

# LA INFLUENCIA DE KELSEN EN EL PERU

## Una revisión crítica

A la gran memoria de Hans Kelsen (1881-1973)

### I

Hans Kelsen es, sin duda alguna, el filósofo del derecho más notable de nuestra época. Al igual que Hegel en la filosofía o Wagner en la música, ha determinado a toda su posteridad. Luego de la Teoría Pura del Derecho se puede estar **a favor** o **en contra** de Kelsen, pero es necesario partir **desde** él. Es por esto que un estudio de la influencia de Kelsen es tan importante: porque él es una piedra de toque, dicho estudio nos puede proporcionar una medida para apreciar la madurez de un pensamiento jusfilosófico.

El presente trabajo es una reseña crítica, esto es, que ha operado con un cierto criterio selectivo y no aspira a ninguna exhaustividad, y que por el propósito que lo guía toma distancia del tratamiento de la Teoría Pura del Derecho que en cada caso se haya hecho. El autor quiere dejar expresa constancia de que pese a su admiración por Kelsen no comparte su doctrina. Las razones no las puede indicar acá.

En lo tocante al procedimiento de trabajo, el autor ha rastreado los ficheros de las Universidades de San Marcos y de la Universidad Católica. Desgraciadamente, ha debido comprobar que en la primera de ellas se han extraviado muchas tesis y por las dificultades provenientes de la reinstalación de la Biblioteca Central no ha podido consultar dos disertaciones (1).

Acá quisiera agradecer muy especialmente a los Dres. Domingo García Belaunde y José Hurtado Pozo por la ayuda que le han prestado para componer este artículo, y al Consejo Editorial de "Derecho" por su acogida. Exponemos a continuación la influencia de Kelsen en el Perú y extraemos seguidamente las conclusiones de la reseña.

### II

#### La influencia de Kelsen en el Perú

Riva-Agüero parece haber sido el primero en referirse a Kelsen en el Perú en un trabajo del año 1936 "Dos recientes opúsculos de Jorge del Vecchio" publicado en la "Revisia del Foro" Organó del Colegio de Abogados de Lima, del que por entonces era Decano (p. 368-369). Allí menciona la identificación kelseniana entre Derecho y Estado, la negación de la diferencia entre el Derecho interno y el internacional y la subordinación de este a aquél (lo que, afirma, es socavar la plena soberanía de las naciones) y que Kelsen excluye que fuera del positivo exista algún otro derecho, y contrapone su posición a la de Del Vecchio (p. 369). Riva-Agüero no cita a Kelsen, de modo que es probable que únicamente lo conociera por una fuente intermedia, quizás a través de Recasens Siches, a quien menciona.

En la tercera parte de "La crisis presente" (Lima, 1940), V. A. Belaunde hace una ligera referencia a Kelsen al exponer su propia concepción del Estado. Este es, según Belaunde, una compleja realidad ético-jurídico-económica que concuerda con la teoría realista del conocimiento. En cambio, se opondrían a ésta tanto el demo-liberalismo como el socialismo; aún más: sería incompatibles con el relativismo crítico.

1. SANCHEZ URTEAGA, Moisés (en un repertorio bibliográfico de las tesis presentadas a la ex-Facultad de Derecho de San Marcos hasta 1944 figura como José). El positivismo jurídico y la Teoría Pura del Derecho del Prof. Kelsen, 1939.

RIVADENEYRA BEDOYA, Jorge, Kelsen y el Derecho Natural, 1953.

Tampoco hemos podido ubicar el siguiente trabajo: EGUIGUREN, Luis Antonio, El Estado y la Teoría Pura del Derecho; Tip. Peruana; Lima, 1945; 36 p.

co, ya que negarían el mundo espiritual y apelarían a un sentido místico, que estaría orientado hacia utopías o reformas sociales consideradas como verdades o fines absolutos. Ahora bien, señala Belaunde, nuestra presentación del demoliberalismo difiere de la de Kelsen en su "Teoría general del Estado" (1925), que sostiene que este sistema no postula verdades o fines absolutos sino más bien un relativismo crítico, porque en él se respeta la voluntad de las minorías y existe la posibilidad de que se conviertan en mayorías. El, Belaunde, discrepa de esta posición: "La verdad es que el sutil alegato de Kelsen envuelve, sin quererlo, una cruda crítica del sistema de la hegemonía del sufragio, pues confirma que despoja a la vida social de toda cohesión y continuidad. El relativismo que elogia apoya nuestra tesis de que el subjetivismo revolucionario conduce a la variable soberanía del instante" (La crisis presente; Mercurio Peruano; Lima, 1940; p. 244). La referencia a Kelsen es tan marginal que no aprovecharía a nuestro trabajo discutirla, ya que al hacerlo tendríamos que cuestionar antes la concepción del Estado de Belaunde que su interpretación de Kelsen. En todo caso, no se ve bien por qué el sufragio haya de privar de cohesión y continuidad a la vida social, y cómo se pueda calificar a la decisión salida de él de subjetivismo revolucionario. La obra de Kelsen que procede de 1925 fue traducida por Legaz Lacambra y publicada en 1934 por la Editorial Labor. V. A. Belaunde debe haber conocido el Compendio publicado por la Editorial Bosch el mismo año —que no hemos encontrado—, pues la cita que trae no corresponde al original de la traducción de Legaz.

En 1948, Jorge Patrón Yrigoyen publicó el único libro que en el Perú se ha impreso sobre Kelsen "Crítica de la teoría pura del derecho" (Gil; Lima, 1948; 125 p.). El libro pretende no sólo exponer a Kelsen sino además, como su título indica, refutar la Teoría Pura del Derecho. El libro consta, además de un prefacio, de seis capítulos: I. Naturaleza y Derecho; II. La lógica del Derecho; III. La norma Jurídica; IV. La unidad del Derecho; V. El Estado; VI. El derecho Internacional. El autor reconoce haber empleado solamente la versión de la "Teoría Pura del Derecho" de 1934 en la traducción de Jorge G. Tejerina (Losada; Buenos Aires, 1946; 216 pág. La primera edición en castellano fue hecha el año 1941). Lo interesante del libro de Patrón Yrigoyen es que pretende ser una crítica marxista y dialéctica de Kelsen y oponerle una

visión coherente del Derecho y del Estado. El problema del estudio consiste de un lado en la poca versación filosófica de su autor, que lo lleva a presentar a Kelsen como a un representante destacado de la fenomenología (p. 11), cuando es sobradamente conocido que procede del neokantismo; a afirmaciones inadmisibles, como que la lógica del deber ser es lógica matemática (p. 29-32), a una crítica de detalle y no del planteo íntegro y a hablar de una posición antidialéctica de la Teoría Pura apenas surge una oposición. De otro lado, la exigua bibliografía de Kelsen conocida por el autor, que en 1948 ya hubiera podido emplear "Sociedad y Naturaleza" traducida al español en 1945 y sobre todo la "Teoría General del Derecho y del Estado" aparecida en inglés el mismo año, lo conduce a realizar objeciones que en realidad Kelsen ya había resuelto anteriormente. Así, en el capítulo III<sup>o</sup>, Patrón Yrigoyen acusa a Kelsen de haber empobrecido el derecho al considerarlo como una simple regla coactiva, con lo que resulta que el mandato de un bandolero vendría a ser derecho (p. 44). Pues bien, en el libro de 1945 Kelsen señalaba claramente que el derecho es una técnica social que no sólo está caracterizada por ser una regla coactiva, sino por contener una motivación indirecta, una sanción socialmente organizada y un castigo. Que además la norma jurídica no es un mandato personal sino más bien anónimo y que por fuerza deriva de las condiciones en las que es formulado, lo que nos permite distinguirlo de la orden de un malhechor, la cual podrá estar acompañada de poder pero no es anónima y no proviene de quien está "facultado" para formularla (Teoría General del Derecho y del Estado; UNAM; México, 1969; p. 37). Por último, Patrón Yrigoyen no cumple con su pretensión de oponer a Kelsen una concepción coherente del derecho y del Estado, sino que se limita en los dos casos a afirmar que se trata de fenómenos de síntesis en los que incluye todo lo imaginable, de modo que al final no se sabe qué puedan ser (p. 49 y 108). Pese a todos estos defectos, el autor ha sabido calar en algunas de las grandes dificultades que plantea la Teoría Pura del Derecho, como por ejemplo en el problema de la norma básica y la primera Constitución (p. 66-72), en el de la relación entre el derecho nacional y el internacional (p. 115-118) o en la desatención de lo social por parte de Kelsen (diferente **loci**).

En 1950, Carlos Fernández Sessarego —que había estudiado con Recasens Siches en México— presentó

a la ex-Facultad de Derecho de San Marcos una de las tesis más valiosas que sobre filosofía del derecho se ha escrito en el Perú “Bosquejo para una determinación ontológica del Derecho” (Lima, 1950; 194 p.). En su conclusión 18ª se refiere a la Teoría Pura: “Hans Kelsen es el creador de la Lógica Jurídica. Su Teoría Pura del Derecho en cuanto es un estudio de la estructura de la norma jurídica como objeto lógico-gnoseológico, como juicio imputativo de deber ser, representa la iniciación de una nueva era en la Filosofía del Derecho. El formidable descubrimiento kelseniano al hallar la estructura lógica adecuada al objeto de la ciencia jurídica —que es Lógica del debe ser— permite reemplazar la Lógica tradicional del ser con la cual se había venido pensando inadecuadamente el peculiar objeto del Derecho, y abre nuevos cauces a la ciencia jurídica. La Teoría Pura del Derecho vale como Lógica Jurídica” (p. 194). Esta interpretación de la Teoría Pura del Derecho como lógica jurídica, que Fernández Sessarego había tomado probablemente de Cossío (Cf. “La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad”; Losada; Buenos Aires, 1944; p. 147, obra que el autor cita en su tesis), es incorrecta como puede verse de la siguiente declaración de Kelsen en sus famosas conferencias en Buenos Aires, que son citadas en el trabajo de Fernández Sessarego: “Lo que yo había calificado, a tuertas o a derechas, de teoría pura del Derecho, no se limita al examen de la estructura lógica de la regla de derecho, ni, por cierto, a un examen de la estructura lógica de las proposiciones que algo debe ser o debe ser hecho. Una tal disciplina, la lógica del deber ser, del pensamiento normativo, a justo título no podría presentarse como una teoría del Derecho. La Teoría Pura del Derecho se propone determinar el contenido específico de las reglas de derecho, comparadas con las otras leyes sociales; y definir sobre la base de una exacta formulación de la regla de derecho, las concepciones jurídicas, las nociones fundamentales de la ciencia del Derecho tales como: la sanción, la obligación, la responsabilidad, el derecho subjetivo y así sucesivamente. Esas nociones no son nociones lógicas; son nociones jurídicas y únicamente una teoría general del Derecho puede establecerlas” (Kelsen en Kelsen-Cossío, Problemas escogidos de la teoría pura del derecho; Teoría egológica y teoría pura; Kraft; Buenos Aires, 1952; p. 58). En 1952 apareció en “Mercurio Peruano” (Lima, 1952; p. 54-56) un breve trabajo de

Fernández Sessarego “La Teoría pura del derecho como lógica jurídica formal”, Ponencia presentada al Congreso de Juristas de Lima organizado por la Universidad de San Marcos en diciembre de 1951, que es una reelaboración del pasaje pertinente de la tesis. Ambos trabajos fueron después comentados elogiosamente por Cossío.

En el mismo Congreso Internacional mencionado, Luis Antonio Eguiguren presentó una comunicación sobre “La interpretación de la Ley” (Revista de Derecho y Ciencias Políticas; San Marcos; Lima, 1952; p. 637-651). Al comienzo de su trabajo, el autor se refiere a las ideas de Kelsen sobre la creación del derecho y en la conclusión 2ª toma partido contra ellas: “El juez no crea derecho...” (p. 652). Dado el carácter sumario de la comunicación, Eguiguren no ofrece mayores razones, como hubiera sido de desear, ya que este problema —el de la creación del derecho por el juez— es uno de los más controvertidos en el pensamiento de Kelsen, que no entiende la creación en el sentido usual de la formulación de una norma general sino en el de su individualización refiriéndola a un caso concreto.

En el Nº 3º de la “Revista del Foro” correspondiente a set-dic. de 1953, el Dr. José León Barandiarán realizó una presentación de “El movimiento jurídico europeo” (p. 421-430). Allí expone algunos de los conceptos fundamentales kelsenianos. Por la propia índole del trabajo no se formula en él ningún reparo.

En el Nº 278 de “El Derecho”, Órgano del Colegio de Abogados de Arequipa, correspondiente al primer semestre de 1955, Luis A. Huaco Zavalaga publica un artículo sobre “El Problema de la Justicia en la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen” (Arequipa, 1955; p. 116-123). Allí presenta algunas de las ideas de Kelsen sobre la relación entre la justicia y el derecho y termina pronunciándose en contra de este “conceptualismo de formas vacías y sin contenido” (p. 123).

En 1951, Francisco Miró Quesada sostuvo una ponencia sobre “La lógica del deber ser y su eliminabilidad” en el Congreso Internacional de Filosofía organizado por la Universidad de San Marcos con motivo de celebrar el cuatricentenario de su fundación (reproducida en “Derecho”, 30, 1972; p. 153-159). La reelaboración y ampliación de esta ponencia lo llevaron a presentar su tesis de Bachiller en Derecho

ante la ex-Facultad de Derecho de San Marcos sobre unas “Bases y lineamientos de Lógica Jurídica” el año 1953. El año siguiente fue publicada su primera parte con el título de “Problemas Fundamentales de la Lógica Jurídica” en la “Revista de la Facultad de Derechos y Ciencias Políticas” de la Universidad de San Marcos (Lima, 1954; p. 66-155), y el año de 1956 fue reeditada como tomo VIIIº de la Biblioteca de la Sociedad Peruana de Filosofía, con un prólogo en el que Miró Quesada se refería a la Lógica Jurídica de Ulrich Klug. El carácter pionero de estos trabajos ha sido justamente relevado por Fernando Bobbio, Roque Carrión y Domingo García Belaúnde. La conclusión fundamental de la primera parte publicada de la tesis es que “aunque las normas no son proposiciones, a toda norma corresponde una proposición, que llamamos proposición jurídica” (p. 19 de la edición de la Soc. Peruana de Filosofía según la que citamos). Miró Quesada trae a colación a Kelsen al realizar esta distinción. En su opinión, en los primeros textos kelsenianos, no se plantea el problema de la diferenciación y se emplea una terminología que induce fácilmente a errores de interpretación. En efecto, la Teoría Pura de 1934 “al referirse a la proposición jurídica nos dice “que la norma jurídica se convierte en proposición jurídica que acusa la forma fundamental de la ley”. Esta afirmación puede interpretarse en el sentido de que la proposición jurídica describe la ley, es decir, la norma, y al describirla enuncia su forma fundamental. Pero también puede interpretarse como la aseveración de que la ley tiene estructura proposicional, y que el análisis de esta estructura nos permite captar su forma fundamental, que es la del “deber ser”. De la lectura cuidadosa de la Teoría Pura y especialmente de los textos aparecidos en la reciente publicación que ha hecho Cossío de las conferencias que dio Kelsen en Buenos Aires en 1949, se desprende sin embargo que la primera interpretación es la correcta. En los referidos textos Kelsen sostiene explícitamente **que la norma no tiene naturaleza proposicional** y establece con la precisión y el rigor admirables que lo caracterizan, la diferencia entre norma como expresión de la ley y proposición jurídica como proposición que describe el contenido de la norma” (p. 77). Esto es, que en sus últimas obras Kelsen sí plantearía claramente la distinción entre norma y proposición jurídica.

Miró Quesada habla luego de un paralelismo entre norma y proposición y lo entiende en el sentido de

que a toda norma corresponde una proposición verdadera, esto es, una determinada situación de hecho, aunque, añade, no a toda proposición verdadera corresponde una norma. A este respecto la Teoría Pura mantiene, según Miró Quesada, una posición ambigua. “En efecto, de la lectura de los textos se llega a la conclusión de que Kelsen emplea la expresión “proposición jurídica” en un doble sentido: como descripción de la norma y como resultante de la incidencia de la norma sobre la realidad social” (p. 97). Que esta segunda interpretación es posible se ve en opinión de Miró Quesada de que múltiples párrafos de la obra kelseniana muestran que la proposición jurídica no describe la norma sino más bien su intención que produce una situación específica en una determinada comunidad humana, consistente en la organización tendiente a producir los efectos prescritos por la ley. Así, cuando Kelsen sostiene que la proposición jurídica es un juicio hipotético que enlaza ciertas consecuencias a determinadas condiciones, “no cabe la menor duda de que **el juicio hipotético se refiere a funciones prescriptivas** y es más que una mera descripción normativa” (p. 98). Ahora bien, “El hecho de que para Kelsen, la proposición jurídica sea una proposición hipotética muestra que no se reduce a la pura descripción de la norma, porque esta descripción, por el hecho de referirse a algo dado, debería de ser categórica y no hipotética” (p. 98). Una descripción hipotética es para Miró Quesada una **descripción de situaciones**, de una conexión de un antecedente (la condición, por ejemplo un homicidio intencional) y un consecuente (la prescripción del castigo).

No hay ninguna consecuencia de esta ambigüedad en Kelsen, señala Miró Quesada, ya que la interpretación de la proposición jurídica como descripción de la norma es equivalente a su interpretación como resultante de la incidencia de la norma sobre la realidad social. “Así como hay un completo paralelismo entre las normas y las situaciones producidas por el hecho de su vigencia hay también un paralelismo completo entre las normas y sus descripciones” (p. 100).

Pese a todo lo interesante que es la interpretación de Kelsen ofrecida por Miró Quesada, creemos que no es correcta. En efecto, Miró Quesada sostiene que para Kelsen la proposición jurídica es una descripción hipotética y que por ser tal debe referirse a algo dado, a una situación real, a una dependencia de

hechos. Ahora bien, esto no es así para la Teoría Pura, sino que la proposición jurídica es una descripción de la norma que no se refiere al orden del ser sino al del deber ser. Así lo afirma Kelsen: "Pues si la validez del derecho es identificado con un hecho natural cualquiera, resulta imposible comprender el sentido específico en que el orden jurídico se dirige hacia la realidad y aparece frente a ella. Sólo si advertimos que el derecho y la realidad natural, el sistema de normas jurídicas y la conducta real de los hombres, el "deber ser" y el "ser", son dos reinos diferentes, podrá la realidad coincidir con el derecho o ser contraria a él, y será posible caracterizar el comportamiento humano como legal o ilegal" (Teoría General del Derecho y del Estado, p. 142). Al interpretar este texto téngase en cuenta que para Kelsen la **norma**, que es **prescriptiva** y pertenece al reino del **Derecho**, puede ser expresada por una **proposición jurídica**, que es **descriptiva** y pertenece a la **Ciencia jurídica**. En forma parecida, a cada **hecho** se hace corresponder generalmente una **proposición descriptiva**. La coincidencia entre el derecho y la realidad a la que alude Kelsen en el último pasaje del texto arriba citado se da pues entre el orden del **deber ser** (la validez de la norma) y el del **ser** (su efectividad), y no como pretende Miró Quesada entre la norma y la proposición jurídica. Esta desinterpretación de Kelsen no significa tomar posición, naturalmente, con respecto al valor de la lógica jurídica de Miró Quesada.

Luis Landeo publicó en 1956 una tesis para obtener el Bachillerato en Derecho en la Universidad Católica con el título de "Naturaleza y orígenes del Positivismo Kelseniano en la Teoría del Derecho" (Lima, 1956; 93 p.). Las conclusiones son las siguientes: "1. La teoría de Kelsen carece de originalidad jurídica y filosófica; sus principales presupuestos se hallan en las doctrinas escépticas, panteísta y materialista./ 2. La teoría de Kelsen parte de un supuesto falso: que no existe Derecho Natural y que sólo tiene calidad de Derecho, el Positivo. 3. **Desnaturaliza** el Derecho, al querer aniquilar los conceptos de persona, haciendo desaparecer el Derecho Subjetivo, en provecho del Objetivo, postulando que el Derecho Interno depende del Internacional y convirtiéndolo en una mera técnica social./ 4. Es inaceptable en el Derecho Interno, por su desconocimiento del Derecho Natural que inhabilita su concepción de Derecho./ 5. Es peligrosa, internacionalmente, porque prepara el campo para la revolución

social, la abolición de la propiedad privada y el uso de la fuerza como esencia del Derecho" (p. 91). Estas conclusiones revelan tal grado de dogmatismo, ideologización y desconocimiento de la Teoría Pura que son indiscutibles y nos eximimos de comentarlas.

El 3 de octubre de 1960, Alfonso Cobián y Macchiavello presentó una tesis sobre "Justicia y Seguridad Jurídica, Supuestos del Derecho Positivo" a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica, para optar el título de Bachiller en Derecho. En el primer capítulo estudia el problema de la justicia y crítica a Kelsen. En sus conclusiones afirma que el derecho positivo recibe su fundamento axiológico del valor justicia y que este es objetivo, absoluto y trascendente, pero susceptible de actualizarse con el tiempo; y añade que es el valor supremo del orden jurídico, un valor relacional y el fin del derecho, pues el orden positivo tiene como meta la armonía social, el equilibrio y la reciprocidad en las relaciones entre los hombres. Sin la consideración de su supuesto axiológico no se puede comprender ni justificar el orden jurídico, lo que le sucede al positivismo lógico. Las conclusiones que se refieren a la Teoría Pura del Derecho son las siguientes:

<sup>7a</sup> La concepción de Hans Kelsen sobre los supuestos del derecho indica una superación del positivismo, sin lograr, por ello, fundamentar el derecho. El sistema kelseniano se apoya en una ilícita transposición de los criterios lógicos al campo axiológico. Con ello no *justifica* la obligación jurídica, logrando únicamente una epistemología del derecho de base hipotética. La norma fundamental es sólo un criterio lógico para detener la regresión ad-infinitum a que podía conducir la jerarquización normativa.

<sup>8a</sup> La elucidación que hace Kelsen del valor justicia en el orden jurídico, obedece a una mala concepción axiológica fundamental.

<sup>9a</sup> Las tesis de Kelsen respecto a la *normatividad* del derecho constituyen, a su pesar, una prueba más de la referencia obligada que el orden positivo debe a la justicia" (p. 40).

A estas objeciones contra Kelsen hay que agregar otras dos que Cobián formula en el cuerpo de su tesis, pero que luego no recoge en sus conclusiones: primero, que la Teoría Pura del Derecho suprime de su sistema "la noción de persona, reduciéndola a la expresión unitaria personificadora para un haz de deberes y facultades jurídicas, es decir, para un comple-

jo de normas". Así pierde la persona su dimensión propia y la realidad derecho queda suplantada por un conjunto de formas puras. Y, segundo, que "la separación entre los tipos de valor, la immanentización de lo jurídico, desligan a la conciencia del hombre de la obligación jurídica, quitan al derecho de su participación en la justicia y descalifican al aspecto teleológico que, al mismo tiempo que informa al orden positivo, lo trasciende" (p. 19).

Las objeciones que Cobián dirige contra Kelsen tienen un gran peso, ya que proceden de una genuina posición filosófica, pero porque ésta es hoy en día muy deleznable, se han tornado insostenibles. En efecto, Cobián parte de aceptar una axiología objetivista, es decir, que existen valores objetivos. Por tanto, entiende que aunque la Teoría Pura sea correcta desde un punto de vista epistemológico recorta el ser del derecho al no tomar en cuenta los valores hacia los que está orientado y realiza, especialmente el de la justicia. Ahora bien, el propio desarrollo de la axiología ha puesto en duda que efectivamente existan valores objetivos y supratemporales, y la filosofía contemporánea ha ido más allá y ha cuestionado incluso la existencia de los valores. Por lo tanto, la asunción de una axiología objetivista es una mala base para objetar a Kelsen. La verdad es que la Teoría Pura puede arreglárselas muy bien sin recurrir a aceptar la existencia de valores. En este sentido, es incorrecto comprender a la concepción kelseniana tan sólo como una epistemología que al lado necesitara de una axiología. No hay tal ni se da acá una **metátesis eis allo génos**: una ilícita trasposición de criterios lógicos al campo axiológico. A este respecto hay que recordar que el deber ser que estudia la Teoría Pura es para Kelsen una categoría de la Lógica Trascendental, es decir, la condición de posibilidad de la experiencia del derecho, o sea, del objeto del derecho. Y esto último es así porque para la filosofía trascendental, como es conocido, las condiciones de posibilidad de la experiencia son las mismas que las condiciones de posibilidad de los objetos de la experiencia.

En cuanto a que la Teoría Pura prescindiera de los conceptos de persona o de finalidad es algo que el mismo Kelsen declara. Lo interesante no es por lo tanto comprobarlo sino discutir las razones que él da para hacerlo: que tras de la noción de persona se halla la noción de sustancia, que buena parte de la filosofía moderna y casi toda la contemporánea,

además de la ciencia, rechazan; y que el pensar moderno ha prescindido en gran medida de la noción de finalidad en el campo científico. Desgraciadamente, Cobián no discute estos argumentos, sino que se limita a afirmar que las nociones de persona y finalidad son imprescindibles en el Derecho, fundamentando sus dichos sólo con algunas citas. Por último, que Kelsen no reduce el derecho a formas lógicas vacías, y por qué no puede ser juzgada su teoría en esta forma, lo veíamos de la cita que realizamos al comentar el texto de Fernández Sessarego (Cf. supra).

En su "Introducción a la Ciencia del Derecho" (Lima, 1963; p. 315-317), Mario Alzamora Valdez ha expuesto la doctrina de Kelsen al delinear en la novena parte de su libro tres actitudes frente al derecho: el jusnaturalismo, el historicismo y el positivismo, y el formalismo jurídico. En una síntesis apretada y pulcra ha tocado distintos temas de la Teoría Pura del Derecho. En su obra más reciente: "La filosofía del Derecho en el Perú" (Lima, 1968; p. 117) Alzamora realiza una presentación igualmente sucinta y correcta del pensamiento de Kelsen al iniciar el capítulo VIº y como una introducción al estudio de las nuevas doctrinas jusfilosóficas en el Perú.

En el Nº 4 de la Revista "Temis" (Lima, primer semestre de 1967; p. 54-75), Fernando de Trazegnies Granda publicó un artículo con el título "Kelsen y la idea aristotélica del Derecho". En él contaba como al leer los ensayos "¿Qué es la justicia?" y "Justicia y Derecho Natural" de Kelsen se había sorprendido al encontrar una exposición de las ideas de Aristóteles de un esquematismo desconcertante.

Las objeciones de Kelsen a Aristóteles con respecto a la justicia son dos: la primera, que la concepción de la justicia como un término medio entre dos extremos es tautológica, ya que el Estagirita no dice cuál sea dicho término medio, sino que para determinarlo nos remite a los extremos; y la segunda es que la concepción aristotélica de la justicia es conservadora, porque no remite a la moral y al derecho positivo de la época. Finalmente, Trazegnies reconoce que la idea del Estagirita de la justicia está afectada de un relativismo, aunque no del que le acusa Kelsen, sino del que proviene de su condicionamiento temporal. Contra la Teoría Pura declara al terminar que existe un derecho natural formado por las convicciones de los pueblos y que sirve como escala de valoración del derecho positivo, pero que por la

razón anotada su contenido no es absoluto sino que está en permanente proceso de cambio. En el N° siguiente de "Themis" (Lima, segundo semestre de 1967; p. 81-104), Domingo García Belaunde contestaba a las objeciones planteadas por Trazegnies a la interpretación aristotélica de Kelsen con el artículo "La Justicia en el pensamiento de Aristóteles". Trazegnies había sostenido que Kelsen se había construido un Aristóteles **ad hoc** para consumo positivista; García Belaunde replica que Trazegnies se construye a su vez un Aristóteles **ad hoc** para consumo sociológico, y que por tanto critica erróneamente a Kelsen. En su documentado trabajo realiza las precisiones que hay que hacer en torno al ensayo de Trazegnies, y reivindica con justicia a la Teoría Pura.

Pero en mi opinión, que acá no puedo desarrollar, las objeciones de Kelsen son en verdad excesivas: si, como Heidegger pretende, en Aristóteles transparece por una última vez en el pensar griego el significado primigenio de la **physis** como **ser**, en toda **areté** habría insitadamente una medida; y, de otra parte, si se considera que la meditación política aristotélica está orientada por el afán de salvar a la **polis** griega de la crisis por la que atravesaba, difícilmente se podrá sostener que la ética del Estagirita —que forma parte de su política— era conservadora. Tener a este último respecto otra opinión es cultivar un error de óptica histórica.

Aunque nuestro trabajo sólo tiene por objeto analizar el influjo de Kelsen en el Perú a través de los trabajos que sobre él se han publicado en nuestra patria, justo es no silenciar que en el mismo número 5° de "Themis" (p. 39-46), se publicó una traducción de Kelsen —el artículo de 1957 "¿Por qué debe ser obedecida la ley?"—, probablemente la única realizada en nuestro país, con permiso expreso del autor.

En el N° 6° de la misma revista "Themis" (Lima, primer semestre de 1968) apareció un artículo de Marcial Rubio sobre "El objeto del estudio del Derecho a través de Hans Kelsen" (p. 53-58). El autor —que por entonces era estudiante— comienza afirmando que a lo largo de la historia se ha visto tres elementos en el Derecho: los valores, la conducta y la norma jurídica, y luego expone como para Kelsen solo esta última es objeto del Derecho. Por lo tanto, sostiene que Kelsen reduce arbitrariamente el campo de lo jurídico. Que el derecho tiene que ver con la conducta le parece obvio a Rubio, apoyándose en Cossio, porque ella da validez y razón de ser a la existencia

de la norma y porque es una de sus fuentes en casos como el de la costumbre; y que el derecho se ocupa también con los valores le parece también evidente, ya que si la norma está referida a la conducta, ésta "es contingente de una determinada ideología que es la concreción de los valores inmutables, en los cuales recién se encuentra la inmanencia al proyectarlos sobre el fondo de una visión metafísica y teológica" (p. 57). ¿Se debe aspirar a crear una ciencia del Derecho con un objeto propio y único?, se pregunta Rubio al final, ¿es el hecho de que le falte un objeto unitario un signo de inmadurez? No, contesta, porque el derecho es mucho más que una ciencia: un "deber ser" con características específicas. Y termina: "Evidentemente que una ciencia como la que elabora la Teoría Pura del Derecho, tiene cabida dentro del Derecho, pero no lo agota. Es sólo una parte de una gran disciplina que trasciende cualquier encasillamiento porque no constata algo que "es" sino que prescribe algo que "Debe ser" (p. 58). Es manifiesto que al escribir este artículo Rubio no conocía la "Teoría General del Derecho y del Estado" de 1945, porque si no hubiera podido leer allí que el objeto de la regulación normativa es la conducta humana (p. 55 y sgtes.) y que si la norma jurídica no puede ser fundamentada en un valor subjetivo, como es la justicia según Kelsen, es ella —i.e. la norma— un criterio de valoración objetivo: el valor que permite apreciar es el de la "legalidad" de una conducta, esto es, su adecuación a la norma. Por otro lado, no es cierto que la Teoría Pura del Derecho posea solamente una coherencia intrínseca, pero que no permita una confrontación con los hechos, como Rubio sostiene en una parte de su trabajo (p. 54). Kelsen ha explicado detenidamente como hay una tensión entre la validez de la norma —que repetimos se da en el plano del "deber ser"— y su eficacia —que se da en el plano del "ser"— y cómo debe haber un cierto grado de correspondencia entre ambos. Si existiera una coincidencia total, dice, el orden jurídico carecería de sentido; pero tampoco lo tendría si el orden íntegro perdiera su eficacia. La concordancia necesaria no puede exceder de un cierto máximo ni quedar por debajo de un cierto mínimo (Cf. por ej. la "Teoría General del Derecho y del Estado, p. 141-142). Por estas razones es claro que las objeciones de Rubio no tocan a la Teoría Pura.

En 1966, Luis Felipe Guerra Martinière presentó a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica

una tesis sobre "El Derecho Natural en el Pensamiento de Hans Kelsen" para optar el Grado de Bachiller en Derecho. En un primer capítulo presenta la problemática de la tesis, en el segundo y tercero expone y critica a Kelsen poniendo un énfasis especial en los fundamentos filosóficos de su doctrina y en los capítulos cuarto y quinto discute el problema del Derecho Natural en el pensamiento de Kelsen y como problema en sí. Finalmente, formula sus objeciones que se pueden resumir en una sola: "que el Derecho Natural es imprescindible" (p. 5). Las objeciones que Guerra Martinière dirige contra el rechazo del jusnaturalismo por parte de Kelsen son que el Derecho no puede reducirse a una simple estructura lógico-formal, ya que tiene un contenido (conclusión 7ª). Que él necesita de una fundamentación más profunda, ya que no se limite al deber ser, sino que en el fondo es una relación entre el ser y el deber ser (8ª y 9ª). Su fin no sería únicamente la paz social, sino la justicia (10ª). Que el Derecho no es tan sólo un convencionalismo (12ª y 13ª), y no se identifica con el Estado (14ª). El no es una realidad monista sino pluralista, en la que se articulan el ordenamiento natural y positivo (15ª). Kelsen rechaza la noción de persona como individuo, explica Guerra, porque rechaza la noción de sustancia (16ª-17ª). Otra conclusión es que el Derecho Positivo no puede prescindir del Derecho Natural, porque éste le señala sus principios y fines y lo fundamenta científicamente (24ª-25ª). A su vez el Derecho Natural es concretado, espacializado y temporalizado por el Positivo (26ª). El Derecho no es pues ni convencional ni relativo, sino que tiene un ser absoluto (27ª). En las otras conclusiones el autor pasa a desarrollar sus propios planteamientos. Nosotros quisiéramos formular en primer lugar algunos reparos formales y metodológicos. Ante todo que en la bibliografía no figura el importante trabajo de Kelsen "Justicia y Derecho Natural" que apareció en francés en 1959 y cuya ausencia no se puede disculpar ni por la imposibilidad de conocer toda la literatura sobre el tema, ni por las limitaciones bibliográficas de nuestro medio (p. 6), ya que acá se trata de un trabajo esencial para la tesis. Luego, que es loable que el autor recurra al procedimiento histórico de mostrar cómo y por qué razones ha variado o ha sido cuestionada una idea, pero que ello no basta para seguirla manteniendo. Así no es suficiente mostrar cómo y por qué se ha rechazado la noción de sustancia (p. 33-34, 63 y sgtes.), para declarar intempestiva e inapelablemente en la

conclusión 17ª: "Pero existe la sustancia aún en un mundo donde todo evoluciona hacia un fin: la sustancia sería la permanencia y la consistencia de la dirección hacia ese fin". ¿Cuál es el fundamento de esta conclusión? Para realizar esta afirmación se necesitaría haber absuelto, aunque sea sumariamente, las objeciones que se han planteado a la idea de sustancia, y que Guerra aclarara un poco más la reformulación de la idea que propone. Los argumentos en contra de la Teoría Pura que el autor maneja son en gran parte los que ya hemos mencionado en relación a otros trabajos: que ella posee una estructura lógico formal y está privada de contenidos, que el derecho necesita de una axiología (p. 120 y sgtes.) —esta consideración no está recogida en las conclusiones—, que nada tiene que ver con una aceptación convencional. Finalmente, no se puede acusar a Kelsen de recortar la realidad del derecho, porque no admita el Derecho Natural u ofrecer como argumento en contra que de no aceptarse este se estaría justificando los crímenes nazis (p. 74). A este respecto, baste recordar que si Kelsen no admite el Derecho Natural, ello se debe a que no cree que ofrezca la base suficientemente segura para fundamentar el derecho **como ciencia** y que es un demócrata convicto y confeso.

Carlos Thorne publicó un breve artículo titulado "Notas sobre la teoría del Estado en el pensamiento de Hans Kelsen" en el N° 316 de la "Revista de Jurisprudencia Peruana" (Lima, mayo de 1970; p. 521-524). Allí expone como "Para la teoría pura el Estado no es sino un orden jurídico superior, cuando alcanza cierto grado de desarrollo, al nacer los órganos del Derecho" (p. 521). Thorne ve un logro positivo de la Teoría Pura en la resolución del dualismo entre Derecho y Estado, y luego explica tres axiomas kelsenianos con respecto al derecho: el primero, que no hay realidad social alguna que exista fuera de su orden jurídico; segundo, que el poder del Estado no es sino la efectividad del orden jurídico; y tercero que es imposible justificar el Estado por el Derecho. Para Thorne ofrece reparos la relegación a un segundo plano de la investigación filosófica de la realidad social. "Por eso, las dos con-

clusiones axiomáticas reseñadas anteriormente en primer y segundo lugar, carecen de severidad y escrupulosidad metodológicas” (p. 523). Pero hay un reparo aún mayor que opone y es que Kelsen “olvida que el Derecho es también conducta intersubjetiva, como dice Del Vecchio, y que ve el ordenamiento jurídico como un despliegue de normas vacías de contenido, aunque plenas de contenido en el campo de la facticidad, nueva contradicción que entraña suponer que el Derecho es una facticidad abstracta, ideal, acontecido en el tiempo, sin residir en la pura conducta existencial que integra la norma como su otra faz. Todo el edificio del Derecho positivo —o sea el Derecho— descansa sobre esa realidad social que constituye su instancia ontológica suprema” (Ibidem). Aunque el trabajo de Thorne es muy sucinto, sus objeciones son extraordinariamente agudas; pero a ellas podría contestar Kelsen que no tienen cabida dentro de una ciencia del derecho sino dentro de una sociología jurídica.

En su “Teoría del Estado, Derecho Constitucional” Studium; Lima, <sup>3</sup> 1971), Raúl Ferrero expone la identificación kelseniana entre Derecho y Estado y la crítica porque mutila ambos conceptos y porque excluye todo lo que el Derecho tiene de extraño al orden estatal. “Para sortear el peligro de identificar Estado y Derecho, que ha determinado el monismo de Kelsen, basta considerar que el Estado es creador del derecho positivo en tanto toda norma supone un enunciador” (p. 135). El autor piensa también que la concepción kelseniana peca de falta de realismo, “ya que la relación entre Estado y Derecho no puede ser analizada solamente en el plano abstracto. Hay Estados en que las relaciones jurídicas de los hombres y la comunidad se rigen por el Derecho, así como hay otras en que dichas relaciones están determinadas por el Poder” (p. 136-137). Además, el autor añade una crítica general a la Teoría Pura por prescindir del finalismo que él cree que es imprescindible tanto en el Derecho en general como en el Constitucional en particular, “ya que la normalidad legal es insuficiente para explicar el dinamismo de la vida real; los cambios que han afectado **la sustancia de las constituciones han requerido fundamentación fuera del derecho positivo**, puesto que la ley no estructura la realidad sino que la expresa” (p. 136). Lo sucinto del tratamiento debilita la crítica, además de que uno tiene la impresión de que Ferrero toma muy poco en cuenta dos argumentos de Kelsen para identificar Estado y

Derecho: que, primero, no se puede hipostatizar al Estado ni, segundo, legitimario por el Derecho. En cuanto a la dualidad entre el Estado como Poder y el Derecho, Kelsen solo la admite en cuanto aparece como la dualidad entre la eficacia y la validez del orden jurídico (Teoría General del Derecho y del Estado; p. 227). Puntos sobresalientes de la exposición son su claridad y la función que ocupa dentro del libro íntegro.

### III

#### Conclusiones

El influjo de Kelsen en el Perú aparece hacia el año de 1936 y se concentra hacia 1950, fecha alrededor de la que aparecen los trabajos de Patrón Yrigoyen, Fernández Sessarego y Miró Quesada que conjuntamente con los de Cobián y Guerra son los mejores que se han realizado en nuestro país sobre la Teoría Pura del Derecho. Estos nombres muestran que la recepción de Kelsen ha sido especialmente feliz en las Universidades de San Marcos (Fernández Sessarego, Miró Quesada) y Católica (Cobián, Guerra).

Los mejores trabajos sobre la Teoría Pura del Derecho son aquellos en los que no sólo se ha tratado de exponer a Kelsen, sino además de criticarlo desde otra posición, ya sea desde el marxismo (Patrón Yrigoyen), la fenomenología y el existencialismo (Fernández Sessarego), posturas axiológicas y jusnaturalistas dentro del pensamiento católico (Cobián y Guerra) o desde una posición personal (Miró Quesada).

Una buena parte del resto de los trabajos son puramente expositivos. La mayoría de ellos denuncian debilidades bibliográficas, metodológicas —por ejemplo el excesivo recurso al argumento **ad verecundiam**— o, peor aún, incomprendiones que hubieran podido ser salvadas con una mejor lectura. Pero no son solamente los conocimientos sobre Kelsen los que faltan; se carece de una comprensión más adecuada de la filosofía y su historia, de las concepciones de ciencia vigentes y de una mayor parsimonia y orden para el trabajo intelectual.

El análisis de la influencia de Kelsen en el Perú nos permite afirmar que nuestra meditación sobre la filosofía del derecho todavía se halla muy inmadura y que requiere de menos trabajos de ocasión y de segunda mano y de un pensar mejor pertrechado y más sostenido.

Lima, primavera de 1973