

**SOBRE LA OBRA DE KELSEN:
BREVES ANOTACIONES CRITICAS**

Nelson Saldanha

Miembro del Instituto Brasileiro de Filosofia
Profesor de Derecho en la Facultad de Derecho de la
Universidad Federal Pernambuco, Recife, Brasil.

Se dice a veces que el signo del éxito doctrinario de una teoría se revela precisamente por el grado de polémicas que provoca y de resistencias que encuentra, tanto como —lo que es obvio— por sus influencias y desenvolvimiento. La observación se aplica característicamente al caso del pensamiento de Hans Kelsen: como anota M. Villey, la señal de su éxito se hallaría en la cantidad de ataques que recibió. Entre el banco de los reos, por mano de los adversarios —marxistas, historicistas, jusnaturalistas— y la entronización correspondiente al entusiasmo de los logicistas y de toda suerte de juspositivistas, la estructura del pensamiento kelseniano continúa mereciendo respeto y estudio, no obstante haber adquirido ya a estas alturas, dentro del pensamiento jurídico europeo, una significación sobre todo histórica, puesto que muchos de los problemas que Kelsen trató de resolver fueron propios de un período específico de la evolución de la cultura jurídica de Occidente.

Se puede hablar ahora del “caso Kelsen”, un tanto como Nietzsche habló del “caso Wagner”: una ocurrencia cultural de mucha importancia que entre tanto —por eso mismo— tiene que ser comprendida en un contexto histórico. En el caso de Kelsen, contexto bastante representativo, como las coordenadas del liberalismo maduro y en crisis, el cosmopolitismo vienés y las sofisticaciones teóricas de la fenomenología, del neo-kantismo y del neo-positivismo.¹ Trabajando dentro de la línea germánica que venía de Seydel y de Gerber, Kelsen objetivó básicamente el propósito de dar cuño **científico** a las concepciones jurídicas y ésto en sus manos significó la escrupulosa separación del saber jurídico respecto de otros saberes sociales: **pureza** en el método en cuanto específico capaz de **construir** su objeto, en el sentido kantiano, y pureza en el propio objeto en cuanto aislado de otros objetos limítrofes (lo que además contiene una especie de petición de principio que no sé si los críticos ya analizaron adecuadamente: el objeto es delimitado para que se utilice un método adecuado, pero el método crea el objeto en la medida en que selecciona y recorta una porción específica de lo real).

Actuando básicamente en las décadas del 10, del 20 y del 30 del siglo (lo demás son las reelaboraciones que vieran hasta los años 60), Kelsen asumió con inmensa capacidad sistematizadora

(1) Nelson Saldanha: Situación histórica de la teoría pura del derecho en Anuario de Maestría en Derecho, de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Pernambuco, número 1, Recife, 1977.

temas y problemas que estaban en la atmósfera desde el ochocientos. Dice Villey que la **teoría pura** confortaba a los juristas, generalmente celosos de las fronteras epistemológicas de su ciencia, dando a esas fronteras un delineamiento fundado en sólidas formulaciones; era como si Kelsen hubiera venido realmente a salvar y garantizar el trabajo de los juristas de **infiltraciones** extrañas.²

Evidentemente todas estas cosas comportan consideraciones críticas de diversas especies, y la estimación del vasto e impresionante edificio kelseniano depende de angulaciones diferentes, que corresponden a implicaciones ideológicas, preferencias doctrinarias y simpatías filosóficas. El fundamento, ofrecido por la teoría pura, del espacio epistemológico correspondiente a la ciencia del derecho, significó un esfuerzo altamente meritorio, pero al mismo tiempo una actitud artificial y siempre discutible. Sobre todo si se tiene en cuenta las necesidades axiológicas fuertemente sentidas por la ciencia jurídica europea después de 1945, y también si se considera como un paralelo u otro tipo de construcción juspublicista representado en la primera mitad del siglo por la obra de Carl Schmitt, comprometida en su imagen a causa de las adhesiones político-partidarias asumidas por Schmitt, pero altamente valiosa como modelo de integración de temas histórico-políticos del cuerpo doctrinario de la teoría del Estado y de la teoría de la Constitución.³

Como todos saben, uno de los núcleos del pensamiento de Kelsen consiste en la comprensión del Derecho como **norma**. Descartado el derecho natural, Kelsen entiende todo Derecho como Derecho positivo y lo concibió como un sistema de normas. El análisis de la norma (y de las proposiciones jurídicas) se tornó, sobre todo en los seguidores más fascinados por el lado logicista de la teoría pura, ocupación teórica absorbente. El desdén, tal vez un poco arrogante por la perspectiva histórica (como por el jusnaturalismo omitió en los análisis kelsenianos el problema de las relaciones entre el concepto de norma y el movimiento legalista.⁴

(2) Michel Villey: *Lecciones de historia y filosofía del derecho*, París, ed. Dalloz 1957, cap. XIX - *Lecturas críticas*, p. 339.

(3) Sobre Schmitt y sobre el significado de su obra como respuesta al formulismo, ver Kurt Sontheimer: *Ciencia política y teoría jurídica del Estado*, trad. L. G. Villagra, ed. Eudeba, Buenos Aires 1971, cap. IV. Podríase tal vez decir, copiando una metáfora que Ortega utilizó (en *La idea de principio en Leibniz*, § 3) al hablar del ser y del pensar, que Kelsen y Schmitt fueron Dióscuros: como Castor y Polux, adversarios pero ligados recíprocamente, siempre referidos en conjunto cuando se pretende aludir a los dos aspectos principales de la teoría pura del Estado en el siglo XX.

(4) Nelson Saldanha: *Legalismo y ciencia del derecho*, S. Paulo, ed. Atlas, 1977.

Aquí se estancó el normativismo, posición no exclusiva de Kelsen, pero incluido en su pensamiento como pieza esencial: reducido el derecho a un sistema de normas positivas, corrobórase la pureza metodológica y aligérase la configuración de lo jurídico como **forma**.

Al concepto de norma se conjuga o se añade, en la teoría pura, el concepto de **ordenamiento**. Poco preocupado con las trayectorias históricas del problema, Kelsen coloca la idea de orden jurídico (dentro de la **Dinámica Jurídica**) como estructura escalonada (**Stufenbau**). En Kelsen, las connotaciones, por decir así, existenciales de la noción de ordenamiento, constantes de la obra de Santi-Romano (y que a su turno procedían parcialmente de Maurice Hau-riou y que fueran magistralmente asimiladas por Carl Schmitt, son implícitamente puestas de lado. La idea de Kelsen, según la cual el derecho regula su propia creación fue instalada en su sistema a cambio de reforzar la especiosa consecuencia de asignar al **jurista** un papel meramente técnico e **intra-sistemático**, renunciando a toda actitud crítica en relación al orden jurídico.⁵

Otro aspecto muy relevante del pensamiento kelseniano fue, por otro lado, la implantación de una serie de **monismos**. O dicho de otra manera, la serie de refutaciones de dualismos. La repulsa

(5) En Santi Romano las normas se comprendían en función de ordenamiento y no al contrario. (El ordenamiento jurídico, trad. esp., ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963. El acento dado al todo evitaba la excesiva valoración de los componentes formales, en cuanto permitía la inclusión, en la noción del derecho, de otros componentes como principios y valores, componentes revalorizados; además en la importante obra de Josef Esser: *Principio y norma en la celebración jurisprudencial del derecho privado*, trad. esp., ed. Boch, Barcelona, 1961. También el tridimensionalismo, como se sabe, ha procurado mantener una visión compleja y plurilateral del derecho, añadiendo al aspecto normativo una dimensión fáctica y otra axiológica (cfr. Miguel Reale: *Filosofía del derecho*, 4ª edición, Sao Paulo, Saraiva 1965, passim, y con una visión personal, Benigno Mantilla Pineda: *Filosofía del derecho*, Ed. Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia, 1961). Kelsen trató específicamente del problema del orden jurídico en un ensayo de 1958, incluido en el volumen *Contribuciones a la teoría pura del derecho*, ed. Centro Editor de América Latina, Buenos Aires 1969. Aún más, el libro más influyente sobre el asunto, en las últimas dos décadas, es el de Norberto Bobbio: *Teoría del ordenamiento jurídico*, ed. Giappichelli, Turin, 1960. En cuanto al problema de la *intro-sistemadad* del trabajo del jurista con su desconcertante condenación al silencio, *en juriste*, sobre los méritos o deméritos del sistema, ahí se encuentra una de las bases para los que creen que la teoría pura se presta para la defensa (implícita al menos) de cualquier régimen. Michel Villey llega a decir: "de hecho, la doctrina de Kelsen nos pone al servicio del orden establecido" (Lecciones de historia de la filosofía del derecho, cit., p. 345). En un libro bastante sugestivo sobre el derecho natural, Ernst Bloch criticó acerbamente el formalismo de la concepción kelseniana, anotando que ninguna norma fundamental impedirá que, en lugar de la representación popular, un dictador constituya el origen del cual dimana el sistema jurídico" (*Droit naturel et dignité humaine*, trad. D. Authier et J. Lacoste, París, Payot 1976, cap. 18, p. 153).

de Kelsen a los dualismos provenía básicamente de una actitud filosófica afín al monismo, que exhibe inclusive en ensayos sobre temas no jurídicos. Ensayos en los cuales los dualismos se presentan como cómplices de los totalitarismos, en cuanto el monismo implicaría la democracia. Además la valoración del monismo como se sabe, estaba en Kelsen asociada a la valoración del relativismo.⁶

Entre los dualismos rechazados por Kelsen figuran el dualismo entre el derecho y el Estado, el dualismo entre derecho público y derecho privado y el dualismo entre derecho objetivo y derecho subjetivo —además el dualismo entre derecho nacional y el internacional, resuelto en función del primado lógico del segundo (no discutiré aquí el problema, pero cabe anotar en el internacionalismo kelseniano un rasgo de utopía). Dando coherencia a su tentativa de superar el dualismo entre el derecho y el Estado, Kelsen llegó a afirmar que el Estado, en cuanto organización, es un orden jurídico: despolitizando la figura del Estado, inclusive al poner de lado la idea de la coacción,⁷ el autor de la teoría pura efectuó una reducción más: la reducción de la idea de orden a los componentes normativos del propio (y previo) concepto de derecho. Deshacerse de los dualismos le pareció a Kelsen necesario para desarticular la teoría pura del derecho de infiltraciones metafísicas e ideológicas y hasta místicas, y esta preocupación pesó además en sus conceptualizaciones: y pesó más de lo que ciertas evidencias objetivas, pues la realidad histórica puede mostrar en varios casos la irreductibilidad recíproca de los conceptos de derecho y Estado.

Tanto el normativismo cuanto la despolitización de la idea de Estado se relacionan en el sistema kelseniano con el formalismo. O sea con la fundamental identificación de lo jurídico con lo formal, que ya estaba en los **Problemas capitales** de 1911 y en la

(6) Por lo mismo no me parece enteramente exacta, si bien ciertamente digna de atención, la opinión de Recaséns Siches, según la cual no existe mayor conexión entre el "relativismo axiológico" de Kelsen y el contenido de la teoría pura (Panorama del Pensamiento Jurídico del Siglo XX, ed. Porrúa, México, 1963, volumen I, p. 189). La predilección por los monismos penetró en varios puntos de la Teoría pura y el propio recelo de interferencias políticas era un modo de evitar opciones materiales. Es verdad, por otra parte, que la asepsia recomendada por la teoría pura al jurista (y mencionada en la nota anterior) no se compadece bastante con la valoración del liberalismo y de la democracia parlamentaria, contenida en ciertos ensayos filosófico-políticos —además muy importantes— que publicó Kelsen. La coexistencia de los dos aspectos (el Kelsen formalista y el Kelsen democrata) fue señalada en términos críticos por Ernst Bloch en *Droit Naturel*, cit., p. 154.

(7) Hans Kelsen: Teoría pura del derecho, trad. de Joao Batista Machado (según la edición vienesa de 1960), ed. Armenio Amado, Coimbra 1962, volumen II, p. 175.

Teoría del Estado de 1933.⁸ Este punto produjo algunas de las réplicas más ásperas de sus críticos, inclusive de Heinrich Triepel. Este, además de vislumbrar en Kelsen hostilidad para los problemas políticos, encontraba en la teoría pura un vaciamiento de todo tipo de contenido en lo concerniente al derecho, además de referirse a la unilateralidad y al empobrecimiento del mismo.⁹

Es innegable que el formalismo fue cultivado en gran escala por Kelsen y por sus compañeros de escuela y que funcionó como una especie de asepsia para la elaboración de los conceptos, que en el pensamiento kelseniano se articularan con admirable estructuración. La cuestión planteada por sus críticos se relaciona con la precariedad de las relaciones entre aquella estructuración y los problemas vivos y efectivos que el derecho coloca, o que asume, como regulación de la vida social de los hombres de carne y hueso.

Construido en una coyuntura cultural característica, el pensamiento jurídico de Kelsen asimiló, de algunas de las coordenadas que compusieron aquella coyuntura, la tendencia a evitar la metafísica y el substancialismo. Con ello consolidó el cuño formalista su sistema, y también el logicismo, pero por otro lado utilizó conceptualizaciones que frecuentemente superan el pesado ontologismo (implícito a veces) de las generaciones anteriores. Así encontramos, por ejemplo, la idea según la cual toda la problemática de lo jurídico se delimita en torno de la noción del **deber ser (Sollen)** considerado como esfera completamente distinta de la del ser (**Sein**). Páreceme exagerada la afirmación rotunda e inapelable de esta separación, como también, correlativamente, la reducción de la problemática jurídica al **Sollen**.¹⁰ Encontramos pues, por otro lado,

(8) Teoría general del Estado, trad. Luis Lagaz Lacambra, ed. Labor, 1934, Barcelona (cap. II N° 8, p. 53). Sobre el tema: Las estructuras lógicas y el sistema del derecho positivo, Louviral Vilanova (Sao Paulo, RT, 1977, passim).

(9) Heinrich Triepel: Derecho público y política, trad. J. Luis Carro, ediciones Civitas, revista de Occidente, Madrid 1974, ps. 49 y sig. Cf. también Sontheimer, op. cit., p. 26.

(10) Nelson Saldanha: Sociología del derecho, 2ª edición, Revista de los Tribunales, S. Paulo 1980, cap. III, p. 43. En 1970, el *Archiv für Rechtsund - Sozialphilosophie* (Wiesbaden) dedicó un volumen especial a los trabajos que, en el Congreso Mundial de Filosofía del Derecho efectuado en Gardone Riviera en 1967, se referían al tema. Destacaría del volumen el artículo de N. Bobbio y el de Ilmar Tammelo. Un aspecto interesante fue observado por Bloch (op. cit., ps. 152-153), al anotar que el racionalismo kelseniano, vaciado totalmente de contenido por la eliminación de los componentes empíricos, termina colocando fuera del sistema específicamente jurídico (formal) los actos legislativos, que son actos de voluntad y que se caracterizan empíricamente; de modo que, raciocina Bloch, la fuente del derecho pasa a ser algo metajurídico. En nuestro modo de ver, la observación es válida en la medida en que apunta hacia una posible petición de principio y hacia la falta de consideración de la *política*, como ocurre en la teoría pura; es indis-

ideas muy sugestivas como aquella que define la norma como "esquema de interpretación". Kelsen no llegó a vincular la idea de interpretación a la idea de orden, ni a relacionar las diversas formas culturales de interpretación (como hace Emilio Betti), pero la consideración de la norma como esquema de interpretación es realmente fecunda.

Conceptos como esquema, proceso, método y relación entran ampliamente en la terminología kelseniana. Los conceptos de órgano y de competencia adquieren en el derecho público de Kelsen un relieve mucho más grande y dependen en cierto modo de aquellos otros conceptos para ser entendidos. La constante remisión de los problemas al ordenamiento, de cuyas indicaciones normativas dependen, ofrece al sistema un carácter muy nítido de coherencia (confortable coherencia formal que se ampara en cierta medida en la ausencia de opciones materiales). El Estado, sin ser una substancia y sin tener una **quididad** metafísica —ni siquiera una concreción histórico-política— se presenta como un sistema formal que se identifica con el derecho, y todo se reduce entonces a una serie de esquemas y de métodos ordenadores. El lado positivo de este estilo de pensar, que vuelve tal vez más leve y más lógica la construcción, tiene su contrapunto en lo que ciertos adversarios más acerbos llamaran **escamoteo** de la realidad.

El derecho constitucional, sobre todo el del siglo XIX (pienso particularmente en los autores ingleses y franceses, no tanto en los publicistas alemanes de la línea de Gerber), se componía de dos núcleos temáticos fundamentales: la cuestión de los poderes y la cuestión de los derechos. Este binomio provenía de la época de Sieyès y de las declaraciones francesas. La cuestión de los poderes revelaba un tema de suma relevancia: en el Estado constitucional el poder se transfiguraba, se volvía jurídico, se dividía. La cuestión de los derechos correspondía a la reglamentación de una convivencia necesaria y difícil: la convivencia entre el Estado, con sus poderes, y los individuos, con sus pretensiones, sus prerrogativas y su dimensión existencial. En la generación de Hauriou hasta se decía que el propio derecho constitucional tenía por finalidad organizar las garantías, esto es, la seguridad de aque-

cutible, además, como acusación de incoherencia, si se recuerda que para Kelsen el derecho "regula su propia creación", es decir: en cuanto actos formalmente situados o situables dentro del sistema, los actos legislativos no son *metajurídicos*.

lla convivencia, lo que implicaba consecuencias de orden político (básicamente político), filosófico y ético, además, por supuesto, de los aspectos técnico-jurídicos específicos.

La tendencia de la línea kelseniana vió, entre tanto, en el sentido de eliminar las connotaciones filosófico-políticas y toda suerte de cuestiones materiales. Con ello se cancelarían los contenidos más concretos (y más humanos) de la cuestión de los **poderes**. Un kelseniano no hablaría fácilmente de los poderes. Como no lo hizo Carré de Malberg, no propiamente un kelseniano, pero igualmente formalista, que prefirió hablar de funciones del Estado.¹¹ En el caso de los **derechos**, el tema fue de cierto modo descartado por la negación kelseniana de los derechos subjetivos (hecha en términos tan diferentes de los de Duguit), además de lo relativo a la radical negación de los derechos naturales. En el lugar del tema de los poderes, vió la tendencia —en los discípulos más rigurosos— a enfatizar el tema de los órganos del Estado, sobre el cual Kelsen dejó (innegablemente) brillantes páginas. El tema de los órganos y de las competencias, consideradas como fundadoras de la propia existencia formal de aquellas.

Al concentrarse la visión del derecho público sobre el problema de los órganos, apartándose del elenco de problemas acarreado por los constitucionalistas tradicionales, corríase el riesgo de agotar el propio concepto de derecho constitucional. La preocupación de Kelsen con el concepto de constitución no se alimentó de la problemática específica de la ciencia constitucional; se preocupó en situarlo en relación con el concepto de **norma fundamental** y en relación también con el concepto de ordenamiento. Los problemas existenciales acarreados por el pensamiento constitucional desde los siglos XVIII y XIX se volcarían, en la teoría pura y en la teoría kelseniana del Estado, en favor de conceptualizaciones preferentemente formales. El riesgo, mencionado arriba, sería enton-

(11) R. Carré de Malberg: *Contribution a la Théorie Générale de l'Etat*, 2 volúmenes, ed. Sirey, París 1922 (reimpresión fotomecánica por el CNRS 1962).

(12) En el énfasis kelseniano sobre la noción de órgano no se da, evidentemente, el sentido dinámico que tal noción tuvo en Jellinek y en Orlando, a pesar de haber en la teoría pura una "dinámica del derecho". El problema de los órganos se valora en ella por permitir un tratamiento formal. En una teoría constitucional elaborada en sentido formalista no tendría lugar, o no se hallarían plenamente desenvueltos temas como el de los derechos humanos, que entretanto se encuentren vivamente en la pauta de nuestros días, y que en la Constitución alemana figuran, como se sabe, en lugar de preferencia.

ces el de una transformación del derecho constitucional en derecho **administrativo** dada la centralización asumida por la teoría de los órganos, no obstante el interés básico de Kelsen por la **norma** y de sus importantes aportes sobre la **aplicación** del derecho.

La tentación de la línea kelseniana vino, entre tanto, en el sentido de clarificar las connotaciones filosóficas-políticas y toda suerte de cuestiones materiales. Con ello se cancelaban los contenidos más concretos y más humanos de la cuestión de los poderes. El kelseniano no hablaba fácilmente de los poderes. Como no lo hizo Carré de Malberg, no propiamente un kelseniano pero igualmente formalista, que prefirió hablar de funciones del Estado. En el caso de los derechos, el tema fue de cierto modo discutido por la negación kelseniana de los derechos subjetivos. Hechos en términos tan diferentes de los de Duguit, aducidos de lo relativo a la radical negación de los derechos naturales. En el fin del tema de los poderes, vio la tendencia — en las discusiones más raras — a enfatizar el tema de los órganos del Estado, sobre el cual Kelsen dejó innegablemente brillantes páginas. El tema de los órganos y de las competencias constitucionales como fundadoras de la propia existencia formal de aquellas.

Al contrastarse la visión del derecho público sobre el problema de los órganos, apartándose del elenco de problemas recurrentes por las constituciones tradicionales, contrasta el riesgo de seguir el propio concepto de derecho constitucional. La precariedad de Kelsen con el concepto de constitución no se alzó de la problemática específica de la ciencia constitucional; se preocupó en su relación con el concepto de normas fundamental y en relación también con el concepto de ordenamiento. Los problemas existenciales surgieron por el pensamiento constitucional desde los siglos XVIII y XIX se volcaron, en la teoría pura y en la teoría kelseniana del Estado, en favor de concepciones predominantemente formales. El riesgo mencionado arriba, esta enton-

(11) El Carré de Malberg Contribución a la Teoría General de la Ley y el Poder.

(12) En el ensayo kelseniano sobre la teoría de los órganos se ve el evidente sentido humano que tal teoría tuvo en Kelsen y en Carré de Malberg a pesar de haber en la teoría pura una "teoría del derecho". El problema de los órganos se ve en el por presentar un tratamiento formal. En una teoría constitucional sin embargo en sentido formalista no resulta lugar o no se hallan plenamente desarrollados temas como el de los derechos humanos que en el momento de su formulación en la teoría de nuestro día y que en la Constitución alemana, como en la de la República Federal de Alemania, se ven reflejados en forma de derechos.