

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

2008

ESTUDIOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO



SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL

Editor:

Agustín Squella

Asistentes del Editor:

Aldo Valle, Joaquín García-Huidobro y Claudio Oliva

Comité Consultivo:

Albert Calsamiglia (†) (Barcelona), Elías Díaz (Madrid),
Enrico Pattaro (Bologna), Miguel Reale (†) (Sao Paulo),
y Rolando Tamayo (Ciudad de México).

Consejo Editorial:

Antonio Bascuñán, Enrique Barros, José Joaquín
Brunner, Humberto Giannini, Alfonso Gómez-Lobo,
Jorge Iván Hübner y Máximo Pacheco.

ANUARIO DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL
2008

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL Nº 26
2008

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las Universidades Adolfo Ibáñez, Católica del Norte, Católica de Temuco, Católica de Valparaíso, Católica de la Santísima Concepción, de Antofagasta, de Concepción, de Los Andes, de Chile, Diego Portales, del Mar y 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

2008

ESTUDIOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO
(2006 - 2008)

Fernando Atria, Antonio Bascuñán Valdés,
Rodrigo Coloma, Jesús Escandón Alomar, Joaquín
García-Huidobro Correa, Fernando Quintana
Bravo, Pablo Ruiz-Tagle, 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

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social presenta su
Anuario de Filosofía Jurídica y Social N° 26, correspondiente al año 2008,
y del cual se hace entrega en el segundo semestre de 2009. En proceso
de edición se encuentra el número 27 de esta obra, correspondiente a
2009, el cual incluirá las ponencias que autores chilenos presentaron
este año en la Tercera Jornada Argentino Chilena de Filosofía del
Derecho y Filosofía Social, que tuvo lugar en Mendoza en el mes de
mayo de 2009. En cuanto a la Cuarta Jornada Chileno Argentina de
Filosofía del Derecho y Filosofía Social, ella tendrá lugar en 2011 en la
Universidad de Valparaíso.

El presente volumen de nuestro *Anuario de Filosofía Jurídica y
Social* está dividido en 5 secciones, a saber, Estudios, Traducciones,
Debate, Informe en Derecho, y Recensiones.

Sin perjuicio de lo que fue indicado al inicio de esta Presenta-
ción, estudios y recensiones destinados al número 27 del *Anuario de
Filosofía Jurídica y Social* se esperarán hasta el 31 de diciembre de 2009.

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

ESTUDIOS

**LAS IDEAS DETRÁS DE LA TEORÍA
PURA DEL DERECHO**

**Sobre el contexto, desarrollo e influencias ...
que estructuran el método y el objeto
en la doctrina de Hans Kelsen**

PABLO SOTO DELGADO *

SUMARIO: Cuestiones introductorias; *Primera parte* Las bases del método; Capítulo I Neokantismo; 1. Período premarburgiano; 2. Período posmarburgiano; Capítulo II Escuela Gerber/Laband; 1. Caracterización de la Escuela; 2. La tradición iuspublicista en la doctrina pura; Capítulo III Positivismo; 1. El programa positivista; 2. El positivismo en la teoría pura del derecho; *Segunda parte* La dinámica del orden jurídico como objeto; Capítulo IV Teoría de la estructura escalonada; 1. Dinámica merkliana; 2. La teoría de Merkl en la Doctrina kelseniana; Capítulo V Consecuencias de la dinámica jurídica; 1. Perspectiva amplia frente al derecho; 2. Fundamento de validez; 3. Conflictos entre normas de diversas gradas y su regularidad; 4. Interpretación; 5. La doble faz de los actos jurídicos; Capítulo VI Norma Fundamental; 1. La Norma Fundamental en desarrollo; 2. Diversas formulaciones de la Grundnorm, una función metodológica; Consideraciones finales; Bibliografía.

* Ayudante alumno de los cursos Derecho y moral y Problemas morales contemporáneos del derecho en la Universidad Diego Portales. Estudiante de Derecho.

CUESTIONES INTRODUCTORIAS

Suele presentarse la teoría pura del derecho como una de las corrientes más relevantes en la historia del pensamiento jurídico. Ello se debe a las valiosas aportaciones que efectuó a la reflexión en torno al fenómeno normativo que teóricos, operadores y actores suelen denominar “derecho”. Sus planteamientos se han extendido y consolidado como herramientas adecuadas —aunque incompletas y falibles— para comprender la estructura y funcionamiento de los diversos órdenes normativos positivos vigentes, y más aún, las categorías que fue capaz de proveer han sido útiles para configurarlos, descansando esta perspectiva formal del derecho, en mayor o menor medida, en el plan trazado por la teoría pura¹. La influencia y eficacia histórica de la Escuela de Viena, cuyo líder fue Hans Kelsen, le convirtieron en un clásico que inspiró gran parte de los desarrollos posteriores de aquella actividad que este autor denominaba “ciencia del derecho”. Por este motivo, no es raro que se haya producido —y se siga produciendo— literatura que tenga como punto de referencia al purismo vienés, ya sea para acoger sus posturas o bien criticarlas, muchas veces, como Kelsen lo sugirió, sin fundamentos científicos². En virtud de las razones anteriores, resulta posible afirmar que la teoría del derecho ha permanecido —y seguramente lo seguirá haciendo— en un diálogo constante con la escuela kelseniana.

La relevancia adquirida por la doctrina pura, ha acarreado, sin embargo, la consecuencia de desvincularla de las ideas y contextos que proporcionaron las bases sobre las cuales se erigió, relegándose a una cierta opacidad aquellas tradiciones intelectuales que en forma

1. El profesor Carlos Peña, ha sostenido, en forma acertada, que la parte más robusta y que aún permanece en pie de la teoría de Kelsen es aquella que se encargó de la construcción del orden jurídico. Al respecto, véase, Peña González, Carlos, “¿Qué queda de la teoría pura del derecho?”, en “¿Qué queda de la teoría pura del derecho?”, Colección Jornadas Académicas, N° 24, Edeval, Valparaíso, 2005.

2. Kelsen, Hans, “La Teoría Pura del Derecho. Introducción a la problemática científica del Derecho”, trad. Jorge G. Tejerina, Losada, Buenos Aires, 1941, p. 19. En adelante, se citará “Teoría Pura del Derecho (1934)”.

consciente y crítica suscribía. Con ello, se ha conseguido un relativo aislamiento, que, en general, no ha permitido distinguir otras conexiones que los postulados gnoseológicos kantianos y el positivismo jurídico, influencias que, con todo, no siempre son destacadas ni investigadas adecuadamente. Tal manera de comprender la teoría kelseniana, resulta incompleta, pues, se enriqueció, en su origen y evolución, de un conjunto de “coordenadas”³ históricas, filosóficas y jurídicas que confluyeron en ella a modo de síntesis. Esto significa que la “*Reine Rechtslehre*” irrumpió en la historia de la teoría del derecho con un trasfondo que a menudo ha sido ignorado, obteniéndose, así, una visión restringida a su respecto. Tampoco se ha explicitado la evolución de esas ideas a través de las obras de Kelsen. Quizás estas restricciones, que sólo permiten una perspectiva parcial de la teoría pura, puedan esgrimirse como una razón para las confusiones que suele suscitar⁴.

3. Esta expresión, es utilizada por Errázuriz Mackenna al hacer referencia a las influencias de la teoría pura. Véase, ERRÁZURIZ MACKENNA, Carlos, “La Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen visión crítica”, EUNSA, Pamplona, 1986, pp. 34 y ss.

4. Además, debe mencionarse la confusión que existe respecto del principal libro de Kelsen. Así, por ejemplo, suele aludirse a la versión francesa de la “*Teoría Pura del Derecho*”, pensando que es la primera edición en lengua alemana. Esto se debe a que se popularizó el primero de los mencionados libros, en virtud de la profusión de sus ediciones en español, a diferencia del segundo, que sólo cuenta con unas pocas. Cabe precisar que la primera de las ediciones de la “*Teoría Pura del Derecho*” fue publicada el año 1934, en idioma alemán, bajo el epígrafe de “*Introducción a la problemática científica del derecho*”, siendo traducida al español por Jorge Tejerina. La segunda, de 1953, es una versión francesa subtitulada como “*Introduction à la science du droit*”, cuya traducción, desde el francés, fue llevada a cabo por Moisés Nilve. La última edición —la más importante y clásica—, fue editada en 1960, sin epígrafe y nuevamente en alemán, por lo que es conocida como la segunda edición alemana; su traducción al español —pavorosa por oscura y literal— estuvo a cargo de Roberto Vernengo. 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. Por otro lado, 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 al título del texto recién mencionado —en sus diversas versiones—, y de otra, a la teoría general del derecho desarrollada por el autor austrohúngaro y su Escuela durante

Las observaciones anteriores, motivan esta investigación, que se apoya en la consideración según la cual no es posible obtener una comprensión adecuada de la doctrina kelseniana sin acudir a las influencias y entorno que la inspiraron, así como a su desarrollo a través del tiempo, pues, no son una cuestión externa y prescindible, sino que forman parte de ella. En algún sentido —aunque modesto—, se pretende aplicar a la teoría pura de Kelsen el enfoque proporcionado por la historia de las ideas, que busca la comprensión de las cuestiones adentrándose en sus predecesores y en los contextos sociales y culturales en que éstas se desarrollaron. Explicando a Vico, Isaiah Berlin logró sintetizar la finalidad de esta forma de proceder: «El verdadero conocimiento es el conocimiento de *por qué las cosas son como son*, no meramente de lo que son»⁵. Un análisis como el que aquí se propone, permitirá esclarecer los supuestos generales que estructuran la doctrina pura, y con ello, el modo en que éstos son aplicados para constituir su objeto de estudio: el derecho.

Ahora bien, es necesario subrayar que las ideas que se encuentran detrás de la teoría kelseniana operan, respectivamente, en los dos niveles en que ésta se desenvuelve, afirmación que requiere ser explicada. El primer nivel de la teoría pura, se denomina *metodológico*. Consiste en un específico modo normativo de enfrentar el estudio del fenómeno jurídico desde la perspectiva de la teoría general del derecho positivo, dotado de las características de trascendencia, pureza y pretensión de cientificidad. La normatividad que se predica de este primer nivel, se explica puesto que el pensamiento jurídico puro dispone las prescripciones teóricas bajo las cuales su objeto habrá de ser comprendido: sólo una sujeción a esos criterios permitirá acceder a aquello que ha de entenderse por derecho. De aquí se sigue la particularidad del primer nivel, a saber, la autorreferencia, pues, la teoría pura establece para sí misma las pautas que regirán su estudio del derecho, refle-

alrededor de seis décadas. A menudo se enfatiza más el primer aspecto, sin reparar que la teoría pura no sólo es un libro, sino que constituye una corriente del pensamiento jurídico.

5. BERLIN, Isaiah, "Mi trayectoria intelectual", en "Dos conceptos de libertad y otros escritos", trad. Ángel Rivero, Alianza, Madrid, 2001, p. 133.

xionando acerca de su forma de conocerlo⁶; es decir, establece las reglas del método desde el propio método. El segundo de los niveles, en cambio, al que se denominará *estructural*, consiste en el producto de la aplicación de las reglas del primer nivel al objeto, lo que se manifiesta en la concepción dinámica y jerarquizada de todo ordenamiento jurídico positivo. Esta perspectiva es meramente descriptiva, en tanto no pretende explicar qué debe ser el derecho, sino que establecer de qué se trata y cómo opera, con independencia de cualquier apreciación normativa que a su respecto pueda efectuarse.

Teniendo en consideración las prevenciones realizadas, las líneas que siguen tienen por objeto exponer parte importante del pensamiento jurídico kelseniano desde una posición integradora, que se ocupe no sólo de aquello que el propio Kelsen expresó a través de su abundante bibliografía, sino que, acudiendo a las coordenadas que influyeron en la formación y evolución de la teoría pura del derecho, en sus aspectos metodológico y estructural, con la confianza de que este ejercicio permitirá —utilizando la expresión rawlsiana— "levantar el velo" del solipsismo en que parece hallarse, así como contextualizar y explicar, acaso causalmente, su configuración. A tal efecto, se acudirá a consideraciones históricas y teóricas (filosóficas y jurídicas), abordando, también, el tránsito, a lo largo de los textos kelsenianos, de las ideas mencionadas. Para intentar satisfacer dichas pretensiones, el trabajo se divide en dos partes: la primera de ellas se dirige a exponer las influencias que dan forma al primer nivel de la teoría pura, para, enseguida, encargarse de la construcción del segundo y sus consecuencias.

6. Acerca de la autorreflexión como característica de la metodología jurídica, véase LARENZ, Karl, "Metodología de la Ciencia del Derecho", trad. Marcelino Rodríguez Molinero, Ariel, Barcelona, 1994, pp. 236 y ss.

Primera parte⁷

LAS BASES DEL MÉTODO

«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».

Hans Kelsen

Esta primera parte del estudio, se encargará de realizar un análisis de las ideas que informan el nivel metodológico de la teoría pura del derecho, a través de la exposición de las bases sobre las que se asienta. Tres son las vertientes de pensamiento que sirven de soportes estructurantes del modo en que ésta reflexiona acerca del estudio del derecho. La primera de ellas, consiste en la filosofía kantiana, que en la obra de Kelsen aparece en dos períodos claramente delineados (I). La segunda de las coordenadas de cuyo influjo es tributaria la doctrina kelseniana, se halla constituida por la Escuela alemana de derecho público o Escuela

7. Una versión primigenia de esta parte, de menor extensión y desarrollo, se encuentra publicada. Véase, SOTO DELGADO, Pablo, *"Hans Kelsen. Historia, influencias y estructura de la teoría pura del derecho"*, en A.A.VV., *"Anuario de filosofía jurídica y social"*, N° 22, Edeval, Valparaíso, 2004, pp. 207 y ss.

Gerber/Laband, de la que el jurista austrohúngaro es, quizás, el último representante, aunque tardío y crítico (II). Por último, el trasfondo dentro del cual se construye la teoría jurídica pura, corresponde a la filosofía positivista, que evoluciona en la posición relativista defendida por Hans Kelsen, influyendo en su teoría moral y política (III). En lo sucesivo, se expondrán separadamente, y en el orden señalado⁸, tales lineamientos teóricos, identificando dentro de cada acápite los elementos estructurales que de ellos derivan y su consecuente expresión en el pensamiento jurídico kelseniano. Debe advertirse que esta división de las raíces de la teoría pura sólo tiene por objeto conseguir alguna sistematización útil para los propósitos de este documento, pues, la primera de las influencias que se analizará —aquella que se origina en el filósofo de Königsberg— se halla presente, aunque con distinta intensidad, en las otras dos, de modo que si bien resulta posible identificar los rasgos característicos del iuspublicismo alemán o del proyecto científicista del positivismo, serán recurrentes las referencias a la filosofía kantiana, en tanto, esta constituye, indiscutiblemente, la base general del pensamiento de Kelsen.

Capítulo I

NEOKANTISMO

Entre las influencias recibidas por la teoría kelseniana para configurar su método, aquella de mayor relevancia es la filosofía de Kant, que puede enfocarse desde dos etapas, cuyo punto de separación se halla en la visita efectuada por Kelsen a Hermann Cohen en la ciudad de Marburgo, cuestión que en gran medida determinó la manera en que el sabio austrohúngaro comprendió y desarrolló su incipiente doctrina. Por tal motivo, se habla aquí de un período premarburgiano y otro posmarburgiano. A cada etapa, corresponde una de las escuelas neokantianas de principios del siglo XX: en la premarburgiana, influyen en el pensamiento de Kelsen las ideas de la Escuela de Baden, mientras

8. Aquí se sigue de cerca el orden en la exposición de Errázuriz, aunque con mayor profundidad. Véase, ERRÁZURIZ MACKENNA, ob. cit., pp. 34 y ss.

que en la época posmarburgiana, será la Escuela de Marburgo aquella que determinará el quehacer del científico al enfrentar el estudio del derecho. Es necesario aclarar que la segmentación efectuada no significa que Kelsen haya sostenido algunas ideas kantianas en un momento, para luego abandonarlas, sino que, por el contrario, se apunta a los momentos en que éste las adquirió, ya que, como se dijo, ellas se mantuvieron en forma permanente hasta el último de sus textos.

Ya en la tercera década del siglo XIX, se prepara en Alemania una “vuelta a Kant”⁹. En aquellos años, el pensamiento alemán se enfrenta a una profunda depresión, causada por el vacío que había dejado la filosofía hegeliana a la muerte de su autor en 1831, circunstancia a la que ha de agregarse el descrédito en que se encontraban las actividades especulativas. Dentro de este contexto, el retorno a Kant se convierte en una respuesta que, se supone, permitiría salir de esa crisis¹⁰. Sin embargo, no fue hasta la segunda mitad del mencionado siglo cuando pudo distinguirse con claridad el denominado “Neokantismo”. Se afirma que la primera imagen que este movimiento entrega sobre el filósofo de Königsberg se halla en la “*Historia del materialismo*” de Lange, obra cuya atención se centra en algunas proposiciones de la “*Crítica de la Razón Pura*”, pues, en ella se encuentra la teoría epistemológica que posee validez duradera, en contraposición con la filosofía práctica, a la que se califica de efímera¹¹. No es de extrañar que los pensadores alemanes de aquel tiempo desconfiaran de la teoría moral de Kant, sobre todo, teniendo en consideración la demoledora crítica que el ya nombrado Hegel le había propinado¹². Cerradas, entonces, las

9. LEHMANN, Gerhard, “*Historia de la Filosofía*”, *La Filosofía del siglo XIX*, tomo II, trad. Alfonso Castaño Piñan, UTEHA, México D.F., 1964, p. 53.

10. RIBA, Jordi, “*Hijos de Kant*”, en SIMMEL, Georg, “*La ley individual y otros escritos*”, trad. Jordi Riba, Paidós/I.C.E.-U.A.B, Barcelona, 2003, pp. 9 y ss.

11. LEHMANN, ob. cit., p. 61.

12. HABERMAS, Jürgen, “*Conocimiento e Interés*”, trad. Manuel Jiménez Redondo, José F. Ivars, y Luis Martín Santos, Taurus, Madrid, 1990, pp. 14 y ss. Las objeciones de Hegel pueden revisarse en HABERMAS, Jürgen, “*¿Afectan las objeciones de Hegel a Kant también la Ética del discurso?*”, en “*Escritos sobre moralidad y eticidad*”, trad. Manuel Jiménez Redondo, Paidós/I.C.E.-U.A.B, Barcelona, 1991, pp. 97 y ss.

puertas de la razón práctica, la preocupación por filosofía kantiana resurge desde el problema de las posibilidades humanas para el conocimiento. Ahora bien, dentro del neokantismo pueden distinguirse tres escuelas, a saber, en primer lugar, la de Baden o del Sudoeste; en segunda instancia, la de Marburgo; y, finalmente, la corriente historicista¹³. Ya se adelantó que las dos primeras determinan los períodos en la doctrina jurídica pura que a continuación se explican, ello, pues, mientras la Escuela de Baden influye en cuanto a la distinción entre ser y deber ser, la de Marburgo proporciona el método trascendental.

1. PERÍODO PREMARBURGIANO

1.1. Escuela de Baden: ser y deber; causalidad e imputación

Las primeras lecturas que Kelsen efectúa de las obras de Kant, habrían tenido lugar mientras aquél se educaba en el liceo. El joven estudiante, imbuido del idealismo filosófico, considera apropiada la interpretación epistemológica subjetivista proporcionada por el gran filósofo, según la cual, se sitúa al yo como centro del mundo: es el sujeto quien constituye su objeto de conocimiento¹⁴. Éste es el punto de partida del primer período kantiano en la obra —y también en la vida— de Kelsen, denominado premarburgiano, que se prolonga hasta 1912, año de publicación de un ensayo de Oscar Ewald en los "*Kant Studien*"¹⁵, en el que se realizaba un paralelo entre el escrito de habilitación académica del jurista austrohúngaro, los "*Problemas Capitales*", y la "*Ética de la Voluntad Pura*"¹⁶ de Hermann Cohen, hecho que determina una visita de Kelsen a este último¹⁷. Hasta aquel tiempo, el joven pri-

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

14. MÉTALL, Rudolf Aladár, "*Hans Kelsen, vida y obra*", trad. Javier Esquivel, UNAM, México D.F., 1976, p. 12.

15. "*Estudios kantianos*", editados por la "Sociedad kantiana", fundada por Hans Vaihinger en el centenario de la muerte de Kant, el 12 de febrero de 1904.

16. "*Ethik des reinen Willens*". Este texto fue publicado en 1904.

17. MÉTALL, ob. cit., pp. 15 y 22.

*vatdozent*¹⁸ Kelsen acoge 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 respecto a la oposición existente entre ser y deber ser. Esta cuestión, queda manifiesta expresamente en el gran libro de 1911: «[...] la presente obra [*"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»¹⁹. Ambos mundos, en consecuencia, son distintos, producto de lo cual, afirmar que una cosa es, resulta algo completamente diferente de decir que debe ser.

Kelsen afirma que ambas esferas son las determinaciones más generales y opuestas del pensamiento, adhiriendo con ello a lo sostenido por Simmel y Kitz. El primero de estos pensadores, consideraba que ser y deber ser podían reducirse a categorías originarias, es decir, últimas e indefinibles, de modo que no serían susceptibles de ulterior fundamentación. Conforme al segundo autor mencionado, ambos pensamientos serían fundamentales y totalmente distintos, siendo imposible que puedan explicarse el uno por el otro, esto es, su contraste es tan radical, que no pueden ser intercambiados para su definición y caracterización²⁰. Para Kelsen, entonces, ser y deber ser son ámbitos

18. Weber describe en qué consistía el trabajo de *privatdozent*: «[...] la carrera de un joven que quiera consagrarse a la profesión científica comienza normalmente por la función de *Privatdozent*. Después de haberse puesto al habla con el titular de la especialidad y haber obtenido su consentimiento, se califica para ello presentando una obra original y sometiendo a examen en una universidad determinada, en la cual, sin salario y sin más retribución que la que resulta de la matrícula de los estudiantes, puede profesar cursos cuyo objeto fija él mismo dentro de los límites de su *venia legendi*». Véase, WEBER, Max, "*La ciencia como profesión*", en "*El político y el científico*", trad. Francisco Rubio Llorente, Alianza, Madrid, 2003, p. 182.

19. KELSEN, Hans, "*Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado*" (*Desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica*), trad. Wenceslao Roces, Porrúa, México D.F., 1987, p. XL. En adelante, se citará "*Problemas Capitales*".

20. Ídem, p. 7.

que se encuentran «[...] separados entre sí por un abismo profundo [...]»²¹, por lo tanto, del hecho que algo sea, no puede seguirse que deba serlo y viceversa, negándose cualquier nexo lógico entre tales categorías. Estas ideas sostenidas por Kelsen en su juventud, no variaron a lo largo de sus obras, y en sus últimos años, se encargó de recordarlas con semejante convicción, afirmando la imposibilidad de explicar mayormente la distinción realizada entre las dos categorías, pues, ésta se halla «[...] inmediateamente dada a nuestra conciencia»²². En igual sentido, se pronunció en su obra póstuma, donde recurrió nuevamente a las categorías originales de Georg Simmel²³. De esta forma, puede apreciarse que durante el extenso recorrido intelectual de Kelsen, el dualismo cognoscitivo al que adhiere, se mantiene como principio capital de su sistema. En este sentido, se ha dicho, en forma certera, que la disparidad entre ser y deber ser sería la clave y fundamento indiscutible de toda la doctrina pura kelseniana²⁴.

Explica Kelsen que el ser corresponde a la realidad natural, «[...] que tiene su curso en el espacio y en el tiempo [...]»²⁵, es decir, está compuesto por los hechos verificables empíricamente; en definitiva, es la naturaleza. El deber ser, en cambio, es el sentido de las normas. 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, en el segundo ámbito —el del deber—, las normas jurídicas operan mediante la imputación, que también constituye un enlace, pero, esta vez, la conexión se realiza entre una

21. Ídem, p. 8.

22. KELSEN, Hans, "Teoría Pura del Derecho", trad. Roberto Vernengo, Porrúa, México D.F., 13ª ed., 2003, p. 19. En adelante, se citará "Teoría Pura del Derecho (1960)".

23. KELSEN, Hans, "Teoría General de las Normas", trad. Hugo Delory Jacobs, Trillas, México D.F., 1ª reimpr., 2003, pp. 20 y 75.

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

25. KELSEN, "Teoría Pura del Derecho (1934)", p. 33.

condición jurídica y una consecuencia del mismo tipo²⁶. En el caso de la causalidad, el vínculo es conferido por la naturaleza, mientras que la imputación es un concepto jurídico²⁷, por lo tanto, la necesidad que une condición y consecuencia, es proporcionada por el derecho. Estas estructuras teóricas, permiten explicar la conexión entre los elementos constitutivos de cada uno de los sistemas mencionados: la causalidad vincula aquellos de la naturaleza, mientras que, a través de la imputación, se relacionan los elementos del derecho²⁸. Ambas, se presentan como conceptos formales que poseen un carácter lógico en sentido gnoseológico trascendental kantiano²⁹, esto es, son categorías *a priori* que permiten aprehender y ordenar los ámbitos del ser y del deber ser, respectivamente, aunque, 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 aquella condición³⁰. Por lo tanto, ser y deber ser pueden considerarse como categorías *a priori*, o bien, tal como lo sostiene Kelsen en su trabajos finales, corresponden a modos o modalidades, es decir, a formas que pueden adoptar cualquier contenido³¹. Efectuadas estas distinciones, la teoría pura circunscribe su estudio al aspecto normativo,

26. Ídem, pp. 47 y ss.

27. KELSEN, Hans, "Teoría General del Estado", trad. Luis Legaz Lacambra, Editorial Nacional S.A., México D.F., 1951, p. 65.

28. KELSEN, "Teoría Pura del Derecho (1934)", p. 49.

29. KELSEN, "Problemas Capitales", p. 57, nota 18; "Teoría Pura del Derecho (1934)", pp. 50 y 51.

30. De acuerdo a lo expuesto, ser y deber ser son ámbitos que operan correspondientemente a través de la causalidad y la imputación, de manera que no existe identidad entre el ámbito y el principio que lo articula. Ésta es una primera forma de comprenderlos, pues, en otros pasajes, Kelsen simplemente identifica el ser con la causalidad y la imputación con el deber ser. En esta segunda formulación, la realidad natural equivale a su principio ordenador, y lo propio sucede con el sentido de las normas.

31. KELSEN, "Teoría Pura del Derecho (1960)", p. 20; "Teoría General de las Normas", pp. 70 y ss.

pero, desde el punto de vista específicamente jurídico, defendiendo un concepto de deber ser que se ve despojado de su carácter valorativo³². De esta guisa, resulta posible afirmar la existencia de un deber jurídico sin que ello implique su corrección, desapareciendo la vinculación entre derecho y moral, pues, si algo es debido jurídicamente, no significa que desde el punto de vista moral también lo sea. Este deber ser jurídico, 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 [...]»³³, estableciéndose claramente que el deber de la teoría pura se encuentra contenido en normas jurídicas. Posteriormente, afirmaría el autor austrohúngaro que con la expresión “deber” se alude, asimismo, a la función de derogar, cancelándose la vigencia de una norma³⁴.

1.2. Naturaleza y sociedad

En virtud de la tajante concepción antitética entre ser y deber, el purismo jurídico defiende un segundo dualismo, constituido por la distinción entre naturaleza y sociedad, objetos que son diversos, desde que, en cada caso, existe una «[...] conexión completamente diferente de elementos»³⁵. El criterio de diferenciación entre ambos conceptos, es la forma en que sus componentes se vinculan según lo analizado en el apartado precedente. En este sentido, afirma Kelsen que la naturaleza corresponde a un sistema de elementos relacionados a través del prin-

32. KELSEN, “*Teoría Pura del Derecho (1934)*”, p. 47.

33. KELSEN, “*Teoría Pura del Derecho (1960)*”, p. 19; también, en p. 91.

34. KELSEN, “*Teoría General de las Normas*”, p. 106. Asimismo, véase, KELSEN, Hans, “*Derogación*”, trad. Alonso Ortiz, en “*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*”, N° 21, UNAM, México D.F., 1974, pp. 258 y ss. En este tardío texto, sin embargo, aclara Kelsen que con la derogación no se hace referencia a una determinada conducta, sino que a la validez de otra norma, estableciéndose, así, un “no-deber ser”.

35. KELSEN, “*Teoría Pura del Derecho (1934)*”, p. 26.

cipio de causalidad, mientras que la sociedad opera con la mediación del principio de imputación³⁶. Pero, el jurista austrohúngaro no desconoce que la sociedad puede entenderse al modo de una «[...] convivencia fáctica de los seres humanos [...]»³⁷, es decir, como un fenómeno empírico que, como tal, estaría regido por las reglas de la naturaleza —esto es, por la causalidad—. Al respecto, sostiene que, en tanto las relaciones humanas se encuentran sujetas a reglas, tal regulación las transforma en algo diferente de un mero hecho, convirtiéndose la convivencia humana en un fenómeno social³⁸, debiéndose entender la sociedad como un orden que regula la conducta humana³⁹. Este orden normativo, constituye para Kelsen un sistema social, entre los cuales se hallan la moral y el derecho. En términos conceptuales, el derecho es una clase de sistema normativo dentro de otro, a saber, la sociedad, descartándose su posibilidad de pertenecer a la naturaleza⁴⁰. El derecho no es naturaleza, sino que se halla inserto en la sociedad, consistiendo, por tanto, en 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»⁴¹.

36. KELSEN, “*Teoría Pura del Derecho (1960)*”, p. 89; KELSEN, Hans, “*Teoría Pura del Derecho. Introducción a la Ciencia del Derecho*”, trad. Moisés Nilve, EUDEBA, Buenos Aires, 4ª ed., 2000, pp. 20 a 22. En adelante, se citará “*Teoría Pura del Derecho (1953)*”.

37. KELSEN, “*Teoría Pura del Derecho (1960)*”, p. 16.

38. KELSEN, Hans, “*El Derecho como técnica social específica*” en “*¿Qué es Justicia?*”, trad. Albert Calsamiglia, Ariel, Barcelona, 3ª ed., 2001, p. 152.

39. KELSEN, “*Teoría Pura del Derecho (1953)*”, p. 20; “*Teoría Pura del Derecho (1960)*”, p. 89.

40. El derecho, entonces, no posee un carácter omnicompreensivo, sino que sólo regula una parte de las relaciones entre los individuos. La moral, también es uno de los ámbitos que quedan fuera del derecho.

41. KELSEN, “*El Derecho como técnica social específica*”, p. 158.

1.3. Ciencias causales y normativas

Un tercer par contrapuesto derivado de la distinción entre ser y deber ser, tiene por objeto distinguir las disciplinas que se encargan de estudiar la naturaleza y la sociedad, respectivamente. Se trata de la diferenciación entre ciencias causales o naturales, de una parte, y ciencias normativas, de otra, dualismo que proviene desde los "*Problemas Capitales*", donde se encuentra una primigenia formulación. En este texto, el joven profesor sostenía que las primeras, se encargan de explicar el mundo del ser, es decir, comprenden aquello que se encuentra en la realidad causal, mientras que las segundas, establecen reglas por cuya virtud se prescribe una conducta, un deber ser. Afirma Kelsen que cada una de estas disciplinas se caracteriza por una metodología específica: las ciencias de la naturaleza, para conocer el mundo del ser, utilizan el método explicativo, en tanto que las normativas, emplean el normativo. Ambos métodos difieren en cuanto a las reglas que les son propias: aquellas del explicativo, se denominan leyes naturales, mientras que las del normativo, normas⁴². Cabe apuntar aquí que, en lo que respecta a las disciplinas normativas, Kelsen no lograba distinguir con claridad entre la ciencia y su objeto de estudio. Esto queda claro al analizar la afirmación según la cual una ciencia normativa se ocuparía de estatuir prescripciones, esto es, de disponer conductas humanas, cuestión de la que luego se retractaría, en tanto, sostendrá, sobre la base de un esquema de racionalidad objetiva, que a la ciencia sólo compete describir su objeto, y no, en cambio, estatuir normas de comportamiento.

Como se acaba de advertir, esta teorización inicial sufrió cambios, sofisticándose a través de las obras de Kelsen. Fue así que se resolvió la confusión mencionada acerca del carácter de la ciencia normativa. A este respecto, en 1925 declaraba que la teoría general del derecho, en tanto "ciencia", se ocupaba del ámbito descriptivo del derecho, es decir de «[...] qué y cómo «es» el Estado»⁴³. Las ciencias normativas ya no

42. KELSEN, "*Problemas Capitales*", pp. 5 y 9.

43. KELSEN, "*Teoría General del Estado*", p. 58. Para Kelsen, Estado y derecho poseen identidad, por tanto, toda vez que se hace referencia al Estado, debe comprenderse que se alude al derecho.

establecen prescripciones, como lo había sostenido en un primer momento, sino que sólo describen su objeto. Sobre este supuesto como base, casi medio siglo después de lo planteado por Kelsen en los "*Problemas Capitales*", 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, constituido por 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 entre ellas 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, efectuando igual tarea, pero, enfocándose en la naturaleza. Son ciencias sociales causales la Psicología, la Etnología, la Historia y la Sociología; son ciencias naturales la Física, la Biología y la Fisiología⁴⁴. En contraposición a lo anterior, para Kelsen, «[l]a 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 [...]»⁴⁵, es decir, las sociales normativas, cuya función consiste en 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. Éstas, no dictan normas para los seres humanos, sino que se encargan de *describir* las normas que los sujetos 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. Su papel es solamente describir las normas y las relaciones sociales que ellas establecen»⁴⁶. La función, entonces, de una ciencia social normativa

44. KELSEN, "*Teoría Pura del Derecho (1960)*", p. 100.

45. *Ibidem*.

46. KELSEN, "*Teoría Pura del Derecho (1953)*", p. 25.

sólo es conocer, comprender y explicar, de acuerdo al principio de imputación, la sociedad humana que —como se dijo— se encuentra estructurada sobre la base de ciertas reglas de conducta.

1.4. Sentido subjetivo y objetivo de un acto

La regulación de la convivencia humana, trae como consecuencia un cuarto dualismo derivado de la oposición que la doctrina pura ha heredado de la Escuela de Baden. Conforme a este, se hace necesario distinguir entre hechos perceptibles y el significado que a través de las normas se les puede atribuir a aquellos. Kelsen plantea que en los acontecimientos dotados de carácter jurídico, se distinguen nítidamente dos elementos, a saber, de una parte, un acto perceptible a través de los sentidos y, de otra, el significado jurídico que aquél adquiere por virtud del derecho. 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. El sentido otorgado por la norma, es una interpretación del acto perceptible, es decir, la norma actúa como un esquema hermenéutico o de explicitación normativa de aquel⁴⁷, convirtiendo en normativo un acto empíricamente verificable, objetivándolo desde la perspectiva del derecho. La normatividad, no es algo evidente, de ahí que la norma efectúe una función de la cual depende la existencia del derecho, a saber, transforma las categorías, permitiendo el paso del ser al deber ser. Esto será estudiado en la segunda parte a propósito de la Norma Fundamental.

2. PERÍODO POSMARBURGIANO

El primer período descrito, se mantiene como fuente de influencia kantiana sobre el pensamiento de Kelsen hasta el tiempo en que éste toma conocimiento de los postulados que acerca de la obra de Kant

47. KELSEN, "Teoría Pura del Derecho (1934)", pp. 27, 29 y 30; "Teoría Pura del Derecho (1960)", pp. 16 y 17.

sostiene otra de las escuelas neokantianas, a saber, la Escuela de Marburgo. En este momento, comienza el período posmarburgiano, que se extiende hasta la muerte del sabio austrohúngaro. La interpretación proporcionada por los kantianos de Marburgo, sella definitivamente la doctrina kelseniana en punto a las influencias que recibe del filósofo alemán, aunque, esta vez, desde la teoría del conocimiento. Por tal motivo, debe suprimirse en forma definitiva la tradicional —y errada— costumbre de confrontar directamente a Kant con Kelsen para explicar la teoría pura del derecho. No basta con revisar algunos pasajes de la primera "Crítica" de Kant y compararlos con las citas de las obras kelsenianas clásicas para comprender la forma en que el teórico del derecho adscribía al pensamiento kantiano, sino que, antes bien, se hace necesario revisar la perspectiva específica que acerca de Kant propugnaba la Escuela de Marburgo, así como su recepción por el purismo jurídico. Hans Kelsen no fue un seguidor de la teoría epistemológica kantiana en sentido estricto, sino que —cuestión muy distinta—, sostuvo la interpretación que los marburgianos realizaban de Kant. Por lo tanto, el pensamiento filosófico de Kant que recibe el sabio austriaco pasa por un doble cedazo antes de radicarse en su obra: la Escuela neokantiana de Baden en primera instancia, y la de Marburgo luego.

2.1. Escuela de Marburgo y método trascendental

Hermann Cohen es el fundador de la Escuela de Marburgo, impulsado por el germen que ha dejado Lange⁴⁸ al valorar como cuestión central en la obra de 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, entre otros, por Paul Natorp, Ernst Cassirer y Nicolai Hartmann. La Escuela de Marburgo, procura estudiar la filosofía kantiana siguiendo un criterio interno de reconstrucción, pretendiendo entender a Kant desde el propio Kant. Ello no significa permanecer fiel a los principios del filósofo de

48. LEHMANN, ob. cit., p. 59.

Königsberg en forma rígida, esto es, no se propone un “kantismo ortodoxo”⁴⁹, sino que, su preocupación se dirige a obtener una interpretación enfocada sólo a una parte de la obra de aquel. Para tal efecto, los neokantianos de Marburgo se dedicaron a buscar el valor objetivo de la labor teórica realizada por Kant⁵⁰, que Cohen consideró hallar en el *método trascendental*. Para este autor, la importancia de la doctrina kantiana se basa en que todas sus partes constituyen una expresión de ese método, que sería «[...] la fuerza creadora impulsora, motriz de la creación del contenido de la Filosofía de Kant»⁵¹.

En este punto, se hace necesario efectuar una elucidación relativa a la expresión “trascendental” en Kant, cuestión que servirá para comprender en forma precisa la propuesta de Cohen. Al menos dos son las acepciones que este adjetivo tiene en los trabajos kantianos⁵². Según la primera de ellas, que se presenta en el período precrítico, la filosofía trascendental correspondería a la ontología, que trata de las cosas en general, haciendo abstracción de lo particular; incluso la “*Crítica de la Razón Pura*” utiliza este significado en algunos pasajes. Sin embargo, el Kant crítico entrega un nuevo sentido a la expresión que se comenta, de conformidad con el cual, la filosofía trascendental se encargaría de la facultad humana para concebir los “objetos” *a priori*, razón por la cual, está llamada a establecer los “conceptos” *a priori* de aquellos objetos que concibe. Esta facultad humana, consiste en la aptitud de los individuos de la cual dependen las condiciones de posibilidad del conocimiento *a priori* de las cosas existentes; de esto se trata el nuevo objeto de la filosofía. Kant se encarga de hacerlo explícito en el prefacio de la segunda edición de la “*Crítica*”: «Llamo *trascendental* todo conocimiento que en general se ocupa, no sólo de los objetos, sino de la

49. NATORP, Paul, “*Emmanuel Kant y la Escuela filosófica de Marburgo*”, trad. J.V. Viqueira, Francisco Beltrán, Madrid, 1915, p. 10.

50. Ídem, p. 12.

51. Ídem, p. 13.

52. TORRETTI, Roberto, “*Manuel Kant. Estudio sobre los fundamentos de la filosofía crítica*”, Universidad Diego Portales, Santiago, 3ª ed., 2005, pp. 77 y ss.

manera que tenemos de conocerlos, en tanto que sea posible *a priori*»⁵³. La preocupación del gran filósofo recaía, entonces, en el método del conocimiento y no le concernía, en cambio, su objeto. Sobre la base de esta última reflexión, se construye el pensamiento de Cohen y sus discípulos, pues, según la Escuela de Marburgo, para cada hecho debe indicarse el fundamento de su posibilidad, representado por la “ley de la creación objetiva”, consistente en el método utilizado por la filosofía, cuyo centro de atención es «[...] siempre exclusiva y rigurosamente [el] hecho creador de la producción del objeto [...]»⁵⁴. De este modo, se ve replicado el esquema de la filosofía trascendental de Kant, antes expuesta, en los postulados de los marburgianos: la filosofía no se ocupa del objeto del conocimiento, sino que de la aptitud humana que permite que éste sea concebido como tal, es decir, de las condiciones de posibilidad del conocimiento del objeto. En esto consiste el *método trascendental*, que asegura el fundamento —en la forma de conocimiento— del objeto, por lo que «[...] se eleva [...] en cuanto al punto de vista, sobre él, «trasciende» de él en este puro sentido metódico»⁵⁵. Existe, pues, una dependencia entre el objeto y el método, por virtud de la cual, aquél sólo se constituye si este último lo posibilita. Sin embargo, ha de advertirse que esta relación se efectúa con un objeto empírico, históricamente determinable, pues, según los marburgianos, «[l]a filosofía no puede respirar en el «espacio vacío» del pensamiento puro [...]»⁵⁶. Son los fenómenos de la experiencia aquellos constituidos mediante las reglas del método trascendental, descartándose, de una parte, la metafísica, y de otra, el empirismo anómico. La ley de la creación es, entonces, autónoma, cuestión que trasladada a las ciencias significa que el objeto de una disciplina científica es producido por su método, sin requerir información desde otros campos del saber para determinarlo,

53. KANT, Immanuel, “*Crítica de la Razón Pura*”, trad. José del Perojo/José Rovira Armengol, Losada, Buenos Aires, 2ª ed., 2004, p. 186.

54. NATORP, ob. cit., p. 20.

55. *Ibidem*.

56. Ídem, p. 18.

pues, podría concluirse que el objeto preexiste al método⁵⁷, 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.

La doctrina anterior, fue recibida por Kelsen directamente del propio Cohen en su breve paso por Marburgo, adquiriendo su obra un nuevo impulso en cuanto a la rigurosidad metodológica que le caracterizaba, tomando conciencia de ciertas directrices que llevaba a cabo en forma más bien inconsciente⁵⁸. A este respecto, en el prólogo de la segunda edición de los *"Problemas Capitales"*, expresó: «A encontrar el punto de vista epistemológico decisivo, sin el cual no habríamos podido llegar a enfocar certeramente 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 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»⁵⁹. El enfoque epistemológico del filósofo neokantiano de Marburgo es descrito por Kelsen como una doctrina según la cual «[...] es la dirección del conocimiento la que determina el objeto del conocimiento, de tal modo que éste es creado partiendo de un origen lógico [...]»⁶⁰. Si bien, el jurista austrohúngaro tuvo desde sus primeros escritos el propósito de separar el derecho positivo de la Sociología y el derecho natural, tarea que se refleja claramente en su primera obra original —los *"Problemas Capitales"*—, es la postura de Cohen aquella que otorga mayor fortaleza a la teoría kelseniana. En

57. Natorp es claro al respecto: «[...] el objeto debe regirse según el conocimiento y no el conocimiento según el objeto [...]». Véase, Ídem, p. 29.

58. MÉTALL, ob. cit., p. 15.

59. KELSEN, *"Problemas Capitales"*, p. L.

60. Íbidem.

adelante, Kelsen suscribirá en forma expresa y reflexiva el método trascendental para el estudio del derecho, que sólo podrá ser conocido, en forma excluyente, por la ciencia jurídica. Esta circunstancia, incluso le hace cambiar la nomenclatura a su doctrina, agregándole el adjetivo "pura" (*Reine*) para intitularla: ella será, para siempre, una "doctrina pura del derecho" (*Reine Rechtslehre*)⁶¹, convirtiéndose la ciencia jurídica en teoría del método trascendental para constituir y conocer su objeto normativo: el derecho.

2.2. La pureza como método

Como se ha dicho, el autor austrohúngaro se proponía, desde su primera obra, desligar la ciencia del derecho de otras disciplinas. Bajo la inspiración del neokantismo de Baden, las ciencias naturales y la Sociología debían quedar excluidas del estudio del derecho, en tanto, se encuentran en un ámbito diverso de aquel en que el derecho opera, es decir, aquellas se hallan al amparo de la categoría del ser. También el derecho natural y la política eran descartados como métodos de conocimiento del derecho, pues, sus respectivas preocupaciones versaban sobre cuestiones valorativas acerca de este. El plan trazado por Kelsen —que, como se verá en el capítulo siguiente, le es heredado— constituye una respuesta a los enredos que se han presentado entre el estudio del derecho y otras disciplinas, circunstancia expresamente rechazada por él a lo largo de sus obras: «En forma desprovista de todo espíritu crítico [se ha] mezclado la Jurisprudencia con la Psicología y la Biología, con

61. En rigor, Kelsen no fue el primero en aplicar los principios del neokantismo a la ciencia jurídica, pues, ya antes Stammler había elaborado un modelo de doctrina pura del derecho, aunque, en un sentido distinto al kelseniano. La propuesta efectuada por Stammler, clasifica la ciencia del derecho como una ciencia de fines que —y en esto coincide con Kelsen— se caracteriza por una autonomía metodológica. Sostiene el autor alemán que la ciencia jurídica es un modo de pensamiento que opera sobre la base de conceptos puros, surgidos desde la abstracción del material jurídico histórico (contingente). Esta propuesta, también se basa en los conceptos *a priori* de Kant. Al respecto, véase, LARENZ, ob. cit., pp. 105 y ss. También, FASSÒ, Guido, *"Historia de la Filosofía del Derecho"*, tomo III, trad. José F. Lorca Navarrete, Pirámide, Madrid, 3ª ed., 1983, p. 187.

la Ética y la Teología. Hoy en día casi no hay ciencia especial en cuyo recinto el jurisperito se considere incompetente para penetrar. Desde luego, él cree poder realzar su prestigio científico precisamente tomando en préstamo de otras disciplinas, con lo que está perdida, naturalmente, la verdadera Ciencia jurídica⁶². Éste es el atolladero desde donde el jurista austrohúngaro pretende sacar a la ciencia jurídica de los siglos XIX y XX.

Para tal efecto, Kelsen se propone seguir el *principio de la pureza metodológica* en el estudio del derecho, cuya formulación abre las ediciones de la "Reine"⁶³. La pureza como método posee en la doctrina kelseniana un doble sentido. El primero de ellos, importa dirigir el conocimiento únicamente hacia el derecho, mientras que, el segundo, significa la eliminación de todo aquello que no pertenezca al conocimiento del derecho⁶⁴. El propósito que se persigue, es la liberación de la ciencia jurídica de cualquier elemento que le sea extraño. Esto es consecuencia de la aplicación del método trascendental kantiano al estudio del derecho, cuestión que 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 objeto⁶⁵. Es decir, sólo la ciencia jurídica es capaz de

62. KELSEN, "Teoría Pura del Derecho (1934)", p. 26.

63. KELSEN, "Teoría Pura del Derecho (1934)", p. 25; "Teoría Pura del Derecho (1953)", p. 19; "Teoría Pura del Derecho (1960)", p. 15.

64. KELSEN, "Teoría Pura del Derecho (1934)", p. 25. Cada sentido, hace referencia a cuestiones distintas. El primero alude únicamente a la selección del objeto, a saber, el derecho, en tanto que el segundo, se vincula con el método, que no debe contaminarse por consideraciones no jurídicas.

65. Errázuriz denomina "pureza metódica total" a este postulado. Véase ERRÁZURIZ MACKENNA, ob. cit., p. 55. Sin embargo, en algunos pasajes de los trabajos de Kelsen, la pureza metodológica parece satisfacerse sólo con la exclusión de algunos métodos en el conocimiento del derecho: «Al separarse con toda claridad la Teoría del Estado [es decir, la teoría del derecho], de la Política —como Ética y Técnica social— de una parte, y de la ciencia natural y la sociología naturalista, de otra, realizase el postulado de la pureza del método». Véase, KELSEN, "Teoría General del Estado", p. 58. Esta lectura, es incompatible con el método trascendental, por virtud del cual, la exclusión ha de ser completa.

proporcionar el único método a cuyo través puede ser conocido el derecho; no existe otro. Con ello, la ley de la creación objetiva que los marburgianos defienden, se manifiesta de forma estricta en la teoría pura. Con todo, es innegable que 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, por lo que, si bien las ideas de Cohen y sus discípulos influyeron en ella en cuanto al método trascendental, la Escuela de Baden ya estaba suficientemente asentada en el pensamiento de Kelsen, de modo que éste pudo sostener, antes de conocer las enseñanzas de la Escuela de Marburgo, la autonomía de la ciencia del derecho frente a cualquier ciencia causal (natural) y al derecho natural, abriendo paso a la pureza metodológica, aunque en forma parcial. Esto explica la facilidad con la que Kelsen absorbió los postulados de Cohen, que vinieron a profundizar y conferir una completa certeza filosófica a un camino ya trazado⁶⁶. El teórico austrohúngaro, entonces, realizó una guisa de síntesis entre las dos corrientes neokantianas para aplicarla a su doctrina, a lo que debe agregarse las tesis sostenidas por la Escuela iuspublicista alemana sobre este punto, las que se revisarán en el siguiente capítulo.

66. El propio Kelsen da cuenta de esta doble fuente kantiana de la pureza metodológica: «La pureza del método, indispensable para la ciencia jurídica, no me parecía garantizada por ningún otro filósofo con tanta precisión que por Kant, con su oposición entre ser y deber ser. [...] Yo la aceptaba primero bajo la forma que le habían dado los filósofos de la Alemania del sudoeste, especialmente Windelband. [...] [G]racias a una recensión de mis *Problemas capitales*, aparecida en 1912 en los *Kanistudien*, [...] comencé a estudiar a los Kantianos de Marburgo, especialmente a Cohen, cuya teoría del conocimiento tuvo sobre mí una influencia duradera [...] Habiendo estudiado con más profundidad la filosofía kantiana de la Escuela de Marburgo, que apuntaba a una más grande pureza de método, pude identificar las numerosas confusiones y pesadas consecuencias que acarrea la teoría jurídica [...]». Esta cita corresponde a una breve autobiografía intelectual que Hans Kelsen envió a su colega Julius Moór en febrero de 1927, a propósito de la traducción al húngaro de una compilación de la "Teoría General del Estado" y de los "Problemas Capitales". Véase, VARGA, Csaba, "Documents de Kelsen en Hongrie. Hans Kelsen et Julius Moór", en "Droit et Societé", N° 7, L.G.D.J./C.R.I.V, Paris, 1987, p. 337.

2.3. *Materia y forma*

El último de los elementos kantianos transmitido por la Escuela de Marburgo a la teoría pura del derecho que aquí se tratará⁶⁷, corresponde a la distinción entre materia y forma, cuestión que viene a ser una particularización de la disociación entre método y objeto. En la “Estética trascendental” de su primera “Crítica”, Kant introduce esta distinción: «Llamo *materia* del fenómeno aquello que en él corresponde a la sensación, y *forma* del mismo, a lo que hace que lo que hay en él de diverso pueda ser ordenado en ciertas relaciones»⁶⁸. Esta afirmación, debe ser leída bajo el prisma de la interpretación marburgiana, que corrige el planteamiento del filósofo de Königsberg. Conforme a ella, la materia como “sensación” debe ser reemplazada por una materia como “experiencia”, que ha de ser determinada conforme a las reglas del método trascendental⁶⁹. A este respecto, explica Kelsen que, de acuerdo con la teoría epistemológica kantiana, existe un caos de

67. Existen otros vínculos entre Cohen y Kelsen que han sido tratados por Schmill —uno de los pocos que se ha ocupado de estas materias—, que exceden las consideraciones metodológicas que acerca de la teoría kelseniana trata el presente escrito. Véase, SCHMILL, Ulises, “*Algunas influencias de Hermann Cohen en Hans Kelsen*”, en “*Isonomía*”, N° 21, ITAM, México D.F., 2004, pp. 117 y ss. El artículo de Schmill, con todo, merece algunas reservas, pues, a ratos parece un desiderátum de su autor por querer hallar similitudes —quizás duplicaciones— entre el filósofo neokantiano y el jurista austrohúngaro, cuestión inadecuada, en tanto, Kelsen reconoce, en la autobiografía de la nota precedente, no haber acogido en forma completa la doctrina de Hermann Cohen.

68. KANT, ob. cit., p. 197.

69. NATORP, ob. cit., p. 35. Desde esta perspectiva, la Escuela de Marburgo puede ser caracterizada bajo la denominación de “empirismo trascendental”, en tanto, el objeto a constituir es la experiencia, sobre la base de reglas constitutivas objetivas de conocimiento, dispuestas en el método trascendental. De ahí la radical diferencia con la “*Crítica de la Razón Pura*” de Kant, obra que, como lo ha dicho Torretti, no es una teoría general del conocimiento, sino que es una gnoseología especial, «[...] una *teoría del conocimiento metafísico* [...]»; es decir, que *no se ocupa del conocimiento empírico*, sino del *a priori*. Sobre esto último, véase, TORRETTI, ob. cit., p. 46.

percepciones sensibles, al que se denomina materia, que mediante el trabajo del conocimiento científico, esto es, la forma, se convierte en un sistema dotado de unidad, en un “cosmos”⁷⁰. La doctrina pura adhiere a esta teoría que profundiza, como se dijo, el método trascendental, haciéndola aplicable al estudio del derecho, identificando la materia con la masa de normas jurídicas generales e individuales estatuidas por los órganos jurídicos, que sólo devienen en un sistema unitario y exento de contradicciones, es decir, un orden jurídico, a través de la labor de conocimiento realizada por la ciencia del derecho, equivalente a la forma. En este proceso intelectual, la teoría gnoseológica kantiana —obtenida por Kelsen desde los marburgianos como método trascendental— permite considerar la ciencia jurídica como *el* método de conocimiento del derecho, que, «[...] al igual que todo conocimiento, posee un carácter constitutivo y, en consecuencia, “produce” su objeto al concebirlo como una totalidad significativa»⁷¹. Por estas consideraciones, la teoría pura del derecho es, como lo sugiere Walter —

70. KELSEN, “*Teoría Pura del Derecho (1960)*”, p. 85.

71. *Ibidem*. Asevera Kelsen que «[...] Kant [...] interpreta que el proceso de conocimiento crea su objeto. Este punto de vista implica que el sujeto que conoce es —epistemológicamente— 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». Véase, KELSEN, Hans, “*Absolutismo y relativismo en Filosofía y en Política*”, en “*¿Qué es Justicia?*”, ob. cit., p. 115. De esta forma, Kelsen deja en claro su concepción objetiva del método trascendental kantiano-marburgiano, así como el papel de que éste tiene en tanto forma constitutiva de la materia. Hart ha dicho que este concepto resulta particularmente desconcertante, aunque sobre la base de su característica preocupación por el uso del lenguaje. Véase HART, H.L.A., “*Una visita a Kelsen*”, trad. Javier Esquivel, UNAM, México D.F., 1977, pp. 6 y ss.

haciendo hablar a Popper—, una “teoría del método”⁷², o, como lo diría Larenz, una “metodología de la ciencia del derecho”⁷³.

Capítulo II

ESCUELA GERBER/LABAND

Conforme al itinerario delineado, en este capítulo se revisará una segunda influencia estructurante del método de la doctrina pura del derecho de Kelsen, correspondiente a la Escuela alemana de derecho público, o Escuela Gerber/Laband en razón de los apellidos de sus impulsores. El propósito es revisar en qué medida Hans Kelsen fue seguidor de esta corriente, que hasta la actualidad se encuentra presente en la teoría jurídica, particularmente en relación con los derechos fundamentales. Lo cierto es que el jurista austrohúngaro fue alumno, desde 1908, de Georg Jellinek —otro de los ilustres representantes del iuspublicismo alemán—, en virtud de una beca que le permitió estudiar tres semestres en Heidelberg. El seminario de este autor no fue particularmente estimulante, ya que el círculo de adoradores que satisfacían su vanidad de maestro, junto a la imposibilidad de contradecirle, suprimía la discusión científica en torno a cuestiones en las que Kelsen estaba interesado⁷⁴. Este vínculo histórico y la persecución, *prima facie*, por parte de la teoría pura del derecho, del

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

73. LARENZ, ob. cit.

74. Su alumno y biógrafo, Rudolf Métall, compara el seminario de Jellinek con los de Kelsen: «¡Qué diferencia con los seminarios privados que Kelsen sostendría 20 años después! Cuando en una ocasión Felix Kaufmann empezó una exposición en un seminario privado que se organizaba en el domicilio de Kelsen en Viena, con las palabras: “Como en verdad dice Kelsen...”, fue de inmediato interrumpido por Kelsen quien le dijo “Querido profesor Kaufmann, diga mejor de una vez que estoy equivocado y que no concuerda conmigo». Véase, MÉTALL, ob. cit., pp. 18 y 19.

programa de fundamentación de la Escuela iuspublicista, ha acarreado la consideración —peyorativa— según la cual Hans Kelsen sería un “tardío heredero” de esa corriente⁷⁵.

1. CARACTERIZACIÓN DE LA ESCUELA

1.1. Contexto

Puede situarse la Escuela Gerber/Laband durante la época imperial alemana, esto es, entre la segunda mitad del siglo XIX y la década de 1920⁷⁶. Su fundador es Carl Friedrich Gerber (*von Gerber* luego de la adquisición del título nobiliario), quien anuncia y compromete un programa de renovación radical para la ciencia del derecho público en su obra “*Principios del Derecho Público Alemán*”. Es, sin embargo, Paul Laband, quien, a través de su extensa obra “*Derecho Público del Imperio Alemán*”⁷⁷, se encarga de desarrollar efectivamente el itinerario del primero, motivo por el cual, es considerado como el “ejecutor testamentario intelectual de Gerber”. Junto a estos padres de la ciencia del derecho público germano, integraron esta corriente Binding, el ya mencionado Jellinek y Otto Mayer. Desde la perspectiva de la historia de la ciencia jurídica, los postulados de esta corriente condujeron a un verdadero cambio de paradigma en la disciplina del derecho público en Alemania, transformándose, por ello, en teoría dominante hasta la República de Weimar, período en que se produjo su crisis, manifestada a través de la denominada “querrela de métodos”⁷⁸. Por virtud de esta, la corriente crítica denunciaba la insu-

75. HELLER, Hermann, “*Die Krisis der Staatslehre*”, citado en JOUANJAN, Olivier, “*Une Histoire de la Pensée Juridique en Allemagne*”, Presses Universitaires de France, Paris, 2005, p. 187.

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

77. LABAND, Paul, “*Le droit public de l'Empire allemand*”, trad. C. Gandilhon, V. Giard & E. Brière Libraires-Éditeurs, Paris, 1900.

78. JOUANJAN, ob. cit., p. 194.

ficiencia del método puramente jurídico de la Escuela Gerber/Laband. Los críticos que más destacan son Schmitt, Triepel, Smend, Heller y Kaufmann, quienes lograron construir una imagen relativamente falsa acerca de la Escuela iuspublicista⁷⁹. Estos profesores, no sólo tenían como objeto de su ataque la doctrina iuspublicista tradicional, sino que sus reproches se dirigían, también, hacia la nueva escuela que se veía como la continuadora de aquella, a saber, el purismo jurídico kelseniano⁸⁰.

1.2. Verdadera ciencia del Derecho Público: pureza y autonomía

El propósito principal de la Escuela, consiste en transformar el estudio del derecho público en una "verdadera ciencia"⁸¹. Esta pretensión de científicidad, influenciada por el racionalismo positivista que ya se había repartido por Europa, aparece claramente delineada en los prefacios de la monumental obra de Laband, donde se encarga de tematizar la metodología que hasta ese momento utilizaba la ciencia del derecho. La cuestión gira en torno a la obtención del método más adecuado para el estudio del material jurídico —que, en todo caso, será el positivo—, así como elucidar el rol de la dogmática del derecho público⁸². Si bien Laband reconoce la existencia de diversos métodos para conocer el derecho, considera que la dogmática, entendida como lógica, debe tener una predominancia absoluta para cumplir con esta

79. La imagen transmitida del Gerberlabandismo por parte de los críticos de Weimar, puede resumirse en tres enunciados: en primer lugar, que habría dominado totalmente la ciencia jurídica del derecho público durante el Imperio alemán; en segunda instancia, la Escuela sería un puro positivismo legalista o una mera exégesis; y en último término, el iuspublicismo no sería otra cosa que la absolutización del Estado monárquico. Con muy buenas razones, Jouanjan sostiene que estas tesis serían erradas. Véase, Ídem, pp. 194 y 195.

80. ESTÉVEZ ARAUJO, ob. cit., p. 97.

81. JOUANJAN, ob. cit., p. 187.

82. LABAND, ob. cit., p. 2.

tarea: «[L]a dogmática no es el único rostro de la Ciencia del derecho, pero ciertamente es uno [...] Ahora bien, el rol científico de la dogmática, respecto de un determinado derecho positivo, consiste en analizar las formas jurídicas, remitir las nociones particulares a principios más generales y a deducir de estos principios las consecuencias que implican. [...] Para llevar a cabo esta tarea, no existe otro medio que la lógica; nada puede aquí reemplazarla. Todas las consideraciones históricas, políticas y filosóficas [...] no tienen importancia para la dogmática de un derecho concreto, y no sirven más que para encubrir la falta de trabajo sistemático»⁸³. De esta cita, puede extraerse el primero de los principios estructurantes de una ciencia del derecho público verdaderamente científica, a saber, la *pureza de la dogmática jurídica*, según el cual, la actividad de estudio del derecho sólo puede acceder a un estatus de científicidad bajo la condición de independizarse respecto de otras disciplinas. Los conceptos de la dogmática, deben estar descontaminados de elementos metajurídicos, es decir, han de ser puros⁸⁴, y obtenidos a través del método proporcionado por una lógica que opera desde el derecho históricamente determinado⁸⁵. Sólo este tipo de razonamiento jurídico es adecuado para asir los principios generales del derecho positivo, bajo los cuales habrán de subsumirse los conceptos desarrollados por la dogmática.

Como puede apreciarse, la pureza de Laband opera como límite frente a intromisiones no jurídicas, cuestión que no es suficiente para lograr una verdadera ciencia del derecho público. Para ello, resulta necesario un segundo requisito que establezca los límites internos de la dogmática jurídica, manifestado en el *principio de autonomía del derecho público frente al derecho privado*, que supone la separación de dos dominios metodológicamente coincidentes⁸⁶. No se trata solamente

83. Ídem, pp. 9 y 10.

84. JOUANJAN, ob. cit., pp. 192 y 193.

85. En este sentido, es dogmática, es decir, opera en referencia a un ordenamiento jurídico específico, a saber, el del Imperio Alemán; de hecho, Laband se dedica en su obra a efectuar un análisis de las instituciones y normas vigentes.

86. JOUANJAN, ob. cit., p. 193.

de diferenciar lo jurídico de aquello que no lo es, como sucede con el principio de pureza, sino que el propósito que se persigue es trazar una diferencia específica dentro de un ámbito formalmente compartido en que la dogmática podría desplazarse indistintamente. Laband niega esta posibilidad: derecho público y derecho privado no son lo mismo, debiendo descartarse la manera privatista de estudiar el derecho público: «Sucede que [...] en el dominio del derecho público se presentan numerosos principios que han sido científicamente establecidos y desarrollados en el dominio del derecho privado, pero que, en virtud de su naturaleza, no son principios del derecho privado, sino que principios generales del derecho. Sólo hay que despojarlos aquí de aquello que los vincula específicamente con el derecho privado»⁸⁷. Con este segundo postulado, queda completo el planteamiento de la nueva ciencia del derecho público, cuyo método es la lógica, que se sostiene en los dos principios revisados, perfilándose el carácter neutro de la actividad dogmática, debiendo la ciencia jurídica estar libre de cuestiones fácticas y valóricas. En consecuencia, sus resultados deben obtenerse con independencia de las convicciones morales o políticas de los juristas⁸⁸.

2. LA TRADICIÓN IUSPUBLICISTA EN LA DOCTRINA PURA

2.1. Apego y crítica a la escuela dominante

Como se ha intentado mostrar en este estudio, la teoría pura del derecho no es un mero accidente histórico, y en el ámbito de la ciencia jurídica, esta cuestión se hace especialmente visible, pues, Kelsen fue, efectivamente, el último gran exponente metodológico de la Escuela alemana de derecho público. Además de la vinculación con Jellinek antes apuntada, el joven jurista asistió a las clases y seminarios de Edmund Bernatzik, siendo su discípulo, reemplazándolo el año 1919 en las cátedras de derecho constitucional y administrativo en la Universidad de Viena⁸⁹. Este profesor, fue alumno de Laband y Mayer, convirtiéndose, luego, en la «[...] cabeza dogmática vienesa del derecho

87. LABAND, ob. cit., p. 5.

88. ESTÉVEZ ARAUJO, ob. cit., p. 74.

89. MÉTALL, ob. cit., pp. 15, 16, y 45.

público»⁹⁰. De modo que el entorno dentro del cual Hans Kelsen desarrolló sus primeros estudios se ocupaba de la teoría del Estado; era la época de las “teorías generales” y el joven *privatdozent* tenía un sentido de pertenencia a la tradición en la que se formó. Precisamente, el libro para obtener su habilitación académica se encargó de los “*Problemas Captales de la teoría jurídica del Estado*”, preocupación que sólo algunos años después recaería en la teoría general del derecho. Kelsen leyó los autores del iuspublicismo y transitó por sus postulados, aunque profundizándolos, manteniendo la pretensión de seguir los principios de la escuela tradicional, transformándose en objeto del rechazo de la corriente crítica, con más de un comentario ofensivo en su contra. En este contexto, esto es, en la época de la señalada querrela de los métodos, Kelsen publica su primera “*Allgemeine*”, a saber, la “*Teoría General del Estado*” de 1925, texto en el que se encarga de exponer en forma sistematizada su doctrina, sosteniendo en el prefacio una provocativa declaración que explica su adscripción al Gerberlabandismo: «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»⁹¹.

Es en la doctrina Gerber/Laband donde puede hallarse la raigambre iuspositivista de la teoría pura. De ahí proviene aquello que Nino ha denominado “positivismo metodológico”⁹², que puede definirse

90. WALTER, Robert, “*La Doctrina del Derecho de Hans Kelsen*”, trad. Luis Villar Borda, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999, p. 41.

91. KELSEN, “*Teoría General del Estado*”, p. VI. Asimismo, afirma Kelsen unos años después: «[L]a teoría [pura] en manera alguna es tan inusitadamente nueva ni contradice todo lo que hasta ahora aquí ha tenido existencia. Puede comprendérsela como el desarrollo posterior de acometidas que ya se anunciaban en la ciencia jurídica positiva del siglo XIX». Véase, KELSEN, “*Teoría Pura del Derecho (1934)*”, p. 18. En esta cita, el sabio austrohúngaro hace referencia a la Escuela dominante como precursora de la propia.

92. NINO, Carlos Santiago, “*Introducción al análisis del derecho*”, Astrea, Buenos Aires, 11ª reimpr., 2001, pp. 37 y ss.

como aquella forma de enfrentar el estudio del derecho y definirlo con prescindencia de cuestiones valorativas. Pero la posición de Kelsen no fue irreflexiva, pues, si bien se esmeró por exponer las consecuencias a las que conducía la doctrina dominante, con igual fuerza se encargó luego de refutarlas, por lo que puede afirmarse que la teoría pura no es mera continuación del positivismo jurídico estatal, como los críticos weimarianos pretendieron demostrar, sino que, por el contrario, fijó sobre este una mirada crítica para destacar la falta de coherencia entre las convicciones que 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»⁹³. El esfuerzo de Kelsen se dirigió a llevar al extremo los principios de la Escuela Alemana de Derecho Público, destacando que «[...] la Teoría pura del Derecho extrae las consecuencias últimas de la filosofía y la teoría jurídica del siglo XIX, originariamente antiideológicas y positivistas [...]»⁹⁴. La doctrina kelseniana, se diferenció del iuspublicismo positivista en cuanto a la profundización de su método por virtud de la influencia del neokantismo, especialmente, aquel de la Escuela de Marburgo. Por ello, puede afirmarse que la teoría pura confiere al positivismo jurídico una fundamentación “teórica-epistemológica”, motivo por el cual Verdross —uno de los discípulos de Kelsen— la ha designado como “positivismo jurídico crítico”⁹⁵, existiendo una complementación entre el iuspublicismo —cuyos presupuestos forman parte de la tradición jurídica a la que Kelsen considera pertenecer y que son previos a la adquisición de las ideas Cohen— y el método trascendental marburgiano. Junto a esto, existe otra importante diferencia entre la Escuela Gerber/Laband y la teoría

93. KELSEN, “*Teoría Pura del Derecho (1934)*”, p. 46.

94. Ídem, p. 51.

95. WALTER, Robert, “*Desarrollo y estado de la teoría pura del derecho*”, en WALTER, Robert (ed.), “*Problemas Centrales de la Teoría Pura del Derecho*”, trad. Luis Villar Borda, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, p. 25.

kelseniana, relativa al objeto de estudio de la ciencia jurídica: mientras el iuspublicismo se ocupa del estudio de las normas positivas del imperio alemán, dependiendo su análisis de un ordenamiento específico, el planteamiento de Kelsen tiene un carácter de generalidad, es decir, pretende conocer las características de cualquier orden jurídico posible, por lo tanto, es una *teoría general* del derecho positivo⁹⁶, y no dogmática jurídica, como el modelo gerberlabandista.

2.2. Geometría jurídica

La pertenencia del positivismo crítico de la teoría pura a la tradición iuspublicista, puede rastrearse ya en los “*Problemas Capitales*”. Allí, el jurista austrohúngaro cita, analiza, y concuerda con el método seguido por Laband en la elucidación de los conceptos jurídicos, caracterizado por la exclusión de cuestiones relativas a la finalidad de las instituciones, quedando aquellos reducidos a categorías formales que la ciencia del derecho ha de conocer. La labor científica sólo debe encargarse de la *forma* del fenómeno jurídico, «[...] dejando que la sociología y las disciplinas histórico-políticas se ocupen de su contenido[...]»⁹⁷. Siguiendo esta tradición, Kelsen se encargó de definir para siempre la tarea que a la teoría del derecho debía corresponder: «[...] podríamos muy bien llamar a la jurisprudencia, aunque el símil no sea, ciertamente, exacto en todos sus puntos, una especie de *geometría del fenómeno jurídico total*»⁹⁸. Con ello, se reproduce, en la primera etapa de la teoría pura, el método de tratamiento lógico del derecho como pretensión científico-jurídica. En concordancia con tal planteamiento, el joven profesor también comparte con Laband la concepción que acerca de la ley éste propone, referida a la irrelevancia de su contenido, interesando, únicamente, su forma⁹⁹. Ambas cues-

96. KELSEN, Hans, “*Teoría General del Derecho y del Estado*”, trad. Eduardo García Máynez, UNAM, México D.F., 3ª ed., 1969, p. V.

97. KELSEN, “*Problemas Capitales*”, p. 78.

98. Ibídem, p. 78.

99. Ídem, pp. 472 y 473.

tiones, se enmarcan dentro del programa de fundamentación defendido por los teóricos de la doctrina dominante, dirigido a obtener una verdadera ciencia jurídica, que Kelsen entiende —y comparte— como un esquema vinculado con la evolución de las ciencias naturales, y cuyo método habría sido influido, en forma más o menos consciente, por la crítica de la razón kantiana¹⁰⁰. Por este motivo, la distinción entre forma y materia proveniente desde el pensamiento del filósofo de Königsberg presentada más arriba, armoniza con las ideas de la Escuela iuspublicista: la ciencia jurídica geométrica cumple la función de ordenar el caos de la materia normativa, sin importar su contenido.

2.3. Exclusión de la política

Otro de los supuestos replicados en la doctrina pura, cuyo origen puede hallarse en la Escuela Gerber/Laband, corresponde a la exclusión de la política desde la teoría del derecho, exigencia ocasionada en el rompimiento que efectúa el iuspositivismo estatal entre derecho, de un lado, y política, de otro, a través de la fijación del sistema constitucional de la monarquía alemana en un mundo de conceptos puros, donde sólo dominara lo jurídico, eliminándose la obligación de justificar el material normativo histórico. Con ello, la inestabilidad de la época —situación que no resultaba favorable para un estudio del derecho positivo que se veía constantemente amenazado por el peligro de las críticas— quedaba en segundo plano, liberándose a la ciencia jurídica de cualquier reclamación, permitiendo a los teóricos desarrollar plenamente su actividad no obstante las fluctuaciones de la organización estatal¹⁰¹. Esta motivación de autoprotección de la actividad de los científicos del derecho no es analizada por Kelsen, y no habría sido compartida por él, pues, sus razones para la exclusión son de principio, fundadas en el método puro. Para el sabio austrohúngaro, la política posee una doble perspectiva: de una parte, un sentido ético, conforme al cual, se estatuyen como deber ser ciertos contenidos; y de otra, un

100. KELSEN, "Teoría General del Estado", pp. VII y VIII.

101. JOUANJAN, ob. cit., p. 230.

significado técnico, dedicado a obtener los mejores medios para cumplir con los fines establecidos previamente en el deber ser ético¹⁰². Cualquiera de estas opciones, excede la tarea de una ciencia del derecho, cuyo método trascendental para la determinación del objeto ha de construirse sobre la pureza metódica absoluta, debiendo atender, asimismo, a un manejo del material jurídico desde el punto de vista meramente formal, proporcionado por el programa lógico y científicista diseñado por Laband.

2.4. Tendencia antiideológica

El sabio austrohúngaro, se encarga de destacar que la ciencia jurídica del siglo XIX —es decir, la Escuela Gerber/Laband— se caracterizaba por su pretensión de oponerse a la ideología. La teoría pura comparte este postulado, aunque denuncia que la doctrina dominante se encuentra, no obstante, sometida a ella. Las ideologías encubren la realidad, ya sea transfigurándolas o bien desfigurándolas, producto de intenciones deliberadas, es decir, provenientes del querer y no del conocimiento¹⁰³. Contra estas teorías, declara oponerse el pensamiento jurídico kelseniano, rehusando «[...] ponerse al servicio de cualesquier intereses políticos suministrándoles las ideologías mediante las cuales es legitimado o descalificado el orden social existente»¹⁰⁴, con lo cual, se eleva la doctrina pura al nivel de una *verdadera ciencia jurídica*¹⁰⁵ —aspiración que, como se revisó, fue impulsada primeramente por el Gerberlabandismo—, ya que conoce su objeto sin que medien interferencias entre este y su método, impidiendo que se altere la realidad que las ciencias conocen. Esta condena a la ideología, tiene como consecuencia excluir del conocimiento del derecho una serie de

102. Véase, KELSEN, "Teoría General del Estado", ob. cit., pp. 35 y 36.

103. KELSEN, "Teoría Pura del Derecho (1934)", pp. 42 y 43; "Teoría Pura del Derecho (1960)", pp. 121 y 122.

104. KELSEN, "Teoría Pura del Derecho (1934)", p. 43.

105. KELSEN, "Teoría Pura del Derecho (1934)", p. 43; "Teoría Pura del Derecho (1960)", pp. 121 y 122.

categorías que se tenían irreflexivamente aceptadas por la doctrina tradicional, a saber, los dualismos entre derecho natural y positivo; derecho público y derecho privado; derecho subjetivo y objetivo; Estado y derecho; entre otras¹⁰⁶.

Capítulo III

POSITIVISMO

Como ha quedado de manifiesto en el capítulo anterior, el purismo kelseniano recibe desde la Escuela alemana de derecho público aquella pretensión de construir una verdadera ciencia del derecho, transitando, de esta forma, a través del plan que ha perseguido la tradición jurídica que le ha precedido. Esta aspiración arranca, en última instancia, desde el positivismo, que históricamente puede situarse entre la cuarta década del siglo XIX, extendiéndose hasta el primer tercio del siglo XX, época en que buena parte de la cultura europea fue dominada por esta corriente¹⁰⁷. El pensamiento positivo, en búsqueda de un saber verdadero, logró difundir exitosamente su paradigma científico hacia las diversas disciplinas, entre ellas, aquella cuya ocupación es el derecho. Kelsen se ocupó largamente de colonizar, desde la ciencia, su actividad intelectual, apareciendo, en la historia de la teoría jurídica, como uno de los representantes más apegados al modelo de racionalidad propuesto por este movimiento filosófico, cuestión que resulta determinante para algunas materias por él tratadas, pues, se encuentra en estrecha vinculación con el relativismo que el sabio austrohúngaro defiende, expresado en asuntos de filosofía moral y del conocimiento. Asimismo, puede hallarse en el positivismo la fuente desde la cual deriva la concepción democrática que sostiene¹⁰⁸.

106. Véase, KELSEN, "Teoría Pura del Derecho (1934)", pp. 68 y ss.; "Teoría Pura del Derecho (1953)", pp. 87 y ss.

107. REALE, Giovanni y ANTISERI, Dario, "Historia del pensamiento filosófico y científico", tomo III, trad. Juan Andrés Iglesias, Herder, Barcelona, 1995, p. 271.

108. La filosofía positivista no debe confundirse con el positivismo jurídico, a pesar que éste posee innegables vinculaciones con aquel. A tal respecto, cabe realizar una doble advertencia: en primer lugar, debe descartarse que el positivismo jurídico

1. EL PROGRAMA POSITIVISTA

1.1. Teoría de la ciencia

El emplazamiento efectuado por Kant a la humanidad para que ésta salga de su minoría de edad¹⁰⁹, caracteriza la Ilustración como forma de pensamiento dirigida a desvincular al individuo de la coacción que supone la tradición, descargándolo así de contextos colectivos¹¹⁰ condicionantes. Con ello, el sujeto se vuelve dueño de sí para comprender el mundo e interpretar y revisar sus creencias. En este entorno ilustrado, destacan dos corrientes filosóficas, que tendrán por objeto la obtención de un conocimiento fiable¹¹¹, a saber, de una parte, el empirismo británico, y, de otra, el racionalismo continental. Según el primero, la fuente última del conocimiento puede hallarse únicamente en la *observación*, de modo que es la experiencia aquella que mediará la posibilidad de un saber verdadero; sus representantes máximos son Locke, Bacon y Hume¹¹². De acuerdo a la segunda escuela, el principio

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. Esta precisión, es entregada por el profesor Squella siguiendo a Hernández-Gil y a Bobbio. Véase, SQUELLA, Agustín, "Filosofía del Derecho", Editorial Jurídica, Santiago, 2001, pp. 335 a 337. Villey, por su parte, considera que Hobbes, a través de la distinción entre ley natural, de una parte, y ley civil promulgada por el Leviatán, de otra, es el fundador del positivismo jurídico. Véase, VILLEY, Michel, "La formation de la pensée juridique moderne", Les Éditions Montchrestien, Paris, 1975, p. 699.

109. KANT, Immanuel, "Qué es la ilustración", en "Filosofía de la historia", trad. Eugenio Ímaz, Fondo de Cultura Económica, 9ª reimpr., México D.F., 2002, p. 25.

110. HABERMAS, Jürgen, "El discurso filosófico de la modernidad", trad. Manuel Jiménez Redondo, Taurus, Madrid, 1989, p. 136.

111. HABERMAS, "Conocimiento e Interés", p. 11.

112. Puede revisarse, a este respecto, O'CONNOR, D.J., (comp.), "Historia crítica de la Filosofía occidental", tomo IV "El empirismo inglés", Paidós, Buenos Aires, 1968.

de todo conocimiento posible será la *razón*, considerada como facultad de conocer¹¹³; sus exponentes más reconocidos son Descartes, Spinoza y Leibniz. Ambas tendencias, se encargan de estructurar una epistemología, aunque desde perspectivas diversas: la observación en el caso del empirismo, y la razón para el racionalismo continental. Utilizando los elementos de estas tradiciones de pensamiento, surgió el positivismo para confrontar la clásica teoría del conocimiento¹¹⁴, cuyo prototipo es la crítica de la pura razón kantiana.

El objeto del positivismo, es, entonces, la disolución de la teoría del conocimiento, tal como hasta ese momento se presentaba, para reemplazarla por una teoría de la ciencia, que se caracteriza por sostener una fe en sí misma. En virtud de esta creencia, la ciencia ya no puede considerarse como una de las formas disponibles para conocer, sino que, por el contrario, el conocimiento equivale a ella¹¹⁵. De esta manera, se descarta la reflexión efectuada por la teoría del conocimiento en torno a cuestiones trascendentales referidas a las condiciones para conocer, pues, la preocupación versa ahora sobre asuntos metodológicos acerca de las reglas de constitución y comprobación de las teorías científicas. El positivismo expresa una determinada actitud respecto a la ciencia, fundamentándose sobre el denominado *principio cientificista*, por cuyo mor, «[...] el sentido del conocimiento es definido por lo que las ciencias efectúan y puede ser explicitado de manera suficiente mediante el análisis metodológico»¹¹⁶. Este énfasis en la ciencia, deja de lado el

113. FERRATER MORA, J., *"Diccionario de filosofía"*, Ariel, Barcelona, 1994, pp. 2982 y ss.

114. Ésta se caracterizaba por tres presupuestos. En primer lugar, por defender un concepto normativo de ciencia, caracterizado por un tipo de saber prototípico, es decir, proporcionado por los ejemplos de la matemática y la física; en segunda instancia, por la aceptación de un sujeto cognoscente, es decir un concepto normativo del yo; y, finalmente, por efectuar una separación entre razón teórica y razón práctica. Al respecto, HABERMAS, *"Conocimiento e Interés"*, pp. 21 y ss.

115. Ídem, pp. 9 y 13.

116. Ídem, p. 76.

problema del sujeto cognoscente, presuponiéndose válidas la lógica y la matemática como ciencias que no necesitan de un yo que conoce. Así, la pregunta por el sentido del conocimiento se convierte en irracional, adoptándose la posición según la cual sólo compete a la ciencia describir la realidad, al modo concebido por la teoría de la verdad como correspondencia. En adelante, sólo los hechos se volverán relevantes para la adquisición del saber desde la perspectiva proporcionada por las ciencias. Con ello, el positivismo pretende conferir a las ciencias un monopolio cognoscitivo, separando lo fáctico de lo puramente imaginado, distinguiendo estrictamente entre ciencia y metafísica¹¹⁷, adquiriendo el análisis científico un ámbito de objetos determinado, a saber, aquel de los hechos, cuestión que supone un específico concepto de *racionalidad*, que se define por la utilización de un saber descriptivo, de modo que sólo es posible predicar la racionalidad de manifestaciones que guardan relación con el mundo objetivo¹¹⁸.

El positivismo clásico, radicado en la obra de uno de sus precursores, el francés Auguste Comte, se encarga de proponer una doctrina que resulte incuestionable, sobre la base de una "regla fundamental", cuya prescripción dispone que un enunciado no traducible en términos de contenidos empíricos es un sinsentido. Desde este empirismo, el espíritu positivo efectúa una previsión racional, estableciendo leyes explicativas de los hechos¹¹⁹, que luego habrían de denominarse hipótesis científicas. El positivismo ha aceptado, entonces, el principio básico proporcionado por la escuela británica, referido a que todo saber fiable debe apoyarse en la certeza sensible de la observación sistemática. Esta fiabilidad requiere, además, otro elemento, consistente en la certeza metódica, caracterizada por un método único, a saber, el positivo, que adquiere primacía sobre su objeto, en tanto,

117. Ídem, pp. 77 y 81.

118. HABERMAS, Jürgen, *"Teoría de la acción comunicativa, I"*, trad. Manuel Jiménez Redondo, Taurus, Madrid, 2003, pp. 26 y 27.

119. COMTE, Auguste, *"Discurso sobre el espíritu positivo"*, trad. Julián Marías, Alianza, Madrid, 2000, p. 28.

sólo puede informarse con seguridad acerca de las cosas con la mediación de los procedimientos científicos. Por otro lado, el positivismo pretende que el conocimiento que a su través se ha generado, sea útil para el mejoramiento continuo de las condiciones de vida individual y colectiva de los sujetos¹²⁰.

1.2. Las reglas del positivismo

Según Kolakowski, el positivismo corresponde a una posición filosófica que se ocupa de la constitución de ciertos criterios sobre el conocimiento humano¹²¹, los que permiten distinguir entre una cuestión posible y «[...] lo que, razonablemente, no puede presentarse como cuestión»¹²². Este autor, identifica cuatro reglas fundamentales para caracterizarlo. La primera de ellas, tratada en el apartado anterior, se denomina *regla del fenomenalismo*, conforme a la cual sólo resulta posible registrar aquello que, efectivamente, se manifiesta a la experiencia. El segundo postulado positivista, corresponde a la *regla del nominalismo*. Según él, un saber abstracto sólo tiene como equivalentes en la realidad objetos concretos singulares, por lo tanto, cualquier enunciado acerca de las características atribuidas a un objeto no natural —como una figura geométrica—, no permiten afirmar que él existe en alguna parte de un modo al que sólo la razón puede acceder. Sin embargo, el positivismo admite el empleo de algunos conceptos ideales que nunca pueden verificarse de hecho para describir en forma general la realidad, con el propósito de ordenar y clasificar los datos empíricos, aunque no puede suponerse que esos conceptos sean reales en otro lugar distinto. El tercer requerimiento que proponen los positivistas, es la *regla que niega todo valor cognoscitivo a los enunciados normativos*, pues, las evaluaciones de acontecimientos o conductas no informan nada acerca de la experiencia,

120. HABERMAS, "Conocimiento e Interés", pp. 81 y ss.

121. KOLAKOWSKI, Leszek, "La Filosofía positivista. Ciencia y Filosofía", trad. Genoveva Ruiz-Ramón, Cátedra, Madrid, 1979, pp. 14 a 21.

122. Ídem, p. 15.

ni pueden obtenerse prescripciones de conducta desde ella. Los enunciados normativos tendrían únicamente un carácter técnico, operando como medio para conseguir un fin determinado y la afirmación de valores sería una decisión puramente arbitraria, pues, éstos no pueden ser empíricamente verificados. Finalmente, el último de los postulados que Kolakowski identifica en el positivismo, es la *regla de la unidad del método de la ciencia*, de conformidad con la cual, los modos de adquisición de conocimiento son, básicamente, los mismos en todos los campos de la experiencia. En virtud de esta premisa, se pretende reducir todas las áreas del saber a una sola ciencia, a saber, la Física.

2. EL POSITIVISMO EN LA TEORÍA PURA DEL DERECHO

2.1. Pretensión de científicidad

Kelsen representa el espíritu del positivismo. Aunque esta afirmación no debe comprenderse en forma absoluta, por cuanto, tal como sucede con su adscripción al neokantismo de Marburgo y al iuspublicismo germano, de ningún modo el jurista aceptó irreflexivamente la filosofía positiva, pues, esta influencia debe compartir el espacio metodológico de la doctrina pura con las otras dos, efectuándose una "selección" de contenidos desde esas coordenadas estructurantes¹²³. Ya se dijo que el positivismo dominaba en Europa la actividad especulativa, pretendiendo extender su método científico empirista hacia todas las ciencias, circunstancia que claramente se ve reflejada en el Gerberlabandismo, traspasándose al pensamiento jurídico del sabio austrohúngaro, donde la pretensión de científicidad está fuertemente arraigada. En 1934, Kelsen abre la primera edición de su "Reine" declarando una firme convicción orientada a incluir el estudio del

123. El intento de Kelsen por construir una *ciencia del derecho* basada en los postulados positivistas mencionados, se complementa con el método trascendental kantiano, cuestión que puede resultar contradictoria, en tanto, como se dijo, el positivismo tiende a la borradaura del sujeto cognoscente, mientras que el método de los marburgianos lo sublima. Ésta es una consecuencia que deriva de la circunstancia de complementariedad entre las diversas influencias que recibe Kelsen.

derecho dentro del programa cientificista, cuestión que se encuentra presente desde sus primeros esfuerzos teóricos: «Desde un principio tuve por mira elevar a la Jurisprudencia [...] a la altura de una ciencia auténtica, de una ciencia del espíritu. Tratábase de dar despliegue a sus tendencias dirigidas [...] exclusivamente al conocimiento del derecho[.]»¹²⁴. El traslado del estudio del derecho hacia el ámbito científico supone que sólo a través de las metodologías que las ciencias proveen será posible adquirir un saber fiable a su respecto, por lo tanto, cualquier intento diverso de conocer el material jurídico será vano, desde que excede los límites de ellas, infringiendo su ideal común: la objetividad y la exactitud¹²⁵. En concordancia con este planteamiento, se encuentra la defensa, por parte de la teoría pura, de un concepto informativo de racionalidad, conforme al cual, la ciencia jurídica sólo habrá de abocarse a la descripción de su objeto, consistente en el derecho positivo. Por ello, sostiene Kelsen que su doctrina «[p]rocura responder a la pregunta sobre qué es y cómo es el derecho [...]»¹²⁶, circunscribiendo la metodología jurídica al ámbito de una ciencia social normativa, que, de acuerdo a lo explicado arriba, se encarga de describir el deber ser jurídico que opera bajo el principio de imputación. Por virtud de esta posición, el líder de la Escuela de Viena efectúa una adecuación que no es pacífica, pues, el positivismo se encarga de la descripción de hechos, mientras que, para la teoría pura, su objeto de estudio será la significación de estos, es decir, su sentido normativo¹²⁷. La espinosa conciliación que surge de la propuesta de Kelsen, es resultado de la dificultad interna de traspasar los fundamentos metodológicos positivistas —originalmente planteados para las ciencias naturales con objetos de verificación empírica— hacia la teoría del derecho, cuyo objeto no tiene esa característica. El proyecto positivista se traspasa recortado a la teoría kelseniana, porque la pretensión de cientificidad, basada en un concepto

124. KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho (1934)*, p. 17.

125. *Ibidem*.

126. *Ídem*, p. 25.

127. *Ídem*, pp. 26 y ss.

de racionalidad informativa, se aplica a ella sólo respecto del método y no del objeto, que sólo es describable en su normatividad.

Cabe advertir que las raíces positivistas de la teoría pura se hallan en el positivismo clásico, y no en el neo-positivismo o positivismo lógico. Es errado declarar¹²⁸ que la doctrina kelseniana haya recibido, en virtud de la época en que se desarrolló, un influjo directo desde el célebre “Círculo de Viena”. Si bien es cierto que entre esta escuela vienesa y el positivismo clásico existen diversas coincidencias, aquella tuvo como preocupación fundamental el establecimiento de un criterio lingüístico de demarcación entre ciencia y pseudociencia. Para este movimiento, todo giraba en torno al “principio de verificación”, según el cual, podía determinarse si un enunciado era o no literalmente significativo, lo que se obtenía cuando la proposición expresada era analítica —tautológica— o empíricamente verificable¹²⁹, careciendo de significado cualquier cosa que no pudiese confrontarse con la realidad. Los positivistas lógicos también sostuvieron que las proposiciones de la lógica y la matemática tenían la condición de tautologías con validez cierta. Finalmente, los integrantes de esta corriente consideraron que la filosofía debía ser una actividad de elucidación, que esclareciera y analizara las cuestiones, poniendo de manifiesto lo absurdo¹³⁰. Kelsen podría haber estado de acuerdo con el principio de verificación, sin embargo, como lo afirma uno de sus discípulos, para él no habría sido posible aprobar un criterio exagerado como el planteado por el Círculo de Viena, desde que la propia teoría pura está basada sobre el deber¹³¹, es decir, éste es su objeto

128. Sobre esta frecuente equivocación, véase, COFRÉ, Juan, *Kelsen, el formalismo y el Círculo de Viena*, en *Revista de Derecho*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral, Vol. VI, Valdivia, 1995, pp. 29 a 37. También, NINO, *ob. cit.*, p. 31.

129. AYER, Alfred J., *Lenguaje, verdad y lógica*, trad. Marcial Suárez, Orbis, Barcelona, 1984, p. 7.

130. MAGEE, Bryan, *El positivismo lógico y su legado*, Diálogo con A.J. Ayer, en *Los hombres detrás de las ideas*, trad. José A. Robles García, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2ª reimpr., 1993, pp. 128 y 129.

131. KUNZ, Josef L., *La Teoría Pura del Derecho. Cuatro conferencias en la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, Imprenta Universitaria, México, 1948, p. 145.

de estudio, con lo cual, se aniquilaría a sí misma al defender un tal criterio. Por el contrario, el jurista considera que el deber ser jurídico es una cuestión verificable, aunque de naturaleza normativa; es, por tanto, cognoscible en su normatividad. Kelsen tampoco aprueba la imposibilidad de hablar acerca de cuestiones éticas, al modo propuesto por el positivismo lógico en una tesis compartida con el primer Wittgenstein. Como se verá más abajo, el sabio austrohúngaro sí se encargó de estos asuntos, elaborando una teoría de la justicia, oponiéndose especialmente a la idea wittgensteiniana sobre la inefabilidad de la ética¹³². Los positivistas lógicos también combatieron la separación entre ciencias naturales y sociales¹³³, posición con la que, de acuerdo a lo revisado en el primer capítulo, Kelsen no coincidiría. Por último, se debe agregar que la doctrina pura fue, además, criticada desde el propio positivismo lógico¹³⁴.

2.2. Neutralidad valorativa

En estrecha vinculación con la racionalidad descriptiva profesada por Kelsen desde su posición científicista derivada del positivismo, se encuentra la denominada neutralidad axiológica, que importa una interdicción metodológica, consistente en que la teoría pura no puede prescribir, respecto del derecho, «[...] cómo debe ser o cómo debe

132. KELSEN, "Teoría General de las Normas", p. 294, nota 62. En esta obra póstuma, el jurista austrohúngaro se opone también a la teoría de Schlick, líder del Círculo de Viena, acerca de la negación del deber ser. Véase, pp. 85 y ss.

133. MAGEE, ob. cit., p. 140.

134. NEURATH, Otto, "Sociología en fisicalismo", en Ayer, A.J. (ed.), "El Positivismo Lógico", Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1965, pp. 312 y ss. Kelsen fue tajante al descartar sus vínculos con el Círculo de Viena: «Yo entré en relación personal con ese Círculo por mi conocimiento con el profesor Schlick, el doctor Otto Neurath, el profesor Philipp Frank y el profesor Viktor Kraft. Lo que me vinculaba con la filosofía de ese Círculo, sin ser influenciado por él, fue su tendencia anti-metafísica. La filosofía moral de este Círculo, tal como se expresa en *Problemas de la Ética* de Schlick, fue rechazada por mí desde el comienzo». Citado en WALTER, "La Doctrina del Derecho de Hans Kelsen", p. 42, nota 18.

elaborárselo»¹³⁵. Esta prohibición, es el reverso de una metodología descriptiva, en tanto, si a la ciencia del derecho sólo compete describir su objeto, no puede lógicamente prescribirlo sin exceder los límites proporcionados por el científicismo. Por ello, la ciencia jurídica debe excluir de su conocimiento cuestiones morales, es decir, no tiene que aprobar o desaprobar su objeto de estudio, conformado por el derecho positivo, sino que, sencillamente, conocerlo y dar cuenta de él. 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 [...]¹³⁶ pues —ya se dijo—, 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, por lo que no forman parte de ella. De esta guisa, se modela la actividad del científico del derecho, quien debe prescindir de las propias convicciones valóricas para no interferir en su estudio, 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»¹³⁷. Cualquier intento de valoración del objeto importa salir de los límites del método y entrar en la ética o la política, que en ningún caso será conocimiento objetivo¹³⁸, sino que evaluación de un orden jurídico o justificación del mismo.

2.3. Teoría de la justicia

La posición científicista que Kelsen sustenta, le permite adoptar, como consecuencia, una teoría moral asentada sobre el relativismo o subjetivismo. Para esta concepción, no resulta posible hallar valores respecto de los cuales pueda predicarse que sean absolutos, sino que, por el contrario, ellos serán siempre relativos o producto de quien los

135. KELSEN, "Teoría Pura del Derecho (1934)", p. 25.

136. KELSEN, "Teoría Pura del Derecho (1960)", p. 81.

137. Ídem, p. 82.

138. KELSEN, "Teoría Pura del Derecho (1934)", p. 170.

afirma. Según el jurista austrohúngaro, las opiniones de los individuos frente a los valores difieren, existiendo conflictos al respecto, de manera que ninguna solución se logra conocer racionalmente —es decir, en forma empírica—, sin poder calificarse, por ello, como absolutamente justa¹³⁹. Cualquiera respuesta al problema de los valores 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»¹⁴⁰. Los juicios de valor relativos, suelen presentarse bajo la apariencia de absolutos, esto es, con una pretensión de validez general¹⁴¹. Ambas clases de juicios requieren una distinción que Kelsen se encarga de trazar claramente. Los juicios relativos declaran la idoneidad de algún medio para la obtención de un fin propuesto previamente y, en tanto la relación de medio a fin es causal, puede verificarse en forma empírica, por lo que, en rigor, se trata de juicios acerca de la realidad. En cambio, un juicio se califica de absoluto cuando declara que algo es un fin último que, por definición, no puede servir de medio para otro fin ulterior¹⁴². Un juicio de este tipo no es cognoscible

139. KELSEN, "Teoría Pura del Derecho (1953)", pp. 48 y 49.

140. KELSEN, Hans, "¿Qué es Justicia?", en "¿Qué es Justicia?", ob. cit., p. 39.

141. Ídem, p. 43.

142. Ídem, p. 8; KELSEN, Hans, "La metamorfosis de la idea Justicia", en A.A.VV., "El actual pensamiento jurídico norteamericano", trad. Roberto J. Vernengo, Losada, Buenos Aires, 1951, p. 255. Ludwig Wittgenstein, también austrohúngaro y contemporáneo de Kelsen, realizó una distinción entre juicios absolutos y relativos. Para este filósofo, 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, cuestión que puede explicarse por el común rechazo a la metafísica de los autores. Véase WITTGENSTEIN, Ludwig, "Conferencia sobre ética", trad. Fina Birulés, Paidós/I.C.E.-U.A.B, Barcelona, 2ª ed., 1990, pp. 35 a 37. La clasificación de los juicios, tiene en la obra de Kelsen un específico modo de expresión destinado a aplicarse al orden jurídico, 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. Los primeros —los jurídicos—, afirman un valor de derecho, esto es, confieren la

en forma científica o racional, es decir, no puede contrastarse con la experiencia¹⁴³, siendo irracional.

El relativismo axiológico que Hans Kelsen afirma, originado en la imposibilidad de verificar empíricamente los juicios de valor, determina su teoría de la justicia. Su argumento principal, derivado de las

calidad de jurídica o antijurídica a la conducta de los sujetos a los que hacen referencia: los súbditos del ordenamiento y los órganos de creación y aplicación del derecho. Estos juicios, son susceptibles de comprobación, a través del confronte 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. El comportamiento de un individuo será lícito o ilícito según si se adecue o no a una norma jurídica, de manera que un juicio de valor jurídico presupone la existencia de esa norma. Los valores de derecho son objetivos, es decir, poseen valor para cualquiera, en tanto el estándar al que se apela —la norma—, es susceptible de verificación objetiva en cuanto a su existencia y contenido, 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 descriptibilidad, los juicios de valor jurídicos pueden ser admitidos en la ciencia del derecho. Para afinar esta descripción, adiciona Kelsen la diferenciación entre el acto creador de derecho y el producto que de este surge (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 inquiriere acerca de su regularidad. Por último, cabe agregar que 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, pudiendo estructurarse de igual manera que el sistema de normas jurídicas, es decir, —como se verá en la segunda parte— 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 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). Tales juicios, pretenden afirmar un valor objetivo, bajo la forma de juicios morales o políticos. No obstante, los modelos de justicia son variables, de forma que resulta imposible entregar una única definición acerca de la justicia. La determinación de este tipo de juicios depende, como se dijo, del deseo del sujeto que los expresa, por lo tanto, los valores de justicia son subjetivos y no comprobables en forma objetiva, motivo por el cual no pueden ser incluidos en la ciencia jurídica. Al respecto, KELSEN, Hans, "Los juicios de valor en la ciencia del derecho", trad. Guillermo García Máñez, en "La idea del Derecho Natural y otros ensayos", Losada, Buenos Aires, 1946, p. 240 y ss. La misma distinción, puede hallarse en KELSEN, "Teoría Pura del Derecho (1934)", pp. 38 y 39; "Teoría General del Derecho y del Estado", ob. cit., pp. 16, 17, 55 y ss.; "Teoría Pura del Derecho (1953)", pp. 46 y ss.

143. KELSEN, "Teoría Pura del Derecho (1953)", p. 49.

consideraciones previas, se dirige a descartar el absolutismo en punto a estas cuestiones, lo que tendrá como consecuencia una inclinación del jurista en favor de una filosofía de la justicia relativista, forma de pensamiento que se encarga de caracterizar en la segunda edición de la "*Reine*" 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»¹⁴⁴. Es una doctrina «[...] según la cual la realidad sólo existe *dentro de los límites del conocimiento humano* [...]»¹⁴⁵, es decir, susceptible de ser verificada de forma empírica¹⁴⁶. El relativismo moral, supone la existencia de diversos sistemas de valores, situación que impone al individuo la responsabilidad de escoger cuál de estos será bueno para sí¹⁴⁷. 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»¹⁴⁸. Entre los sistemas de valores

144. KELSEN, "*Teoría Pura del Derecho* (1960)", p. 80.

145. KELSEN, "*Absolutismo y relativismo en Filosofía y en Política*", p. 114.

146. Hasta aquí, parece que el modelo axiológico relativista descrito se funda únicamente en el positivismo, sin embargo, 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. Con ello, se niega 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. Véase, Ídem, p. 115.

147. KELSEN, "*¿Qué es Justicia?*", p. 59.

148. Ídem, p. 61.

que pueden existir, Kelsen elige el propio y lo expresa de conformidad con su línea argumentativa: «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»¹⁴⁹. Estas palabras, que cierran *¿Qué es Justicia?*, logran resumir lo que se ha tratado en este capítulo, a saber, que en virtud de la posición científicista del jurista austrohúngaro no le resulta posible establecer un modelo de justicia absoluto —esto es, no susceptible de conocerse empíricamente— sino que sólo le resta optar por uno personal, y por ende, subjetivo, que permita, a su vez, que todas las posiciones morales puedan libremente expresarse. Un modelo relativo como el presentado es, pues, perceptible de manera empírica e idóneo para alcanzar otros fines ulteriores, como la búsqueda de la verdad científica.

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, ~~excluyéndose~~ del estudio del derecho 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 ese sujeto es un científico, al momento de realizar su actividad, debe dejarlos fuera para no intervenir ni desfigurar 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 ciencia¹⁵⁰. En consecuencia, el Kelsen científico

149. Ídem, p. 63.

150. En igual sentido, SQUELLA, Agustín, "*Derecho, desobediencia y justicia*", Edeval, Valparaíso, 2ª ed., 1992, p. 414.

prescribe la neutralidad axiológica para su labor, mientras que, fuera de ese ámbito, en el mundo de las convicciones, afirma una idea de justicia relativa, aunque, como se ha visto, derivada de su postulado cientificista proveniente desde el positivismo.

2.4. Democracia

Un último punto que ha de tratarse respecto de la influencia del positivismo en la obra de Kelsen, es aquel relacionado con la democracia, que se haya en estrecha vinculación con la teoría moral recién expuesta, pues, el jurista desarrolla, sobre la base del relativismo, una justificación para el procedimiento democrático. El sabio austrohúngaro define la idea de la democracia —recorriendo la tradición rousseauiana— como la libertad en un sentido de autodeterminación política, expresada en un orden jurídico creado por los propios individuos que a él se hallan sujetos. Dicha libertad, viene cortada al talle de la igualdad, desde que quienes reclaman la libertad, no sólo lo hacen para sí mismos, sino que, también, para los otros¹⁵¹. La democracia es un proceso dialéctico en el cual se elabora la voluntad política, cuestión que se efectúa mediante la discusión, siendo su resultado la transacción, el compromiso. Este modelo, opera sobre la base de un principio vital específico, a saber, «[...] la garantía de las libertades: libertad de pensamiento y de Prensa, libertad de cultos y de conciencia; afirmación del principio de tolerancia y, sobre todo, libertad de ciencia, juntamente con la fe en la posibilidad de su objetividad»¹⁵². Ahora bien, existe una vinculación expresa entre la democracia y el relativismo moral, pues, si el entendimiento no cree en el absoluto, ya sea como un valor o como una verdad, pensando que al conocimiento humano no le cabe acceder sino a verdades y valores relativos —al modo que se explicó en el apartado previo—, debe conferirse la misma consideración a la voluntad política de cada uno de los individuos, en tanto, todas las opiniones y doctrinas políticas son

151. KELSEN, Hans, "Forma de Estado y filosofía", en "Esencia y valor de la democracia", trad. Rafael Luengo Tapia y Luis Legaz Lacambra, Comares, Granada, 2002, p. 109.

152. Ídem, p. 113.

iguales ante la democracia, de modo que ésta les concede posibilidades equivalentes para manifestarse en un régimen de libre competencia¹⁵³. Un sistema político caracterizado de esta manera, acarrea una conclusión lógica, a saber, «[...] el *criticismo*, el *positivismo* y *empirismo*, entendiéndose por tales aquella dirección de la filosofía y de la ciencia que parte de lo positivo, esto es, de lo dado en la experiencia sensible, de lo que los sentidos pueden percibir y la razón comprender, de la experiencia eternamente cambiante, rechazando, en consecuencia, la hipótesis de un absoluto trascendente»¹⁵⁴. Con esta sentencia, Kelsen confirma lo que se ha intentado sostener en este capítulo acerca de las influencias cientificistas en su doctrina, pues, la teoría de la democracia que adopta, depende directamente de su posición relativista, cuyo origen se encuentra en el esquema de racionalidad formulado por el positivismo. Positivismo y democracia, entonces, se encuentran vinculados, por ello, afirma Kelsen que el científico adscribe a la democracia: «[...] el hombre demócrata se inclina más bien hacia el conocimiento y la comprensión [...] pues, en él, [...] el valor atribuido a su subjetividad cede [...] el puesto a la crítica racional, incluso la de sí mismo, y al reconocimiento del valor a los objetos, que son los supuestos de la creencia en una ciencia crítica y, por tanto, objetiva»¹⁵⁵. Esta perspectiva política defendida por Kelsen, se denomina "liberalismo escéptico". Según este punto de vista, ante la imposibilidad de obtener certezas en torno a cuestiones morales, no queda más remedio que abogar por la coexistencia pacífica de las diferentes posiciones al respecto¹⁵⁶.

153. Ídem, p. 134.

154. Ídem, p. 132.

155. Ídem, p. 116.

156. PEÑA GONZÁLEZ, Carlos, "¿Por qué necesitamos a Kant?", en "Estudios Públicos", N° 69, Santiago, 1998, p. 6.

Segunda parte

LA DINÁMICA DEL ORDEN JURÍDICO COMO OBJETO

«Sin esta extraña embriaguez, ridícula para todos los que la ven desde fuera, sin esta pasión, sin este sentimiento de que «tuvieron que pasar milenios antes de que yo apareciera y milenios aguardaron en silencio a que yo comprobase esta hipótesis», no se tiene vocación para la ciencia y es preferible dedicarse a algo distinto.»

Max Weber

En lo que sigue, se expondrá la teoría pura del derecho desde la perspectiva estructural, es decir, desde su objeto, con base en la reconstrucción autorreflexiva efectuada en la primera parte. El propósito es mostrar de qué forma la doctrina kelseniana entiende el derecho, cuando entre éste y el científico se interpone el método trascendental-positivista. Ello supone —como lo sostiene Kelsen— que el resultado de la actividad del teórico jurídico, expresado en su concepto de derecho, depende de las reglas de conocimiento que utiliza. El jurista austrohúngaro es paradigmático respecto de esta afirmación, en virtud de su adscripción al pensamiento de los kantianos de Marburgo, pues, al existir un método único para conocer la materia normativa, puede constatarse una relación necesaria entre ambos, por lo tanto, sólo hay *un objeto* susceptible de ser determinado. Lo contrario, implicaría su preexistencia y la conse-

cuenta irrelevancia del método. La teoría pura «[...] quiere conocer única y exclusivamente su objeto [...]»¹⁵⁷, constituido por el derecho positivo¹⁵⁸, esto es, aquel dotado de una existencia específica, habiendo sido establecido de una manera definida de acuerdo con una norma determinada, con independencia de la moral y otros sistemas normativos, presentándose bajo la forma de un deber ser. Este objeto, además, posee una característica de generalidad, por cuanto, la teoría jurídica vienesa no pretende conocer un orden particular, sino que el derecho positivo en general. Afirma Kelsen: «De la comparación de todos los fenómenos que llamamos Derecho [la teoría pura] 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»¹⁵⁹. Por ello, en una larga cita, el teórico reflexiona: «¿Qué pueden tener en común el llamado Derecho de los babilonios con el de los Estados Unidos actuales, igualmente llamado Derecho? ¿Qué pueden tener en común el orden social de una tribu negra bajo el liderazgo de un jefe despótico con la constitución de la república suiza? Y sin embargo, existe un elemento común que justifica esta terminología, que permite que la palabra “Derecho” aparezca como expresión de un concepto altamente significativo en la sociedad. La palabra se refiere a la técnica social específica de un orden coercitivo, el cual, a pesar de las enormes diferencias entre el Derecho de la antigua Babilonia y el de los actuales Estados Unidos, entre el Derecho de los *ashanti* del África Occidental, y el de Suiza europea, es esencialmente el mismo para todos estos pueblos que difieren tanto entre sí por su situación en el espacio y el tiempo y por su cultura»¹⁶⁰.

157. KELSEN, “*Teoría Pura del Derecho (1934)*”, p. 25.

158. *Ibidem*.

159. KELSEN, Hans, “*La Teoría Pura del Derecho y la Jurisprudencia Analítica*”, trad. Eduardo A. Coghlan, en “*La idea del Derecho Natural y otros ensayos*”, ob. cit., p. 209.

160. KELSEN, “*El Derecho como técnica social específica*”, p. 158.

Hans Kelsen, sin embargo, no logra, en una primera época, captar la configuración del objeto, sino que son sus colegas y discípulos quienes llevan a cabo esa labor. Esta circunstancia, se vincula con la pretensión central del presente texto —dirigida a mostrar las diversas influencias recibidas por la teoría pura, así como el desarrollo a través del tiempo de algunos de sus planteamientos—, pues, a continuación se analizará cómo el objeto de la doctrina kelseniana es conformado sobre la base de ideas que provienen específicamente desde los colaboradores del jurista austrohúngaro, resultando de ello un orden jurídico escalonado desde la perspectiva dinámica. Acerca de esta interacción en la construcción de su teoría, Kelsen escribió en el prólogo de la segunda edición de sus “*Problemas Capitales*” que ella no fue producto de su sola labor en la investigación del fenómeno jurídico¹⁶¹, sino que recibió aportes de estudiosos que se reunieron a su derredor, en la denominada “*Escuela Vienes de Teoría del Derecho*”, que, en palabras de Walter —uno de los continuadores del purismo jurídico—, consistió en la «[...] Teoría del Derecho positivo desarrollada sobre todo por Hans Kelsen, pero también [...] por su círculo de discípulos»¹⁶². La doctrina pura del derecho, en consecuencia, no es una elaboración intelectual de carácter unipersonal, sino que constituye una verdadera corriente de pensamiento dedicada al estudio del fenómeno jurídico. Tales consideraciones, determinan el itinerario de esta parte, que se divide en tres capítulos. En primer término, se expondrá la doctrina de la estructura escalonada del discípulo Adolf Merkl, que influyó notablemente en la concepción dinámica del derecho defendida por Kelsen, sobre la base de un trabajo de 1931, intitulado “*Prolegómenos a una teoría de la estructura jurídica escalonada del ordenamiento*”. Si bien este texto es tardío, posee la virtud de ser el más preciso en el despliegue de la teoría¹⁶³, que ya había sido planteada tempranamente entre 1917 y 1923. Luego, se mostrará la manera en que Kelsen acogió el escalonamiento de las normas que conforman un

161. KELSEN, “*Problemas Capitales*”, p. LV.

162. WALTER, “*Desarrollo y estado de la teoría pura del derecho*”, p. 23.

163. WALTER, Robert, “*La estructura del orden jurídico*”, trad. Ernesto Volkening, Temis, Bogotá, 1984, p. 94.

orden jurídico, analizándose las diferencias de la doctrina de Merkl con la obra de su maestro (IV). El capítulo siguiente, se encargará de estudiar las consecuencias que pueden desprenderse de la adopción, por parte de la teoría pura, de una doctrina escalonada del ordenamiento, explicándose el modo en que aquella cambia radicalmente su forma de enfrentar el objeto, que corresponde al derecho positivo dispuesto en forma jerarquizada (V). Finalmente, se revisará la Norma Fundamental, en tanto sostén supremo de la validez del orden jurídico entendido al modo de una estructura dinámica, enfatizando su tránsito en las principales obras de Kelsen (VI).

Capítulo IV

TEORÍA DE LA ESTRUCTURA ESCALONADA

El primer gran texto de Kelsen, los "*Problemas Capitales*", puso su énfasis en la "proposición jurídica", expresión que en esta temprana época —1911— ha de entenderse como sinónima de norma jurídica, aunque tendrá luego una significación distinta, al hacer alusión a los enunciados de la teoría jurídica acerca del derecho positivo¹⁶⁴, esto es, al metalenguaje utilizado por el científico cuyo objeto de estudio es el material jurídico. La comprensión de la norma como proposición jurídica, importa caracterizarla al modo de un juicio hipotético, que se formula de la siguiente guisa: «[...] bajo tales o cuales conductas (es decir, ante una determinada conducta de los hombres), el Estado quiere que sucedan tales o cuales actos, tales o cuales consecuencias de la conducta antijurídica (penas o medidas ejecutivas) [...]»¹⁶⁵. Su función

164. Si bien, el primer Kelsen no distinguió entre enunciados o proposiciones jurídicas, y normas, sostuvo más tarde que, por cierto, en aquel tiempo ya comprendía la diferencia entre la producción de normas jurídicas emanadas de la autoridad y los enunciados jurídicos emitidos por la ciencia jurídica, lo que aparece expresado en los "*Problemas Capitales*". Al respecto, KELSEN, "*Teoría Pura del Derecho (1960)*", pp. 93 y 94, nota 66. Esta distinción, aparece trazada nítidamente recién en la "*Teoría General del Derecho y del Estado*", de 1945.

165. KELSEN, "*Problemas Capitales*", p. 183. Ha de remarcarse que Kelsen hace referencia al Estado como aquel que exige una cierta conducta por parte de

esencial, «[...] consiste [...] en estatuir un deber jurídico [...]»¹⁶⁶, que se presenta como una orden, mandato o prohibición¹⁶⁷. En conclusión, la norma jurídica se halla estructurada por dos elementos, a saber, de una parte, la condición jurídica, es decir, aquella conducta exigida por el derecho y, de otra, la consecuencia jurídica, establecida igualmente por el orden normativo, tesis que representó una innovación en la teoría del derecho, a la que Kelsen se encarga de refutar puntillosamente en su extenso primer trabajo¹⁶⁸. Esta preocupación por la norma jurídica y su estructura lógica, se debe a que, desde la perspectiva del joven profesor, el derecho podía ser conocido exclusivamente a través del método estático¹⁶⁹, que algunas décadas más tarde denominó "*teoría estática del derecho*", cuya característica es observar el derecho en estado de reposo, como un sistema válido de normas¹⁷⁰, ya producido. El enfoque de Kelsen acerca del derecho en la primera formulación de su teoría pura, la tornaba incapaz para hacer frente al «[...] problema de la creación jurídica como el problema del derecho [...]»¹⁷¹, ausencia que pronto habría de corregir, adoptando el método dinámico para el conocimiento del material jurídico, que se ocupa del devenir de la norma. En esto consiste la "*teoría dinámica del derecho*", cuyo objeto es el derecho en movimiento, es decir, atiende al proceso jurídico de su

los sujetos, esto, pues, aún no ha eliminado de su doctrina el dualismo existente entre Estado y derecho, los que, como aparecerá luego expresado en su "*Teoría General del Estado*", poseen una relación de identidad, es decir, el Estado se hace equivaler al orden jurídico positivo. Véase, KELSEN, "*Teoría General del Estado*", pp. 21 y 22.

166. KELSEN, "*Problemas Capitales*", p. 272.

167. Ídem, p. 194.

168. De ahí que, de acuerdo a lo expuesto en la primera parte, la teoría pura es más bien teoría crítica del derecho, incluso respecto de la tradición iuspublicista a la que consideraba pertenecer.

169. KELSEN, "*Problemas Capitales*", p. XLVI.

170. KELSEN, "*Teoría Pura del Derecho (1960)*", p. 83.

171. KELSEN, "*Problemas Capitales*", p. XLVII.

creación y aplicación¹⁷². Según el jurista, la necesidad de una consideración dinámica se le habría presentado en un escrito de 1913, —en el que, además, se hacía cargo de la pureza del derecho y rechazaba la distinción entre derecho público y privado¹⁷³—, sin embargo, fue *Adolf Julius Merkl*, uno de sus discípulos y amigo, quien se haría cargo de la cuestión de la producción del derecho, a través de la denominada "*Teoría de la construcción jurídica escalonada*", circunstancia que repercutiría en la forma de comprender el objeto y cambiaría definitivamente la orientación de toda la doctrina del maestro austrohúngaro.

1. DINÁMICA MERKLIANA

1.1. Descripción del derecho histórico

Merkl, nacido en Viena el año 1890, fue uno de los primeros alumnos asistentes al seminario privado de Kelsen¹⁷⁴, quien lo consideró

172. KELSEN, "*Teoría Pura del Derecho (1960)*", p. 83. No debe confundirse —previene con razón el profesor Squella— este enfoque estático o dinámico del derecho con los *principios estático o dinámico del fundamento de validez*. De acuerdo a estos últimos, afirmar que un sistema jurídico es estático, significa que sus normas son válidas si su *contenido* puede ser derivado de una norma superior de carácter general. Por otro lado, decir que un sistema jurídico es dinámico, importa que sus normas son válidas en tanto su validez se funda en otra norma superior que sólo establece la autoridad y forma en que deben producirse las normas, mas no su contenido. Al respecto, SQUELLA, "*Filosofía del Derecho*", pp. 438 y 439. Véase, también, KELSEN, "*Teoría Pura del Derecho (1960)*", pp. 203 y ss.

173. El texto al que se hace referencia, se intitula "*Contribución a la teoría de los negocios jurídicos públicos*". Véase, KELSEN, "*Problemas Capitales*", pp. XLVIII, XL y XLII.

174. MÉTALL, Rudolf Aladár, "*Hans Kelsen y su Escuela Vienesa de la Teoría del Derecho*", en "*Estudios sobre Hans Kelsen*", p. 36. Merkl fue, además, un eminente administrativista, cuya obra "*Teoría general del derecho administrativo*" constituye un clásico en la literatura jurídica. En ese texto, dedicado a Kelsen, el autor vienés hizo referencia a la teoría pura, ocupándose, asimismo, en algunas páginas, de la doctrina de la estructura escalonada del ordenamiento jurídico. Véase, MERKL, Adolf, "*Teoría General del Derecho Administrativo*", *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1935, pp. 4, 52, 134, 139, 227 y 228.

como "cofundador" de su doctrina jurídica, reconociendo el importante significado de su obra para la teoría pura del derecho: «El mérito de haber concebido y expuesto el orden jurídico como un sistema *genético* de normas que van concretándose gradualmente desde la Constitución, pasando por la ley y el decreto y demás fases intermedias, hasta los actos jurídicos individuales de ejecución, corresponde a Adolf Merkl»¹⁷⁵. En términos metodológicos, si bien el pensamiento de Merkl se desarrolla dentro de una corriente —la teoría pura del derecho— a la que claramente se considera adscrito¹⁷⁶, no comparte la dirección eminentemente especulativa de Kelsen, pues, tuvo presente en sus postulados un determinado derecho positivo como objeto a partir del cual obtenía descripciones de su funcionamiento. Su análisis se llevó a cabo sobre la base del material histórico al que se confiere la denominación "derecho", explicándose así la afirmación según la cual su doctrina se circunscribe, específicamente, a estados de derecho con instituciones parlamentarias¹⁷⁷. La teoría sirve al discípulo vienés para resolver los problemas que ha identificado en el derecho efectivamente estatuido, de ahí que sus planteamientos fueran útiles en la práctica, logrando —afirmaría Kelsen— una "feliz conexión" entre la teoría general del derecho y el conocimiento del derecho positivo¹⁷⁸. Como se sabe, éste operó a la inversa, efectuando una «[...] abstracción del fondo

175. KELSEN, "*Problemas Capitales*", p. XLVIII.

176. MERKL, Adolf, "*Prolegómenos a una teoría de la estructura jurídica escalonada del ordenamiento*" (II), trad. Juan Fuentes Osorio y Miguel Azpitarte Sánchez, en "*Revista de Derecho Constitucional Europeo*", N° 3, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2005, p. 311. En adelante, se citará "*Prolegómenos (II)*".

177. MERKL, Adolf, "*Prolegómenos a una teoría de la estructura jurídica escalonada del ordenamiento*" (I), trad. Juan Fuentes Osorio y Miguel Azpitarte Sánchez, en "*Revista de Derecho Constitucional Europeo*", N° 2, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2004, p. 240. En adelante, se citará "*Prolegómenos (I)*".

178. Citado en KUCSO-STADLMAYER, Gabriele, "*La contribución de Adolf Merkl a la teoría pura del derecho*", trad. Luis Villar Borda, en WALTER, "*Problemas Centrales de la Teoría Pura del Derecho*", p. 164.

material, accidental y variado que el derecho posee en tal o cual Estado [...]»¹⁷⁹, pretendiendo elaborar una ciencia jurídica general.

1.2. Pluralidad de proposiciones jurídicas

Afirma Merkl que el ordenamiento jurídico se compone de una suma de proposiciones jurídicas¹⁸⁰ interconectadas, aseveración que contiene dos elementos: el primero de ellos, importa constatar la presencia de una pluralidad de formas de proposiciones o normas jurídicas¹⁸¹, mientras que, el segundo, significa que existe alguna manera en que dicha variedad normativa se encuentra vinculada. Esta relación, es de tipo genético, por cuanto, se trata de la forma en que las normas se *originan* desde otras normas. Con semejante planteamiento, se advierte una ampliación del método para enfrentar el estudio del fenómeno jurídico, en tanto, no le bastó a Merkl conocer y proporcionar una descripción de la multiplicidad normativa existente, adoptando un punto de vista estático respecto del ordenamiento —como el que en aquella época sostenía Kelsen—, sino que se ocupó de identificar el

179. KELSEN, Hans, et DUGUIT, Léon, "Préface de 1926", en "Droit et Société", N° 1, L.G.D.J./C.R.I.V., Paris, 1986, p. 10. Esta referencia, corresponde al prefacio de la "Revue internationale de la Théorie du Droit", fundada por Kelsen, Duguit y Weyr en 1926.

180. Con la denominación "proposiciones jurídicas", Merkl alude a las *normas jurídicas* que componen un ordenamiento. La utilización de esta terminología se debe a la influencia de la doctrina de la proposición jurídica kelseniana explicada más arriba. Proposición jurídica ha de entenderse aquí como sinónimo de norma jurídica.

181. La expresión "formas de proposición jurídica" merece ser explicada. Para Merkl existe un concepto de proposición (norma) jurídica de carácter general, propuesto por Kelsen, bajo el cual pueden incluirse diversas especies de normas (formas de proposición jurídica), que pueden agruparse en distintos tipos de *fuentes* que, como se verá, son, asimismo, productoras de otras normas. Al respecto, dice Merkl que «[...] se hace indispensable el concepto de proposición jurídica de HANS KELSEN [...]». En un concepto de proposición jurídica así concebido pueden ser subsumidos todos los actos presentados como especie del género proposición jurídica». MERKL, "Prolegómenos (I)", pp. 249 y 250.

material jurídico como un proceso de interacción de sus normas en la producción del mismo, proponiendo, por primera vez, un enfoque dinámico. La atención puesta sobre la génesis del derecho, tuvo como consecuencia una preocupación por sus fuentes. Éstas, poseen una forma jurídica propia que les permite englobar a las normas jurídicas. Una fuente —que tiene, a guisa de ejemplo, forma de ley—, abarca, a su vez, una gran variedad de normas: civiles, penales, procesales, y otras, de manera que, por cada forma jurídica de fuente, se hallan contenidas diversas normas jurídicas. Las fuentes, son contenido jurídico, constituyendo el objeto de la producción jurídica¹⁸², afirmación con la cual se les reconoce como parte constitutiva del ordenamiento: poseen «[...] plena cualidad de proposición jurídica [...]»¹⁸³, exceptuándose de tal característica el acto coactivo, que sólo lleva a efecto las exigencias jurídicas establecidas por las proposiciones de derecho¹⁸⁴, sin ser una de ellas. Entre el contenido de las normas jurídicas y las formas en que se presentan, existe, según Merkl, una diferencia cuantitativa, pues, mientras el primero es prácticamente inagotable, las segundas son limitadas en su cantidad¹⁸⁵. Ello se debe a la "economía de las formas", que puede definirse como la capacidad que tiene una determinada forma de proposición jurídica para comprender numerosos contenidos, cuestión que el cofundador de la doctrina *pura enuncia* de forma concluyente: «La forma es finita, el contenido infinito»¹⁸⁶.

1.3. Actos determinantes y determinados

La doctrina merklina es una teoría de las fuentes del derecho, por virtud de la cual, se abre la posibilidad de identificar distintos actos

182. Ídem, p. 243.

183. Ídem, p. 249.

184. Ídem, p. 256 y 258.

185. Ídem, p. 235.

186. Ídem, p. 237.

(proposiciones jurídicas) que componen un ordenamiento, circunstancia que permite a Merkl realizar una disección del mismo para analizarlo en las diversas piezas que lo conforman, mostrando no solamente el proceso de producción como un todo, sino que también las etapas en que éste se divide y los elementos que durante el recorrido genético pueden hallarse. La pluralidad de normas, deja de ser un cuerpo uniformado, como la vieja doctrina lo proponía¹⁸⁷, adquiriendo una nueva imagen que favorece su fraccionamiento, con el propósito de distinguir en él dos clases de actos; a saber, de un lado, aquellos determinados, y, de otro, los determinantes, que comparten, como se ha dicho, la cualidad de ser normas jurídicas, con excepción de los actos de ejecución. Las proposiciones jurídicas determinadas, se caracterizan por tener un contenido y forma configurados de acuerdo con otras proposiciones, siendo imposible su existencia de un modo distinto al establecido y condicionado por las normas jurídicas a las que deben su validez. Las proposiciones determinantes, en cambio, sirven para dotar de validez a las determinadas. Ambas clases de normas, pueden tener como objeto de su regulación dos tipos generales de contenidos, esto es, en primer lugar, actos que exigen conductas humanas y, en segunda instancia, actos que condicionan otro acto dentro del proceso de creación normativa¹⁸⁸, es decir, normas jurídicas referidas a la producción. Con ello, el discípulo de Kelsen logró trazar una importante distinción para la teoría jurídica, que su maestro no destaca, pero que décadas más

187. La clásica doctrina europea acerca de las fuentes del derecho se abocó, de manera predominante, a resaltar y asegurar la supremacía de la ley por sobre las otras posibles fuentes del derecho. Para esta confianza en el legislador, había motivos políticos, derivados del paso del *Ancien Régime* al Estado moderno, a consecuencia de lo cual, la soberanía se radicó en la voluntad social —“general” diría la tradición democrática—, manifestada a través de la creación de leyes llevada a cabo por los representantes. La ley, entonces, poseía un carácter de autodeterminación ciudadana, siendo considerada como un límite frente al Estado. De aquí surge la dualidad entre Sociedad y Estado que la doctrina germana se encarga de afinar. Véase, al respecto, DE OTTO, Ignacio, “*Derecho constitucional Sistema de fuentes*”, Ariel, Barcelona, 2001, pp. 129 y ss.

188. MERKL, “*Prolegómenos (II)*”, pp. 302 y ss.

tarde Herbert Hart resaltaría como parte fundamental de su concepto de derecho¹⁸⁹.

1.4. *Condicionamiento y derogación*

Como resultado de la diferenciación entre actos determinantes y determinados, puede observarse en el ordenamiento jurídico una “cadena de actos”, donde las proposiciones jurídicas que sirven de eslabones en el proceso, se encuentran dispuestas bajo una prioridad lógica, pues, desde que una de ellas no puede ser concebida sin la proposición que la determina o condiciona, se le considera inferior o subordinada, mientras que la norma de la que depende, es superior o supraordenada. Este tipo de orden jerárquico, se denomina *sistema escalonado según condicionamiento jurídico* y proporciona el primer criterio formal para asir las relaciones entre la suma de normas jurídicas. Un segundo principio, se encuentra constituido por el *sistema escalonado según fuerza derogatoria*, de conformidad con el cual, puede hablarse de jerarquía superior e inferior ante la capacidad derogatoria que una proposición jurídica tiene frente a otra, que carece de este efecto en reciprocidad, siendo superior la norma dotada de poder cancelador de validez respecto de la proposición derogada¹⁹⁰. Cualquiera sea el criterio de ordenación utilizado para estudiar la interacción de las normas que componen el fenómeno jurídico, la conclusión será la misma, a saber, que ésta responde a una *estructura jurídica escalonada*, dada su especial característica de supra y subordinación. En cuanto al orden por

189. Como se sabe, para Hart la mejor manera de elucidar la combinación de elementos de que se componen los sistemas jurídicos dotados de complejidad, es proporcionada por el entrelazamiento compensatorio entre reglas primarias, que establecen deberes y obligaciones para los sujetos —y que Merkl denomina actos que exigen una conducta humana—, y las secundarias —que para el autor vienen son la reglas que condicionan actos de producción—, cuyo objeto son las reglas primarias y subsanan ciertos defectos de ellas, a saber: sus caracteres de difusividad, estaticidad, e indeterminación en su aplicación. Al respecto, HART, H.L.A., “*El Concepto de Derecho*”, trad. Genaro Carrió, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, pp. 113 y ss.

190. MERKL, “*Prolegómenos (II)*”, pp. 304 y 305.

condicionamiento jurídico, sostiene Merkl que existe una relación de producción entre actos condicionantes y condicionados, consistente en que el primero de estos es la "regla sobre la producción" del acto determinado: «[...] la Constitución aparece como la regla sobre la producción de la legislación, la Constitución y la ley son las reglas sobre la producción del reglamento, las leyes formales y materiales relativas al poder judicial y la Administración son las reglas sobre la producción de los actos administrativos y judiciales, así como de los llamados actos de los negocios privados»¹⁹¹. Desde esta perspectiva, puede explicarse la *autoproducción* escalonada del ordenamiento jurídico, concepto por cuya virtud se considera que las causas productoras del derecho no se hallan fuera de este, sino que, por el contrario, el material jurídico se basa en sus normas para llevar a cabo esa labor, caracterizándose el orden jurídico por la *autopoiesis*. Por ello, el derecho no permanece inalterable, sino que cambia y evoluciona, cuestión que sólo resulta posible a partir de las normas, que adquieren tal calidad en tanto han sido condicionadas por otras proposiciones del ordenamiento. En suma, la transformación y desarrollo del derecho, acontece únicamente bajo las normas del mismo, de manera que, si estas reglas sobre la producción faltaran, el ordenamiento sería rígido, como la representación entregada por la *estática jurídica*¹⁹².

1.5. Doble cara de los actos jurídicos

Según Adolf Merkl, los actos del proceso de producción jurídica presentan una "doble faz"¹⁹³ o doble estatus. Esto significa que la aplicación de derecho corre a parejas con su creación, «[...] porque a través de cada acto normativo de aplicación del derecho se produce una

191. Ídem, p. 309.

192. Años después, Hart explicaría este concepto de reglas sobre la producción, describiéndolas como reglas secundarias de cambio, que vendrían a subsanar el carácter estático de las reglas primarias. Al respecto, HART, "El Concepto de Derecho", p. 115.

193. KUCSO-STADLMAYER, ob. cit., pp. 166 y ss.

nueva proposición jurídica [...]»¹⁹⁴. El discípulo de Kelsen, amplía el concepto de aplicación o ejecución del derecho, haciéndolo equivaler con su creación, por cuanto, toda vez que se aplica alguna norma jurídica, se está produciendo otra norma jurídica del ordenamiento, de modo que creación y ejecución son las dos caras del proceso de la *dinámica jurídica*. Sin embargo, existen dos límites a esta característica de los actos intervinientes en la *autoproducción* del derecho, a saber, de una parte, la escala más elevada del orden jerarquizado, correspondiente a la primera Constitución histórica, que no se ha fundado en regla de producción alguna y, de otra, el acto dispuesto en el último escalón, que es puramente fáctico¹⁹⁵, como la ejecución coactiva y la sanción penal, las cuales no consisten en producción jurídica¹⁹⁶. Por ello, afirma Merkl: «Así las cosas, una proposición jurídica tiene su razón de validez en una proposición jurídica anterior y, a su vez, es razón de la validez para otra proposición jurídica [...]»¹⁹⁷.

2. LA TEORÍA DE MERKL EN LA DOCTRINA KELSENIANA

El propósito específico de esta sección, se dirige al estudio de la *dinámica jurídica* desde la óptica de Hans Kelsen. La estructura del orden jurídico, caracterizada por la jerarquía de sus normas, es de máxima importancia en el positivismo puro, siendo una de las materias que han determinado su difusión. Suele decirse que Kelsen no realizó ulteriores desarrollos en la doctrina de Merkl, afirmación que expresa correctamente la absorción llevada a cabo por la teoría del primero en relación con las ideas del segundo. Sin embargo, las respectivas posiciones de estos teóricos acerca del escalonamiento —que expresan una visión común frente al fenómeno jurídico, siendo la kelseniana continuadora de la merkliana—, presentan algunas diferencias

194. MERKL, "Prolegómenos (II)", p. 311.

195. KUCSO-STADLMAYER, ob. cit., p. 167.

196. MERKL, "Prolegómenos (II)", p. 312.

197. Ídem, p. 304.

relevantes que conviene revisar para identificar la forma en que la teoría del derecho del jurista austrohúngaro adquirió los planteamientos de su discípulo en lo relativo a la determinación del objeto de estudio, conformado, como ya se ha dicho, por el ordenamiento jurídico positivo dispuesto de manera graduada.

2.1. Punto de partida: la proposición jurídica y la estática como perspectiva

La estructura escalonada que el ordenamiento jurídico presenta, no es creación directa de Hans Kelsen. El propio Merkl reconoce que, si bien la doctrina de la jerarquía de las normas jurídicas es deudora de la teoría pura del derecho, a los precursores de ella —Kelsen el primero—, les pasó totalmente inadvertida¹⁹⁸, aserción verificable en sus primeros textos, donde el joven *privatdozent* consideraba al fenómeno jurídico cognoscible exclusivamente desde el método proporcionado por la estática. Este monismo en la constitución el objeto, lleva a la incipiente teoría pura a concebir el derecho como una proposición o norma jurídica coactiva, es decir, un juicio hipotético o condicional, según el cual, en caso de cumplirse la conducta establecida por la proposición jurídica, deben seguirse las consecuencias jurídicas que la misma disponga; la norma, además, se halla dotada de coactividad en virtud de haber sido positivada. Éste era el concepto de derecho propuesto en los “*Problemas Capitales*”, definición que permite distinguirlo de otros fenómenos: no es aquello que la teoría del derecho natural, de una parte, y la Sociología, de otra, identifican como tal, cuestión que explica la especial dedicación que pone el jurista austrohúngaro en diferenciar minuciosamente los elementos que dotan de especificidad a la norma jurídica frente a la ley natural y la ley moral, confrontando, además, el método normativo, propio del derecho, con el causal¹⁹⁹, típico de las disciplinas mencionadas.

198. MERKL, “*Prolegómenos (II)*”, p. 324.

199. Véase, especialmente, KELSEN, “*Problemas Capitales*”, capítulos I, II, y III.

Con todo, reconoce Kelsen que en este trabajo apuntaba sus críticas preferentemente a la pretensión de la sociología científico causal como método de conocimiento del derecho. Véase, Ídem, p. XXXIX. Una ácida crítica a la fundamentación sociológica del derecho de Ehrlich, puede consultarse en KELSEN, Hans,

La pretensión de separar el derecho de otras ciencias, obedece a la escisión categorial entre ser y deber ser que el Kelsen premarburgiano defendió, ideal que se vincula con la exigencia de científicidad de la teoría jurídica del Estado propuesta por el Gerberlabandismo, trazándose el camino de la pureza metodológica.

Desde la estructura de la proposición jurídica, obtiene Kelsen los elementos que suministra la representación estática respecto de su objeto. A partir de este modelo de norma jurídica, es posible relacionar y subsumir todos los aspectos que el derecho contempla, de manera que su reconstrucción, será tan amplia como las piezas que a través de aquella puedan identificarse, limitándose el campo de estudio de la ciencia jurídica. La perspectiva de la proposición jurídica —la estática—, opera como una herramienta epistemológica para develar las particularidades del material jurídico, lo cual importará ocuparse sólo de ciertos asuntos, tales como si una norma reviste esa calidad, siendo necesario, para ello, verificar su validez o deber ser²⁰⁰, junto con su fundamento en «[...] el hecho externo de haber sido proclamada de un modo formalmente válido [...]»²⁰¹. También, será preciso explicar la relación entre el sujeto de la norma y la conducta estatuida por ella, denominada por el primer Kelsen “imputación”²⁰². La estática, analizará la sanción, correspondiente al acto estatal que entra en acción en virtud del acto antijurídico²⁰³, manifestado bajo la forma de pena y ejecución. Especial referencia cabe realizar a la preocupación de Kelsen por el derecho subjetivo, labor que le lleva a objetar las teorías tradicionales en torno a su fundamentación²⁰⁴. De igual manera, critica el jurista

“*Una fundamentación de la sociología del derecho*”, trad. Adolfo Barberá, en “*Doxa*”, N° 12, Universidad de Alicante, Alicante, 1992, pp. 213 y ss.

200. KELSEN, “*Problemas Capitales*”, p. 13.

201. Ídem, p. 34.

202. Ídem, p. 64.

203. Ídem, pp. 177 y 178.

204. A saber, la del interés, desarrollada por Ihering; de la voluntad, atribuida a Windscheid; y aquella de la combinación, de Bernatzik, maestro de Kelsen. Véase la sección segunda A), en Ídem.

austrohúngaro la posición adoptada por su maestro Jellinek en cuanto a la noción de derecho subjetivo público²⁰⁵. Kelsen reformula el derecho subjetivo con base en la proposición jurídica: «El derecho subjetivo es [...] la norma jurídica en su relación con aquella persona de cuyo poder de disposición se hace depender la realización de la voluntad del Estado en cuanto a la sanción, tal como en la norma jurídica se proclama»²⁰⁶. En este concepto, se retrata la proposición jurídica desde el punto de vista de su vinculación con un sujeto, reafirmandose lo que se ha dicho más arriba, en orden a que los aspectos del derecho se desprenden, en la estática, desde la norma.

2.2. La pirámide kelseniana. Tres diferencias con Merkl

La teoría pura nunca abandonó la orientación estática. Sin embargo, el sabio austrohúngaro utilizó la dialéctica característica de la Escuela de Viena para incorporar la elaboración merklina a la empresa científica que estaba erigiendo, convirtiéndola en la pieza más destacada de su objeto de estudio. Según el biógrafo de Kelsen, la primera vez que éste aprovechó la doctrina de su discípulo fue en “*El problema de la soberanía y la teoría del derecho internacional*”, de 1920²⁰⁷. Desde ese momento, la estática dejó de ser el único modo de comprender el derecho, y, en adelante, los textos más importantes de la doctrina pura del derecho se ocuparán de explicar los componentes del fenómeno jurídico que cada perspectiva —estática y dinámica— permite identificar, cuestión que puede revisarse, al menos, desde la “*Allgemeine*” de 1925²⁰⁸, cuyo libro tercero²⁰⁹ trata la creación del orden jurídico o

205. Véase el capítulo XXVI en Ídem.

206. Ídem, p. 545. Esto significa que el establecimiento de la conducta queda al arbitrio del sujeto, ante cuyo incumplimiento, el Estado actuará aplicando la debida sanción. «Es lo que acontece cuando esa norma jurídica se pone a mi disposición, es decir, cuando [...] un determinado comportamiento [...] se hace depender, entre otras cosas, de *mi*, es decir, se halla condicionada [...] a una manifestación de mi persona». Véase, Ídem, p. 540.

207. MÉTALL, “*Hans Kelsen, vida y obra*”, p. 45. Fue también aquí la primera vez en que aparecieron como subtítulo las palabras “teoría pura del derecho”.

208. Ello, no obstante que la división entre estática y dinámica no siempre es expresa, tal como sucede en la primera edición en lengua alemana de 1934 y la

estatal. Allí, se analizan las etapas en la producción jurídica, los órganos competentes para efectuarla, y las formas de gobierno en tanto métodos que posibilitan la creación. En virtud del minucioso análisis kelseniano de la dinámica, puede apreciarse la profunda influencia de la doctrina de Merkl en la de su maestro, quien la denomina “*Teoría de la pirámide jurídica*”²¹⁰, explicándose, de esta guisa, el uso común, de los comentaristas y estudiosos al referirse a este punto. A pesar de la relevancia del modelo escalonado, su simplicidad admite exponer brevemente el tratamiento que de él desarrolla Kelsen en las entregas de la teoría pura²¹¹. El jurista, considera al derecho como un proceso evolutivo y graduado, que se caracteriza por regular su propia creación y ejecución mediante una cadena sucesiva de actos, siendo, por tanto, un sistema autopoiético, en el cual, la producción de cada norma consiste en un hecho determinado por la norma superior, cuyos límites son, por un lado, la Norma Fundamental, y por otro, el último acto de ejecución. La positividad del derecho responde, entonces, a una jerarquía de actos, que puede representarse a través de una imagen de supra y subordinación. En este planteamiento de Kelsen, se replican las ideas de Merkl, sin embargo, existe entre ambos teóricos una primera diferencia, radicada en el fundamento supremo de validez del orden jurídico, pues, mientras para el discípulo éste correspondía a la Constitución histórica, en el maestro, en cambio, el límite último de la estructura gradual del ordenamiento es la Norma Fundamental.

La dinámica jurídica ha producido un giro radical en la teoría de Kelsen, pues, el derecho ha dejado de ser comprendido en su mera forma lógica —como proposición jurídica—, advirtiéndose ahora en la

versión francesa de 1953 de la “*Teoría Pura del Derecho*”, aunque el tratamiento por separado que efectúa Kelsen del orden jurídico válido (estática) y su producción (dinámica) permite fácilmente identificar ambos puntos de vista como cuestiones capitales de las que se ocupaban esos textos.

209. KELSEN, “*Teoría General del Estado*”, pp. 297 y ss.

210. Ídem, p. 325.

211. Véase, KELSEN, “*Teoría General del Estado*”, pp. 325 a 327; “*Teoría Pura del Derecho (1934)*”, p. 108; “*Teoría Pura del Derecho (1960)*”, p. 232.

estructura jerárquica «[...] la naturaleza jurídica de la *totalidad* de las funciones estatales [—es decir, del derecho—] y de sus relaciones recíprocas»²¹². A través de esta afirmación, es posible advertir la función que el jurista austrohúngaro ha asignado a la doctrina de la construcción escalonada del ordenamiento, denotándose una segunda diferencia sutil, clave y no advertida con el planteamiento merkliano. Como arriba se indicó, Adolf Merkl desarrolló su propuesta sobre la base del material jurídico positivo dentro de una clase de órdenes —los Estados de derecho parlamentarios—, describiendo las relaciones de *supra* y subordinación que las formas de proposición jurídica presentan. Su teoría de las fuentes, no posee una pretensión de generalidad, sino que, por el contrario, es el modo en que algún tipo de sistema jurídico funciona en la realidad y que al científico sólo le resta identificar, apreciación que contrasta con la manera en que Kelsen comprendió y aplicó a su teoría del derecho la doctrina de la jerarquía de las normas. Éste la interpretó como mecanismo explicativo *universal* de los fenómenos normativos dotados de juridicidad, para lo cual —y he aquí una tercera diferencia—, opta por uno de los criterios de escalonamiento propuesto por Merkl, a saber, el de la condicionalidad, dejando de lado aquel de la fuerza derogatoria. Este descarte no es casual, por cuanto, el jurista austrohúngaro efectúa una selección acerca de la única forma por cuya virtud habrá de comprenderse el derecho desde la perspectiva dinámica. El escalonamiento según condición se transforma en la estructura de los sistemas jurídicos, que se vuelve absoluta para describir el derecho, cuestión que explica la insistencia de Kelsen en sostener que todos los ordenamientos —presentes, pasados o de diversas culturas— tienen algo en común²¹³. Para Merkl, en cambio, su modelo dista mucho de las

212. KELSEN, Hans, “*La garantía jurisdiccional de la Constitución*”, trad. Juan Ruiz Manero, en “*Escritos sobre la democracia y el socialismo*”, Debate, Madrid, 1988, p. 112.

213. La supresión, por parte de Kelsen, del criterio de derogación contenido en la doctrina de la estructura escalonada de Merkl, permanece sin explicación, y sólo tardíamente se haría cargo de esta materia. Pueden revisarse, a este respecto, el artículo “*Derogación*”, ob. cit., pp. 258 a 274; y el capítulo 27 en su teoría general póstuma. La condicionalidad fue la regla para dar con la estructura bajo la cual el derecho debe ser comprendido.

aspiraciones comprensivas de Kelsen, motivo por el cual, declara que «[s]ería [...] un malentendido considerar que la relación entre cualesquiera actos [...] determinante y determinado debe ser una relación en la que el primer tipo de acto está supraordenado respecto al segundo desde *todo punto de vista*, y que un acto del segundo tipo siempre esté subordinado al primer tipo de acto que lo antecede»²¹⁴. Su teoría es relativa, pretendiendo ser sólo una de las posibles explicaciones acerca del fenómeno jurídico. En definitiva, ambos autores convienen en la jerarquía del ordenamiento como herramienta explicativa del mismo, pero, mientras Merkl lo considera un criterio de contingencia, Kelsen lo concibe como necesario. El lenguaje de Popper²¹⁵ permite ilustrar mejor lo dicho: con su doctrina, Merkl estableció un enunciado numéricamente universal, de aquellos que hacen referencia a una clase o conjunto finito de elementos, en este caso, el derecho positivo de los sistemas parlamentarios, en tanto que Kelsen, se compromete, a través de la teoría piramidal, con un enunciado estrictamente universal, de aquellos que pretenden ser verdaderos en cualquier lugar y tiempo para determinar el funcionamiento de los órdenes jurídicos. Su modelo, en consecuencia, es autorreferente, pues, incorpora los escalones al derecho positivo desde una representación teórica que abstrae el contenido de ese mismo derecho para obtener su estructura.

Capítulo V

CONSECUENCIAS DE LA DINÁMICA JURÍDICA

Habiéndose precisado en qué consiste la dinámica jurídica adoptada por Hans Kelsen desde su alumno, corresponde, en este capítulo, explicar las repercusiones que en el orden jurídico tiene la idea de la estructura jerarquizada según condicionamiento. El derecho, enfocado desde la perspectiva dinámica, permite al maestro austro-

214. MERKL, “*Prolegómenos (II)*”, p. 306.

215. POPPER, Karl, “*La lógica de la investigación científica*”, trad. Víctor Sánchez de Zavala, Tecnos, Madrid, 10ª reimpr., 1997, pp. 60 y ss.

húngaro desplegar su teoría pura hacia cuestiones ante las cuales una metodología estática es ciega, pues, no le es posible captar el fenómeno de la realización o producción del derecho. Aparecen, de esta forma, las particularidades del orden jurídico, junto a los problemas derivados de las relaciones de jerarquía entre el conjunto de normas, que la doctrina del derecho kelseniana se propone revisar. Basta realizar una comparación entre los contenidos de que se ocupa Kelsen en los "*Problemas Capitales*", con aquellos revisados por la "*Teoría general del Estado*", para advertir que el tránsito desde la estática hacia la dinámica ha importado una transformación del objeto de estudio de la doctrina jurídica pura, extendiéndose; circunstancia que debe ser conocida y descrita por el teórico del derecho si quiere llevar a cabo su tarea con la objetividad y exactitud que la ciencia pretende. Las materias específicas que la teoría pura identifica e integra en la construcción dinámica, han sido determinantes para su divulgación en la historia de la teoría del derecho, aportando, asimismo, a la conformación de instituciones de derecho positivo, asociándose siempre la estructura jerarquizada del orden jurídico a Hans Kelsen, siendo, quizás, lo más famoso de su obra²¹⁶.

1. PERSPECTIVA AMPLIA FRENTE AL DERECHO

La consecuencia más general y significativa entre las que aquí se revisan, es aquella según la cual, en virtud de la dinámica jurídica, se produce un desplazamiento del objeto de estudio del teórico del derecho. Si antes dirigía su enfoque hacia la norma para explicar el modo de funcionamiento del material jurídico y desprender de ella los diversos elementos que a éste componen, con la inclusión de la perspectiva dinámica deja de lado esta visión encapsulada, ocupándose ahora de las normas que en pluralidad acostumbran reproducirse unas de otras. El profesor Squella²¹⁷, siguiendo de cerca a Bobbio, ha descrito esta situación como un traslado que opera en dos niveles: el primero de

216. ERRÁZURIZ MACKENNA, ob. cit., p. 232.

217. SQUELLA, "*Filosofía del Derecho*", pp. 435 a 443.

ellos, efectúa un recorrido desde la norma jurídica al ordenamiento, en tanto que, el segundo, tiene como punto de partida precisamente a este ordenamiento, transitando hacia las acciones de producción, interpretación, aplicación y acatamiento de normas. A fuer de esta nueva dirección dinámica, la comprensión acerca del derecho mejora y se amplía, lo que, a su vez, permite resguardar adecuadamente su identidad frente a otros órdenes sociales, pues, se certifica, desde el punto de vista de la ciencia jurídica, que también es derecho gran parte del material normativo cuya caracterización permanecía en la penumbra. Con este acento sobre el complejo de normas y no en la norma particularmente considerada, surge la teoría del ordenamiento jurídico, cuestión que para Bobbio implica invertir la forma de estudio de los problemas que aquejan a la teoría del derecho: «Esta inversión se puede explicar [...] de la siguiente manera: mientras que para la teoría tradicional, un ordenamiento jurídico se compone de normas jurídicas, para la nueva perspectiva [—la dinámica—], normas jurídicas son aquellas que hacen parte de un ordenamiento jurídico. En otros términos, no hay ordenamientos jurídicos porque existen normas jurídicas distintas de las normas no jurídicas, sino que existen normas jurídicas porque existen ordenamientos jurídicos distintos de los ordenamientos no jurídicos»²¹⁸. En consecuencia, respecto del derecho no sólo puede afirmarse que las normas dependen de otras normas que las producen, sino que ha de decirse que únicamente porque el derecho consiste en un ordenamiento, se crean normas jurídicas, quedando estas supeditadas a aquél. La norma ha dejado de ser el elemento primordial de la realidad jurídica, aunque sigue siendo una parte importante para el estudio del derecho, pues, la perspectiva dinámica por sí sola no permite asir todos los elementos de que se halla conformado el fenómeno jurídico, sino que existe una dependencia mutua con la concepción estática. Ambas partes, conforman el ordenamiento y no cada una por separado. De ahí que Kelsen siguiera empleando, en sus obras más importantes, la estática y la dinámica como componentes de su teoría pura del derecho; de otro modo, nuevamente se llegaría a un conocimiento sesgado frente al objeto normativo.

218. BOBBIO, Norberto, "*Teoría General del Derecho*", trad. Jorge Guerrero, Temis, Bogotá, 2ª ed., 2002, p. 149.

2. FUNDAMENTO DE VALIDEZ

Kelsen afirma persistentemente que la validez de una norma jurídica equivale a su *existencia específica*²¹⁹. No se trata de una existencia sin más, es decir, las normas de derecho no existen del mismo modo que los objetos naturales, sino que bajo una forma particular, correspondiente al deber ser jurídico. Con este planteamiento, el positivismo puro propone un concepto normativo de validez, a cuya base se encuentra la distinción entre ser y deber ser del neokantismo de Baden, siendo la segunda de esas categorías aquella que permite dotar de especificidad a las normas jurídicas frente a las leyes naturales. El joven *privatdozent*, es tajante en la caracterización de ambas clases de normas: «La ley natural es un juicio explicativo. Su “validez” consiste en su verdad, es decir, “rige” en cuanto que las relaciones en ella descritas son verdad[.]»²²⁰. Las normas, en cambio, no adoptan una función

219. Así, en los “*Problemas Capitales*”, p. 13: «[...] en su validez, en su “deber ser” [...] en esto [...] radica precisamente la esencia de la norma [...]»; en “*Teoría Pura del Derecho (1934)*”, pp. 32 y 33: «Cuando [...] se habla de una “validez” de la norma, no debe con eso expresarse [...] más que la *existencia específica* de la norma, *el modo singular en que se da*, a diferencia del ser de la realidad natural que tiene su curso en el espacio y en el tiempo»; en “*Teoría Pura del Derecho (1960)*”, pp. 23 y 24: «Con el término “validez” designamos la *existencia específica* de una norma. [...] Si la *existencia específica* de la norma es designada como su “validez”, recibe expresión así la *modalidad particular* en que se presenta, a diferencia de la realidad de los hechos naturales»; en “*Teoría General de las Normas*”, p. 20: «Cuando uno dice: “una norma tiene validez”, se quiere decir que existe una norma. La “validez” es la *existencia específica* de una norma, la cual debe distinguirse de la existencia de meros hechos naturales, y en especial de la existencia de aquellos hechos a través de los cuales ella fue generada». Finalmente, en un tardío texto que hasta ahora había permanecido inédito, Kelsen sostiene de la validez que ella corresponde a «[...] la *existencia específica* del derecho. Cuando se dice que la existencia específica de una norma jurídica o de un orden compuesto por normas jurídicas es su “validez”, se pone de manifiesto la *forma especial en la que ésta se nos da* —a diferencia del ser de los hechos naturales—. Véase, KELSEN, Hans, “*Validez y eficacia del derecho*”, trad. Eugenio Bulygin, en KELSEN, Hans, *et al.*, “*Validez y eficacia del derecho*”, Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 49.

220. KELSEN, “*Problemas Capitales*”, p. 12.

explicativa, sino que «[...] su validez [consiste] en un deber ser [...]»²²¹, por lo cual, sería incorrecto afirmar que, para Kelsen, validez importa que la norma existe como un asunto empírico²²². Al contrario, ella tiene una existencia peculiar de tipo normativo-jurídico, circunstancia que el teórico del derecho logra identificar y describir. Pero, la validez debe diferenciarse de aquello en que se funda, pues, una cosa es inquirir acerca de la existencia específica de una norma, y otra distinta es preguntar por qué la norma de que se trata ha adquirido esa validez. La respuesta a esta última cuestión corresponde al fundamento de validez, que permite explicar la razón jurídica del deber ser de una norma. Kelsen acude a las reglas sobre la producción para elucidar este punto, sosteniendo que «[u]na norma vale como norma jurídica, sólo porque fué [sic] dictada en una forma bien determinada, porque fué [sic] producida de acuerdo con una regla bien determinada, porque fué [sic] establecida según un método específico [...]»²²³, aseverando, asimismo, que «[...] una norma vale porque y en tanto fué [sic] producida en una forma determinada, esto es, en una forma determinada por otra norma, esta última representa para aquélla el *fundamento de validez*»²²⁴. De modo que la existencia específica de una norma depende de la mediación de un acto productor previsto por otra norma jurídica

221. Ibidem.

222. Una defensa de la validez normativa sostenida por Kelsen, aunque por razones extranjeras a la teoría pura, puede hallarse en NINO, “*Introducción al análisis del derecho*”, p. 137; y en NINO, Carlos S. “*Algunos modelos metodológicos de “Ciencia jurídica”*”, Fontamara, México D.F., 1995, p. 27.

223. KELSEN, “*Teoría Pura del Derecho (1934)*”, p. 96.

224. Ídem, p. 108. Asimismo, en la segunda edición en lengua alemana de la “*Teoría Pura del Derecho*”, sostendría categóricamente que: «El fundamento de validez de una norma sólo puede encontrarse en la validez de otra norma». KELSEN, “*Teoría Pura del Derecho (1960)*”, p. 201, y que «Una norma jurídica [...] vale [...] por haber sido producida de determinada manera[.]». Ídem, p. 205. Finalmente, su “*Allgemeine*” póstuma contendría esta afirmación: «Para existir —o sea, para ser válida—, la norma tiene que haber sido establecida a través de un acto volitivo. No hay norma sin un acto volitivo normador que la respalde[.]». KELSEN, “*Teoría General de las Normas*”, p. 21.

que ha establecido la validez de la primera, reflejándose de esta manera la consideración autogenerativa del derecho desde la dinámica, pues, el fundamento de validez de una norma, es la norma superior que la produce²²⁵. El fundamento de validez, es uno de los elementos del orden jurídico que Kelsen logra identificar adecuadamente solamente una vez que su teoría ha ampliado el punto de vista sobre el objeto, mientras que la validez sí puede asirse a través de la estática²²⁶, es decir, desde la doctrina de la proposición jurídica, lo que se muestra con claridad al revisar los "*Problemas Capitales*", texto en que únicamente se hallan referencias a ella y no a su fundamento, por tanto, la creación y destrucción del derecho «[...] se sale de los límites de la investigación jurídica formal, es, para decirlo con una certera expresión de Jellinek, un problema de naturaleza metajurídica»²²⁷. Una referencia a la forma en que las normas son dotadas de validez, excedía la labor del científico, sobre todo porque, para el joven Kelsen, la única fuente del derecho era indiscutible: la voluntad del Estado.

3. CONFLICTOS ENTRE NORMAS DE DIVERSAS GRADAS Y SU REGULARIDAD

En tanto el orden jurídico se presenta como una estructura graduada, Kelsen estudia la eventual contradicción entre sus escalones (normas) superiores e inferiores, revisando la posibilidad de que una norma producida no guarde conformidad con aquella que la determina²²⁸. Afirma el sabio austrohúngaro que una situación tal no puede

225. En virtud de esto, el fundamento de validez ha de comprenderse como una cuestión procedimental, pues, forma parte del proceso de creación de normas jurídicas. Una norma crea otra y le confiere su validez, cuestión que se halla determinada por la norma superior que debe ser, a su vez, válida.

226. Esto explica, asimismo, el lugar que Kelsen asigna a la definición de ambos conceptos en varias de sus obras; así, mientras la validez es tratada en los capítulos dedicados a la norma —la estática—, su fundamento se ubica en la parte dedicada al ordenamiento y su autogénesis —la dinámica—.

227. KELSEN, "*Problemas Capitales*", pp. 43 y 44.

228. KELSEN, "*Teoría Pura del Derecho (1934)*", pp. 120 y ss.; "*Teoría Pura del Derecho (1960)*", pp. 273 y ss.

presentarse, en virtud de la unidad lógica del ordenamiento jurídico. Para sostener este planteamiento, propone su "cláusula alternativa tácita"²²⁹, de acuerdo con la cual, no resulta posible la existencia de una contradicción entre normas de distinto nivel jerárquico, pues, una norma inferior que no se conforme con la superior que debe determinarla, es igualmente válida, aunque es susceptible de ser anulada por un procedimiento especialmente estatuido para ese efecto. En un ordenamiento jurídico, no sólo son válidas las normas que cumplen con lo establecido por sus respectivas normas fundantes, sino que también lo son aquellas que no corresponden con su grada superior, conservando estas su validez hasta que sean anuladas por un órgano jurídico al que se haya conferido esa potestad. Por lo tanto, una norma de grada superior o fundante confiere dos posibilidades a quien tiene competencia para ejecutar lo que ella prescribe, a saber, de una parte, seguir el procedimiento establecido para producir otra norma, y de otra, incumplirlo, en cuyo caso, la norma será igualmente válida, aunque solamente hasta su anulación²³⁰.

Kelsen examinó la posibilidad de conflictos normativos en dos casos: el de la sentencia ilegal²³¹, y el de la ley inconstitucional. La preocupación del jurista por esta cuestión —aquella de la ley contraria a la Constitución—, devino en una de las formas en que la teoría pura logró efectuar un aporte institucional al derecho positivo, mediante la elaboración de mecanismos que tuvieran a su cargo garantizar una producción jurídica regular. La regularidad, se define como la correspondencia entre gradas inferiores y superiores del orden jurídico²³²,

229. NINO, Carlos S., "*Los fundamentos del control de constitucionalidad*", en Ackerman, Bruce *et al.*, "*Fundamentos y alcances del control de constitucionalidad*", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 103.

230. En su última obra, Kelsen sólo argumenta en este sentido a propósito de las leyes inconstitucionales. Véase, KELSEN, "*Teoría General de las Normas*", p. 132.

231. Este tipo de conflicto sólo aparece examinado por Kelsen en la segunda versión en alemán de la "*Reine*".

232. KELSEN, "*La garantía jurisdiccional de la Constitución*", p. 111.

es decir, consiste en el cumplimiento de la exigencia según la cual una norma fundada debe producirse de acuerdo con lo establecido por su norma fundante; que sea “conforme a Derecho”²³³. Descartada la probabilidad de una contradicción entre normas de diversos escalones, existiendo únicamente la opción de anular aquellas que no satisfagan lo establecido por su norma superior, sólo resta determinar la forma en que esto último ha de efectuarse. En un ordenamiento jurídico positivo cuya norma superior es la Constitución, habrán de estatuirse ciertos mecanismos, denominados “garantías de la Constitución”, conceptualizadas por Kelsen como sistemas de medidas técnicas cuyo objeto es asegurar el ejercicio regular de las funciones estatales²³⁴. «Garantías de la Constitución significa [...] garantías de regularidad de las reglas inmediatamente subordinadas a la Constitución, es decir, esencialmente [...] las leyes.»²³⁵ El examen de regularidad, sin embargo, puede llevarse a cabo respecto de cualquier grado del orden jurídico²³⁶, de modo que siempre es posible indagar si una norma, sin importar su escalón en la estructura jerárquica, corresponde con aquella que la ha fundado. Según el autor austrohúngaro, las garantías pueden clasificarse en preventivas o represivas, por un lado, y en personales u objetivas, por otro. Son preventivas aquellas que evitan la producción de actos irregulares, es decir, operan *a priori*. Por su parte, son represivas las garantías que reaccionan contra el acto que no guarda conformidad con su norma fundante, una vez que ya se ha producido²³⁷. Respecto de las garantías personales y objetivas, puede afirmarse que las primeras apuntan al órgano, mientras que las segundas se refieren al acto. Son garantías personales la responsabilidad penal, disciplinaria y civil del órgano que ha producido un acto irregular; en cambio, son objetivas la nulidad y

233. KELSEN, “*Teoría General del Estado*”, p. 373.

234. KELSEN, “*La garantía jurisdiccional de la Constitución*”, p. 109.

235. Ídem, p. 112.

236. KELSEN, “*Teoría General del Estado*”, p. 373.

237. KELSEN, “*La garantía jurisdiccional de la Constitución*”, p. 121.

anulabilidad del acto en razón de que éste no es objetivamente jurídico, pues, no se conforma con su norma superior. De estas garantías, Kelsen declara que la principal y más eficaz, se halla constituida por la anulación del acto inconstitucional²³⁸; 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, en sentido técnico»²³⁹. Ello significa que una Constitución en la que son válidas y no anulables aquellas normas que la contradicen, equivale, en términos jurídicos, a «[...] unos buenos deseos desprovistos de fuerza obligatoria»²⁴⁰. Por otro lado, la garantía de constitucionalidad en la producción de leyes, importa un eficaz medio de protección de la minoría contra las invasiones de la mayoría, por cuanto, en algunas cuestiones fundamentales, la mayoría no puede modificar la Constitución más que con el acuerdo de la minoría, de manera que sólo una ley inconstitucional «[...] podría invadir la esfera de los intereses constitucionalmente garantizados de la minoría[.]»²⁴¹.

La aportación específica de la teoría pura para resguardar la regularidad en la producción jurídica, se encuentra en el diseño de un órgano dotado con la facultad exclusiva —planteándose como un modelo concentrado— de declarar la inconstitucionalidad de los actos contrarios a la Constitución, decretando, por este motivo, su anulación: el Tribunal Constitucional. Fue Checoslovaquia el primer Estado que introdujo en su ordenamiento jurídico un tribunal ad-hoc para controlar la constitucionalidad de las leyes, sobre la base del principio de supremacía constitucional, en la Constitución del 29 de febrero de 1920²⁴².

238. Ídem, pp. 122 y ss.

239. Ídem, p. 150.

240. Ibídem.

241. Ídem, p. 152.

242. CRUZ VILLALÓN, Pedro, “*La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, pp. 286 y ss.

Esto no es casualidad, pues, uno de los influyentes miembros de la Comisión Constitucional encargada de los trabajos preparatorios de esa Carta, fue Franz Weyr²⁴³, a quien se considera el primero de los discípulos de Hans Kelsen²⁴⁴. Durante el mismo año, pero, el 1 de octubre, se promulgaba la Constitución Federal de la República de Austria, en cuya discusión y redacción de los proyectos participara el jurista austrohúngaro. En ella, se estableció como una de las garantías de la Constitución un sistema de jurisdicción constitucional, lo que constituía, para Kelsen, el núcleo jurídico de la misma²⁴⁵. Surge así el Tribunal Constitucional austriaco-kelseniano, encargado —entre otras importantes funciones— de verificar que la producción normativa se realizara en conformidad con lo prescrito por la Constitución, convirtiéndose en el paradigma del modelo europeo de jurisdicción constitucional²⁴⁶. En virtud de la positivización de una de sus cons-

243. Ídem, p. 280.

244. MÉTALL, "Hans Kelsen y su Escuela Vienesa de la teoría del derecho", p. 22.

245. KUNZ, ob. cit., p. 35.

246. 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? Kelsen habla desde su experiencia como juez constitucional, asunto que expresamente reconoce, y teniendo siempre presente —aunque tácitamente— la Constitución Austriaca de 1920 en la que él colaboró. En 1925, el maestro austrohúngaro escribía: «[...] en las constituciones democrático-republicanas, 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 [...]». La 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

trucciones intelectuales derivadas de la adopción del punto de vista dinámico, Kelsen influyó efectivamente en los ordenamientos jurídicos positivos, salvando así las críticas de uno de sus más enconados enemigos, Carl Schmitt, para quien la "solución austríaca" no era otra cosa que una cuestión formalista y abstracta²⁴⁷. La respuesta de Kelsen,

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. Kelsen 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, por cuanto, 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 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"; y KELSEN, Hans, "¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?", trad. Roberto J. Brie, Tecnos, Madrid, 1995.

247. SCHMITT, Carl, "La defensa de la Constitución", trad. Manuel Sánchez Sarto, Tecnos, Madrid, 2ª ed., 1998, pp. 33 y 34.

en su clásico “¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?”, fue la siguiente: «Si con los «normativismos y formalismos» se piensa en la *Escuela de Viena*, entonces sus «abstracciones» no le han impedido realizar un aporte en lo jurídico, por ejemplo, el Tribunal Constitucional austríaco; [...] Carl Schmitt no ha descendido de las alturas de su propia abstracción»²⁴⁸.

4. INTERPRETACIÓN

Las ediciones de la “*Teoría Pura del Derecho*”, abren la exposición declarando que la doctrina jurídica kelseniana no versa sobre la interpretación de normas jurídicas particulares²⁴⁹. No obstante, en la segunda edición en lengua alemana, se agrega que ella «[o]frece, sin embargo, también una teoría de la interpretación»²⁵⁰. Nada hay de contradictorio en el confronto de ambas afirmaciones, pues, el autor austrohúngaro pretende elaborar una teoría “general” de la interpretación, es decir, desde la conocida vocación de generalidad de su construcción teórica, Kelsen señala el procedimiento de interpretación de las normas jurídicas, cuestión que resulta de su adhesión a la doctrina de la estructura escalonada del orden jurídico, de modo que, no es producto del azar que en las obras del purismo jurídico este punto se ubique en aquella parte dedicada a la dinámica²⁵¹. Al respecto, el jurista es claro desde 1934: «Del conocimiento de la gradación del orden jurídico resultan consecuencias muy importantes para el problema de

248. KELSEN, “¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?”, p. 32.

249. KELSEN, “*Teoría Pura del Derecho (1934)*”, p. 25; “*Teoría Pura del Derecho (1953)*”, p. 19; “*Teoría Pura del Derecho (1960)*”, p. 15.

250. KELSEN, “*Teoría Pura del Derecho (1960)*”, p. 15.

251. Con todo, llevan razón quienes han afirmado que la teoría pura no logró desarrollar una doctrina acabada de la interpretación, señalando, más bien, los límites de la misma, sin destacar lo que ella puede realizar. En este sentido, MAYER, Heinz, “*La doctrina de la interpretación de la teoría pura del derecho*”, trad. Luis Villar Borda, en WALTER, “*Problemas Centrales de la Teoría Pura del Derecho*”, pp. 95 y 96.

la interpretación [...]»²⁵², en tanto, ésta acompaña el proceso de producción jurídica desde la grada superior, a una inferior del orden jurídico. Hay lugar a la interpretación en los distintos escalones de la estructura del derecho, pues, entre ellos existe una relación de determinación: la norma de grada superior regula el acto productor de la norma inferior, estableciendo, por tanto, el procedimiento para su producción, así como, en algunos casos, su contenido²⁵³. La determinación, empero, nunca es completa, convirtiéndose la norma superior en un marco que la libre discrecionalidad del acto productor de la norma inferior habrá de completar²⁵⁴. Esa indeterminación, puede ser intencional o no intencional, dependiendo de si se origina o no en la voluntad del órgano encargado de la producción normativa. En el primer caso, es posible citar como ejemplo la delegación administrativa o la determinación de la medida de la pena. En cuanto al segundo tipo de indeterminación, cita Kelsen tres clases, a saber, en primer lugar, la ambigüedad en la expresión de la norma, que se presenta cuando su significado lingüístico no es unívoco; en segundo término, la existencia de una discrepancia entre la voluntad del órgano productor de la norma y su formulación lingüística; y, en fin, la contradicción total o parcial de dos normas con pretensión simultánea de validez. El marco jurídico que la norma representa, se encuentra, entonces, preñado de varias posibilidades, todas de igual valor, siendo éstas conforme a derecho si

252. KELSEN, “*Teoría Pura del Derecho (1934)*”, p. 126.

253. KELSEN, “*Teoría Pura del Derecho (1960)*”, pp. 349 y ss.

254. La indeterminación aparece delineada ya en el escrito de habilitación de Kelsen, aunque no había proceso de producción alguno que tuviera que acompañar: «[...] se ve que los actos que han de ser considerados como actos del Estado, al igual que sus premisas en el orden jurídico, no se hallen nunca *totalmente* determinados de antemano [...] lejos de ello, se deja siempre un margen de libertad mayor o menor para que el órgano del Estado obligado a realizar el acto diga si se dan o no, y hasta qué punto se dan, en el caso concreto, los requisitos de la voluntad del Estado, por donde la realización de ésta queda siempre, en mayor o menor medida, supeditada al criterio de aquél, sin que el órgano se halle vinculado en todas y cada una de las direcciones de su conducta». Véase, KELSEN, “*Problemas Capitales*”, p. 440.

se mantienen dentro del límite proveído por la norma fundante. De las posibilidades que el órgano jurídico tiene ante sí, habrá de elegir, mediante un *acto de voluntad*, alguna de ellas, dando lugar así a una norma inferior, o a un acto coactivo, según corresponda. En la segunda edición en alemán de la "*Reine*", explica Kelsen que la interpretación puede ser de dos clases: auténtica y no auténtica²⁵⁵. La primera, es efectuada por un órgano jurídico que crea derecho, mientras que, la segunda, es aquella realizada por los particulares imperados por la norma, o bien, por la ciencia jurídica. En la interpretación no auténtica, de ningún modo existe creación de derecho, y en el caso de la ciencia del derecho, su tarea se limita, desde la pretensión de cientificidad positivista, a una operación de carácter cognoscitivo²⁵⁶.

5. LA DOBLE FAZ DE LOS ACTOS JURÍDICOS

Los "*Problemas Capitales*" representan la antítesis de lo declarado por Kelsen en sus obras clásicas respecto a la distinción entre producción o creación, y ejecución o aplicación del derecho. En ese primer texto, ambas funciones aparecían separadas, siendo la primera de ellas, bajo la forma de legislación, un asunto —como se dijo— metajurídico, específicamente, un proceso de carácter social²⁵⁷. Bajo estos supuestos,

255. KELSEN, "*Teoría Pura del Derecho (1960)*", pp. 354 y 355.

256. Una importante materia de que se ocupa la doctrina de la interpretación, se refiere a las lagunas del ordenamiento. Baste decir aquí que para Kelsen el derecho constituye una unidad en la que las lagunas no pueden presentarse. Las razones para tal posición son de carácter lógico. Según el autor austrohúngaro, en aquellos casos en que no hay norma que permita solucionar el caso, significa, simplemente, que el derecho ha dejado libre una determinada conducta, es decir, que no la ha regulado, existiendo la posibilidad de que luego pueda suceder lo contrario. Entonces, incluso en aquellos casos en que no existe una norma, se está aplicando el ordenamiento jurídico que considera permitida una conducta, expresado en una libertad conforme a derecho. En ningún caso, puede sostenerse una inaplicabilidad del derecho por falta de norma. Véase KELSEN, "*Teoría Pura del Derecho (1934)*", pp. 138 y ss.; "*Teoría Pura del Derecho (1960)*", pp. 254 y ss.; "*Teoría General de las Normas*", pp. 138 y ss.

257. KELSEN, "*Problemas Capitales*", p. 407.

el derecho no podía producirse por sí mismo, pues, la legislación «[...] no entraña nunca, en rigor, una actividad del Estado[.]»²⁵⁸. Respecto a la segunda de las funciones, el ejecutivo corresponde a la administración pública bajo la forma del Estado en acción²⁵⁹. Sin embargo, es la influencia de Merkl, arriba revisada, aquella que romperá con esta versión primigenia de la teoría pura del derecho. Este autor, en un escrito de 1917, intitulado "*La doble cara del derecho*"²⁶⁰, expuso la idea según la cual los actos estatales poseen una doble función: de una parte, producción de derecho, y, de otra, aplicación. La oposición entre ambas es sólo relativa, pues, en tanto el orden jurídico positivo opera con una estructura escalonada, cada acto de producción se funda en una norma, que es al mismo tiempo aplicada para crear ese acto. Creación y aplicación son las dos caras que los actos de un orden jurídico desde la perspectiva dinámica presentan. Esta tesis también fue asimilada por Kelsen, cuestión que importó un vuelco respecto de su primer pensamiento, que se encarga de caracterizar: «[...] se divide tradicionalmente a las funciones estatales en legislación y ejecución, contraponiéndose la creación o producción del Derecho a la aplicación del Derecho, a la que se considera como simple reproducción del mismo»²⁶¹. Criticando este contraste absoluto, afirma el jurista su inexactitud, pues, sólo existe una oposición relativa entre dichas funciones, desde que «[...] cada una de ellas se presenta, en efecto, como un acto a la vez de creación y de aplicación del Derecho»²⁶². De ahí que legislación (creación) y ejecución (aplicación) no sean sino dos etapas del proceso de producción jurídica, que se presentan en un mismo acto jurídico, ejecutándose, en cada uno de ellos, una norma de grada supe-

258. Ídem, p. 429.

259. Ídem, p. 446.

260. Aquí, se sigue de cerca la exposición aparecida en Kucso-Stadlmayer, ob. cit., pp. 166 a 168.

261. KELSEN, "*La garantía jurisdiccional de la Constitución*", p. 110.

262. Ibídem.

rior, produciéndose, igualmente, una de grada inferior. Los ordenamientos jurídicos se componen, en su mayoría, de esta clase de actos, conformados por una doble cara, pues, en cada extremo de su estructura escalonada o piramidal existen actos de tipos distintos: en la cúspide, una Norma Fundamental que es pura institución normativa —y que se revisará en el capítulo siguiente—, y en la base, actos coactivos o de mera ejecución²⁶³, que en ningún caso son normas. En consecuencia, «[...] todo lo que se encuentra entre estos dos [...] extremos es al mismo tiempo institución [—producción—] y ejecución del Derecho»²⁶⁴.

Capítulo VI

NORMA FUNDAMENTAL

Expuesta la estructura del ordenamiento jurídico en la teoría pura, explicándose, asimismo, las consecuencias de la doctrina escalonada merkliana, resta, en esta parte, ocuparse de la pieza que permite completar la dinámica jurídica, a saber, la Norma Fundamental. Si bien, no es parte ni consecuencia del ordenamiento jurídico graduado, es posible inquirir acerca de ella cuando se ha recorrido la pirámide hasta su cúspide. La función de esta norma, consiste en hacer posible que el orden jurídico se presente construido de la forma que se ha revisado en los capítulos precedentes frente a quien emprenda el estudio del derecho. La Norma Fundamental o *Grundnorm* es otro de los productos del carácter dialógico de la doctrina pura por tres motivos. En primer término, y contrariamente a lo que se cree, ella no es creación directa de Kelsen, sino que es fruto, en gran medida, de sus discípulos de la Escuela de Viena. En segunda instancia, su carácter trascendental deriva desde la posición del neokantismo, que la teoría kelseniana adoptó para sí desde la Escuela de Marburgo, siendo una guisa de adaptación aplicada a la disposición del ordenamiento. Finalmente, —y en tercer lugar— es en derredor de este punto donde puede destacarse con mayor claridad

263. KELSEN, “*Teoría Pura del Derecho (1934)*”, pp. 118 y 119.

264. Ídem, p. 119.

la reflexión constante del purismo jurídico, desde que la Norma Fundamental no conservó el mismo estatus a lo largo de todas las obras del autor austrohúngaro. Esto explica que en el presente escrito no se utilice el adjetivo “hipotética” para calificarla, por cuanto, ese carácter sólo se presenta en algunos de los textos de Kelsen. Por virtud de la Norma Fundamental, se obtiene un modo de comprensión del fenómeno jurídico que permite vincular las influencias constatadas a lo largo de este texto, desde las filosóficas generales expuestas en la primera parte, hasta aquellas de los condiscípulos de Kelsen tratadas en esta parte. En consecuencia, la estructura del orden jurídico bajo el prisma de la *Grundnorm*, es la concreción de la gran diversidad de las ideas que dieron forma a la teoría pura del derecho.

1. LA NORMA FUNDAMENTAL EN DESARROLLO

1.1. Antecedentes de la *Grundnorm*

Kant, en su “*Rechtslehre*”, sostuvo la necesidad de una Norma Fundamental. El filósofo de Königsberg, comprendía al derecho como el conjunto de condiciones bajo las cuales pueden coexistir los arbitrios de los sujetos de acuerdo con una ley universal, debiendo comprenderse la legalidad como la conformidad externa de la conducta de los individuos a las normas jurídicas, aunque éstas debían supeditarse a un principio moral: la ley universal, que se mostrará como categoría fundadora de esa legalidad característica del derecho positivo. Desde esta perspectiva, «[p]uede, pues, pensarse una legislación exterior que contuviera sólo leyes positivas; pero entonces debería precederle una ley natural, que fundamentara la autoridad del legislador (es decir, la facultad de obligar a otros simplemente mediante su arbitrio)»²⁶⁵. La ley natural aludida por Kant, corresponde a la idea de una Norma Fundamental que consiste —como certeramente se ha dicho²⁶⁶— en

265. KANT, Immanuel, “*La Metafísica de las costumbres*”, trad. Adela Cortina Orts, y Jesús Conill Sancho, Tecnos, Madrid, 3ª ed., 2002, p. 31.

266. ALEXY, Robert, “*El concepto y la validez del derecho*”, trad., Jorge M. Seña, Gedisa, Barcelona, 3ª ed., 2004, p. 116.

una fundamentación iusnatural o iusracional de la validez del derecho, que conduce, en última instancia, a un vínculo entre derecho y moral, es decir, a esa conexión interna entre la facticidad de la imposición de normas jurídicas y su pretensión de legitimidad²⁶⁷. Sin embargo, con el advenimiento del positivismo jurídico, el derecho adquiere autonomía frente a otros órdenes normativos, separándose de la política, y excluyendo contenidos morales para su fundamentación. Como bien lo dice Habermas al explicar esta posición teórica, el derecho, para mantenerse como momento de incondicionalidad —es decir, como indisponible al momento de su aplicación— frente al poder político, se funda ahora en su propia forma, y no en los contenidos que puedan hallarse en el derecho natural²⁶⁸. Ésta es, de acuerdo a lo señalado, una descripción precisa de la posición adoptada por Kelsen.

1.2. Aportes de los discípulos

En los *"Problemas Capitales"*, el autor austrohúngaro no contempló ninguna idea relativa a la Norma Fundamental. Sabido es que en esta época, Kelsen se hallaba inspirado por las interpretaciones neokantianas de la Escuela de Baden, según las cuales, el derecho era visto desde la estricta separación entre ser y deber ser, correspondientes a categorías originarias separadas por un abismo profundo. A este respecto, Walter afirma que el origen del deber ser no fue un tema del que Kelsen se ocupara²⁶⁹, cuestión que es obvia en virtud de su carácter originario, por cuanto, una categoría de esta clase no puede, por definición, obtener su fundamentación en otra cosa que no sea ella misma. Por otro lado, no había ningún motivo para ocuparse del sostén supremo

267. HABERMAS, Jürgen, *"Facticidad y Validez"*, trad. Manuel Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 2001, p. 90.

268. HABERMAS, Jürgen, *"¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?"*, en *"Escritos sobre moralidad y eicidad"*, p. 137.

269. WALTER, Robert, *"Origen y desarrollo de la Norma Fundamental"*, trad. Luis Villar Borda, en WALTER, *"Problemas Centrales de la Teoría Pura del Derecho"*, p. 77.

de un orden jurídico, en tanto, la doctrina kelseniana sólo era apta para aprehender las normas en su estado de reposo, ya producidas y válidas, así como las consecuencias que se seguían de su fórmula lógica, de modo que era imposible ascender por las gradas del ordenamiento y llegar al punto de fundamentación última. Fue Franz Weyr, entre 1913 y 1914, quien echó luz, aunque implícitamente, a una idea germinal de Norma Fundamental²⁷⁰. Frente a un comentario crítico acerca de la imposibilidad de fundamentación del derecho positivo en una autoridad distinta de él, este autor checoslovaco afirmó que la obligatoriedad de los sistemas jurídicos puede ser referida a la "forma conceptual" del jurista, que no puede demostrarse ulteriormente. Junto a ello, sostuvo que «[...] cualquier construcción jurídica ha de tomarse de un punto de partida indemostrado e indemostrable[.]»²⁷¹. Este planteamiento, da cuenta de un modo de fundamentación del derecho que le sacude de su concepción clásica, vaciándolo de contenido, expresándose sólo como un deber ser susceptible de regular cualquier conducta humana. No es de extrañar que un pensamiento como este se manifestara en la Europa continental de principios del siglo XX, pues, en esa época aún permanecía vigente, aunque en sus postrimerías, la corriente iniciada por Gerber y ejecutada por Laband, en cuanto a la metodología de la ciencia jurídica, manifestada en los principios de pureza y autonomía del derecho público, directrices que fueron absorbidas por los precursores de la teoría pura del derecho como herederos de la doctrina clásica. En 1916, se verifica el aporte de Alfred Verdross a la doctrina de la Norma Fundamental. Este discípulo de Kelsen lleva a cabo una remisión a la Escuela de Marburgo para hacer referencia al fundamento de un orden jurídico, que requiere, para su comprensión, de un supuesto hipotético, caracterizado por ser indemostrable y extrajurídico, siendo su elección un asunto meramente funcional²⁷². El año siguiente, Leonidas Pitamic

270. Para la evolución histórica de la Norma Fundamental que aquí se expone, puede consultarse Ídem, pp. 78 y ss.

271. Citado en Ídem, p. 79.

272. Ídem, p. 82 y nota 15. Posteriormente, Verdross, sin embargo, transformó la Norma Fundamental en una norma de carácter ético, intentando —dice Kunz— fundar el derecho positivo en valores objetivos que, desde la óptica de una teoría positivista del derecho, son metaempíricos. Al respecto, KUNZ, ob. cit., p. 135.

sostiene que «[...] la norma suprema de un sistema [...] no se remonta más allá, porque ella misma es el último fundamento lógico de la validez para las normas que le son subordinadas, así que sólo puede ser presupuesta como válida»²⁷³. La selección de dicha norma, depende de una concordancia entre ella y los supuestos fácticos del orden que funda, cuestión que, como se verá enseguida, Kelsen no aceptaría en su concepción clásica de la Norma Fundamental.

2. DIVERSAS FORMULACIONES DE LA GRUNDNORM, UNA FUNCIÓN METODOLÓGICA

El itinerario que trazó Kelsen para su teoría pura del derecho, operó en dos etapas. En la primera de ellas, profundizó en los postulados de la Escuela Gerber/Laband, finiquitando la dependencia entre derecho natural (moral) y derecho positivo, excluyendo a aquel como fundamento legítimo del orden jurídico. La segunda etapa, es reconstructiva, pues, una vez que la moral ha sido desterrada de las preocupaciones de los juristas, queda latente la cuestión acerca de la fundamentación del derecho, siendo necesario completar la vacante que aquella ha dejado. El problema de la fundamentación del orden jurídico, no fue un asunto que la incipiente doctrina de Kelsen dejara en suspenso, sino que, al contrario, se trató de una materia que la inquietó durante más de medio siglo, extensión de tiempo que permitió a Kelsen entregar, a través de sus textos, diversas formulaciones teóricas para la *Grundnorm*. Ello significa que en la evolución de la teoría pura existieron varios tipos de normas fundamentales, aunque no se alteró su función respecto del orden jurídico, consistente en servir de herramienta epistemológica para el conocimiento del derecho. Para aclarar este punto, basta con explicar las preguntas a que cada cuestión responde. Así, respecto de los modelos de normas fundamentales, vale la pregunta ¿qué clase de *Grundnorm* propone Kelsen?, mientras que acerca de su función, se inquiere ¿para qué sirve la Norma Fundamental (cualquiera sea su formulación)?

273. Ídem, p. 83.

2.1. Tránsito de la Norma Fundamental

2.1.1. Primera formulación

Sólo una vez que Kelsen ha conocido y adoptado la doctrina de la estructura escalonada del orden jurídico de Merkl, comienza a preguntarse por los fundamentos del mismo, siguiendo —aunque desde el punto de vista de un positivismo formal— una antigua tradición iusnaturalista que demuestra la necesidad de evitar la regresión al infinito, y que puede hallarse ya en la ética nicomáquea²⁷⁴. Fue así que el jurista austrohúngaro, en un escrito de 1914²⁷⁵, planteó la cuestión relativa al *punto de partida* desde el cual se erige la construcción jurídica, para elucidar la situación jurídico-constitucional de la monarquía austrohúngara, siendo necesario, para ello, optar entre la Constitución de 1867, o anteriores actos constitucionales²⁷⁶. El problema acerca de la norma suprema del conjunto de normas interrelacionadas a través de criterios de jerarquía, surgió, entonces, desde el derecho positivo, de modo que, habiéndose constatado la estructura dinámica del orden jurídico, se hizo necesario inquirir acerca de su sostén último. La respuesta del joven profesor da cuenta, en esa época, de una teoría de la Norma Fundamental que se encuentra en un punto medio en cuanto al reemplazo del fundamento de validez del derecho, pues, éste no sería un asunto puramente jurídico, sino que atendería a consideraciones externas. Por tal motivo, afirma Kelsen que toda construcción jurídica tiene «[...] que haber nacido [...] de alguna norma última presupuesta

274. Afirma el estagirita: «[...] no es el caso que elegimos todas las cosas por causa de otra (pues así habría un progreso al infinito, de manera que nuestra tendencia será sin objeto y vana) [...]» ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, trad. José Luis Calvo Martínez, Alianza, Madrid, 2004, 1094a, p. 48.

275. El texto se titulaba *Ley Imperial y la ley del país (Land), conforme a la Constitución austríaca*. Según Métall, fue en este trabajo donde, por primera vez, desarrolló Kelsen la teoría de la Norma Fundamental. Véase, MÉTALL, *Hans Kelsen, vida y obra*, p. 113.

276. WALTER, *Origen y desarrollo de la Norma Fundamental*, p. 79.

ella misma como norma válida y suprema. La cuestión de la validez de esta última norma, admitida como presupuesto de todo conocimiento jurídico, se encuentra, pues, fuera de ese conocimiento jurídico. Esta norma final presupuesta como norma (sería) [...] igualmente el punto arquimédico desde el cual el conocimiento jurídico se pondrá en movimiento. La elección de ese punto de apoyo no (sería) en principio una cuestión jurídica sino que *política* [...]»²⁷⁷.

2.1.2. Segunda formulación

En su libro "*El problema de la soberanía y el derecho internacional*", de 1920, aún no traducido al español, destaca el joven profesor la necesidad de fundamentación que el orden jurídico requiere, afirmando que cualquier intento de negar tal cosa, implicaría un dogmatismo acríptico²⁷⁸. Para ello, propone que el derecho ha de atribuirse «[...] finalmente a una norma general suprema de origen lógico, establecida como hipótesis por la autoridad constituyente [...]»²⁷⁹. La Norma Fundamental estatuye, por tanto, un deber ser, confiriendo normatividad a la norma positiva de mayor jerarquía en un orden jurídico. Ha de destacarse aquí la característica de hipótesis que según Kelsen tendría esta norma, aunque ello no ~~significa~~ ~~susceptibilidad~~ de verificación empírica, tal como el término es ~~utilizado~~ en el lenguaje positivista, pues, una norma jamás puede llegar a verificarse de esta guisa; según Kelsen, la expresión "hipótesis" equivale a "presupuesto"²⁸⁰. El autor austrohúngaro, destaca la condición *a priori* de esta construcción, basándose en la filosofía trascendental de Kant²⁸¹, mostrándose claramente que ha dado un segundo paso, a saber, no sólo ha recibido la influencia

277. Citado en *Ibidem*.

278. *Ídem*, p. 84.

279. Citado en *Ibidem*.

280. Citado en *Ídem*, p. 86, nota 27.

281. *Ídem*, p. 84.

de sus discípulos para constatar la necesidad de un fundamento para el derecho, sino que, también, ha integrado las ideas neokantianas de Marburgo que Cohen directamente le comunicó²⁸². Según Robert Walter, en el planteamiento de la Norma Fundamental que se describe, Kelsen aún hace alusiones a los criterios de su elección²⁸³, cuestión que se denomina "principio de economía del razonamiento", según el cual, la selección del objeto —la *Grundnorm*—, se rige por el principio de adecuación al fin²⁸⁴ como criterio ulterior de fundamentación, dependiendo la Norma Fundamental, por tanto, de las características del orden jurídico, de manera que, aún no se negaba la posibilidad de inquirir acerca de su fundamento de validez, posición que fue adoptada por Kelsen en la formulación clásica de la *Grundnorm*.

2.1.3. Tercera formulación

En su "*Teoría General del Estado*" de 1925, el sabio austrohúngaro proporciona un modelo de Norma Fundamental que se sustenta a sí misma. Ya no se presenta su elección como una cuestión política, ni se encuentra sujeta a consideraciones de economía del razonamiento. Kelsen es claro a este respecto, afirmando que ella es el límite último en la construcción escalonada del orden jurídico, dotada de un carácter

282. También proviene desde Cohen el estatus de hipótesis que Kelsen confiere a su Norma Fundamental. Este vínculo puede comprobarse en una cita del filósofo de Marburgo, correspondiente a su "*Ética de la voluntad pura*": «A veces es la hipótesis el comienzo y el fundamento de la teoría [...]. Toda teoría, toda ley no puede tener otro fundamento que el que la fundamentación establece [...] (La hipótesis) está referida a la concordancia con los fenómenos, al resultado que puede lograr para la explicación coherente de los fenómenos y los problemas [...] La hipótesis, en la medida en que cumple su concepto, tiene certidumbre y seguridad. No existe ninguna otra seguridad[.]». Véase, SCHMILL, ob. cit., p. 148. El propio Kelsen confirma esta tesis en una carta enviada a Renato Treves en agosto de 1933. Véase, PERRIN, Jean-François, "*Un inédit de Kelsen concernant ses sources kantiennees*", en "*Droit et Société*", N° 7, L.G.D.J./C.R.I.V., Paris, 1987, pp. 328 y 329.

283. WALTER, "*Origen y desarrollo de la Norma Fundamental*", p. 84.

284. WALTER, "*La estructura del orden jurídico*", p. 7.

originario, de manera que resulta imposible inquirir acerca de su ulterior fundamentación. Esta *Grundnorm*, posee la calidad de hipótesis, que ha de ser introducida por el conocimiento jurídico para que sea posible interpretar como actos jurídicos el material normativo y ciertos hechos²⁸⁵. La necesidad de una Norma Fundamental no interfiere con la positividad que el derecho, como objeto, posee para la doctrina pura del derecho, pues, ella es «[...] adecuada al dominio del conocimiento normativo [...]»²⁸⁶, lo cual significa que, a su través, se efectúa una idéntica operación epistemológica que en las ciencias naturales, pero, trasladada hacia un objeto normativo, compartiendo, por tanto, la *Grundnorm*, esta normatividad. Agrega Kelsen que la Norma Fundamental o norma hipotética «[...] no está situada propiamente dentro del sistema de las proposiciones jurídicas positivas [...]»²⁸⁷, es decir, no ha sido estatuida por acto de autoridad de acuerdo a criterios proporcionados por el ordenamiento, sino que, antes bien, es introducida por el conocimiento jurídico: «[...] la norma fundamental no es creada por un legislador, sino «supuesta» por el conocimiento jurídico [...]»²⁸⁸. Finalmente, cabe agregar que en esta versión de la *Grundnorm*, la teoría pura no efectúa ninguna remisión a la teoría trascendental neokantiana, por lo que, pareciera quedar en el misterio su calificación filosófica.

2.1.4. Cuarta formulación

En la *Reine Rechtslehre* de 1934, Kelsen se propone examinar el fundamento de la unidad y pertenencia del orden jurídico. La entidad que confiere esas características a un ordenamiento de derecho positivo es la *Grundnorm*, que opera como principio fundamental, de conformidad con el cual las normas jurídicas se producen, cuestión que no importa, sin embargo, la posibilidad de deducir lógicamente normas

285. KELSEN, *Teoría General del Estado*, pp. 135 a 136.

286. Ídem, p. 135.

287. Ibídem.

288. KELSEN, *Teoría General del Estado*, p. 165.

particulares desde ella²⁸⁹. En esta primera edición en lengua alemana de la *Teoría Pura*, Kelsen afirma que la Norma Fundamental es el supuesto base del conocimiento jurídico, consistiendo en una hipótesis que no es necesaria, pues, «[b]ajo la suposición de que ella vale, vale también el orden jurídico que sobre ella descansa [...]»²⁹⁰, confiriendo al acto del primer legislador y a las normas que se produzcan conforme a lo que él establezca, su sentido específico del deber ser. Asevera el jurista que «[e]n la norma fundamental arraiga, en último término, la significación normativa de todas las situaciones de hecho constitutivas del orden jurídico. Sólo bajo el supuesto de la norma fundamental puede interpretarse como Derecho [...] el material empírico que se ofrece a la interpretación jurídica»²⁹¹. También, cierra Kelsen en esta cuarta formulación la posibilidad de cuestionar la validez de la norma suprema, en razón de que ella no vale como norma positiva. Por último, efectúa el jurista austrohúngaro una combinación entre el modelo de racionalidad positivista —empirista—, y el método trascendental kantiano, afirmando que la teoría pura, al formular la Norma Fundamental, de ningún modo plantea un nuevo método científico en el estudio del derecho, en tanto, con ella, únicamente se hace expresa, es decir, se pone al descubierto, a través de «[...] un análisis del proceder efectivo, las condiciones lógico-trascendentales del método de conocimiento positivo del Derecho que se practica desde tiempo inmemorial»²⁹².

2.1.5. Quinta formulación

La clásica segunda edición en lengua alemana de la *Teoría Pura del Derecho*, no se pronuncia acerca de la clasificación de hipótesis de la Norma Fundamental. Comienza Kelsen, de forma similar al plan-

289. KELSEN, *Teoría Pura del Derecho (1934)*, pp. 94, 96 y 97.

290. Ídem, p. 99.

291. Ibídem.

292. Ídem, p. 100.

teamiento de 1934, inquiriendo acerca del fundamento de la unidad y pertenencia de las normas de un determinado orden jurídico, cuestión esta última estrechamente vinculada al fundamento de validez de ellas. El jurista austrohúngaro considera que la validez de una norma sólo puede hallarse en otra, en virtud de la estricta separación entre ser y deber ser que sigue defendiendo, de modo que, de la circunstancia que algo sea, no es posible deducir un deber ser, y viceversa. Por otro lado, la búsqueda de aquello que funda la validez de una norma, no puede continuar hasta el infinito, sino que tiene que concluir en una norma última, que se caracteriza por ser presupuesta, pues, de lo contrario — es decir, si fuera impuesta por otra autoridad—, se requeriría otra norma que la autorizara. La *Grundnorm* dota de validez, pertenencia y unidad a las normas de un ordenamiento de derecho, desde que todas estas pueden ser referidas a aquella²⁹³. Como ya se ha dicho, el orden jurídico posee un carácter dinámico, de manera que sus normas se realizan o producen de acuerdo a la forma establecida por otra norma. A este tipo de sistema normativo, corresponde una *Grundnorm* «[...] que determina cómo deben producirse las normas generales e individuales del orden sustentado en esa norma [fundamental]»²⁹⁴. Al través de ella, es posible interpretar la costumbre que ha estatuido una constitución o ciertos actos constituyentes como hechos productores de normas, siendo la Norma Fundamental una constitución en sentido lógico-jurídico²⁹⁵, de modo que, «[...] puede designarse a la norma [fundamental], tal como es representada por la ciencia del derecho, y si cabe recurrir *per analogiam* a un concepto de la teoría kantiana del conocimiento, como la condición lógico-trascendental de esa interpretación»²⁹⁶. Por lo tanto, la Norma Fundamental cumple una función gnoseológica, en tanto, no es una norma impuesta, sino que pensada, planteamiento que la ciencia jurídica efectúa sin atribuirse autoridad normadora alguna; no se

293. KELSEN, “*Teoría Pura del Derecho (1960)*”, pp. 201 y 202.

294. Ídem, p. 204.

295. Ídem, p. 206.

296. Ídem, p. 209.

prescribe obediencia a las órdenes del primer constituyente, sino que sólo se las conoce y describe.

2.1.6. Sexta formulación

La “*Allgemeine*” póstuma de Kelsen, cambió radicalmente la calificación filosófica de la Norma Fundamental. Aquí, el jurista austrohúngaro no deja dudas acerca de la renuncia que ha efectuado a la calidad de hipótesis que ostentaba la *Grundnorm* al menos hasta la formulación de 1934, y que queda entre paréntesis en la segunda versión alemana de su obra principal. Asimismo, la doctrina kelseniana de la Norma Fundamental elimina la antigua identificación que con la gnoseología crítica de Kant poseía, cuestión que parecía desvanecerse en 1960 cuando sólo se efectuaba una “analogía” entre ambos pensamientos y no una equivalencia como en entregas anteriores. En la última “*Teoría General*”, también se destierra la posibilidad de preguntar acerca del fundamento de la norma suprema, en virtud de que ella no es una norma positiva, sino que supuesta por el pensamiento jurídico²⁹⁷. «[E]lla es una auténtica o “verdadera” ficción en el sentido de la *filosofía del Como-Si vaihingeriana*, la cual [...] no sólo contradice la realidad, sino que es contradictoria consigo misma»²⁹⁸. Que la Norma Fundamental contradiga la realidad significa, para Kelsen, que ella no se encuentra estatuida a través de un acto de voluntad real, y que sea contradictoria consigo misma, importa que, a su través, se identifica la más alta autoridad de derecho (positivo), aunque, al mismo tiempo, ella se sitúa como autoridad más alta que la autoridad que identifica²⁹⁹. Para Kelsen, la *Grundnorm* permite interpretar los actos subjetivos que establecen normas como actos objetivos, como normas jurídicas válidas. Finalmente, y como ya se adelantó, el jurista austrohúngaro se retracta de una de las características más conocidas de su Norma Fundamental, a

297. KELSEN, “*Teoría General de las Normas*”, p. 251.

298. *Ibidem*.

299. *Ibidem*.

saber, su calidad de hipótesis: «[...] la norma [fundamental] no es hipótesis alguna —como yo mismo ya lo he señalado— sino una ficción, la que se diferencia de una hipótesis en que ella es acompañada o puede ser acompañada por la conciencia, en que ella no concuerda con la realidad[.]»³⁰⁰.

2.2. Función de la Grundnorm: método trascendental

Hasta aquí, se ha revisado el tránsito de la Norma Fundamental a través de las sucesivas exposiciones proporcionadas por la doctrina pura del derecho, constatándose sus diversas formulaciones, comenzando por describirla como una norma de carácter político, evolucionando luego hacia una hipótesis gnoseológica kantiana, para dejar de ser ambas cosas y calificarse al modo de una ficción autocontradictoria. En este desarrollo, el jurista austrohúngaro ha conferido a la *Grundnorm* diferentes estatus, esto es, la ha subsumido bajo ciertas características. Sin embargo, en lo que sigue, se propone que a pesar de sus mutaciones, ella conserva en todas las obras que se refieren a este punto, una misma función, que no se vincula con su normatividad, sino que con su competencia epistemológica, tesis que no es pacífica, desde que, en sus textos, Kelsen pareciera defender que la Norma Fundamental tiene fuerza normativa, confiriendo validez al ordenamiento jurídico en cuya cúspide se encuentra. Al mismo tiempo, la teoría pura asevera que ella posee una cualidad interpretativa, de conformidad con la cual, resulta posible que las normas jurídicas sean consideradas tales, no obstante consistir en hechos mediante los cuales se establece una declaración de voluntad de quien la produce, cuestión a la que se denomina sentido subjetivo de la norma. Esta dualidad de la Norma Fundamental, sin embargo, no existe, pues, en virtud de las afirmaciones del sabio austrohúngaro, y en concordancia con su modelo de ciencia jurídica, la teoría pura del derecho es, simplemente, una metodología de la actividad teórica dedicada a estudiar el material jurídico.

300. Ídem, p. 252.

Que la teoría pura se presente como una forma de estudio del orden normativo desde una perspectiva general, importa fijar los límites de su quehacer. En tanto ciencia, su labor sólo será obtener un conocimiento fiable desde la descripción de su objeto normativo, y nunca, en cambio, producir normas válidas. Es decir, no podrá ella otorgarle fuerza obligatoria a una norma, tarea que compete al legislador o al juez dentro de la estructura jerarquizada del orden jurídico. Para Kelsen, como se indicó más arriba, la ciencia sólo debe conocer su objeto y no evaluarlo; menos aún puede el jurista asumir competencias que corresponden a las autoridades productoras de derecho. Sobre esta base, y teniendo en consideración que la *Grundnorm* constituye —de acuerdo a las diversas formulaciones revisadas— un presupuesto del conocimiento jurídico³⁰¹, a ella no le es posible conferir obligatoriedad al orden jurídico. Esto parece, en principio, contradictorio con la recurrente afirmación de Kelsen acerca de que la Norma Fundamental conferiría validez al ordenamiento. La contradicción sólo es aparente, pues, cuando se sostiene que la *Grundnorm* otorga validez a las normas, debe entenderse que a su través se efectúa una operación gnoseológica por cuya virtud se *constituye* la norma como deber ser desde la perspectiva del conocimiento, y no, en cambio, desde el punto de vista de la autoridad productora de derecho. En tanto, con el término —o concepto de— “validez” se quiere significar la existencia específica de la norma jurídica (esto es, su modo normativo particular de existir como deber ser, diferente de la existencia que puede identificarse en el ámbito del ser), la Norma Fundamental dota de existencia normativa al derecho como su objeto de estudio, constituyéndolo como tal a través de un procedimiento único, expresándose con claridad de esta forma la doctrina neokantiana del método trascendental que Kelsen recibe directamente desde Hermann Cohen en la visita que le efectúa en la ciudad de Marburgo.

La posición aquí adoptada armoniza con la afirmación de Kelsen referida al impedimento de deducir otras normas desde la *Grundnorm*, requiriéndose la mediación de un acto de voluntad, planteamiento que

301. Salvo, acaso, en la segunda formulación, en la que pareciera ser supuesta por el constituyente, aunque esto no obsta su función cognoscitiva, es decir, su capacidad de constituir su objeto que es el derecho.

es coherente con su carácter de norma “pensada”, desde que es ciertamente imposible “producir” otras normas —en el sentido de creación jurídica de otras normas— desde una norma presupuesta, por cuanto, únicamente es posible obtener normas jurídicas desde otras fuentes que posean igual carácter. Sólo una vez que ha mediado el hecho que estatuye normas, la Norma Fundamental puede interpretarlo o constituirlo como existiendo normativamente, es decir, considerándolo válido, dotándolo de existencia específica para el conocimiento jurídico y no de fuerza obligatoria. Ésta es la función de la Norma Fundamental, consistente en permitir la interpretación de los hechos positivos como normas jurídicas válidas, operación que sólo se muestra posible si ella es interpuesta entre el teórico del derecho y su objeto, con lo cual, puede concluirse que ella es el método trascendental (lo contrario importaría admitir que además del método trascendental existe la Norma Fundamental como método, con lo cual, la pureza metodológica como pretensión se tornaría irrelevante). Robert Alexy ha expresado en forma precisa la tarea que la *Grundnorm* lleva a cabo, afirmando que ella permite el paso del ser al deber ser, transformando las categorías, de modo que «[a]l interpretar a determinados hechos como hechos creadores de derecho, se realiza el paso al reino del derecho»³⁰². Esta función es exactamente la misma en todas las formulaciones de la Norma Fundamental, cuestión que es independiente de su clasificación, es decir, no obstante que a través de las obras de Kelsen resulta posible identificar modelos distintos de la *Grundnorm* —esto es, desde una hipótesis, transitando por su calidad de presupuesto lógico trascendental, para finalmente devenir en una ficción vaihingeriana—, la teoría pura esgrime la Norma Fundamental con un propósito puramente epistemológico. Esta circunstancia es descrita en forma precisa por Walter: «Las reflexiones de la teoría pura del derecho se ocupan con el objeto normativo “derecho positivo” y se tropiezan en esto con la pregunta de cómo es posible conocer un objeto semejante. Eso se muestra posible al anteponer la norma fundamental»³⁰³. Con la *Grundnorm* se cierra el

302. ALEXY, ob. cit., p. 106.

303. WALTER, “Origen y desarrollo de la Norma Fundamental”, p. 90.

círculo. En su formulación, confluyen las diversas influencias que se encuentran detrás de la teoría pura del derecho de Hans Kelsen, desde el método trascendental marburgiano, que permite constituir el objeto de conocimiento, conformado al modo de una estructura escalonada del ordenamiento jurídico según la elaboración de Merkl, permitiendo mantener la separación entre ser y deber obtenida por el joven profesor a través de los neokantianos de Baden, conservándose la necesaria pureza metodológica de la ciencia del derecho defendida por el Gerberlabandismo, operando, en fin, al modo de un concepto ideal de aquellos que el positivismo acepta de acuerdo a la regla del nominalismo propuesta por Kolakowski, a saber, como una forma de ordenación de datos empíricos, cuya existencia no puede suponerse real en algún lugar diferente al mundo asequible al conocimiento racional.

CONSIDERACIONES FINALES

Al comenzar este trabajo, se trazó el propósito de explicar la teoría pura desde los dos ámbitos más generales bajo los cuales puede estudiarse, sobre la base de las ideas que informan cada una de esas perspectivas, denominadas aquí metodológica y estructural, respectivamente. En cuanto a la primera, fueron revisadas las influencias del neokantismo de Baden y Marburgo, el Gerberlabandismo y el positivismo. En relación con la segunda, se expuso la teoría de Merkl, sus consecuencias, y los aportes recibidos por Kelsen para la configuración de la Norma Fundamental. Como ha quedado claro, la doctrina pura es una elaboración intelectual cuyos contenidos tienen un relato que contar, permitiéndose apreciar las razones de Kelsen en torno a algunos puntos de su teoría general del derecho. El método de estudio del derecho y la estructura del ordenamiento, tienen, respectivamente, un trasfondo que pocas veces ha sido investigado, lo cual explica su complejidad, así como el desconcierto que suele generar en los comentaristas. Probablemente, algunos de estos problemas se habrían subsanado si la teoría pura se estudiara como una corriente con historia y no como una mera expresión del positivismo jurídico formalista. Con todo, una exploración como la realizada no está exenta de dificultades, debidas al carácter implícito que tienen en la doctrina kelseniana las corrientes

reseñadas. Kelsen no fue abundante en referencias bibliográficas que permitieran rastrear su camino intelectual, ayudando a que su teoría aparezca como una construcción sin vínculos ni contextos.

Las ideas que se encuentran detrás de la teoría pura del derecho concuerdan entre sí, fortaleciéndose a través del tiempo con nuevas influencias que iba adquiriendo el jurista austrohúngaro. De ahí que no existan mayores cambios, sino que agregaciones a su doctrina. Por ello, la concepción dinámica no elimina la estática, sino que la complementa; por ello, también, la pureza metodológica obtenida desde los kantianos de Baden se integra con las aspiraciones del Gerberlandismo, transformándose en pureza metodológica absoluta luego de las ideas de Cohen. Sin embargo —y ésta es la conclusión que puede obtenerse desde el presente trabajo—, al indagarse acerca de si Kelsen logra probar la vinculación entre el método y el objeto, la respuesta sería negativa. De acuerdo a lo revisado, el método debe trascender a su objeto, existiendo una relación de dependencia del segundo frente al primero, pues, de otra forma, el objeto preexistiría. Precisamente, esto sucede en la doctrina jurídica de Hans Kelsen, donde la estructura jerarquizada del ordenamiento no es consecuencia directa del método trascendental-positivista. Fue Merkl quién destacó esa cualidad del derecho, junto a la cuestión de su producción, sobre la base **consi-**deraciones empíricas, y no, en cambio, a partir de la **aplicación del** método de Kelsen, quien la adoptó luego. No hay una relación de necesidad entre la autorreflexión de la teoría pura y el objeto de su estudio, que podría haber sido otro, tal como lo muestra uno de los discípulos de Kelsen, Alfred Verdross, para quien, el derecho, no obstante fundarse en una *Grundnorm*, debe vincularse a cuestiones éticas, alejándose de la pretendida autopoiesis del derecho sostenida por Kelsen. No obstante, quedan como elementos característicos de la doctrina kelseniana su apertura para incluir nuevos planteamientos, así como la permanente disposición a evolucionar, siendo un proyecto en constante construcción. Esto es consecuencia de la actitud y vocación científica del maestro austrohúngaro, que impidió convertir a su escuela y doctrina en un “conventículo dogmático”³⁰⁴.

304. MÉTALL, “Hans Kelsen, vida y obra”, p. 39.

La reconstrucción efectuada, amplió la visión que se tiene comúnmente acerca de la obra de Kelsen, pues, no sólo se integraron las concepciones intelectuales que en ella influyeron, sino que, se acudió, asimismo, a sus primeras obras para efectuar ese análisis. La teoría pura es más que la segunda edición de la “*Reine*”, y la doctrina de Kelsen abarca un ámbito mayor al que éste escribió en sus textos. Pareciera, entonces, 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»³⁰⁵. Si algún valor tiene este trabajo, es haber intentado escuchar al gran Kelsen, que, como todo clásico, siempre tiene algo que decir, y aprender algo acerca del entorno de formación de su doctrina, sin el cual no puede entenderse, en forma adecuada, una de las corrientes más relevantes en la historia del pensamiento jurídico moderno: la teoría pura del derecho.

305. KUNZ, ob. cit., p. 9.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXANDER, Robert, "El concepto y la validez del derecho", trad., Jorge M. Seña, Gedisa, Barcelona, 3ª ed., 2004.
- ARISTÓTELES, "Ética a Nicómaco", trad. José Luis Calvo Martínez, Alianza, Madrid, 2004, 1094a.
- AYER, Alfred J., "Lenguaje, verdad y lógica", trad. Marcial Suárez, Orbis, Barcelona, 1984.
- BERLIN, Isaiah, "Mi trayectoria intelectual", en "Dos conceptos de libertad y otros escritos", trad. Ángel Rivero, Alianza, Madrid, 2001.
- BOBBIO, Norberto, "Teoría General del Derecho", trad. Jorge Guerrero, Temis, Bogotá, 2ª ed., 2002.
- COFRÉ, Juan, "Kelsen, el formalismo y el Círculo de Viena", en "Revista de Derecho", Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral, Vol. VI, Valdivia, 1995.
- COMTE, Auguste, "Discurso sobre el espíritu positivo", trad. Julián Marías, Alianza, Madrid, 2000.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro, "La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.
- DE OTTO, Ignacio, "Derecho constitucional Sistema de fuentes", Ariel, Barcelona, 2001.
- ERRÁZURIZ MACKENNA, Carlos, "La Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen visión crítica", EUNSA, Pamplona, 1986.
- ESTÉVEZ ARAUJO, José A., "La crisis del Estado de Derecho liberal. Schmitt en Weimar", Ariel, Barcelona, 1989.
- FASSÒ, Guido, "Historia de la Filosofía del Derecho", tomo III, trad. José F. Lorca Navarrete, Pirámide, Madrid, 3ª ed., 1983.
- FERRATER MORA, J., "Diccionario de filosofía", Ariel, Barcelona, 1994.
- HABERMAS, Jürgen, "El discurso filosófico de la modernidad", trad. Manuel Jiménez Redondo, Taurus, Madrid, 1989.
- HABERMAS, Jürgen, "Conocimiento e Interés", trad. Manuel Jiménez Redondo, José F. Ivars, y Luis Martín Santos, Taurus, Madrid, 1990.
- HABERMAS, Jürgen, "¿Afectan las objeciones de Hegel a Kant también la Ética del discurso?", en "Escritos sobre moralidad y eticidad", trad. Manuel Jiménez Redondo, Paidós/I.C.E.-U.A.B, Barcelona, 1991.

- HABERMAS, Jürgen, "Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad", en "Escritos sobre moralidad y eticidad", trad. Manuel Jiménez Redondo, Paidós/I.C.E.-U.A.B, Barcelona, 1991.
- HABERMAS, Jürgen, "Facticidad y Validez", trad. Manuel Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 2001.
- HABERMAS, Jürgen, "Teoría de la acción comunicativa, I", trad. Manuel Jiménez Redondo, Taurus, Madrid, 2003.
- HART, H.L.A., "Una visita a Kelsen", trad. Javier Esquivel, UNAM, México D.F., 1977.
- HART, H.L.A., "El Concepto de Derecho", trad. Genaro Carrió, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.
- JOUANJAN, Olivier, "Une Histoire de la Pensée juridique en Allemagne", Presses Universitaires de France, Paris, 2005.
- KANT, Immanuel, "La Metafísica de las costumbres", trad. Adela Cortina Orts, y Jesús Conill Sancho, Tecnos, Madrid, 3ª ed., 2002.
- KANT, Immanuel, "Qué es la ilustración", en "Filosofía de la historia", trad. Eugenio Ímaz, Fondo de Cultura Económica, 9ª reimpr., México D.F., 2002.
- KANT, Immanuel, "Crítica de la Razón Pura", trad. José del Perojo/ José Rovira Armengol, Losada, Buenos Aires, 2ª ed., 2004.
- KELSEN, Hans, "La Teoría Pura del Derecho. Introducción a la problemática científica del Derecho", trad. Jorge G. Tejerina, Losada, Buenos Aires, 1941.
- KELSEN, Hans, "La Teoría Pura del Derecho y la Jurisprudencia Analítica", trad. Eduardo A. Coghlan, en "La idea del Derecho Natural y otros ensayos", Losada, Buenos Aires, 1946.
- KELSEN, Hans, "Los juicios de valor en la ciencia del derecho", trad. Guillermo García Máynez, en "La idea del Derecho Natural y otros ensayos", Losada, Buenos Aires, 1946.
- KELSEN, Hans, "La metamorfosis de la idea Justicia", en A.A.VV., "El actual pensamiento jurídico norteamericano", trad. Roberto J. Vernengo, Losada, Buenos Aires, 1951.
- KELSEN, Hans, "Teoría General del Estado", trad. Luis Legaz Lacambra, Editorial Nacional S.A., México D.F., 1951.
- KELSEN, Hans, "Teoría General del Derecho y del Estado", trad. Eduardo García Máynez, UNAM, México D.F., 3ª ed., 1969.

- KELSEN, Hans, "Derogación", trad. Alonso Ortiz, en "Boletín Mexicano de Derecho Comparado", N° 21, UNAM, México D.F., 1974.
- KELSEN, Hans, "Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado" (Desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica)", trad. Wenceslao Roces, Porrúa, México D.F., 1987.
- KELSEN, Hans, "La garantía jurisdiccional de la Constitución", en "Escritos sobre la democracia y el socialismo", trad. Juan Ruiz Manero, Debate, Madrid, 1988.
- KELSEN, Hans, "Una fundamentación de la sociología del derecho", trad. Adolfo Barberá, en "Doxa", N° 12, Universidad de Alicante, Alicante, 1992.
- KELSEN, Hans, "¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?", trad. Roberto J. Brie, Tecnos, Madrid, 1995.
- KELSEN, Hans, "Teoría Pura del Derecho. Introducción a la Ciencia del Derecho", trad. Moisés Nilve, EUDEBA, Buenos Aires, 4ª ed., 2000.
- KELSEN, Hans, "Absolutismo y relativismo en Filosofía y en Política", en "¿Qué es Justicia?", trad. Albert Calsamiglia, Ariel, Barcelona, 3ª ed., 2001.
- KELSEN, Hans, "El Derecho como técnica social específica" en "¿Qué es Justicia?", trad. Albert Calsamiglia, Ariel, Barcelona, 3ª ed., 2001.
- KELSEN, Hans, "¿Qué es Justicia?", en "¿Qué es Justicia?", trad. Albert Calsamiglia, Ariel, Barcelona, 3ª ed., 2001.
- KELSEN, Hans, "Forma de Estado y filosofía", en "Esencia y valor de la democracia", trad. Rafael Luengo Tapia y Luis Legaz Lacambra, Comares, Granada, 2002.
- KELSEN, Hans, "Teoría General de las Normas", trad. Hugo Delory Jacobs, Trillas, México D.F., 1ª reimpr., 2003.
- KELSEN, Hans, "Teoría Pura del Derecho", trad. Roberto Vernengo, Porrúa, México D.F., 13ª ed., 2003.
- KELSEN, Hans, "Validez y eficacia del derecho", trad. Eugenio Bulygin, en KELSEN, Hans, et al., "Validez y eficacia del derecho", Astrea, Buenos Aires, 2005.
- KELSEN, Hans, et Duguit, Léon, "Préface de 1926", en "Droit et Société", N° 1, L.G.D.J./C.R.I.V., Paris, 1986.
- KOLAKOWSKI, Leszek, "La Filosofía positivista. Ciencia y Filosofía", trad. Genoveva Ruiz-Ramón, Cátedra, Madrid, 1979.

- KUCSO-STADLMAYER, Gabriele, "La contribución de Adolf Merkl a la teoría pura del derecho", en WALTER, Robert (ed.), "Problemas Centrales de la Teoría Pura del Derecho", trad. Luis Villar Borda, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.
- KUNZ, Josef L., "La Teoría Pura del Derecho. Cuatro conferencias en la Escuela Nacional de Jurisprudencia", Imprenta Universitaria, México, 1948.
- LABANDI, Paul, "Le droit public de l'Empire allemand", trad. C. Gandilhon, V. Giard & E. Brière Libraires-Éditeurs, Paris, 1900.
- LARENZ, Karl, "Metodología de la Ciencia del Derecho", trad. Marcelino Rodríguez Molinero, Ariel, Barcelona, 1994.
- LEHMANN, Gerhard, "Historia de la Filosofía", La Filosofía del siglo XIX, tomo II, trad. Alfonso Castaño Piñan, UTEHA, México D.F., 1964.
- MAGEE, Bryan, "El positivismo lógico y su legado", Diálogo con A.J. Ayer, en "Los hombres detrás de las ideas", trad. José A. Robles García, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2ª reimpr., 1993.
- MAYER, Heinz, "La doctrina de la interpretación de la teoría pura del derecho", en WALTER, Robert (ed.), "Problemas Centrales de la Teoría Pura del Derecho", trad. Luis Villar Borda, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.
- MERKL, Adolf, "Teoría General del Derecho Administrativo", Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935.
- MERKL, Adolf, "Prolegómenos a una teoría de la estructura jurídica escalonada del ordenamiento" (I), trad. Juan Fuentes Osorio y Miguel Azpitarte Sánchez, en "Revista de Derecho Constitucional Europeo", N° 2, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2004.
- MERKL, Adolf, "Prolegómenos a una teoría de la estructura jurídica escalonada del ordenamiento" (II), trad. Juan Fuentes Osorio y Miguel Azpitarte Sánchez, en "Revista de Derecho Constitucional Europeo", N° 3, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2005.
- MÉTALL, Rudolf Aladár, "Hans Kelsen, vida y obra", trad. Javier Esquivel, UNAM, México D.F., 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, 1996.

- NATORP, Paul, *Emmanuel Kant y la Escuela filosófica de Marburgo*, trad. J.V. Viqueira, Francisco Beltrán, Madrid, 1915.
- NEURATH, Otto, *Sociología en fiscalismo*, en AYER, A.J. (ed.), *El Positivismo Lógico*, Fondo de Cultura Económica., México D.F., 1965.
- NINO, Carlos S., *Los fundamentos del control de constitucionalidad*, en ACKERMAN, Bruce et al., *Fundamentos y alcances del control de constitucionalidad*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 11ª reimpr., 2001.
- NINO, Carlos S. *Algunos modelos metodológicos de "Ciencia jurídica"*, Fontamara, México D.F., 1995.
- O'CONNOR, D.J., (comp.), *Historia crítica de la Filosofía occidental*, tomo IV, *El empirismo inglés*, Paidós, Buenos Aires, 1968.
- PEÑA GONZÁLEZ, Carlos, *¿Por qué necesitamos a Kant?*, en *Estudios Públicos*, N° 69, Santiago, 1998.
- PEÑA GONZÁLEZ, Carlos, *¿Qué queda de la teoría pura del derecho?*, en *¿Qué queda de la teoría pura del derecho?*, Colección Jornadas Académicas, N° 24, Edeval, Valparaíso, 2005.
- PERRIN, Jean-François, *Un inédit de Kelsen concernant ses sources kantiennes*, en *Droit et Societé*, N° 7, L.G.D.J./C.R.I.V., Paris, 1987.
- POPPER, Karl, *La lógica de la investigación científica*, trad. Víctor Sánchez de Zavala, Tecnos, Madrid, 10ª reimpr., 1997.
- REALE, Giovanni y Antiseri, Dario, *Historia del pensamiento filosófico y científico*, tomo III, trad. Juan Andrés Iglesias, Herder, Barcelona, 1995.
- RIBA, Jordi, *Hijos de Kant*, en SIMMEL, Georg, *La ley individual y otros escritos*, trad. Jordi Riba, Paidós/I.C.E.-U.A.B, Barcelona, 2003.
- SCHMILL, Ulises, *Algunas influencias de Hermann Cohen en Hans Kelsen*, en *Isonomía*, N° 21, ITAM, México D.F., 2004.
- SCHMITT, Carl, *La defensa de la Constitución*, trad. Manuel Sánchez Sarto, Tecnos, Madrid, 2ª ed., 1998.
- SOTO DELGADO, Pablo, *Hans Kelsen. Historia, influencias y estructura de la teoría pura del derecho*, en A.A.VV., *Anuario de filosofía jurídica y social*, N° 22, Edeval, Valparaíso, 2004.

- SQUELLA, Agustín, *Derecho, desobediencia y justicia*, Edeval, Valparaíso, 2ª ed., 1992.
- SQUELLA, Agustín, *Filosofía del Derecho*, Editorial Jurídica, Santiago, 2001.
- TORRETTI, Roberto, *Manuel Kant. Estudio sobre los fundamentos de la filosofía crítica*, Universidad Diego Portales, Santiago, 3ª ed., 2005.
- VARGA, Csaba, *Documents de Kelsen en Hongrie. Hans Kelsen et Julius Moór*, en *Droit et Societé*, N° 7, L.G.D.J./C.R.I.V., Paris, 1987.
- VILLEY, Michel, *La formation de la pensée juridique moderne*, Les Éditions Montchrestien, Paris, 1975.
- WALTER, Robert, *La estructura del orden jurídico*, trad. Ernesto Volkening, Temis, Bogotá, 1984.
- WALTER, Robert, *El estado actual de la Teoría Pura del Derecho*, en A.A.VV., *Estudios sobre Hans Kelsen*, Edeval, Valparaíso, 1996.
- WALTER, Robert, *La Doctrina del Derecho de Hans Kelsen*, trad. Luis Villar Borda, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999.
- WALTER, Robert, *Desarrollo y estado de la teoría pura del derecho*, en WALTER, Robert (ed.), *Problemas Centrales de la Teoría Pura del Derecho*, trad. Luis Villar Borda, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.
- WALTER, Robert, *Origen y desarrollo de la Norma Fundamental*, en WALTER, Robert (ed.), *Problemas Centrales de la Teoría Pura del Derecho*, trad. Luis Villar Borda, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.
- WEBER, Max, *La ciencia como profesión*, en *El político y el científico*, trad. Francisco Rubio Llorente, Alianza, Madrid, 2003.
- WITTGENSTEIN, Ludwig, *Conferencia sobre ética*, trad. Fina Birulés, Paidós/I.C.E.-U.A.B, Barcelona, 2ª ed., 1990.