

**NOVENTA AÑOS DE LA *TEORÍA PURA DEL DERECHO*:
EL LEGADO POLÍTICO DE HANS KELSEN**

**NINETY YEARS OF THE *PURE THEORY OF LAW*:
THE POLITICAL LEGACY OF HANS KELSEN**

**DZIEWIĘDZIESIĄT LAT *CZYTEJ TEORII PRAWA*:
POLITYCZNE DZIEDZICTWO HANSA KELSENA**

Dr. María Alejandra Vanney, University Professor

Nicolaus Copernicus Superior School, Poland

e-mail: maria.vanney@sgmk.edu.pl; <https://orcid.org/0000-0001-6472-7688>

Resumen

Noventa años después de su publicación, la *Teoría Pura del Derecho* de Hans Kelsen sigue siendo un pilar fundamental en la teoría jurídica. Este artículo profundiza en la relevancia política que tiene actualmente la obra de Kelsen, argumentando que, más allá de la intención original del autor, su importancia es hoy más “política” que “jurídica”. Al examinar críticamente la identificación kelseniana de Estado y Derecho como un sistema unificado de coerción, y explorar el voluntarismo y el constructivismo jurídico que sustentan su teoría, se examinan sus supuestos epistemológicos, la separación entre el ser y el deber ser y su relativismo axiológico. El artículo también aborda las consecuencias sociopolíticas de una estatización “pura” y su desconexión de los valores éticos de la sociedad contemporánea. A pesar de su impacto duradero, se considera que la teoría de Kelsen es insuficiente para abordar los complejos desafíos ético-políticos de hoy, subrayando la urgente necesidad de restablecer una conexión más sólida entre el derecho y la ética y reconsiderar su relevancia a la luz de los problemas sociales y jurídicos actuales.

Palabras clave: positivismo jurídico, ser y deber ser (*Sein* y *Sollen*), Estado y derecho, derecho y ética, relativismo axiológico, constructivismo legal

Abstract

Ninety years after its publication, Hans Kelsen's *Pure Theory of Law* remains a cornerstone in legal theory. This article delves into the contemporary political relevance of Kelsen's work, arguing that, beyond the author's original intent, its importance today is more "political" than "legal." By critically examining Kelsen's identification of the State and Law as a unified system of coercion and exploring the legal voluntarism and constructivism that underpin his theory, the article challenges his epistemological assumptions, the separation between the Is and the Ought, and his axiological relativism. The article also addresses the socio-political consequences of a "pure" statization and its disconnection from the ethical values of the contemporary society. Despite its lasting influence, Kelsen's theory is considered insufficient to address today's complex ethical and political challenges, emphasizing the urgent need to re-establish a stronger connection between law and ethics and reconsider its relevance in the light of current social and legal challenges.

Keywords: legal positivism, is and ought (*Sein* and *Sollen*), State and Law, law and ethics, axiological relativism, legal constructivism

Abstrakt

Dziewięćdziesiąt lat po publikacji, *Czysta Teoria Prawa* Hansa Kelsena pozostaje kamieniem węgielnym teorii prawa. Artykuł ten zgłębia współczesne polityczne znaczenie pracy Kelsena, twierdząc, że, poza pierwotnym zamiarem autora, jej znaczenie dzisiaj jest bardziej „polityczne” niż „prawne”. Krytycznie analizując utożsamiania Państwa i Prawa jako zjednoczonego systemu przymusu oraz badanie woluntaryzmu i konstruktywizmu prawnego, które są podstawą jego teorii, artykuł kwestionuje jego założenia epistemologiczne, rozdział między „bytem” a „powinnością” oraz jego relatywizm aksjologiczny. Poruszone są również społeczno-polityczne konsekwencje „czystej” statyzacji i jej oderwanie od etycznych wartości współczesnego społeczeństwa. Pomimo trwałego wpływu, teoria Kelsena jest uznawana za niewystarczającą do rozwiązania dzisiejszych złożonych wyzwań etyczno-politycznych, podkreślając pilną potrzebę wzmocnienia związku między prawem a etyką oraz ponownego rozważenia jej znaczenia w świetle obecnych wyzwań społecznych i prawnych.

Słowa kluczowe: pozytywizm prawniczy, byt i powinność (*Sein* i *Sollen*), Państwo i prawo, prawo i etyka, relatywizm aksjologiczny, konstruktywizm prawny

Introducción

Tal vez no cabe mayor indicación de la actual relevancia de la *Teoría Pura del Derecho*¹ que el deterioro continuo de la teoría democrática basada sobre la regla de la mayoría. En efecto, el trasfondo relativista de las tesis de Hans Kelsen –más allá de las correcciones que, a lo largo de su vida, fue realizando– es el que ha permitido que, a pesar de los esfuerzos propios del Estado democrático de derecho, con más frecuencia de la deseada se haya pasado –en los hechos– de la vigencia del principio mayoritario al frecuente imperio de las mayorías [Jiménez-Sánchez 2023, 213].

En efecto, como es bien sabido, Kelsen se enfrenta al dilema rousseauiano de conjugar, frente al conflicto estructural inevitable entre el individuo y el Estado, la libertad individual y el orden social [Kelsen 1934, 6]; es decir, al dilema de “encontrar una forma de asociación que defienda y proteja de toda la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y en virtud de la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca empero más que a sí mismo y quede tan libre como antes” [Rousseau 1979, 410]. Kelsen responde considerando a la voluntad estatal como voluntad de todos, como suma de las diferentes voluntades individuales, en un sistema democrático entendido como “transacción” o “compromiso” entre la mayoría y la minoría [Kelsen 2009, 220, 342].

Apoya así todo su sistema jurídico en un régimen de compromiso democrático que, por naturaleza, entraña un relativismo político, al cual opone el absolutismo político, que asfixia y conduce a la autocracia o al absolutismo [Araos San Martín 2023, 195]. Así las cosas, para Kelsen “demócrata”, significa “relativista”, y es la democracia la que resuelve las tensiones entre la voluntad individual y la voluntad colectiva porque esta última “o más exactamente, el orden social, resulta engendrado por quienes están sujetos a él, esto es, por el pueblo. Democracia significa identidad de dirigentes y dirigidos, del sujeto y objeto del poder del Estado, y gobierno del pueblo por el pueblo” [Kelsen 1934, 30]. Como sintetiza Medeiros Júnior, para el jurista vienés “la democracia no es un dispositivo político más entre otros, sino una mentalidad ética más elemental, es decir, una mentalidad capaz

¹ Si bien en 2024 se cumplieron 90 años de la primera edición de la obra (1934), aquí utilizamos la versión ampliada y revisada por el autor en 1960.

de resolver diferencias, como las diferencias sobre la justicia, sobre todo para aquellos que, al menos como sujetos de conocimiento, no se ven a sí mismos como desiguales, sino como iguales” [Medeiros Júnior 2024, 3].

La concepción kelseniana del orden jurídico como un todo, conduce a que la distinción entre derecho público y privado sea “puramente relativa e intrasistemática”, porque se “puede sin paradoja ver un acto del Estado tanto en un contrato como en la sentencia de un magistrado, dado que ambos son actos creadores de derecho imputables a la unidad del orden jurídico”, a diferencia de lo que ocurre en la teoría tradicional –es decir, aquella que admite la heteronomía– para la cual la distinción derecho privado-derecho público tiene “un carácter absoluto y extrasistemático, al oponer al derecho un Estado que es distinto de aquél” [Kelsen 2009, 141]. A partir de tal negación entre lo público y lo privado, Kelsen llega a identificar derecho y Estado. Sostiene que, mientras que la teoría tradicional concibe al Estado como una especie de ente metajurídico que crea el derecho y, a su vez, se somete a él, su teoría pura –por el contrario– proclama la “identidad del derecho y del Estado”, constituyendo el Estado un orden jurídico.

Aquí reside una de sus hipótesis fundamentales: es la norma (enunciado hipotético) la que dispone el ejercicio de la coacción por parte de los órganos del Estado. Así, esta coacción es parte integrante de la norma jurídica, en lugar de ser un elemento externo al derecho, y el Estado no es otra cosa que un “punto de imputación” al cual, si se le imputa algo, es porque una norma del orden jurídico le da esa significación. De ahí que se considere al Estado como “un conjunto de hechos que tienen una significación jurídica particular. Es el sistema de normas jurídicas que dan su significación a esos hechos. Podemos, pues, definirlo como un orden jurídico parcial extraído de manera más o menos arbitraria del orden estatal total que denominamos orden jurídico nacional” [ibid., 151].

A modo de resumen, para Kelsen el gobierno estaría compuesto por los órganos administrativos que ponen en marcha las funciones que constituyen el aparato estatal, de acuerdo con la delegación hecha en los funcionarios, cuya autoridad surge de su designación de acuerdo con el orden jerárquico resultante de la norma fundamental. El poder estaría –como se detalla a continuación– en la eficacia del orden jurídico y, por ello, íntimamente unido a la noción de coactividad.

1. Coactividad jurídica y eficacia como poder

Como se ha señalado, el Estado kelseniano es un orden normativo expresado en un sistema de normas o juicios hipotéticos en los que la condición es enlazada con la consecuencia por medio de un “deber ser”, dotado de un poder coactivo que se explica socialmente por la validez jurídica de la coerción [Kelsen 1995, 53] Así, tanto el Estado como el derecho son un “valor”, un “deber ser” (*Sollen*) contrapuesto a la “realidad”, al “ser” (*Sein*). El Estado no tiene existencia natural, ni pertenece al ser; su valor no es el de la legalidad causal sino el de la legalidad normativa. La norma que dice: “si alguien roba debe ser castigado”, enlaza el hecho –robo– con la consecuencia –castigo– de modo muy distinto a como es enlazado un hecho y su consecuencia (por ejemplo, “los ladrones son castigados”).

La estructura lógica del precepto jurídico es, pues, la siguiente: “Bajo determinadas circunstancias (una determinada conducta), el Estado quiere ejercer determinadas acciones coercitivas (ejecución y castigo). [O, dicho de otro modo,] bajo la condición de que un hombre se comporte de una cierta manera, es decir, que haga u omita algo determinado, otro hombre, esto es –el órgano del Estado– debe ejecutar contra el primero un acto de coerción” [Kelsen 1974, 46]. Es así como, para Kelsen, el orden jurídico es un orden de coerción que motiva las conductas por medio de sanciones que el mismo dispone y que dependen de un acto de coacción. De este modo, “lleva a cabo un cambio fundamental: en vez de concebir a la coacción estatal como un elemento externo al derecho, la concibe como parte integrante de la norma jurídica. Esto es posible porque en su teoría ha realizado un procedimiento que ha denominado *interiorización de la coacción en la norma jurídica*” [Schmill Ordóñez 1996, 593].

No interesa la facticidad de la coacción, porque la coacción es el *contenido* de la norma. El Estado es pues, la unidad de un sistema de normas que regulan bajo qué condiciones se practicará coacción contra una persona por parte de otra persona. Aún más, las acciones humanas que empíricamente se presentan como “dadas” no se atribuyen al agente físico en sí, sino a una esencia incorpórea que subyace a él, siendo el Estado el “punto ideal de imputación”, que se manifiesta a través de sus normas. Esto, porque el Estado no puede caracterizarse por el hecho de que un hombre domine sobre otro sin que una voluntad se imponga a otra, sino que existe un orden “según

el cual” uno manda y otro obedece. Solo este orden funda la unidad de las innumerables relaciones de poder que tienen lugar empíricamente. El orden estatal, en último término, ha de apoyarse en un acto de coacción.

Por todo ello, sostiene Kelsen que “la teoría del Estado es una parte de la teoría del derecho” y, cuando trata sobre el poder del Estado y efectividad del orden jurídico, afirma que “si el Estado es un orden jurídico y si personifica la unidad de ese orden, el poder del Estado no es otra cosa que la efectividad de un orden jurídico [...] Las manifestaciones exteriores del poder del Estado, las cárceles y las fortalezas, las horcas y las ametralladoras, no son en sí mismas más que cosas inertes. Se convierten en instrumentos del poder estatal solo en la medida en que los individuos se sirven de ellas en el marco de un orden jurídico determinado, es decir, con la idea de que deben conducirse de la manera prescrita por ese orden” [Kelsen 2009, 152].

Desaparece así el dualismo Estado y derecho, que –señala– “recuerda el dualismo también contradictorio de Dios y el mundo. [Así,] la ideología político-jurídica coincide en todos los puntos esenciales con la ideología teológico-religiosa de la cual emana y de la cual constituye un sucedáneo” [ibid.]. Agrega, en la misma línea, que “para una ciencia que no se enreda en imágenes antropomórficas y busca la realidad de las relaciones humanas detrás del velo de las personificaciones, el Estado y su derecho son un solo y mismo sistema de coacción”. Y de aquí deduce “la imposibilidad de legitimar el Estado por el Derecho” [ibid., 152-53]: el Estado es un orden jurídico, pero no está sometido a un orden jurídico superior (esto supondría recurrir a un resto de la doctrina de derecho natural); intelectualmente considerado, el Estado es solo un sistema de normas estudiado por la ciencia normativa del Derecho; en la realidad, es “una serie de actos de carácter psicofisiológico que se motivan los unos a los otros, es una fuerza y, como tal, su estudio pertenece a la psicología social o a la sociología” [ibid., 153].

La sociología jurídica también ingresa en el derecho a través de la política legislativa cuando, siguiendo la lógica kelseniana, se analiza la cuestión de la existencia o no de excepciones a la ley. En efecto, “el positivismo jurídico, celoso de la perfección de su propio ordenamiento, silencia la existencia de las excepciones a la ley, y se esfuerza por reducirlo a un sistema de leyes especiales” [d’Ors 1973, 152-53]. De este modo, se llega a la idea de que, como la ley no puede tener excepciones, éstas deben fijar la normalidad abriendo

así la puerta a que se regule la situación excepcional, aunque su contenido material no tenga relación alguna con el bien común político.

Cuando Kelsen habla de “autoridad” del Estado, de “voluntad” del Estado, de “poder” del Estado, está afirmando que el Estado debe ser concebido, ante todo, como autoridad normativa y, consecuentemente, la relación del Estado con los hombres cuya conducta regula en sus ordenamientos, como una relación de supraordenación y de subordinación en la cual los ciudadanos deben ser considerados como “súbditos” del Estado. En definitiva, siguiendo esta línea de pensamiento, no se puede captar la esencia del Estado sin pensar en que de él emanan deberes que los obligan a una conducta recíproca determinada. Así, el Estado solo puede ser pensado como autoridad que se halla por encima de los hombres, en tanto y en cuanto sea un orden que obliga a los hombres a un comportamiento determinado; es decir, en tanto consista en un sistema de normas reguladoras de la conducta humana.

2. Constructivismo jurídico

La dinámica jurídica, dentro de la *Teoría Pura del Derecho*, se ocupa del estudio del proceso de producción y aplicación del derecho. Es decir, de la construcción escalonada del orden jurídico, de la estructura jerárquica del ordenamiento. Se trata de la doctrina que pretende responder a los dos grandes interrogantes del sistema kelseniano: la unidad del sistema jurídico y la fundamentación de las normas que forman parte de él.

Sostiene Kelsen, que el fundamento de la validez de una norma solo puede encontrarse en la validez de otra norma. Por tanto, se trata de una tesis íntimamente ligada a la separación entre “ser” y “deber ser”: como no sería posible fundamentar el “deber ser” en el ser, debe buscar su apoyo en otro “deber ser”, en otra norma. Se trataría de un silogismo cuya premisa mayor es la norma que establece el deber de obedecer a determinada autoridad, la premisa menor es la constatación fáctica de que esa autoridad ha dictado una norma, y la conclusión es la norma establecida, cuyo fundamento de validez estaría expresado en la premisa mayor. De este modo, cada norma se apoyaría en otra de categoría superior. Pero como la búsqueda no puede seguirse hasta el infinito, necesariamente hay que llegar a una norma última, suprema, fuente de validez común de todas las

normas pertenecientes a un orden jurídico y, por tanto, elemento constitutivo de la unidad de esas normas. Esa norma suprema –*Grundnorm*– no se concibe como una norma positiva, sino como una norma presupuesta, metapositiva. En efecto, admite Kelsen que se trata de una mera “hipótesis necesaria de todo estudio positivista” del derecho, que no ha sido creada según un procedimiento jurídico, que no es una norma de derecho positivo, que no es “puesta” si no “supuesta”. Sostiene que recurrir a esa norma fundamental es algo del todo necesario, cuando se rechaza el derecho natural, para concebir el derecho positivo como “un orden normativo válido” y no como mero dato psicológico [Kelsen 2009, 112].

Las normas jurídicas se hallan, pues, en un orden dinámico al que pertenecen no por su contenido, sino por haber sido producidas de conformidad con la norma fundamental. De ahí que una norma vale solo en tanto y en cuanto haya sido producida en la *forma* determinada por otra norma superior. El orden jurídico, en síntesis, no constituye para Kelsen un sistema de normas situadas en un mismo plano, sino una construcción escalonada de diversos niveles de normas que podría representarse mediante una pirámide cuyo vértice es la respectiva norma fundamental y que está compuesta por una serie de niveles normativos progresivamente inferiores. Por consiguiente, el contenido de la norma jurídica no tiene relevancia para su validez y, cualquiera que éste sea, puede ser derecho. Basta con que haya sido impuesto de acuerdo con la forma prevista por la norma superior, es decir, por la autoridad establecida en esta norma, y conforme al procedimiento que ella prescriba.

El proceso lógico que conduce a la norma fundamental es el siguiente: se parte de un acto coactivo que se fundamenta en una norma jurídica individual, como puede ser una sentencia judicial; la cual, a su vez, se basa en una norma general, como la ley. De la ley se sube a la Constitución del Estado, a lo que Kelsen llama “Constitución en sentido jurídico-positivo”. Tras encontrar eventualmente una constitución más antigua, de la que provenga la constitución vigente, Kelsen –en esta búsqueda del fundamento de la validez de las normas– se ve obligado a ir más allá de las mismas normas positivas. De ahí su establecimiento de una norma fundamental: si se renuncia a referir la validez de la constitución más antigua a una norma establecida por Dios o por la naturaleza, entonces nos vemos precisados a presuponer una norma, que permita interpretar el sentido subjetivo

de todas las normas de un orden como su sentido objetivo. Esta norma fundamental prescribiría que “si una condición determinada conforme a la primera Constitución se realiza, un acto coactivo, determinado de la misma manera, debe ser ejecutado” [ibid., 57]. No tiene relevancia alguna cuál sea el contenido de esa Constitución, ni del orden erigido a partir de ella, tampoco si es justa o injusta, eficaz o no; para Kelsen lo que importa es que no se afirme ningún derecho que trascienda al orden positivo.

Así, la *Grundnorm* se concibe como un presupuesto lógico-trascendental, conforme al cual es posible interpretar el material empírico que se le ofrece al jurista como un sistema de normas jurídicas válidas. Aunque la norma fundamental sea presupuesta por la mente del jurista, su presuposición está condicionada por la existencia de un orden jurídico eficaz. Con la teoría de la norma fundamental, explica Kelsen, la *Teoría Pura* solo trata de poner de manifiesto analíticamente las condiciones lógico-trascendentales del conocimiento del derecho, de acuerdo con los cánones del positivismo.

3. Crítica a la concepción kelseniana

Es innegable que el intento kelseniano de imponer un rigor metodológico y alcanzar una definición precisa del objeto de las ciencias jurídicas merece reconocimiento. Este mérito se acentúa especialmente cuando se observa la vaguedad conceptual que predominaba entre los juristas de los siglos XIX y XX, muchos de los cuales carecían de una formación filosófica sólida, eran ajenos a una filosofía realista y contaban con conocimientos limitados sobre filosofía moderna. Dichos juristas se encontraban atrapados entre un positivismo legalista o sociológico (aunque no completamente desprovisto de consideraciones morales) y un moralismo difuso, que oscilaba entre posturas liberales, deístas o cristianas. Sin embargo, esta falta de una base teológica y filosófica rigurosa no podía ser suplida por la buena voluntad del jurista en cuestión.

Es, en parte, por esta razón que –cuando Kelsen aborda el problema de la naturaleza, la conducta, las normas y la sociedad–, su enfoque se ve influenciado desde el inicio por el neokantismo y el neopositivismo de su época y marcado por la idea de la autonomía humana. Por ello, no se dirige hacia el análisis directo de las “cosas mismas” –la naturaleza, el hombre y la sociedad– con el fin de captar, a través de la multiplicidad de

manifestaciones, su principio inteligible y su dinámica esencial. En lugar de esto, su mirada se orienta hacia las ciencias naturales y las ciencias jurídicas tal como eran entendidas en su tiempo.

Kelsen, por tanto, no parte de los entes y hechos naturales, sean humanos o no humanos, para analizarlos sin someterlos a una crítica radical. En consecuencia, la naturaleza solo se introduce indirectamente en su reflexión, mediada por las interpretaciones filosóficas, políticas, sociales, religiosas (o antirreligiosas) y técnicas de las ciencias empíricas modernas. Lo mismo ocurre con el derecho, que es examinado únicamente a través de la interpretación proporcionada por las disciplinas jurídico-positivas de los siglos XIX y XX, influenciadas por una óptica positivista igualmente filosófica, política, social, religiosa (o antirreligiosa) y técnica. Por ello, reduce la naturaleza a lo que las disciplinas empíricas correspondientes conocen y dicen sobre ella, y la “causalidad” se convierte en una función epistemológica que relaciona fenómenos. De manera similar, el derecho es comprendido solo a partir de lo que las ciencias jurídico-positivas afirman sobre él, lo que lleva a reducir el “deber ser” a una función entre dos fenómenos: un acto humano, por un lado, y otro acto que lo sanciona coactivamente, por otro. En otras palabras, se trata de una transcripción categorial, epistemológica, de las normas que expresan el sentido de las conductas dominantes y sancionadoras, o que reflejan la voluntad de hacerlo respecto a ciertos actos.

a) Presupuestos gnoseológicos

La doctrina de Kelsen se basa sobre el ideal de pureza metódica total, la aplicación del método trascendental kantiano, la imposibilidad de conocer lo supraempírico, la concepción exclusivamente especulativa de la ciencia jurídica, y la negación de la razón práctica; es decir, su gnoseología jurídica se basa en una teoría del conocimiento de tipo inmanentista y empirista.

Los principales rasgos de su gnoseología son:

- *La pureza metódica*: la insistencia de Kelsen en la pureza del conocer jurídico y en la importancia del método puro, es un rasgo típico del idealismo que, conforme al principio de inmanencia, sostiene la imposibilidad de conocer algo que exista en sí, fuera del pensamiento o de la conciencia. La labor científica se enfoca, en consecuencia, a la creación o construcción de su objeto. Así, este objeto –lo jurídico– sería

producido por el método. Esta visión se opone al realismo gnoseológico según el cual el método debe adecuarse al objeto y, por eso, solo después de haberse aproximado a lo real, se está en condiciones de reflexionar sobre el método apto para captarlo. De este modo, se evita caer en la pretensión de autosuficiencia y se acude a otras disciplinas para alcanzar un conocimiento más acabado de su objeto.

- *El método trascendental kantiano*: Kelsen parte de la base de que la ciencia jurídica tiene por objeto el derecho, el cual no puede concebirse como mero hecho. Reivindica así el objeto de su ciencia, de modo tal que el principio de separación entre el ser y el “deber ser”, juega un papel decisivo en su construcción, porque el derecho ha de situarse en el ámbito de un “deber ser” separado al del ser. En línea con el neokantismo, aplica el método trascendental al campo del derecho, concibiendo el “deber ser” de un modo trascendental, como si fuera un *a priori* del sujeto que interpreta el material empírico según el principio de imputación, que sería la ley del pensamiento por la que se rigen las llamadas ciencias normativas. La dificultad de concebir el “deber ser” normativo en clave trascendental pura, pone de manifiesto que el camino elegido para esa conceptualización es equivocado. En efecto, solo se puede captar el auténtico “deber ser” cuando se dirige la mirada al contexto real en el que se da, es decir, cuando se lo contempla en relación con el ser del hombre, del mundo y de la trascendencia.
- *El abandono de la metafísica en la ciencia del derecho*: Es claro que el conocimiento jurídico debe atenerse a la realidad jurídica, sin desfigurarse su objeto; sin embargo, el problema del pensamiento kelseniano consiste en que la realidad jurídica se limita a lo que aparece. De acuerdo con el postulado kantiano según el cual no es dable remontarse más allá de la experiencia fenoménica (que implica el rechazo de todo saber metafísico que pretenda sobrepasar ese límite), la teoría pura reduce su objeto a lo que aparece en el mundo jurídico: únicamente a las normas jurídicas positivas.

La impugnación del derecho natural es una clara consecuencia de estos presupuestos. El punto de partida empirista adoptado por Kelsen le impide atisbar la verdadera metafísica. No obstante, en su obra se vislumbra esa insuprimible tendencia natural que caracteriza al espíritu

humano. En efecto, los conceptos y principios de la teoría pura corresponden a un trasfondo filosófico, que trasunta una visión metaempírica de lo real. Así, el principio de separación *Sein-Sollein*, el concepto de derecho como norma o “deber ser”, la concepción voluntarista de la norma, el problema de la fundamentación de la validez de las normas, entrañan en mayor o menor medida, la presencia de cuestiones metafísicas, a las que la doctrina kelseniana es incapaz de ofrecer adecuada solución. Lo trascendental aparece como un sustituto inmanentista de lo metafísico. Esto prueba que un conocimiento integral del derecho requiere la existencia de un nivel propiamente ontológico, fiel a la realidad del derecho en toda su complejidad y profundidad.

- *El rechazo a la practicidad del saber jurídico*: Para Kelsen, la razón humana solo sería especulativa. Le resulta inconcebible un saber de tipo práctico que dirija y oriente las acciones de los hombres. Por eso, impugna repetidamente el mismo concepto de razón práctica, como intrínsecamente contradictorio, en cuanto implicaría una confusión de razón y voluntad. De esa premisa deriva su negación de toda racionalidad en el proceso de creación y aplicación del derecho, así como su concepción de la ciencia jurídica como disciplina exclusivamente teórica, y de ninguna manera práctica.

Sin embargo, el más elemental análisis de la vida jurídica muestra que todas las realidades jurídicas están traspasadas de practicidad: las normas regulan conductas, los derechos de un sujeto exigen determinados comportamientos por parte de los demás, etc. El problema de fondo que se oculta aquí es el de la existencia de la verdad práctica. Todos los niveles del conocer acerca del derecho reflejan una orientación a la práctica, que es natural a su objeto propio: la justicia. Es decir que todo conocer jurídico, en tanto que jurídico, ha de ordenarse en último término a la implantación de un orden social justo. En consecuencia, el tipo de certeza que la ciencia jurídica alcanza no es aquel propio de las ciencias puramente especulativas. Kelsen deseaba una geometría del fenómeno jurídico que constituye un ideal ilusorio por la simple razón de que el derecho no es un objeto físico o matemático, su naturaleza es especulativo-práctica y así es como brinda un insustituible servicio en la vida social.

- *Separación entre razón y voluntad en la captación de la verdad práctica*: Kelsen entiende que la función cognoscitiva de la razón no podría superar el campo de lo empírico. En cambio, las normas estarían vinculadas a actos de la voluntad, constituyendo el contenido significativo de estos actos. Para el jurista vienés no hay participación esencial de la razón en la creación de las normas, tampoco de la razón práctica, porque esto significaría una inaceptable confusión entre lo cognoscitivo y lo volitivo. Por tanto, el “deber ser” sería el sentido de un acto del querer, no de un acto intelectual, que puede conocerse una vez que ha sido producido por la voluntad. Con esta postura voluntarista, el entero proceso de producción y aplicación de normas jurídicas queda librado a la arbitrariedad más total. En el marco de las opciones que deja la norma superior, quien la aplica podrá elegir a su antojo, y siempre escogerá de forma jurídicamente correcta. Esta solución se opone a la misma esencia de la vocación del jurista que busca a iluminar, desde su punto de vista científico, el concreto panorama de la vida jurídica.

b) Separación entre el ser y el “deber ser”: naturaleza y normas

“Deber ser”, valor, imputación –por lo tanto, libertad– son conceptos que aluden a un mundo específicamente humano, especialmente al ámbito del comportamiento, en el que se inscribe el derecho. El principio kelseniano, sin embargo, distingue y aísla de modo extremo este mundo humano respecto del mundo del ser, de la realidad, la naturaleza y la causalidad. Se postulan dos órdenes comunicados: el no humano y el humano.

Las limitaciones del planteamiento kelseniano son, sin embargo, más de fondo. El dualismo *Sein-Sollen*, en los términos de Kelsen, da lugar a una rígida distinción y separación entre dos esferas que acarrea, entre otras, las siguientes consecuencias: el “deber ser” pertenece al ámbito ideal, no real; no es posible pasar del ser al “deber ser”, ni viceversa; y, por tanto, el “deber ser” no puede fundamentarse en el ser, ni ser exigido por este, ni tender a él. Todo ello conlleva la negación de la posibilidad, incluso lógica, de que haya derecho natural. Estas consecuencias dejan a la ciencia jurídica en una situación de completa desconexión con la realidad y, particularmente, con el ser del hombre. De modo que cabe hablar de una deshumanización del objeto de la ciencia jurídica.

Cabe también sostener que, en el argumento kelseniano contra el iusnaturalismo, se oculta un sofisma. Su recurrente objeción de que el derecho natural sería falaz por contradecir la separación entre ser y “deber ser”, viene a ser ella misma engañosa. En efecto, esta objeción se fundamenta en una concepción empírica de la naturaleza, entendida como un conjunto de hechos interrelacionados según el principio de causalidad, alejándose así del concepto metafísico de naturaleza como la esencia de un ser y el principio de sus operaciones, propio del iusnaturalismo.

Así, afirma Kelsen que “De un ser (*Sein*) no puede deducirse un deber (*Sollen*), de un hecho no puede deducirse una norma: ningún deber puede ser inmanente al ser, ninguna norma a los hechos, ningún valor a la realidad empírica. Solamente aplicando desde el exterior un deber al ser, unas normas a los hechos, cabe juzgar a éstos como conformes a la norma, o sea buenos y justos, o como contrarios a ella, o sea malos e injustos [...] Imaginar que cabe descubrir o reconocer las normas en los hechos, los valores en la realidad, significa ser víctima de una ilusión. Para poder deducir esas normas desde los hechos lo que se hace es proyectar, incluso de manera inconsciente, sobre esa realidad fáctica las normas que se presuponen y que constituyen valores. La realidad y los valores pertenecen a dos campos distintos” [Kelsen, Bobbio, Perelman, et al. 1996, 103].

Otro sofisma se oculta bajo la argumentación kelseniana de que el derecho natural sería un sistema deductivo de reglas lógicas procedentes de un principio *a priori*. Pero esta concepción no se corresponde con el verdadero modo en que los preceptos de la ley natural son descubiertos por la razón humana. En efecto, es a partir del primer principio de la razón práctica “haz el bien y evita el mal”, que se conoce por vía de evidencia, como la razón práctica capta las exigencias del “deber ser” que proceden de los bienes que se le presentan. Lo decisivo es la captación de esos bienes que supone una profundización de las exigencias de nuestra naturaleza.

c) **Conceptualización “pura” del derecho: relativismo axiológico**

Kelsen presenta un relativismo axiológico bajo la apariencia de un impecable razonamiento, con la apariencia de un rigor fascinante. Pero, por debajo de esa brillantez, hay una serie de puntos sin resolver

y contradicciones palmarias, más allá de que, a pesar de su propósito, Kelsen a su vez aporta luces nuevas a la axiología jurídica.

En primer lugar, Kelsen no adopta una posición positivista negadora de la estimativa jurídica, sino que parte del supuesto de que el problema axiológico tiene pleno sentido y máxima importancia. Sencillamente da por supuesta la legitimidad de este problema. El problema de su axiología se sigue de su errónea gnoseología, a saber: que la observación verificadora de lo que es efectivamente, no puede dar ninguna pauta de valor. Este reconocimiento es precisamente la argumentación que Kelsen tomará como base. Ahora bien, esto equivale a aceptar que el primer fundamento de la axiología es *a priori* y no empírico. Lo único que la experiencia puede mostrar –dice Kelsen– es la adecuación o inadecuación entre unos medios y el fin propuesto, porque esta conexión es, en definitiva, una relación de causalidad entre los medios (causas) y el fin (efecto). Pero la experiencia nada puede decir sobre la corrección de un fin que no sea simple medio para otro fin, es decir, sobre un fin último. Entonces, resulta que cualquier idea de valores fundamentales, esto es, no meramente instrumentales, es *a priori*.

El punto central de la discusión kelseniana está en cuál sea la índole de este *a priori* valorativo: si se trata de un *a priori objetivo* o de un *a priori subjetivo*, y resuelve tal cuestión en contra del objetivismo y a favor del subjetivismo o del relativismo, considerando estos dos últimos términos como equivalentes. Intenta fundar esta solución sobre el hecho de que, según su visión, por el método científico-racional no es posible descubrir ni demostrar una idea *a priori* de valor. Con esto no pretende de ninguna manera demostrar que no haya ideas *a priori* de valor, sino que tales ideas están más allá del alcance del método científico-racional.

En definitiva, Kelsen se encontró –con razón– con que la ciencia racional empírica, del tipo de las ciencias de la naturaleza, no pueden suministrar ideas de valor, ni fundamentarlas. En efecto, si hubiera sido un positivista estricto, es decir, si hubiera rechazado todo tipo de conocimiento que no perteneciera al ámbito de las ciencias naturales o empíricas, habría tenido que concluir, de manera tajante, negando toda axiología. No solo habría rechazado cualquier propuesta de solución, sino que también habría desautorizado la legitimidad del problema axiológico en sí mismo. Pero sucede que Kelsen no quiere renunciar a la valoración jurídica, y entonces decide

sin ulterior examen que, puesto que hay muchos sistemas axiológicos posibles, al sujeto le toca bajo su responsabilidad elegir entre ellos.

Ahora bien, desde su perspectiva, si la ciencia empírico-racional no puede justificar objetivamente la superioridad de un valor sobre otro, pero la formulación de juicios valorativos sigue siendo indispensable para la vida humana, el siguiente paso lógico habría sido indagar en aquel otro ámbito del conocimiento en el que los valores y normas se manifiestan, un ámbito distinto al de la ciencia, pero presente en la conciencia. Sin embargo, en lugar de explorar esta posibilidad, Kelsen desarrolla su doctrina del relativismo axiológico, concluyendo que la norma fundamental para el derecho debe ser la tolerancia frente a todas las ideas que difieran de la suya.

Cabe subrayar que, si bien la tolerancia es necesaria para la convivencia sociopolítica, esta exige la capacidad de distinguir entre aquello con lo que estamos de acuerdo y aquello que toleramos, y ello solo es posible si juzgamos el contenido sustancial de las normas. En efecto, solo hay verdadera tolerancia “si asumimos una real diferencia entre lo que queremos y lo que toleramos. Porque lo que toleramos no nos parece bien, pero lo aceptamos por razones prudenciales o de justicia, por eso la tolerancia es una virtud” [Araos San Martín 2023, 208]. Sin embargo, para Kelsen la tolerancia se identifica con la indiferencia.

4. Estatalización “pura” y sus consecuencias político-sociales

Todo el sistema jurídico en la *Teoría Pura* se reduce a normas positivas, ya sean estatales, preestatales o internacionales. Ahora bien, la reducción de todas las normas existentes en una sociedad territorialmente limitada a normas estatales no implica que Kelsen niegue la existencia de normas emanadas por corporaciones o entidades distintas del Estado, o por los mismos individuos en sus negocios privados; sin embargo, a todas ellas se las considera estatales. En el fondo de la doctrina kelseniana late la idea de que el derecho es necesario para que exista la sociedad y se justifica, por tanto, por su función ordenadora. En ese sentido, la autoridad es necesaria, pero como toda autoridad humana es relativa y contingente, no es susceptible de justificación racional. Por eso, Kelsen justifica la necesidad del derecho a costa de relativizar la comunidad: argumenta que no hay más comunidad que la jurídica, la que el propio derecho establece. Así, sostiene que

sin derecho no hay comunidad y no existe (al menos en la ciencia y la observación racional) más comunidad que la que el derecho crea. Por eso el Estado no representa más que la presentación personificada del ordenamiento jurídico y la supremacía de la comunidad no es más que la supremacía del derecho sobre los individuos, supremacía que forma parte de la propia razón de ser del derecho.

Es por ello, que el estatalismo constituye un punto de partida en el pensamiento de Kelsen. No niega que haya normas que no provienen de lo que llama el Estado en sentido material (el aparato burocrático formado por funcionarios estatales), pero insiste en atribuir tales normas al Estado como orden jurídico nacional [Kelsen 1995, 231]. Se trata, ciertamente, de un problema lógico de atribución que descansa en el presupuesto de que esas normas inferiores de alguna manera están determinadas por el orden jurídico total constitutivo de la sociedad estatal. Esta concepción va más allá de la necesaria coordinación entre los diversos órdenes jurídicos coexistentes en un territorio; en efecto, implica una concepción estatalista del derecho.

De ahí deriva una serie de repercusiones:

- En la visión de la *Teoría Pura* no puede sostenerse que haya una pluralidad de ordenamientos jurídicos coexistentes en un mismo territorio;
- La autonomía jurídica de las entidades y personas no tienen cabida en este esquema;
- La capacidad de reglar las propias relaciones jurídicas se mira como simple concesión del orden estatal;
- No hay un ámbito de libertad en que la autorregulación de las propias relaciones jurídicas implique un límite a la potestad reguladora estatal, la cual puede llegar tan lejos como desee;
- El Estado como toda construcción basada en la esfera del *Sollen*, carece de relación con la realidad social, en la cual Kelsen no descubre más que relaciones de poder. Por esta razón no interesaría al jurista ese complejo de relaciones humanas de tan diversa índole –políticas, económicas, sociales, culturales, etc.– que, desde una perspectiva realista, se descubren en la realidad del Estado.

Así, la *Teoría Pura* distorsiona el ser del derecho, como se demuestra por el hecho de que solo lo percibe cuando va ligado al poder. En definitiva, la *Teoría Pura* deja al sujeto a la merced del poder estatal.

Conclusión

Como ya se ha mencionado, la *Teoría Pura*, busca conscientemente ser una teoría del conocimiento jurídico. Considera que no hay conocimiento más que el empírico, pero que la experiencia es cognoscible solo en virtud de condiciones trascendentales, es decir, por algo que no es experiencia ni un ente metafísico sino puras formas mentales: “leyes del pensamiento” que son, al mismo tiempo, “leyes del objeto”, porque este es constituido por ellas. Es, pues, el pensamiento el que produce el objeto; pues “producción” significa tanto como “hacer cognoscible” la masa informe de datos sensibles. Este “dar forma” se logra mediante el “principio unificador” al que todos los datos pueden ser referidos y por quien son determinados: ese principio es para Kant el “yo trascendental” y, para Kelsen, la “norma fundamental”. Esta produce derecho como objeto de conocimiento jurídico, porque la posibilidad misma de referir los datos sensibles –relaciones de poder– a esa norma, los “convierte” en jurídicos; claro que, si ella “determina” los datos, ella misma no puede ser ya un “dato jurídico”, sino precisamente algo extrajurídico, “supuesto”, “hipotético” y esta hipótesis es la que funda la validez del sistema. Esta perspectiva epistemológica se traduce en el positivismo tan neto de Kelsen, que le lleva a rechazar cualquier inclusión del derecho natural o de una idea de justicia, dando lugar a una doctrina formalista sobre la validez de las normas y sobre la norma fundamental.

Así las cosas, la concepción kelseniana brindó reconocimiento teórico a la legalidad propia del Estado moderno, basado en un orden ideal: un sistema de normas coactivas en cuya validez reposa su específica existencia espiritual, abandonando toda referencia a la legitimidad.² En

² Es verdad que frente a esta teoría se levantaron voces correctoras, como las de Weber y Schmitt. Así, el primero vuelve a la idea de legitimidad, con su distinción entre la carismática, la tradicional y la racional (esta última se identificaría, sin embargo, con legalidad democrática), dejando abierta la posibilidad de distinguir entre legalidad y legitimidad, por ejemplo, para los casos de poderes no aceptados (tiránicos), así como la posibilidad de aceptar una legitimidad no-legal por la vía de la aceptación de un derecho

definitiva, en un planteamiento democrático del poder no cabe otra legitimidad que la legalidad, nos guste o no. El meollo de la cuestión reside en que la legalidad democrática se erigió como medio para evitar –negando cualquier justificación supraconvencional– toda limitación al poder y, de igual modo, el artificio de una supuesta “nueva legitimidad” no sirve en tanto no cumple esa función: la legalidad democrática, frente a la legitimidad supraconvencional, supone una clara relación recíproca entre potestad ilimitada y una autoridad absorbida por la *potestas*, es decir, inexistente. Por ello, como bien señala Miguel Ayuso, si se descarta la noción de derecho natural, como base de la legitimidad, los intentos están condenados al fracaso [Ayuso 2001, 23]³. Esto porque solo en el orden natural se encuentran esas leyes a las que se puede referir la legitimidad.

El “derecho puro” –como hace también el laicismo– apunta a una especie de “política pura” bajo el manto de una pretendida indiferencia axiológica. En efecto, toda toma de postura axiológica (o, en su caso, religiosa) es objeto de hostilidad y beligerancia disimulada, con el fin de que el ámbito civil sea absolutamente “puro”. Haciendo gala de neutralidad, toda doctrina “pura” teme a quienes tienen convicciones que superan lo legal y se les exige

natural residual. Schmitt, por su parte, al menos en la interpretación que hace Álvaro d’Ors, utiliza la distinción como un simple recurso dialéctico, de modo tal que cuando entra en escena la legitimidad en una discusión política, suele ser a cuenta del apoyo de una pretensión revolucionaria de cambiar la ley actual, censurada como ilegítima, por otra nueva. Esta utilización de la legitimidad implica la necesaria separación entre ésta y una norma o ley objetiva, reduciéndose a la voluntad ideológica de quienes impugnan la ley vigente, basándose –en la mayoría de los casos– en consensos de mayorías. Agrega d’Ors que “el éxito fáctico de los impugnadores de la ley abolida viene a valer así como prueba de legitimidad antilegal. En todo caso, [...] aunque consideremos que era ilegítima la ley abolida y que la nueva ley, por su mayor aceptación popular, es la legítima, no es menos verdad que esta nueva ley no era ley antes de abolirse la anterior, y que, por lo tanto, en el momento en el que los impugnadores de la ley actual invocaban la ilegitimidad de sus pretensiones, no había todavía ley alguna a la que referir la pretendida legitimidad. Como legitimidad viene de ley, si no hay ley a la que referirla, tampoco hay legitimidad. En otras palabras, es contradictorio invocar como fundamento de legitimidad una ley que todavía no es ley, sino puro proyecto ideológico” [d’Ors 1979, 138].

³ Esto sucede, por ejemplo, a Bobbio, que Ayuso cita de fuente orsiana, quien identifica a la legitimidad del poder con su eficacia, pero “esta concepción de un poder legislador que se autolegitima por el simple hecho de la eficacia no hace más que eludir el problema teórico de la legitimidad, identificando ésta con la vigencia de la legalidad” [Ayuso 2001, 23].

–en aras de una pretendida libertad política– que se liberen de ellas para no contaminar el consenso democrático, situación que acaba en que dicho consenso únicamente tendrá en cuenta a quienes abogan por un derecho y un Estado (no en vano Kelsen los identifica) vacío de valores extrínsecos.

Así las cosas, ante un orden social basado en una mera legalidad relativista que intenta asumir un valor casi dogmático, resulta urgente volver a situar el derecho en su unidad profunda con la ética. Se trata de ámbitos diversos, sí; se los debe distinguir, por supuesto; pero nunca separar, porque la justicia no admite esta separación. En consecuencia, también en el ámbito técnico-jurídico es menester poner al servicio de la justicia todas las instituciones y mecanismos que ofrece cada sistema normativo y profundizar hasta descubrir la sustancia ética del derecho entendido como lo justo que ha de darse a cada persona humana en el marco de una relación de alteridad concreta.

Es también importante reconocer que la teoría de Kelsen presenta limitaciones significativas para abordar los desafíos ético-políticos contemporáneos. La estatalización “pura” kelseniana, especialmente en un contexto de mayor concienciación sobre la necesidad de proteger la dignidad humana también frente a normas que no siempre protegen a los ciudadanos (y en ocasiones, los perjudican), requiere ser reconsiderada. Es necesario un enfoque que centre la labor del gobierno alrededor de las necesidades de las instituciones más cercanas a la persona (la familia, los centros educativos y culturales, ONGs, centros de voluntariado, iglesias, etc.), integrando así la justicia y la ética en el núcleo del orden jurídico.

En definitiva, una renovada consideración –con la perspectiva que dan los noventa años desde la publicación de la *Teoría Pura*– puede servir como un nuevo punto de partida para dejar de lado la técnica jurídica como sustituto de la prudencia y seguir abordando el desafío de elaborar teorías jurídicas sustantivas, que rehabiliten a la razón práctica a la hora de aplicar el derecho. Solo así podremos construir un orden jurídico que no solo regule la conducta humana, sino que también promueva un entorno social justo y equitativo, en el que cada individuo pueda vivir con dignidad y respeto.

BIBLIOGRAFÍA

- Araos San Martín, Jaime. 2023. "Hans Kelsen y el problema de las bases filosóficas de la democracia." En *Hans Kelsen ante el siglo XXI. Un diálogo crítico*, editado por Francisco Ibarra Palafox, Augusto Fernando Carrillo Salgado, Javier Hernández Manríquez, et al., 195-210. Ciudad de México: UNAM.
- Ayuso, Miguel. 2001. *De la ley a la ley. Cinco lecciones sobre legalidad y legitimidad*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- D'Ors, Álvaro. 1973. *Escritos varios sobre el derecho en crisis*. Madrid: Cuadernos del Instituto jurídico español, CSIC.
- D'Ors, Álvaro. 1979. *Ensayos de teoría política*. Pamplona: EUNSA.
- D'Ors, Álvaro. 1993. "Retrospectiva de mis últimos XXV años." *Revista Atlántida* 13:90-99.
- Jiménez-Sánchez, José. 2023. "El riesgo de la democracia kelseniana." En *Hans Kelsen ante el siglo XXI. Un diálogo crítico*, editado por Francisco Ibarra Palafox, Augusto Fernando Carrillo Salgado, Javier Hernández Manríquez, et al., 211-26. Ciudad de México: UNAM.
- Kelsen, Hans, Norberto Bobbio, Chaïm Perelman, et al. 1966. *Crítica del Derecho Natural*. Madrid: Taurus.
- Kelsen, Hans. 1934. *Esencia y valor de la democracia*. Barcelona: Labor.
- Kelsen, Hans. 1974. *Compendio de Teoría General del Estado*. Barcelona: Bosch.
- Kelsen, Hans. 1995. *Teoría General del Derecho y del Estado*. Ciudad de México: UNAM.
- Kelsen, Hans. 2009. *Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires: EUDEBA.
- Medeiros Júnior, Waldir S. 2024. "Sobre el ideal de justicia del relativista Hans Kelsen: la justicia como democracia." *Revista Pensamiento Penal* 497/2:1-30.
- Rousseau, Jean-Jacques. 1979. *Contrato social*. Madrid: Alfaguara.
- Schmill Ordóñez, Ulises. 1996. "La teoría de la identidad del derecho y del Estado de Hans Kelsen." En *La reforma del Estado. Estudios comparados*, editado por Soberanes Fernández, José Luis y Diego Valadés, 587-98. Ciudad de México: UNAM.