

Recepción: 29/08/2012
 Aceptación: 10/09/2012

Oscar Sarlo*

Recepción de la Teoría Pura del Derecho en Uruguay. Con especial referencia a la revista de la Facultad de Derecho.**

INTRODUCCIÓN

Este trabajo es un intento de documentar e interpretar la recepción en Uruguay¹ de la teoría pura del derecho de Hans Kelsen, la renovación teórica más importante e impactante ocurrida en el campo del derecho durante el siglo XX a nivel mundial. Esto supone el examen de un complejo sistema donde deben articularse autor, mediadores, receptores y transformadores de la obra, poniendo la actividad del receptor en el centro de la comprensión de estos fenómenos. Ello nos permitirá registrar el papel jugado por las revistas especializadas en derecho, y entre ellas la Revista de la Facultad de Derecho, a cuyo homenaje está destinado este trabajo en su 80º aniversario.

A los efectos de este estudio hemos utilizando simplifcadamente la teoría de la recepción, manejando tres categorías: *contexto de producción*, para describir brevemente la obra de cuya recepción se trata²; *contexto de difusión*, donde se analizan las vías de traducción, edición, y divulgación de la obra original; y finalmente, el *contexto de recepción*, para hablar de las características del medio cultural en que tuvo lugar la lectura, crítica o utilización de la obra considerada, para finalmente referir concretamente a la *recepción* de la obra, para referir al uso de la misma con fines de enseñanza, investigación o aplicación en el más amplio sentido.

En especial, me propongo mostrar la aceptación y las críticas que la teoría pura ha recibido en Uruguay, deteniéndome especialmente en una crítica que trascendió internacionalmente, con pretensiones de falsación de la teoría (dicho en el sentido de Popper) en virtud de ciertas supuestas particularidades del derecho positivo uruguayo.

Un segundo orden de problemas tiene que ver con el objeto de nuestro estudio. La expresión “teoría pura del derecho” presenta tres tipos de ambigüedades:

(a) una ambigüedad proveniente del autor, ya que puede referir al pensamiento formulado por Kelsen o por otros integrantes de su escuela; aquí aludo sólo a tesis adoptadas explícitamente por el propio Kelsen.

(b) las opiniones de Kelsen no están contenidas en un solo libro, sino en múltiples ediciones,

* Catedrático de Filosofía y Teoría del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de la República, Uruguay, e-mail: ossarlo@gmail.com

** El presente trabajo es traducción de la versión original publicada como: Sarlo, O. : The reception of the Pure Theory of Law in Uruguay (and the refutation of its alleged falsation), aparecida en: R. Walter/C. Jabloner/K. Zeleny (comp.) Hans Kelsen anderswo [Hans Kelsen abroad]. Der Einfluss der Reinen Rechtslehre auf die Rechtstheorie in verschiedenen Ländern, Teil III, Viena, 2010, pp. 281-309.

no siempre denominadas como ‘teoría pura’. Por consiguiente, aquí hablaré genéricamente de la ‘teoría pura del derecho’ (con minúsculas) o de la ‘teoría kelseniana’ para referirme a las tesis defendidas por Kelsen. Para distinguir las distintas versiones de la Teoría Pura propiamente dicha, utilizaré las siguientes abreviaturas: TPD-0 (edición preliminar de 1933), TPD-1 (1934), la TPD-1.5 (edición francesa de 1953), la TPD-2 (2ª edición ed 1960).

(c) pero hay una ambigüedad más sutil, que deriva de su traducción y asimilación en muy diferentes medios culturales. Esta ambigüedad es sólo advertida, pero no podrá ser controlada aquí. Este fenómeno –puesto de manifiesto por la teoría de la recepción- es particularmente notorio en el ámbito hispanoamericano. Por razones que sería muy largo de explicar, la TPD conocida a través de esas traducciones es vista como una entelequia formalista, logicista, distante de la realidad, y que supone defender una metodología deductivista –al estilo de la exégesis francesa- para la aplicación del derecho. Así lo destaca Roberto J. Vernengo, para quien esto se debería a deformaciones introducidas por los primeros traductores catalanes de Kelsen, en particular, con su contraposición tan dura, tan ontológica, entre el mundo del ser y el misterioso mundo del “deber ser”. También T. Eckhoff, entiende que

The markedly different attitudes concerning Hans Kelsen’s “pure” theory of law in different parts of the world may, as suggested by Samuel Shuman, serve as an illustration. Kelsen’s insistence that law and morals are wholly separate and that what is law is decided without an appeal to moral criteria makes his theory well suited to protect the judiciary against external influence, e.g. from organizations and groups advocating moral, religious or political ideas. Kelsen’s theory is, according to Shuman, popular in Italy and in some of the South American countries because there it offers some assistance to the judiciary in its efforts to resist church as well as state power.³

A los efectos de interpretar mejor los datos de un proceso tan vasto y complejo, divido el mismo en ... períodos, combinando distintos factores que estimo relevantes:

a)El primer período comprende la recepción hasta 1940, año en que Kelsen abandona Europa y se radica en los EEUU., hecho de alta significación, como veremos oportunamente.

b)El segundo período abarca su etapa americana (1940-1973) en la cual se incluye además la intensificación del contacto con el mundo académico latinoamericano.

c)El tercer período se abre con la muerte de Kelsen, y coincide con el período dictatorial en Uruguay (y sudamérica), en cuyo contexto se produce el intento de ‘falsación’ de la teoría pura y un marcado eclipsamiento académico.

d)El cuarto período, se abre con el retorno a la democracia en Uruguay (1985) y en la región, que se caracteriza por una paulatina relectura de Kelsen.

RECEPCIÓN DE LA TEORÍA PURA HASTA 1940 EN URUGUAY.

Contexto de difusión.

Considerando que Uruguay pertenece al área hispanoamericana, y que su cultura jurídica estaba fuertemente influida por la francesa, y en menor medida por la italiana, es natural que los pri-

meros textos kelsenianos conocidos en nuestro País ⁴ y las exposiciones y discusiones sobre sus teorías provieran de España ⁵, Francia ⁶ e Italia, y también de centros latinoamericanos más desarrollados, como Argentina ⁷.

El prestigio de Kelsen trasciende también por su participación en la redacción de la Constitución republicana de Austria (1920) y su influencia en las constituciones de Weimar y de Checoslovaquia, y en especial en la consagración del Tribunal de Garantías Constitucionales de la Constitución republicana española de 1931, todo lo cual fue muy bien conocido en Uruguay ⁸.

Contexto de recepción.

Cuando se conocen los primeros textos y comentarios de la obra kelseniana, Uruguay era entonces un “país modelo” ⁹ en el contexto latinoamericano: un estado central fuertemente consolidado, una clase media amplia y en ascenso, que veía al Estado como instrumento para hacer progresar al país, un gran apego al derecho internacional y al arbitraje, una ideología nacional fuertemente progresista, igualitarista, laica, donde la iglesia y el ejército jugaban un papel muy secundario. A su vez, los juristas acompañaron ese movimiento progresista, y la única Facultad de Derecho existente era la verdadera usina del pensamiento (“think tank”) social en derecho, economía, sociología y politología.

Sin embargo, tras la gran crisis mundial del capitalismo (1929) y la reacción autoritaria en todo el mundo, Uruguay sufrirá una alteración de la continuidad constitucional, ya que a partir de un Golpe de Estado (1933) el gobierno logra plebiscitar una nueva constitución más autoritaria (1934) situación que se prolongó hasta 1942, en que se restablecen las plenas garantías políticas y se profundiza el progreso social e institucional de País.

Recepción de Kelsen en la cátedra de Derecho Constitucional

Bajo la titularidad del Prof. Luis Arcos Ferrand (1932-1938) ¹⁰ se menciona a Kelsen, pero sin desarrollarlo sistemáticamente. Desde las primeras clases, se presenta a Kelsen de esta manera insólita:

“Hay dos orientaciones para hacer el estudio de la teoría del Estado (...) a) político-sociológica, como la que impera en nuestra Universidad, o bien puede seguirse un proceso b) técnico-jurídico. (...) Según esta última tendremos que olvidarnos de las relaciones del Estado con la vida real. Hay una corriente moderna: la escuela jurídica de Kelsen, quien ha hecho un estudio técnico-jurídico del Estado. A Kelsen no le interesan los organismos; dice que para estudiar jurídicamente hay que buscar un método nuevo, no estudiar en los hechos ni las resultancias de los sistemas; es necesario encerrarse en un gabinete y abrir horizontes con la imaginación. La escuela de Kelsen no es algo que no pueda llevarse a cabo; pues Jellinek como ya sabemos, hace en gran parte ese proceso en su obra sobre “La teoría del Estado”.¹¹

Como puede fácilmente suponerse, después de esta ‘presentación’, el profesor rechaza el programa kelseniano. Sin embargo, tenemos evidencia de que al menos dos alumnos de dicho Curso del año 1932, elaboraron trabajos que citan la opinión de Kelsen: una monografía sobre la cues-

tión de las cámaras con representación de intereses ¹² y otro sobre la noción de soberanía ¹³

En un trabajo posterior, Arcos da una breve noción más ajustada de Kelsen, al tratar el método en el derecho constitucional:

*“Si hubiera de señalarse, a mayor abundamiento, algún otro ejemplo de aplicación intensiva del método jurídico, bastaría recordar la teoría de Kelsen sobre el Estado, en la que la abstracción no ha hecho sino acentuarse, si se la compara con la de sus predecesores. El Estado es, según este autor, un orden normativo, un orden de la conducta humana, un esquema interpretativo. Cuando se dice que el Estado es un grupo de individuos o una asociación de individuos, se sobreentiende que ese grupo o esa asociación está fundado y consiste esencialmente en una cierta reglamentación. En cuanto a las cosas materiales, a las cosas tangibles, a través de las cuales el Estado se revela a nuestra observación, no tienen sentido por sí mismas, y si el hombre las pone en movimiento es obedeciendo al orden normativo. Todo el contenido real y humano que del Estado trasciende, carece de valor por sí mismo, porque sólo lo tienen los conceptos jurídicos en los que se trata de encerrar, en una síntesis no siempre armoniosa, la realidad y la abstracción”.*¹⁴

La temprana muerte de Arcos Ferrand, conduce a la designación de Jiménez de Aréchaga, cuya mayor proyección corresponde analizar en la etapa siguiente.

En la cátedra de Filosofía de Derecho

En el período considerado, el ambiente filosófico está dominado por Carlos Vaz Ferreira, quien había desempeñado la cátedra de Filosofía del Derecho durante un breve período (1924-1928) ¹⁵. De sus clases de filosofía del derecho no se conservan versiones escritas, pero según recordó el propio Vaz en una conferencia de 1950, en sus clases luchaba contra el formalismo jurídico, al cual parece endilgarle la responsabilidad por la experiencia totalitaria que acaba de concluir en Europa. Para él, el curso de Filosofía del Derecho no podía basarse en

*“ciertos libros muy abstractos, llenos de definiciones formulistas –algo así como una especie de escolástica extravasada de siglo- en los cuales, de hecho, y fuera ello o no intencionado, se omitía, se escamoteaba lo que era esencialísimo hacer sentir a la juventud: las libertades y los derechos individuales” ante lo cual tenía “la intuición, de (...) algo muy grave que amenazaba. Y efectivamente, vino eso gravísimo, y fue el totalitarismo, precisamente en los países de que los libros en cuestión procedían”*¹⁶.

Esto significa que –a diferencia de otros ámbitos académicos latinoamericanos- en nuestra filosofía del derecho no tenían cabida ni el jusnaturalismo, ni el neo-kantismo; se cultivaba una concepción filosófica, con vagas apelaciones intuicionistas al humanismo, al solidarismo, al pragmatismo, pero todavía con fuertes influencias del positivismo de H. Spencer.

En 1930 sucede a Vaz Ferreira su discípulo Antonio M. Grompone ¹⁷, quien había presentado una tesis de habilitación sobre las revoluciones sociales ¹⁸, que mantiene la actitud anti-kantiana de su maestro en favor de posturas supuestamente más “realistas” o “humanistas” ¹⁹. Ello explica que su tesis no tenga ninguna referencia a Kelsen, a diferencia de los estudios que –sobre el mismo tema- realizaba al otro lado del Río de la Plata Carlos Cossio, especialmente basado en la obra de Kelsen²⁰.

Sin embargo, en sus cursos Grompone no pudo ignorar la importancia de Kelsen, que empieza a conquistar cada día una mayor presencia en la literatura jurídica. En apuntes estudiantiles correspondientes a los cursos dictados por él en los años 1937²¹ y 1938²² encontramos ya múltiples referencias a Kelsen, sobre la base de las exposiciones de Recaséns o Del Vecchio. Esas referencias trasuntan una gran incomprensión y deformación del pensamiento kelseniano; para empezar, habla de “*doctrina del derecho puro*”, lo cual tiene un sentido muy distinto al kelseniano. Por eso, al tratar la relación entre Estado y Derecho, Grompone afirma que

*“El problema se presenta de otra manera si se deja de lado la experiencia. Aquí aparecen Kelsen y los kelsenianos. A mi siempre me ha llamado la atención, en el Uruguay y fuera del Uruguay, que muchas personas acepten las conclusiones de Kelsen, sin partir de su mismo punto de partida. Hay que decirlo de una manera radical: sólo se puede aceptar a Kelsen si se acepta su kantismo exagerado. De otra manera; hay que olvidarse de él. El punto de partida de Kant es que lo único universal es la construcción racional con base lógica. Y Kelsen va a buscar la categoría lógica y universal del Derecho. Para Kelsen no existe ningún elemento real. Pero fíjense que nosotros partimos de la existencia de una realidad. Y si tenemos en cuenta al hombre, no tenemos nada que hacer con la teoría de Kelsen, ya de entrada. Para Kelsen, sólo queda la norma jurídica. Que determina relaciones. Y que se identifica con el Estado, que es la norma jurídica”*²³.

Como puede apreciarse en esta transcripción, la incomprensión es total, y las conclusiones obviamente adversas.

En cambio, la primera recepción crítica seria, de Kelsen, corresponde a Llambías de Azevedo –que era profesor Adscripto en la cátedra– quien publica en 1938 un estudio sobre el concepto de norma jurídica²⁴, que adelanta parte de las críticas que expondrá en el importante texto que mencionaremos en el período siguiente.

Recepción en otros campos de estudio.

En una tesis de habilitación docente en derecho internacional público presentada el año 1935, ya se habla de “*la escuela vienesa o austríaca de derecho encabezada por el gran jurista Dr. Hans Kelsen hasta ha poco profesor en la Universidad de Colonia*”²⁵.

Interesa señalar que en la enseñanza media de Uruguay existía ya entonces una materia destinada a introducir al estudiante en ciertos rudimentos del derecho, sea como “Educación Cívica” o “Educación Moral” o “Introducción al derecho”, etc. Los textos para dichas asignaturas eran redactados normalmente por profesores universitarios como Eduardo Jiménez de Aréchaga²⁶, Eduardo Vaz Ferreira²⁷, Santiago Rompani²⁸, Véscovi²⁹, todos los cuales toman en consideración las tesis kelsenianas, pero en el caso de Rompani se vuelve una ferviente admiración. Una excepción, en este sentido, es el manual de Bonino, Grompone y Baroffío³⁰ que ignora totalmente a Kelsen, aún cuando maneja autores que lo siguen (como García Maynez) y utiliza categorías kelsenianas como la jerarquía normativa, etc.³¹.

Recepción de Kelsen a nivel institucional.

Un buen indicador de la recepción del pensamiento kelseniano a nivel institucional, es que en la Asamblea Nacional Constituyente de 1934, la Comisión Redactora cita la opinión de Kelsen en el capítulo relativo a las Relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Parlamento.³² Puede decirse que en esa época Kelsen ya es una referencia teórica, conocida no sólo en la academia sino en el mundo de los juristas-políticos³³, no obstante que en la Biblioteca del Poder Legislativo del Uruguay, para el año 1931 no se registraba el ingreso de ningún libro de Kelsen³⁴.

RECEPCIÓN DE LA TEORÍA PURA ENTRE 1940 Y 1956

Contexto de difusión

A partir de 1940, en que se consolida el totalitarismo en Europa, el contexto de producción y difusión de la obra de Kelsen cambia totalmente, debiendo destacarse:

a) En junio de ese año, Kelsen se radica en los EEUU, con lo cual comienza una relación más intensa con profesores y estudiantes latinoamericanos. Esas relaciones se intensifican más aún a través de su fiel discípulo y amigo Josef Kunz, quien –gracias a un profundo dominio de la lengua y la literatura iberoamericana– difunde incansablemente la teoría pura en libros y conferencias. El propio Kelsen concretará tres viajes a países latinoamericanos: a Cuba (1941), a Argentina, Uruguay y Brasil (1949) y a México (1960).

b) Al mismo tiempo se produce una masiva emigración de intelectuales judíos, antifascistas o demócratas hacia latinoamérica, fortaleciendo notablemente su vida académica.³⁵

c) Asociado con lo anterior, la actividad de traducción y edición en español de la obra kelseniana o la discusión en torno a la misma, pasa a desarrollarse casi exclusivamente en latinoamérica, fundamentalmente en México y Buenos Aires, tomando claramente la delantera esta última ciudad, gracias al impulso decisivo de Carlos Cossio. El movimiento comienza con la publicación en Buenos Aires de la traducción de la primera edición de la Teoría Pura del Derecho en 1941³⁶, con Prefacio del propio Kelsen, la cual conoce varias reimpressiones con miles de ejemplares vendidos. Pero la mayor difusión de Kelsen en Uruguay no será a través de Cossio sino de los textos de García Máynez y Recaséns Siches.

A pesar de todo este intercambio y esta cercanía, será también el período de las mayores deformaciones de la teoría pura, consolidándose lo que podríamos denominar el “kelsenismo latinoamericano”, caracterizado por insistentes intentos de conciliar la Teoría Pura con otras concepciones, como la teoría de los valores (García Maynez, Recaséns), o la fenomenología (Cossio), o la reducción a lógica jurídica (Cossio).

Contexto de recepción en Uruguay.

Durante la II Guerra Mundial Uruguay se alinea decididamente junto a la causa aliada y apoya las iniciativas de organización internacional a nivel mundial y regional para el mantenimiento de la paz. Gracias a la guerra mundial, que demanda fuertemente su producción en lana y carnes, Uru-

guay conocerá una época de esplendor económico que destina a fortalecer sus industrias nacionales y a políticas de redistribución social que consolidan una ancha clase media y un proletariado con un cierto grado de satisfacción.

Los juristas uruguayos encuentran así, nuevos motivos para comprometerse fervorosamente en la defensa de los valores de la democracia y el progreso, y –consecuentemente- había poco estímulo para adoptar una actitud neutral en el derecho.

Nuevamente, vemos que si bien se reconoce las convicciones democráticas de Kelsen y su prestigio como jurista, se encuentra extraño su directiva de purismo para el jurista científico.

Recepción crítica de Kelsen en el derecho público.

La cátedra de derecho Constitucional actúa bajo la figura dominante de Justino Jiménez de Aréchaga, quien adopta una postura anti-kelseniana. Más allá de una retórica científicista en su concepción de la teoría del Estado, está convencido que la cátedra es una tribuna para promover los valores democráticos y republicanos en los estudiantes y la opinión pública (el viejo sueño del filósofo platónico), actitud ciertamente incompatible con el programa kelseniano. Aréchaga es el iniciador de una tesis más fuerte que la de sus antecesores, que se limitan a discrepar: él sostendrá que la teoría de Kelsen es falsa en Uruguay, en virtud de que el derecho positivo uruguayo desmiente la pretendida universalidad de su teoría.³⁷

No obstante esa antipatía hacia la teoría de Kelsen, su pensamiento se expone en todos los cursos de derecho público. Por esa razón, en 1943 el Centro de Estudiantes de Derecho publica un folleto con la conferencia que dictara en Puerto Rico el emigrado español Vicente Herrero Ayllón en 1941³⁸, dedicado a una exposición crítica de la Teoría Pura del Derecho.

Una crítica filosófica

El prof. Adjunto Juan Llambías de Azevedo (1907-1972), cuyo perfil intelectual e ideológico era diametralmente opuesto a Grompone; tenía una formación germánica y dominaba el alemán; era católico militante, pero liberal en línea con San Agustín y Max Scheler. Llambías fue un académico bastante atípico para el medio jurídico uruguayo. Si bien era muy crítico de Kelsen, tenía un conocimiento privilegiado de la obra kelseniana, y la exponía sin deformaciones grotescas. Por consiguiente, vale la pena detenernos un poco en esta relación, pues marca un punto de contacto importante entre Kelsen y la filosofía del derecho uruguayo.

En 1941 –esto es un año después de radicarse Kelsen en los EEUU- el Comité jusfilosófico de la Asociación de Escuelas de Derecho Norteamericanas encargó a Kunz -leal discípulo y amigo de Kelsen de la Universidad de Toledo- la edición del volumen Latino-Americano de su Serie “20th. Century Legal Philosophy Series”. En cumplimiento del encargo, Kunz investigó la producción jusfilosófica latinoamericana desde 1875 hasta 1947. De dicha investigación resultó un volumen³⁹ compuesto de un importante Estudio Introductorio de Kunz, seguido de la traducción de trabajos de los cuatro autores más representativos de la filosofía del derecho latinoamericana: Luis Recaséns Siches, Eduardo García Máynez, Carlos Cossio y Juan Llambías de Azevedo.

Es indudable que detrás de este interés editorial, estaba el interés científico de Kelsen y su círculo por conocer de cerca la filosofía del derecho latinoamericana, en la cual su teoría era tan admirada como distorsionada. En este sentido, el Estudio de Kunz presenta al público norteamericano una visión panorámica de la evolución del pensamiento jusfilosófico latinoamericano y muestra la ambigua recepción de la Teoría Pura, dándole así a Kelsen la oportunidad de leer directamente a estos cuatro autores latinoamericanos en inglés⁴⁰.

En la obra traducida al inglés⁴¹, Llambías presenta dos críticas directas a Kelsen:

-crítica en general a quienes confunden entre el derecho mismo (“el derecho es un conjunto de disposiciones”) y la ciencia del derecho (“los pensamientos de la ciencia son juicios”)⁴², para luego criticar específicamente la concepción de Kelsen quien considera la norma jurídica como un juicio, en lugar de considerarlas ‘disposiciones’.⁴³

-su concepción de la coacción como contenido esencial del derecho, y la consiguiente priorización de la norma primaria sobre la secundaria⁴⁴

La primera crítica es sin duda certera, al punto que por la misma época, Kelsen ha modificado su posición, alcanzando una neta distinción entre *norma*, que es una prescripción o disposición, y *regla de derecho* o *proposición normativa* o *descripción de una norma*, que es –esta sí– un juicio acerca de la validez o existencia de una norma.⁴⁵ En cuanto a la otra crítica, el punto no ha sido modificado por Kelsen, y constituye una crítica externa a la teoría.

En el período que consideramos, Llambías publica una nota crítica sobre la TPD-1 editada en Argentina. Importa señalar que en dicha nota señala la necesidad de conocer también los Hauptprobleme de Kelsen de 1911, obra entonces sólo conocida en alemán, y que obviamente Llambías había estudiado.⁴⁶

Recepción en otros campos de estudio del derecho.

El procesalista Eduardo J. Couture fue uno de los principales conocedores, difusores y aplicadores de las ideas kelsenianas. Tanto en la docencia, como su labor técnico-legislativa⁴⁷, como en su obra científica⁴⁸, Kelsen está siempre presente. Por ello no debe extrañar que Couture, hombre de una cultura y rigurosidad científica admirables, haya sido el anfitrión de Kelsen en Montevideo. Estaba programado que Couture conociera a Kelsen en un Curso de Verano a dictarse en México el año 1947 junto con otros profesores eminentes⁴⁹, pero Kelsen debió cancelar su viaje en virtud de haber contraído una enfermedad.⁵⁰ El encuentro finalmente se produciría en Montevideo, dos años después.

En un trabajo de 1944 sobre el estado del arte de la ciencia jurídica, Couture decía:

*“Kelsen con su pureza metódica provocó una revolución cuyas trepidaciones se perciben todavía. Fruto angustioso de la postguerra, se dice, carece de consistencia y ha desaparecido con ese mundo. (...) Pero lo cierto es que el mundo contemporáneo no ha dado hasta ahora ninguna figura que le suplante. (...) Sus adquisiciones, aún las que no se comparten, quedarán para siempre señalando una etapa en el desenvolvimiento del fenómeno jurídico”*⁵¹

En el derecho internacional, comienza un largo período de influencia de Eduardo Jiménez de

Aréchaga (1918-1994)⁵² -primo del profesor de derecho constitucional- quien siguió luego una brillante carrera académica internacional, que culminó como juez de la Corte Internacional de La Haya por dos períodos, el último de los cuales como presidente. En sus obras Jiménez de Aréchaga acepta en buena medida las tesis kelsenianas⁵³ y se ha manifestado como un admirador de la figura de Kelsen⁵⁴.

La visita de Kelsen al Uruguay y la polémica con Cossio⁵⁵

El vínculo de Kelsen con Uruguay llegará a su máxima intensidad durante su gira académica sudamericana. En efecto, el 1º de agosto de 1949 llega a Uruguay, siguiendo luego a la Argentina, donde estará hasta el 25 de ese mes (salvo una breve escapada a Montevideo el 15 de agosto), viajando luego a Brasil, donde permanecerá hasta el 1º de setiembre.

Kelsen viajó especialmente desde Buenos Aires para dictar una conferencia en la Universidad, siendo presentado por el entonces catedrático de Filosofía del Derecho, Antonio M. Grompone, quien en su breve presentación, refleja muy bien la ambigua postura de la academia uruguaya: admiración por el profesor, y rechazo de la teoría:

“Las ideas de Kelsen son expuestas y discutidas en las clases, en los libros, hasta en la jurisprudencia de nuestros tribunales. Sería inocuo si no fuera pedantesco, pero más que nada sería dar a Kelsen mismo una falsa concepción de nuestra realidad, el exponer aquí sus ideas directrices o discutir sus conclusiones. Mis palabras tienen otro objeto: el dar una breve noción del estado espiritual en el que vamos a situarnos todos.

El maestro debe ver en este acto un índice claro de nuestra modalidad: lo presenta un profesor que tiene distinta formación espiritual y que aún reconociendo la indiscutible jerarquía del hombre, de las ideas y el sentido que ellas han tenido en la investigación jurídica, las opone a otras concepciones y a otras orientaciones, aunque todas conducen a un mismo destino, cualquiera sean las divergencias: la búsqueda de un principio superior para la convivencia humana, porque en todos los sistemas cuando se ahondan surge la necesaria y esencial armonía de la fórmula jurídica con la idea de justicia.

*Más fuerte que toda otra cosa es esta nuestra auténtica tradición universitaria; lo que constituye la esencia de nuestra estructura espiritual y que no puede ni debe ser desviada: la libre discusión de todas las ideas, el respeto a todos los hombres que piensan de buena fe, la seguridad de que todos nos encontramos unidos en el camino de la libre investigación honradamente hecha. Es decir, una Universidad libre, de pensamiento libre.”*⁵⁶

A continuación, Kelsen comenzó su conferencia titulada “La doctrina del Derecho Natural ante el tribunal de la ciencia”, texto por entonces aún inédito⁵⁷ que leyó en francés, para facilitar la comunicación con su auditorio.

Posteriormente el Prof. Eduardo J. Couture, principal anfitrión de Kelsen, dejó su testimonio del acontecimiento: “Se compartan o no las ideas de Kelsen, forzoso es reconocer que su presencia en el Paraninfo, constituyó un acontecimiento para la Facultad, por la calidad de la disertación, por la numerosa concurrencia, por el respeto con que fue oído y por el cálido aplauso con

*que fue saludado en el instante en que iba a iniciar su conferencia”*⁵⁸.

En cuanto a la difusión en nuestro país, cabe mencionar que con motivo de la visita de Kelsen se publicó un texto de Kelsen sobre filosofía política⁵⁹ y además aparecen tres reseñas bibliográficas sobre la obra de Kelsen⁶⁰.

La prensa diaria refleja el acontecimiento, publicando diversas notas en días subsiguientes, dando cuenta de la trascendencia de la visita de Kelsen.

Recepción de Kelsen a nivel institucional

Durante su estada en Montevideo, el profesor titular de Derecho Internacional, que además era abogado de Estado, Dr. Eduardo Jiménez de Aréchaga⁶¹ le solicitó una opinión consultiva a Kelsen para ser presentada en el litigio que el Estado Uruguayo mantenía con los armadores italianos del buque Fausto capturado durante la guerra⁶².

Todavía, en 1951, al discutirse una nueva constitución, se proyectó un artículo previendo la contratación de profesores extranjeros (Art. 76 inc. 2º de la Constitución vigente). Uno de los constituyentes -el Senador Chouhy Terra- esgrimió como argumento que “...*este artículo ha sido sugerido por la Facultad de Derecho y que su finalidad inmediata sería la contratación de Kelsen para la cátedra de derecho público. Si éste es el motivo en este artículo, lo votaré a dos manos...*”⁶³.

RECEPCIÓN ACADÉMICA DE KELSEN ENTRE 1958 Y 1973

Contexto de difusión

Este período se caracteriza por algunos acontecimientos importantes:

a) liquidada la polémica con Cossio, Kelsen vuelve a interesarse en los debates teóricos en Europa, donde intensifica su presencia. En especial se interesa en los problemas de lógica y derecho. El interés de Kelsen por latinoamérica sólo volverá con su visita a México en 1960.

b) en la Argentina post-Cossio, se instala la interpretación analítica de Kelsen, que dará lugar a una de las escuelas más fecundas de teoría del derecho, acompañada por una gran producción teórica. Fruto de este nuevo giro, son la edición en español de la versión francesa de la TPD-1.5, hecha por Thévenaz en 1953.⁶⁴ Dada la despreocupación que existía en nuestra Facultad por la teoría y la filosofía del derecho, esta edición tuvo el efecto negativo de ocultar la aparición -el mismo año- de la 2ª edición de la Teoría Pura en alemán, y que fuera traducida en 1962 al francés y al portugués. La traducción francesa de 1962 -adquirida ese mismo año por la Biblioteca de la Facultad de Derecho- permaneció intocada hasta la década del '90!. Si nuestros profesores la hubieran leído, podrían haber tomado contacto con la evolución más reciente de la teoría pura. Por esa época, y con motivo de la visita del Prof. Gros Espiell a Kelsen en 1962, éste envía un trabajo para su publicación en la Revista de la Facultad, en recuerdo de su visita.

c) con el triunfo de la Revolución Cubana (1-1-1959), se entra en un período de gran activismo ideológico, especialmente en las universidades. Esto promueve la difusión de las versiones críticas de Kelsen provenientes de la izquierda.

Contexto de recepción en Uruguay

La nueva etapa en la difusión del pensamiento kelseniano en latinoamérica, se encuentra con cambios importantes también en Uruguay:

a) finaliza el período de esplendor, y se producen cambios políticos históricos. Existe una generalizada conciencia de que el “modelo uruguayo” entra en un prolongado período de crisis económica y política, en el cual se verá aparecer la guerrilla urbana de izquierda y movimientos de derecha que alientan el golpe militar.

b) La universidad logra un estatuto plenamente autonómico, lo cual coincide con el aumento de la influencia de la revolución cubana en las capas intelectuales.

c) Comienza un período fermental de discusión en torno al derecho y a la renovación de la enseñanza del derecho. Ahora el centro de referencia pasa a ser Chile, que se encamina hacia la primera experiencia de un gobierno de izquierda por vías democráticas en latinoamérica (1970). En un segundo plano, están las discusiones generadas por la la Revolución Peruana de 1967. Esto alienta la difusión en Uruguay de las críticas que la izquierda europea dirige a la teoría pura de Kelsen ⁶⁵.

Recepción de Kelsen en el Derecho Público

La renuncia de Jiménez de Aréchaga a la cátedra de derecho constitucional (1958) produce un importante recambio. Una nueva generación de constitucionalistas asume la responsabilidad en una Facultad en constante crecimiento: Aníbal L. Barbagelata ⁶⁶, Héctor Gros Espiell ⁶⁷, Alberto Ramón Real ⁶⁸, Horacio Cassinelli Muñoz ⁶⁹, Alberto Pérez Pérez, Miguel A. Semino, José L. Bruno, etc. todos los cuales se acercan a Kelsen, o al menos a alguna de las interpretaciones que de él circulan en latinoamérica.

En el derecho administrativo, en cambio, luego de la muerte del gran maestro Sayagués Laso (1965), aparecen diversas influencias: doctrina francesa, corrientes jusnaturalistas originadas en Argentina y en Chile, e incluso algunas de orientación de izquierda.

En el campo del derecho financiero, la figura dominante es el prof. Ramón Valdés Costa, quien se muestra como un seguidor bastante estricto de la teoría general kelseniana.

En derecho penal, ejerce una gran influencia el penalista argentino Sebastián Soler, amigo personal de Kelsen y autor de una muy particular interpretación conceptualista de la teoría pura. A mi juicio, sus resultados son totalmente opuestos al proyecto kelseniano, razón por la cual no puede considerarse más que como una recepción desviada del kelsenismo.

En el campo del derecho procesal, la influencia de Couture que se había interesado vivamente por las investigaciones kelsenianas, y se ubicaba muy cerca de su tesis, sigue siendo muy importante. Los trabajos de los sucesores de Couture (Enrique Vescovi, Barrios de Angelis, Tarigo y Gelsi Bidart) son típicamente positivistas, sin mayor precisión teórica.

Recepción de Kelsen en la filosofía del derecho uruguayo.

Con la muerte de Grompone (1965), se hacen cargo de la cátedra de Filosofía del Derecho los

profesores Esther Aguinsky y Julio Luis Moreno, los cuales introducen decididamente el estudio de las corrientes neo-kantianas, fenomenológicas y existencialistas.

En el caso de Julio Luis Moreno, si bien en su tesis de habilitación docente intenta una interpretación “existencialista” del fenómeno jurídico, superadora del “mero normativismo”, en verdad sus clases se basan en la teoría pura del derecho.

En el caso de Aguinsky, sus preferencias por la fenomenología se vinculan con la muy “latinoamericana” búsqueda de conciliar a Kelsen con una filosofía de los valores. En su caso, el programa de Recasens Siches es el preferido.

Una difusión más amplia del neo-kantismo y de las corrientes fenomenológicas próximas al mismo, recién se podrá conocer en Uruguay a partir de la muerte de Grompone (1965) por quienes le suceden: los profesores. A pesar de que a partir de entonces la exposición de la obra de Kelsen es más adecuada, es notorio que trabajan sobre las lecturas mexicanas de Kelsen (García Máynez y Recaséns Siches),

El año 1969 se publican dos trabajos de habilitación docente de singular importancia, dado que sus autores son dos jóvenes juristas que se orientan en una dirección nueva, que trabajan sobre textos originales en alemán: Enrique Pedro Haba⁷⁰ y Aníbal del Campo⁷¹, en los cuales, sin embargo, se sigue ignorando la existencia de la 2ª edic. de la TPD. Con todo, el trabajo de Haba significa lo que podríamos llamar una primera “recepción” en sentido estricto, en la medida que contiene una comprensión a fondo del pensamiento de Kelsen, y emprende una crítica razonada del mismo.

Recepción de Kelsen a nivel institucional

Otro punto interesante de este período lo constituye las referencias a Kelsen en el marco de los debates sobre cuestiones curriculares en Derecho. En 1964, en cuando debía comenzar a dictarse una nueva asignatura denominada “Teoría General del Derecho”, se citó frecuentemente a Kelsen para explicar el significado de esta asignatura. Pero sus ideas fueron objeto de nuevas discusiones en oportunidad del intenso debate habido entre 1968 y 1971 en torno a la reforma curricular de la Facultad de Derecho, promovida por corrientes críticas de izquierda, uno de cuyos ejes consistía en definir el rol del Derecho en la sociedad y la historia, y consiguientemente, determinar qué papel debían jugar las ciencias sociales en la formación de los juristas. Allí se discute la postura kelseniana, como una vía intermedia entre la vieja dogmática (dominante en la Facultad) y las posturas críticas impulsadas desde los sectores de orientación marxista.⁷²

Conclusiones sobre este período.

En términos generales, podemos decir que la dogmática uruguaya:

a) es decididamente positivista, y por consiguiente Kelsen es ya es un referente indiscutido, aunque su aceptación tiene un carácter difuso, sin precisión teórica, y muchas veces intentando conciliaciones difíciles de justificar.

b) si algo caracteriza a toda la producción iusfilosófica en Uruguay es que no va más allá del

manejo de la Teoría Pura de 1934, la Teoría General del Derecho y del Estado (1945) o el mejor de los casos, la versión francesa de 1953; todos ellos ignoran olímpicamente la publicación de la 2ª edición de 1960, y en especial, su temprana traducción al francés y al portugués en 1962. Tampoco se toma nota de la lectura analítica que venía haciéndose en Buenos Aires desde la década de los '50s, a manos de Ambrosio Gioja, y una pléyade de seguidores.

c) Cuando comenzaba un período de conocimiento y discusión más interesante de Kelsen, sobreviene la dictadura uruguaya, que produce un quiebre drástico de medio académico y sus líneas evolutivas.

KELSEN DURANTE LA DICTADURA EN URUGUAY (1973-1985)

Contexto de difusión

Con la instauración de la dictadura en la Argentina (1976-1983) se produce la diáspora DE buena parte de la gran escuela de teoría analítica del derecho argentina, que pasa a difundir su interpretación analítica de Kelsen en distintos ámbitos, en especial México ⁷³, Brasil ⁷⁴, Italia ⁷⁵ y España ⁷⁶. Esto produce una amplia difusión y discusión de una versión más adecuada de la Teoría Pura, y de sus textos póstumos. No es una exageración decir que poco tiempo después la influencia argentina provocará un giro significativo en la teoría del derecho en todos esos países.

Contexto de recepción: una parábola

Cuando Kelsen murió –el 19 de abril de 1973- la democracia uruguaya se encaminaba inexorablemente también a su muerte, que ocurriría el 27 de junio de 1973. Este día, el Presidente Bordaberry –electo en 1972-, carente de respaldo parlamentario, y previo acuerdo con los sectores golpistas de las Fuerzas Armadas, procedió a disolver el Parlamento y las representaciones locales, intervino la Universidad, y prohibió el funcionamiento de los partidos políticos y los sindicatos.

En medio del derrumbe institucional, los medios de prensa hicieron referencia a la muerte de Kelsen, reconociendo su importancia, sin distinción de orientación política ⁷⁷. En el curso de Derecho Público [Derecho Constitucional] de la época, el Prof. José Luis Bruno se refirió a Kelsen como “*el mayor jurista de este siglo*”, ante quien “*se inclina reverente la ciencia del derecho*” ⁷⁸.

El régimen dictatorial no apeló explícitamente a una única filosofía política o jurídica legitimatoria, sino que se justificó en la “doctrina de la seguridad nacional” y la “lucha contra el comunismo”. Entre sus integrantes había distintas orientaciones de filosofía política ⁷⁹. Por consiguiente, con la intervención de la Facultad de Derecho no se llegó al punto de imponer una “doctrina oficial” (que -como vimos- tampoco existía), pero sí se prohibieron textos marxistas o supuestamente izquierdistas o peligrosos, se destituyó a profesores ⁸⁰, y se nombró a otros que carecían de méritos para ello. Con todo, entre los juristas más allegados al régimen primaban las ideas jusnaturalistas.

Con respecto a Kelsen, cabe señalar que su teoría se siguió enseñando en los cursos ordi-

narios, pero la oposición democrática, muchas veces invocaba a Kelsen como pensador democrático ⁸¹, aún cuando, a veces se invocaban tesis suyas de manera equivocada, para defender las libertades ⁸².

Sin embargo, el acontecimiento más importante en este período –en lo tocante a Kelsen– es la respuesta académica a una encuesta internacional lanzada por el Instituto Hans Kelsen de Viena en 1979, en la cual se pretende “sepultar” científicamente la teoría pura de Kelsen. Parecería que tras el intento de enterrar a la democracia en 1973, la dictadura también intentó sepultar también a Kelsen. La importancia de este asunto, amerita un tratamiento por separado en el siguiente apartado.

Un intento anti-científico de refutar la teoría kelseniana.

En respuesta a la referida encuesta internacional, el Prof. Julio A. Prat (1922→199?) realizó un trabajo –según éste entendió– sobre “la posible recepción de la teoría de la norma fundamental de Kelsen en Uruguay”⁸³, para lo cual requirió la colaboración de otros profesores ⁸⁴.

Este trabajo se compone de una brevísima nota preliminar, seguida de dos partes. En la nota preliminar, se informa que en Uruguay se “practica la exposición y el análisis de la ‘Teoría Pura del Derecho’ en diversas asignaturas de los planes de estudios de la Facultad de Derecho”, agregándose que en la primera parte sólo se informará de “la proyección de la *Reine Rechtslehre* en el –ámbito de los derechos administrativo y constitucional”, mientras que en la segunda parte se hará “una referencia a preceptos del derecho positivo uruguayo vigente que se relacionan con uno de los dualismos magistralmente analizados por Kelsen: derecho natural y derecho positivo” ⁸⁵

En la primera parte se transcriben opiniones de Justino Jiménez de Aréchaga, Anibal Luis Barbagelata, Alberto Ramón Real, el propio Julio A. Prat, Enrique Sayagués Laso y Aparicio Méndez, todas ellas demostrativas del rechazo de diversas tesis kelsenianas. ⁸⁶

En la segunda parte, se citan las “normas constitucionales vigentes en Uruguay que implican recepción del iusnaturalismo”: los artículos 72 y 332.

La crítica dirigida contra la teoría pura de Kelsen luce poco documentada (se ignoraba totalmente la existencia de la TPD-2 de 1960 y otras obras fundamentales), y la argumentación resultaba contradictoria y falta de sustento teórico actualizado, limitándose a reiterar algunos lugares comunes de la vulgata antikelseniana. Dado que hemos ya ensayado la refutación de este trabajo de Prat et al., en un trabajo anterior ⁸⁷, nos remitimos al mismo.

KELSEN LUEGO DE LA RESTAURACIÓN DEMOCRÁTICA EN URUGUAY

Contextos de difusión y de recepción

El restablecimiento de la democracia en Argentina (1983) significó el resurgimiento de la escuela analítica de Buenos Aires, que además jugó un papel muy importante en el gobierno del Presidente Alfonsín y los juicios a las Juntas Militares.

Cuando se restableció la democracia en Uruguay (1985), los profesores de filosofía del derecho establecieron vínculos más estrechos con sus colegas argentinos, y nuestro País pasó a ser una

sección de la Asociación Argentina de Filosofía Jurídica y Social, que era miembro de la IVR.

Comienza así un proceso paulatino de apertura al movimiento teórico que venía desarrollándose en el mundo, gracias a esta vinculación con la comunidad jusfilosófica argentina, con altos exponentes a nivel internacional, que a su vez, convocaban la presencia de importantes profesores europeos y norteamericanos.

En este marco es que irá conociéndose las novedades en la obra de Kelsen, en especial la paulatina publicación de su “nachlass” (legado de inéditos).⁸⁸

Recepción en la filosofía del derecho

Al comienzo de período considerado, la filosofía uruguaya se mantiene todavía dentro de estrecho horizonte de la teoría pura de 1953, como resulta de una exposición del año 1984 cuya autora considera que “representa una síntesis final casi del pensamiento de jurista austríaco”⁸⁹. Más sorprendente es que en otra exposición sobre Kelsen del año 1985 –también destinado al uso estudiantil– sobre la base del mismo texto de 1953, se incurre en groseras deformaciones, al calificar a Kelsen como partidario de un “*esencialismo jurídico*”, atribuyéndosele sostener que “*la norma jurídica (...) es un acto de creación, de voluntad*”⁹⁰.

Habiendo fallecido el prof. Moreno (1980), la Profesora Esther Aginsky (1925→1999) queda como única titular de las cátedras de Filosofía y Teoría del Derecho, manteniendo su alineamiento en la corriente fenomenológica, que resultaba compatible con la versión “latinoamericana” de Kelsen. A ella se debe la aproximación a la jusfilosofía argentina, que resultó muy beneficiosa para nuestra comunidad jusfilosófica, si bien nunca llegó a compartir su postura epistemológica.

En 1993 la prof. Aginsky es sustituida en la cátedra por el Prof. Hugo Malherbe (1927→1999), que repondía más a la línea germánica abierta por Llambías de Azevedo. Malherbe es un buen expositor de Kelsen, pero sus intereses filosóficos están en las antípodas de las pretensiones cientificistas de la teoría pura. En su lugar, promueve el estudio de las cuestiones filosóficas vinculadas al derecho, apelando fundamentalmente a las corrientes dialécticas y hermenéuticas, con especial referencia a Kant, Dilthey, Heidegger, Gadamer, etc..

En 2001 obtiene por concurso la cátedra de Filosofía y Teoría del Derecho el prof. Oscar Sarlo. Sin abandonar las líneas propuestas por Malherbe, Sarlo profundiza el estudio de la obra de Kelsen, procurando salvar el profundo vacío que su desconocimiento había generado en el Uruguay. El resto de los profesores actuales⁹¹, si bien no se dirían kelsenianos estrictos, trabajan dentro de la tradición positivista o analítica, con cierta amplitud.

Como viene de señalarse, la intensificación de los contactos con la comunidad jusfilosófica argentina (caracterizada por apasionadas polémicas entre positivismo y jusnaturalismo) brinda la oportunidad de conocer mejor la última producción kelseniana, así como los debates en torno a ella.

Habrá que esperar hasta el año 1987 para los frutos de ese intercambio, al ver citada por primera vez la 2ª edición de la TPD (1960). En efecto en su tesis de habilitación docente el

prof. Marcelo Cantón (1955) analiza el problema de la validez y la eficacia de una norma aislada. Allí se acusa la novedad que ha introducido Kelsen en la segunda edición, acerca de la incidencia de la eficacia sobre las normas aisladas ⁹². La exposición resulta respetuosa y bien informada con debates más recientes, donde se advierte ya la influencia de la escuela analítica argentina.

Desde su incorporación al equipo docente de Filosofía de Derecho, el Prof. Oscar Sarlo (1949→) ha destinado un particular interés a la discusión ⁹³ y difusión ⁹⁴ de las tesis kelsenianas, así como su contrastación con los autores más modernos.

Recepción de Kelsen en la dogmática uruguaya.

El período que se inicia con el retorno a la democracia, puede caracterizarse por las siguientes notas en lo referente a la recepción de la obra de Kelsen en la dogmática publicista.

En el campo del Derecho Constitucional no se profundizan las cuestiones teóricas, y Kelsen se expone sistemáticamente. Un sector de los docentes ⁹⁵ pueden situarse vagamente dentro de la tradición kelseniana, mientras que ⁹⁶ asumen una posición vagamente iusnaturalista liberal, sin entrar en polémica directa con la teoría pura del derecho.

En el Derecho Administrativo se ha profundizado la corriente iusnaturalista insinuada durante el período anterior ⁹⁷, sin perjuicio de posturas integradoras ⁹⁸ y positivistas ⁹⁹.

e) En el campo del derecho internacional si bien se mantiene la influencia de Eduardo Jiménez de Aréchaga (fallecido en 1994), sus continuadores no muestran una adhesión explícita a la concepción kelseniana, aunque se mueven dentro de la concepción técnico-jurídica del derecho internacional que impulsara Jiménez de Aréchaga.

Recepción de Kelsen a nivel institucional.

De tanto en tanto, nuestra jurisprudencia cita opiniones teóricas de Kelsen, al modo que se invoca la autoridad de un clásico.

Una sentencia de la jurisdicción penal recaída en una causa por extradición de represores de la dictadura, requeridos desde Argentina, utiliza frecuentemente la Teoría Pura del Derecho de Kelsen (ed. Francesa de 1953) para fundar la primacía del derecho internacional sobre el nacional, que ha dispuesto la caducidad de esos delitos. ¹⁰⁰

Se han citado las categorías kelsenianas para delimitar nuestro régimen de control de constitucionalidad (que no sigue el modelo kelseniano) en diversos fallos ¹⁰¹

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo, encargado del control jurisdiccional de regularidad de los actos de la administración, ha recurrido a Kelsen para explicar el “principio de jerarquía de las normas” sobre el cual fundará el acogimiento de la pretensión anulatoria ante la contradicción existente entre una norma legal y una norma reglamentaria. ¹⁰²

A nivel parlamentario las referencias a Kelsen son frecuentes, dado que han integrado las cámaras docentes de alto nivel ¹⁰³.

EL PAPEL DE LA REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

Durante los 80 años de existencia que celebramos, la Revista de la Facultad de Derecho estuvo íntimamente ligada al desarrollo institucional del país. Ello explica que los años de anomalía institucional se reflejen en largos silencios y desorden en su régimen de publicaciones. Una somera reconstrucción nos muestra la siguiente evolución:

Época	Años	Tomos	Dirección
1 ^a	1932-1933	Año I	Emilio Frugoni
	1936	No indica	Carlos M. Prando
2 ^a	1950-1959	I a X	Sayagués Laso
	1960-1969	XI-XX	Sagunto Pérez Fontana
	1970	XXI	Saúl Cestau
	1971	XXII	Eusebio Rodríguez Gigena
3 ^a	1975	XXIII	Sagunto Pérez Fontana
4 ^a	1980	XXIV	Miguel González Bocage
	1982-1983	XXVI	Héctor Frugone Schiavone
	1985	XXVII	Dirección colectiva
5 ^a	1991	Nº 1 ...	Dirección colectiva

Con respecto a la recepción de Kelsen, es interesante señalar —y así se refleja en las referencias que lucen en nuestro trabajo— que durante la primera época es prácticamente nula. Las menciones a Kelsen aparecen antes en la Revista de Derecho Jurisprudencia y Administración o en la Colección Abadie-Santos, y aún en la Revista del Centro de Estudiantes de Derecho, que estaban más atentas a los movimientos en el campo de las ideas, y que destinaban secciones especiales para el “monitoreo” de las novedades bibliográficas.

En cambio, con la segunda época, bajo la conducción magistral de Enrique Sayagués Laso (1950-1959) cuya gestación coincidió con la visita de Kelsen a Montevideo, la Revista adquiere una presentación, una estructura, y una regularidad, al nivel de las mejores revistas jurídicas europeas. Allí aparecen artículos de interés teórico, que citan frecuentemente a Kelsen. Dentro de la misma época vendrá luego los 10 años de dirección de Sagunto Pérez Fontana (1960-1969) la presencia de Kelsen ya se hace más notoria, incluyendo la aparición del ya mencionado trabajo que Kelsen obsequiara a la Revista en recuerdo de su visita. Además, en ese período de gran efervescencia intelectual y política, aparecen algunas de las mejores discusiones sobre la teoría de Kelsen, que demuestran la profundización de su recepción en nuestro medio. Aún en los años finales de esta época, en que se suceden las direcciones de Saúl Cestau (1970) y Eusebio Rodríguez Gigena (1971) aparecen las discusiones sobre el pensamiento de Kelsen vinculado al gran debate que precedió la reforma del Plan de Estudios de 1971, según ha sido ya referido en este trabajo.

Advenido un nuevo período de anomalía institucional, la Revista entró en un camino tam-

bién anómalo, con las direcciones de Sagunto Pérez Fontana (1975), Miguel González Bocage (1980), y Héctor Frugone Schiavone (1982-3), sin ningún rigor en su presentación, totalmente caótica en sus secciones, y sin mantener una frecuencia razonable.

Reinstalada la democracia, la revista reaparece en 1985, pero ahora bajo una dirección colectiva, y manteniendo la numeración correlativa con la serie anterior. Se advierte un mejoramiento notorio en la calidad de la revista, aunque con problemas de continuidad.

En 1991 sufrirá una nueva transformación. Coincidiendo con que desde la creación de la Facultad de Ciencias Sociales, la nuestra pasó a denominarse Facultad de Derecho, se lanzó una nueva época, a partir de la cual adopta la numeración correlativa, tratando de mantener el ritmo de dos números por año. Sin haber recobrado nunca el rigor que le había impreso Sayagués Laso, la revista mantuvo su apertura académica, a distintas temáticas, y también a distintos niveles de calidad académica. En este largo período de normalidad, no ha faltado, como es lógico, la discusión de las ideas de Kelsen. Pero debe señalarse, también, que el panorama de las revistas jurídicas en el Uruguay había cambiado radicalmente. Las viejas publicaciones donde había aparecido por primera vez el nombre de Kelsen, habían desaparecido, y en su lugar se había producido una explosión de nuevas publicaciones, de muy diverso porte y frecuencia, que reflejan el desarrollo y especialización del campo jurídico.¹⁰⁴

CONCLUSIONES

Del estudio realizado pueden extraerse algunas conclusiones, unas específicas para nuestro país, y otras generalizables a la recepción latinoamericana de Kelsen.

1º) las primeras noticias de Kelsen en nuestro medio se tuvieron a través de las revistas francesas e italianas, y luego por las primeras traducciones y comentarios hechos en España a partir de 1930.

2º) el principal interés despertado por Kelsen fue con su teoría constitucional y su teoría de la democracia, por la existencia de una especial inquietud constitucional y política en América Latina en esa época.

3º) la teoría pura, como tal, empieza a conocerse mejor a partir de la presencia en el país de los emigrantes europeos que conocían bien su problemática (Goldschmidt, Treves). Sin embargo todos ellos, si bien tenían en alta estima la jerarquía de Kelsen, portaban visiones escépticas acerca de la teoría pura, pues la asociaban con la crisis de la racionalidad europea que se estaba viviendo. El impacto de la Guerra Civil española también conspiró contra la recepción desapasionada de la teoría pura; su aprecio fue eclipsado por la figura más comprometida políticamente de Hermann Heller, exiliado en España y fallecido tempranamente allí (1934).

4º) a partir de la imposición del fascismo en toda Europa, y el traslado de Kelsen a EEUU, la traducción, edición, difusión y discusión de sus obras se traslada a dos grandes centros académicos: Buenos Aires y México, aunque éste en buena medida en manos de exiliados españoles. Ambas usinas generaron toda una comprensión distorsionada de la teoría pura. En Buenos Aires,

dominando la escuela egológica de Carlos Cossio, se pretendió reducir la teoría pura a una lógica jurídica inexistente por entonces y negada por Kelsen; en México se intentaba amalgamar la teoría pura con un iusnaturalismo vinculado a la filosofía de los valores a los cuales no se quiere renunciar a ningún precio. Ambos proyectos, partían de una incompreensión básica (o rechazo no reconocido) del programa kelseniano, que estaba únicamente interesado en los problemas epistemológicos de la ciencia jurídica.

5º) Hacia 1956, cuando Ambrosio Gioja sucede a Cossio en la Universidad de Buenos Aires, comienza el giro analítico en la interpretación de Kelsen, dando lugar a una de las más originales e influyentes escuelas de teoría del derecho en el mundo. A fines de los años 60 se conocerán algunas de las más interesantes y profundas discusiones teóricas en torno a Kelsen, que hubieran seguramente desembocado en una apertura al pensamiento argentino. Pero las pasiones políticas desplazaron los intereses teóricos, y luego quedará todo silenciado con el advenimiento de la dictadura. Así, hasta el año 1984, la doctrina uruguaya ignoró olímpicamente lo que estaba sucediendo en el campo teórico argentino. Habrá que esperar hasta ese año para que comenzara una muy lenta apertura que aún hoy registra significativas omisiones.

6º) En general para los juristas dogmáticos no es “de buen gusto” aceptar lisa y llanamente las duras tesis epistémicas de Kelsen (como por ejemplo “la sentencia es creadora de derecho”), que corresponden a un nivel de discurso meta-dogmático. Pero, dejando de lado estas posturas explícitas, puede observarse que –como sucede con todos los clásicos- nuestra dogmática utiliza –muchas veces sin saberlo o sin querer admitirlo- categorías e hipótesis teóricas provenientes de la elaboración kelseniana, como por ejemplo los ámbitos de validez para describir disposiciones, la estructura jerárquica del sistema normativo, la clasificación de las normas, el criterio procedimental de validez (en lugar de los criterios jusnaturalistas), etc.¹⁰⁵ Otras veces, puede advertirse que nuestros profesores combaten un Kelsen inexistente, creado por la mediación de juristas españoles y latinoamericanos, que interpretaron a Kelsen según sus intereses y condicionantes culturales. Otras veces, como hemos visto en este estudio, le reprochan a Kelsen que su teoría no sirve para lo que no fue pensada¹⁰⁶. Un auténtico diálogo con la teoría kelseniana –para evaluar su proyección latinoamericana- tiene aún mucho por recorrer, que en todo caso requiere previamente un estudio y comprensión serios de la misma. La escuela analítica argentina ha llevado a su máxima expresión el desarrollo de los aspectos epistémicos de la teoría kelseniana, pero quedan aún los desarrollos del abordaje marxista de Correa, las posibilidades semióticas abiertas por Luis Alberto Warat, y sobre todo el replanteamiento socio-cultural lanzado recientemente por el profesor colombiano Diego López Medina¹⁰⁷.

7º) En la difusión y recepción de la obra de Kelsen la Revista de la Facultad de Derecho en su primera época (1932-1936) jugó un papel nulo, no sólo por su discontinuidad, sino porque sus intereses estaban focalizados en el desarrollo de temáticas prácticas o puramente dogmáticas. En cambio, la segunda época de la Revista (1950-, cuya gestación coincide con la época más brillante de nuestra Casa de Estudios y la visita de Kelsen a Montevideo (1949)

Dejando de lado las polémicas teóricas o ideológicas, puede decirse que existe una generali-

zada admiración y repeto por su significación intelectual y moral. Si prescindimos de la incompreensión académica de su propuesta epistemológica, Kelsen goza de una imagen altamente positiva en ambientes académicos y en aun en la opinión pública culta, a juzgar por su frecuente mención en columnas periodísticas y editoriales de nuestra prensa aludiendo a su condición de demócrata insobornable y lúcido. Seguramente él se hubiera sentido orgulloso de ello.

REFERENCIAS

¹ Adopto como marco teórico la llamada teoría o estética de la “recepción literaria”, cuyas categorías de análisis estimo aplicables –mutatis mutandi- a la difusión de la literatura científica. De ahí que algunos epistemólogos hablen de “contexto de difusión” de las teorías, junto a los más conocidos contextos de descubrimiento, de justificación y de aplicación.

² Por una cuestión de espacio, y por ser suficientemente conocido, no me ocuparé de contexto de producción de la obra kelseniana.

³ Eckhoff, Torstein, *Impartiality, Separation of Powers, Judicial Independence*, in: *Scandinavian Studies in Law*, 9, 1965, pp.11-48. La cita de Samuel I. Shuman proviene de: “Philosophy and the Concept of judicial Independence”, *Wayne Law Review*, 1962, vol. 8.

⁴ El primer texto kelseniano que registra nuestra Biblioteca universitaria es “Diritto pubblico e privato” (1924), y luego ya sigue un aluvión de textos en francés “Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public” (1926), “Compendio esquemático de una teoría general del Estado” (1928). *Théorie Générale de Droit international public. Problemes choisis* (1932); *El método y los Conceptos fundamentales de la Teoría Pura del Derecho* (que es –salvo el capítulo sobre el Derecho Internacional- un adelanto de la 1ª edición de la TPD) (1933); *Esencia y valor de la democracia* (1934) *Teoría General del Estado* (1934); “La technique du droit international et l’organisation de la paix” (1934), “Contribution a la théorie du traité international” (1936); “Droit et Etat du point de vue d’une théorie pure du droit” (1936). Los detalles de todas estas publicaciones (originales o traducciones) pueden verse en *Die chronologische Bibliographie von Hans Kelsen*, realizada por el Hans Kelsen-Institut de Viena, en <http://www-bunken.tamacc.chuo-u.ac.jp/scholar/morisue/datei.htm>.

⁵ Recaséns Siches, L., *Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico -cap. v-*, Barcelona, 1928; Prefacio de “Compendio esquemático de una teoría general del Estado”, 1928, y “Estudio preliminar sobre la Teoría Pura del Derecho y del Estado”, versión ampliada del anterior, como prólogo a la 2ª ed. del Compendio de una teoría general del Estado, Bosch, Barcelona, 1934. Legaz y Lacambra, L., *Kelsen: Estudio crítico de la teoría pura del Derecho y del Estado do la Escuela de Viena*, Bosch, Barcelona, 1934. Fernando de los Ríos, es –quizás- el autor de la primera crítica en español desde la izquierda, en su conferencia del 31-5-1929 en la Real Academia de Jurisprudencia de Madrid, sobre el tema “El sentido jurídico de Poder”, que tuvo repercusión en la prensa: cfr. *Diario ABC* de la fecha, p. 22.

⁶ Eisenmann, Ch., *La Justice Constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d’Autriche*, Paris, LGDJ, 1928, con un amplio Prefacio de Kelsen.

⁷ En 1930 se publica en Montevideo una conferencia del Prof. Alberto J. Rodríguez, de Buenos Aires, en la cual destaca “el normativismo” iniciado por Kelsen en Viena. Ver: Rodríguez, A.J., *Actualidad de la Filosofía del Derecho*, en *RDJA*, t. 32, pp. 393-396. El prof. Carlos Cossio comienza a difundir intensamente la obra de Kelsen a partir de 1934 al hacerse cargo de la cátedra de la Universidad de La Plata. Sobre los tempranos contactos entre Kelsen y Cossio, ver: Sarlo, Oscar, *La gira sudamericana de Hans Kelsen en 1949. El ‘frente sur’ de la teoría pura*. In: Gregorio Peces-Barba, Javier De Lucas (Org.). *El Derecho en Red. Estudios en Homenaje al profesor Mario G. Losano*, Madrid, Dykinson, 2006.

⁸ El proyecto de reforma constitucional elaborado por el jurista Aristides Delle Piane, funda su propuesta sobre control de constitucionalidad en la opinión de Kelsen, a quien considera “uno de los maestros actuales del derecho constitucional” cuya “opinión es compartida por el eminente decano Posada”; ver: Delle Piane, A. L., Ante la reforma (un proyecto de constitución), Montevideo, 1933, p. 23. Asimismo, Posada, Adolfo, *La nouvelle constitution espagnole: le régime constitutionnel en Espagne*, evolution, textes, commentaires, préface de J. Barthélemy et B. Mirkine-Guetzévitch. Paris, Sirey, 1932. Para que se comprenda la penetración del prestigio de Kelsen en esta materia, cabe recordar que en el manual de enseñanza secundaria de E. Vaz Ferreira (referido más adelante) se menciona que “La constitución austríaca de 1919, fue en parte obra de un gran jurista: Kelsen” (Introducción al Derecho, p. 91).

⁹ Vanger, Milton I., *The model country: José Batlle y Ordoñez of Uruguay, 1907-1915*; Hanover, N.H., Brandeis University Press by University Press of New England, 1980.

¹⁰ De su predecesor Juan Carlos Gómez Haedo (1928-1932) no tenemos registro de opinión; Justino Jiménez de Aréchaga (1938 a 1957) será considerado en el período siguiente.

¹¹ Apuntes del Curso de Derecho Constitucional 1º del Prof. Arcos Ferrand, tomados por H.C.I., mecanografiados, circa 1932.

¹² Ferreiro, Miguel Angel, *La Representación de los intereses*, en Rev. de la Asociación Estudiantes de Abogacía, Año I, nº 2, pp. 228-266. La opinión de Kelsen, contraria a las cámaras corporativas, la cita a través de: Dendias, Michell, *Le problème de la Chambre haute et la représentation des interets. a propos de l'organisation du Senat grec* E. de Boccard, Paris, 1929.

¹³ Ver: Scioscia, Ventura Pablo, *La noción de soberanía y la estructura del Estado. Problemas que plantean las diversas formas de descentralización. Trabajo de investigación realizado en el aula de Derecho Constitucional 1er. Curso (F.de D.)*, en el año 1932, Montevideo, Claudio García, 1944. También: Bonino, Emilio Osvaldo, *El Estado*, Montevideo, Claudio García, 1940.

¹⁴ Arcos Ferrand, L. *Apuntes de Derecho Constitucional*, en Rev. de la Asociación de Estudiantes de Abogacía, Año I, nº 1 Setiembre de 1932, pp.11-12.

¹⁵ Vaz Ferreira era profesor de filosofía, abogado y pedagogo. A su orientación filosófica (agnosticismo librepensador, con influencias del pragmatismo de W. James y el intuicionismo de H. Bergson) se debe que nuestro medio cultural se mantuviera ajeno al movimiento neokantiano, tanto en filosofía general como en filosofía del derecho.

¹⁶ Ver: Vaz Ferreira, *Recuerdos de una clase de Filosofía del Derecho* [1950], en Homenaje, T. XI:215, Montevideo, 1963. La referencia a “ciertos libros muy abstractos” aludía a los neo-kantianos: Stammler, seguramente, y Kelsen quizás.

¹⁷ Antonio Miguel Grompone (1893-1965), era, al igual que su maestro, abogado, profesor de filosofía y pedagogo.

¹⁸ Grompone, Antonio M. : *Filosofía de las revoluciones sociales*, Montevideo, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho, 1932.

¹⁹ En un informe remitido a la revista Valoraciones, de La Plata, Argentina, con motivo de la conmemoración de los 200 años del nacimiento de Kant (Tomo II, Julio 1924), Grompone consigna que en Montevideo “*Kant continúa casi desconocido*” (p.97). Debo la indicación de este antecedente al Prof. Carlos Mato. La opinión negativa de Vaz sobre Kant aparece, por ejemplo, en *Lógica Viva, Homenaje...*, IV, p.173. En su tesis (terminada en 1930 y que citamos en la nota siguiente), Grompone no deja dudas sobre su desprecio por el kantismo: “*El pensamiento humano, aún el más revolucionario e individualista que pueda presentarse, no trabaja aislado (...). Los que se aíslan, los que consiguen tener su lenguaje y su pensamiento propio, los que podrían expresar algo que fuera esencialmente distinto de la mentalidad corriente, van quedando al margen como incomprendidos e ineficaces. Si no ocurre es, quedarán tal vez, como esas cimas que sólo pueden ver los ojos de los profesores universitarios, un Kant, por ejemplo, quien da materia para toda la preocupación de hombres que viven alejados del ruido de las calles y las plazas, sin seguir el movimiento del presente*”

²⁰ Cossio, Carlos, “La revolución y la integración de la Teoría Pura del Derecho”, en *Anales de la Facultad de CC.Jurídicas y Sociales de la Univ. de La Plata*, tomo VIII, 1934. Anteriormente, Cossio había publicado “La Revolución del 6 de Septiembre” (1933), sobre el golpe de estado del General Uriburu, y

posteriormente aparecerá “El concepto puro de revolución”, Barcelona, Bosch, 1936.

²¹ Se trata de una versión parcial, ya que abarca sólo los meses de junio y julio, siendo que los cursos iban desde marzo hasta noviembre.

²² Versión editada en forma mecanografiada por los estudiantes Andrés Castillo y Franklin Camacho Rodríguez.

²³ Curso 1938, p. 257.

²⁴ Llambias de Azevedo, J. “Sobre la distinción entre las normas de los usos sociales y el derecho”, en *Rev. de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, t. 36, p. 75

²⁵ Cfr. Falcao Espalter, Mario, “Ensayo sobre la influencia del derecho internacional en el derecho constitucional, Historia y doctrina. Tesis presentada en el año académico de 1935 para optar al cargo de profesor agregado de Derecho Internacional Público”, Montevideo, Peña, 1938. Allí cita la *Théorie Generale du Droit International Public. Problèmes choisis*, de 1932, la *Teoría General del Estado*, trad. de Legaz y Lacambra, Madrid, 1934. También se citan las opiniones de Kelsen a través de las citas de E. von Triepel y B. Mirkine-Guetzévitch.

²⁶ “Introducción al Derecho” (1942)

²⁷ Tratadista de derecho civil, e hijo del ex catedrático de Filosofía del Derecho. E. Vaz Ferreira mentions that “the Austrian Constitution of 1919 was partly the work of a great jurist: Kelsen” (Introducción al Derecho, Montevideo, circa 1944, p. 91).

²⁸ Santiago I. Rompani (1910-1999) ocupó diversos cargos, entre ellos, fue Canciller, parlamentario y representó a Uruguay en la Asamblea de las Naciones Unidas. En una conversación telefónica que mantuve con él el día 20-1-1995, sobre Kelsen, me dijo mantener su admiración por Kelsen, que no había estado en la conferencia de 1949, pero que había tenido oportunidad de citar a Kelsen en su discurso ante las Naciones Unidas, durante el gobierno de J.M. Sanguinetti (1985-1989).

²⁹ Enrique Véscovi (-3-6-2003) fue un prestigioso profesor de Derecho Procesal y uno de los autores del vigente Código General del Proceso, así como del Modelo de Código del Proceso para América Latina.

³⁰ Bonino, Emilio O.; Grompone, Romeo; Baroffio, Eugenio : *Derecho Usual*, Montevideo, Ed. Medina, 1ª ed. 1948.

³¹ Los más importantes son: Eduardo Vaz Ferreira (hijo del ex catedrático de Filosofía del Derecho); Eduardo Jiménez de Aréchaga (Internacionalista), Santiago Rompani, quien fuera luego representante de Uruguay en la Asamblea de las Naciones Unidas y Canciller de Uruguay, Véscovi.... Todos muestran una mayor o menor adhesión a las tesis kelsenianas, pero en el caso de Rompani se muestra como ferviente partidario. Una excepción, en este sentido, es el manual de Bonino, Grompone y Baroffio, *Derecho Usual* (1ª ed. 1948), que ignora totalmente a Kelsen, aún cuando maneja autores que lo siguen (como García Maynez) y utiliza categorías kelsenianas como la jerarquía normativa, etc.

³² Actas de la Convención N. Constituyente, T. II, p. 45. Sin embargo, cabe señalar que la cita de Kelsen es de segunda mano, a través de una cita de Ezekiel Gordon, *Les nouvelles Constitutions européennes et le rôle du. Chef de l'État*, Paris, Sirey, 1932. El informe de la Comisión lo suscribieron como miembros informantes los convencionales Ramón F. Bado y Martín R. Etchegoyen

³³ Esta precisión es importante, porque en Uruguay, como ha sido común en América Latina y quizás en muchos países del mundo, la clase política se formaba siguiendo cursos de derecho. Los estudios de abogacía constituían la base no sólo para el conocimiento de los mecanismos institucionales, sino que significaba además la formación en ciertos códigos de comunicación y éticos que servían de base para la confianza personal entre sus miembros. En un país como Uruguay, que contaba con una única Facultad de Derecho, puede imaginarse la importancia decisiva que ello tuvo para cimentar una convivencia estable y pacífica entre las distintas fracciones políticas.

³⁴ Ver: Biblioteca del Poder Legislativo, Catálogo de Derecho Constitucional y político, por autores, Montevideo, Peña, 1931.

³⁵ Entre ellos, cabe mencionar a muchos ex discípulos de Kelsen, como Recaséns Siches, (radicado en México), Hans Klinghoffer y Rudolf Aladar Metall (en Brasil), Otto E. Langfelder (en Argentina). Pero también emigran importantes juristas que conocen bien la obra kelseniana, como los italianos Renato Treves (en Uruguay y Argentina), Enrico Tullio Liebman (en Uruguay y Brasil), Tullio Ascarelli y Giorgio Mortara

(en Brasil), James, Werner y Roberto Goldschmidt (en Uruguay, Argentina y Venezuela, respectivamente), los españoles Recaséns Siches (en México), Jiménez de Asúa y Alcalá Zamora y Castillo (en Argentina), Vicente Herrero (República Dominicana, México), Fernando de los Ríos (EEUU), etc.

³⁶ Kelsen, *La Teoría Pura del Derecho*, trad. Tejerina, Buenos Aires, Losada, 1941; con prólogo de Carlos Cossio: Hans Kelsen, el jurista de la época.

³⁷ Como se indica infra 5.3, este argumento fue retomado 'a la letra' casi 40 años después por los autores de un informe para el Hans Kelsen-Institut de Viena del año 1979.

³⁸ Herrero, Vicente, "La Teoría del Estado del Profesor Hans Kelsen, Montevideo, Centro de Estudiantes de Derecho, Impresora Moderna, 1943, con reediciones en 1962 y 1966.

³⁹ Kunz, Josef L. (comp.) *Latin-American legal philosophy*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1948.

⁴⁰ Más allá que esta sea una conjetura altamente plausible, tenemos evidencia de que Kelsen leyó la compilación de Kunz a través de una cita en *Teoría Geral das Normas*, pp. 372 y 441.

⁴¹ *Eidetics and aporetics of the Law. Prolegomena to the Philosophy of Law*, pp. 401-458, el cual es traducción de: "Eidética y aporética del derecho. Prolegómenos a la Filosofía del Derecho", Buenos Aires, Espasa-Calpe, 1940.

⁴² *Eidetics...*, p. 418-419.

⁴³ *Eidetics...*, p. 426 y ss.

⁴⁴ *Eidetics...*, p. 437 y ss. En realidad, esta crítica ya la había formulado en 1938 en su ensayo "Sobre la distinción entre las normas de los usos sociales y el derecho", publicado en *Rev. de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, t. 36, p. 75.

⁴⁵ Es curioso observar que Kelsen llega a este esclarecimiento recién en "*The pure theory of law and the analytical jurisprudence*", *Harvard Law Rev.*, vol.LV, n° 1, nov. 1941, apartado II, poco después de la publicación de la *Eidética* de Llambías en Buenos Aires.

⁴⁶ Llambías de Azevedo, Juan: "Nota crítica sobre Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, RDJA, (1941), pp. 39:224

⁴⁷ Puede verse su magnífico "Proyecto de Código de Procedimiento Civil. Con exposición de motivos", Montevideo, Impresora Uruguaya, 1945, especialmente paginas 106 y 125.

⁴⁸ *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, publicado originariamente en Buenos Aires, por Depalma, 1942, y *Estudios de Derecho Procesal Civil*, 3 tomos, publicados en Buenos Aires por Ediar Ed., (1948-1950), con varias reediciones en mismo lugar, por Depalma.

⁴⁹ Carta de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo (1906 - 1985) a Couture, fechada 20-6-1946.

⁵⁰ Esto surge de la correspondencia privada de Couture.

⁵¹ Couture, E.J., *Medio siglo de derecho*, Montevideo, Imp. Uruguaya, 1944, pp.12-13

⁵² Jiménez de Aréchaga fue designado profesor titular el 14-8-1949, el día anterior al arribo de Kelsen a Montevideo.

⁵³ Esto puede verse tanto en su texto de *Introducción al Derecho* (1942), como en su tesis de habilitación para la docencia sobre 'Reconocimiento de Gobiernos' (1947), y en sus importantes tratados: *Curso de derecho internacional publico*, Montevideo, Centro Estudiantes de Derecho, 1959-1961; *Derecho constitucional de las Naciones Unidas*; comentario teórico-práctico de la Carta. Madrid, Escuela de Funcionarios Internacionales, 1958.

⁵⁴ Cuando se le preguntó a Jiménez de Aréchaga "Who was the international lawyer who most influenced your thinking at the beginning of your scholarly activity", respondió sin dudar "it was Hans Kelsen", ver: Cassese, A., *Personal Recollections*, en: *EJIL*, n° 9, vol.2, London, Oxford U.P.[1998], p. 187.

⁵⁵ Sobre esto, ver: *Sarlo, Oscar*, La gira sudamericana de Hans Kelsen en 1949. El 'frente sur' de la teoría pura. In: Gregorio Peces-Barba, Javier De Lucas (Org.). *El Derecho en Red. Estudios en Homenaje al profesor Mario G. Losano*, Madrid, Dykinson, 2006.

⁵⁶ RDJA, t. 47, 1949, p. 128.

⁵⁷ Este trabajo recién apareció en diciembre de 1949 en *The Western Quarterly* (EEUU), y en inglés; nunca se ha traducido al francés. Al año siguiente apareció la primera edición en español, en la revista *Hechos e Ideas* n° 11, 1950 de Buenos Aires. Existe al menos otra edición española en H. Kelsen, ¿Qué es jus-

ticia?, Ariel, Barcelona, 1982, pp. 64-112. Luego fue traducido tan sólo al japonés (1954) y al italiano (1966). De la versión francesa que supuestamente pudiera haber manejado, no hay rastros éditos.

⁵⁸ Libro de Actas del Consejo directivo de Facultad de Derecho, año 1949, fs. 77.

⁵⁹ Kelsen, H. "El absolutismo y el relativismo en la filosofía y en la política", trad. Roberto J. Vernengo, RDJA, t. 47 [1949], p. 265 y ss.,

⁶⁰ Llambías de Azevedo, "La teoría pura del derecho"⁵⁷ RDJA, t.39:224, 1941; Anónima, tomada de la Biblioteca del Congreso de Washington, sobre la General theory of law and State, RDJA, t.44:159, 1946, y una sobre La dottrina pura del diritto, firmada por "J.M.", RDJA, t.54:314, 1956.

⁶¹ El Dr. Jiménez de Aréchaga era por entonces catedrático de Derecho Internacional Público, y llegó a ser juez de la Corte de Justicia de La Haya. Fue un admirador de Kelsen y seguidor de su teoría en buena medida.

⁶² Kelsen entregó su dictamen el 7 de junio de 1950, ante el Consulado Uruguayo en California. Se trataba de una cuestión de derecho internacional, referida al buque Fausto de bandera italiana, que había sido capturado en tiempo de guerra por Uruguay. Por tal motivo, los armadores italianos habían demandado a la Administración Nacional de Puertos uruguayos. Dado que Eduardo Jiménez de Aréchaga era abogado de dicha entidad, le pareció oportuno solicitar oficialmente a Kelsen un dictamen jurídico destinado a respaldar la posición uruguaya. Al cabo de varios años, el juicio fue fallado favorablemente al gobierno uruguayo por la Suprema Corte de Justicia de Uruguay. Esta consulta, fue recién publicada en alemán como "Ein Gutachten Hans Kelsen's über Verträge zu Gunsten dritter Staaten und deren Transformation in innerstaatliches Recht" en la Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht, 37. Band, 1986, pp. 1-15. En Uruguay se habían publicado extensas transcripciones de la misma como parte de un trabajo de Jiménez de Aréchaga.

⁶³ Ver Reforma Constitucional de 1951, tomo tercero, Proceso en la Cámara de Senadores, p. 732.

⁶⁴ Cabe destacar que el nuevo interés por la obra de Kelsen, es acompañado por la traducción de obras de los principales seguidores del programa positivista de Kelsen, como *El concepto de Derecho* de H.L.A. Hart, y *Sobre el Derecho y la Justicia* de Alf Ross.

⁶⁵ En esta línea, circulan los libros de U. Cerroni, Marx y el derecho moderno (1965), B. Edelman, Le droit saisi par la photographie. Éléments pour une théorie marxiste du droit, Paris, F. Maspero, 1973; J. R. Capella (comp.) Marx, El derecho y el Estado, Barcelona, Oikos-Tau, 1969;

⁶⁶ Si bien Barbagelata sigue a Aréchaga en muchos aspectos, adopta una postura más técnica, y acepta muchos puntos del programa kelseniano.

⁶⁷ Interesa destacar que el Prof. Gros Espiell visitó a Kelsen en Berkeley, en 1962, en razón de lo cual Kelsen envió posteriormente un trabajo inédito ("La unidad del derecho internacional y el derecho interno") destinado a ser publicado en la Revista de la Facultad de Derecho, el cual apareció en el n° 3-4 correspondiente a 1965. De esta manera Kelsen quiso testimoniar su reconocimiento a nuestra Facultad de Derecho, y al recibimiento que le había brindado en 1949.

⁶⁸ Real, A. R., (con Sofía Freire), Principios de derecho Público y constitucional, 2 vols., Montevideo, CEN, 1952. Ya en su tesis de habilitación docente (Los decretos-leyes, Montevideo, 1946) Real había utilizado en múltiples ocasiones las opiniones de Kelsen, generalmente en apoyo de sus posturas. En la memoria sobre "El método en el Derecho Público y especialmente en el Derecho Administrativo" (Rev. de Derecho Público y Privado, n° 99, 1946) que acompañó a su tesis de habilitación, Real afirma que "...la culminación de la aplicación del método jurídico se produjo más recientemente con la aparición de la llamada escuela normativista o vienesa que tiene como máximos representantes a Hans Kelsen, autor de la 'Teoría General del Estado', y a Adolfo Merkl, autor de la 'Teoría General del Derecho Administrativo'. (...) El aporte de la escuela normativista a la depuración del método y de algunos conceptos fundamentales de la teoría del derecho ha sido innegable y muy valioso", pero —como era de estilo entre los juristas latinoamericanos— concluye con la directiva destinada a suavizar sus implicancias: "Apliquemos, pues, predominantemente el método jurídico pero no nos dejemos seducir por las exageraciones lógicas", tomando distancia de un Kelsen sólo existente en la imaginación del autor.

⁶⁹ Cassinelli ha desarrollado una interpretación muy original de la constitución uruguaya, fuertemente influenciada por la teoría kelseniana. Es, además, el traductor del trabajo de Kelsen mencionado en la nota

anterior.

⁷⁰ Haba, E.P., “Relaciones jerárquicas entre el Derecho internacional y el Derecho interno”, Rev. de la Facultad de Derecho, XX, n° 3-4, 1969. Haba, desde 1972 siguió su carrera académica en Francia y Alemania, recién citará la 2ª edic. de la TPD en un trabajo sobre interpretación, publicado en Venezuela; ver: Haba, Esquemas metodológicos en la interpretación del derecho escrito, Univ. Central de Venezuela, Caracas, 1972, p. 77.

⁷¹ Del Campo, A. “El problema de las lagunas del Derecho según la concepción de E. Zitelmann”, Rev. de la Facultad de Derecho, XX, n° 3-4, 1969.

⁷² Ver: “Plan de Estudios”, sección de la Rev. de la Facultad de Derecho, año XXI, n° 1-4, p. 223-310.73 En México en notable la influencia ejercida por Roberto Vernengo, uno de los máximos conocedores e intérprete de la obra kelseniana, como que fue colaborador directo suyo en Ginebra. También se radica en México Oscar Correas.

⁷⁴ En Brasil tuvo un fuerte impacto la lectura semiótica de Kelsen hecha por Luis A. Warat.

⁷⁵ En Italia se exilió Antonio A. Martino, que desarrolló las bases kelsenianas en el campo de la informática jurídica.

⁷⁶ La influencia en España proviene de la frecuente visita de profesores argentinos, así como del profundo impacto que produjo el estudio que publicara en 1975 Manuel Atienza sobre la Escuela Analítica argentina, en su tesis de doctorado.

⁷⁷ El diario de izquierda “Ahora” tituló “falleció el famoso jurista” (24 de abril de 1973, p. 2); el diario El Diario, de derechas, tituló “falleció un maestro del Derecho” (23 de abril de 1973, p. 4.).

⁷⁸ Ver: Bruno, José Luis, Derecho Público I. Guías de Clase, Montevideo, FCU, 1973, pp. 155-156.

⁷⁹ Bordaberry participaba de ideas católicas pre-conciliares (corporativistas, afiliado al “Partido Carlista” español), y entre los militares los había fascistas, masones conservadores, liberales y también –en los inicios– algunos progresistas, entusiasmados por la revolución militar de Velasco Alvarado en Perú (1968). Desde luego, el golpe de Estado, y en especial la intervención de la Universidad fue celebrado por los sectores más conservadores del pensamiento jurídico católico.

⁸⁰ En la mayoría de los casos, de manera indirecta, al condicionarse su permanencia a la suscripción de una “Declaración de Fe Democrática”, que en realidad implicaba una declaración de lealtad al régimen.

⁸¹ Era frecuente encontrar a Kelsen citado como referente del pensamiento liberal y democrático; por ejemplo desde el Partido Colorado, ver: Barbajelata, A. L. “Kelsen, el demócrata”, en semario Opinar, de 22-10-1981, p. 7; en el Partido Nacional, se citaba por el constitucionalista Gonzalo Aguirre Ramírez.

⁸² Por ejemplo, Enrique Tarigo, principal vocero de la oposición política ‘tolerada’ por la dictadura, en un artículo periodístico de 16-1-1977 en El Día, protestando contra cierto ejercicio abusivo de la reglamentación por parte del Estado dictatorial, comienza por declarar “*inadmisibile el concepto de libertad de Kelsen –pese a su alto magisterio intelectual– para quien la libertad es ‘el conjunto de las conductas permitidas por el Derecho objetivo’, por cuanto este concepto supone subordinar la libertad al Estado por encima del hombre. Expresado de otro modo: no es el Estado el dispensador de la libertad, sino que es el hombre el dueño de su libertad, y ella no se la debe al Estado sino a su sola condición de ser humano*”. Obviamente, concientemente o no, Tarigo confunde allí la opinión técnico jurídica de Kelsen (inobjetable), con una concepción moral de la libertad, también inobjetable, con la cual Kelsen estaría de acuerdo.

⁸³ Julio A. Prat et al. “Der Einfluß Hans Kelsen “Reine Rechtslehre” In Uruguay”, incluido en “Der Einfluß der Reinen Rechtslehre auf die Rechtstheorie in verschiedenen Ländern” wird in Band 8 (1983). En realidad, como lo indica la publicación oficial, la encuesta era sobre la “influencia de la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen en Uruguay” y no sobre “la posible recepción de la norma fundamental”, aunque ciertamente ésta es una pieza central de la teoría. Se publicó la versión en español como “Trascendencia de la ‘Teoría Pura del Derecho’ (“Reine Rechtslehre”) de Hans Kelsen en el Uruguay”, Montevideo, Amalio Fernández, 1980.

⁸⁴ Sus ayudantes en la cátedra de Derecho Administrativo doctores Héctor Rodríguez Sanguinetti (→ 2010) y José Roberto Saravia Antúnez (1953→), y el Titular de Derecho Constitucional Dr. Eduardo Esteva Gallicchio (1949→).

⁸⁵ Prat et al., Trascendencia..., cit. p. 9.

⁸⁶ Prat et al., *Trascendencia...*, cit. pp. 11-18.

⁸⁷ Sarlo, O. : *Derechos, Deberes y Garantías implícitos en la Constitución Uruguaya. Un análisis de filosofía política y epistemología del derecho*, en: Cristina Vázquez (comp.) *Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Juan Pablo Cajarville Peluffo*, Montevideo, FCU, 2011, pp. 1069-1099.

⁸⁸ Para un panorama completo de sus ediciones póstumas, que incluye la última del año 2012, puede verse: Sarlo, O. *Kelsen, Hans, Secular religion. A polemic against the misinterpretation of modern social philosophy, science and politics as "new religion"*, en rev. *Ruptura* n° 3 (2012), p. 163.

⁸⁹ Castro, Alicia, *Introducción a la ciencia jurídica. El concepto de derecho*, Montevideo, Ed. Universidad, 1984, p. 72, en nota

⁹⁰ Larralde, Jorge, "Kelsen", en *Temas de Filosofía del Derecho*, n° 2, Montevideo, 1985, pp. 59 y 74, respectivamente. El trabajo es de tal desprolijidad en sus citas que bien podría ignorarse. En posteriores trabajos, hasta el año 1987 Larralde sigue citando a Kelsen por la TPD-1.5 de 1953.

⁹¹ Alicia Castro (1948→), Luis Meliante (1950→), Gianella Bardazano (1971→) y Marcela Vigna (1971→).

⁹² Cantón, Marcelo, *Algunos alcances de la norma básica relacionados con la validez y la eficacia de una norma jurídica aislada*, en *Temas de Filosofía del Derecho*, n° 5, Montevideo, 1987, p. 139 y ss.

⁹³ Entre otros trabajos: Sarlo, O. : *Kelsen y Dworkin: del concepto a la concepción del derecho*, en *Revista de Ciencias Sociales* n° 38, Valparaíso, Chile 1993; *Algunas consideraciones acerca de 'norma' y 'sistema normativo' en Kelsen*; Ídem: en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Valparaíso, Chile, 1994; Ídem: *Kelsen y Luhmann sobre la teoría de los sistemas jurídicos. Aportes para una comparación ineludible* (inédito); Ídem: *Hans Kelsen ¿jurista del siglo XX? Ponencia al Coloquio Internacional Kelsen en el Río de la Plata*, Montevideo, Facultad de Derecho, UDELAR, 13 de noviembre de 1999; Ídem : *Kelsen – Ehrlich: Recuerdo de una polémica ejemplar*, en *Estado de Derecho*, n° 77, mayo de 2002, p.12; Ídem: *Algunas observaciones sobre interpretación jurídica en Kelsen*, en: *Clérico, L. y Sieckmann, J. (eds.) La teoría del derecho de Hans Kelsen, Univ. Externado de Colombia, 2011, pp. 229-255*, así como otros trabajos ya citados en este trabajo.

⁹⁴ En 1999 organizó un Coloquio Internacional para conmemorar los 50 años de la visita de Kelsen a sudamérica. Dicho evento fue un éxito, y contó con la presencia de prestigiosos kelsenianos como Roberto J. Vernengo, Hugo Caminos (de argentina), Mario Losano (Italia), A. Squella (de Chile, quien a último momento no pudo asistir por razones de salud), y algunos uruguayos que habían conocido personalmente a Kelsen, como Daniel H. Martins y Héctor Gros Epiell.

⁹⁵ Cassinelli Muñoz (1931→), Pérez Pérez (1937→), José Korzeniak (1933→), Eduardo Esteva (1949→).

⁹⁶ Aníbal Cagnoni (1927→), Rúben Correa Fleitas (1949→) y Martín Risso (1959→).

⁹⁷ Los principales defensores son los profesores Mariano Brito (1930→), Augusto Durán Martínez (1948→), Carlos Delpiazzo (1951→), entre otros.

⁹⁸ Por ejemplo, el profesor Daniel H. Martins (1927→) que desarrolla una concepción "integral del mundo del Derecho" cercana al tridimensionalismo, no ha ocultado su admiración por Kelsen y ha señalado la general aceptación de algunas tesis centrales de su teoría; ver: Martins, D.H. : *Objeto, contenido y método del Derecho Administrativo en la concepción integral del mundo del derecho*, Montevideo, FCU, 2000.

⁹⁹ El prof. Juan Pablo Cajarville (1939→), hasta hace poco catedrático de la materia en la Universidad de la República, puede ubicarse seguramente en la tradición positivista, al igual que Emilio Biasco (1939→).

¹⁰⁰ Juzgado Penal de 1° T.; N° 114/06; Fecha 1/XII/06, a cargo de Juan Fernández Lecchini, en *LJU*, Suma n° 135.031.

¹⁰¹ Suprema Corte de Justicia, sentencias No. 247, de 3 de agosto de 1988; No. 105, de 2 de agosto de 1991; No. 801 de 16 de octubre de 1995.

¹⁰² T.C.A. (Rochón, Battistella, Preza -r-, Harriague, Lombardi -d -), Sentencia N° 35/06 de fecha 8 de febrero de 2006, en *LJU*, T. 135 (2007) suma 13506

¹⁰³ Entre otros cabe mencionar a los juristas José Korzeniak, Gonzalo Aguirre Ramírez, Rúben Correa Fleitas, entre quienes le han citado con más asiduidad en los debates parlamentarios.

¹⁰⁴ Después de 1985 nuestro país contó por momentos con más de 40 publicaciones periódicas destinadas

al derecho, lo cual sin duda significa un número muy grande para el reducido número de nuestra población.

¹⁰⁵ Es cierto que en los últimos tiempos la ideología “neo-constitucionalista” en nuestro medio ha sido el ariete utilizado por los jusnaturalistas para proclamar una vez más la superación del positivismo kelseniano. La gran paradoja que no advierten, es que esa ideología jurídica se explica y justifica en el genial invento de Kelsen: los tribunales constitucionales europeos! Sobre he avanzado algunas ideas en la conferencia sobre **La Ley, la Constitución y la Discrecionalidad del Juez**, accesible en:

<http://www.youtube.com/watch?v=NYk8QvUpPXw>. Allí también puede verse la conferencia del Prof. de Derecho Civil Jorge Gamarra sobre el mismo tema.

¹⁰⁶ Uno de los ejemplos más notables es lo que afirma la Prof. Aguinsky de Iribarne, quien aceptando una crítica de Perelman a Kelsen, dice que “en la práctica los juristas no hacen lo que querría Kelsen”, sin advertir que una teoría científica no es normativa, y por consiguiente, no quiere provocar ningún comportamiento: simplemente o refleja la realidad o es falsa!; ver: Aguinsky, E. : Nueva interpretación del pensamiento kelseniano en relación con la teoría de la argumentación de Chaim Perelman, en Rev. de la Facultad de Derecho, XXXII, n° 1-2, 1991, pp. 115-119.

¹⁰⁷ Lopez Medina, Diego E.: Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana, Legis - Universidad de los Andes, Universidad Nacional, Bogotá, 2004.