

**D**

**O**

**X**

**A**

CUADERNOS DE  
FILOSOFÍA DEL DERECHO

<http://www.cervantesvirtual.com/portal/doxa>

**A los cincuenta años de la segunda edición de la teoría pura del Derecho**

*On the 50th Anniversary of the Second Edition of the Pure Theory of Law*

Ulises Schmill Ordóñez:

**Hans Kelsen. Aportaciones teóricas de la teoría pura del Derecho**

*Hans Kelsen. Theoretical Contributions of the Pure Theory of Law*..... 17

Juan Ruiz Manero:

**Cincuenta años después de la segunda edición de la Reine Rechtslehre.**

**Sobre el trasfondo de la teoría pura del Derecho y sobre lo que queda de ella**

*Fifty Years from the Second Edition of Reine Rechtslehre. On the Background of the Pure Theory of Law, and on What is Left of It*..... 37

Ulises Schmill Ordóñez:

**Contestación a la réplica de Juan Ruiz Manero**

*A Reply to Juan Ruiz Manero's Reply*..... 47

**En torno al razonamiento jurídico**

*On Legal Reasoning*

Neil MacCormick:

**Argumentación e interpretación en el Derecho**

*Argumentation and Interpretation in Law* ..... 65

Thomas Bustamante:

**Conflictos normativos y decisiones contra legem: una explicación de la derrotabilidad normativa a partir de la distinción entre reglas y principios**

*Normative Conflicts and contra legem Decisions: an Explanation of Normative Defeasibility from the Distinction between Rules and Principles*..... 79

José Manuel Cabra Apalategui: <b><i>La unidad de razonamiento práctico en la teoría del discurso jurídico</i></b> <i>The Unity of Practical Reasoning in Legal Discourse Theory</i> .....	109
Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro: <b><i>Fundamentar y decidir (Sobre la obra homónima de Carsten Bäcker, Begründen und Entscheiden. Kritik und Rekonstruktion der Alexyschen Diskurstheorie des Rechts)</i></b> <i>Justifying and Deciding (On the Homonymous Work by Carsten Bäcker, Begründen und Entscheiden. Kritik und Rekonstruktion der Alexyschen Diskurstheorie des Rechts)</i> .....	129
Giovanni Battista Ratti: <b><i>Algunos aspectos de la lógica jurídica de Luigi Ferrajoli</i></b> <i>Some Aspects of Luigi Ferrajoli's Legal Logic</i> .....	143
<b>Democracia y liberalismo político</b> <i>Democracy and Political Liberalism</i>	
Oswaldo Guariglia: <b><i>Democracia: origen, concepto y evolución según Aristóteles</i></b> <i>Democracy: Origin, Concept and Evolution according to Aristotle</i> .....	157
Cristiane Aquino de Souza: <b><i>La legitimidad de la democracia y la política de la presencia</i></b> <i>The Legitimacy of Democracy and the Politics of Presence</i> .....	191
Mariano Garreta Leclercq: <b><i>Liberalismo político, justificación pública y verdad</i></b> <i>Political Liberalism, Public Justification, and Truth</i> .....	215
Luciano Venecia: <b><i>Liberalismo político: moral, no epistemológico</i></b> <i>Political Liberalism: Moral, not Epistemological</i> .....	239
Emilio José Rojas Molina: <b><i>La «metafísica» del joven Rawls: una teología con implicaciones éticas y políticas</i></b> <i>Young Rawls's «Metaphysics»: a Theology with Ethical and Political Implications.</i>	249

## Una discusión con Eugenio Bulygin

### *A Debate with Eugenio Bulygin*

Eugenio Bulygin:

#### **Sobre la equivalencia pragmática entre permiso y no prohibición**

*On the Pragmatic Equivalence between Permission and Non-Prohibition* ..... 283

Juan Ruiz Manero:

#### **Seguimos discutiendo sobre permisos y concepciones del Derecho**

*We Keep Discussing on Permissions and Conceptions of Law*..... 297

Juan Carlos Bayón:

#### **Permisos, lagunas y discrecionalidad judicial: respuesta a Bulygin**

*Permissions, Gaps, and Judicial Discretion: a Reply to Bulygin* ..... 307

## Un debate sobre las teorías de la argumentación jurídica

### *A Debate on the Theories of Legal Argumentation*

Enrique P. Haba:

#### **Razones para no creer en la actual Teoría (ilusionista) de la Argumentación**

*Reasons Not to Believe in Current (Illusionist) Theories of Argumentation*..... 321

Manuel Atienza:

#### **Crítica de la crítica crítica. Contra Enrique Haba y consortes**

*A Critique of the Critical Critique. Against Enrique Haba and his Consorts*..... 361

Enrique P. Haba:

#### **Callar o no callar... That is the question! (Entre «crítica crítica» y las críticas-poco-críticas)**

*To Speak out or Not to Speak out... That is the Question! (Between «Critical Critique» and «Not-so-Critical-Critiques»)*..... 369

Manuel Atienza:

#### **Entre callar y no callar: decir lo justo**

*Between Speaking out and Not Speaking out: Speaking Just Enough* ..... 399

Enrique P. Haba:

#### **Avatares de lo «racional» y lo «razonable»**

*Ups and Downs of «The Rational» and «The Reasonable»* ..... 409

Óscar Sarlo:

#### **Algunas observaciones críticas al trabajo de Enrique P. Haba**

*Some Critical Remarks to Enrique P. Haba's Paper* ..... 419

Enrique P. Haba: <b>Para acudir a la TEA como «mal menor» (Puntualizaciones en torno al comentario de Óscar Sarlo)</b> <i>To Turn to the STA as the «Lesser Evil» (Some Remarks around Óscar Sarlo's Comment)</i> .....	429
Juan Antonio García Amado: <b>¿Es realista la teoría de la argumentación jurídica? Acotaciones breves a un debate intenso</b> <i>Is the Theory of Argumentation Realist? Some Brief Comments to a Heated Debate</i> .....	441
<b>Artículos</b> <i>Articles</i>	
Aulis Aarnio: <b>Esbozo de una interpretación hermenéutica del realismo escandinavo. Reinterpretando a Alf Ross</b> <i>Outlines of a Hermeneutic Interpretation of Scandinavian Realism. Alf Ross Reinterpreted</i> .....	453
Josep M. Vilajosana: <b>Una defensa del convencionalismo jurídico</b> <i>A Defense of Legal Conventionalism</i> .....	471
Héctor Óscar Arrese Igor: <b>La ley como acción de la autoconciencia moral en la ética de Hermann Cohen</b> <i>Law as Action of the Moral Self-consciousness in Hermann Cohen's Ethics</i> .....	503
Juan Iosa: <b>Wolff entre autoridad y autonomía. Un análisis de la concepción voluntarista de la autonomía como autolegislación y de sus consecuencias respecto de la tesis de la incompatibilidad conceptual entre autoridad y autonomía</b> <i>Wolff between Authority and Autonomy. An Analysis of the Will Conception of Autonomy as Self-legislation, and of its Consequences on the Thesis of the Conceptual Incompatibility between Authority and Autonomy</i> .....	515
Maribel Narváez Mora: <b>Detectar concepciones: el test de la negación</b> <i>Spotting Conceptions: the Negation Test</i> .....	553

	Pág.
Sergio Raponi: <b>Meta-metaética</b> <i>Meta-metaethics</i> .....	571
Ricardo García Manrique: <b>La semántica confusa de la igualdad</b> <i>The Blurry Semantics of Equality</i> .....	591
Francisco J. Campos Zamora: <b>Pensar el castigo. Evolución de las formas penales en Michel Foucault</b> <i>Thinking about Punishment. Evolution of Criminal Forms in Michel Foucault</i> .....	625
Daniel Gamper: <b>La religión en la escuela: cultura, enseñanza y símbolos religiosos</b> <i>Religion at School: Culture, Education and Religious Symbols</i> .....	639
 <b>Notas</b> <i>Notes</i>	
Ramón Alzate Sáez de Heredia y Cristina Merino Ortiz: <b>Principios éticos y código de conducta para personas y entidades mediadoras</b> <i>Ethical Principles and Deontological Code for Mediation Institutions and Agents</i> . .....	659
Cristián A. Fatauros: <b>Normas, Acciones y Posibilidad (Una reflexión sobre la naturaleza de las normas y de las acciones)</b> <i>Norms, Actions and Possibility (A Reflection on the Nature of Norms and Actions)</i> .....	671
Luis Manuel Sánchez: <b>Iusnaturalismo, positivismo y necesidades básicas: una lectura de la obra del profesor Ernesto Garzón Valdés</b> <i>Natural Law Theorg, Positivism and Basic Needs: A Reading of the Work of Prof. Ernesto Garzón Valdés</i> .....	679
 <b>Sobre la prohibición de los espectáculos taurinos</b> <i>On the Banning of Bullfighting Shows</i>	
Francisco Lara: <b>Los toros y la legislación española. A propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 854/2001 de 11 de julio</b> <i>Bullfighting and Spanish legislation. On the Superior Court of Justice of Catalonia decision 854/2001, July 11<sup>th</sup></i> .....	705

Tomás-Ramón Fernández:

**Sobre la constitucionalidad de la prohibición de las corridas de toros en Cataluña**

*On the Constitutionality of the Bullfighting Ban in Catalonia* ..... 725

Pablo de Lora:

**Corridas de toros, cultura y Constitución**

*Bullfighting, Culture and Constitution* ..... 739

**Entrevista**

*Interview*

Cristina Redondo:

**Entrevista con Ricardo Caracciolo**

*Interview to Ricardo Caracciolo* ..... 767

# HANS KELSEN

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

Ulises Schmill Ordóñez

*ITAM (México)*

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

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

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

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

---

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



## 1. ¿POR QUÉ KELSEN?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## 2. VIENA A PRINCIPIOS DEL SIGLO XX

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

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

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

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

---

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

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

### 3. LA PUREZA METÓDICA

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

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

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

### 4. LOS HAUPTPROBLEME DE 1911

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

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

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

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

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

## 5. LA HIPÓTESIS FUNDAMENTAL: LA NORMA COACTIVA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## 6. DESARROLLOS TEÓRICOS ULTERIORES DE KELSEN

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

### 6.1. Teoría general del Derecho

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

#### 6.1.1. La estática jurídica

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

---

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

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

### 6.1.2. *Elementos del Estado*

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

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

### 6.1.3. *La dinámica jurídica*

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

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

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

#### 6.1.4. *Formas de Estado*

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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