

KELSEN Y LA DEFINICIÓN DEL DERECHO¹

Pedro Rivas

I. LA DEFINICIÓN DEL DERECHO Y SUS FUNDAMENTOS

Para comprender y valorar correctamente la definición del Derecho en la obra de Kelsen es necesario en primer lugar detenerse en el propósito general de la Teoría pura, y en la metodología necesaria para llevar a cabo tal propósito. Porque no se trata únicamente de presentar los textos kelsenianos donde se ofrece algo semejante a una definición del Derecho, sino sobre todo de comprobar su coherencia en el conjunto del pensamiento del jurista vienés, teniendo en cuenta el lugar que dicha definición ocupa en toda teoría jurídica. Se trata, por tanto, de tomar la definición del Derecho como elemento de prueba sobre la coherencia interna de la obra kelseniana, para tratar a su vez de poner un poco de luz sobre las bases epistemológicas en que se sustenta, tanto proclamadamente como de hecho. De ahí que sea necesario, en primer lugar, traer a colación los textos en los que Kelsen expone todo esto, y después presentar los elementos de la definición del Derecho.

Sobre el propósito científico general del pensamiento de Kelsen caben pocas dudas: su intención es patente desde el prólogo a la versión castellana previa a la primera edición de la *Reine Rechtslehre*:

“En verdad, se trata de una lucha de la política contra la ciencia; es una lucha en la que todas las posibles direcciones políticas, conservadoras o revolucionarias, socialistas o liberales, participan por igual en su oposición contra el logro de un conocimiento del estado y del Derecho verdaderamente objetivo, es decir, emancipado de toda ideología.”²

Junto con el carácter antiideológico, en las primeras líneas del párrafo primero, se comienza por afirmar:

“En cuanto teoría, quiere limitarse a conocer única y exclusivamente su propio objeto. Se propone contestar a esta pregunta: ¿qué es y cómo es el Derecho? (...). Es ciencia jurídica, no Política del Derecho.”³

¹ Este trabajo tiene su origen en una línea de investigación desarrollada bajo la dirección del Prof. Dr. Pedro Serna (Cfr. P. SERNA “Prólogo” a C. ORREGO SÁNCHEZ, *H.L.A. Hart, Abogado del positivismo jurídico*, Pamplona, Eunsa, 1997, pp. XV-XXVIII), y su redacción ha sido concluida con la ayuda económica de la Xunta de Galicia (proyecto XUGA10101A97).

² H. KELSEN, *El método y los Conceptos fundamentales de la Teoría Pura del Derecho*, versión del alemán por Luis Legaz Lacambra, Madrid, Edersa, 1933. Como se señala en el prólogo, se trata de la traducción de un inédito que viene prácticamente a coincidir, al menos en los textos que son relevantes a nuestro propósito, con la primera edición de la *Reine Rechtslehre*. Con excepción de una cita del prólogo de la edición alemana, vamos a emplear esta traducción de Legaz.

³ *Ibid.*, § 1.

Insiste, más adelante, en concretar este mismo objetivo, mediante diferentes calificaciones para el tipo de conocimiento que se busca:

“La razón por la cual apellidamos ‘pura’ a esta doctrina del Derecho radica en que se propone como única finalidad asegurarse un conocimiento *preciso* del Derecho, en que puede permitirse excluir de dicho conocimiento todo cuanto en rigor no integra lo que con verdad merece el nombre de Derecho.”⁴

“La teoría jurídica pura aspira a *delimitar con toda pulcritud* el objeto de su conocimiento.”⁵

“Pues la aspiración íntima de la ciencia, considerada como conocimiento, es la de *descubrir* su objeto.”⁶

“Lo necesario no es suprimir la ciencia jurídica (...), sino *limitarla* a su objeto”⁷

Un año después, en el prólogo a la primera edición de la *Reine Rechtslehre*, Kelsen hace hincapié de nuevo en el carácter propio de su tarea:

“Correspondía desplegar sus tendencias orientadas, *no a la función configuradora* de su objeto, sino exclusivamente al conocimiento del derecho.”⁸

De nuevo en un prólogo, esta vez en el de la *General Theory of Law and State*, va a mencionar la misión no creadora que se propone al indicar que se trata de una ciencia:

“...cuyo exclusivo propósito es el conocimiento del derecho, *no la formación* del mismo.

La ciencia tiene que describir su objeto tal como realmente es, y no prescribir cómo debiera o no debiera ser desde el punto de vista de determinados juicios estimativos. Este último es un problema político y, como tal, concierne al arte del gobierno, que es una actividad dirigida hacia valores, no un objeto de la ciencia, ya que ésta estudia realidades.”⁹

Que la finalidad que se propone es fundamental para comprender su pensamiento, hasta el punto de que parece antecederlo, viene confirmado más adelante cuando sostiene:

“Podemos definir a nuestro arbitrio aquellos términos que deseamos emplear como instrumentos de nuestro trabajo intelectual. El único problema es si podrán servir para el *fin teórico* que les hemos asignado.”¹⁰

En la edición francesa de 1953, vuelve a repetir:

“Quiere mantenerse como teoría, y limitarse a conocer única y exclusivamente su objeto. Procura determinar qué es y cómo se forma el derecho, sin preguntarse cómo debería ser o cómo debería formarse.

⁴ *Ibidem*. La cursiva es mía en todos los textos.

⁵ *Ibid.*, § 2.

⁶ *Ibid.*, § 9.

⁷ *Ibid.*, § 16.

⁸ H. KELSEN, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die Rechtswissenschaftliche Problematik*, Wien, F. Deuticke Verlag, 1934. Se emplea la edición castellana *La Teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho*, México, Editora Nacional, 1974, p. 17. A partir de ahora, *Reine Rechtslehre* 1.

⁹ H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, Cambridge, Harvard University Press, 1945. Se emplea la traducción de E. García Maynez, *Teoría General del Derecho y del Estado*, México, UNAM, 1979, p. VI.

¹⁰ *Ibid.*, p. 5.

Al calificarse como teoría 'pura' indica que entiende constituir una ciencia que tenga por único objeto al derecho e ignore todo lo que no responda críticamente a su definición. El principio fundamental de su método es, pues, eliminar de la ciencia del derecho todos los elementos que le son extraños¹¹.

Paralelamente a las reiteradas menciones de los propósitos de la Teoría pura, Kelsen expresa también qué metodología se hace necesaria. Primeramente, hay que referirse a sus intenciones con respecto al método, y a continuación advertiremos en qué consiste éste. Así, afirma que la delimitación del objeto de la Teoría pura se lleva a cabo con respecto a:

“los dos dominios fronterizos que ponen en peligro su autonomía, debido al confu-sionismo metódico actualmente reinante en la ciencia del Derecho.”¹²

En la misma obra, vuelve a referirse a esta cuestión:

“El problema de la teoría pura del Derecho es la autonomía específica de una esfera de significaciones.”¹³

Y, en definitiva, podemos traer a colación de modo más completa una cita anterior:

“Lo necesario no es suprimir la ciencia jurídica juntamente con la categoría del deber ser o de la norma, sino limitarla a su objeto y aclarar críticamente su método.”¹⁴

Esta necesidad expresada en relación con el método, está presente también en otros momentos de la obra kelseniana. Así, en el prólogo a la primera edición de la *Reine Rechtslehre*:

“Desde el comienzo mismo fue mi objetivo elevar la ciencia del derecho, que se agotaba casi completamente -abierta o disimuladamente- en una argumentación jurídico-política, al nivel de una auténtica ciencia, de una ciencia del espíritu.”¹⁵

Se trata en definitiva de:

“...acercarla, en la medida en que fuera de alguna suerte posible, al ideal de toda ciencia: objetividad y exactitud.”¹⁶

De nuevo, en el prólogo de la *General Theory of Law and State*:

“Cuando esta doctrina es denominada 'teoría pura del derecho', se quiere expresar con ello que se la ha mantenido libre de todos los elementos extraños al método específico de una ciencia.”¹⁷

Y, por último, en la segunda edición de la *Reine Rechtslehre*:

“(...) busca evitar un sincretismo metódico que oscurece la esencia de la ciencia jurídica (...).”¹⁸

11 H. KELSEN, *Théorie pure du droit. Introduction à la science du droit*, Neuchâtel, Ed. de la Baconnière, 1953. Se emplea la traducción castellana de M. Nilve, Buenos Aires, Eudeba, 1975, p. 15.

12 H. KELSEN, *El método y los Conceptos fundamentales de la Teoría Pura del Derecho*, cit., § 2.

13 *Ibid.*, § 7.

14 *Ibid.*, § 16.

15 H. KELSEN, *Reine Rechtslehre* 1, cit., p. 17.

16 *Ibidem*.

17 H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, cit., p. VI.

18 H. KELSEN, *Reine Rechtslehre. Mit einen Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit*, zweite, vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Wien, F. Deuticke Verlag, 1960, § 1. Se emplea la traducción castellana de R. J. Vernengo, *La teoría pura del derecho*, México, UNAM, 1981. A partir de ahora, *Reine Rechtslehre* 2.

Los textos anteriores muestran cómo el propósito general se concreta en un propósito metodológico en la medida en que el objetivo es científico. Al margen de estas intenciones expresas, Kelsen concreta algunas características de dicha metodología y la forma de emplearla. En primer lugar, cuando manifiesta:

“Como ciencia, no se siente obligada más que a conocer el derecho positivo en su esencia, y a comprenderlo mediante un análisis de su estructura.”¹⁹

En esta línea, añade lo siguiente:

“Por regla general, el conocimiento en torno al Derecho se encuentra ya ante la ‘auto-explicación’, suministrada por la materia, la cual, por tanto, se adelanta a la explicación de la ciencia jurídica.”²⁰

A las cuestiones de la ‘autoexplicación’ de la materia misma y del análisis de la estructura del Derecho, puntualiza algunas ideas en la *General Theory of Law and State*. Concretamente, cuando sostiene:

“El postulado de la completa separación de la jurisprudencia y la política no puede ser sinceramente puesto en tela de juicio, si ha de existir una ciencia jurídica auténtica.”²¹

También es de interés la siguiente afirmación antes mencionada:

“Podemos definir a nuestro arbitrio aquellos términos que deseamos emplear como instrumentos de nuestro trabajo intelectual. El único problema es si podrán servir para el fin teórico que les hemos asignado.”²²

Tenemos, por tanto, la necesidad de partir de un postulado y la posibilidad de definiciones arbitrarias por relación a los fines propuestos.

Por último, en la segunda edición de la *Reine Rechtslehre*, aparece un elemento que puede ser novedoso, cuando se sostiene que la confusión metódica que la Teoría pura supera tiene un grave defecto porque:

“(…) borra los límites que le traza la naturaleza de su objeto.”²³

Luego volveremos detenidamente sobre estas afirmaciones y sobre si existe algún tipo de cambio en el planteamiento metodológico kelseniano.

En algunas ocasiones Kelsen parece mostrar en qué se traduce prácticamente una metodología así, enlazándola con lo que expresamente afirma sobre el Derecho. Primeramente, cuando considera la noción de ‘deber ser’, al tratar de explicar la naturaleza de la norma:

“(…) este ‘deber ser’ -como categoría del Derecho- no significa otra cosa que el sentido específico en el que la condición y la consecuencia jurídicas hállanse enlazadas en la norma de Derecho. Esta categoría tiene un carácter puramente formal, en lo cual se distingue fundamentalmente de la idea trascendente de Derecho. Es aplicable, cualquiera que sea la especie de los actos constitutivos del Derecho. A ninguna realidad social se le puede discutir la compatibilidad con esa categoría jurídica, alegando que su contenido es este o el otro. Es una categoría gnoseológico-trascendente, en sentido kantiano, no metafísico-trascendente.”²⁴

19 H. KELSEN, *El método y los Conceptos fundamentales de la Teoría Pura del Derecho*, cit., § 9.

20 *Ibid.*, § 3.

21 H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, cit., p. IX.

22 *Ibid.*, p. 5.

23 H. KELSEN, *Reine Rechtslehre* 2, § 1.

24 H. KELSEN, *El Método y los Conceptos fundamentales de la Teoría Pura del Derecho*, cit., § 11b.

Esto se hace más explícito en la edición francesa:

“Esta expresión ‘debe ser’ está desprovista de todo sentido moral. Tiene un sentido puramente lógico. La relación que ella establece tiene el carácter de una imputación, mientras que en la ley natural hay una relación causal entre la condición y la consecuencia(...)

La Teoría pura del derecho, que es una teoría del derecho positivo, o sea de la realidad jurídica, traspone el principio de la lógica trascendental de Kant y ve en el deber ser, en el ‘sollen’, una categoría lógica de las ciencias sociales normativas en general y de la ciencia del derecho en particular. Coloca así la imputación en el mismo plano que la causalidad y le asigna un carácter radicalmente antimetafísico y antiideológico.”²⁵

En segundo lugar, las consecuencias de su posición metodológica se advierten cuando desarrolla las preguntas que le llevan a su definición del Derecho:

“Cualquier intento de definición de un concepto debe tomar como punto de partida el uso común de la palabra que designa el concepto en cuestión. Al definir la noción de derecho, debemos empezar por examinar los siguientes problemas: ¿presentan los fenómenos sociales generalmente denominados ‘derecho’ una característica común que los distinga de otros fenómenos sociales de naturaleza semejante? ¿Tiene esa característica tal importancia en la vida social del hombre que podamos hacer de ella la base de un concepto capaz de servir para el conocimiento de esa misma vida?”²⁶

Un texto paralelo se encuentra en la segunda edición de la *Reine Rechtslehre*:

“Para alcanzar una definición del derecho, se recomienda, por de pronto, partir del uso lingüístico; (...) si comparamos entre sí los objetos que, en los más variados pueblos, y en los más distintos tiempos, fueron designados como ‘derecho’, resulta por de pronto que todos aparecen como ordenamientos de la conducta humana. Un ‘orden’ es un sistema de normas cuya unidad ha sido constituida en cuanto todas tienen el mismo fundamento de validez;”²⁷

Por último, encontramos un tercer ejemplo, cuando muestra cómo delimitar y separar el ámbito de las valoraciones de la definición del Derecho:

“La comprobación, que la ciencia jurídica efectúe, de que un orden jurídico pacifique a la comunidad jurídica por él constituida, no involucra ningún juicio de valor; en especial no significa el reconocimiento de un valor de justicia y, por ende, tampoco significa erigir ese valor en un elemento del concepto de derecho, y, por lo tanto, tampoco en un criterio que pueda servir para efectuar la distinción entre comunidad jurídica y banda de ladrones...”²⁸

Procede ahora exponer aquellos lugares en los que Kelsen define lo que es el Derecho. En primer lugar, nos referimos a la primera edición de la *Reine Rechtslehre*. El primer texto relevante es el siguiente:

“Con la tesis de que sólo las normas del Derecho pueden constituir el objeto del conocimiento jurídico, no se afirma más que una tautología. Pues, el Derecho, el único objeto del conocimiento jurídico, es norma;”²⁹

²⁵ H. KELSEN, *Théorie pure du droit. Introduction à la science du droit*, cit., pp. 68-9.

²⁶ H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, cit., pp. 4-5.

²⁷ H. KELSEN, *Reine Rechtslehre 2*, § 6a.

²⁸ *Ibid.*, § 6c.

²⁹ H. KELSEN, *El Método y los Conceptos fundamentales de la Teoría Pura del Derecho*, cit., § 6.

Anteriormente, se había adelantado de alguna forma esta afirmación en dos ocasiones:

“El hecho en cuestión recibe su sentido y su significación propiamente jurídicas, en virtud de una norma que a él se refiere, convirtiéndolo en su propio contenido; de tal modo que el acto puede ser interpretado en función de la norma que le ha atribuido la cualidad jurídica.”³⁰

“El conocimiento jurídico se endereza precisamente a estas normas que confiere el carácter de actos jurídicos (o antijurídicos) a ciertos hechos, y que son a su vez producidas por actos jurídicos.”³¹

Lo que Kelsen pretende resaltar con esa identificación, viene explicado poco después:

“La teoría jurídica pura -en cuanto ciencia específica del Derecho- enderézase al conocimiento de las normas jurídicas: no en cuanto hechos de conciencia, no a la volición ni a la representación de las normas, sino a las normas mismas queridas y representadas, como contenidos espirituales.”³²

Ahora bien, no termina ahí lo que puede decirse a la hora de definir el Derecho, ya que se hace necesario referirse a otro elemento:

“La categoría formal del deber ser o de la norma nos indica el género próximo, pero no la diferencia específica del Derecho.(...). Lo que hace que una determinada conducta sea antijurídica (...) no es una cualidad inmanente de la misma, ni tampoco la relación con una norma metajurídica, moral, es decir, trascendente al derecho positivo; sino única y exclusivamente el hecho de que el precepto jurídico la establece como condición de una consecuencia específica; es decir, el hecho de que el orden jurídico reacciona contra esa conducta con un acto de coacción.”³³

A la coacción sólo falta añadir algo ya implícito para concluir con todo lo que es propio de la definición del Derecho:

“Pero si el Derecho -considerado como criterio puramente positivista- no es otra cosa que un orden coactivo externo, conviértese en una específica técnica social.(...). El Derecho no constituye sino un medio específico, un aparato coactivo que, en sí mismo considerado, carece de todo valor ético o político, porque su valor depende del fin trascendente al Derecho. (...) Se reconoce inequívocamente que el Derecho es un hecho históricamente condicionado;”³⁴

Podemos todavía encontrar una explicación más acerca de la definición que Kelsen formula, a través de un comentario posterior que hace en *General Theory of Law and State*:

“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 tienen el tipo de unidad a que nos referimos cuando hablamos de un sistema.”³⁵

30 *Ibid.*, § 5.

31 *Ibid.*, § 6.

32 *Ibid.*, § 7.

33 *Ibid.*, § 12.

34 *Ibid.*, § 14.

35 H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, cit., p. 3.

Y con respecto al carácter de técnica social, también se precisa un poco más:

“En cuanto problema científico, el del derecho es un problema de técnica social, no un problema ético.”³⁶

“Pues la palabra se refiere a esta técnica social específica de un orden coactivo (...), a saber: la técnica social que consiste en provocar la conducta socialmente deseada a través de la amenaza de una medida coercitiva que debe aplicarse en caso de un comportamiento contrario.”³⁷

En la edición francesa del año 1953, no se encuentran modificaciones importantes. Respecto al elemento normativo de la definición, se dice:

“Considerado desde el punto de vista estático, el derecho es solamente un sistema de normas a las cuales los hombres prestan o no conformidad”³⁸

Respecto al elemento coactivo y a la técnica social, también aparecen las mismas referencias:

“El derecho aparece como un orden coactivo, como un sistema de normas que prescriben o permiten actos coactivos bajo la forma de sanciones socialmente organizadas.”³⁹

“Desde este punto de vista el derecho es una técnica de coacción social estrechamente ligada a un orden social que ella tiene por finalidad mantener.”⁴⁰

Si acudimos, por último, a la segunda edición de la *Reine Rechtslehre*, podemos observar que no hay cambios relevantes, más allá de la combinación de los elementos definidores del Derecho. Por ejemplo, cuando afirma:

“Puesto que el derecho, que constituye el objeto de ese conocimiento, es una ordenación normativa del comportamiento humano; lo que significa: es un sistema de normas que regulan el comportamiento humano.”⁴¹

Y se repite la insistencia en el carácter coactivo del Derecho, como se puede observar en otros lugares:

“Otra nota común de los sistemas sociales designados como ‘derecho’, es que son órdenes coactivos en el sentido de que reaccionan con un acto coactivo (esto es: con un mal), (...). En ese sentido, los sistemas sociales designados como ‘derecho’ son órdenes coactivos de la conducta humana.”⁴²

“...puede mantenerse la definición del derecho como un orden coactivo, aun cuando la norma que estatuye el acto coactivo no esté ella misma en una relación esencial con la norma que enlaza a una sanción la falta de imposición o la falta de ejecución del acto coactivo en un caso concreto;...”⁴³

36 *Ibid.*, p. 6.

37 *Ibid.*, p. 22.

38 H. Kelsen, *Théorie pure du droit. Introduction à la science du droit*, cit., p. 43.

39 *Ibid.*, p. 71.

40 *Ibid.*, p. 74.

41 H. Kelsen, *Reine Rechtslehre 2*, § 4b.

42 *Ibid.*, § 6b.

43 *Ibid.*, § 6c.

II. ¿ESTÁ JUSTIFICADA LA DEFINICIÓN KELSENIANA DEL DERECHO?

La enorme cantidad de literatura secundaria sobre Kelsen puede, no obstante, agruparse, a los efectos del presente trabajo, en varias corrientes. Por una parte, están todos aquellos autores que han intentado hacer más comprensible su pensamiento a través de la explicitación de elementos teóricos que el propio Kelsen parece presuponer. Esta tarea ha dado lugar comprensiblemente a distintas interpretaciones, multiplicadas por la evolución del pensamiento del jurista vienes a lo largo de las casi siete décadas que ocupa su obra. Por otro lado, están los análisis de la Teoría pura del Derecho que ponen de relieve sus contradicciones, desde distintos perfiles; o que subrayan el carácter dogmático e inverificable de algunas de sus posiciones acerca del Derecho. En el fondo, dogmatismo y contradicción van de la mano si el objeto de referencia son los principios de una Teoría pura tal como la pretende Kelsen. Si nos centramos en la definición del Derecho, es posible señalar algunos ejemplos que confirman esto.

Comenzaremos por el carácter dogmático de su obra. A este respecto, es frecuente echar en falta una teoría del conocimiento y aun una teoría de la ciencia.

Para Leoni, que escribe antes incluso de la publicación de la segunda edición de la *Reine Rechtslehre*, Kelsen no se plantea una cuestión preliminar: ¿con qué “derecho” defino el Derecho? Esto es, no resuelve el problema preliminar del criterio metodológico a adoptar para definir el Derecho, y para justificar la definición adoptada, frente a los demás. De esta forma, la posición que asume resulta apodíctica⁴⁴.

Algo similar señala Serna cuando indica que la definición del Derecho como un orden normativo, de la que debe partirse para el análisis de los diferentes elementos que lo componen, se afirma en la Teoría Pura como un dato inobjetable, como un verdadero punto de partida nunca sometido a discusión⁴⁵. A su juicio, Kelsen trata de establecer los rasgos más sobresalientes del sistema normativo jurídico por referencia a lo que corrientemente sucede en los sistemas jurídicos históricos. Esta posición nada tendría de reprochable desde una perspectiva científicista, según Serna, si no fuese porque, entre los rasgos comunes que presentan todos los sistemas jurídicos está la referencia a la justicia, que Kelsen rehúsa introducir sin embargo en la definición del Derecho; y, en segundo lugar, porque nunca se somete a discusión si el Derecho es solamente, y en qué medida lo es, un sistema normativo. Esto constituye un punto de partida, a juicio de este autor, nunca sometido a discusión ni a demostración por la Teoría pura⁴⁶.

Triolo, por su parte, señala que si para la Teoría pura el Derecho es norma, entonces cabe preguntarse también cómo se forma el punto de vista según el cual el Derecho se configura como norma, con base en qué imagen de teoría y de teoría científica podemos valorarla y con base en qué criterios es posible verificar las conclusiones⁴⁷. En definitiva, al identificarse la idea de una Teoría pura exclusivamente con la idea de una teoría normativa del Derecho, el principio de pureza es abiertamente contradicho, resolviéndose en una regla de fidelidad dogmática a una “cierta” imagen del Derecho⁴⁸. El único modo que Kelsen tendría de obviar esto sería hacer explícita su teoría de la ciencia, o del conocimiento, es decir, su metateoría de la ciencia jurídica⁴⁹.

⁴⁴ Cfr. B. LEONI, “Oscurità ed incongruenze in Kelsen” *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* XXXVII (1960), p. 167.

⁴⁵ Cfr. P. SERNA, “Sobre las respuestas al positivismo jurídico” *Persona y Derecho* 37 (1997-2), p. 295.

⁴⁶ Cfr. *Ibid.*, pp. 296-7.

⁴⁷ Cfr. L. TRIOLO, *La norma ignota. Metateoria e teoria del diritto in Kelsen*, Torino, Giappichelli, 1994, p. 31.

⁴⁸ Cfr. *Ibid.*, p. 32.

⁴⁹ Cfr. *Ibid.*, pp. 16-17.

Con anterioridad, Robles había puesto de manifiesto lo mismo. La Teoría pura del Derecho no parte de una investigación carente de prejuicios, es decir científica, porque su posición inicial adelanta la respuesta. En efecto, para Kelsen el Derecho es un conjunto de normas porque el único método idóneo es el normativista, y como el Derecho es un sistema de normas sólo podrá comprenderse con un método normativista⁵⁰. Por eso, el método kelseniano termina por convertir al Derecho en objeto de conocimiento y en punto de vista del propio estudio del Derecho, lo que supone una tautología y una imposibilidad epistemológica⁵¹.

Este problema ha dado lugar a algunos comentarios entre quienes acusan la contradicción de afirmar que el objeto de estudio de la ciencia del derecho tiene un cierto carácter porque se desea estudiar de determinado modo⁵²; y quienes defienden que el objeto de la ciencia puede ser construido o constituido epistemológicamente al modo kantiano⁵³. Volveremos sobre este punto al considerar las posibles contradicciones al ideal de pureza metódica.

La otra corriente crítica mencionada presenta el denominador común de detenerse en alguna de las múltiples contradicciones internas desde el propio principio de pureza metódica. Señalaremos igualmente algunos ejemplos. Así, para el propio Hart gran parte de las definiciones que Kelsen aporta en la Teoría pura no son precisamente jurídicas en el sentido mismo que presenta Kelsen, es decir, que están alejadas de todo elemento moral, político o psicológico. Esto se observa, por ejemplo, en las definiciones de “delito”, “sanción” o “norma jurídica”. De esta forma, sus intentos de lograr definiciones estrictamente jurídicas o quedan sin uso o conducen a la confusión⁵⁴.

Por otra parte, Bobbio ha llamado la atención sobre el carácter funcional, es decir, sociológico de la definición del Derecho como técnica de control social⁵⁵, lo cual, por cierto, no deja de ser contradictorio con la perspectiva “interna” que parece adoptarse al hablarse de “sistema normativo” y “orden normativo”. En la misma línea, Gavazzi incide en la imposibilidad de escapar al teleologismo con la apreciación de que el Derecho es técnica de control social basada en la sanción⁵⁶.

En línea con los anteriores, Celano afirma que la definición del Derecho como una técnica específica de control social, es decir, como ordenamiento coercitivo, tiene un carácter manifiestamente teleológico. Aunque el Derecho no viene definido por Kelsen con base en la persecución de un fin determinado; la idea de que el Derecho

⁵⁰ Cfr. G. ROBLES, *Las limitaciones de la teoría pura del derecho*, Cuadernos de extensión académica nº 51, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, p. 23.

⁵¹ Cfr. G. ROBLES, *Epistemología y Derecho*, Madrid, Pirámide, 1982, pp. 145-7. También Winkler acusa a Kelsen de fijar el objeto de su ciencia de manera manifiestamente ambigua y sincrética, desde el momento en que lo entiende de un lado como un sistema de “normas jurídicas” y de otro como un grupo de “proposiciones jurídicas”. Por eso, su Teoría del Derecho sería, en realidad, sólo una doctrina formal de las normas y no una doctrina general del Derecho, puesto que califica como Derecho a ese grupo de “proposiciones jurídicas” y al mismo tiempo se atiene conceptualmente, de modo inflexible, al deber puro y categorial de lo que es exclusivamente normativo (Cfr. G. WINKLER, *Teoria del Diritto e dottrina della conoscenza*, Napoli, Edizione Scientifiche Italiane, 1994, p. 163).

⁵² Cfr. J. RAZ, “The purity of the pure Theory” en R. TUR-W. TWINING, *Essays on Kelsen*, Oxford University Press, 1986, pp. 83 y ss.

⁵³ Cfr. R. J. VERNENGO, “Kelsen’s Rechtssätze as Detached Statements” en R. TUR- W. TWINING, *op. cit.*, pp. 103 y ss.

⁵⁴ Cfr. H. L. A. HART, “Kelsen Visited” en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983, pp. 295-301.

⁵⁵ Cfr. N. BOBBIO, “Verso una teoria funzionalistica del diritto” en *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, Comunità, 1977, pp. 67-9.

⁵⁶ Cfr. G. GAVAZZI, *Norme primarie e norme secondarie*, Torino, Giappichelli, 1967, pp. 83-7.

constituye una técnica particular de control social implica la atribución al Derecho del carácter de un medio, o de un instrumento para la represión de los comportamientos socialmente indeseables. De ahí que no quede claro en qué modo la definición del Derecho como técnica social puede conciliarse con la construcción de la norma y del ordenamiento jurídico con base en el *Sollen*, entendido como un contenido de sentido originario⁵⁷.

Desde otra perspectiva, Villa insiste en que la definición del Derecho kelseniana produce como resultado una reconstrucción del campo de experiencia jurídica que gravita en torno a los “objetos-base” (las normas en cualquier tipo de configuración) que están mayormente “en sintonía” con los valores preelegidos⁵⁸.

Esta inevitable presencia de valoraciones en la definición del derecho ha sido tratada más extensamente por Serna. Según este autor, Kelsen se ve obligado a marginar de la ciencia jurídica aquellos elementos que no pueden ser tratados con el método científico (por ejemplo, la cuestión de la justicia), por más que la observación postulada por dicho método permita constatar la presencia permanente de lo ético entremezclándose con lo jurídico. La *cientificidad* se conquista en Kelsen a costa de la *realidad* de la imagen del Derecho que se toma como objeto de análisis. Pero esta decisión de reflejar científicamente un objeto, a pesar del riesgo de deformar su imagen, no puede ser sino una decisión voluntaria. Por tanto, es el valor, real o supuesto, de la ciencia lo que conduce hasta ahí. Si la ciencia así conformada descansa en valoraciones, su defensa a ultranza no puede sino constituir una operación ideológica, especialmente desde la perspectiva de la teoría de la ciencia del positivismo, que no reconoce en las valoraciones dimensión cognoscitiva alguna. Así, la aceptabilidad de la definición “científica” del Derecho dependerá entonces de que se consideren admisibles tales valoraciones. Sin embargo, no hay para ello verdaderas razones que aportar desde el positivismo. En efecto, si el pensador positivista intenta aportarlas incurrirá necesariamente, al menos, en la contradicción pragmática de la tesis teórica por él defendida, según la cual no existen razones para la actividad valorativa, es decir, no hay razón práctica⁵⁹.

Llaman la atención en la primera edición de la *Reine Rechtslehre* y en la edición francesa las referencias al método trascendental kantiano para la comprensión del concepto de Derecho. Es posible poner en relación este hecho con los presupuestos de los propósitos y de la metodología kelseniana. En el planteamiento del jurista vienés se da por supuesta la posibilidad de una ciencia jurídica, que es además una ciencia jurídica a la manera del positivismo lógico. Por tanto, se parte de la posibilidad de una ciencia jurídica libre de proposiciones valorativas. Paralelamente, se da por supuesta la posibilidad de un método jurídico adaptado a esos propósitos. Tales presupuestos no son peticiones de principios si los consideramos en perspectiva kantiana. La anticipación al objeto de la ciencia jurídica por parte de los presupuestos científicos y metodológicos no es una contradicción si partimos de la presencia del método trascendental en Kelsen⁶⁰. En efecto, como señala Triolo, el poder de determinar conceptualmente el propio objeto por parte de la teoría, no excluye *a priori* la objetividad de la conexión por la cual el método resulta apropiado al objeto. Ni al revés, la controlabilidad del trato de la dependencia formal del objeto tampoco excluye necesariamente la vocación constitutiva del conocimiento racional. El hecho de que la objetividad de la conexión pueda

⁵⁷ Cfr. B. CELANO, *Dover essere e intenzionalità. Una critica all'ultimo Kelsen*. Torino, Giappichelli, 1990, pp. 310-1.

⁵⁸ Cfr. V. VILLA, *Conoscenza giuridica e concetto di diritto positivo*, Torino, Giappichelli, 1993, p. 242.

⁵⁹ Cfr. P. SERNA, “Sobre las respuestas al positivismo jurídico”, cit., pp. 298-9.

⁶⁰ Cfr., entre la bibliografía en castellano, F. GONZÁLEZ VICEN, “Sobre el neokantismo lógico-jurídico”, *Doxa* 2 (1985), pp. 37 y ss; L. MARTÍNEZ ROLDÁN, *Nueva aproximación al pensamiento jurídico de Hans Kelsen*, Madrid, La Ley, 1988, pp. 47-9.

ser ella misma fruto del poder constitutivo del acto de conocimiento no impide (si este poder viene no en términos empíricos o psicológicos sino trascendentales) que ella pueda venir usada como coordenada de referencia para medir la validez de la teoría⁶¹. Ahora bien, el uso kantiano del método trascendental se circunscribe al ámbito de las ciencias experimentales, y no se emplea al tratar la moral y el derecho. Precisamente esto señala una vez más la inequívoca filiación neokantiana de Kelsen. La desaparición de las referencias a la lógica trascendental kantiana con posterioridad a la versión francesa de 1953, no modifica la presencia de los propósitos que preceden a su obra y de la comprensión de la metodología que considera adecuada, al menos en lo que a sus presupuestos se refiere.

Esta paradójica situación ha llevado a algunos a pensar en el abandono de una concepción constructiva de la ciencia por parte de Kelsen por ser incompatible con el intento de una doctrina pura descriptiva⁶². Y, de modo más general, ha conducido a una interpretación del conjunto del pensamiento kelseniano, que subraya una tendencia al irracionalismo que culminaría en su última obra, ya póstuma, la *Teoría General de las Normas*⁶³. También se ha explicado que la metateoría kelseniana es impura, frente al propio ideal de pureza, porque es ideológica en último término⁶⁴; lo que lleva a concluir su incoherencia. Como se ve, se haría necesario entrar en la interminable discusión acerca de cuál es el verdadero Kelsen, algo que por otra parte es dudoso que sea fecundo e incluso alcanzable⁶⁵.

En cualquier caso, nos encontramos con que Kelsen no justifica en modo alguno por qué esta haciendo una extensión del método kantiano a ámbitos que el propio Kant no consideraría apropiados. Se convierte así en una característica constante la ausencia de explicación del propio método y, por extensión, de la definición del Derecho como primer paso en la aplicación de tal método. No hay una teoría del conocimiento, ni una teoría de la ciencia. Y si se adivina la presencia de la teoría crítica kantiana, ésta se adopta de una manera particular que no aparece justificada nunca. En boca de quien anuncia como su principal propósito la exclusión de todo dogmatismo, de toda ideología, todo esto posee un carácter especialmente contradictorio, que se presenta, como hemos visto, de una forma paradigmática en su definición del Derecho. Ahora bien, la contradicción no es patrimonio exclusivo del propio Kelsen, sino de la tradición entera del positivismo jurídico, que construye siempre su “ciencia” del Derecho sobre bases, diferentes o análogas según los autores y los momentos, pero siempre ideológicas⁶⁶.

61 Cfr. L. TRIOLO, *op. cit.*, pp. 23-4.

62 Cfr. M. URSO, “II. Kelsen: Coerenza dell’ordinamento e teoria della scienza giuridica” en AA. VV., *Studi in memoria di G. Tarello*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 611 y ss.

63 Cfr. especialmente el estudio introductorio de M. G. LOSANO, “La dottrina pura del diritto dal logicismo all’irrazionalismo” en H. KELSEN, *Teoria Generale delle Norme*, Torino, Giulio Einaudi editore, 1985, pp. XVII-LXI. Con anterioridad, O. WEINBERGER, *Normentheorie als Grundlage der Jurisprudenz und Ethik*, Berlin, Duncker & Humboldt, 1981. Una visión opuesta es la de Martínez Roldán, que considera que la segunda edición de la *Teoría Pura del Derecho* es como un paréntesis en la coherencia de la entera obra kelseniana, en L. MARTÍNEZ ROLDÁN, *Nueva aproximación al pensamiento jurídico de Hans Kelsen*, cit., pp. 11-31. Ollero, por su parte, desde una perspectiva distinta, incide también en el rigor y coherencia del pensamiento kelseniano a la hora de asumir el ideal de pureza científica (cfr. A. OLLERO TASSARA, *¿Tiene razón el derecho?*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1996, especialmente pp. 45 y ss., y 129 y ss.).

64 Cfr. J. A. GARCÍA AMADO, *Hans Kelsen y la norma fundamental*, Madrid, Marcial Pons, 1996, pp. 142-5 y 146-72, junto con la bibliografía allí citada.

65 Cfr. M. G. LOSANO, “La dottrina pura del diritto dal logicismo all’irrazionalismo”, cit., pp. LX-LXI.

66 Cfr. P. SERNA, “Sobre las respuestas al positivismo jurídico”, cit., *passim*, y C. ORREGO SÁNCHEZ, *op. cit.*, *passim*.