendió a Kelsen en Estados Unidos, donde participaba de

27. KUNZ, ob. cit., p. 36.

28. KELSEN, *TPD* (1934), p. 17.

un congreso en Cambridge. Entonces, regresó a Ginebra donde su familia para partir finalmente de Europa con destino final en Estados Unidos, país en el cual habría de desarrollarse la última parte de su obra.

3. *Estados Unidos*

"Tras una agitada travesía, el 21 de junio de 1940 desembarcaba Kelsen en Nueva York. Con cerca de 60 años de edad, llegaba a un país extranjero cuyo idioma dominaba sólo parcialmente. Aquí habría de empezar nuevamente su carrera académica y, por cuarta vez, hacerse una nueva vida" ⁽²⁹⁾. Esta descripción de su discípulo MétaII muestra las difíciles condiciones en que "el sabio austríaco" ⁽³⁰⁾ llegaba a Estados Unidos. Aquí, mediante la expresa invitación de Roscoe Pound y por una modesta paga, comenzaría Kelsen su actividad docente en la Universidad de Harvard bajo el cargo de Investigador Asociado. En esta función se mantuvo durante alrededor de dos años, hasta que la universidad decidió no extender su contrato, pues no había ninguna cátedra libre que a Kelsen conviniera. Nuevamente, Roscoe Pound recomendó a Kelsen, pero esta vez para la Universidad de Berkeley, en California, donde llegó como profesor visitante al Departamento de Ciencias Políticas para quedarse hasta el día de su muerte.

En este lugar, comenzó con un curso de Derecho Internacional, siguiendo luego con otro sobre Instituciones Jurídicas. Fue aquí donde por vez primera tomó conocimiento de la teoría imperativista de Austin, logrando un ensayo en el cual relacionaba su Teoría pura con la Jurisprudencia Analítica ⁽³¹⁾. Por aquellos días fue llamado por el gobierno americano a Washington, donde actuó como asesor técnico en asuntos relativos a los territorios ocupados por los aliados con motivo de la de-

29. MÉTALL, ob. cit., p. 82.

30. KUNZ, ob. cit., p. 11.

31. KELSEN, Hans, "*La Teoría Pura del Derecho y la Jurisprudencia Analítica*", trad. COGHLAN, Eduardo A., en "*La idea del Derecho Natural y otros ensayos*", Editorial Losada, Buenos Aires, Argentina, 1946, pp. 207 a 238.

rrota alemana en la gran guerra. A lo anterior, sumó una asesoría en la *War Crimes Commission*, preparando cuestiones técnicas de los procesos contra los criminales de guerra nazis que se llevarían a cabo en Nüremberg.

En 1945 fue nombrado *Full Professor*, lo que le permitió, a los 65 años, adquirir una casa con vista al mar, con lo cual "se convertía por primera vez en su vida en propietario de una casa" (32). Al respecto, el propio Kelsen escribiría: "me fue posible [...] comprar una pequeña casa aquí en la bella California. A través de la gran ventana abierta, veo desde mi escritorio la magnífica bahía de San Francisco y hacia el Océano Pacífico. Y en mi pequeño jardín crecen rosas, unas maravillosas rosas rojas que alegran mi corazón" (33). Durante el mismo año, apareció su "*Teoría General del Derecho y del Estado*" (34), cuyo objetivo era presentar la Teoría pura del Derecho a quienes se hubiesen educado en la tradición anglosajona, así como "abarcando tanto los problemas e instituciones de los derechos inglés y norteamericano, como de los países de derecho escrito, para los que fue originalmente formulada" (35), reafirmando el carácter de la doctrina kelseniana como una teoría general del Derecho, capaz de explicar en su completitud el fenómeno jurídico (36).

Con posterioridad, se dedicó Kelsen a problemas de Derecho Internacional, relacionados con la Carta de las Naciones Unidas y su Consejo de Seguridad. En esta época, la Teoría pura del Derecho ya se había difundido en gran parte de América Latina (37), motivo por el cual, en

32. MÉTALL, ob. cit., p. 84.

33. KUNZ, ob. cit., pp. 13 y 14.

34. Se citará en este trabajo por KELSEN, Hans, "*Teoría General del Derecho y del Estado*", trad. GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, UNAM, México D.F., México, 4ª reimpresión, 1988.

35. Ídem, p. V.

36. Respecto de la generalidad de la Teoría pura, cfr. infra II.1.2.

37. Sobre el particular, véase ALARCÓN OLGUÍN, Víctor, "*Hans Kelsen: bitácora de un itinerante*", en A.A.VV., "*El otro Kelsen*", UNAM, México D.F., México, 1989, pp. 17 a 26.

1948, viajó a Sudamérica, específicamente a Argentina y luego a Brasil para dictar algunas conferencias. Unos años después, el 25 de abril de 1952, a la edad de 70 años, Hans Kelsen jubiló en la Universidad de Berkeley, luego de casi diez años en ella. Un año después, aparecería publicada la segunda edición de su *Teoría pura* en idioma francés (38).

A pesar de su jubilación, Kelsen siguió en plena actividad, y fiel a la itinerancia que caracterizó su vida, dictó cátedras y conferencias en diversos lugares de Estados Unidos y del mundo. En uno de estos viajes, durante una larga estadía en su preciada Ginebra, acabó el manuscrito de la segunda edición en alemán de su libro "*Teoría Pura del Derecho*" (39), que fue publicada el año de 1960 y que representaba, a juicio de Kelsen, "una reelaboración completa de los temas tratados en la primera [versión], y una significativa ampliación de su campo de estudio" (40), de modo que más que una reedición revisitada, es una creación distinta, que refleja el estado del pensamiento de Kelsen en aquel tiempo.

Durante los años posteriores, la vida de Kelsen estuvo llena de muestras de respeto y homenajes. Asimismo, volvió a establecer vínculos con Austria, desde donde recibió constantes agradecimientos por su aporte al Derecho Constitucional positivo de ese país, siendo invitado en reiteradas ocasiones por la Universidad de Viena y el gobierno. En sus últimos días, se dedicó a cuestiones de teoría de las normas y la aplicación de principios de lógica a estas. De aquellos estudios, surgió una obra que sería publicada en 1979 bajo el intitulo de "*Teoría General de las Normas*" (41), en la que corregiría algunos de los planteamientos cen-

38. Se citará aquí por KELSEN, Hans, "*Teoría Pura del Derecho*". *Introducción a la Ciencia del Derecho*, trad. NILVE Moisés, EUDEBA, Buenos Aires, Argentina, 4ª ed., 2000. En adelante, *TPD* (1953).

39. En este texto se citará por KELSEN, Hans, "*Teoría Pura del Derecho*", trad. VERNENGO, Roberto, Editorial Porrúa, México D.F., México, 9ª ed., 1997. En adelante, *TPD* (1960).

40. Ídem, p. 11.

41. KELSEN, Hans, "*Teoría General de las Normas*", trad. DELORY JACOBS, Hugo, Editorial Trillas, México D.F., México, 1994.

trales que sostuvo durante su vida ⁽⁴²⁾. Este texto fue publicado a modo de trabajo póstumo, pues, Hans Kelsen murió el 19 de abril de 1973 en su casa de Berkeley a la edad de 91 años, sólo algunos meses después que Grete Kelsen, su mujer: "ni su amor por la ciencia, ni sus alegres aficiones por el cine y el cultivo del jardín pudieron rescatarlo de la honda tristeza y perturbación en que lo había sumido la muerte de su esposa" ⁽⁴³⁾.

II

Influencias estructurantes de la Teoría pura del Derecho

Esta segunda parte del estudio se encargará de realizar un análisis de las características que otorgan identidad a la Teoría pura del Derecho. El propósito aquí es entregar criterios que permitan distinguir la doctrina kelseniana de otras construcciones teóricas acerca del fenómeno jurídico. Tal objetivo puede conseguirse mediante la especificación de las bases sobre las cuales se asienta la doctrina ideada por Kelsen, esto es, analizando las influencias claramente manifestadas en la Teoría pura y a lo largo de sus escritos, pues, la configuración de la doctrina kelseniana se halla en directa relación con aquellas. El ejercicio que aquí se propone permitirá apreciar los presupuestos que surgirán conforme se desarrolla la exposición.

Al referirse a la Teoría pura del Derecho debe tenerse presente que ésta ha de entenderse en un doble sentido, pues, de una parte corresponde a la teoría general del Derecho desarrollada por Kelsen durante alrededor de seis décadas y, de otra, a uno de sus textos más cono-

42. Las modificaciones más importantes de destacar son aquellas relativas a la norma fundamental; la distinción entre normas primarias y secundarias; y los conflictos de normas. Al respecto, véase, DUARTE, José Florentino, "Palavras do Tradutor" en KELSEN, Hans, "Teoria Geral das Normas", Editor Sergio Antonio Fabris, trad. DUARTE, José Florentino, Porto Alegre, Brasil, 1986, pp. V y ss.

43. SQUELLA, Agustín, "Idea de la democracia en Kelsen", en Revista Centro de Estudios Públicos N° 13, Santiago, Chile, 1984, p. 50.

cidos e importantes ⁽⁴⁴⁾ en el que tal doctrina fue desplegada. A menudo se enfatiza más el segundo aspecto, sin reparar que la Teoría pura no sólo es un libro, sino que constituye un sistema. Esta parte del trabajo se hará cargo del primer sentido en forma predominante, para lo cual no sólo revisará el célebre texto de 1960, sino que acudirá a todos aquellos que sean útiles para elucidar la construcción de la teoría del Derecho kelseniana.

Tres son las vertientes de pensamiento que sirven de soporte estructural a la Teoría pura del Derecho. La primera de éstas corresponde a la Filosofía kantiana (1.), que en Kelsen —y en su obra— se manifiesta en dos períodos claramente delineados, a saber, uno premarburgiano (1.1.) y otro postmarburgiano (1.2.). La segunda de las coordenadas ⁽⁴⁵⁾ de cuyo influjo es tributaria la doctrina kelseniana se halla constituida por la Escuela Alemana de Derecho Público (2.). Por último, la tercera corriente a la que Kelsen adhiere es el Positivismo del siglo XIX (3.). En lo sucesivo, se expondrán separadamente y en el orden señalado tales lineamientos teóricos, identificando dentro de cada acápite los elementos estructurales que de ellos derivan y su consecuente expresión en la Doctrina jurídica kelseniana. Debe advertirse que esta división de las raíces de la Teoría pura tiene solamente por objeto obtener alguna sistematización útil para los propósitos de este documento, pues, la primera de las influencias mencionadas se halla presente en las otras dos, de modo que si bien es posible identificar los rasgos característicos del iuspublicismo alemán o del Positivismo científico, serán recurrentes las referencias a la Filosofía kantiana, ya que ésta constituye, indiscutiblemente, la

44. La primera de las ediciones de la "Teoría Pura del Derecho" fue publicada el año 1934 en idioma alemán y se viene citando aquí como *TPD (1934)*; la segunda, en 1953, en lengua francesa, que se cita aquí como *TPD (1953)*; la última, en fin, fue editada en 1960 nuevamente en alemán y es citada aquí como *TPD (1960)*. Esta última versión posee ciertas diferencias con sus precedentes, pues, es de una extensión considerablemente mayor, conteniendo, además, un alto nivel de prolijidad y rigurosidad técnica que en medida igual no es posible hallar en las entregas anteriores.

45. Tal expresión es utilizada por Errázuriz Mackenna al hacer referencia a las influencias de la Teoría pura. Véase ERRÁZURIZ MACKENNA, ob. cit., pp. 34 y ss. Aquí se sigue de cerca la estructura expositiva de este autor.

base general del pensamiento de Kelsen, motivo por el cual la exposición a su respecto será más exhaustiva.

1. Filosofía kantiana

Como se dijo, la primera —y la más relevante y conocida— de las influencias que se revisará en la obra de Kelsen será la Filosofía kantiana, que puede enfocarse desde dos etapas, cuyo punto de separación se halla en la visita realizada por Kelsen a Hermann Cohen en la ciudad de Marburgo. Por tal motivo, se habla aquí de un período premarburgiano y otro postmarburgiano. Es necesario aclarar que la segmentación del influjo kantiano no significa que Kelsen haya sostenido algunas ideas de Kant en una época, para luego abandonarlas. Por el contrario, se apunta a los momentos en que éste adquirió tales influencias, ya que, como se verá, las mantuvo en forma permanente a través de sus textos.

Ya en la década del 1830 venía preparándose en Alemania una “vuelta a Kant”⁽⁴⁶⁾, pero no es hasta la segunda mitad del siglo XIX que resulta posible hablar con claridad de “Neokantismo”. La primera imagen que este movimiento entrega sobre el filósofo de Königsberg se halla en la “*Historia del materialismo*” de Lange, obra en la que dejando de lado la metafísica kantiana, fija la atención sobre algunas proposiciones de la “*Crítica de la Razón pura*”, pues, en ella se encuentra la teoría del conocimiento que posee validez duradera, en contraposición con la Filosofía práctica que resulta pasajera⁽⁴⁷⁾. No es éste el lugar para revisar en forma detallada la evolución del Neokantismo⁽⁴⁸⁾, sino que sólo interesa señalar, por ahora, que se distinguen tres escuelas en aquel, a saber, la de Baden o del Sudoeste; corriente historicista; y Marburgo⁽⁴⁹⁾.

46. LEHMANN, GERHARD, “*Historia de la Filosofía*”, *La Filosofía del siglo XIX*, tomo II, trad. CASTAÑO PIÑAN, Alfonso, Editorial UTEHA, México D.F., México, 1964, p. 53.

47. Ídem, p. 61.

48. Una completa exposición se halla en ídem, pp. 53 y ss.

49. ERRÁZURIZ MACKENNA, ob. cit., pp. 40 y 41.

1.1. Período premarburgiano. Escuela de Baden; antinomia entre ser y deber ser; Naturaleza y Sociedad; sentido subjetivo y objetivo de un acto; ciencias causales y normativas

El primero de estos períodos kantianos corresponde al premarburgiano, que comprende desde las tempranas lecturas que Kelsen hiciera de Kant en el liceo, hasta 1912, año en que se publicó un ensayo de Oscar Ewald en los “*Kant Studien*” (“Estudios kantianos”)⁽⁵⁰⁾, donde realizaba un paralelo entre los “*Problemas Capitales*” y la “*Ética de la voluntad pura*” (“*Ethik des reinen Willens*”)⁽⁵¹⁾ de Cohen⁽⁵²⁾, hecho que determinó una visita de Kelsen a este último. Hasta aquel tiempo, Kelsen acogió una de las principales tesis sostenidas por la escuela neokantiana de Baden, expuesta por Windelband y Simmel, a saber, el estricto apego a la distinción que realizara Kant en lo relativo a la oposición existente entre ser y deber ser⁽⁵³⁾. Esta cuestión queda manifestada expresamente en el gran libro de 1911: “la presente obra [los Problemas Capitales] toma como punto de partida la *fundamental antinomia entre el ser y el deber ser*, la primera que en cierto modo, descubre Kant en su esfuerzo por fundamentar la sustantividad de la razón práctica frente a la razón teórica, del valor frente a la realidad, de la moral frente a la naturaleza”⁽⁵⁴⁾. Ambos mundos, en consecuencia, son distintos, opuestos, producto de lo cual afirmar que una cosa es, resulta algo completamente diferente de decir que debe ser.

Cabe señalar que Kelsen considera que ambas esferas son las determinaciones más generales del pensamiento y adhiere a lo sostenido

50. Editados por la “Sociedad kantiana”, fundada por Hans Vaihinger en el centenario de la muerte de Kant (12 de febrero de 1904).

51. Este texto fue publicado en 1904.

52. MÉTALL, ob. cit., pp. 15 y 22.

53. KELSEN, “*Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado*”, ob. cit. p. XL; LEHMANN, ob. cit., pp. 73 y ss.

54. *Ibíd.* Enfatizado en el original.

por Simmel y Kitz. Según el primero, deber ser y ser son categorías originarias; conforme al segundo de estos autores, ambos pensamientos no pueden explicarse el uno por el otro⁽⁵⁵⁾, de manera que no existe un nexo lógico entre ellos. Para Kelsen, entonces, ser y deber ser son ámbitos que se encuentran “separados entre sí por un abismo profundo”⁽⁵⁶⁾, por lo tanto, del hecho que algo sea, no puede seguirse que deba serlo y viceversa. Tales afirmaciones de Kelsen no variaron mayormente y en sus obras tardías se encargó de recordarlas con semejante fuerza, sosteniendo la imposibilidad de explicar mayormente la distinción realizada entre estos dos mundos, pues, es evidente, esto es, se halla “inmediatamente dada a nuestra conciencia” y resulta imposible definir⁽⁵⁷⁾. Asimismo, en su obra póstuma haría referencia nuevamente a las categorías originales de Simmel⁽⁵⁸⁾.

Según Kelsen, el *ser* corresponde a la realidad natural, “que tiene su curso en el espacio y en el tiempo”⁽⁵⁹⁾, es decir, está compuesto por los hechos perceptibles en forma empírica; en definitiva, es la Naturaleza. El *deber ser*, en cambio, es aquel sentido que las normas poseen⁽⁶⁰⁾. El primero de los ámbitos —el del ser— se halla determinado por leyes naturales, las cuales operan a través de la *causalidad*, que corresponde a un enlace entre un hecho denominado causa y otro hecho denominado efecto. Por el contrario, las normas jurídicas operan a través de la *imputación*, que también constituye un enlace, pero esta vez la conexión se realiza entre una condición jurídica y una consecuencia jurídica⁽⁶¹⁾. En

55. Ídem, p. 7.

56. Ídem, p. 8.

57. KELSEN, *TPD* (1960), p. 19; “*Teoría General de las Normas*”, ob. cit., p. 75.

58. KELSEN, “*Teoría General de las Normas*”, ob. cit., p. 20.

59. KELSEN, *TPD* (1934), p. 33.

60. Ídem, p. 47.

61. Ídem, p. 48.

el primer caso, el vínculo está dado por la Naturaleza, mientras que en el segundo, la necesidad que une la condición y consecuencia jurídicas es conferida por el Derecho⁽⁶²⁾. Ambos enlaces no son sino dos *formas* de conectar los elementos de sistemas diversos; así, la primera de éstas conecta aquellos de la Naturaleza, mientras que la segunda vincula los elementos del Derecho⁽⁶³⁾. En tanto formas, causalidad e imputación se presentan como nociones que poseen un carácter lógico en un sentido gnoseológico trascendental kantiano⁽⁶⁴⁾, esto es, son categorías a priori que permiten aprehender y ordenar los ámbitos del ser y del deber ser, respectivamente.

Se ha dicho en forma certera que la antinomia entre ser y deber ser sería la clave y fundamento indiscutible de toda la doctrina pura kelseniana⁽⁶⁵⁾. Asimismo, ya se mencionó que habría estado presente hasta los últimos trabajos de Kelsen. No obstante, debe señalarse que ni en la segunda versión en alemán de la “*Teoría Pura del Derecho*”, ni en la “*Teoría General de las Normas*”, se vuelve a resaltar el carácter lógico a priori de la distinción. En estas obras, Kelsen sólo se encarga de recordar que ser y deber ser corresponden a modos o modalidades⁽⁶⁶⁾, es decir son formas que pueden adoptar cualquier contenido⁽⁶⁷⁾.

Por virtud del concepto de deber ser que Kelsen entrega —ya sea considerándolo como categoría a priori o bien como un modo o forma—, se le despoja del carácter valorativo que pueda tener⁽⁶⁸⁾, es decir, se afirma la existencia de un deber jurídico sin que esto implique su co-

62. KELSEN, “*Teoría General del Estado*”, ob. cit., p. 62.

63. KELSEN, *TPD* (1934), p. 49; *TPD* (1953), p. 55.

64. KELSEN, “*Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado*”, ob. cit., p. 57 (nota 18); *TPD* (1934), pp. 50 y 51; *TPD* (1953), p. 55.

65. ERRÁZURIZ MACKENNA, ob. cit., pp. 73 y 74.

66. KELSEN, *TPD* (1960), p. 20.

67. KELSEN, “*Teoría General de las Normas*”, ob. cit., pp. 70 y ss.

68. KELSEN, *TPD* (1934), p. 47; *TPD* (1953), p. 55.

rrección moral. De modo que si algo es debido jurídicamente, no significa que desde el punto de vista moral también lo sea. A lo antedicho, cabe agregar que este deber ser cuyo objeto es dirigirse hacia la conducta de otro no sólo se manifiesta mediante órdenes, sino que posee un sentido más amplio: el deber ser que Kelsen propone ha de entenderse con las modalidades deónticas de mandato, permisión y facultad, pues “una norma puede no sólo *mandar* algo, sino también *permitirlo*, y especialmente, *autorizarlo*” (69), con lo cual queda claramente establecido que el deber ser de la Teoría pura tiene un carácter nítidamente jurídico. Posteriormente, agregaría que con la expresión deber también se alude a la cancelación de la vigencia de una norma, es decir, el deber ser importa también la función de *derogar* (70).

La tajante concepción defendida por Kelsen respecto de la antinomia entre ser y deber ser acarrea para su doctrina otros dualismos relevantes, a saber, las distinciones entre Naturaleza y Sociedad; entre sentido subjetivo y objetivo de un acto; y entre ciencias causales y normativas. El primero de los dualismos referidos importa considerar que la Sociedad es un objeto totalmente diferente de la Naturaleza (71), pues, en cada caso existe una “conexión completamente diferente de elementos” (72). La *Naturaleza* corresponde a un sistema de elementos relacionados a través del principio de causalidad (73). Respecto de la *Sociedad*, en cambio, si bien puede entenderse como la “convivencia fáctica de los seres humanos” (74), es decir, como un fenómeno de hecho, sostiene Kelsen que por hallarse regulada pasa a ser un fenómeno social (75). En este

69. KELSEN, *TPD* (1960), pp. 19 y 91. No enfatizado en el original.

70. KELSEN, “*Teoría General de las Normas*”, ob. cit., p. 106.

71. KELSEN, *TPD* (1953), p. 20; *TPD* (1960), p. 15.

72. KELSEN, *TPD* (1934), p. 26.

73. KELSEN, *TPD* (1953), p. 20; *TPD* (1960), p. 89.

74. KELSEN, *TPD* (1960), ob. cit., p. 16.

75. KELSEN, Hans, “*El Derecho como técnica social específica*” en “*¿Qué es Justicia?*”, trad. CALSAMIGLIA, Albert, Editorial Ariel, Barcelona, España, 3ª edición, 2001, p. 152.

sentido, la Sociedad ha de entenderse como un orden que regula la conducta humana (76), cuyos elementos se relacionan a través del principio de imputación (77). Este orden normativo regulador del comportamiento de los individuos constituye para Kelsen un sistema social, entre los cuales se hallan la moral y el Derecho. En consecuencia, el Derecho se encuentra inserto en la Sociedad, pues, es un orden regulador de la conducta humana, descartándose de este modo su posibilidad de pertenecer a la Naturaleza. Por tal motivo, afirma Kelsen que el Derecho es una *técnica social específica* “que consiste en provocar la deseada conducta social de los hombres a través de una amenaza coercitiva en caso de que se produzca una conducta contraria” (78).

La regulación de la convivencia fáctica trae como consecuencia otro dualismo que sirve para reforzar tal tesis. Según éste, se hace necesario distinguir entre hechos perceptibles y el significado que a través de las normas se les puede atribuir a aquellos. Lo que Kelsen plantea es que en los acontecimientos dotados de carácter jurídico se distinguen nítidamente dos elementos: de una parte, un acto perceptible a través de los sentidos y, de otra, el significado jurídico que aquél adquiere por virtud del Derecho (79). Este último corresponde al *sentido objetivo* que la norma jurídica confiere a un acto sensiblemente perceptible; en cambio, el *sentido subjetivo* es la significación que un acto tiene para quien lo produce, que puede o no coincidir con el sentido objetivo o jurídico (80). El sentido otorgado por la norma es una interpretación del acto perceptible (81), es decir, la norma actúa como un esquema de interpretación o explicitación normativa de aquel (82).

76. KELSEN, *TPD* (1953), p. 20; *TPD* (1960), p. 89.

77. KELSEN, *TPD* (1953), p. 20 a 22.

78. KELSEN, “*El Derecho como técnica social específica*”, ob. cit., p. 158.

79. KELSEN, *TPD* (1934), p. 27; *TPD* (1953), p. 32; *TPD* (1960), p. 16.

80. KELSEN, *TPD* (1934), p. 29; *TPD* (1953), p. 33; *Ibidem*.

81. KELSEN, *TPD* (1953), pp. 32 y 33.

82. KELSEN, *TPD* (1934), p. 30; *TPD* (1960), p. 17.

El tercero de los dualismos anotados sirve para diferenciar las ciencias cuyos objetos son la Naturaleza y la Sociedad, respectivamente. Tal distinción también proviene desde los *"Problemas Capitales"* y corresponde a la diferenciación entre ciencias causales (naturales) y disciplinas normativas. En aquel texto, el autor austrohúngaro consideró que las primeras se encargan de explicar el mundo del ser, comprendiendo aquello que se encuentra en la realidad causal, mientras que las segundas, establecen reglas por cuya virtud se prescribe una conducta, es decir, un deber ser⁽⁸³⁾. Consecuentemente, cada una de estas ciencias se caracteriza por tener un método específico; así, las de la naturaleza, para conocer el mundo del ser, utilizan el método explicativo, mientras que las normativas, emplean el normativo⁽⁸⁴⁾: Ambos métodos difieren en cuanto a las reglas que les son propias: aquellas del explicativo se denominan leyes naturales, en tanto que las del normativo, normas⁽⁸⁵⁾.

Toda esta distinción sufrió cambios y fue sofisticándose a través de las obras de Kelsen. Es así como casi medio siglo después de lo planteado en su juventud, expuso en la segunda versión en alemán de la *"Teoría Pura del Derecho"* que la división no sólo se presentaba respecto de ciencias naturales y normativas, sino que versaba entre ciencias sociales y naturales. Las primeras —las sociales—, pueden ser, a su vez, causales o normativas según si su objeto de estudio, es decir, el comportamiento humano en sociedad, es enfocado conforme al principio de causalidad o bien desde la perspectiva de la imputación. Una ciencia social causal no difiere mayormente de una natural, existiendo aquí sólo una diferencia de grado y no de principio, pues, ambas explican el mundo del ser; la primera, aplicando el principio de causalidad al comportamiento humano, describiendo cómo se va desarrollando, y la segunda, a la Naturaleza propiamente tal. Son ciencias sociales causales la Psicología, la Etnología, la Historia y la Sociología; son ciencias naturales la Física, la Biología y la Fisiología⁽⁸⁶⁾. Consecuentemente, para Kelsen

83. KELSEN, *"Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado"*, ob. cit., p. 5.

84. Ídem, p. 9.

85. Ídem, p. 5.

86. KELSEN, *TPD (1960)*, p. 100.

"La diferencia esencial sólo se da entre las ciencias naturales y aquellas ciencias sociales que interpretan la interacción humana, no causalmente, sino conforme al principio de imputación"⁽⁸⁷⁾, es decir, aquellas que son sociales normativas y cuya función es describir cómo *debe* producirse el comportamiento con base en las normas positivas establecidas a través de actos humanos. Ciencias sociales normativas son la ciencia de la moral, esto es, la Ética y la ciencia del Derecho. Debe remarcar que estas ciencias no dictan normas para los seres humanos, sino que se encargan de *describir* las normas que los humanos han establecido: "Que una ciencia sea calificada de normativa no significa que tenga por objeto prescribir una conducta determinada ni dictar normas aplicables a la conducta de los individuos"⁽⁸⁸⁾, sino que su función sólo es conocer y comprender la sociedad humana⁽⁸⁹⁾.

1.2. *Período postmarburgiano. Cohen; método trascendental; pureza metodológica; objeto y método de la Teoría pura; materia y forma*

El segundo de los períodos de influencia kantiana en la obra kelseniana se denomina postmarburgiano, y comprende desde que Kelsen toma conocimiento de los postulados que sobre Kant sostiene la Escuela de Marburgo, hasta su muerte, pues jamás renegó de ellos a pesar de —como ya se dijo— no haberlos sostenidos en forma expresa en sus obras más tardías. Es ésta interpretación kantiana aquella que marca definitivamente la doctrina kelseniana, lo cual implica deshacerse definitivamente de la tradicional —y errada— costumbre de confrontar directamente a Kant con Kelsen para explicar la Teoría pura del Derecho. Para elucidar correctamente la doctrina jurídica kelseniana no puede decirse sin más que Kelsen fue kantiano, sino que, en su lugar, debe afirmarse que sostuvo la interpretación que la Escuela de Marburgo realizaba de Kant, cuestión que se aleja bastante de la primera afirma-

87. *Ibidem*.

88. KELSEN, *TPD (1953)*, p. 25.

89. *Ibidem*.

ción. Tampoco debe olvidarse que Kelsen —como ya se revisó—, en un primer tiempo, adhirió a los postulados de la Escuela de Baden o del Sudoeste.

Hermann Cohen es el fundador de la Escuela de Marburgo empujado por el germen que ha dejado Lange⁽⁹⁰⁾ al valorar como cuestión central en Kant aquella consideración según la cual los objetos se rigen por los conceptos del sujeto cognoscente. Esta orientación filosófica se desarrolló en la Universidad de Marburgo, de donde su nombre proviene y, además del mencionado Cohen, fue integrada por Natorp, Cassirer y Hartmann. Dicha escuela, pretende estudiar la Filosofía kantiana conforme a criterios internos, es decir, desea entender a Kant desde el propio Kant; lo que no significa permanecer fiel a los principios de éste en forma rígida, esto es, no propone un kantismo ortodoxo⁽⁹¹⁾. En su lugar, los neokantianos de Marburgo se dedicaron a indagar el valor objetivo de la obra de Kant⁽⁹²⁾, que Cohen halló en el *método trascendental*. Para este autor, la importancia de la doctrina de Kant se basa en que todas sus partes constituyen una expresión de tal método, que sería “la fuerza creadora impulsora, motriz de la creación del contenido de la Filosofía de Kant”⁽⁹³⁾.

Cohen y sus discípulos exigen una fundamentación trascendental de cada afirmación filosófica, pretensión que significa dos cosas, a saber: en primer lugar, que debe existir una relación con los hechos patentes, descartando el “espacio vacío del pensamiento puro”⁽⁹⁴⁾, lo que importa un rechazo a la metafísica, tomando como foco de atención la experiencia. En segundo término, implica que para cada hecho debe indicarse el fundamento de su posibilidad, representado por la *ley de la*

90. LEHMANN, ob. cit., p. 59.

91. NATORP, Paul, “Emmanuel Kant y la Escuela filosófica de Marburgo”, trad. VIQUEIRA, J.V., Editorial Francisco Beltrán, Madrid, España, 1915, p. 10.

92. Ídem, p. 12.

93. Ídem, p. 13.

94. Ídem, p. 18.

creación objetiva (método trascendental), conforme a la cual el método se dirige exclusiva y rigurosamente al hecho productor de su objeto⁽⁹⁵⁾, de modo que el método se eleva sobre el objeto, es decir, lo trasciende metodológicamente. Dicha ley no implica determinar en forma previa el camino de la experiencia, antes bien, entrega las reglas por las cuales aquella resulta posible⁽⁹⁶⁾. Lo anterior, trasladado a las ciencias, significa que el objeto de una disciplina científica es producido por su método, por lo tanto, no requiere recibir información desde otros campos del saber para determinarlo, pues, podría concluirse que el objeto preexiste al método, en tanto es posible que sea determinado y producido por otros métodos. Los kantianos de Marburgo niegan tal posibilidad, en consecuencia, es posible concluir que para cada objeto ha de existir un solo método.

Precisamente es la doctrina anterior aquella que fue recibida por Kelsen directamente del propio Cohen en su breve paso por la Universidad de Marburgo, a raíz de lo cual, su obra adquirió un nuevo impulso en cuanto a la rigurosidad metodológica que le caracterizaba, y le significó tomar conciencia de ciertas directrices que llevaba a cabo en forma más bien inconsciente⁽⁹⁷⁾. A este respecto, en su momento expresó: “A encontrar el punto de vista epistemológico decisivo, sin el cual no habríamos podido llegar a enfocar ~~correctamente~~ los conceptos de Estado y Derecho, nos ayudó la interpretación que Cohen da a la doctrina de Kant, principalmente en su *Ethik des reinen Willens*. Una crítica de mi obra, publicada en 1912 en los *Kant-Studien* y en que se reconocía esta obra nuestra [Problemas Capitales] como un plausible esfuerzo por aplicar a la ciencia del derecho el método trascendental, llamó nuestra atención hacia el marcado paralelismo existente entre nuestro concepto de la voluntad jurídica y los planteamientos de Cohen, que hasta entonces no había tenido yo ocasión de conocer”⁽⁹⁸⁾. Kelsen desde sus prime-

95. Ibídem.

96. Ídem, pp. 20 y 21.

97. MÉTALL, ob. cit., p. 15.

98. KELSEN, “Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado”, ob. cit., p. L. Enfatizado en el original.

ros escritos tuvo el propósito de separar el Derecho positivo de la Sociología y el Derecho natural⁽⁹⁹⁾, tarea que se refleja claramente en los "Problemas Capitales". Sin embargo, es la postura de Cohen aquella que otorga mayor fortaleza a la teoría kelseniana, asumiéndola expresamente y por virtud de la cual incluso cambia su nomenclatura, agregando Kelsen el adjetivo "pura" (Reine) para intitular su doctrina, que en adelante será una "Doctrina pura del Derecho" (Reine Rechtlehre)⁽¹⁰⁰⁾. Kelsen aplica decididamente los principios de la Escuela de Marburgo a la Ciencia jurídica, es decir, utiliza la doctrina del método trascendental para conocer y determinar el Derecho, cuestión que supone elucidar su concepción al respecto. A continuación se revisará en qué consiste el método de la Teoría pura del Derecho y su objeto.

La pureza metodológica posee en la teoría de Kelsen un doble sentido. El primero de estos importa dirigir el conocimiento únicamente hacia el Derecho; mientras que el segundo, significa la eliminación de todo lo que no pertenezca al conocimiento del Derecho, es decir, el propósito es librar la Ciencia jurídica de cualquier elemento que le sea extraño⁽¹⁰¹⁾. En la afirmación de este planteamiento, el autor austrohúngaro pensaba en desligar la Ciencia del Derecho de otras disciplinas, específicamente la Política, las ciencias naturales y la Sociología: "Al separarse con toda claridad la Teoría del Estado, de la Política —como Ética y Técnica social⁽¹⁰²⁾— de una parte, y de la ciencia natural y

99. Ídem, p. XXXIX.

100. En rigor, Kelsen no fue el primero en aplicar los principios del neokantismo a la Ciencia jurídica, pues ya antes Stammler había propuesto un modelo de doctrina pura del Derecho, aunque en un sentido harto distinto al kelseniano. Al respecto, véase LEHMANN, ob. cit., p. 70; FASSÒ, Guido, "Historia de la Filosofía del Derecho", T. III, trad. LORCA NAVARRETE, José F., Ediciones Pirámide, Madrid, España, 3ª ed., 1983, p. 187. Una interesante exposición acerca del pensamiento de Stammler puede hallarse en VILLORO TORANZO, Miguel, "Lecciones de Filosofía del Derecho. El proceso de la razón y el Derecho", Editorial Porrúa, México D.F., México, 1973, pp. 356 y ss.

101. KELSEN, TPD (1934), p. 25; TPD (1953), p. 19; TPD (1960), p. 15.

102. Para Kelsen, la Política posee un doble significado. De un lado, un sentido ético conforme al cual se estatuyen como deber ser ciertos contenidos; y de otro,

la sociología naturalista, de otra, realizase el postulado de la pureza del método"⁽¹⁰³⁾. Ciertamente han existido enredos entre el estudio del Derecho y otras materias, es decir, el principio metódico de la pureza ha sido vulnerado, lo que Kelsen exponía diciendo que "con una falta total de sentido crítico la Ciencia del Derecho se ha ocupado de la Psicología y la Biología, de la Moral y la Teología. Puede decirse que hoy por hoy no hay dominio científico en el cual el jurista no se considere autorizado a penetrar. Más aún, estima que su prestigio científico se jerarquiza al tomar en préstamo conocimientos de otras disciplinas. El resultado no puede ser otro que la ruina de la verdadera ciencia jurídica"⁽¹⁰⁴⁾. Este es el atolladero del que el jurista austrohúngaro pretende sacar a la Ciencia jurídica de los siglos XIX y XX.

La aplicación del método trascendental kantiano al estudio del Derecho que la doctrina pura propone da lugar a una pureza metódica absoluta, conforme a la cual sólo sería posible conocer el Derecho a través de la Ciencia jurídica, que es del todo autosuficiente para conocer y determinar su objeto⁽¹⁰⁵⁾. Es decir, el único método posible por el cual puede ser conocido el Derecho es aquel entregado por la Ciencia jurídica y no otro. Con ello, la ley de la creación objetiva que los marburgianos defienden se manifiesta de forma estricta en la doctrina kelseniana. A pesar de esto, no puede negarse que parte de la pureza metodológica expresada en la obra de Kelsen se funda también en la distinción entre ser y deber ser que más arriba se explicó, de modo que si bien el pensa-

un sentido técnico dedicado a obtener los mejores medios para cumplir con los fines establecidos previamente en el deber ser ético. Véase KELSEN, "Teoría General del Estado", ob. cit., pp. 35 y 36.

103. Ídem, p. 58.

104. KELSEN, TPD (1953), p. 19.

105. Una distinción similar es realizada por Errázuriz entre pureza metódica formal (no utilización métodos no jurídicos por la Ciencia jurídica) y total (que en el texto presente se ha denominado absoluta). Esta cuestión resulta ociosa, pues Kelsen, siguiendo el kantismo marburgiano, sólo acogería la segunda acepción que lógicamente contiene la primera. Véase ERRÁZURIZ MACKENNA, ob. cit., p. 55.

miento de Cohen y sus discípulos en Marburgo confirieron el método trascendental a la Teoría pura, la Escuela de Baden ya había influido en Kelsen lo suficiente para que éste afirmara la separación de la Ciencia del Derecho de cualquier ciencia causal (natural), abriendo paso a la pureza metodológica. Esto explica la facilidad con la que Kelsen absorbió los postulados de Cohen, que sólo vinieron a completar un camino ya trazado. El sabio austríaco, entonces, realizó una guisa de síntesis entre las dos corrientes neokantianas para aplicarla a su doctrina.

Hasta aquí se ha descrito el método para conocer el objeto de la Ciencia jurídica. En lo que sigue, se hace necesario analizar esto último, es decir, corresponde esclarecer qué es lo estudiado a través de la pureza metodológica de la doctrina jurídica de Hans Kelsen. Como ya se dijo, sólo existe un método para conocer el objeto, esto significa, a su vez, que *sólo existe un objeto* que tal método determina. La Teoría pura, entonces, “quiere conocer única y exclusivamente su objeto” (106), que se encuentra constituido por el *Derecho positivo* (107). El propósito es abocarse a la *descripción* de este: “Como teoría, pretende responder a la pregunta sobre qué es y cómo es el Derecho, pero no a la cuestión de cómo debe elaborárselo” (108), pues, esto último es tarea de la Política —en el doble sentido identificado más arriba—, o de la Filosofía del Derecho que para Kelsen era la doctrina del mejor Derecho, del *Derecho verdadero y justo* (109). Esto se vincula con el concepto de ciencias *normativas* sostenido por Kelsen, según el cual aquellas no establecen conductas para los sujetos en Sociedad, sino que se encargan de registrar e informar acerca de las normas estatuidas por los sujetos sociales. De esta forma, la preocupación de la teoría kelseniana se dirige hacia el Derecho dotado de una existencia específica, es decir, aquel que ha sido instituido de conformidad con lo establecido en un método definido de acuerdo con una norma determinada, con independencia de la Moral y de

106. KELSEN, *TPD (1934)*, p. 25; *TPD (1953)*, p. 19; *TPD (1960)*, p. 15.

107. *Ibidem*.

108. KELSEN, *TPD (1934)*, p. 25.

109. KELSEN, “*Teoría General del Estado*”, ob. cit., p. 58.

otros sistemas normativos y que se presenta bajo la forma de un deber ser. En esto consiste la *positividad* del Derecho (110) que la Ciencia jurídica determina como su objeto de estudio. Éste, además, posee una característica de generalidad, pues, no se pretende conocer un orden jurídico particular, sino que el Derecho positivo *en general*. A este respecto, afirma Kelsen: “De la comparación de todos los fenómenos que llamamos Derecho [la Teoría pura del Derecho] busca descubrir la naturaleza del Derecho mismo, determinar su estructura y sus formas típicas, independientemente del contenido variable que presenta en las diferentes épocas y en los distintos pueblos” (111). Por este motivo, la doctrina kelseniana se autocalifica como “teoría *general* del derecho positivo” (112).

El último de los elementos kantianos transmitido por la Escuela de Marburgo a la Teoría pura del Derecho es la distinción entre forma y materia, cuestión que viene a ser una especificación de la disociación entre método y objeto. Explica Kelsen que de conformidad con la teoría epistemológica kantiana, existe un caos de percepciones sensibles, correspondiente a la *materia*, que mediante el trabajo del conocimiento científico, esto es, la *forma*, se transforma en un sistema dotado de unidad, en un cosmos (113). En forma analógica, la doctrina pura adhiere a esta teoría que profundiza —como se dijo— el método trascendental, identificando la materia con la masa de normas jurídicas generales e individuales estatuidas por los órganos jurídicos, que sólo devienen un sistema unitario y exento de contradicciones, es decir, un orden jurídico, a través del trabajo de conocimiento realizado por la Ciencia del Derecho (114), equivalente a la forma o al método. La Teoría pura del Dere-

110. KELSEN, *TPD (1934)*, p. 96.

111. KELSEN, “*La Teoría Pura del Derecho y la Jurisprudencia Analítica*”, ob. cit., p. 209.

112. KELSEN, “*Teoría General del Derecho y del Estado*”, ob. cit., p. V. No enfatizado en el original.

113. *TPD (1960)*, p. 85.

114. *Ibidem*. Para Kelsen, “Kant, interpreta que el proceso de conocimiento crea su objeto. Este punto de vista implica que el sujeto que conoce es —epis-

cho es, entonces, como lo sugiere Walter —haciendo hablar a Popper—, una teoría del método ⁽¹¹⁵⁾.

2. Escuela Alemana de Derecho Público; tendencia antiideológica; neutralidad axiológica

La segunda de las influencias estructurantes que se ha propuesto revisar proviene desde el ámbito netamente jurídico. Corresponde ésta a la denominada Escuela Alemana de Derecho Público, que puede describirse como aquella doctrina de Derecho político fundada por Gerber y Laband, compuesta, además, por Binding, Jellinek y Otto Mayer, cuyo desarrollo se llevó a cabo durante la época imperial de Alemania, esto es, desde la segunda mitad del siglo XIX, hasta la década de 1920 ⁽¹¹⁶⁾. Esta teoría de pensamiento jurídico se caracterizó por sostener la ausencia de lagunas en el Derecho, producto de la cual el ordenamiento jurídico estaría dotado de un carácter autónomo, o bien autosuficiente, que permite fundar dos postulados metodológicos, a saber: en primer lugar,

temológicamente— el creador de su propio mundo, un mundo construido por el conocimiento y delimitado por él [...] Lo cual no significa que el proceso de conocimiento tenga un carácter arbitrario. El sujeto de conocimiento no crea el objeto por el proceso de conocimiento a través del cual Dios creó al mundo. Existe una correlación entre el sujeto y el objeto de conocimiento. El sujeto no es completamente libre en el proceso de conocimiento. Existen unas leyes que gobiernan este proceso en las cuales el caos de las percepciones sensoriales se transforma en un cosmos con un significado propio. Al ajustarse a estas leyes, el conocimiento racional de la realidad —a diferencia de la valoración basada en emociones subjetivas— reviste un carácter objetivo. Dado que las leyes del conocimiento tienen su origen en la mente humana, puede considerarse que el sujeto de conocimiento es un legislador autónomo”. De esta forma, Kelsen deja en claro su concepción *objetiva* acerca del método trascendental kantiano-marburgiano, así como el papel de la materia y forma en aquél. Véase KELSEN, Hans, “*Absolutismo y relativismo en Filosofía y en Política*”, en “*¿Qué es Justicia?*”, ob. cit., p. 115.

115. WALTER, Robert, “*El estado actual de la Teoría Pura del Derecho*”, en A.A.VV., “*Estudios sobre Hans Kelsen*”, Edeval, Valparaíso, Chile, 1996, p. 414.

116. ESTÉVEZ ARAUJO, José A., “*La crisis del Estado de Derecho liberal. Schmitt en Weimar*”, Editorial Ariel, Barcelona, España, 1989, p. 73.

que existe una radical separación entre el Derecho, la Política y la Sociología; y en segundo término, que la tarea del jurista sólo posee un carácter lógico o neutro ⁽¹¹⁷⁾. Esto último significa que la actividad científica de la dogmática consiste en “la *construcción* de las instituciones jurídicas, en la *remisión* de los enunciados jurídicos particulares a conceptos más generales y, además, en la *derivación* de las consecuencias que resultan de estos conceptos” ⁽¹¹⁸⁾, para lo cual no hay otro medio que la lógica, de manera que cualquier otra consideración histórica, política o filosófica resulta irrelevante. En esto consiste el “manejo lógico del derecho” ⁽¹¹⁹⁾. De lo anterior, se sigue que la Ciencia jurídica debe estar libre de cuestiones fácticas y valóricas, en consecuencia, sus resultados deben obtenerse con independencia de las convicciones morales o políticas de los juristas ⁽¹²⁰⁾.

El iuspublicismo alemán entró en crisis en la segunda década del siglo XX, lo que dio lugar a una “corriente crítica” ⁽¹²¹⁾ contra esta doctrina hegemónica. Los críticos que más destacan son Schmitt, Triepel, Smend, Heller y Kaufmann ⁽¹²²⁾, entre otros ⁽¹²³⁾. Estos profesores no sólo tenían como objeto de su ataque la doctrina iuspublicista tradicional, sino que sus reproches se dirigían también hacia la corriente que se

117. Ídem, p. 74.

118. Paul Laband, citado en ALEXY, Robert, “*Teoría de los derechos fundamentales*”, trad. GARZÓN VALDÉS, Ernesto, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1993, p. 43. No enfatizado en el original. Como puede apreciarse, tres serían las funciones de la dogmática para Laband: construcción, remisión y derivación.

119. Ibídem.

120. ESTÉVEZ ARAUJO, ob. cit., p. 74.

121. Ídem, p. 73.

122. Según Kaufmann, el iuspublicismo de orientación neokantiana era “responsable del insólitamente bajo nivel cultural de una gran [...] parte de nuestra ciencia del Derecho”. Citado en ALEXY, ob. cit., p. 44.

123. ESTÉVEZ ARAUJO, ob. cit., p. 93.

veía como la continuadora de aquella, a saber, el purismo jurídico kelseniano ⁽¹²⁴⁾. Kelsen reconoce expresamente sentirse sucesor de la escuela predominante en un pasaje de su “*Teoría General del Estado*” que reiteradas veces ha sido citado: “Ahora [...] 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” ⁽¹²⁵⁾. Debe recordarse que Kelsen fue alumno de este último en el seminario que dictaba en Heidelberg y si bien la experiencia no le fue totalmente satisfactoria, sólo tuvo palabras de reconocimiento para su “inolvidable maestro” ⁽¹²⁶⁾. Asimismo, en la primera edición en alemán de la *Teoría pura* recordaría que su doctrina puede ser comprendida como “la continuación de tesis que ya se anunciaban en la ciencia jurídica positivista del siglo XIX” ⁽¹²⁷⁾.

No cabe duda que Kelsen asumió como propios los supuestos defendidos por la Escuela Alemana de Derecho Público y que fue influenciado por sus autores, cuestión que puede verificarse al revisar las citas de sus “*Problemas Capitales*” y las notas y apéndice contenidos en su “*Teoría General del Estado*”, donde se hallan transcripciones detalladas y comentarios a las posiciones de aquellos y de sus críticos. El jurista austrohúngaro se esmeró por exponer las consecuencias a las que conducía la doctrina dominante, para luego refutarlas, por lo que puede afirmarse que la *Teoría pura* no fue una mera receptora ni devota del iuspublicismo, sino que, al contrario, se encargó de destacar la falta de coherencia entre las convicciones que éste sostenía y los resultados a los que arribaba: “No se han extraído las últimas consecuencias del principio positivista oficialmente reconocido; a decir verdad, la Ciencia jurídica no está orientada en sentido positivista de modo integral, aunque sí preponderante” ⁽¹²⁸⁾. El esfuerzo de Kelsen, entonces, se dirigió a llevar

124. Ídem, p. 97.

125. KELSEN, “*Teoría General del Estado*”, ob. cit., p. VI.

126. Ídem, p. IX. Cfr. supra I.1.

127. KELSEN, prólogo de *TPD (1934)*, en *TPD (1960)*, p. 7.

128. Ídem, p. 46.

al extremo los principios de la Escuela Alemana de Derecho Público, cuestión que reconocía al destacar que “La teoría pura del derecho, al extraer las últimas consecuencias de la filosofía y la ciencia jurídica del siglo XIX, originariamente positivistas y antiideológicas, se opone de la manera más clara a los teóricos que reniegan de la filosofía trascendental de Kant y el positivismo jurídico” ⁽¹²⁹⁾.

De lo dicho en los párrafos precedentes, es posible apreciar que en la Escuela Alemana de Derecho Público se reiteran las premisas sostenidas por los kantianos de Marburgo, lo cual quiere decir que la doctrina iuspublicista se entronca también con la Filosofía neokantiana de forma “más o menos consciente” ⁽¹³⁰⁾. Como podrá advertirse, los postulados metodológicos más arriba señalados no son otra cosa que la pureza metodológica expresada desde una perspectiva correlativa. Así, el primero hace referencia específica a las disciplinas que quedan fuera del conocimiento de la teoría jurídica, mientras que el segundo, se encarga del sujeto que utiliza el método para conocer el Derecho. Esta particularización del método se manifiesta en dos supuestos estructurales de la *Teoría pura del Derecho*, a saber, en primer lugar, en su *tendencia antiideológica* y, en segunda instancia, en la denominada *neutralidad axiológica*. Ambas características se vinculan con la pretensión de científicidad de la doctrina pura, argumento que Kelsen esgrime para desterrar la ideología y los valores de su teoría. Por ello, será necesario redundar en el concepto de ciencia kelseniano.

Como se dijo en la sección anterior, para Kelsen la Ciencia del Derecho sólo describe las normas jurídicas, motivo por el cual debe hallarse libre de juicios políticos y morales ⁽¹³¹⁾, pues, la objetividad y precisión constituyen el ideal de cualquier disciplina que pretenda ser Ciencia ⁽¹³²⁾. Desde esta concepción, acusa a la teoría jurídica de encontrarse

129. KELSEN, *TPD (1953)*, p. 56.

130. KELSEN, “*Teoría General del Estado*”, ob. cit., p. VIII.

131. KELSEN, “*Teoría General del Derecho y del Estado*”, ob. cit., p. 5.

132. KELSEN, prefacio de *TPD (1934)*, en *TPD (1953)*, p. 13.

dominada por la ideología⁽¹³³⁾, que se caracteriza por encubrir la realidad, ya sea transfigurándola o bien desfigurándola⁽¹³⁴⁾ producto de intenciones deliberadas, es decir, provenientes del querer y no del conocimiento⁽¹³⁵⁾. Contra estas teorías declara la doctrina jurídica kelseniana oponerse⁽¹³⁶⁾, por lo tanto, “Rehúsa [...] favorecer cualquier interés político suministrándole ideologías que le permitan justificar o criticar tal o cual orden social”⁽¹³⁷⁾. De modo, entonces, que la Teoría pura posee una tendencia antiideológica, cuestión que para Kelsen importa elevarla al nivel de una *verdadera Ciencia jurídica*⁽¹³⁸⁾, ya que conoce su objeto sin que medien interferencias entre este y su método, como las ideológicas, que alteran la realidad que las ciencias conocen. Esta condena a la ideología tiene como consecuencia excluir del conocimiento del Derecho una serie de categorías que se tenían irreflexivamente aceptadas por la doctrina tradicional, verbigracia, los dualismos entre Derecho natural y positivo; Derecho público y Derecho privado; Derecho subjetivo y objetivo; Estado y Derecho; entre otras⁽¹³⁹⁾.

En estrecha vinculación con la reprobación de la ideología que la doctrina de Kelsen profesa, se halla la neutralidad axiológica, por cuya virtud la Teoría pura no puede prescribir “cómo el derecho deba ser o deba ser hecho”⁽¹⁴⁰⁾. La Ciencia jurídica debe excluir de su conocimiento cuestiones morales, esto es, no tiene que aprobar o desaprobar su objeto de estudio conformado por el Derecho positivo, sino que sencillamente

133. KELSEN, *TPD* (1934), p. 42; *TPD* (1953), p. 50.

134. KELSEN, *TPD* (1960), p. 121.

135. KELSEN, *TPD* (1934), p. 43; *TPD* (1953), p. 50; *TPD* (1960), p. 122.

136. *Ibidem*; *Ibidem*.

137. KELSEN, *TPD* (1953), p. 50.

138. KELSEN, *TPD* (1934), p. 43; *TPD* (1953), p. 50; *TPD* (1960), p. 121 y 122.

139. Véase KELSEN, *TPD* (1934), pp. 68 y ss.; *TPD* (1953), pp. 87 y ss.

140. KELSEN, *TPD* (1960), p. 15; *TPD* (1934), p. 25; *TPD* (1953), p. 19.

conocerlo y describirlo. En palabras de Kelsen, “la función de la ciencia jurídica de ninguna manera radica en valoraciones y evaluaciones, sino en una descripción *axiológicamente neutral* de su objeto”⁽¹⁴¹⁾, pues la objetividad es un elemento esencial de cualquier ciencia y, como se verá en la sección siguiente, los juicios de valor sólo poseen un carácter subjetivo. Esto modela la actividad del científico del Derecho, quien debe prescindir de sus propias convicciones valóricas para no interferir en su estudio que ha de ser objetivo, pues, “no corresponde a la ciencia jurídica legitimar al derecho; no tiene por qué justificar en forma alguna [...] el orden normativo que sólo debe conocer y describir”⁽¹⁴²⁾. Cualquier intento de valoración del objeto importa salir de los límites del método y entrar a la Ética o a la Política, que en ningún caso será conocimiento objetivo⁽¹⁴³⁾.

3. Positivismo; relativismo moral; clases de juicios; idea de Justicia

La tercera fuente que se expondrá en este análisis es el denominado Positivismo. Esta última influencia de aquéllas que determinan los supuestos estructurales en la doctrina kelseniana proviene desde el ámbito de la Filosofía general y no de una específica corriente jurídica, como la recién expuesta escuela iuspublicista alemana. Ha de tenerse presente una importante aclaración, a saber, que la Filosofía positivista, o como se dijo, el Positivismo, no debe confundirse con el Positivismo jurídico, a pesar que este último posee innegables vinculaciones con aquel. En este punto, cabe realizar una doble advertencia: en primer lugar, debe descartarse que el Positivismo jurídico sea una derivación histórica del Positivismo filosófico y, en segunda instancia, debe desecharse la idea según la cual el Positivismo jurídico sólo sería la aplicación del Positivismo filosófico al ámbito del Derecho⁽¹⁴⁴⁾.

141. KELSEN, *TPD* (1960), p. 81. No enfatizado en el original.

142. *Ídem*, p. 182.

143. KELSEN, *TPD* (1934), p. 170.

144. Esta precisión es entregada por Squella siguiendo a Hernández-Gil y a Bobbio en SQUELLA, Agustín, “*Filosofía del Derecho*”, Editorial Jurídica, Santiago, Chile, 2001, pp. 335 a 337.

El pensamiento positivista se sitúa históricamente entre la cuarta década del siglo XIX, y se extiende hasta el primer tercio del siglo XX, época en que buena parte de la cultura europea fue dominada por esta corriente ⁽¹⁴⁵⁾. Siguiendo a Kolakowski, el Positivismo corresponde a una postura filosófica cuya preocupación se dirige a la constitución de ciertas reglas y criterios sobre el conocimiento humano ⁽¹⁴⁶⁾, conforme a los cuales resulta posible distinguir entre una cuestión posible y “lo que, razonablemente, no puede presentarse como cuestión” ⁽¹⁴⁷⁾. Por tanto, el Positivismo es una actitud normativa que pretende trazar una demarcación entre qué cuestiones filosóficas o científicas merecen elucidarse y sobre cuáles no vale la pena detenerse.

El antedicho autor identifica cuatro reglas fundamentales que según el Positivismo conviene seguir y que permiten, al mismo tiempo, caracterizarlo. La primera de estas, se denomina *regla del fenomenalismo*, conforme a la cual sólo resulta posible registrar aquello que efectivamente se manifiesta a la experiencia. Esto importa dejar de lado cualquier teoría que postule la existencia de una realidad distinta e inasequible al hombre en contraposición con aquella que sí resulta posible percibir, de modo que no resultan confiables aquellas opiniones acerca de existencias ocultas de las cuales las existencias sensibles sólo serían sus manifestaciones ⁽¹⁴⁸⁾.

El segundo postulado positivista corresponde a la *regla del nominalismo*. Según esta, un saber abstracto sólo tiene como equivalentes en la realidad objetos concretos singulares, negando la posibilidad de sos-

145. REALE, Giovanni y ANTISERI, Dario, “Historia del pensamiento filosófico y científico”, t. III, trad. IGLESIAS, Juan Andrés, Editorial Herder, Barcelona, España, 1995, p. 271.

146. KOLAKOWSKI, Leszek, “La Filosofía positivista. Ciencia y Filosofía”, trad. RUIZ-RAMÓN, Genoveva, Ediciones Cátedra, Madrid, España, 1979, p. 14. Para simplificar la exposición se han modificado levemente las clasificaciones y la forma de argumentar de este autor.

147. Ídem, p. 15.

148. Ibídem.

tener que al conocimiento general que sobre las propiedades de una cosa se tiene, corresponda un ser diferente ⁽¹⁴⁹⁾. Esto significa que si se emiten enunciados acerca de las características atribuidas a un objeto cuya existencia no se halla en la naturaleza —como en el caso de una figura geométrica—, no sería posible afirmar que aquel existe en alguna otra parte de un modo al que únicamente la razón puede acceder ⁽¹⁵⁰⁾. Reiterando la primera regla, sólo es posible reconocer la existencia de una cosa si se manifiesta en la experiencia, sin embargo, el Positivismo admite el empleo, por parte del conocimiento, de algunos conceptos ideales que nunca pueden verificarse de hecho, cuyo propósito es describir en forma general la realidad empírica. Este saber abstracto, entonces, sólo es una forma de ordenar y clasificar los datos empíricos y no puede suponerse que exista la posibilidad de que tales conceptos sean reales en algún lugar desconocido ⁽¹⁵¹⁾.

El tercer requerimiento que proponen los positivistas es la *regla que niega todo valor cognoscitivo a los enunciados normativos*, pues todas las evaluaciones acerca de acontecimientos o conductas no informan nada acerca de la experiencia. Asimismo, no es posible aceptar que de la experiencia se obtengan prescripciones de conducta, es decir, que de un ser se desprenda un deber ser. Los enunciados normativos tendrían únicamente un carácter técnico, esto es, indican los procedimientos más adecuados para arribar al resultado deseado ⁽¹⁵²⁾, siendo, entonces, un medio para un fin determinado. La afirmación de valores morales sería una decisión puramente arbitraria, pues, éstos resultan inasequibles en tanto no pueden ser empíricamente verificados (regla del fenomenalismo), siendo, además, imposible su existencia fuera del mundo sensible de forma autónoma y correlativa con los valores efectivamente afirmados por los sujetos (regla del nominalismo) ⁽¹⁵³⁾.

149. Ídem, p. 17.

150. Ídem, p. 18.

151. Ídem, p. 19.

152. Ídem, p. 20.

153. Ídem, p. 21.

El último de los postulados que Kolakowski identifica en el Positivismo es la *regla de la unidad del método de la ciencia*, que establece “la reducción de *todas las áreas del saber* a una sola y misma ciencia” (154), a saber, la Física. Esta disciplina había logrado explicar los fenómenos naturales más universales, que pueden definirse como aquellos que son necesarios para que los otros puedan producirse (155). De esta indagación en las causas de los acontecimientos del mundo, y de los prestigiosos modos de descripción que proporciona, proviene la aspiración positivista de transformar a la Física en *el método unitario* para todo saber.

Las cuatro reglas enunciadas han dado lugar a una concepción positivista de la ciencia, por cuya virtud sólo pueden calificarse de científicos los hechos que se manifiestan de acuerdo a la regla del fenomenalismo. Tal cuestión significa que los hechos, para entrar al sistema de la ciencia, han de ser registrados en forma empírica y en tanto la ciencia resulta el único modo posible de conocimiento, cualquier acontecimiento no susceptible de ser verificado empíricamente resulta imposible de ser conocido (156). Ésta es la noción científica que informa el relativismo axiológico que Hans Kelsen sostiene y que, consecuentemente, determina su teoría de la Justicia (157). En virtud de esta posición adoptada por el sabio austrohúngaro, se abre el camino para el relativismo o subjetivismo moral, pues, si se comprende que las opiniones de los individuos respecto de los valores difieren, existiendo conflictos sobre estos, ninguna solución puede conocerse racionalmente —es decir, empíricamente— y, en consecuencia, no puede calificarse como *absolutamente justa* (158). De modo que cualquiera respuesta al problema de los valores

154. *Ibíd.* No enfatizado en el original.

155. *Ibíd.*

156. BOBBIO, Norberto, “*Ciencia del Derecho y análisis del lenguaje*”, en “*Contribución a la Teoría del Derecho*”, trad. RUIZ MIGUEL, Alfonso, Editorial Debate, Madrid, España, 1990, p. 176.

157. Esta tesis se propone en CALSAMIGLIA, Albert, Estudio preliminar, en KELSEN, “*¿Qué es Justicia?*”, ob. cit., p. 24.

158. KELSEN, *TPD* (1953), pp. 48 y 49.

dará como resultado “un juicio de valor determinado por factores emocionales y, por tanto, *subjetivo* de por sí, válido únicamente para el sujeto que juzga y, en consecuencia, *relativo*” (159). Advierte Kelsen que los juicios de valor relativos suelen presentarse como juicios absolutos, esto es, con una pretensión de validez general (160) y se encarga de trazar una clara distinción entre ambos. Un juicio relativo es aquel que declara que un medio es idóneo para obtener un fin propuesto previamente y en tanto la relación de medio a fin es causal, puede entonces verificarse en forma empírica, de forma que, en rigor, es un juicio acerca de la realidad. En cambio, un juicio se califica de absoluto pues declara que algo es un fin último, y que, consecuentemente, no puede servir de medio para otro fin ulterior (161). Un juicio de este tipo no es cognoscible en forma científica, es decir, no puede contrastarse con la experiencia, motivo por el cual es irracional.

La clasificación de los juicios tiene en la obra de Kelsen un específico modo de expresión destinado a aplicarse al orden jurídico y proveniente desde la teoría del derecho. Se trata de la diferencia entre juicios de valor jurídicos, por un lado, y juicios de justicia, por otro (162). Los

159. KELSEN, “*¿Qué es Justicia?*”, ob. cit., p. 39. No enfatizado en el original.

160. KELSEN, “*Teoría General del Derecho y del Estado*”, ob. cit., p. 7; “*¿Qué es Justicia?*”, ob. cit., p. 43.

161.— *Ídem*, p. 8; “*La metamorfosis de la idea Justicia*”, en A.A.VV., “*El actual pensamiento jurídico norteamericano*”, trad. VERNENGO, Roberto J., Editorial Losada, Buenos Aires, Argentina, 1951, p. 255. Otro austrohúngaro contemporáneo de Kelsen, Ludwig Wittgenstein, realizó también una distinción entre juicios absolutos y relativos. Es absoluto un juicio que expresa una necesidad lógica que todo el mundo debería tomar o avergonzarse de no hacerlo. En cambio, un juicio de valor relativo es un mero enunciado acerca de hechos, pues se refiere a un estándar predeterminado, a un fin ulterior, por ejemplo —dice Wittgenstein—, “si digo que ésta es la carretera *correcta*, me refiero a que es la carretera correcta en relación a cierta meta”. La semejanza entre la categoría de juicios relativos propuesta por este autor y Kelsen es evidente, a pesar que debe descartarse la idea de alguna influencia directa de Wittgenstein sobre la doctrina kelseniana. Véase WITTGENSTEIN, Ludwig, “*Conferencia sobre ética*”, trad. BIRULÉS, Fina, Editorial Paidós, Barcelona, España, 2ª ed., 1990, pp. 35 a 37.

162. KELSEN, Hans, “*Los juicios de valor en la ciencia del derecho*”, trad. GARCÍA MÁYNEZ, Guillermo, en “*La idea del Derecho Natural y otros ensayos*”, ob. cit.,

primeros —los jurídicos—, afirman un *valor de derecho*, esto es, “atribuyen [...] la calidad de jurídica o antijurídica”⁽¹⁶³⁾ a la conducta de los sujetos jurídicos a los que hacen referencia⁽¹⁶⁴⁾: los súbditos del ordenamiento, así como los órganos de creación y aplicación del Derecho⁽¹⁶⁵⁾. Tales juicios son susceptibles de comprobación, a través del confronto del Derecho con la conducta del sujeto, para verificar si ésta se conforma o no con lo establecido por aquel, razón por la cual puede afirmarse a su respecto la verdad o falsedad⁽¹⁶⁶⁾. Así, el comportamiento de un individuo será lícito o ilícito según si se adecue o no a una norma jurídica⁽¹⁶⁷⁾, lo cual importa que un juicio de valor jurídico presupone la existencia de esa norma⁽¹⁶⁸⁾. Los valores de derecho son *objetivos*, es decir, poseen valor para cualquiera, en tanto el estándar al que se apela —la norma—, puede ser objetivamente verificable en su existencia y contenido⁽¹⁶⁹⁾. Esto, pues, el ordenamiento jurídico positivo puede ser descrito sin ambigüedades desde la neutralidad axiológica más arriba mencionada, es decir, con prescindencia de las convicciones morales del teórico del Derecho. Como consecuencia de tal verificabilidad o bien

p. 240 y ss.; También hay traducción de Albert Calsamiglia en KELSEN, “¿Qué es Justicia?”, ob. cit., pp. 126 y ss. En lo que sigue, se utilizará preferentemente esta última, a pesar que se acudirá en algunas ocasiones a la traducción de García Máynez donde la de Calsamiglia no ha sido precisa. La misma distinción puede hallarse en KELSEN, *TPD* (1934), pp. 38 y 39; “Teoría General del Derecho y del Estado”, ob. cit., pp. 16, 17, 55 y ss.; *TPD* (1953), pp. 46 y ss.

163. KELSEN, “Los juicios de valor en la ciencia del derecho”, en “*La idea del Derecho Natural y otros ensayos*”, ob. cit., p. 242.
164. Ídem, en “¿Qué es Justicia?”, ob. cit., p. 126.
165. Ídem, en “*La idea del Derecho Natural y otros ensayos*”, ob. cit., p. 255.
166. Ídem, en “¿Qué es Justicia?”, ob. cit., p. 127.
167. Ídem, en “*La idea del Derecho Natural y otros ensayos*”, ob. cit., p. 242.
168. Ídem, en “¿Qué es Justicia?”, ob. cit., p. 128.
169. Ídem, p. 151.

descriptibilidad, los juicios de valor jurídicos pueden ser admitidos en la Ciencia del Derecho⁽¹⁷⁰⁾. Para afinar esta descripción, adiciona Kelsen la diferenciación entre el acto creador de derecho y el producto que de este surge⁽¹⁷¹⁾ (sentencia, ley o la Constitución), cuestión que permite comprender que el objeto del juicio de valor jurídico es el acto y no la norma producida, pues, compara la conducta del súbdito o del órgano creador con la norma que ha de fundarla, y no se ocupa, en cambio, de la conformidad de la norma producida con su norma fundante, es decir, no inquiera acerca de su *regularidad*⁽¹⁷²⁾. Por último, cabe agregar que

170. Ídem, p. 150.

171. Ídem, pp. 131, 136, 141 y 142.

172. Para Kelsen, regularidad consiste en la correspondencia de una grada inferior con otra superior del orden jurídico, es decir, que la norma fundada se haya producido de conformidad con lo establecido por su norma fundante, que sea “conforme a Derecho”. El examen de regularidad puede plantearse respecto de cualquier grada del orden jurídico, y en la obra kelseniana tiene especial importancia en el ámbito constitucional, pues, una de las grandes preocupaciones del sabio austrohúngaro se dirigió a garantizar que las leyes se produjeran de acuerdo con lo prescrito por la Constitución. A esto se refiere Kelsen con “Garantías de la Constitución”, que consisten en “garantías de regularidad de las reglas inmediatamente subordinadas a la Constitución, [...] esencialmente [...] las leyes”. Entre estas garantías, sostiene Kelsen que la principal y más eficaz se halla constituida por la anulación del acto inconstitucional. Su importancia es tal, que representa una condición de la obligatoriedad de la Constitución: “Una Constitución que carezca de la garantía de anulabilidad de los actos inconstitucionales no es una Constitución plenamente obligatoria”. Significa esto que una Constitución en la que las normas que la contradicen son válidas y no anulables, equivale a “unos buenos deseos desprovistos de fuerza obligatoria”. Además, la garantía de constitucionalidad en la producción de leyes importa un eficaz medio de protección de la minoría contra las invasiones de la mayoría, pues, en algunas cuestiones fundamentales la mayoría no puede modificar la Constitución más que con la anuencia de la minoría, de modo que sólo una ley inconstitucional “podría invadir la esfera de los intereses constitucionalmente garantizados de la minoría”. Como se sabe, Kelsen defiende un específico tipo de garantía de regularidad constitucional, a saber, aquel de un órgano constituido en tribunal. La propuesta kelseniana es técnica y responde a la cuestión acerca de “cuáles son los mejores medios para [hacer] efectiva [la garantía de la Constitución]”, lo que equivale a la reformulación ¿Quién debe ser el guardián o defensor de la Constitución? Junto a lo anterior, debe remarcarse que Kelsen habla desde su experiencia como juez constitucional, asunto que expresamente reconoce, y teniendo

los juicios de valor jurídicos pueden operar en los distintos niveles del ordenamiento jurídico, pues, la norma con la que se confronta la conducta humana puede hallarse en cualquier grado de este. En tal senti-

siempre presente —aunque tácitamente— la Constitución Austríaca de 1920 que él redactó. A este respecto, escribía en 1925: “en las constituciones democrático-republicanas [—la Constitución austríaca lo era—], o bien existe de modo ilimitado el derecho judicial de examinar la constitucionalidad de la ley, o bien se atribuye a un tribunal especial o «jurisdicción constitucional» la misión de suspender las leyes anticonstitucionales. En el último caso, éstas no son nulas de antemano, pero pueden ser anulables”. Esta función de anulación de los actos inconstitucionales se confiere a un órgano distinto e independiente del Parlamento y de cualquier otra autoridad del Estado, descartándose así la posibilidad de atribuir al mismo órgano creador de la norma inconstitucional la facultad de anularlos (control político). A pesar de la organización en tribunal del órgano de control constitucional, éste no ejerce verdaderamente una función jurisdiccional, sino que, por el contrario, pertenece al poder legislativo, siendo posible que la facultad del tribunal para anular leyes se interprete “como un reparto del poder legislativo”. La jurisdicción constitucional ejerce una actividad de *legislador negativo*, aplicando en forma directa la Constitución, que determina de manera *absoluta* su proceder, a diferencia del legislador —en sentido positivo podría decirse— cuya vinculación a la Constitución posee cierta generalidad, por lo que cuenta con mayor libertad de creación normativa. El jurista austrohúngaro entrega, además, algunas observaciones acerca de la *organización* de la jurisdicción constitucional: a) El número de sus miembros no debe ser alto. Estos integrantes podrían ser elegidos a través de un método combinado en el que participen el gobierno y el parlamento, donde éste último elija los jueces que aquél ha propuesto sobre la base de varios candidatos, o viceversa; b) Deben integrar el tribunal juristas de profesión, pues el órgano se halla interesado en reforzar su autoridad, lo que se logra “llamando a su seno a especialistas eminentes”; y c) Han de excluirse de la integración del tribunal a los miembros del parlamento y del gobierno, pues son los actos de estos órganos lo que se pretende controlar. Respecto del *criterio* que la jurisdicción constitucional debe seguir al realizar el control de constitucionalidad, estima Kelsen que debe “verificarse [...] su conformidad con las normas de grado superior” desde el punto de vista del procedimiento o bien del contenido si las normas fundantes así lo establecen. Se excluye del criterio del Tribunal Constitucional cualquier norma metajurídica, como principios que deban ser aplicados por poseer una dimensión ética. Estos postulados —afirma Kelsen desde su característica pureza metodológica— no son jurídicamente obligatorios, sino que expresan los intereses de grupos determinados y no se hallan dotados de un contenido unívoco. Los principios son una expresión de la ideología política vertida en el ordenamiento jurídico, cuya falta de precisión en punto a su contenido significa “que tanto el legislador como los órganos de ejecución de la ley están autorizados para llenar discrecionalmente el espacio que les deja la Constitución y la ley”, lo que puede ser en extremo peligroso en el

do, los juicios que se explican pueden estructurarse de igual manera que el sistema de normas jurídicas⁽¹⁷³⁾, es decir, jerárquicamente.

Con relación a los juicios del segundo tipo —los de justicia—, sostiene Kelsen que éstos afirman *valores de justicia*, es decir, “afirman que algo es justo o injusto”⁽¹⁷⁴⁾ en referencia a la actividad de los órganos creadores de derecho o de su producto (la ley en el caso del legislador y la sentencia si se trata del juez)⁽¹⁷⁵⁾. Tales juicios pretenden afirmar un valor objetivo⁽¹⁷⁶⁾, bajo la forma de juicios morales o políticos⁽¹⁷⁷⁾; no obstante, los modelos de justicia son variables, de forma que resulta imposible entregar una única definición acerca de la Justicia⁽¹⁷⁸⁾. La determinación de este tipo de juicios —como más arriba se expuso—, depende del deseo del sujeto que los expresa⁽¹⁷⁹⁾, por lo tanto, los valores de Justicia son subjetivos⁽¹⁸⁰⁾ y no comprobables en forma objetiva, motivo por el cual no pueden ser incluidos en la Ciencia jurídica⁽¹⁸¹⁾.

ámbito de la justicia constitucional, en tanto pueden confundirse los principios de justicia con aquellos principios sobre el contenido de las leyes: “no es imposible que un tribunal constitucional [anule una ley] por el motivo de ser injusta”. Por estas razones, la Constitución debe abstenerse de toda esta “fraseología” (equidad, libertad, igualdad, justicia, moralidad) y formular los principios relativos al contenido de las leyes en forma precisa. Sobre este tema, véase KELSEN, “*La garantía jurisdiccional de la Constitución*”, ob. cit.; “*Teoría General del Estado*”, ob. cit.; “*¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*”, ob. cit.

173. KELSEN, “*Los juicios de valor en la ciencia del derecho*”, en “*¿Qué es Justicia?*”, ob. cit., p. 141.

174. Ídem, p. 127.

175. Ídem, p. 126.

176. Ídem, p. 149.

177. Ídem, p. 151.

178. Ídem, p. 149.

179. Ídem, p. 151.

180. Ídem, p. 150.

181. Ídem, pp. 150 y 151.

El argumento principal que Kelsen propone como resultado de las distinciones presentadas, se dirige a descartar el absolutismo en punto a cuestiones de Justicia, cuya consecuencia será la inclinación del jurista austrohúngaro en favor de una *Filosofía de la Justicia relativista*, forma de pensamiento que se encarga de caracterizar en su Teoría pura de 1960: "Una doctrina relativista de los valores no significa [...] que no haya valores y, en especial, que no exista justicia alguna, sino que no hay valores absolutos, sino sólo relativos; que no hay una justicia absoluta, sino relativa; que los valores que constituimos [...] no pueden darse con la pretensión de eliminar la posibilidad de valores contrapuestos" (182). El relativismo es una doctrina "según la cual la realidad sólo existe dentro de los límites del conocimiento humano" (183), es decir, si es susceptible de ser verificada de forma empírica. Hasta aquí, parece que el modelo axiológico relativista descrito se funda únicamente en el Positivismo, sin embargo —y como ya se ha advertido—, nuevamente aparece el modelo epistemológico kantiano, esta vez para erigirse como un segundo sostén del relativismo. Afirma Kelsen que la expresión más consistente del conocimiento relativista se halla representada por Kant, por tanto, éste considera que el proceso de conocimiento determina su objeto, lo cual significa que el sujeto cognoscente crea su propio mundo, de manera que la realidad, como objeto del conocimiento, es configurada por aquel. Esta explicación satisface la concepción relativista kelseniana, pues, el método trascendental kantiano está inserto en los límites del conocimiento humano, ya que se constituye por leyes originadas en la mente humana y permite ordenar el caos de las *percepciones sensoriales* (184). Esto permite negar el absoluto, pues no es posible acceder a él mediante la experiencia humana. De esta suerte, el relativismo deviene en la única opción aceptable racionalmente.

El relativismo moral supone la existencia de diversos sistemas de valores, situación que impone al individuo la responsabilidad de esco-

182. TPD (1960), p. 80.

183. KELSEN, *Absolutismo y relativismo en Filosofía y en Política*, ob. cit., p. 114. No enfatizado en el original.

184. Ídem, p. 115.

ger cuál de estos será bueno para sí (185). La Filosofía relativista, además, se halla regida por un específico principio moral, a saber el de la *tolerancia*, "que supone comprender las creencias religiosas o políticas de otras personas sin aceptarlas pero sin evitar que se expresen libremente" (186). Entre los sistemas de valores que pueden existir, Kelsen elige el propio y lo expresa conforme a sus desarrollos argumentativos: "Sólo puedo estar de acuerdo en que existe una Justicia relativa y puedo afirmar qué es la Justicia para mí. Dado que la Ciencia es mi profesión, y, por tanto, lo más importante en mi vida, la Justicia, para mí, se halla en aquel orden social bajo cuya protección puede progresar la búsqueda de la verdad. Mi Justicia, en definitiva, es la de la libertad, la de la paz; la Justicia de la democracia, de la tolerancia" (187). Lo anterior significa que Kelsen sí sostuvo una teoría de la Justicia, y puesto que consideraba que resultaba imposible un modelo absoluto, creyó en uno relativo, es decir, perceptible de manera empírica e idóneo para alcanzar otros fines ulteriores, como la búsqueda de la verdad científica. Su modelo de Justicia es, pues, personal, susceptible de ser confrontado y motivado por sus convicciones.

La noción de Justicia kelseniana es la instancia donde puede advertirse una separación entre el Kelsen científico y Kelsen en tanto individuo. Como se revisó en la segunda parte de este texto, la actividad científica exige neutralidad en el campo de los valores, lo cual quiere decir que en el estudio del objeto Derecho han de excluirse las convicciones personales de quien a su respecto teoriza. Esta neutralidad parece, en principio, contradictoria con el concepto de Justicia que Kelsen defiende, pues, de un lado afirma que los valores no deben interferir y, de otro, construye un modelo valórico al que aspira. Tal conflicto sólo es aparente, en tanto el sabio austrohúngaro admite que un individuo pueda tener valores —los que por cierto han de ser relativos—, pero si tal sujeto es un científico, al momento de realizar su actividad debe dejarlos

185. KELSEN, *¿Qué es Justicia?*, ob. cit., p. 59.

186. Ídem, p. 61.

187. Ídem, p. 63. Enfatizado en el original.

fuera para no intervenir en el objeto de estudio. En la primera situación, se trata de creencias personales, mientras que en la segunda, existe una imposición a quien se dedica a la actividad científica ⁽¹⁸⁸⁾. En consecuencia, el Kelsen científico afirma la neutralidad axiológica para su actividad, mientras que fuera de ese ámbito, en el mundo de las creencias, afirma una idea de Justicia relativa.

188. En igual sentido, SQUELLA, Agustín, "Derecho, desobediencia y justicia", Edeval, Valparaíso, Chile, 2ª edición, 1992, p. 414.

OBSERVACIONES FINALES

En este estudio se desarrolló una exposición destinada a divulgar aspectos de Kelsen y su obra que no suelen visitarse regularmente. Fueron tratadas, en primer lugar, algunas imágenes de su vida, para situar temporal y espacialmente su pensamiento. Enseguida, se individualizaron las tres corrientes intelectuales de las cuales la Doctrina pura del Derecho es tributaria, comenzando por la Filosofía kantiana, expresada en períodos que informan las otras dos influencias, a saber la Escuela Alemana de Derecho Público y finalmente el Positivismo.

Como puede apreciarse, se ha enfocado en este texto la Doctrina jurídica kelseniana desde una perspectiva que amplía la costumbre de calificarla —o bien descalificarla— como una mera expresión del Positivismo jurídico. De la exposición realizada, se desprende que la actitud de Kelsen en torno al estudio del Derecho no surge del simple capricho ni de la adhesión dogmática a un modelo predominante de Ciencia jurídica, cuya aceptación hubiese sido normal —y cómoda— a comienzos del siglo XX. Por el contrario, la Teoría pura del Derecho se encargó de cuestionar la forma en que hasta aquel momento la tarea del jurista era llevada a cabo, de modo que si bien se muestra como una doctrina cuya ocupación se dirigía hacia un objeto determinado, a saber, el Derecho positivo, debe remarcarse que también teoriza acerca de sí misma, es decir, se presenta como un específico método de conocimiento jurídico sobre la base de las corrientes filosóficas señaladas. Este vínculo consciente entre la Teoría del Derecho y la Filosofía fue el único que Kelsen aceptó en forma expresa, declarándolo en su "Teoría General del Estado" de 1925: "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*; lo cual permite la posibilidad de mostrar la conexión que media entre los problemas de la Teoría del Derecho y del Estado y las grandes cuestiones de otras ciencias" ⁽¹⁸⁹⁾.

189. KELSEN, "Teoría General del Estado", ob. cit., p. VII. No enfatizado en el original.

OBRAS CITADAS

- ALARCÓN OLGUÍN, Víctor, "Hans Kelsen: bitácora de un itinerante", en A.A.VV., "El otro Kelsen", UNAM, México D.F., México, 1989.
- ALEXY, Robert, "Teoría de los derechos fundamentales", trad. GARZÓN VALDÉS, Ernesto, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1993.
- BOBBIO, Norberto, "Ciencia del Derecho y análisis del lenguaje", en "Contribución a la Teoría del Derecho", trad. RUIZ MIGUEL, Alfonso, Editorial Debate, Madrid, España, 1990.
- CALSAMIGLIA, Albèrt, Estudio preliminar en KELSEN, "¿Qué es Justicia?", Editorial Ariel, Barcelona, España, 3ª ed., 2001.
- COFRÉ, Juan, "Kelsen; el formalismo y el Círculo de Viena", en Revista de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral, vol. VI, Valdivia, Chile, 1995.
- DUARTE, José Florentino, "Palavras do Tradutor" en KELSEN, Hans, "Teoria Geral das Normas", Editor Sergio Antonio Fabris, trad. DUARTE, José Florentino, Porto Alegre, Brasil, 1986.
- ERRÁZURIZ MACKENNA, Carlos, "La Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen visión crítica", EUNSA, Pamplona, España, 1986.
- ESTÉVEZ ARAUJO, José A., "La crisis del Estado de Derecho liberal. Schmitt en Weimar", Editorial Ariel, Barcelona, España, 1989.
- FASSÒ, Guido, "Historia de la Filosofía del Derecho", trad. LORCA NAVARRETE, José F., Ediciones Pirámide, Madrid, España, 3ª ed., 1983.
- HART, H.L.A., "El Concepto de Derecho", trad. CARRIÓ, Genaro, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1998.
- KELSEN, Hans, "Teoría General del Estado", trad. LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, Editorial Labor, Barcelona, Madrid, Buenos Aires, 1934.
- KELSEN, Hans, "La Teoría Pura del Derecho". Introducción a la problemática científica del Derecho", trad. TEJERINA, Jorge G., Editorial Losada, Buenos Aires, Argentina, 1941.
- KELSEN, Hans, "La Teoría Pura del Derecho y la Jurisprudencia Analítica", trad. COGHLAN, Eduardo A., en "La idea del Derecho

- Natural y otros ensayos", Editorial Losada, Buenos Aires, Argentina, 1946.
- KELSEN, Hans, "Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en "La idea del Derecho Natural y otros ensayos", Editorial Losada, Buenos Aires, Argentina, 1946.
- KELSEN, Hans, "La metamorfosis de la idea Justicia", en A.A.VV., "El actual pensamiento jurídico norteamericano", trad. VERNENGO, Roberto J., Editorial Losada, Buenos Aires, Argentina, 1951.
- KELSEN, Hans, "Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado" (desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica), trad. ROCES, Wenceslao, Editorial Porrúa, México D.F., México, 1987.
- KELSEN, Hans, "La garantía jurisdiccional de la Constitución", trad. RUIZ MANERO, Juan, en "Escritos sobre la democracia y el socialismo", Editorial Debate, Madrid, España, 1988.
- KELSEN, Hans, "Teoría General del Derecho y del Estado", trad. GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, UNAM, México D.F., México, 4ª reimpresión, 1988.
- KELSEN, Hans, "Teoría General de las Normas", trad. DELORY JACOBSON, Hugo, Editorial Trillas, México D.F., México, 1994.
- KELSEN, Hans, "¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?", trad. BRIE, Roberto J., Editorial Tecnos, Madrid, España, 1995.
- KELSEN, Hans, "Teoría Pura del Derecho", trad. VERNENGO, Roberto, Editorial Porrúa, México D.F., México, 9ª ed., 1997.
- KELSEN, Hans, "Teoría Pura del Derecho. Introducción a la Ciencia del Derecho", trad. NILVE Moisés, EUDEBA, Buenos Aires, Argentina, 4ª ed., 2000.
- KELSEN, Hans, "Absolutismo y relativismo en Filosofía y en Política", en "¿Qué es Justicia?", Editorial Ariel, Barcelona, España, 3ª ed., 2001.
- KELSEN, Hans, "El Derecho como técnica social específica", en "¿Qué es Justicia?", trad. CALSAMIGLIA, Albert, Editorial Ariel, Barcelona, España, 3ª ed., 2001.
- KELSEN, Hans, "Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en "¿Qué es Justicia?", trad. CALSAMIGLIA, Albert, Editorial Ariel, Barcelona, España, 3ª ed., 2001.
- KELSEN, Hans, "¿Qué es Justicia?", trad. CALSAMIGLIA, Albert, Editorial Ariel, Barcelona, España, 3ª ed., 2001.

- KOLAKOWSKI, Leszek, *"La Filosofía positivista. Ciencia y Filosofía"*, trad. RUIZ-RAMÓN, Genoveva, Ediciones Cátedra, Madrid, España, 1979.
- KUNZ, Josef L., *"La Teoría Pura del Derecho. Cuatro conferencias en la Escuela Nacional de Jurisprudencia"*, Imprenta Universitaria, México, 1948.
- LEHMANN, Gerhard, *"Historia de la Filosofía", La Filosofía del siglo XIX*, trad. CASTAÑO PIÑAN, Alfonso, Editorial UTEHA, México D.F., México, 1964.
- MÉTALL, Rudolf Aladár, *"Hans Kelsen, vida y obra"*, trad. ESQUIVEL, Javier, UNAM, México D.F., México, 1976.
- MÉTALL, Rudolf Aladár, *"Hans Kelsen y su Escuela Vienesa de la teoría del derecho"*, en A.A.VV., *"Estudios sobre Hans Kelsen"*, Edeval, Valparaíso, Chile, 1996.
- NATORP, Paul, *"Emmanuel Kant y la Escuela filosófica de Marburgo"*, trad. VIQUEIRA, J.V., Editorial Francisco Beltrán, Madrid, España, 1915.
- NEURATH, Otto, *"Sociología en fiscalismo"*, en AYER, A.J. (ed.), *"El Positivismo Lógico"*, Editorial FCE, México D.F., México, 1965.
- REALE, Giovanni y ANTISERI, Dario, *"Historia del pensamiento filosófico y científico"*, trad. IGLESIAS, Juan Andrés, Editorial Herder, Barcelona, España, 1995.
- RECASÉNS SICHES, Luis, Estudio preliminar en KELSEN, Hans, *"Compendio de Teoría General del Estado"*, trad. RECASÉNS SICHES, Luis y DE AZCÁRATE, Justino, Editorial Colofón, México D.F., México, 1992.
- SCHMITT, Carl, *"La defensa de la Constitución"*, trad. SÁNCHEZ SARTO, Manuel, Editorial Tecnos, Madrid, España, 2ª ed., 1998.
- SQUELLA, Agustín, *"Idea de la democracia en Kelsen"*, en Revista Centro de Estudios Públicos n° 13, Santiago, Chile, 1984.
- SQUELLA, Agustín, *"Derecho, desobediencia y justicia"*, Edeval, Valparaíso, Chile, 2ª ed., 1992.
- SQUELLA, Agustín, *"Filosofía del Derecho"*, Editorial Jurídica, Santiago, Chile, 2001.

- VILLORO TORANZO, Miguel *"Lecciones de Filosofía del Derecho. El proceso de la razón y el Derecho"*, Editorial Porrúa, México D.F., México, 1973.
- WALTER, Robert, *"El estado actual de la Teoría Pura del Derecho"*, en A.A.VV., *"Estudios sobre Hans Kelsen"*, Edeval, Valparaíso, Chile, 1996.
- WITTGENSTEIN, Ludwig, *"Conferencia sobre ética"*, trad. BIRULÉS, Fina, Editorial Paidós, Barcelona, España, 2ª ed., 1990.