

LUIS VILLAR BORDA (comp.)



Hans Kelsen 1881-1973

Universidad
Externado
de Colombia

SERIE DE TEORIA JURIDICA Y FILOSOFIA DEL DERECHO

Nº 30

LUIS VILLAR BORDA (comp.)



Hans Kelsen 1881-1973

Universidad
Externado
de Colombia

SERIE DE TEORIA JURIDICA Y FILOSOFIA DEL DERECHO

Nº 30

Hans Kelsen
1881-1973

N.º 30
Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho

LUIS VILLAR BORDA
COMPILADOR

Hans Kelsen
1881-1973

Universidad Externado de Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia.

ISBN 958-616-859-X

ISBN EPUB 978-958-710-971-9

© **LUIS VILLAR BORDA (COMP.), 2004**

© **UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, 2004**

Derechos exclusivos de publicación y distribución

Calle 12 n.º 1-17 este, Bogotá - Colombia. Fax 342 4948

[www.librosuexternado.com]

Primera edición: abril de 2004

Fotografía de cubierta: Fotografía de Hans Kelsen.

Diseño de cubierta y composición: Departamento de Publicaciones, Universidad Externado de Colombia.

ePub x Hipertexto Ltda. / www.hipertexto.com.co

Universidad Externado de Colombia

Rector

Fernando Hinecrosa

Secretario General

Hernando Parra Nieto

**SERIE DE TEORÍA JURÍDICA
Y FILOSOFÍA DEL DERECHO
N.º 30**

Serie orientada por

Luis Villar Borda

Director del
Departamento de Gobierno Municipal

PRESENTACIÓN

La Universidad Externado de Colombia rindió homenaje a HANS Kelsen, considerado como el más notable y productivo jurista del siglo XX, con ocasión del trigésimo aniversario de su fallecimiento, ocurrido el 19 de abril de 1973 en la ciudad de Berkeley (California). Para el efecto convocó un Seminario Internacional entre los días 15 y 16 de octubre de 2003, cuyo temario se ocupó en diversos aspectos de la doctrina kelseniana, no limitados a la teoría pura del derecho, sin duda su mayor creación científica, sino también a aspectos de filosofía del derecho y filosofía política, en los que igualmente se perciben la frescura y la actualidad de su pensamiento.

HANS Kelsen nació en Praga el 15 de octubre de 1881 en la etapa final del Imperio Austro-húngaro, del que formaba parte su país y cuya disolución, como consecuencia de la derrota militar en la Primera Guerra Mundial, coincide con el surgimiento de una pluralidad de construcciones y movimientos filosóficos, científicos, literarios y artísticos, que hacen de la Viena de las primeras décadas de la pasada centuria un impresionante foco de la cultura centro-europea, con irradiación en el mundo entero. La teoría pura del derecho no es ajena a la corriente espiritual de la época.

De las ruinas del Imperio de los Habsburgo nació la República de Austria, en 1920, provista de una Constitución moderna redactada en buena parte por Kelsen. Allí introdujo sus más importantes aportes al derecho público: el Tribunal o Corte constitucional especializado e independiente,

encargado de la guarda de la Constitución, y el Tribunal Administrativo.

KELSEN adelantó sus estudios en la Universidad de Viena, donde se doctoró en 1906. Los años siguientes los destinó a la preparación de su monumental obra *Los problemas capitales de la teoría del derecho estatal*, publicada en 1911 y traducida al castellano en 1957.

KELSEN inició su actividad de profesor en la Universidad de Viena a partir de 1911. En torno suyo se fue reuniendo una pléyade de estudiosos que vinieron a conformar la llamada "Escuela de Viena". Habría que citar entre éstos a ADOLF MERKL, LEÓNIDAS PITAMIC, ALFRED VERDROSS, JOSEF L. KUNZ, FÉLIX KAUFMANN, FRITZ SCHREIER, entre otros de los mencionados por su principal biógrafo, RUDOLF ALADÁR MÉTALL. Discípulos suyos fueron también ALF ROSS, CHARLES EISENMANN, JULIUS KRAFT, LUIS LEGAZ Y LACAMBRA y LUIS RECASÉNS SICHES, estos dos últimos españoles, para citar algunos de los que habrían de acrecentar la ciencia jurídica en sus países.

Actualmente hay representantes de la teoría pura del derecho en todos los continentes, teniendo como centro el instituto Hans Kelsen de Viena, albacea de la obra de KELSEN, dirigido por los profesores ROBERT WALTER y CLEMENS JABLONER.

El Instituto ha inventariado la extensa bibliografía de KELSEN, que cubre más de seiscientas publicaciones.

KELSEN se desempeñó igualmente como juez constitucional y profesor en varias universidades europeas. Una de ellas fue la de Colonia, de donde se le expulsó en 1933 por la dictadura nacionalsocialista, por su doble

condición de judío y demócrata. El ascenso de HITLER al poder trajo al mesurado investigador perturbaciones que cambiarían el rumbo de su vida. Los años del exilio transcurrieron, en la mayor parte, en Estados Unidos, más concretamente en la Universidad de Berkeley, después de algún tiempo en la Universidad de Harvard. Esto permitió no solo la continuidad de su tarea, sino además conocer más a fondo el derecho anglosajón.

Antes de su llegada a América, Kelsen había publicado, entre muchos otros trabajos, un resumen de su *Teoría pura del derecho*, en 1934, que fue prontamente traducido a numerosas lenguas, entre ellas el castellano. Esta primera versión se amplió y modificó considerablemente en 1960, con versión española de 1982.

En 1944 salió a la luz en inglés la *Teoría general del derecho y el Estado*, que fue prontamente traducida al español por EDUARDO GARCÍA MAYNEZ Y editada por la Universidad Autónoma de México en 1949. según lo expresa Kelsen en el prólogo, se trata de una reformulación y ampliación de su *Teoría general del Estado* (1925), a fin de hacerla accesible a "quienes se han educado en las tradiciones y atmósfera del *Common Law*".

Gracias a la actividad del Instituto Hans Kelsen, se han dado a conocer obras del legado de Kelsen, aún no completamente editado, entre ellas la *Teoría general de las normas*, bajo la responsabilidad de KURT RINGHOFER y ROBERT WALTER.

La influencia de KELSEN en el derecho internacional, con su teoría monista, llega con fuerza hasta nuestros días y jugó

un papel de primera línea en la estructuración de la organización de Naciones Unidas, si bien instituciones recomendadas por él para hacer efectivo ese derecho, apenas ahora comienzan a hacerse viables, por ejemplo, a través de la Corte Penal Internacional.

Puede aseverarse que no hay ámbito del derecho en el que no se sienta la impronta de la teoría kelseniana. En la América del sur fue visible su presencia desde los años treinta del siglo XX, simultáneamente con el proceso de renovación democrática, especialmente en Argentina, México, Brasil, Chile y Colombia.

Estamos asistiendo a un renacimiento del interés por KELSEN, en países como Francia, donde su recepción fue tardía, y en general en el contexto europeo, entre otras razones por la integración económica y política de carácter supranacional.

El Seminario contó con la participación del profesor CLEMENS JABLONER, Presidente del Tribunal Administrativo de Austria y Codirector del Instituto Hans Kelsen de Viena. su conferencia versa sobre "El concepto jurídico de la teoría pura del derecho" y permite aclarar muchas de las confusiones y tergiversaciones frecuentes acerca de se punto medular de la doctrina kelseniana.

El profesor RODOLFO ARANGO, actualmente en KIEL realizando investigaciones de posdoctorado, presentó una ponencia sobre "Esencia y valor de la democracia, según Kelsen: la actualidad de un clásico de la filosofía política".

Los demás trabajos estuvieron a cargo de profesores de la Universidad Externado de Colombia, así: "Las normas de competencia en la teoría pura del derecho de Kelsen", de

CARLOS BERNAL PULIDO; "Los valores como problema y la teoría pura del derecho expuesta por Hans Kelsen", de ANA MARÍA MONTOYA; "La justicia en la filosofía del derecho de Hans Kelsen", de LUIS VILLAR BORDA. El asistente de cátedra JUAN CARLOS UPEGUI MEJÍA tocó el tema de "La teoría del escalonamiento normativo y la creación de normas constitucionales"; ÁLVARO NAVAS PATRÓN participó con la "Teoría internacional de Hans Kelsen".

Sin que sea del caso hacer referencia a cada una de las conferencias, sí es preciso decir que la afluencia y la fidelidad de los participantes en el seminario indican la atención que ellas despertaron. Los comentarios, preguntas y observaciones formulados enriquecieron este evento y señalaron su oportunidad. La inauguración fue hecha por el Rector de la Universidad, doctor FERNANDO HINESTROSA, quien recordó sus primeras armas y las de sus compañeros en la carrera universitaria en los estudios kelsenianos, y destacó la importancia de este tipo de reuniones.

Durante los dos días del seminario estuvimos acompañados por el señor Procurador General de la Nación, doctor EDGARDO MAYA VILLAZÓN, y por algunos consejeros de Estado, al igual que por funcionarios judiciales y profesores y alumnos de varias universidades bogotanas y de otras ciudades del país.

En nombre de la Universidad Externado de Colombia deseo expresar nuestro agradecimiento a los ponentes, que generosamente han colaborado en el buen suceso del Seminario, y muy particularmente al profesor doctor CLEMENS JABLONER, quien no se redujo a la lectura de su brillante

ponencia, sino además comentó con gran provecho las presentaciones académicas de todos los colegas.

Igualmente al Departamento de Publicaciones, en la cabeza de su Director, ANTONIO MILLA, a la coordinadora del Seminario, doctora JULIA RODRÍGUEZ TORRES, y a la asistente del mismo, doctora ÁNGELA DE LA TORRE.

Esperamos con optimismo que la cooperación entre el Instituto Hans Kelsen de Viena y la Universidad Externado de Colombia prosiga para beneficio mutuo y fortalecimiento de los nexos culturales y universitarios entre Colombia y Austria.

LUIS VILLAR BORDA

CAPÍTULO PRIMERO

EL CONCEPTO JURÍDICO DE LA TEORÍA PURA DEL DERECHO

CLEMENS JABLONER, Viena.

En KELSEN no encontramos nosotros en una sola frase la concisa definición de su concepto del derecho, puesto que la teoría pura del derecho comprende esta noción desde diferentes perspectivas. El resultado es una interlocución, que incluso en su forma más escueta en un compendio austriaco basado en la *Teoría pura del derecho*, requiere algunos enunciados: en lo esencial se trata de entender por "derecho positivo" un sistema de regulación que amenaza con la coerción organizada, determinado por seres humanos para seres humanos, regularmente eficaz (efectivo). Un tal sistema será considerado como sistema de normas -basado en una norma fundamental^{1}.

Las siguientes explicaciones constituyen el intento de un análisis de los elementos particulares del concepto de derecho, a cuyo efecto se toma como referencia la última doctrina de KELSEN^{2}. Ulteriores desarrollos y críticas solos serán tenidos en cuenta puntualmente. Dentro de los límites fijados no se puede ofrecer más que un bosquejo, con el cual a lo menos deberá evidenciarse el contorno del concepto kelseniano de derecho^{3}.

Previamente ha de hacerse referencia a algunos de los rasgos que determinan fundamentalmente la teoría pura del derecho: la fijación del objeto "derecho" no se efectúa

por la vía de las deducciones apriorísticas o de las elaboraciones abstractas, sino por la vía analítica. Para KELSEN se trata de aclarar en forma crítica y al mismo tiempo de "reconstruir" ese objeto que ha sido designado desde hace mucho tiempo por la ciencia del derecho como "derecho positivo".

Un concepto del derecho positivo -así sea poco nítido- se ha ya presupuestado. Esa manera de aproximarse al objeto puede calificarse acertadamente como "salto al derecho"^{4}. Junto a esta función constructiva ejerce también la teoría pura del derecho una función deconstructiva. Esta consiste en la confrontación crítica con la jurisprudencia tradicional, a la que KELSEN sindicada de falsificar "ideológicamente" el derecho positivo, bajo el encubrimiento de una aparente construcción jurídica. La teoría pura del derecho no es solo por tanto una metodología para juristas, sino también una crítica de la ideología.

En el aspecto teórico-cognoscitivo, la teoría pura del derecho está fundada en la separación de *ser* y *deber ser*. Ella se fundamenta en el dualismo teórico-cognoscitivo de hechos y valores, enunciados y normas, "saber" y "querer". El supuesto de una esfera independiente del deber no es explicado más adelante por KELSEN; él sería "dado inmediatamente a la conciencia"^{5}. La separación de la esfera del deber ser de aquella del ser no significa la exclusión de efectos recíprocos. Las relaciones efectivas actúan en la imposición de las normas y las normas repercuten en la realidad. Así, por ejemplo, se puede dar un pronóstico sobre que determinados abusos conducen a determinados preceptos que los combaten, los cuales en

todo caso podrán explicarse como normas, y se puede apreciar si una imposición normativa semejante es adecuada para eliminar esos abusos. Lo que de esto se sigue es la no deductibilidad lógica de las normas a partir de la realidad. De un juicio del ser no puede derivarse un juicio del deber ser (y viceversa). El orden del ser de la naturaleza estará determinado por el principio de causalidad y será descrito con enunciados de causa a efecto, los cuales expresan el sentido específico en la condición y la consecuencia; "hecho" y "sanción" están enlazados entre sí^{6}.

Desde una perspectiva moderna, se trata de guarecer una esfera independiente del deber ser como objeto de la ciencia normativa. En relación histórico-científica, el establecimiento de una ciencia natural autónoma descriptiva del mundo del "ser", es, sin embargo, primeramente el resultado de la desintegración de la primitiva imagen normativa del mundo^{7}. Tanto tiempo como la realidad fue percibida como debida, no hubo tampoco por ese motivo campo para una ciencia normativa "pura".

Con la aceptación plena de la separación de ser y deber ser tiene la teoría pura del derecho una doble tarea: ella quiere ser tanto una teoría normativista, que describe el derecho en su peculiaridad, como "orden del deber ser", como también una teoría positivista, que solo busca comprender esos órdenes del deber ser, los cuales muestran una específica relación con la realidad. En ese sentido, en lo que sigue se describirá primeramente el derecho como "orden del deber ser", luego el derecho como

"orden efectivo de coerción". Se debe tratar por tanto en primer lugar de aquellos elementos que más bien ponen de relieve el aspecto normativista y después de aquellos elementos que más bien se encuentren a favor del aspecto positivista de la teoría pura del derecho. Al final nosotros habremos arribado sin duda allí donde hemos comenzado, con la cita del correspondiente pasaje en un libro de enseñanza estándar. Si entonces se ven la consideraciones aquí expuestas como superfluas y se prefiere más bien acudir al libro de enseñanza elemental, la presentación siguiente ha llenado también una finalidad.

I. EL DERECHO COMO ORDEN NORMATIVO

1. La teoría pura del derecho comprende el derecho como ordenamientos del deber ser - "normas". Norma significa que algo debe ser u ocurrir, en especial, que un hombre debe comportarse en una determinada manera. El "deber ser" es el sentido objetivo, la significación de una conducta humana^{8}. Como hecho es aprehensible sensorialmente que alguien suscribe un pedazo de papel, pero el significado jurídico de su acción es el producto -o la cooperación en la génesis- de una norma jurídica, por ejemplo la promulgación de una decisión. El acto no puede por sí mismo adquirir el significado jurídico y además solo podrá afirmarse de la persona actuante. Más bien el acto recibe su calidad de derecho -y por consiguiente como "valor" su existencia específica de norma- a través de otra norma que remite a ella y hace para ella las veces de esquema de interpretación. Solo en esta forma puede un acto, que tiene el sentido subjetivo de un deber, recibir también ese

significado objetivo. Puesto que también esa norma solo vale cuando la ocurrencia fáctica es interpretada normativamente -así por ejemplo la actividad de seres humanos en el Parlamento como producción de una ley sobre el procedimiento administrativo-, surge de esta manera un escalonamiento de normas condicionadas y condicionantes. Ese recurso conduce necesariamente a la primera Constitución histórica, cuya validez como norma jurídica solo puede ser presupuesta. Ese supuesto se designa como "Norma fundamental"^{9}. Su función teórico-cognoscitiva consiste en proponer y responder al mismo tiempo el problema de la validez, para la finalidad de la ciencia del derecho. En verdad solo hipotéticamente, o sea, bajo el supuesto de la norma fundamental, pero justamente así puede hablarse de la validez de las normas jurídicas. Su función de establecer la unidad radica en que una cantidad de normas del mismo origen puede explicarse como sistema normativo^{10}.

2. Con la interpretación del derecho como un orden normativo se delimita la teoría pura del derecho de las teorías jurídico-sociológicas "realistas", que comprenden el objeto "derecho" con renuncia al elemento normativo, dando solo importancia a la conducta humana efectiva. Las exigencias del derecho tomarán en cuenta a través de esto, que influyen ellas como motivos psicológicos -como ideología normativa- la conducta del juez y de los demás destinatarios de la norma^{11}.

Sobre todo dos argumentos son los que hablan a favor de la concepción normativista de la teoría pura del derecho: de una parte, carece la consideración jurídica realista del

específico carácter normativo del derecho. Esa objeción podría en alguna medida desecharse como poco importante, porque justamente el realismo jurídico no se hace en torno a ello. Sin embargo, se indica que esa abstinencia de lo normativo difícilmente se puede mantener firme. Si precisamente los hechos de la promulgación de un precepto, de un lado, y sus efectos, del otro lado, en especial su cumplimiento, deben estar recíprocamente en razonable relación, es decir, se debe tratar de la norma y la observancia de la norma, entonces esto no es posible sin referencia al específico carácter de deber ser del precepto^{12}.

Incluso cuando se califica el derecho concebido normativamente como "ideología normativa" no se está, sin embargo, fuera del dominio de la teoría pura del derecho. El mismo KELSEN ha acentuado justamente que el derecho, en el sentido de que es el resultado de una determinada interpretación de la realidad, también ha de verse como "ideología"^{12a}-^{12b}.

3. El supuesto de una norma fundamental confiere al sistema jurídico una muy elevada base de conocimiento - por decirlo de algún modo-, libremente fluctuante. La norma fundamental ciertamente no pretende un contenido del derecho, ella es en este sentido puramente "formal". Su neutralidad ha de recalcarse en dos direcciones: en atención a la separación fundamental de ser y deber ser. Es inadmisibles concluir de la eficacia de normas su validez. En la cima de la pirámide normativa no puede estar por eso la referencia a un fenómeno del ser, por ejemplo la decisión

de un soberano o el reconocimiento por determinadas personas^{13}.

Pero la teoría pura del derecho también se enfrenta decididamente a los intentos de encontrar el fundamento de validez del derecho en normas que pertenecen a otro orden - pretendidamente "superior"- y por tanto a abrir el concepto de derecho en una dirección iusnaturalista.

El axioma de la separación de derecho y moral^{14}, entendido como la "tesis de la separación", guarda coherencia con la actitud fundamental del relativismo valorativo de KELSEN^{15}.

En consecuencia se niega la cognoscibilidad de valores superiores. La tesis de la separación significa no solo que de las normas de la moral, de una religión o del derecho natural no pueden derivarse ningunas normas del derecho. La tesis de la separación también está en contra de todo intento de un derecho natural delimitante del derecho positivo, que hace que ellas estén en consonancia con determinados valores superiores^{16}.

Se tiene, sin embargo, que diferenciar de esta problemática jurídico-teórica, que dentro del sistema de derecho se haga referencia a sistemas de normas extrajurídicos. De esta manera puede un orden jurídico constitucional incorporar al contenido del orden jurídico ideas normativas designadas como "derecho natural" y del tal modo positivizarlas. Al final de este trabajo deberemos tratar otra vez ese punto.

4. Aunque en la demostración de la interpretación normativa de la realidad KELSEN tiene ejemplarmente

presente la "escena normativa original" del precepto -ver adelante III, 3-, no se reduce su concepto del deber ser a mandatos y prohibiciones. Al "deber ser" de Kelsen pertenece -sin duda contra el uso común del lenguaje- sobre todo también la categoría del "poder", esto es, la autorización (dar poder)^{17}. Aquí reside el punto de partida para la diferenciación de la teoría pura del derecho, una tarea a la que principalmente se ha dedicado la Escuela de Kelsen.

5. No solo se distinguen diferenciaciones en la estructura normativa interna. La esfera de las normas aquí relevante ha de delimitarse también hacia fuera: las normas se cuentan en el grupo general de las "directivas"^{18}. Toda directiva, esto es también consejos, solicitudes, recomendaciones están dirigidas intencionalmente a la conducta de otro ser humano. Pero las normas se caracterizan por un cierto rigor de esa intención^{19}. Para evitar un probable malentendido es bueno señalar que esto no tiene nada que ver todavía con el problema de la sanción, sino que es una reflexión vinculada al uso del lenguaje. No es necesario indicar en la relación dada los límites lingüísticos de "normas", cuanto más que éstas pueden ser un problema de interpretación relativo a determinadas directivas. Sin embargo, tampoco se puede pasar por alto ese problema; especialmente en el derecho internacional se plantea frecuentemente la cuestión de si un acto directivo tiene carácter de norma. En esto juega un importante papel tanto la autoexplicación del acto como también la interpretación en virtud de una regla de producción^{20}.

6. Si bien es cierto que la teoría pura del derecho puede designarse también como "normativa", las proposiciones de la ciencia del derecho son de acuerdo con ella descriptivas y no normativas, a pesar de una semántica ordinariamente normativa. El científico del derecho describe con proposiciones jurídicas una situación jurídica, sus afirmaciones pueden ser verdaderas o falsas, pero no "válidas". La ciencia del derecho no puede "producir" normas jurídicas.

Sobre esto hay que hacer dos constataciones: un orden jurídico positivo, por ejemplo el derecho internacional, puede establecer la teoría jurídica como fuente del derecho^{21}. Los órdenes jurídicos modernos, diferenciados según las fuentes jurídicas, no han seguido esa vía^{22}.

Un segundo problema reside en la relación entre derecho y lógica. En el sentido de la última doctrina de KELSEN, no pueden deducirse de las normas jurídicas otras normas jurídicas mediante operaciones lógicas. Pero ciertamente puede preverse algo así como el silogismo normativo en el nivel de la ciencia del derecho. Pero también aquí la norma es dispuesta por el órgano aplicador del derecho^{22a}.

II. EL DERECHO COMO ORDEN COACTIVO EFECTIVO

1. El momento de la coacción

a. Como se indicó ya -1.3-, la teoría pura del derecho separa el derecho de la moral. Pero con esto no se ha afirmado todavía nada sobre el posible contenido de las normas jurídicas o morales. Este no es tampoco preformado *a priori*, sino surge solamente *a posteriori* de la regulación

técnica^{22b}. Solo el derecho estaría, como orden coactivo, asociado con una sanción social organizada en caso de infracción. Por eso Kelsen define la norma jurídica como una norma coactiva. La amenaza de la coacción se convierte de ese modo en la diferencia específica del derecho frente a otros órdenes normativos. El momento de la coacción significa en eso la coerción exterior socialmente organizada, que se ejercerá sobre seres humanos. De esto hay que diferenciar la coacción psíquica como marca de todos los órdenes sociales. Esta sería una forma de la motivación, es decir, de la coacción en un sentido psicológico. KELSEN distingue la técnica de la coacción, de la motivación indirecta mediante la sanción, de la motivación directa como técnica del seguimiento voluntario de las normas. El derecho es para KELSEN de este modo la técnica social específica de un orden coactivo^{23}. Para las consideraciones que siguen es importante tener siempre en cuenta esa diferencia entre el aparato y su función.

b. La entrada del elemento coactivo resulta en el nivel normativo. La coacción "debe" ser ejercida, si "realmente" es ejercida cuando la sanción se cumple, es un problema de la eficacia (efectividad). No obstante, existe entre el carácter coactivo del derecho y su eficacia una relación estrecha. La técnica de la modulación de la conducta mediante la amenaza de coacción -con respaldo del aparato coactivo real- ha hecho sin duda del derecho una de las más exitosas técnicas sociales, es decir, técnica para influir sobre la conducta de los hombres^{24}. Allí donde el derecho se "positiviza" -en la perspectiva jurídico-sociológica- deja atrás como inferiores otros sistemas normativos, como la