

EL CONCEPTO DE DERECHO A LA LUZ DE LA TEORÍA PURA DEL DERECHO DE HANS KELSEN

The Concept of Law according to Hans Kelsen's Pure Theory of Law

María Fernanda Valenzuela Chapetón¹

Resumen: Hans Kelsen fue, entre otras cosas, un jurista que desarrolló parte de sus ideas positivistas en su obra: Teoría Pura del Derecho. Ésta tiene por objeto saber qué es y cómo es el Derecho, ya que Kelsen intenta estudiarlo en su estado más puro. En consecuencia, para Kelsen únicamente es Derecho aquello que sea producido a través del Derecho mismo, es decir, todo aquello que se encuentre plasmado en las normas jurídicas escritas y positivizadas, por lo que si alguna situación no se encuentra prevista en una norma, no es Derecho. En igual sentido, cualquier norma que se produzca a través del procedimiento legalmente establecido, sin importar su contenido y sin importar si es justo o no, será Derecho. Este es un ejemplo de los aportes positivos y negativos de Kelsen a la Ciencia Jurídica y en este ensayo se enumerarán y criticarán los más importantes desde el punto de vista del Derecho natural. En definitiva, el error de Kelsen fue la radicalidad de su positivismo, ya que si después de estudiar al Derecho en su «estado más puro» hubiera considerado nuevamente los elementos que desligó de él, su aporte hubiera sido integral para el Derecho.

Palabras clave: Concepto de derecho, Teoría pura del Derecho, Hans Kelsen, Derecho natural, Derecho Positivo, norma jurídica, separación entre Derecho y moral, democracia, jerarquía normativa, validez, antijuridicidad y eficacia de la norma jurídica.

Abstract: Hans Kelsen was, among other things, a jurist that developed part of his positivists' ideas in his book: Pure Theory of Law. The purpose of Kelsen's book was to know what is law and how is law, since he tried to study it in its purest form. Consequently, for Kelsen, law is only that which is produced through the law itself, which is everything that is written and contained on rules. So if a situation is not contained on a rule, it is not law. Likewise, any rule that is created through the legally established procedure will be law, regardless of their content and regardless of whether it is fair or not. This is an example of Kelsen's positive and negative

¹ Abogada y Notaria, Universidad del Istmo, mfvalenzuela.ch@gmail.com.

contributions to Legal Science. In this essay we will list and critique the most important of them from the point of view of Natural law. Definitely, Kelsen's mistake was his radical positivism, because if after he had studied law in its "purest form" he had considered again the elements he had separated from law, its contribution to Law would have been integral.

Key words: Concept of law, Pure Theory of Law, Hans Kelsen, Natural law, Positive law, legal norm, separation between law and moral, hierarchy of laws, democracy, validity, illegality and efficacy of rules.

Sumario: 1. Introducción. 2. ¿Qué es la Teoría Pura del Derecho? 3. Concepto de derecho. 4. Aportes negativos de Kelsen al Derecho. 5. Aportes positivos de Kelsen al Derecho. 6. Conclusión.

1. Introducción

El Derecho es un conjunto de normas que tienen como fin ordenar la vida del hombre en sociedad para lograr el bien común de todos y cada uno de sus miembros. Éste se encuentra contenido en un ordenamiento jurídico, el cual debe conformarse en parte por el derecho natural y en parte por el derecho positivo, en tanto que el primero establece los principios básicos y fundamentales que deben informar al segundo quien se encarga de positivizarlos en una norma escrita. Substancialmente, es así como debería funcionar el ordenamiento jurídico, esto es el «deber ser», el *Sollen*.² Sin embargo, a lo largo de la historia no todos los filósofos que han abordado el tema han estado de acuerdo con lo expuesto anteriormente, esto se evidencia en la diversidad de teorías que han surgido, siendo las más destacadas la Teoría del Derecho natural y el Positivismo jurídico. Dentro de esta última corriente se encuentra Hans Kelsen, un jurista, político y filósofo, que desarrolla sus ideas positivistas, sobre todo, en su obra denominada Teoría Pura del Derecho.

2. ¿Qué es la Teoría Pura del Derecho?

La Teoría Pura del Derecho es una teoría del Derecho Positivo, cuyo objeto es saber qué es y cómo es el Derecho; no le interesa cómo debe ser el Derecho ni como debe formarse.³ Esto se debe a que Kelsen intenta estudiar el Derecho «en su estado más puro», para eso lo desliga de «todos los elementos extraños» como la moral, el Derecho natural, la Ética, la Teología, la Sociología, la Historia, las

² HERVADA XIBERTA, Javier. *Lecciones Propedéuticas de Filosofía del Derecho*, España, EUNSA. 2000. Pág.203.

³ KELSEN, Hans. *La Teoría Pura del Derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A. Sin año. Pág.25.

ideologías políticas, entre otros. En consecuencia, para Kelsen el ordenamiento jurídico solamente se compone del derecho positivo.

Este pensamiento kelseniano ha sido objeto de diversas críticas a lo largo del tiempo, pero no es el objeto de este ensayo el enumerarlas, sino más bien el aportar la propia. Con el presente trabajo se busca hacer un examen de las principales ideas sobre el Derecho expuestas por Kelsen en su Teoría Pura del Derecho, determinando si las mismas son aportes positivos o negativos, y así emitir un juicio fundamentado al respecto. Entre las ideas que se examinarán encontramos: el concepto de derecho, la validez, coacción y eficacia de las normas, el contenido del ordenamiento jurídico, la separación de derecho y moral, la jerarquía de las normas y el papel de la democracia.

Antes de empezar debemos tener claro que esta teoría presentada por Kelsen se encuentra construida en un nivel científico y no filosófico, en tanto que su estatus epistemológico o nivel de conocimiento es el científico ya que determina que el Derecho es una norma y limita la Ciencia Jurídica al conocimiento de normas.⁴ Precisamente la Ciencia Jurídica nos muestra la realidad jurídica, y en tanto no se supere lo meramente jurídico no cabe hablar de Filosofía del Derecho.⁵ Aunque, cabe mencionar que Kelsen reconoce que existen algunos valores supremos al mero ordenamiento jurídico, lo que sí constituye una filosofía.

3. Concepto de derecho

Después de esta consideración previa, comenzamos exponiendo el concepto de Derecho. Según Kelsen, el Derecho no es una categoría eterna y absoluta, sino que su contenido cambia con la historia, por lo que se encuentra condicionado a circunstancias de tiempo y lugar.⁶ Considera que el Derecho es un orden normativo, un sistema de normas coordinadas entre sí y dictadas por el poder soberano. Para él solamente es Derecho lo que se encuentre plasmado en las normas jurídicas escritas y positivizadas y si alguna situación no se encuentra prevista en una norma, no es Derecho. En este caso, estoy en desacuerdo con Kelsen ya que, primero, el Derecho no cambia conforme la historia; su contenido es siempre el mismo, independientemente del tiempo y lugar en que se realice, porque éste tiene como fundamento al Derecho natural, que es inalterable, y a la dignidad de la persona humana, que es esa categoría inmutable y específica del ser humano que permite que éste pueda ser titular de derechos naturales⁷ permanentes en el tiempo e inalterables sustancialmente. Segundo, porque el Derecho no se limita a lo que está positivizado en las normas, es algo más, comprende los derechos naturales que existen independientemente del reconocimiento por el Derecho positivo. Por ejemplo, el ser humano tiene el

⁴ *Ibíd.* Pág.35.

⁵ HERVADA XIBERTA, Javier. *Op.cit.* Pág. 10.

⁶ KELSEN, Hans. *Op.cit.* Pág.45.

⁷ HERVADA XIBERTA, Javier. *Op.cit.* Pág. 205 y 233.

derecho natural a la vida, y no porque una norma no lo reconozca como tal deja de existir el derecho o de tenerlo la persona, sino todo lo contrario, subsiste independientemente de su positivización. Cabe resaltar aquí que el contenido fundamental del ordenamiento jurídico, o sea el Derecho natural, no varía, pero sí puede variar la parte positiva de dicho ordenamiento, en tanto que el mismo tiene deficiencias y debe irse adaptándose a las nuevas situaciones que surjan, por lo tanto el ordenamiento jurídico es perfectible, o sea que las normas positivas son susceptibles de ser mejoradas.

Una última consideración respecto al concepto de Derecho es la forma en que dicho concepto ha sido elaborado. En el caso de Kelsen, éste prescinde de la experiencia y de la naturaleza y concluye que el Derecho es la norma producida conforme el procedimiento legalmente establecido por la autoridad competente, e inclusive la norma producida en discrepancia con ese procedimiento será Derecho, todo esto independientemente del contenido que tenga. Es así como Kelsen limita el concepto de Derecho a lo que sea producido a través del Derecho mismo. Aquí hay que considerar que el concepto de Derecho parte de la experiencia jurídica y es elaborado *a posteriori* de ese conocimiento de la realidad, por lo que no se puede prescindir de ella. Cabe aclarar que ese concepto parte de la realidad pero no se queda en ella, sino que la trasciende, es metaempírico.⁸ Por otro lado, el contenido de la norma será Derecho en tanto realice el concepto de «lo justo»⁹, no es posible concebir que «cualquier contenido» es Derecho sin importar si es justo o no, pues de no ser justo tampoco es Derecho. Por ejemplo, en caso de que una norma jurídica reconozca el «derecho» al aborto no quiere decir que esto sea correcto, pues implica una lesión al derecho a la vida ajena; hay una injusticia, en tanto que lo debido es permitir a ese nuevo ser humano el disfrute de su vida, en consecuencia, esto no es justo y no puede ser considerado un «derecho».

4. Aportes negativos de Kelsen al Derecho

Después de haber precisado el concepto de Derecho nos ocuparemos de mostrar los aportes de Kelsen al mismo, los cuales han sido tanto positivos como negativos. Entre los negativos, primero encontramos la exclusión del Derecho natural, lo cual ya ha sido tratado anteriormente y podemos resumirlo en la siguiente idea: el Derecho natural es un orden superior y debe ser recogido por el Derecho positivo en sus normas, éste no puede despreciarlo ni excluirlo. Segundo, Kelsen le atribuye validez a la norma por el simple hecho de su existencia, lo cual no es correcto en virtud de que una norma es válida en tanto que sea conforme al Derecho natural y sea expresión de «lo justo», no por el simple hecho de haber sido creado conforme a un procedimiento formal. Tercero, respecto a la coactividad de la norma, Kelsen opina que «la norma jurídica es coactiva porque

⁸ *Ibíd.* Pág.55.

⁹ *Ibíd.* Pág.200.

manda a coaccionar», es aquí donde entra en juego el concepto del acto coactivo estatal que resulta ser la consecuencia a una condición dentro de una proposición jurídica.¹⁰ Hay que resaltar que se debe tener a una norma por coactiva, no porque ella misma se considere como tal, sino en virtud de una relación de suidada en la que hay un derecho atribuido a una persona,¹¹ por lo que existe una deuda, y en tanto la misma no haya sido satisfecha, persiste la obligatoriedad de satisfacerla, independientemente de que la norma obligue o no a hacerlo, puesto que la obligatoriedad es una característica del Derecho *per se*; sin embargo, en el caso de que el obligado no cumpla voluntariamente con su deuda, entonces se manifestará la imperatividad del Derecho a través del *ius imperium* del Estado que buscará la ejecución del cumplimiento de lo debido. En resumen, la norma no es coactiva porque ella misma lo diga, sino porque no hay un cumplimiento efectivo de la obligatoriedad del Derecho.

Por otro lado, en este apartado también cabe considerar la antijuridicidad y eficacia de la norma, pues estos conceptos se encuentran íntimamente relacionados con la coactividad. Respecto a la antijuridicidad cabe decir que, según Kelsen, ésta deviene del hecho de que la persona realice una conducta contraria a la establecida como condición en una proposición jurídica, lo cual desencadena la consecuencia jurídica, lo que anteriormente definimos como el acto coactivo estatal. Sin embargo, lo antijurídico no consiste en realizar la conducta contraria a lo que establece la norma, sino en algo que es contrario a Derecho, puesto que el Derecho es superior a la norma.¹² Respecto a la eficacia del orden jurídico, según Kelsen, se debe a la motivación de obrar bien que el mismo orden jurídico inspira, puesto que en el caso de realizar la conducta contraria, el sujeto será acreedor de una coacción. Debemos decir que el ordenamiento jurídico es eficaz, no porque inspire un cierto «miedo» en los sujetos a quienes va dirigido, sino en tanto logra sus efectos previstos,¹³ o sea, el objetivo de la realización del bien común y la acatación y cumplimiento del Derecho mismo.

Otra crítica al pensamiento de Kelsen es que él mismo se contradice en el hecho de querer exponer el Derecho tal cual es mediante una teoría jurídica radicalmente «realista»,¹⁴ puesto que al valorar y comprender al Derecho positivo «en sí mismo», está prescindiendo de la realidad y olvidando la importante conexión del Derecho con ésta. El Derecho tiene un fundamento «*in re*», del cual no puede ser desligado, pues siempre está referido a una dimensión práctica, a la existencia de una deuda que debe ser satisfecha.¹⁵

¹⁰ KELSEN, Hans. *Op.cit.* Pág.52.

¹¹ HERVADA XIBERTA, Javier. *Op.cit.* Pág. 203.

¹² *Ibid.* Págs.259-260.

¹³ *Ibid.* Pág.392.

¹⁴ KELSEN, Hans. *Op.cit.* Págs.42-44.

¹⁵ HERVADA XIBERTA, Javier. *Op.cit.* Pág. 198.

5. Aportes positivos de Kelsen al Derecho

A pesar de todo lo expuesto, el pensamiento kelseniano no es del todo negativo, también tiene aportes positivos muy importantes que han ayudado actualmente a una mejor configuración del orden jurídico. Entre sus aspectos positivos encontramos: la separación entre derecho y moral, la jerarquía de las normas, y el papel que juega la democracia en la configuración del ordenamiento jurídico.

Kelsen logró establecer la efectiva distinción entre Derecho y moral, ya que definitivamente al Derecho no le interesa la intención con la que sea llevada a cabo el deber jurídico (el *Sollen*), sino simplemente el que efectivamente sea llevado a cabo, o sea su cumplimiento. Esto quiere decir que al Derecho no le interesan las intenciones de la persona, en tanto que éstas sean exteriorizadas y produzcan consecuencias jurídicas que afecten a terceros.¹⁶

Respecto a la jerarquía de las normas, Kelsen realizó un aporte verdaderamente importante. Planteó la existencia de una gradación entre los diferentes tipos de normas, empezando por la Constitución, a la que atribuyó la categoría de norma fundamental del ordenamiento jurídico, luego colocó a las leyes, posteriormente los reglamentos y finalmente llegó a las normas individualizadas (sentencias judiciales y contratos). También distinguió que «una pluralidad de normas funda una unidad cuanto su validez puede ser atribuida a una norma única como fundamento último de esa validez».¹⁷ De esta manera dio un valor muy importante a la Constitución, en tanto que gracias a ésta se logra la coherencia y unidad del ordenamiento jurídico, pues todas las normas inferiores a ella deben ser producidas en concordancia con la misma. Sin embargo, a pesar de que esta idea de Kelsen es muy buena, la misma, a mi juicio, no se encuentra exenta de error, en tanto que fundamenta la validez de la Constitución misma en una Constitución más antigua, y así sucesivamente hasta llegar a la primera Constitución histórica, la cual es valedera porque fue creada por la voluntad del constituyente histórico.¹⁸ Aquí cabe aclarar que la Constitución no es válida porque así lo hayan dispuesto nuestros antepasados, sino que es válida en tanto es expresión de la voluntad del pueblo actual quien establece sus normas y por lo tanto busca su cumplimiento.

Esto nos lleva al papel de la democracia en la configuración del ordenamiento jurídico. Considero que es un aporte muy importante, precisamente porque permite la participación de los miembros del Estado en la producción de las normas jurídicas, y por eso mismo éstas son la expresión de su voluntad. Es aquí donde los hombres de común acuerdo se obligan a cumplir con determinadas normas con el fin de lograr el bien común, y precisamente porque esa obligación es de común acuerdo, se le da legitimidad al orden instaurado y es más eficaz.¹⁹

¹⁶ *Ibíd.* Pág.416.

¹⁷ KELSEN, Hans. *Op.cit.* Pág.94.

¹⁸ *Ibíd.* Pág.98.

¹⁹ HERVADA XIBERTA, Javier. *Op.cit.* Pág. 353.

6. Conclusión

En conclusión, vemos que Kelsen fue un positivista radical, lo cual queda evidenciado en su Teoría Pura del Derecho. Lo que él quiso lograr con esta Teoría es, en principio, muy bueno, pues ciertamente sus aportes a la Ciencia Jurídica son indiscutibles. Sin embargo, su error fue precisamente la radicalidad en su positivismo. Considero que Kelsen hubiera sido completamente exitoso si después de desligar todos los «elementos externos» del Derecho y de concebir al mismo en su forma más pura, se hubiera dado cuenta de la importancia que estos elementos tienen para el Derecho, ya que contribuyen a su adecuada configuración. Si Kelsen después de concebir al Derecho puro hubiera retornado al «deber ser» brindado por la Filosofía del Derecho y su función valorativa y crítica, seguramente su éxito hubiera sido integral y no sólo en ciertos elementos de su teoría.

Bibliografía

- KELSEN, Hans. ***La Teoría Pura del Derecho***, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., sin año.
- HERVADA XIBERTA, Javier. ***Lecciones Propedéuticas de Filosofía del Derecho***, España, EUNSA, 2000.