En defensa de Kelsen

Albert CALSAMIGLIA

Universitat Pompeu Fabra

Working Paper n.129
Barcelona 1997

LA ÉPOCA DE SU FORMACIÓN INTELECTUAL

Kelsen nació en Praga a finales del siglo XIX -1881-. Su familia era una típica representante de la clase media judía del Imperio Austrohúngaro. Siendo todavía niño se trasladó a Viena, en donde se desarrolló su formación.

El clima intelectual de la Viena del inicio de siglo fue especialmente brillante. Es la Viena de los epígonos de una sociedad ordenada y milenaria en la que triunfaba el principio básico de la seguridad y del orden. Una Viena enraizada en el pasado, en un glorioso pasado político, militar, artístico e intelectual, pero al mismo tiempo una Viena que es consciente de la crisis que se avecina con la irrupción del siglo XX. La intelectualidad vienesa tiene nostalgia del pasado y, al mismo tiempo, diseña las grandes innovaciones del siglo XX. Es la Viena de Mahler y Freud, la Viena de Schönberg y el dodecafonismo -que supone una ruptura radical con la forma de entender la música clásica. Pero esa misma Viena adora los epígonos del gran sinfonismo romántico con Bruckner, Mahler y, más tarde, Richard Strauss. Es la Viena de la revolución arquitectónica de Adof Loos, de la revolución de la filosofía con Wittgenstein y el análisis lógico del lenguaje, es la Viena que consciente de la crisis y de que está viviendo «los últimos días de la humanidad» se rebela frente a la decadencia y abre las puertas del siglo XX en muchos campos del pensamiento, de las artes y de las letras. Nombres como Gustav Klimt, Karl Krauss, Artur Schnitzerl, Otto Bauer vienen asociados con innovaciones importantes.

Una muy buena descripción de ese clima intelectual puede verse en el primer tomo de la obra de Robert Musil, El Hombre sin Atributos; en la obra de Alan Janik y Stephen Toulmin, La Viena de Wittgenstein; o en las memorias de Stephen Zweig, El Mundo de Ayer.

Las premoniciones pesimistas se convierten en realidad con el estallido de la primera guerra mundial que supone el fin del Imperio milenario y la desaparición de un modo de vida. Pero, poco antes de la catástrofe la ebullición de una sociedad muy ordenada, pero muy contrastada, da uno de sus últimos frutos: una apertura hacia el futuro en muchos ámbitos del pensamiento, de la literatura y el arte.

Kelsen participa de este clima intelectual y en la época de su formación vive intensamente la vida vienesa. Su teoría pura del derecho va a significar -o pretende ser- una respuesta a insatisfacciones de la ciencia jurídica decimonónica y un serio intento de reconstruir -mirando al pasado- una ciencia

del derecho que tenga el rigor y la precisión que toda ciencia debe tener y merece. Hoy se puede afirmar que la teoría general del derecho contemporánea nace con Kelsen y que él es todavía un punto de referencia inexcusable. Sobre la obra kelseniana se ha construido la teoría descriptiva del derecho actual.

BIOGRAFÍA INTELECTUAL

La obra de Kelsen es muy amplia -publicó mas de 600 trabajos- y abarca una gran variedad de temas, desde la teoría del derecho hasta la filosofía política, la historia del pensamiento o la antropología jurídica. Pero toda su obra tiene un hilo conductor marcado por la rigurosidad metodológica y por el uso coherente de sus herramientas hasta las últimas consecuencias.

Creo, sin embargo, que su aportación más relevante ha sido la Teoría Pura del Derecho. Su primera obra importante apareció en 1911 bajo el título de Problemas Fundamentales del Derecho Público. Kelsen la publica a los treinta años de edad y le abrirá las puertas de la habilitación académica. En 1923 publica una segunda edición de esta obra con algunas modificaciones importantes y ya en 1925 publica su Teoría General del Estado que es un tratado sistemático de su pensamiento. En 1934 publica una versión sintética de la Teoría Pura del Derecho, en 1945 publica su Teoría General del Derecho y del Estado, y en 1960 publica la versión definitiva de la Teoría Pura del Derecho. Una última obra -póstuma- que ha generado una importante discusión ha sido su Teoría General de las Normas[1].

En su biografía intelectual es importante destacar dos etapas. Una primera etapa que va de 1911 hasta 1933. Es la época vienesa y allí emergen sus principales ideas críticas y constructivas. Crea la escuela de Teoría del Derecho y compagina su actividad de teórico del derecho con tareas jurídicas importantes. Redacta la Constitución austríaca -que introduce un Tribunal Constitucional como legislador negativo- y es miembro del Tribunal de más alta jerarquía de Austria. Es un jurista que no sólo ofrece aportaciones importantes a nivel teórico, sino que colabora en decisiones jurídicas importantes.

Como teórico del derecho, Kelsen ocupó un lugar relevante en la teoría europea. Fue el centro de discusión de los principales problemas jurídicos de la época de entreguerras. Tuvo numerosas polémicas tanto con los sociólogos y los realistas como con los iusnaturalistas. Tuvo discípulos repartidos por el mundo que divulgaron y defendieron sus planteamientos. Su obra se tradujo a muchas

lenguas -en la biografía de Métall se tienen los datos estadísticos. El impacto de la teoría pura del derecho fue extraordinario. En España, también Kelsen tuvo sus discípulos y defensores. Luis Recasens Siches, y Luis Legaz tradujeron las obras más importantes al castellano en la época anterior a la guerra civil española.

En 1930 tiene desacuerdos políticos importantes en Viena y decide aceptar una cátedra en la Universidad de Colonia. Será 1933 el año que marca una segunda etapa en la vida de Kelsen y también de toda Europa. La ascensión del nazismo al poder le obliga a dejar Alemania y trabaja en Ginebra en la redacción de su Teoría Pura del Derecho. En dos ocasiones fue a Praga, el último reducto liberal de habla alemana, en donde sufrió insultos y afrentas. Finalmente decidió emigrar a Estados Unidos. Primero fue acogido por la Universidad de Harvard de la mano de Roscoe Pound y, después, por la de Berkeley en donde vivió hasta su muerte.

El traslado de Kelsen a Norteamérica le desligó del mundo en el que había vivido y, a pesar de que hizo esfuerzos para ofrecer versiones de la teoría pura del derecho teniendo como punto de referencia el pensamiento jurídico americano, no tuvo nunca una gran influencia. El clima del empirismo filosófico que domina el ámbito anglosajón no ha apreciado -como merecía- la gran aportación del jurista austrohúngaro. Hoy en América Kelsen es prácticamente un desconocido y salvo algunas excepciones -especialmente Stanley Paulson, Roger Moore y, en Canadá, Michael Hartney- la jurisprudencia americana ha ignorado totalmente su aportación. Probablemente eso se deba al interés de los americanos por encontrar teorías que tengan efectos prácticos en la discusión de los problemas de adjudicación de los tribunales. Aún hoy, Kelsen se ve identificado -en el ámbito anglosajón- con el pensamiento metafísico, mientras que en el Viejo Continente ha sido, sin duda, el gran jurista positivista del siglo XX. Los países anglosajones veían a Kelsen como un representante de la metafísica y de la complicación innecesaria y abstracta germana de la Filosofía. En cambio la fortuna de Kelsen en los países de habla alemana, luego Italia y Francia, después España, Argentina y, en general, en la Europa Continental ha sido enorme.

Especial mención merece su influencia en España, porque su obra fue conocida muy pronto aquí. Recasens y especialmente Legaz -que hizo una tesis sobre Kelsen en 1929- divulgaron su obra antes de la guerra civil y, en Barcelona, Josep Xirau fue uno de sus mentores. Sin embargo, tras la guerra civil la obra kelseniana fue prácticamente proscrita. Legaz, no sólo dejó de divulgar

sino que trató de relacionarlo con la ideología joséantoniana[2] y finalmente el resultado fue que su obra desapareció de la Universidad española: el iusnaturalismo católico trentino, que dominó la academia española, proscribió a Kelsen como un peligroso liberal con tendencias socializantes.

A finales de los 60 encontramos la primera traducción -presentada por Elías Díaz- de la crítica de Kelsen al Iusnaturalismo que tuvo una gran trascendencia entre las jóvenes generaciones españolas. Luego -a través de Bobbio y de la actividad de algunos jóvenes profesores como Juan R. Capella, Gregorio Peces Barba, Elías Díaz y Luis García Sanmiguel- la teoría pura del Derecho fue redescubriéndose pero tras unos treinta años de laguna. Durante la dictadura franquista, Argentina tomó el relevo y allí se divulgaron las obras más importantes de la Teoría General del Derecho. Kelsen tuvo una buena polémica con Carlos Cossio y autores argentinos, como por ejemplo Genaro Carrió, Ernesto Garzón Valdés, Eugenio Bulygin o Roberto Vernengo, hicieron esa labor de divulgación y de crítica del pensamiento kelseniano.

Hoy Kelsen es uno de los autores más conocidos en nuestro país y está muy presente en la comunidad científica de habla castellana constituyéndose en un punto de referencia inexcusable.

En cuanto al talante e ideología personal, cabe destacar que Kelsen fue un hombre liberal de su tiempo, inclinado hacia la social democracia. En su autobiografía expresa claramente cuáles son sus ideales: «más fuerte que mis sentimientos favorables a la socialdemocracia es la necesidad de conservar la independencia política de mi profesión. Aquello que no concedo al estado -el derecho de limitar la libertad de investigación y de expresión de ideas- no puedo concederlo a un partido político sometiéndome a su disciplina». Kelsen fue defensor del ideal liberal y consideró que un estado justo es aquel en el cual la búsqueda de la verdad puede progresar. «Mi Justicia -dice Kelsen en ¿Qué es Justicia?- es la de la libertad, la de la paz, la justicia de la democracia y de la tolerancia». Pero Kelsen no es un metafísico, no es un iusnaturalista sino un defensor del relativismo. Kelsen -personalmente- defiende que él es partidario de una concepción de la Justicia pero que no existe ninguna ciencia que nos pueda decir lo que es justo o injusto. La Justicia para Kelsen es un ideal irracional porque no es cuestión de razón sino de sentimiento». La justicia -escribe Kelsen- es un ideal irracional. Por indispensable que sea desde el punto de vista de las voliciones y de los actos humanos, no es accesible al conocimiento. Considerada la cuestión desde el punto de vista del conocimiento racional, sólo existen intereses y, por ende, conflictos de intereses. La solución de tales conflictos sólo

puede lograrse por un orden que o bien satisface uno de los intereses en perjuicio de otro, o bien trata de establecer una transacción entre los opuestos. El que sólo uno de estos órdenes sea justo es algo que no puede establecerse por un conocimiento racional. El conocimiento sólo puede revelar la existencia de un orden positivo, evidenciada por una serie de actos objetivamente determinables... la teoría jurídica pura presenta el derecho como es, sin defenderlo llamándolo justo, ni condenarlo llamándolo injusto»[3].

Una vez visto el contexto general en el que se genera la teoría pura del derecho quisiera destacar dos puntos para analizar la metodología kelseniana. El primero, ¿Qué es lo que hereda de la tradición anterior? El segundo, ¿Por qué la tradición es insatisfactoria? Estas dos preguntas se formulaban también en otros campos del pensamiento y fueron el caldo de cultivo necesario para la oferta de una alternativa nueva, diferente y mejor que la tradicional. Cuando decimos que Kelsen es un hombre de la Viena eterna, estamos pensando que él participa de ese respeto por el pasado -intentó rescatar lo mejor de él- pero que eso no es suficiente. Está en el ambiente vienés la necesidad de una revolución epistemológica en el campo jurídico paralela a la que se produce en la pintura, la literatura, el periodismo, la arquitectura o la filosofía.

LA TRADICIÓN POSITIVISTA

Durante el siglo XIX se desarrolla en Alemania la tradición positivista. Kelsen es un positivista y se considera un heredero de esa dirección de pensamiento[4]. En 1925, en el prólogo a su Teoría General del Estado, hace un reconocimiento de deudas con sus predecesores y afirma: «veo con más claridad que antes hasta qué punto descansa mi labor en la de aquellos 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. Esta dirección, apartándose de la nebulosa metafísica del Estado, pretendía ser una teoría del estado positivo, esto es, una teoría del estado estrictamente jurídica, sin matiz político alguno. Esta teoría era una parte del gran movimiento científico-social que -paralelamente a una evolución análoga en el dominio de las ciencias naturales- se dirigía contra la especulación iusnaturalista del siglo XVIII y aspiraba, apoyada en la Escuela Histórica del primer tercio del siglo XIX, a constituir una teoría de la sociedad real -Sociología- y del derecho positivo. Su método estaba influido más o menos consciente y consecuentemente, por la crítica kantiana de la razón: dualismo ser/ deber ser; sustitución de hipóstasis y postulados metafísicos por categorías trascendentales

como condiciones de la experiencia; transformación de antítesis absolutas en relativas, cuantitativas e intrasistemáticas... Cuando yo reconozco el orden jurídico como un conjunto de normas... cuando suprimo las distinciones entre derecho público y privado, subjetivo y objetivo, norma jurídica y sujeto de derecho... no hago más que desarrollar un germen que por doquiera se hallaba en estado de latencia»[5].

Kelsen trabaja dentro de una tradición y reconoce que su aportación es una continuación natural de una línea de investigación que ha tenido ilustres representantes. Su reconocimiento es muy explícito cuando afirma que Jellinek es su punto de referencia porque «ha sintetizado de modo perfecto y magistral la teoría del estado de la última centuria; en la mayoría de los casos sus concepciones representan lo que podríamos llamar el patrimonio científico del universitario medio»[6].

Su mirada vienesa hacia el pasado es de reconocimiento, pero también de insatisfacción. Kelsen cree que esa tradición ha planteado bien la dirección de la investigación pero ha sido incapaz de realizar el proyecto con el rigor y la neutralidad que exige el conocimiento científico.

LA INSATISFACCIÓN KELSENIANA

Kelsen tiene buenas razones para sentirse insatisfecho. Cree que la ciencia jurídica positivista desarrollada en el siglo XIX no es una verdadera ciencia. Sostiene que carece de aquellos atributos necesarios para considerar un saber como científico: rigor y objetividad.

La ciencia jurídica decimonónica no es una verdadera ciencia porque no tiene el rigor ni la exactitud ni la objetividad ni la neutralidad política que debe exigírsele a todo conocimiento que pretenda constituirse en científico. Dos son los fundamentos de la insatisfacción kelseniana, falta de rigor metodológico y falta de objetividad. Veamos por separado estos dos puntos.

Rigor metodológico

La ciencia jurídica positivista tiene una preocupación importante por el método. Gerber aplicó el método de la Pandectística al derecho público y creó lo que luego se denominaría la escuela de dogmática alemana del derecho público

que dominó la segunda mitad del siglo XIX[7]. Laband -el gran jurista del derecho público del Imperio- siguió la senda trazada por Gerber y exigió la utilización del método jurídico. A pesar de los esfuerzos realizados por esta escuela, Jellinek -ya en el siglo XX- advertía sobre la gran confusión metodológica que sufría la ciencia jurídica y en su Teoría General del Estado afirmaba que «quien trate hoy de llevar a cabo una investigación de los problemas de Ciencia Social se encuentra con que carece de una doctrina del método. La literatura de las ciencias del Estado padece en este punto una confusión extraordinaria»[8].

Jellinek también muestra su insatisfacción y propone una alternativa **dualista** que constituya una doctrina completa del estado. Sostiene «que la doctrina general del estado ha de investigar a éste en su plenitud y singularmente atendiendo a dos órdenes de problemas que corresponden a los puntos básicos para esta ciencia: el estado es, por una parte, una construcción social y, por otra, una institución jurídica. Conforme a esto, divídese la doctrina del estado en doctrina social y doctrina jurídica del estado. Por consiguiente, la doctrina general del estado abarca la doctrina sociológica del estado y la doctrina jurídica del estado. Esta última, o sea, el conocimiento de la naturaleza jurídica del estado y los conceptos fundamentales del derecho político, es tan sólo una parte de la doctrina general del estado»... «Una vez comprendida esta distinción y el enlace entre ambos órdenes de fenómenos cuyo conjunto constituye la doctrina del estado, desaparece un error fecundo en sus consecuencias: que la única explicación justa, exacta del estado es la sociológica, la histórica, en una palabra la no jurídica; o bien la opinión opuesta: que sólo el jurista puede descifrar, mediante su método de trabajo, los enigmas que están enlazados con la vida del estado»[9].

Kelsen se opone radicalmente a esta propuesta metodológica y considera que la teoría de Jellinek, sin ningún espíritu crítico, incurre en el grave defecto de sincretismo metodológico -crítica que el propio Jellinek dirigió a sus antecesores. El rigor del tratamiento científico -afirma Kelsen- exige atenerse al método y no mezclar métodos sociológicos y jurídicos. Su propuesta consistirá en olvidarse del dualismo metodológico y de todas sus consecuencias y proponer el monismo metodológico como único criterio científico riguroso.

El fundamento filosófico de su crítica a Jellinek se encuentra en la Teoría del Conocimiento Kantiana. La revolución copernicana kantiana fue una revolución epistemológica que trasladaba el centro de atención del conocimiento del objeto al sujeto cognoscente: era éste quien creaba su objeto. Es la ciencia la que crea el objeto y en base a este criterio un mismo objeto científico no podía

ser abordado por dos métodos distintos. Kelsen lo argumenta del siguiente modo: «El estado, se dice, es un ser con dos caras, una la de la naturaleza accesible al conocimiento de las ciencias de la causalidad, otra, la jurídica orientada al conocimiento jurídico normativo... Esta teoría de las dos naturalezas del estado debe ser considerada como la doctrina dominante en la actualidad. Pero es impotente para salvar una objeción suscitada por la teoría del Conocimiento; a saber: que la identidad del objeto de conocimiento no está garantizada más que por la identidad del proceso cognoscitivo, es decir, por la identidad de dirección, de los caminos del conocimiento».

Con este argumento propondrá el monismo metodológico como alternativa y criticará a Jellinek por haber utilizado un método apropiado para analizar datos empíricos en una investigación de carácter normativo. Y eso no representa otra cosa que incurrir en el sincretismo metodológico[10]. Kelsen denominó a su teoría **pura** porque quería depurarla de todos aquellos métodos que no fueran el estrictamente jurídico. Su gran prescripción metodológica fue la de atenerse al método.

Objetividad

Pero la insatisfacción de Kelsen no proviene sólo de la falta de rigor metodológico sino también de la falta de objetividad. La ciencia jurídica no siempre ha sabido estar a la altura de las circunstancias y en muchas ocasiones ha sido una sierva del poder. Kelsen considera que uno de los ejes fundamentales de la crítica a las teorías jurídicas anteriores debe ser su falta de neutralidad política. Una cosa es la ciencia y otra muy distinta la política. Por ejemplo, en la primera edición de la Teoría Pura del Derecho escribe que «desde el principio siempre fui fiel a este espíritu: elevar la jurisprudencia que -de manera abierta o encubierta- se perdía casi completamente en el razonamiento de política jurídica, al nivel y rango de una verdadera ciencia, una más entre las ciencias morales». Kelsen se opuso siempre al hábito de defender con el nombre de la ciencia del derecho -una autoridad objetiva- postulados políticos que sólo tienen carácter subjetivo.

«Precisamente en virtud de su carácter antiideológico, la teoría pura -afirma Kelsen- se revela como una verdadera ciencia. La ciencia, como conocimiento, tiene siempre la tendencia inmanente a poner su objeto al descubierto. Pero la ideología política vela la realidad, ya sea transfigurándola, a fin de conservarla y defenderla, ya desfigurándola, a fin de atacarla, destruirla o

reemplazarla por otra realidad. Toda ideología política tiene sus raíces en la voluntad, no en el conocimiento... es precisamente de esta situación de dónde surge un conflicto realmente trágico: el conflicto entre la verdad, como principio fundamental de la ciencia, y la justicia, como supremo desideratum de la política»[11]. Y poco más adelante señala: «El postulado de la completa separación de la jurisprudencia y la política no puede ser puesto en tela de juicio si ha de existir una ciencia jurídica auténtica».

Las insatisfacciones de Kelsen le incitan a llevar a cabo una auténtica cruzada frente a todas aquellas teorías que utilizan el dualismo metodológico. En este sentido las teorías de Winscheid, Jellinek o Löffler -todas ellas teorías de la voluntad- son objeto de crítica y de inversión. Las teorías de la voluntad sostenían que una norma era válida porque era querida mientras que Kelsen coloca la validez como criterio prioritario y considera que una norma es querida porque es válida. La norma es el esquema de interpretación de la conducta humana y las interpretaciones psicológicas de la voluntad o las sociológicas no introducen nada más que confusión y sincretismo metodológico. Y siguiendo esta senda toma todos los dualismos positivistas decimonónicos y los somete a crítica. La teoría pura del derecho se presenta como una doctrina monista.

La obra de Kelsen constituye un armazón especialmente crítico también con el iusnaturalismo porque no ha sido capaz de distinguir entre el derecho que es y el derecho que debe ser. El iusnaturalismo es un saber que no ha sabido mantener la objetividad propia de toda ciencia. Pero sus armas no sólo se dirigen contra el iusnaturalismo. También el positivismo ha servido para justificar el poder traicionando así uno de sus ideales básicos y a él dedica también sus críticas más severas. Kelsen denomina a su teoría pura porque la quiere depurar de la política.

Resumiendo lo señalado hasta ahora: Kelsen se muestra insatisfecho por dos razones fundamentales. La primera, porque la ciencia jurídica no ha sido capaz de construir un método especifico sino que ha incurrido en el grave defecto de sincretismo metodológico. Ha comprometido con ello uno de los ideales de toda ciencia que es el rigor.

La segunda, porque la ciencia jurídica ha violado la exigencia de objetividad. En muchas ocasiones ha traicionado su compromiso con la verdad para defender poderes políticos determinados.

Todo ello le lleva a una conclusión bastante pesimista: No existe, hasta hoy, una verdadera ciencia jurídica. Pero ese diagnóstico pesimista no le lleva a la inacción sino que le conduce a la tarea constructiva: Kelsen tiene unas propuestas muy concretas que hacer y cree que ha conseguido abrir la senda de la ciencia jurídica. La teoría pura del derecho es la respuesta a este desafío.

¿CÓMO DEBE SER LA CIENCIA JURÍDICA?

Kelsen tiene un proyecto muy concreto: elevar la jurisprudencia a la categoría de ciencia semejante a cualquier otra ciencia consolidada. Para cumplir con su objetivo debe construir un método que permita delimitar el objeto, atenerse fielmente a ese método y conseguir el rigor y la objetividad que toda ciencia debe poseer.

El proyecto kelseniano consiste en la creación de una teoría del derecho autónoma, sistemática y unitaria. A lo largo de su vida irá modificando algunos aspectos de su teoría, pero en principio podemos decir que la teoría pura del derecho es uno de los intentos más acabados de construir una teoría que tenga como objeto las normas jurídicas positivas, pretende ser, por tanto, una teoría del derecho positivo. Pero Kelsen no pretende construir una teoría de los contenidos del derecho positivo sino una teoría general del derecho positivo. La teoría pura del derecho se presenta como general porque pretende describir la estructura formal de cualquier derecho positivo. El objeto de estudio de una teoría general del derecho consiste «en las normas jurídicas, sus elementos, su interpretación, el orden jurídico como totalidad, su estructura, la relación entre los diferentes ordenamientos jurídicos y por último, la unidad del derecho en la pluralidad de los ordenamientos jurídicos positivos»[12]. La teoría general del derecho se dirige a un análisis estructural del derecho positivo más que a una explicación psicológica o económica de sus condiciones o una estimación moral o política de sus fines»[13].

El objetivo de Kelsen es construir una ciencia **descriptiva** del derecho que tenga como objeto el aspecto normativo del derecho. Es, por tanto, una ciencia descriptiva que tiene como objeto el lenguaje normativo jurídico. En este sentido, se puede decir que es una ciencia que no pretende imponer normas, no pretende prescribir sino que lo único que pretende es **describir un objeto normativo**. Kelsen trata de separar con un criterio muy rígido la descripción de la prescripción, el **es** del **debe**. La exigencia de neutralidad le impide utilizar la teoría como prescripción. La pregunta que se formula Kelsen es cómo es el

derecho positivo, cuáles son sus categorías fundamentales. Es una visión del observador neutral. Kelsen, en principio, no pretende ofrecer respuestas a la pregunta qué debo hacer porque eso supondría una concepción de la ciencia como creadora de normas. La teoría de Kelsen está muy alejada de aquellas teorías contemporáneas que se preocupan de resolver los problemas jurídico-prácticos.

Kelsen tiene muy claro cómo debe ser un saber científico del derecho. Propone rigor metodológico y objetividad. Su objetivo es describir las normas y pretende construir una teoría general que sirva para describir cualquier derecho positivo. Desde el punto de vista de la metajurisprudencia tiene una teoría prescriptiva muy clara. ¿Cómo va a conseguir este objetivo?

Tres ideas vertebran la metodología kelseniana. La primera, es la idea de autonomía, la segunda es la de la sistematicidad y la tercera es la unidad. Vayamos por partes.

LA AUTONOMÍA

La influencia kantiana en la teoría de Kelsen es muy importante y -a pesar de que en los últimos años de su vida, y a raíz de su experiencia americana el empirismo y Hume influirán su teoría- cabría afirmar que los presupuestos básicos de la metodología kelseniana se encuentran en el Kant de la Crítica de la Razón Pura[14]. Kelsen rechaza la Crítica de la Razón Práctica y considera que Kant no logró aplicar el rigor y la objetividad de la Crítica de la Razón Pura a las ciencias morales y jurídicas.

La pregunta de Kelsen es de clara inspiración kantiana. ¿Cuáles son las condiciones de posibilidad de la ciencia jurídica? Y la respuesta kelseniana será buscar un criterio metodológico -**el principio de imputación**- que permita seleccionar su objeto y una categoría lógico trascendental -**la normal fundamental hipotética**- que hace posible el conocimiento jurídico.

La autonomía se consigue si se diseña un método que permita seleccionar el objeto. Kelsen considera que la ciencia física ha sido posible porque ha conseguido construir un principio básico -el de causalidad- que permite seleccionar el objeto formal. El principio de causalidad -formalmente- une ciertas condiciones a ciertas consecuencias mediante un nexo de necesidad o de

probabilidad. La física ha sido posible porque se ha construido este principio diferenciador y, al mismo tiempo, ordenador.

La ciencia jurídica -si debe tener como objeto el conjunto de normas- no puede utilizar este principio ordenador. El principio de causalidad es inadecuado para seleccionar normas. Lo único que puede seleccionar son hechos o conductas. Kelsen, por tanto, llega a la conclusión que la utilización del principio de causalidad no es útil para seleccionar su objeto y debe inventarse un principio que permita diferenciar las ciencias que se ocupan de hechos, de las ciencias que se ocupan de normas. La ciencia jurídica no es verdadera ciencia porque no ha sido capaz de construir un método que ofreciera una descripción objetiva de las normas.

Kelsen propone el principio de imputación como el criterio metodológico fundamental. El principio de imputación une condiciones con consecuencias -al igual que el principio de causalidad-, pero su diferencia consiste en que el principio de causalidad tiene un nexo, que une condición con una consecuencia, que se denomina de **necesidad** o de probabilidad. Eso significa que siempre que se da la condición se da la consecuencia, o existe probabilidad de que se de la consecuencia.

En cambio, el nexo del principio de imputación es un nexo de deber ser, es un nexo normativo. Lo que caracteriza a las normas es que el acto ilícito y la sanción están unidos por un vínculo de deber ser. Siempre que se produce un acto ilícito **debe** producirse una sanción. Obsérvese que existen analogías importantes entre el principio de causalidad y el de imputación en cuanto a la forma, pero su diferencia se encuentra en un tipo de nexo distinto[15]. En el principio de causalidad la relación entre condición y consecuencia es independiente de la voluntad humana mientras que en el principio de imputación existe la intervención de una voluntad.

Con este criterio formal Kelsen pretende distinguir -con claridad- las ciencias del ser que vienen predeterminadas por el principio de causalidad y las ciencias del deber ser que vienen predeterminadas por el principio de imputación. La sociología no es una ciencia del deber ser porque se ocupa de hechos y de conductas sociales, la física no es una ciencia del deber ser porque se ocupa de fenómenos explicables en los términos del principio de causalidad. En cambio, la ética o la jurisprudencia son disciplinas que se ocupan del deber ser, de las normas morales y de las normas jurídicas y tienen el principio de imputación como criterio metodológico delimitador.

Con el principio de imputación Kelsen -siguiendo la senda kantiana de que la ciencia crea su objeto- ha conseguido delimitar las ciencias que se ocupan de normas, de las ciencias que se ocupan de hechos. La diferencia es metodológica. Una está organizada por el principio de imputación mientras que la otra está organizada por el principio de causalidad.

Pero ¿es suficiente este criterio para delimitar el objeto formal de la ciencia jurídica? Parece que es necesario introducir otro tipo de criterio porque dentro del mundo normativo nos encontramos con normas jurídicas, sociales, religiosas y morales. Una buena delimitación del objeto requeriría sugerir un criterio diferenciador. Kelsen propone -siguiendo la tradición positivista- el criterio del tipo específico de sanción. En muchas ocasiones se ha sugerido que la moral se puede diferenciar del derecho por el contenido, por la fuente, por el origen. Kelsen sostiene que la única forma de distinguir entre el derecho y los otros órdenes normativos es por el **tipo específico de sanción**. Propone distinguir entre sanciones trascendentes y sanciones inmanentes. Las sanciones trascendentes se producen en un hipotético más allá mientras que las sanciones inmanentes se producen en este mundo. Mediante este criterio consigue separar las normas jurídicas de todas aquellas normas de carácter religioso que tengan una sanción trascendente. Este paso es importante, pero no definitivo, porque existen muchas normas que tienen sanciones inmanentes y, sin embargo, no son normas jurídicas. Las normas morales y las normas sociales son normas que ofrecen sanciones en este mundo. El criterio propuesto necesita ser complementado por otro criterio más preciso.

Kelsen sugiere que el tipo de sanción jurídica es heterónoma, en el sentido de que son otros sujetos los que aplican desde fuera la sanción. Las sanciones morales son sanciones de un tipo distinto. No existen policías morales ni cárceles morales. Las sanciones morales son puramente internas. El prototipo de sanción moral es el remordimiento. Y en el remordimiento es el propio sujeto que ha infringido la norma moral el que se aplica la sanción. No es posible sentir remordimiento por no seguir un principio moral que no se comparte.

Con ello, Kelsen distingue entre normas morales y normas jurídicas, pero el criterio aún no es suficientemente sensible para distinguir entre normas sociales y normas jurídicas. La propuesta de Kelsen es el criterio del tipo de sanción organizado e institucionalizado. Las normas sociales que organizan la coacción y están institucionalizadas son normas jurídicas mientras que las que no tengan organizada e institucionalizada la coacción no son normas jurídicas.

Que la coacción esté institucionalizada supone que existen criterios para saber cuáles son los **actos ilícitos** y cuáles las **sanciones** correspondientes. Que existe una cierta medida de la sanción. Que existen unos **órganos** encargados de actuar la coacción y que también existe ciertos **procedimientos** preestablecidos. La organización de la coacción y de la sanción es susceptible de **gradualidad**. Un cierto grado de institucionalización es necesario para poder hablar de normas jurídicas y en general de derecho.

El planteamiento de Kelsen abre la puerta a la consideración del derecho como un sistema de normas puesto que en el derecho es **esencial** que existan normas de conducta y, además, otro tipo de elementos que organizan la coacción que no son normas de conducta sino normas sobre normas, normas de competencia o reglas secundarias.

Creo que el camino kelseniano es un camino riguroso, difícil y exitoso. La posibilidad de la ciencia jurídica reside en la invención por parte del científico del derecho de un método que permita seleccionar el objeto. Dos son los criterios propuestos por Kelsen. El primero es el principio de imputación que permite separar las ciencias naturales y sociales de las ciencias normativas mediante un criterio distinto al del principio de causalidad. Las ciencias normativas deben tener un criterio metodológico propio: Kelsen propone el principio de imputación. Este es el primer paso para conseguir la autonomía.

En segundo lugar, es preciso proponer criterios que permitan distinguir las normas jurídicas de otro tipo de normas. La propuesta de Kelsen es utilizar el criterio del tipo específico de sanción. La sanción jurídica es una sanción inmanente, externa-heterónoma, organizada e institucionalizada.

Con este criterio se consigue delimitar el objeto de estudio. Parece que el objetivo de la autonomía -en líneas generales- se ha alcanzado.

Cuando preguntemos por el origen o el fundamento de la validez veremos que debemos utilizar, además, el criterio de la norma fundamental que es una condición lógico-trascendental de la experiencia jurídica. Los criterios de Kelsen -sin la norma fundamental- no permitirían distinguir un estado de una banda de ladrones porque ésta podría establecer una organización de la coacción igual o superior al estado. Pero dejaremos este problema para más adelante y no por ello dejaremos de admirar una construcción sencilla, elegante y convincente.

LA SISTEMATICIDAD

La autonomía no es suficiente para elevar la jurisprudencia a la categoría de ciencia. Es necesario, además, que la teoría carezca de contradicciones. La ciencia presupone la lógica y no la discute.

La tesis de Kelsen parece, hoy, un tanto extraña. Todos estaríamos de acuerdo -con Kelsen- que la ciencia no debe tener contradicciones y que la ciencia presupone la lógica y no la discute. Pero de ese postulado Kelsen extrae un conjunto de consecuencias difícilmente aceptables. Kelsen cree que existe una armonía preestablecida entre las proposiciones descriptivas de las normas y las normas jurídicas. Ese paralelismo supone que si se produce una contradicción entre las normas, también se producirá una contradicción entre las proposiciones que las describen y, por tanto, llega a la conclusión de que si queremos que la ciencia no tenga contradicciones, el derecho no puede tener contradicciones. Si la teoría del derecho debe ser sistemática, entonces el derecho también debe serlo.

Esta teoría de la sistematicidad del derecho la mantuvo hasta los años sesenta. Por ejemplo en la segunda edición de la Teoría pura del derecho todavía Kelsen afirma que «Los principios lógicos pueden ser aplicados, sino directamente, sí indirectamente en tanto que son aplicables a las proposiciones jurídicas que enuncian normas jurídicas, proposiciones que pueden ser verdaderas o falsas. Dos normas se contradicen, -y no se puede afirmar a la vez que ambas son válidas, si las dos proposiciones que las describen se contradicen: y una norma puede ser deducida de otra norma si las proposiciones jurídicas que las describen pueden entrar en el cuadro de un silogismo lógico».

Kelsen no distingue bien entre el plano de la ciencia del derecho y el lenguaje jurídico. La sistematicidad del derecho no es una condición de la sistematicidad de la teoría. La función principal de una teoría -desde los presupuestos kelsenianos- no es modificar el derecho ni prescribir cómo debe ser sino describir el derecho tal y como es con todas sus imperfecciones, lagunas y contradicciones. Un postulado de racionalidad excesivamente rígido conduce a Kelsen a conclusiones inaceptables aunque el presupuesto de racionalidad, entendido de otra forma, ejerce una gran influencia en la teoría jurídica contemporánea preocupada por el cómo debe actuarse o cómo debe decidirse.

En un cierto sentido el kantismo Marburgiano y el creativismo excesivo le condujeron a no apreciar las relaciones existentes entre el lenguaje del derecho y el lenguaje de los juristas[16].

Kelsen reconoció muy tardíamente que el derecho podía tener contradicciones y que la ciencia del derecho no podía modificar el derecho pero eso no le condujo a un replanteamiento del carácter sistemático del derecho[17]. El ideal de sistematicidad es hoy un ideal importante y Kelsen propuso una concepción equivocada que puede ser sometida a crítica. Pero podríamos rescatar algo muy importante en el planteamiento kelseniano: el carácter sistemático y no contradictorio de la teoría.

Ahora bien con independencia de algunos problemas de su concepción de la ciencia jurídica y del concepto de sistema Kelsen es el autor que ha señalado el camino que la teoría del derecho debería seguir. Las relaciones entre las normas son muy importantes y por eso la teoría general del derecho de la segunda mitad del siglo XX ha prestado especial atención al estudio de los sistemas normativos. Las obras de Hart, Raz o Alchourrón y Bulygin están en diálogo crítico con la propuesta kelseniana. Kelsen sostuvo que el derecho es un orden de la conducta humana. «Un orden es un conjunto de normas. El derecho no es como a veces se dice una norma. Es un conjunto de normas que tiene el tipo de unidad a que nos referimos cuando hablamos de un sistema. Es imposible captar la naturaleza del derecho si limitamos nuestra atención a una sola norma aislada. Las relaciones entre las normas de un orden jurídico son también esenciales a la naturaleza del derecho. Únicamente sobre la base de una clara comprensión de las relaciones que constituyen un ordenamiento jurídico, puede entenderse plenamente la naturaleza del derecho»[18].

Kelsen sugirió como ideas centrales de las relaciones internormativas los conceptos de jerarquía, de delegación de competencias, la relatividad de la distinción entre forma y contenido, creación y aplicación del derecho y también la disolución de la noción tradicional de fuente del derecho. Sin duda, las teorías de los sistemas normativos contemporáneas están construidas -críticamente- sobre los cimientos kelsenianos. La aportación kelseniana ha supuesto un enfoque que la teoría general del derecho contemporánea ha continuado y perfeccionado.

LA UNIDAD

Pero Kelsen debe dotar de unidad a la gran diversidad de elementos que componen un ordenamiento jurídico. ¿Qué es lo que dota de unidad al conocimiento jurídico? La respuesta kelseniana es de carácter kantiano. La pregunta por el fundamento de la validez de las normas no puede hacerse hasta el infinito.

La respuesta que puede darse es entre otras la siguiente. La primera, considerar que un hecho social se convierte en un valor. Esta solución es insatisfactoria para Kelsen porque supone reconstruir un puente entre los hechos y valores y supone incurrir en la falacia naturalista. No hay ningún puente que pueda unir el **ser** con el **deber ser**. Kelsen rechaza posiciones como las de muchos positivistas que convertían hechos en valores. Sostiene que aceptar esa mediación significaría incurrir en sincretismo metodológico y abandonar el ideal de pureza metodológica. En la teoría jurídica contemporánea Hart podría ser considerado como un claro ejemplo de que un hecho -el reconocimiento- se convierte -de forma oscura- en una norma. Así lo entendió Kelsen en su polémica con Hart.

Otra solución podría ser una fundamentación iusnaturalista. Este es un caso muy frecuente. Se afirma una autoridad superior o una norma superior que fundamenta la validez del derecho positivo. Pero Kelsen no puede acudir a una norma de una autoridad divina o racional porque significaría abandonar el ideal de pureza: la función de la teoría no es justificar sino describir y el iusnaturalismo justifica una autoridad determinada.

La solución kelseniana inicia una tercera vía a través de una criterio clave: es la formulación de la norma fundamental hipotética. La función de esa norma es la de una condición lógico trascendental de la experiencia jurídica. El papel de esta condición es semejante al espacio y el tiempo de la Crítica de la Razón Pura. El espacio juega el papel de condición de la experiencia. Fuera de esa condición no existe la posibilidad de experiencia ni tampoco la posibilidad del conocimiento.

En el caso de la ciencia jurídica la norma fundamental es una condición de la experiencia. Si no se hace este supuesto no es posible conocer el derecho desde la perspectiva del conjunto de normas.

En segundo lugar, la norma fundamental debe ser una norma, porque si fuera un hecho incurriría en la falacia naturalista porque se deducirían valores de

hechos. El carácter normativo de la norma fundamental viene exigido por el método y la separación absoluta entre el es y el debe.

En tercer lugar, es hipotética porque supone que sólo si se quiere conocer el derecho es necesario hacer este supuesto. No es una norma positiva sino un supuesto de la ciencia del derecho.

La unidad de la teoría viene garantizada por la unidad del derecho a través del mecanismo de la norma fundamental. Cualquier norma positiva se deriva directa o indirectamente de la norma fundamental a través de las cadenas de delegación.

La teoría de la norma fundamental hipotética ha sido una de las tesis más criticadas. Los principales argumentos de crítica son los siguientes.

1.-La norma fundamental es condición de la experiencia jurídica, sin embargo, no está claro que eso sea así porque a la hora de colocarla debemos suponerla en un ordenamiento que empíricamente sea eficaz de un modo general. Nadie colocaría la norma fundamental del derecho positivo español de la época franquista en el gobierno en el exilio sino que se debe colocar en el poder efectivo. Eso quiere decir que no es una condición de la experiencia sino que debe colocarse en función de criterios empíricos. Algunos han considerado que si eso es así la norma fundamental es superflua y si se mantiene es sólo por razones ideológicas de justificación de la obediencia al derecho[19].

2.-La separación de es y debe no es tan absoluta como proclama la metodología porque esa fusión se produce en la norma fundamental que tiene la función de convertir el hecho del poder en un valor. Eso significa que Kelsen no ha sido siempre fiel al método propuesto. Si hubiera sido fiel, su descripción del derecho positivo podría ser muy deficiente.

3.-¿Quién supone la norma fundamental? Parece que debe ser la ciencia del derecho o como dice el propio Kelsen el pensamiento jurídico. Pero el pensamiento jurídico, -es decir, la ciencia jurídica- no tiene la función de prescribir sino de describir. Las normas son dictadas por las autoridades y no por los científicos que pretenden describir las normas. De nuevo alguna inconsistencia aparece con el proyecto de pureza metodológica.

4.-La norma fundamental tiene la función de justificar hipotéticamente qué se debe hacer jurídicamente y eso puede ser considerado como un instrumento

teórico de legitimación de cualquier derecho positivo -aunque sea independiente de cualquier ideología.

La teoría de la norma fundamental es hoy una teoría insostenible pero la búsqueda de un criterio **de identificación** del sistema jurídico pasa por el análisis de normas claves o reglas claves -de reconocimiento- o reglas conceptuales -en el caso Bulygin- en algunas de las teorías contemporáneas del derecho. Creo que la solución, hoy, no es la correcta pero el problema estuvo muy bien planteado en su época y muy bien solucionado con los arsenales conceptuales de su época. Si Kelsen es un clásico es porque tiene valor permanente y su modo de plantear los problemas todavía son ilustrativos aunque afortunadamente otras propuestas mejores han sido formuladas por la teoría general del derecho, lo cual significa que está viva, que se mueve y que progresa.

VALORACIÓN DEL PENSAMIENTO DE KELSEN

La teoría pura del derecho es el punto de partida de la teoría general del derecho contemporánea. Es la obra más importante de Kelsen y todas sus reflexiones adyacentes están llevadas a cabo con el objetivo de reforzar el punto de vista de la teoría pura del derecho. Sus investigaciones antropológicas sobre el principio de retribución o el de imputación, sus reflexiones sobre la Justicia o el Derecho Natural o sus contribuciones a la teoría de la democracia están enfocadas desde su núcleo teórico jurídico.

Kelsen es importante porque ha sabido construir un método que permite delimitar con bastante claridad el objeto. Ha puesto los principales cimientos para la construcción de una teoría descriptiva del derecho entendido como un conjunto de normas. Ha desvelado la estructura dinámica de los ordenamientos jurídicos positivos y ha puesto las bases para distinguir muy distintos tipos de normas. Puso el acento en las normas de procedimiento que la teoría tradicional había calificado de derecho adjetivo y, en Kelsen, ocupa un lugar primordial; el mismo papel que en la teoría actual ocupa las normas de competencia. También ha introducido en la teoría jurídica los ideales de pureza metodológica, de rigor, objetividad y neutralidad política.

La teoría pura del derecho ha construido con rigor las categorías básicas del pensamiento jurídico, rechazando los dualismos típicos del iusnaturalismo y del positivismo decimonónico. Conceptos como el de sanción, responsabilidad,

sujeto de derecho, derecho objetivo y subjetivo, derecho público y derecho privado son cruciales para la teoría general del derecho actual y el punto de partida se encuentra en Kelsen.

Kelsen es un clásico siempre y cuando uno se pregunte cómo es el derecho, qué estructura tiene, cuáles son las relaciones entre las normas. La concepción de la ciencia kelseniana supone que el científico es un observador que describe cuáles son las normas que pertenecen al ordenamiento jurídico. Kelsen le ofrece la clave para identificar esas normas, para describirlas mediante proposiciones que son susceptibles de verdad y de falsedad.

Por supuesto que muchos de los planteamientos kelsenianos han sufrido una crítica, en algunos casos demoledora, pero la mayoría de los problemas que Kelsen planteó están presentes en la reflexión actual y el desarrollo de la teoría general del derecho en los últimos cincuenta años ha sido muy importante. La filosofía del Círculo de Viena fue introducida por Ross en la Teoría del Derecho, la del lenguaje ordinario por Hart y la lógica por Alchourrón Bulygin. Si aceptamos que un autor ha de ser juzgado por los problemas y las discusiones que ha generado, podríamos decir que Kelsen es el gran clásico del siglo XX.

Sin embargo, el propio éxito de su teoría ha producido un estancamiento de otro tipo de preguntas que el conocimiento jurídico podía y debía realizar. El afán de rigor y un purismo kantiano muy formalista le llevó a considerar que toda cuestión que afectara a la voluntad tenía un carácter irracional. Su crítica al Kant de la Razón Práctica[20] consiste en que Kant dejó de ocuparse de la razón y dio entrada a la voluntad en el campo de la ética y la jurisprudencia. Y, ciertamente Kelsen condenó al reino de la irracionalidad todo aquello que tuviera que ver con la voluntad y la acción. Para Kelsen la razón es una y, por supuesto, teórica.

Creo que los juristas no sólo están preocupados por tener instrumentos de identificación del derecho sino, sobre todo, por poseer aparatos conceptuales adecuados para responder con rigor a los problemas que se les plantean. Los problemas que normalmente afrontan los juristas no es cómo es el derecho sino **qué debo hacer**. Los juristas necesitan de teorías prescriptivas para resolver los casos constitucionales, los casos difíciles. Seguramente para responder a estas cuestiones Kelsen no es demasiado útil porque tendríamos que dar el paso de por qué de una descripción pasamos a una prescripción. Deberíamos explicar la normatividad del derecho. Y, desde la perspectiva kelseniana, éste no es un problema que la ciencia puede resolver. La teoría pura del derecho es una herramienta teórica que sirve para responder a la cuestión de la descripción del

derecho. Ese arsenal conceptual es inadecuado para resolver problemas prácticos. En muchas ocasiones, cuando se descontextualiza a un autor se le interpreta mal. Sin duda, Kelsen ha sido objeto de interpretaciones equivocadas.

Probablemente la poca influencia que Kelsen ha tenido en la Jurisprudencia americana se deba fundamentalmente a que su teoría no servía para ofrecer criterios de resolución de problemas prácticos. El pragmatismo americano ha conducido a una concepción de la teoría como un aparato conceptual que tiene justificación porque sirve para producir argumentos y soluciones prácticas.

Pienso que los límites del planteamiento kelseniano están presentes en las discusiones actuales de metodología jurídica. Las direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico están más preocupadas por resolver problemas prácticos; por aprender cómo se argumenta y acercarse más a la filosofía política -que trata de justificar decisiones- que por la descripción de las normas. Precisamente, las grandes transformaciones del siglo XX y la inadecuación de muchas instituciones jurídicas a los desafíos actuales, exige una mayor reflexión sobre las reglas de juego y un plus de imaginación para proponer criterios adecuados para resolver los principales problemas actuales.

En la medida en que la teoría se preocupe más por problemas prácticos, -y éste es un fenómeno que afecta al pensamiento jurídico contemporáneo,- la influencia de la teoría jurídica que prescribe será mucho más importante y lo será porque viene a cubrir un conjunto de necesidades que las viejas teorías de corte descriptivistas no pueden cubrir. Pero, siempre que se quiera construir una teoría descriptiva del derecho, la estrella Polar orientadora es la vieja teoría pura del derecho. Es por eso que no podemos dejar de leer a Kelsen.

Esquema

ESQUEMA
MÉTODOS
CIENCIAS CAUSALES:Principio de causalidad
Física
Química
Biología
Sociología
Economía
CIENCIAS NORMATIVAS: Principio de imputación
Teología normativa
Ciencias morales
Ciencias jurídicas
TRASCENDENTE
(religiosos)
INMANENTE
(morales, sociales
y jurídicos)
INTERNA(morales)
EXTERNA
INSTITUCIONALIZADOS
(jurídicos)
NO INSTITUCIONALIZADOS
(sociales)

NOTAS

1. La teoría pura del derecho fue desarrollada durante muchos años -más de sesenta!- y ha sufrido modificaciones relevantes. Una propuesta interesante de periodización es la sugerida por Stanley PAULSON -uno de los mejores conocedores de Kelsen- en el trabajo: «Toward a periodization of the Pure Theory of Law» en GIANFORMAGGIO L. (ed.): *Hans Kelsen Legal Theory*. Torino, Giapichelli, 1990. Véase también LOSANO, Mario: *Forma e Realtá in Kelsen*. Milano, Edizioni di Comunitá, 1981. Véase también la introducción de Michael HARTNEY a Hans KELSEN; *General Theory of Norms*. Oxford at The Clarendon Press, 1991. Es evidente que se han producido cambios importantes pero el núcleo de la teoría pura del derecho está fuertemente influenciada por el kantismo y de esa teoría pura kelseniana de impronta kantian me ocupo aquí. Por otra parte los críticos han discutido mucho el alcance de las modificaciones.

2. LEGAZ, Luis: «L'influence de Kelsen dans les doctrines -française et espagnole- contemporaines», en *Annales de la Faculté de Droit de Toulouse*, 1958, p. 163.

3. KELSEN, Hans: *Teoría General del Derecho y del Estado*. México, UNAM, 1949, p. 15.

4. Sobre la influencia de la dogmática jurídica alemana en el pensamiento kelseniano véase KARADGÉ-ISKROW, M.: «La théorie du droit pure et la dogmatique juridique», en *Revue Internationale de la Théorie du Droit*, tomo X, 1936, p. 178 y ss.

5. KELSEN, Hans: *Teoría General del Estado*. Barcelona, Labor, 1934, p. VII.

6. KELSEN, Hans: *Teoría General del Estado, op. cit.*, p. IX.

7. Von GERBER, Carl Friedrich: *Uber Offentliche Rechte*. Tübingen, Laupp & Siebeck, 1852. Véase también su trabajo *Grundzüge eines System der Deutschen Staatsrecht* -edición consultada Aalen, Scientia Verlag, 1969, p. VIII- en donde afirma que «el proyecto es el de investigar y exponer el derecho político desde un punto de vista exclusivamente jurídico».

8. JELLINEK, Georg: *Teoría General del Estado*. Barcelona, Buenos Aires, Albatros, 1970, p. 19.

9. JELLINEK, Georg: *Teoría General del Estado, op. cit.*, p. 8 y 9.

10. Sobre este punto véase PAULSON, Stanley: «Toward a periodization of the Pure Theory of Law» in GIANFORMAGGIO, Letizia (ed.): *Hans Kelsen Legal Theory*. Torino, Giappichelli, 1990.

11. KELSEN, Hans: *Teoría General del Derecho y del Estado, op. cit.*, p. IX.

12. KELSEN, Hans: *Teoría General del Derecho y del Estado, op. cit.*, p. V.

13. KELSEN, Hans: *Teoría General del Derecho y del Estado*, *op. cit.*, p. VI.

14. Véase sobre las etapas kelsenianas el trabajo citado de PAULSON, Stanley, el de LOSANO, Mario y el de BULYGIN, Eugenio: «Kant y la Filosofía del Derecho Contemporánea» en ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio: *Análisis Lógico y Derecho*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

15. Una de las aportaciones más importantes de Kelsen -fuera del campo específico de la teoría del derecho, pero relacionado con él- es la emergencia del principio de causalidad como una derivación del principio de imputación y del de retribución. Véase por ejemplo KELSEN, Hans: What is Justice? Berkeley, University of California Press, 1960.

16. Sobre este punto véase BULYGIN, Eugenio: «Kant y la Filosofía del Derecho Contemporánea», *op. cit.*, p. 377 y ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio: *Normative Systems*. Wien-New York, Springer Verlag, 1971.

17. KELSEN, Hans: «Derogation», en *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*. Indianápolis, Bob Merrill Hill Co. 1962 o *Recht und Logik*. Forum, 1965 y *General Theory of Norms*. Oxford, Clarendon Press, 1991.

18. KELSEN, Hans: *Teoría General del Derecho y del Estado, op. cit.*, p. 3.

19. Es la posición de ROSS, Alf: *El Concepto de validez y otros ensayos*. Buenos Aires, CEAM, 1969. Véase también RAZ, J.: «Kelsen's Theory of basic Norm» en su obra: *The Authority of Law*. Oxford. Clarendon Press, 1979.

20. En la Crítica de la Razón Práctica Kant no se preocupa de las condiciones de posibilidad de la ética y de la jurisprudencia como ciencias sino que trata de establecer un conjunto de principios absolutos e inmutables que sirvan para guiar la acción. Kelsen es muy crítico con el Kant de la Razón Práctica y la Metafísica de las Costumbres y considera que es un Kant iusnaturalista. Véase por ejemplo su artículo «Justice et Droit Naturel» en KELSEN, H. y otros: *Le Droit Naturel*. Paris, PUF, 1959, &12.