

Guía de lectura: "Teoría Pura del Derecho" Hans Kelsen¹



"Sin exageración puede decirse que el paisaje intelectual jurídico está dividido hoy en dos grandes sectores contrapuestos kelsenianos y antikelsenianos"

Luis Recaséns Fiches

Biografía y contexto histórico

Desde la publicación de la primera edición de la Teoría Pura del Derecho en 1934, la obra de Hans Kelsen se ha convertido en uno de los libros más importantes de la ciencia y filosofía jurídica, no sólo por el hecho de constituirse como una obra revolucionaria para su tiempo, sino también como la base del desarrollo del positivismo en el S. XX.

Hans Kelsen, nació en Praga, en el año 1881 y cursó sus estudios de derecho en la Universidad de Viena. Hacia 1911 se convierte en profesor de derecho constitucional de la Universidad de Viena, su prestigio como académico fue en aumento, lo que lo llevó en 1919 a redactar la constitución de la República de Austria, instaurando en esta constitución una nueva institución: La Alta Corte constitucional, con el poder de anular normas contrarias a la carta fundamental.

Ejerció la docencia en años posteriores en las Universidades de Colonia, Ginebra, Praga, Harvard y en la Universidad de California, Berkeley.

El ingreso de Hans Kelsen al mundo de la cátedra universitaria, le generó inquietudes respecto a la forma de enseñar el derecho, Kelsen sufrió "un profundo desencanto frente a la enseñanza tradicional del Derecho, proveniente esencialmente de la vaguedad en el planteamiento de los problemas, de la falta de sistematización y exactitud en las doctrinas y de la confusión metodológica"¹. A estas inquietudes, se agrega la circunstancia de que el

¹ Guía preparada por Constanza Núñez Donald, Ayudante Cátedra Introducción al derecho, Prof. Claudio Herrera Jarpa. La siguiente guía es sólo una referencia esquemática de los temas tratados en la "Teoría pura del Derecho", siendo fundamental su lectura para una cabal comprensión de la teoría.

jurista austriaco mantuvo una estrecha cercanía con la obra kantiana, lo que lo llevó a desarrollar el rigor lógico del método trascendental kantiano.

Dada estas circunstancias nace en Hans Kelsen, el deseo de realizar una obra que permitiera sistematizar el ámbito del derecho y llevarlo al nivel de la ciencia. Sin embargo, recorrió un largo camino antes de llegar a desarrollar la teoría pura del derecho, con obras como "Problemas capitales de la Teoría del Derecho político", "Teoría General del Derecho y del Estado", donde ya establecía los lineamientos de su teoría.

Teoría Pura del Derecho

1) Objetivo de la teoría pura del derecho

El objetivo de realizar una teoría pura del derecho, lo encontramos en las mismas palabras de Kelsen "purificar de toda ideología política y de todo elemento científico-natural"², al derecho. Es decir, a través de esta teoría se busca despojar al derecho de todos los elementos que le son extraños, para de esta forma delimitar el objeto de la ciencia jurídica, delimitar el conocimiento del Derecho como un fenómeno autónomo de cualquier otra consideración psicológica, sociológica, ética o ideológica.

En este sentido, el hecho de que esta sea una teoría depurada del derecho, convierte a esta teoría en una teoría sobre el derecho positivo en general y no sobre una teoría sobre un orden jurídico específico. Por tanto, podríamos decir que la pretensión de Kelsen para explicar el fenómeno jurídico, valdría tanto en Chile como en Austria.

La importancia de esto radica en que la teoría no busca explicar como deba ser el derecho, sino simplemente como es.

2) ¿Qué es derecho?

Una de las interrogantes que se busca responder a través de la teoría pura es delimitar ¿Qué es derecho?, Kelsen lo define como un **orden coactivo de la conducta humana**. Es un orden en tanto las normas constituyen un sistema cuya unidad está radicada en que todas ellas tienen el mismo fundamento de validez.

Es un orden coactivo en tanto el derecho tiene el monopolio del acto coactivo, siendo esta la reacción específica del Derecho contra los actos de conducta humana calificados de ilícitos o contrarios al Derecho. En este sentido, señala Kelsen que la función esencial del Derecho es la de reglamentar el empleo de la fuerza en las relaciones entre los hombres.

Es un orden coactivo de la conducta humana, en tanto regula acciones u omisiones realizadas por seres humanos.

3) Normas: Eficacia y validez

La norma para Hans Kelsen, es “el sentido de un acto con el cual se ordene o permite y en especial, se autoriza un comportamiento”³. La norma, funciona como esquema de explicitación, en el sentido de que establece que tiene significación jurídica y que es contrario a derecho y qué es conforme a derecho.

Las normas en este sentido, pueden ordenar, permitir o prohibir una conducta. El sentido de deber, por tanto en el derecho, dice relación con el sentido de un acto orientado intencionalmente al comportamiento de otro.

En este ámbito, Kelsen realiza una distinción fundamental para el estudio del derecho: La distinción entre validez y eficacia de una norma.

Kelsen designa como validez de la norma, a la **existencia específica de la norma**, es decir, que la norma haya sido creada según los mecanismos que dispone el sistema jurídico nacional para la creación de normas.

En tanto, eficacia de la norma es **el hecho real de que la norma sea aplicada y obedecida**.

Es por esto, que una norma no pierde su validez al no ser completamente eficaz, ej: En Chile, el aborto es sancionado conforme a los art. 342 A y 245 del Código Penal, sin embargo en Chile se hacen más de 120.000 abortos al año sin que ello sea penado. Pese a esta situación, según la distinción de Kelsen, la norma prohibitiva del aborto continúa siendo una norma válida a pesar de no gozar con una plena eficacia. La norma existe y está vigente.

Sin embargo, entre validez y eficacia si puede constituirse una cierta relación, ya que una norma que en ningún lugar y nunca es aplicada y obedecida, no es considerada como una norma jurídica válida, *un mínimo de la llamada eficacia es condición de su validez*.

4) Relación entre la moral y el derecho

Para analizar este tema, debemos recordar el objetivo de la teoría pura del derecho: Alejar del derecho todos los elementos que le son extraños. En este sentido, las consideraciones morales al analizar el fenómeno del derecho deben quedar fuera de su esfera y remitirse al ámbito de la filosofía jurídica. Es por esto que Kelsen establece que la relación existente entre derecho y moral esta comprendida en la relación entre justicia y derecho. La pregunta respecto de la justicia, considera Kelsen, es una pregunta metafísica, que debe ser respondida dentro del ámbito de la filosofía.

5) Dinámica y estática jurídica

En el apartado de dinámica y estática jurídica tratado en la teoría pura del derecho, Kelsen trata de responder a la pregunta de ¿Qué funda la unidad de las normas en un ordenamiento jurídico? , ¿Cuál es el fundamento de validez de una norma?.

De lo mencionado por Kelsen, los fundamentos de las normas deben siempre buscarse en normas superiores, pero esa búsqueda no puede llegar al infinito, es por esto que distingue entre sistemas estáticos y dinámicos de normas.

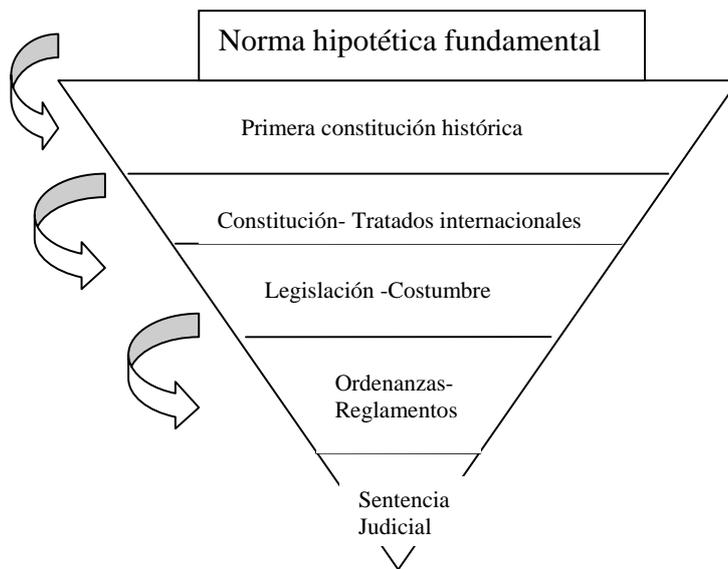
En un sistema estático de normas, el fundamento de validez de estas está dado por su contenido, es decir, estas normas valen porque su contenido es visto como debido, en razón de una norma fundante básica. Por ejemplo: Si la norma fundante básica de este sistema es "Decir la verdad", las normas "No mentir", "No prestar falso testimonio", son válidas en tanto por su contenido se pueden derivar lógicamente de la norma superior.

En cambio, en un sistema dinámico, el fundamento de validez de las normas del ordenamiento jurídico se encuentra en la norma jerárquicamente superior. Sin embargo, como no podemos llevar una línea hasta el infinito, tenemos que presuponer la existencia de una última norma, esta última norma es la **norma fundante básica**, cuyo contenido no es otra cosa que "el establecimiento de un hecho productor de normas, el facultamiento de una autoridad normadora"⁴.

De estos dos sistemas, Kelsen establece que el derecho constituye un sistema dinámico de normas, en tanto no lo podemos identificar con un contenido en específico. Es decir, la

norma no vale por tener un determinado contenido, sino por haber sido producida en las formas establecidas por el ordenamiento.

En el sistema chileno, lo podríamos explicar con el siguiente esquema:



La norma hipotética fundamental, en este caso, le otorga la competencia a la primera constitución histórica para desarrollar mecanismos de creación de normas de inferior jerarquía. En este sentido, las demás normas del ordenamiento son válidas (obligan) pues han sido creadas en virtud del procedimiento establecido.

Cabe destacar que la norma hipotética fundamental está por fuera del ordenamiento jurídico. Se coloca fuera porque la *grundnorm* es presupuesta, otorga validez al ordenamiento, pero no particularmente a la de un país. Es fuente creadora de **todo** el derecho.

6) Principales críticas a la teoría de Kelsen

Entre las principales críticas a la obra de Kelsen, podemos mencionar, al menos 3:

-Se critica la vaguedad en la explicación de la existencia de una norma presupuesta, ¿Cuál es su contenido? La crítica apunta a que Hans Kelsen caería en los mismos errores del iusnaturalismo y en lo que el mismo critica: Existencia de conceptos difusos para explicar el fenómeno jurídico.

-“Lo único que ha logrado Kelsen con este viraje es empobrecer al máximo la labor científica del jurista, al reducir su tarea cognoscente a una mera repetición y reproducción de lo dicho en las normas de un ordenamiento jurídico determinado”⁵

-La teoría pura del derecho también fue objeto de críticas tras la segunda guerra mundial, ya que los actos perpetrados por el régimen nazi, eran actos válidos y jurídicamente correctos bajo esta teoría, por lo que se consideró que las normas también deberían tener límites de contenido.

¹Pacheco, Máximo, “Teoría del Derecho”, Editorial Jurídica de Chile, 5ª edición, Santiago, 2004, p.758

²Kelsen, Hans, “Teoría Pura del Derecho”, Editorial Porrúa S.A., México, 1995, p.7

³ Kelsen,Hans. Op.cit, p.17

⁴ Kelsen, Hans, Op.cit p.204

⁵ Introducción a la teoría pura del Derecho-Hans Kelsen (Trad. Emilio O. Rabasa) Publicación de la Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1960, p.114