

Visión crítica de la Teoría Pura del Derecho, de Hans Kelsen, de CARLOS JOSÉ ERRÁZURIZ MACKENNA (Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1986; Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1987) *.

I. El libro de Errázuriz Mackenna, a primera vista, viene a presentarse como uno más dentro de la abundantísima producción jurídica en torno a la figura de Hans Kelsen, quien, entre otras cosas, se ocupó de una reflexión vital para toda ciencia, como es la de volverse sobre sí misma y preguntarse por su propia actividad: es la llamada teoría del método.

Esta reflexión ha sido desarrollada principalmente por juristas alemanes desde el siglo pasado. Savigny, el fundador de la Escuela Histórica del Derecho, en los albores del s. XIX, señalaba a los institutos jurídicos como el punto de partida y la base del desarrollo jurídico. Durante ese siglo, la ciencia del Derecho recibiría el aporte de la llamada Jurisprudencia de los conceptos, iniciada por Puchta, quien elabora una pirámide ("genealogía de los conceptos") para explicar el fenómeno jurídico. Ihering realizó aportes de la mayor importancia, creador de un método histórico-natural, quien posteriormente realizaría un giro hacia una concepción pragmática de la jurisprudencia. Debe recordarse, de igual modo, las aportaciones de Windscheid, Binding, Wach, en fin, Kohler.

En el segundo tercio del s. XIX el positivismo, como movimiento espiritual, se apoderaría de todas las ciencias, pretendiendo desterrar toda metafísica y limitar la ciencia sólo a los hechos y a sus leyes observadas empíricamente. En este contexto, y dentro de la ciencia jurídica, se ubican los intentos positivistas de Heck, Stoll, Bülow, Kantorowicz, Isay, Ehrlich, Jerusalem, y, por cierto, de Ihering (en la segunda época de su pensamiento) y de Kelsen.

Fue precisamente Kelsen el último de los grandes positivistas, quien reaccionó violentamente en contra de la concepción de que la verdadera ciencia del Derecho es la sociología jurídica, revitalizando los esfuerzos para una reflexión metódica de esta ciencia. Elaboró así su "Teoría Pura" del Derecho, que representa, como ha dicho Larenz, el más grandioso intento que ha visto nuestro siglo de fundamentar la ciencia del Derecho como ciencia.

Hoy en día, nadie, con algún conocimiento de la ciencia jurídica, ignora los principales planteamientos de Hans Kelsen, cuya elaboración de una Teoría Pura del Derecho le ha dado efectivamente más notoriedad que a cualquier otro jurista de este siglo. Es ya, podría decirse, todo un clásico de la ciencia jurídica. Es tan cierto lo afirmado que casi todos quienes escriben de cualquier tema alguna vez tratado por Kelsen, al parecer sienten la obligación, para bien o para mal, de citarlo, de apoyar o rebatir sus tesis. No obstante, como lo ha puesto de manifiesto Federico de Castro, a pesar de ser tan citado, apenas se lee ni se estudia su doctrina, y normalmente se vulgariza, reproduciendo mal sus aspectos principales. o, en fin, se le reduce a una serie de dichos tópicos. En este orden de ideas, se acusa a Ortega y Gasset de criticar duramente a Kelsen sin haber visto siquiera por la cubierta uno de sus libros. En efecto, según Ortega, en *Una Interpretación de la Historia Universal*, "el derecho no

* La recensión se ha hecho sobre la base del texto impreso en España.

se funda últimamente en algo, a su vez, jurídico, como pretendía la extravagancia de Kelsen...". Agrega que "la teoría del derecho de Kelsen, que se han empapuzado los juristas y filósofos de todo el mundo, sólo podía terminar donde ha terminado —con una palinodia". (Vid. Obras Completas, T. IX, Madrid, 1971, pág. 144). La verdad es que a primera vista salta lo apasionada e injustificada (en cuanto a que no aporta fundamentos serios de rechazo) de esta crítica de Ortega.

Obviamente Kelsen ha sido objeto de otros intentos críticos más serios y contundentes en los años posteriores a su obra. Pero ofrecer de ello un panorama aquí es imposible.

Por lo anterior, todo aporte científico sobre la obra de Kelsen es de por sí algo que debe celebrarse; aún más cuando se realiza con rigor, recurriendo críticamente a las fuentes directas de su pensamiento. Es el caso del libro que reseñamos, tesis doctoral del abogado chileno Carlos José Errázuriz Mackenna, quien anteriormente deslumbró con su Memoria de Prueba *La ley meramente penal ante la Filosofía del Derecho* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1981, 273 págs.).

II. *Exposición de la Teoría Pura*. Esta visión crítica está dividida en dos partes: la primera se dedica a la "Exposición" de la Teoría Pura, y es la más amplia (págs. 17-423); la segunda es la "crítica" de la Teoría Pura (págs. 425-571). Termina la obra, en un epílogo, con un "Balance Crítico" de la Teoría Pura (págs. 573-581), en que son resumidas las principales conclusiones de esta excelente visión de la obra de Kelsen.

Al comienzo de la primera parte, junto con señalar importantes rasgos de la personalidad intelectual de Kelsen, parte el autor poniendo de manifiesto la utilidad de una exposición previa de la Teoría Pura, con el fin de apreciar las sucesivas transformaciones que Kelsen no cesó de introducir en su teoría hasta el fin de su vida; y, además, con el interés de investigar el grado de coherencia interna, que, en el curso de sus transformaciones, logra la Teoría Pura. Se nos muestra, además, como en Kelsen cristalizan claramente dos coordenadas jurídicas y filosóficas: positivismo jurídico y neokantismo, en donde encuadra toda la empresa intelectual del gran maestro.

La obra, en esta primera parte, contiene una brillante exposición de la Teoría Pura, muchas veces adelantando; con acierto, algunas líneas críticas que serán desarrolladas en la segunda parte. Esta exposición, que tiene la virtud de ser muy clara y precisa, se realiza de acuerdo con el orden sistemático seguido en la segunda edición en alemán de la obra más celebrada de Kelsen: *Teoría Pura del Derecho* (*Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: das Problem der Gerechtigkeit*, Zweite, Vollständig, neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Franz Deuticke Verlag, Viena, 1960). De esta obra, que según Norberto Bobbio puede ser considerada como la última expresión del pensamiento de Kelsen, existe sólo una traducción al español (*Teoría Pura del Derecho*, Trad. esp. de Roberto Vernengo, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1983). La primera edición de la Teoría Pura del Derecho apareció en alemán en 1934, de la cual existe una versión española del mismo año; no obstante, la más manejada, por largos años (y quizás hasta hoy) es la versión francesa de 1953, obra más breve y traducida al español en 1960 (en el momento que Kelsen publicaba su 2ª edición en alemán) y que ha sido objeto de numerosas reimpressiones.

Se logra; en esta primera parte, una visión global del pensamiento de Kelsen, recurriendo a la gran mayoría de sus obras, lo que le permitirá al autor enfocar las diferentes líneas críticas y análisis a los planteamientos kelsenianos. Mediante este procedimiento es posible visualizar (podríamos decir "desde afuera") la sistemática interna de la Teoría Pura. Todo este esfuerzo está dirigido, además, a develar la confusión hoy existente entre su "Teoría Pura", como intento intelectual que abarcó casi toda la vida Kelsen, y que expuso en diversos trabajos; con su *Teoría Pura del Derecho*, título de su libro más conocido y difundido, que podría bien ser llamado, como lo hace Errázuriz Mackenna en múltiples ocasiones, una "síntesis".

Kelsen, no obstante el sitio que alcanzó desde un inicio, mantuvo siempre un constante diálogo con los impugnadores y comentaristas de su Teoría Pura, en torno a lo cual se nos muestra, en esta obra, cómo en algunas ocasiones Kelsen abandonaría ciertas posiciones (v.gr., pág. 122), en otras contestaría y replicaría, pero pocas veces guardaba silencio.

Las materias analizadas en esta primera parte son, entonces, las siguientes: Derecho y Naturaleza (págs. 51-133, Cap. II); El Derecho frente a la moral y a la ciencia (págs. 135-180, Cap. III); Estática Jurídica y Dinámica Jurídica (págs. 181-287, Cap. IV); Derecho, Estado y Derecho Internacional (págs. 289-327, Cap. V); El problema de la justicia y el Derecho Natural (págs. 329-423, Cap. VI).

En esta primera parte destaca el Capítulo VI, en donde parecen abocados los mejores esfuerzos del autor por dejar claramente expuestos los principales argumentos del "más decidido y perseverante adversario del Derecho Natural en nuestro siglo" (pág. 332), los que luego serán analizados y rebatidos en la segunda parte. Por no ser posible abarcar en esta reseña todos los temas tratados, limitaremos nuestra atención a algunos aspectos.

El autor resume la concepción kelseniana de justicia en tres tesis: "a) la justicia, racionalmente estudiada, se reduce a una propiedad lógica de ciertas normas sociales, que consiste en su generalidad; b) sin embargo, la justicia se sitúa más allá de esa comprensión racional, en cuanto lo que, en último término, la caracteriza es su relación con el problema humano de la felicidad absoluta; o sea, la justicia es un ideal irracional, necesariamente metafísico o religioso; y c) en nombre del relativismo axiológico y del positivismo, sólo cabe afirmar la existencia de justicias relativas, subjetivas, condicionadas por las emociones, o deseos de cada individuo" (pág. 362). Según el autor, bastan un par de observaciones críticas muy elementales para arrojar luz en esta materia, francamente débil en Kelsen, quien al alejarse del concepto de justicia que ha manejado la tradición jurídica desde los juristas romanos, ha identificado —erróneamente a su parecer— el problema de la justicia con el de la felicidad.

En lo que respecta al Derecho Natural, según el autor, Kelsen le atribuye estas características: "se trata de diversas teorías que afirman un orden normativo ideal, distinto y paralelo al del derecho positivo, constituido por normas de justicia que miran al comportamiento social (moral social). Este orden debería fundarse lógicamente en la creencia en la voluntad de Dios que lo ha implantado en la naturaleza; aparece como un sistema normativo inmutable, en el sentido de ahistórico e independiente de las transformaciones fácticas de la sociedad; y a lo largo de la historia su defensa ha cumplido predominantemente una función justificadora del orden dado, o sea, ha tenido una fun-

ción conservadora..." (pág. 389). En este orden de ideas, el autor llama la atención sobre ciertas tesis teológicas de Kelsen, apuntando que, desde luego, "el agnosticismo no es terreno propicio para disputar sobre la esencia de Dios ni sobre el pecado original..." (pág. 406). Luego de un prolijo recorrido sobre los principales argumentos kelsenianos para rechazar el Derecho Natural, pasando por los principales planteamientos de su Teoría Pura, como son: la separación entre el ser y el deber ser; o entre razón y voluntad; su monismo iuspositivista; el relativismo de los valores en sus tesis; su conocido agnosticismo metafísico y teológico, en una fórmula ciertamente sorprendente, el autor afirma cómo "la razón última del positivismo kelseniano es un ateísmo" (pág. 416). Por tanto, el ataque de Kelsen contra el Derecho Natural se realiza, simplemente, aplicando los principios básicos de su Teoría Pura del Derecho.

Así se cierra la primera parte de este libro.

III. *La visión crítica de la Teoría Pura.* La segunda parte se inicia con un vistazo a las diversas opiniones que los autores han adoptado ante la Teoría Pura. La "discusión mundial", según la expresión de Kunz, a que ha dado lugar la Teoría Pura, ha originado tres grupos de posturas: las sustancialmente favorables a ella en su conjunto, correspondientes a los autores que suelen conocerse como "kelsenianos"; las que entrañan una más o menos radical oposición a sus planteamientos globales (donde obviamente se ubica el autor); y las que se caracterizan por distinguir en la doctrina de Kelsen dos componentes: sus presupuestos filosóficos —habitualmente rechazados por los representantes de este tercer sector— y sus tesis científico-jurídicas, generalmente aceptadas por ellos.

Entre los primeros, que Villey llama "... la secta de los kelsenianos prisioneros en su laberinto de construcciones idealistas" (*Compendio de Filosofía del Derecho*, Pamplona, EUNSA, 1979, II, pág. 243), destacan Merkl, Pitamic, Walter, Métall, este último autor de la más completa y detallada exposición sobre la vida y obras de Kelsen (*Hans Kelsen, Vida y Obra*, trad. esp., México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1976).

Entre los últimos, analiza la tesis de las tres dimensiones del derecho, de Reale, estimándolo un intento ineficaz, por muy bien intencionado o sugerentes que sean sus planteamientos iniciales; "la raíz de esa ineficacia está, a nuestro juicio, en el eclecticismo subyacente, que combina productos doctrinales heterogéneos: el normativismo positivista, el empirismo y la moderna filosofía de los valores, y logra un conglomerado sugestivo, pero infecundo" (pág. 443).

Luego de mostrar este verdadero abanico de actitudes, el autor queda situado ante una cuestión sumamente controvertida: la unidad y coherencia interna del sistema kelseniano (que junto con lo anterior compone el Cap. VII, págs. 427-459). Estas páginas están escritas con especial cuidado; señala cómo Kelsen "sabe crear una atmósfera de precisión, de seriedad científica y claridad" (pág. 445), y que "a las pocas páginas de una lectura atenta se percibe el implacable rigor de quien se cuida de no dar el menor paso en falso..." (ídem). Así, para el autor, al describir lo que podríamos llamar la arquitectura de la Teoría Pura, o como él lo llama, las ideas directrices del sistema kelseniano, serían las siguientes: "la separación entre ser y deber ser, el método trascendental kantiano, el positivismo y el consiguiente relativismo, y el concepto de derecho como norma coactiva autogenética pública" (pág. 447). Cada uno de estos elementos tenía por objeto la creación de una teoría general a nivel científico

sobre el derecho, los cuales son analizados atentamente en esta obra, como tales (págs. 448 y ss.). El autor, no obstante descubrir dos fisuras en el sistema (pág. 453), concluye insistiendo en el alto grado de coherencia interna de la Teoría Pura.

El último capítulo del libro, a nuestro parecer el más logrado, está dedicado a la crítica de los principales presupuestos filosófico-jurídicos de la Teoría Pura (págs. 461-571), lugar en que el autor examina los más decisivos presupuestos de la Teoría Pura (principios de gnoseología jurídica; ser y deber ser; el concepto de derecho; derecho natural y derecho positivo), y los contrasta con los principios de los que considera que ha de partir la ciencia jurídica; "nuestra labor crítica —señala— quiere ser eminentemente positiva: desea dialogar con Kelsen y aprender de él, aunque a menudo no sea más que por el camino —bien estimable, en todo caso— del contraste" (pág. 463); el despliegue argumental de las páginas que siguen parece ser definitivo para quienes crean que la ciencia del derecho ha de estar no sólo abierta al derecho positivo, sino también al derecho natural, visto, según el autor, "como algo que corresponde a las exigencias de la inmutable naturaleza humana en las circunstancias concretas de cada tiempo y lugar, es decir, de acuerdo con la historicidad del hombre; y que se conoce sobre todo mediante un progresivo ahondar en las exigencias de la naturaleza humana" (pág. 580).

No siendo objetivo de esta reseña apuntar cada línea crítica, tan bien expuestas por el autor en este sugestivo trabajo, y sólo queremos apuntar el balance de la Teoría Pura que realiza el autor, y que resume así: "no obstante sus aciertos técnicos parciales y las valiosas enseñanzas que se desprenden de su estudio, su mérito principal consiste en haber llevado al extremo el positivismo jurídico, y así haber mostrado que, sobre sus presupuestos de fondo, no es posible llevar a feliz término su objetivo primordial: una teoría general sobre el derecho que logre ser cabalmente fiel al ser del derecho" (pág. 581).

IV. Hasta aquí se han descrito las líneas gruesas de la obra que reseñamos, siguiendo muy de cerca al autor, sin analizar, por no ser posible, todos los tópicos tan bien expuestos. Sólo queremos referirnos, para terminar, a la forma en que el autor enfrenta críticamente la Teoría Pura.

Estima el autor que la crítica verdaderamente fructífera debe encaminarse a las bases de toda la doctrina que subyace en la Teoría Pura, las que no están ocultas, sino que es el mismo Kelsen quien las pone en evidencia constantemente; a su juicio, la crítica interna "no nos ofrece las auténticas vías de superación (...) (y) el punto de vista decisivo en la crítica a la Teoría Pura, es, por tanto, de índole externa y general, es decir, consiste en mostrar otros principios distintos de carácter fundamental, de los que cabe partir en la construcción de toda la ciencia jurídica, y con los cuales se podría ir más lejos que el jurista de Viena..." (pág. 461).

Y es aquí donde queremos detenernos. La investigación de la construcción kelseniana, como la de cualquier otra, puede enfrentarse por dos vertientes: a través de una crítica interna, o de una externa. A través de la interna se buscarán las contradicciones metodológicas dentro de la teoría kelseniana, usando los presupuestos que a ella la sustentan; la crítica externa, por el contrario, evalúa la metodología del sistema kelseniano y enjuicia sus presupuestos. El autor, claro está, elige la línea de crítica externa, aun cuando él mismo, en varias ocasiones, vislumbra algunas vías de crítica interna (Vid. v.gr., pág. 352),

y a pesar de reconocer su carácter altamente instructivo "en cuanto nos indica puntos neurálgicos en los que es menester ahondar" (pág. 461). No obstante, sin desmerecer en nada esta visión crítica —por lo tanto parcial, dado su carácter sólo externo—, nos inclinamos a pesar que un análisis interno también ofrece auténticas vías de superación y, lo que es mejor, importantes enseñanzas para la ciencia del derecho.

... Nos parece que las aportaciones de Kelsen a la ciencia jurídica son visibles hoy en día, sobre todo en cuanto al ordenamiento jurídico positivo, y a su estructura; al mismo tiempo creemos justificada la crítica del autor a los fundamentos de la Teoría Pura; pero no dejamos de abrigar dudas en cuanto a que con esto se agote la visión de la Teoría Pura, la que ha ido mucho más allá que sus fundamentos filosóficos, pasando ellos mismos a ser, en muchos casos, sencillamente olvidados.

... En resumen, esta crítica externa nos parece rigurosa y bien lograda; creemos que su autor no se equivoca al pensar que otros fundamentos deben presidir el camino de la ciencia del Derecho; por lo tanto, su declarado intento de crítica externa ha sido logrado brillantemente. No obstante, nos habría gustado ver rescatadas las aportaciones de Kelsen que, se quiera o no, han adquirido casi una autonomía propiamente, y que hoy perviven en el ordenamiento jurídico como aportaciones definitivas del autor a la ciencia del Derecho.

Alejandro Vergara Blanco
Abogado