

La verdad sobre Hans Kelsen

Fernando de Trazegnies Granda

Profesor principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

SUMARIO: 1. Introducción 2. Aspectos fundamentales del pensamiento kelseniano 3. Reflexiones finales

I. Introducción.

No cabe duda de que Hans Kelsen fue un jurista que marcó de una manera decisiva el segundo tercio del S. XX y que aún hoy en día persiste el eco de sus propuestas conceptuales sobre el Derecho.

En Europa, particularmente en España, tuvo una influencia notable. Y también en Latinoamérica, particularmente en Argentina. Obviamente, esta presencia intelectual tan próxima repercutió muy marcadamente en el Perú.

Aun cuando se mostró distante del pensamiento liberal e insistió que su teoría del Derecho era aplicable cualquiera que fuera la concepción política o sociológica predominante, sus ideas fueron acogidas en buena medida por quienes propugnaban una nueva sociedad dentro de los lineamientos de la economía de mercado; la teoría pura» parecía el instrumento adecuado para lograr estabilidad jurídica y dar así la seguridad que requiere la inversión y el cálculo privado de intereses dentro de la libre competencia.

Sin embargo, curiosamente, Kelsen no tuvo mucho impacto en el Derecho norteamericano, a pesar de que vivió varios años en los Estados Unidos, el país que ha reivindicado más manifiestamente el pensamiento liberal y la economía de mercado. En efecto, cuando Kelsen, nacido en Praga dentro de una familia judía, se sintió amenazado en Austria por el predominio del nazismo (Kelsen incluso había elaborado el proyecto de lo que fue la Constitución austriaca de 1920, muy lejana de las ideas nazis), partió a Suiza. En 1940 cruzó el Atlántico y fue recibido por la Universidad de Harvard, para participar en las famosas conferencias que llevan el nombre de Oliver Wendell Holmes. Permaneció ahí durante tres años, pero nunca obtuvo una cátedra, limitándose a la calidad de académico visitante (*visiting acholar*) con un simple cubículo en el sótano de la biblioteca. como oficina En 1945 fue contratado por la Universidad de California, Berkeley, la que –paradójicamente para un hombre que pretendía hacer Derecho y sólo Derecho, libre de toda contaminación política– tampoco le dio una cátedra en la Escuela de Derecho sino de Derecho Internacional en la Facultad de Ciencias Sociales y Políticas, la que conservó hasta cerca de su muerte.

Este desaprovechamiento de un genio jurídico es difícil de explicar y puede, en realidad, tener

varias y complejas causas. De un lado, las Escuelas de Derecho norteamericanas de entonces, con el acento en la formación estrictamente profesional de futuros abogados y jueces, no tenían lugar para cursos tan abstractos como el de teoría del Derecho. Posiblemente también el acento sociológico del realismo jurídico predominante en la Norteamérica posterior a Roosevelt hizo sentir como poco amigable una teoría abstracta del Derecho (y europea, a mayor abundamiento), desvinculada de la realidad misma. Es probable, finalmente, que a esas alturas de su vida Kelsen se sintiera más cómodo enseñando un curso de Derecho Internacional que uno de Teoría del Derecho. Sin embargo, algunos teóricos actuales del Derecho en los Estados Unidos reconocen una influencia kelseniana, como es el caso de Joseph Raz, aun cuando después tomó un camino distinto.

Kelsen tuvo, pues, entusiastas seguidores, otros que se limitaron a ser admiradores algo distantes y fríos y también tuvo encarnizados detractores.

Los juristas conservadores lo consideraron una suerte de Anticristo del Derecho porque había surgido para destruir en sus bases mismas la idea de Derecho Natural. Por su parte, las tendencias socialistas y marxistas lo calificaron como la típica voz de la superestructura que, predicando una neutralidad ideológica, no hacía sino elaborar una teoría jurídica subrepticamente liberal, ocultando las raíces y los fines políticos de todo Derecho con su propuesta de una teoría «pura», *i.e.*, puramente jurídica.

El mismo Kelsen hace un recuento de sus detractores en el Prefacio a la primera edición de la Teoría Pura y, refiriéndose a lo que dicen de su teoría sus enemigos, escribe: «Es el liberalismo democrático, declaran los fascistas. Por el contrario, los demócratas liberales o los socialistas lo tienen [a Kelsen] como un cabo furriel del fascismo. Del lado comunista, se la condena [a la Teoría Pura] como una ideología del estatismo capitalista: los defensores del capitalismo nacionalista la denuncian como una doctrina groseramente bolchevique, o como un anarquismo camuflado. Algunos aseguran que tiene un parentesco, por su espíritu, a la escolástica católica; pero otros creen reconocer en ella una teoría protestante del Derecho y del Estado. Y no falta la gente que quisiera

1 KELSEN, Hans. «Théorie Pure du Droit». Trad. francesa de la 2a edición de la *Reine Rechtslehre*, por Charles Eisenmann. Dalloz, Paris, 1962. Prefacio de la primera edición. p. X.

estigmatizarla por atea»¹. Pero sale al encuentro de estas críticas planteando que es preciso renunciar «al hábito profundamente enraizado de defender, a nombre de la ciencia del Derecho –es decir, invocando una autoridad objetiva- postulados políticos, que sólo tienen un carácter subjetivo, aunque se presenten, con toda buena fe, como el ideal de una religión, de una nación o de una clase»².

Sin embargo, no cabe duda de que la reacción de los partidarios del Derecho Natural, en nombre de una presunta ortodoxia católica, fue bastante radical contra la difusión de las ideas kelsenianas, particularmente en la Europa latina y en Iberoamérica. Y quizá es por ello que muchas veces la adhesión a sus ideas no estuvo exenta de un cierto sentimiento de culpa en los medios católicos, donde los iusnaturalistas tenían influencia. Es así como podemos encontrar tratados de Derecho Civil de la época en cuyo primer capítulo se plantea implícitamente una teoría del Derecho positivista (definiendo el Derecho como «conjunto de leyes»), pero se suaviza el positivismo sobre una base ecléctica, mezclándolo paradójicamente con el Derecho Natural: así se dice que el Derecho es un conjunto de normas (declaración positivista-normativista) que persiguen realizar los valores morales y sociales del Derecho Natural (posición iusnaturalista). Aún más. En la mayor parte de los Tratados de Derecho Civil, después de ese rápido y contradictorio saludo de cortesía al Derecho Natural que aparece en el primer capítulo, todos los demás capítulos -de los diez o más tomos que comprende el Tratado- están dedicados a analizar el Derecho desde una perspectiva exclusivamente positivista-normativista, considerándolo como un conjunto de normas que se vale por sí mismo, de manera que cada norma sólo puede ser explicada por otra norma válida del conjunto (concordancia) sin referirse a ningún valor filosófico o sociológico. Nos encontramos así con una suerte de positivismo vergonzante.

Pero el daño más grande que recibieron las ideas kelsenianas provino de quienes se sentían sus entusiastas seguidores y, en realidad, no hacían sino malbaratear sus planteamientos. Es probable que Kelsen, de haber escuchado a estos positivistas «pop», se hubiera escandalizado de las tesis que le atribuían sus «amigos», lo que no sucedía con las objeciones que le planteaban sus enemigos, a quienes siempre trató con serenidad y respeto.

El positivismo «pop» fundamentalmente reduce el Derecho a la norma jurídica y considera que todo está dicho en la norma; lo que no está en la norma, no está en el mundo. Por tanto, la aplicación de la norma debe llevarse a cabo mediante la lógica abstracta, independiente de toda consideración del sentido mismo o finalidad de la ley o de su utilidad dentro de circunstancias sociológicas y económicas que pudieran haber cambiado.

De esta manera, para el positivismo «pop», estudiar Derecho se reduce a estudiar la ley; aun cuando se pretenda revestir este planteamiento impúdico con estudios doctrinarios o jurisprudenciales que, en última instancia, están todos referidos a la aplicación de la ley. Claro está, la doctrina es importante; pero sólo en tanto que aclara el sentido y la concordancia de la ley. Si se escapa de ese marco, es una doctrina irrelevante. La jurisprudencia es también importante, pero sólo en cuanto nos da ejemplos de la manera como debe aplicarse la ley. Si se vuelve creativa y pretende añadir cualquier cosa a la ley, hay que pensar en prevaricato o en error jurisprudencial.

Como consecuencia de ello, la interpretación jurídica no puede ser sino la aplicación estricta de la ley y sólo la ley, a través de un razonamiento deductivo. El silogismo en el que se basa toda aplicación positivista «pop» del Derecho es el siguiente: dada la premisa legal y la premisa factual, sólo puede llegarse a una conclusión y sólo una, que es necesariamente la verdadera. El Derecho se convierte así en una matemática de la normatividad, olvidando que la realidad califica incluso a las matemáticas y obliga a hacer distinciones: dos más dos son cuatro; pero dos papas más dos camotes, no son ni cuatro papas ni cuatro camotes. En otras palabras, el positivismo «pop» reduce la tarea de administrar justicia a una función prácticamente mecánica en la que toda discusión sólo procede por defecto en el razonamiento. Así como no se puede discutir si dos más dos pudieran no ser cuatro, tampoco se debería poder discutir -entre personas debidamente informadas, léase abogados- si tales leyes son aplicables o no a tal situación, porque sólo una interpretación es verdadera. Por consiguiente, si hay discusión es porque uno de los abogados es un ignorante y, a pesar de todos sus estudios en la Facultad de Derecho, no se da cuenta de que no tiene la razón; o quizá, más grave aún, se da perfectamente cuenta de que va a perder, pero es un inmoral que prefiere seguir alentando en su cliente la idea de que puede ganar para cobrar más honorarios. Como es evidente, si la interpretación es tan estricta y da un resultado único, mejor sería emplear una computadora, para sustituir tanto a los abogados como a los jueces: la computadora no se equivoca en sacar conclusiones deductivas ni tampoco es inmoral o corrupta.

Hans Kelsen se habría rebelado contra estas derivaciones de sus planteamientos y habría tachado incluso de tontos a quienes planteaban ideas semejantes, acusándolos de no haber leído con cuidado e inteligencia sus obras. En verdad, lo más probable es que estos pseudo-kelsenianos ni siquiera hayan leído a Kelsen; o que, a lo sumo, hayan leído apenas algunas páginas sueltas de sus obras, transcritas en algún manual. Debo decir que la mayor parte (¿quizá la totalidad?) de los positivistas

2 KELSEN, Hans. Op. cit. Prólogo a la primera edición. p. IX.

"pop" que me he encontrado en la vida profesional y académica, no habían leído la **Teoría Pura del Derecho**.

II. Aspectos fundamentales del pensamiento kelseniano.

Por todo ello, es importante decir de una vez por todas la verdad sobre Kelsen, desautorizando a los positivistas «pop» y regresando a un análisis directo de sus obras.

Para estos efectos, vamos a utilizar fundamentalmente la segunda edición de la **Teoría Pura del Derecho (Reine Rechtslehre)** que Kelsen publicó en 1960. Es importante destacar la edición, porque la primera fue publicada en Ginebra en 1934. Ésta –confiesa el mismo Kelsen en su prólogo- le había costado veinte años de reflexión. Pero 24 años más tarde, cuando ya estaba de profesor en Berkeley, Kelsen publica una segunda edición cuidadosamente revisada que él llama su «nueva» Teoría Pura³, debido a los importantes cambios que le ha hecho. En el Prefacio advierte que es imposible mantener sin cambios -hasta 1960, es decir, hasta el fin de su vida- una teoría que esbozó en 1911 cuando publicó **Los problemas fundamentales del Derecho Público**⁴. Muchas modificaciones manifiestas –señala Kelsen- aparecen ya en la Teoría General del Derecho y del Estado, publicada en 1945, mientras se encontraba en Harvard⁵. Y si bien ello no afecta lo esencial de su Teoría -que, a su juicio es la separación entre el Derecho y la Política- trata, sin embargo, en la segunda edición, de resolver los problemas más esenciales que había levantado la teoría original⁶.

Empero, por razones que desconozco –pero puedo suponer- muchas editoriales españolas y latinoamericanas ignoraron la publicación de esta segunda edición corregida y continuaron publicando durante muchos años las traducciones al español hechas anteriormente, a partir de la primera edición alemana. De esta manera, el lector en lengua española quedó privado durante mucho tiempo de las reflexiones que el propio Kelsen había hecho sobre su obra al llegar a la madurez y de los añadidos, precisiones y aclaraciones que resultaron de sus propias preocupaciones teóricas⁷.

1. La teoría "pura".

Lo primero que debemos revisar si queremos situar debidamente las ideas kelsenianas es la anhelada pureza del Derecho. ¿Qué nos quiere decir Kelsen cuando nos declara que su intento ha sido lograr una «teoría pura» del Derecho, pretensión tan importante dentro de su pensamiento que incluso da el título a su obra más importante?

En las primeras líneas de dicha obra nos dice que todo lo que pretende es «asegurar un conocimiento del Derecho y sólo del Derecho, excluyendo de este conocimiento todo lo que no está comprendido en el concepto exacto de este objeto. En otras palabras, (la teoría pura) quiere liberar a la ciencia del Derecho de todos los elementos que le son extraños»⁸. Y aclara su idea mediante la confrontación con las teorías no puras: la ciencia tradicional del Derecho, dice, «Sin ningún espíritu crítico, ha mezclado la ciencia del Derecho de una parte, con la Psicología, la Sociología, la Ética y la Teoría Política, por otra parte».

Kelsen piensa que la «ciencia» del Derecho –enfático la idea de «ciencia» porque veremos después que Kelsen distingue entre la ciencia y la aplicación del Derecho- tiene que referirse exclusivamente a la norma positiva, esto es, al Derecho «planteado»⁹, a la norma válida, de aplicación obligatoria. Ahora bien, esta norma es válida no por su contenido intrínseco sino porque su creación ha sido autorizada por otra norma superior. En el punto siguiente de este trabajo veremos cómo este escalonamiento de autorizaciones o facultades para crear normas es lo que da lugar a la llamada «pirámide kelseniana». Por ahora quiero destacar solamente que no es el contenido de la norma lo que le da su validez sino el hecho de haber sido creada en razón de una autorización de una norma superior, cualquiera que sea el contenido que esta norma superior, insertada a su vez dentro de las facultades de otra norma superior, le haya querido dar.

En realidad, Kelsen quiere hacer de la ciencia jurídica una suerte de gramática de la normatividad. Como es obvio, una frase puede estar perfectamente construida y ser un válido medio de comunicación; pero el contenido que transmite



3 KELSEN, Hans. «Théorie Pure du Droit». Trad. francesa de la 2a edición de la *Reine Rechtslehre*, por Charles Eisenmann. Dalloz, Paris, 1962, en adelante simplemente **Teoría Pura**. Prefacio de Hans Kelsen a la edición francesa. p. V.

4 KELSEN, Hans. Op.cit. Prefacio de la segunda edición. p. XIII.

5 Loc. cit. KELSEN, Hans: Op.cit.

6 Ibidem.

7 Aún ahora circulan en el mercado versiones en español de la **Teoría Pura** que corresponden a la edición de 1934. Por eso, antes de comprar o citar este libro, resulta importante verificar que se está ante la segunda edición y no de una primera edición que ha quedado en el pasado.

8 KELSEN, Hans: «Teoría Pura». p. 1.

9 La palabra «positivo» no se entiende aquí como lo opuesto a lo negativo sino como un derivado del francés «posé», o sea, planteado. Esta palabra francesa se deriva a su vez del latín *positus*, que es el participio pasado del verbo «poner», y que en castellano es «puesto»). De esta manera, el derecho «positivo» es el que está ahí, puesto frente a nosotros, i.e. la norma legal.

puede ser moral o inmoral, justo o injusto, loable, indiferente o incluso oprobioso. Esos contenidos no agregan ni quitan nada a la validez gramatical de la frase. Es más; para juzgar esos contenidos y adherirnos a ellos o rechazarlos, no recurrimos a la Gramática, sino quizá a la Ética, a la Política o a otras ciencias que nos den las bases para determinar si ese contenido es verdadero y/o deseable.

La ciencia del Derecho, para Kelsen, cumple el papel de la Gramática: se limita a decirnos si una determinada norma es válida, si debe ser obedecida nos guste o no su contenido. Sin perjuicio de que, desde otros puntos de vista, pueda juzgarse su contenido. Pero para ello se llamará a la Ética, a la Política, a la Economía, etc.; no a la Ciencia Jurídica. Esa indagación ya no pertenece a la ciencia del Derecho, como el contenido de una frase no pertenece a la Gramática. En otras palabras, la ley puede ser justa o injusta; pero es ley. Desde el punto de vista moral o político propugnaremos su cambio si la consideramos injusta; pero mientras esto no suceda mediante un acto formal, jurídico, esa ley injusta sigue siendo ley, como la frase que propone que ciertos hombres deban ser esclavos de otros sigue siendo una frase gramaticalmente correcta y válida en castellano aunque su contenido sea despreciable.

Por consiguiente, Kelsen distingue entre la validez de la ley (materia de la ciencia jurídica) y el análisis de los valores que integran el contenido de la ley (materia también interesante, pero propia de otras disciplinas. Es en ese sentido que Kelsen afirma: «Una teoría positivista del Derecho no puede aceptar ni la existencia puramente imaginaria del espíritu del pueblo ni tampoco la no menos imaginaria existencia de una «solidaridad social'»¹⁰.

¿Significa esto que a Kelsen no le interesa la justicia, la democracia, la libertad, la moral, la proporcionalidad de los comportamientos recíprocos entre los seres humanos?

Nada de eso. Kelsen valora todos esos aspectos y los considera indispensables para el desarrollo de una sociedad civilizada. Pero no le incumben a la ciencia del Derecho sino a otras disciplinas que tienen métodos diferentes, cuyo rigor responde a una naturaleza diferente a la del Derecho.

La justicia, dice, es una virtud humana y así se puede opinar que un hombre es justo y, más particularmente, que un legislador o que un juez es justo. Pero «La virtud de la justicia, como toda virtud, constituye una categoría de carácter moral y bajo este aspecto pertenece, pues, al campo de la ética»¹¹. A su vez, la libertad es tan importante que «El orden normativo, exigido para vincular a los hombres desde el punto de vista de su

comportamiento recíproco, debe constituir necesariamente un orden erigido con el consentimiento de todos los hombres que estarán sujetos a él: el hombre, en efecto, no debe –como a veces se dice: no puede– estar vinculado más que por su propia voluntad»¹². Y la democracia es así un bien que hay que cuidar; al punto que, afirmándola en la libertad, debe evitarse que la voluntad de las mayorías pueda convertirse en una democracia totalitaria que aplaste a las minorías¹³.

Como puede verse, Kelsen no menosprecia el análisis moral y político del comportamiento humano; sólo que no lo considera parte de la «ciencia» del Derecho. La relación del Derecho con la Ética es similar a la relación de las Matemáticas con la Física. En realidad, las Matemáticas constituyen una disciplina autónoma, que tiene sus exigencias, su lógica y su rigor propios. Claro está que, aplicando los principios matemáticos, se pueden hacer cálculos de los que resulten muchos beneficios para la humanidad y también cálculos que lleven al ser humano a las peores aberraciones. Pero esto ya no es un problema de las Matemáticas sino de la Moral, de la Política o de lo que fuera: la Aritmética no califican de moralmente buena o mala, políticamente conveniente o inconveniente, de justa o injusta, una suma o una resta. Lo que se busca hacer con los resultados de tal cálculo, queda al margen del análisis matemático. La Aritmética simplemente se limitará a decir si ese cálculo no tuvo fallas, si estuvo bien hecho desde el punto de vista matemático; verificará que no se haya incurrido en el error de decir que dos más dos son cinco, pero no le interesará la cuestión relativa a si todo ello lleva a determinar el número de caramelos que tiene un niño, la cantidad de droga que se pretende introducir clandestinamente en un país o el número de muertos que producirá la bomba atómica que será arrojada sobre una región enemiga. De la misma forma, la «ciencia» del Derecho –y nuevamente enfatizo que la referencia es a la ciencia en tanto que disciplina que estudia el Derecho– se limita a comprobar la validez y la coherencia de las normas; verifica que su creación se encuentre inmersa dentro de un orden, *i.e.*, sometida a la regla de la autorización por una norma superior. Pero, aun cuando estas normas se refieran a temas muy importantes, a esta ciencia jurídica no le corresponde decir si las normas son justas o injustas, si tendrán un impacto económico positivo o negativo en la sociedad, etc.

Kelsen reafirma la perspectiva científica autónoma del Derecho: «Postular que hace falta distinguir el Derecho y la Moral y la ciencia del Derecho de la Ética, significa que, desde el punto de

10 KELSEN, Hans: «Teoría Pura». p. 306.

11 KELSEN, Hans: «Justicia y Derecho Natural». En: Kelsen, Bobbio *et al.* Crítica del Derecho Natural. Taurus. Madrid, 1966 (en adelante: «Justicia y Derecho Natural»). p. 29.

12 KELSEN, Hans: Op. cit. p. 77.

13 KELSEN, Hans: Op. cit. p. 79.



vista de un conocimiento científico del Derecho positivo, su justificación mediante un orden moral, ajeno a él mismo, es irrelevante; la ciencia del Derecho no tiene que aprobar o desaprobar su objeto, sino que únicamente pretende conocerlo y describirlo»¹⁴. Por consiguiente, «una norma jurídica puede ser considerada cómo válida, incluso si contradice el orden moral»¹⁵.

Dentro de este orden de ideas, el kelsenismo no busca enfrentamiento alguno con la Ética, con la Política o con cualquier otra disciplina que pretenda establecer juicios de valores respecto del comportamiento del ser humano viviendo en sociedad. Todo lo que hace es marcar su distancia, delimitar el terreno propio de la ciencia jurídica frente a todas las demás aproximaciones a la conducta social del hombre. En ese sentido, no podemos decir que la Teoría Pura se oponga a las virtudes morales, a la democracia, a las ideas socialistas, a la caridad. Simplemente, coloca a cada una en su sitio; o, mejor aún, se coloca en su propio sitio señalando que su territorio no puede ser invadido por ninguna de esas otras perspectivas y de las correspondientes disciplinas del conocimiento a las que puedan dar lugar.

En el fondo, Hans Kelsen es un pensador relativista y considera que la Ética, la Política y las otras llamadas disciplinas morales no tienen las posibilidades de llegar a conclusiones rigurosas, como las matemáticas o como la lógica demostrativa, por lo que no pueden servir de base para la construcción de una ciencia del Derecho. En general, esas disciplinas admiten diversas teorías y, respecto de ellas, no cabe una verdad plena, incontrovertible como la que se requiere para decir que una norma jurídica es válida o no lo es. Pero eso no lo lleva a descartar la necesidad de un razonamiento de ese tipo, paralelo al estudio científico del Derecho. «Contrariamente a un menosprecio demasiado frecuente, una teoría relativista de los valores no afirma que no existan valores y, en particular, que no existe justicia; el relativismo implica solamente que no existen valores absolutos sino únicamente valores relativos, que no hay una justicia absoluta sino sólo una justicia relativa, que los valores que nosotros planteamos con nuestros actos creadores de normas y que colocamos en la base de nuestros juicios de valor no pueden tener la pretensión de excluir la posibilidad misma de valores opuestos»¹⁶.

De esta forma, piensa Kelsen, la ciencia jurídica puede coexistir con cualquier otra disciplina científica y el orden jurídico puede coexistir con cualquier idea moral o política: «Todo sistema de moral puede cumplir ese papel (de apreciar el valor

de un orden jurídico); cuando se juzga el contenido de un orden jurídico positivo desde un punto de vista moral, «moralmente», como bueno o malo, justo o injusto, hay simplemente que recordar que ese criterio es relativo, que se puede llegar a una apreciación diferente sobre la base de otro sistema moral...»¹⁷.

Pero hay una excepción a esta tolerancia kelseniana, basada en la definición de los campos propios: el Derecho Natural.

La teoría iusnaturalista, dice Kelsen, «afirma la validez de un derecho natural al lado e incluso por encima del derecho positivo, y coloca en aquel el fundamento de validez de éste»¹⁸. De esta manera, la teoría del Derecho Natural «sólo considera válido a ese derecho positivo cuando está de acuerdo con el derecho natural, que viene a constituir así el valor absoluto de justicia. Admitiendo este enunciado, resultará que una norma injusta de derecho positivo no puede ser considerada válida ni, por ello mismo, existente. (...) no puede ser derecho sino en apariencia»¹⁹.

Como puede apreciarse, a diferencia de otras teorías de la justicia o de la moral que pueden juzgar legítimamente desde fuera al orden jurídico discutiendo su contenido pero no su validez, el Derecho Natural penetra en el campo que Kelsen considera que es parte de la autonomía formal del Derecho y se sustituye a los criterios kelsenianos (validez) para someter el Derecho a criterios relativos al contenido de las normas. En esta forma, hemos confundido la Literatura con la Gramática: debido a que la novela no resultó satisfactoria literariamente estaríamos considerando que no está escrita en castellano.

El enfrentamiento entre el positivismo kelseniano y la teoría del Derecho Natural –cuando menos dentro de sus postulaciones más radicales– resulta insuperable. Estas dos teorías son incompatibles: una norma positiva no puede ser válida e inválida a la vez; es decir, válida desde el punto de vista formal (que es el único científico para Kelsen) e inválida desde el punto de vista de la justicia (que es el único admisible para el iusnaturalismo radical). No queda espacio entre ambas posiciones y, por ello, Kelsen rechaza explícitamente, por razones lógicas, la posibilidad de admitir la tesis iusnaturalista dentro de una teoría que pueda, según él, ser considerada como científica. En el fondo, nos encontramos con la confrontación clásica entre el relativismo y el absolutismo: un relativista puede admitir todas las posiciones distintas a la suya; salvo que, por razones de coherencia, no puede aceptar otra posición que diga que la suya (la relativista) no es

14 KELSEN, Hans: «Teoría Pura», p. 92.

15 KELSEN, Hans: «Teoría Pura», p. 93. Nótese la distinción que hace Kelsen entre «validez» y «valor». Una norma puede ser considerada «válida» aunque no sea «valiosa» o quizá hasta sea «anti-valiosa».

16 KELSEN, Hans: «Teoría Pura», p. 91.

17 KELSEN, Hans: «Teoría Pura», pp. 91-92.

18 KELSEN, Hans: «Justicia y Derecho Natural», p. 32.

19 Loc. cit.



admisible, porque sería aceptar el absolutismo que el relativismo niega..

2. La "pirámide" kelseniana.

a. La jerarquía de normas.

Pero en Kelsen hay mucho más que la idea de la pureza jurídica de la teoría general. Gran parte de su esfuerzo teórico está destinado a explicar cómo se estructura ese orden jurídico positivo, en qué forma se establece la validez de una norma y cómo cada norma se entrelaza con las demás hasta formar el tejido que llamamos orden jurídico.

Como se ha visto en el punto precedente, desde el punto de vista kelseniano, una teoría científica del Derecho no puede basar la obligatoriedad racional de las normas en apreciaciones subjetivas y relativas sobre su contenido. Es preciso encontrar un fundamento dentro del orden jurídico mismo, sin salir a buscar los cimientos y la argamasa del Derecho en la Ética o en la filosofía política o en otras disciplinas ajenas a la positividad.

La obligatoriedad de las normas no puede encontrarse en la fuerza coactiva para imponerlas: «El hecho bruto de que alguien ordene algo no es jamás una razón suficiente para considerar el mandato como una norma válida (...). Sólo una autoridad competente puede plantear normas válidas; y su competencia no puede descansar sino en otra norma que la habilite para la creación de normas»²⁰. Ahora bien, esta norma superior que habilita a una autoridad para crear normas a su vez debe ser válida; por consiguiente, tiene que estar basada igualmente en una norma superior a ella que a su vez la haya habilitado para crear esa norma que habilita a crear otras normas. Y así sucesivamente, avanzamos por un camino ascendente de habilitaciones o autorizaciones.

«Pero es imposible que la búsqueda de la validez de una norma se remonte al infinito»²¹, agrega Kelsen. No hay más remedio que reconocer que esta confirmación de validez en una norma superior debe terminar a un cierto nivel, en una norma que se tiene como válida por sí misma, y que debe ser considerada como suprema²². Estamos ante la *grundnorm* o norma base. En alemán «*grund*» significa el motivo determinante, aquello que lleva a algo a ser algo. Por tanto, la *grundnorm* es la norma que confiere validez a todas las normas. En palabras de Kelsen, «La norma fundamental es la fuente común de la validez de todas las normas que pertenecen a un mismo orden; y es el fundamento común de su validez»²³.

En esta forma se constituye la llamada «Pirámide del orden jurídico», mencionada

frecuentemente por los teóricos del Derecho. En realidad, la metáfora no es acertada porque la idea de una pirámide da la impresión de que el Derecho positivo es un cuerpo sólido, sin vacíos a llenar; sin embargo, veremos que esta pirámide es hueca por definición y que tiene que ser rellenada creativamente en cada uno de sus niveles. Pero es el propio Kelsen quien escogió esta imagen de la pirámide y, por tanto, tenemos que limitarnos a explicarla dentro del contexto conceptual de su pensamiento jurídico.²⁴

Hemos dicho que en la cúspide de la pirámide se encuentra la norma fundamental o suprema que otorga validez en última instancia a todas las normas que componen el orden jurídico en todos sus niveles. Pero, ¿cuál es esta norma suprema?

Algunos seguidores de Kelsen han interpretado esta norma básica como la Constitución, probablemente debido a que en el capítulo de la *Teoría Pura* que trata sobre la pirámide, el primer subcapítulo que aparece se denomina «*La Constitución*».

Sin embargo, considerar la Constitución como la *grundnorm* es un error; porque si la Constitución es una norma positiva y forma parte del orden jurídico, tiene que ser validada a su vez por otra norma, dentro de la lógica kelseniana. Empero, no existe una norma positiva superior. Entonces, ¿qué es la norma fundamental?

Si consultamos las otras partes de su Tratado, en las que específicamente se refiere a la norma fundamental, comprobaremos que esta norma suprema es la que a su vez le da validez a la Constitución. Y advertiremos también que tiene unas características diferentes de las demás normas que, como la Constitución misma, pertenecen al orden jurídico. En realidad, no es una norma positiva y por eso no está sujeta a la validación por una norma positiva superior: ella es la fuente de todas las validaciones, la primera de la cadena de normas.

Según Kelsen, la norma fundamental no es una norma «puesta» (es decir, positiva)²⁵ sino simplemente «supuesta». En otras palabras, debemos suponer que esa norma absolutamente general, obliga a todos a cumplir con las normas del orden jurídico. Kelsen crea aquí también una metáfora para explicar esta relación entre lo puesto (positivo) y lo supuesto: «Un padre ordena a su hijo que vaya a la escuela. A la pregunta del niño ¿por qué debo ir a la escuela? Se le puede contestar: porque tu padre te lo ha ordenado y los hijos deben obedecer las órdenes de los padres. Pero el niño plantea una nueva pregunta: pero, ¿por qué los hijos deben obedecer las órdenes de los padres? Se le contestará probablemente: porque Dios ha

20 KELSEN, Hans: «Teoría Pura», p. 257.

21 *Ibidem*.

22 *Loc. cit.*

23 *Loc. cit.*

24 KELSEN, Hans: «Teoría Pura». Título V: *Dinámica del Derecho*, capítulo 35: *La pirámide del orden jurídico*.

ordenado obedecer a los padres, y se debe obedecer las órdenes de Dios. Si todavía el niño pregunta: pero, ¿por qué debo obedecer a las órdenes de Dios?²⁶, esto es, si cuestiona la validez de esta norma, habrá que responderle que esta norma no puede ser cuestionada, es decir, buscar el fundamento de su validez; y que «uno puede simplemente suponerla»²⁷.

No estoy muy seguro de que la comparación sea muy feliz: las leyes de los hombres no son comparables con las leyes de Dios; y, además, resulta difícil fundar las leyes humanas en las leyes divinas. Me parece que un tal propósito no habría estado tampoco dentro del marco conceptual de Kelsen. Pero lo que éste quiere decir con tal anécdota es que, por encima de la Constitución, existe una *grundnorm* que nadie ha puesto, que no ha sido promulgada (por lo que no es derecho positivo) y que simplemente ordena que la Constitución sea obedecida. Esta no es, pues, una norma positiva sino una suposición que todos apoyan y, como tal, se convierte en la norma de las normas, en el pilar en el que se sustenta todo el orden jurídico.

Notemos de paso –no podemos analizar el tema en este artículo– que al parecer Kelsen se enfrenta a una incongruencia: en todo momento ha sostenido que un «deber ser» (*id est*, una obligación de hacer algo o *Sollen*, como la llama en alemán), no puede derivarse de un hecho o *Sein* (la fuerza coercitiva, la naturaleza, etc.), sino que tiene que basarse en un *Sollen* anterior que le otorga su validez en tanto que *Sollen*. Sin embargo, al llegar a la norma fundamental, nos encontramos que ésta no tiene fundamento en otra norma superior (vale decir, en un *Sollen*) sino en una realidad: hay que obedecer la Constitución porque éste es un acuerdo tácito común para poder constituir una sociedad organizada (vale decir, esto es un hecho, un *Sein*, productor de Derecho o *Sollen*). Y, aunque Kelsen rechace la idea, nos encontramos en su teoría que un *Sein* (ser) da origen a un *Sollen* (deber ser, obligación). Este punto no fue nunca suficientemente explicado por Kelsen.

Tenemos así ya una norma fundamental –no jurídica, en el sentido positivo– que da origen a todo el ordenamiento jurídico. ¿Cómo se configura el resto de tal ordenamiento?

En primer lugar, nos encontramos, ciertamente, con la Constitución. Desde el punto estricto de las normas «puestas»(positivas), el más alto nivel está constituido por el texto constitucional²⁸. El grado más cercano a la Constitución, el grado inmediatamente inferior del orden jurídico, es el

que está formado por las normas generales creadas por la vía de la legislación, sobre la base de la autorización constitucional²⁹. La costumbre puede ser también parte del Derecho positivo; pero para Kelsen, su participación sólo es posible en la medida de que la Constitución u otra norma habilitada por la Constitución se lo permita³⁰. En el nivel siguiente nos encontramos con los reglamentos, esto es, normas generales que precisan y completan las leyes y que son emitidas por los órganos administrativos (el Poder Ejecutivo, en sus diferentes planos jerárquicos)³¹. Y, por último, tenemos las normas jurídicas individuales, que son la aplicación por los Tribunales o por las autoridades administrativas de las normas generales a un caso concreto. Kelsen no separa los actos de jurisdicción o de administración del resto del Derecho sino que los hace derivar de las demás normas jurídicas que forman parte de la pirámide. Dice Kelsen: «La relación que existe entre las normas jurídicas generales creadas por promulgación formal o por costumbre y su aplicación por los Tribunales o por los órganos administrativos, es esencialmente idéntica a la que existe entre la Constitución y la creación de las normas jurídicas general que ella regula»³².

b. La creación permanente del Derecho.

Tenemos entonces que «El orden jurídico no es un sistema de normas colocadas todas en el mismo rango, sino un edificio de varios pisos superpuestos, una pirámide o jerarquía formada (por así decirlo) de un cierto número de pisos o capas de normas jurídicas»³³; «y esta búsqueda regresiva de validez desemboca finalmente sobre la norma fundamental – norma supuesta»³⁴.

Pero, ¿cómo funciona esta legitimación –o validación– de un nivel al otro? Este punto es sumamente importante para comprender a cabalidad el pensamiento kelseniano. Hay quienes piensan que ser kelsenismo consiste en pensar que la edificación de cada nivel siguiente dentro de la pirámide jurídica no es nunca una creación sino una mera explicitación de aquello que ya estaba implícito en el nivel superior: la ley no sería sino una forma de poner más claro lo que ya está en la Constitución; y, a su vez, los reglamentos se limitarían a extraer su contenido de la ley. De esta manera, hasta la última disposición reglamentaria habría estado contenida –cuando menos *in cunis involutus*– en la Constitución.

25 *Vid. supra* el sentido de «positivo» como «puesto» en la nota No. 9.

26 No hay duda de que el niño kelseniano es un atorrante o es un genio.

27 KELSEN, Hans: «Teoría Pura», pp. 259-260.

28 KELSEN, Hans: «Teoría Pura», p. 300.

29 KELSEN, Hans: «Teoría Pura», p. 303.

30 KELSEN, Hans: «Teoría Pura», pp. 303-308.

31 KELSEN, Hans: «Teoría Pura», pp. 308-310.

32 KELSEN, Hans: «Teoría Pura», p. 311.

33 KELSEN, Hans: «Teoría Pura», p. 299.

34 *Loc. cit.*

Esta imagen silogística (en el sentido más pobre de la palabra) no corresponde al pensamiento de Kelsen.

Kelsen nos dice que, indudablemente, «La creación de una norma que está regulada por otra norma constituye una aplicación de ésta última». Pero, desconcertantemente para quienes han adoptado el positivismo «pop», Kelsen insiste en que esa aplicación es también una creación. «Contrariamente a lo que admite la teoría tradicional, esas dos nociones (aplicación y creación) no representan una antítesis absoluta; no es correcto distinguir y contraponer los actos creadores del Derecho y los actos aplicadores del Derecho»³⁵. Y enfatiza: «todo acto jurídico es, a la vez, aplicación de una norma superior y creación, regulada por esa norma, de una norma inferior»³⁶.

Lo que sucede es que, a diferencia de lo que plantea el positivismo «pop», las normas de cada nivel dentro de la pirámide no contienen todo lo que hay que establecer en los niveles inferiores, por su propia naturaleza más concretos, sino que se limitan a crear límites y directivas dentro de los cuales debe darse una auténtica creación legislativa, reglamentaria y jurisprudencial. En otras palabras, la pirámide kelseniana no está llena de normas jurídicas sino que es hueca: se limita a autorizar la creación de normas inferiores y a señalarles los límites a estas normas. En otras palabras, cada norma positiva no agota en ella misma sus posibilidades sino que se limita a establecer un marco –que debe ser respetado rigurosamente– dentro del cual el nivel siguiente creará aquello que va dentro de tal marco, *i.e.*, llenará creativamente de contenido concreto a la pirámide normativa.

La norma superior puede habilitar la creación de la norma inferior con dos tipos de marcos. De un lado, puede limitarse a señalar el órgano a quien le toca crear esa norma inferior, dándole plenas facultades. Este es el caso de la relación entre la Constitución y la mayor parte de las leyes, cuyo contenido específico no está contemplado en la Constitución. Es decir, la Constitución faculta al Congreso a crear leyes sin indicarle cuáles deben ser; a lo sumo, le indica cuáles no deben ser, dado que esas leyes no pueden infringir los derechos, garantías y normas constitucionales. De otro lado, la norma superior puede no solamente señalar un órgano habilitado para crear normas sino también fijarle límites de contenido a su capacidad creativa: el reglamento puede completar, rellenar, la ley (que, como toda norma, es siempre hueca y requiere ser construida en sus detalles); pero no puede modificar la ley³⁷.

Kelsen está lejos de proponernos a los abogados un aburrido programa, en el que no tenemos nada que inventar o que agregar sino que simplemente

nos toca desentrañar lo que ya está en la norma superior y, en última instancia, en la Constitución. Los juristas no son meros evisceradores de la Constitución (o de la ley) sino que también son creadores a todo nivel (legisladores, jueces, abogados), dentro del marco planteado por las normas superiores.

En ese sentido, Kelsen insiste en que «todo acto jurídico es a la vez aplicación de una norma superior y creación, regida por esa norma, de una norma inferior»³⁸. El verdadero positivismo kelseniano no es, pues, una manera de rumiar a diferentes niveles sobre el contenido de la norma superior sino que obliga a cada paso a aplicar la norma superior pero también a inventar la norma inferior. De esta manera, cada norma superior no hace sino establecer un marco –procedimental y/o de contenido– dentro del cual debe discurrir la inventiva de aquel a quien le toca construir el nivel siguiente. En cada nivel nos encontramos con ciertos límites establecidos por la norma superior, pero también con los vacíos propios de un marco que debe ser rellenado en su interior.

El orden jurídico no es, entonces, un todo cerrado y estático sino, por el contrario, un espacio dinámico en el cual cada actor (legislador, juez o persona que usa el Derecho) toma como base y como encuadre las normas superiores y, dentro de ese contexto, procede a inventar las normas inferiores, sean éstas generales (leyes o reglamentos) o individuales (sentencias judiciales o arbitrales y decisiones administrativas).

Es por ello que decimos que la pirámide kelseniana es hueca: cada nivel, cada piso, no es un todo macizo sino un vacío cuyo marco formal y/o material ha sido determinado por la norma superior, al que se agrega una autorización de dicha norma superior para llenar tal vacío en el interior del marco. La norma superior entrega al nivel inferior una tela de dimensiones determinadas, quizá hasta ciertos trazos que no pueden ser borrados; pero el nivel que sigue debe completar el cuadro pintando todas las figuras que se le ocurran pero que quepan dentro de esa tela y sean compatibles con los trazos generales que ha recibido del nivel superior. Y esto sucede en cada peldaño de la pirámide: no podemos bajarla hasta tocar la realidad sin inventarla en cada escalón. Obviamente, dentro de los límites conceptuales y formales establecidos por la norma superior. En otras palabras, no todo está en la norma superior sino que ésta solamente tiene ciertas guías y ciertos límites; el resto hay que construirlo en el nivel siguiente. El proceso de creación de la norma inferior no consiste simplemente en extraer su contenido de la norma superior, donde ya estaba implícito, sino en crear originariamente una nueva norma,

35 KELSEN, Hans: «Teoría Pura». p. 315.

36 Ibidem.

37 *Id.* Hans Kelsen: «Teoría Pura». p. 317.

38 KELSEN, Hans: «Teoría Pura». p. 315.

dentro de las pautas autorizadas por la norma superior.

Este aspecto creativo, inherente al Derecho, que juega un papel clave dentro de la teoría general desarrollada por Kelsen, es preciso tenerlo muy en cuenta con relación a la interpretación jurídica que trataremos en el próximo punto y a la apreciación de lo que para Kelsen es «ciencia jurídica» en sentido estricto. Porque para Kelsen, la ciencia del Derecho se limita al análisis de los marcos y de las relaciones entre unos y otros (comprobación de validez). Pero no interviene en esa creación inevitable de contenidos normativos, que implica toda aplicación de la habilitación concedida por la norma superior. En este plano creativo intervienen otras consideraciones ajenas a la ciencia jurídica «pura», como puede ser la Política, la Ética, la Economía, etc., pero eso, siendo Derecho, ya no es ciencia jurídica. De esta manera, cuando el juez aplica una norma a un caso específico, se vale de la ciencia jurídica para comprobar la validez formal de la norma que quiere aplicar con respecto del caso a la que va a ser aplicada. Pero el resto de su actividad –la parte sustantiva de su sentencia– si bien no puede infringir el nivel de validez formal determinado por la ciencia jurídica, ya no es una aplicación científica del Derecho sino una creación de Derecho motivada en razones ajenas a la teoría jurídica.

3. La interpretación jurídica

El problema de la interpretación es particularmente delicado porque es en virtud de esta operación que deberíamos bajar del plano abstracto de la norma al plano concreto de la realidad, que es donde se encuentra el problema que hay que solucionar jurídicamente.

Y aquí nos encontramos con una seria divergencia entre el positivismo kelseniano y el positivismo «pop».

Según Kelsen, la interpretación no puede ir más allá de «la determinación del marco que el Derecho a ser interpretado representa; y, a través de ello, el reconocimiento de las varias posibilidades que existen en el interior de ese marco»³⁹. Esto significa que la interpretación estrictamente jurídica, en términos kelsenianos, no nos conduce a una solución única e incontrovertible sino que admite varias posibilidades mientras no se salga de ese marco impuesto por la norma superior. No hay una deducción matemática a partir de la norma superior según la cual dos más dos son cuatro. La norma superior se limita a señalar las fronteras de la interpretación, establece cuales son los límites

conceptuales dentro de los cuales la interpretación debe darse. Pero dentro de estos límites caben muchas veces varias posibilidades. Y la ciencia jurídica se detiene ante estas alternativas, considerándolas todas válidas en tanto que todas pueden entrar dentro del marco de la norma superior.

Kelsen expresa estos conceptos con una claridad meridiana: «Por tanto, la interpretación de una ley no debe conducir necesariamente a una decisión única que debe tenerse como la única exacta; es posible que conduzca a varias decisiones que son todas de igual valor –en la medida que se toma como criterio únicamente el valor de la ley a aplicar...»⁴⁰. Y abunda en la idea: «Decir que un acto jurisdiccional, una sentencia o una resolución, está fundamentada en la ley no significa que se trate de la única norma que puede ser creada, no significa que sea ‘la’ norma que puede ser creada dentro del marco de la norma general sino solamente que se trata de ‘una’ de las normas individuales que podrían darse; en resumen, esto significa que la decisión se mantiene en el interior del marco que representa la ley»⁴¹.

Kelsen se da muy bien cuenta de que esta idea de los resultados múltiples de la interrelación no cuadra con el pensamiento de lo que él llama «ciencia tradicional del Derecho»; en realidad, tampoco cuadra con el pensamiento de sus seguidores «pop», a quienes nunca imaginó. Pero tiene una frase concluyente que es aplicable a ambos: «A decir verdad, la ciencia tradicional del Derecho no comparte en absoluto nuestra manera de ver las cosas: ella no espera de la interpretación que simplemente nos proporcione el marco dentro del cual debe plantearse el acto de Derecho; la ciencia tradicional cree poder lograr un resultado suplementario, e incluso se inclina a ver ese resultado como el objetivo principal de la interpretación: la interpretación debería desarrollar un método que haga posible la forma de llenar correctamente ese marco determinado por la norma superior»⁴².

Y Kelsen reitera su planteamiento una y otra vez: «La teoría en boga de la interpretación [que parece estar en boga todavía⁴³] quiere hacernos creer que aplicada a los casos concretos, las leyes no pueden jamás dar lugar sino a una sola interpretación correcta, una sola, y que la ‘corrección’ de esta decisión en derecho positivo está fundada en la ley misma»⁴⁴.

La aspiración a obtener una respuesta correcta y única por la vía de la interpretación es el anhelo de muchos juristas, nos dice Kelsen. Pero, para terminar de abrigar esas esperanzas, reitera:

39 KELSEN, Hans: «Teoría Pura». p. 457.

40 Ibidem.

41 Ibidem.

42 Ibidem.

43 Comentario del autor de este artículo.

44 Ibidem.

«Lamentablemente, esas ideas y la esperanza que sostienen, no son fundadas. Desde un punto de vista que no considera sino el derecho positivo, no existe ningún criterio sobre la base del cual una de las posibilidades dadas dentro del marco del derecho a aplicar, pudiera ser preferida a las otras»⁴⁵.

Y concluye el autor estudiado: «Pura y simplemente, no hay ningún método de derecho positivo del cual pueda decirse que permite distinguir entre varias significaciones lingüísticas de una norma, una sola que pudiera definirse como la significación verdadera»⁴⁶.

El razonamiento kelseniano nos conduce hasta un nivel de angustia.

Categorícamente afirma que, no es posible escoger «científicamente» entre las diferentes interpretaciones de una regla jurídica (suponiendo, claro está, que nos mantengamos dentro del marco de significación de la norma superior, pero sabiendo que, como todo marco, es hueco en el centro y nos corresponde decidir qué imagen debemos colocar)

Por consiguiente, para Kelsen, el llenado del marco – que es esencial para el funcionamiento y la aplicación del Derecho – es una tarea vedada para la ciencia jurídica, que debe permanecer en el plano de la positividad. Todo lo que vaya más allá utiliza elementos no científicos (éticos, filosóficos, sociológicos, económicos, etc.) para encontrar una solución práctica (no científica). Pero esos elementos están fuera de la ciencia pura del Derecho y no deben ser tomados en cuenta por el jurista cuando hace ciencia del Derecho; sin perjuicio de que sí se tomen en cuenta –y necesariamente tiene que ser así– por el legislador o por el juez cuando, más allá del campo de la ciencia jurídica, pasan a la fase creativa de construir la norma inferior, sea ésta general o individual. La teoría pura nos conduce así a una dinámica interpretativa que no ejerce más control que el de los límites conceptuales y los requisitos formales. Cuando esta dinámica nos conduce a varios resultados diferentes, todos igualmente posibles, el jurista – en tanto que científico – debe callar. El juez, quien no tiene más remedio que seguir adelante hasta decidir el caso controvertido, tendrá que recurrir a elementos extrajurídicos y, por tanto, resolverá el caso por medios no científicos sino políticos, ideológicos, quizá prejuiciosos, etc. Esta última etapa, es decir, cómo llega el juez del análisis científico del Derecho hasta la solución que debe imponer al caso, ya no es parte de la ciencia del Derecho.

Como se puede apreciar, la ciencia jurídica kelseniana se queda de alguna manera en las nubes. Desarrolla un descenso científico de la más alta capa de nubes hasta la siguiente capa inferior y así sucesivamente. Pero cuando alcanza la última capa de nubes y se encuentra con varias escaleras

posibles para bajar desde ella hasta tierra, se abstiene de proseguir el camino de descenso. En este caso, se aparta y deja que la autoridad a quien le corresponda escoja una de tales escaleras sobre la base de elementos «no puros», no científicos; incluso podemos decir que son elementos no objetivos, porque pertenecen a la subjetividad del juzgador.

El problema se hace aún más grave si se tiene en cuenta que este proceso de «interpretación-creación» no solamente es necesario a nivel de la última deducción científica con relación a la realidad de la controversia sometida a un juez, a un árbitro o a una autoridad administrativa, sino de toda la dinámica de la creación del orden jurídico en cada uno de sus aspectos.

En realidad, en cada uno de los niveles que van sucediéndose desde la Constitución hasta la norma individual jurisdiccional, nos encontramos siempre con una aplicación y una creación, como antes hemos visto. La aplicación se basa en la deducción y es la que permite establecer los límites conceptuales y formales dentro de los que debe ser inventada la norma inferior. Pero la necesaria creación del contenido de la norma inferior dentro de esos límites –el proceso de rellenar el marco pintando la tela– no está sujeta a ningún control jurídico científico: es el terreno de la Ética, de la Política, de las Ciencias Sociales; no del Derecho considerado como ciencia.

Por consiguiente, no sólo la decisión judicial tiene que ir más allá de la ley (en sentido estricto) y más allá de los elementos «puros» del Derecho sino que todo aquel que participe en la creación de las normas inferiores de la pirámide (leyes, reglamentos) tiene que recurrir también a esos elementos «no puros» para concretar el paso de un nivel normativo al otro: el legislador toma en cuenta el principio general de la libertad de comercio de la Constitución como marco; pero, desde ese principio y dentro de esos límites, el legislador recurre a la Economía para establecer la pertinencia de un sinnúmero de reglas jurídicas que establecen la naturaleza de las personas que intervienen en el mercado (ley de Sociedades), así como los medios de comunicación dentro del mercado (contratos), protegen la libre competencia, prohíben las prácticas monopolísticas, etc.

De esta manera, todo aquello que Kelsen denomina «impuro» resulta indispensable para el funcionamiento del Derecho; pero, al mismo tiempo, se trata de contenidos no jurídicos o cuando menos no analizables por la ciencia jurídica.

III. Reflexiones finales

En realidad, Hans Kelsen es uno de los pensadores jurídicos más preclaros. Su Teoría Pura del Derecho puso en orden una serie de conceptos, exigió un rigor grande en la aproximación

45 KELSEN, Hans: «Teoría Pura», p. 458.

46 Ibidem.



metodológica a la normatividad, comprendió la necesidad de creación continua del Derecho a través de todas sus aplicaciones y obligó a repensar de una manera sistemática la teoría del Derecho desde el momento que sus afirmaciones se convertían en problemas inteligentes que invitaban a la discusión y a la profundización de las ideas.

Debo reconocer que, aunque estoy lejos de compartir el ascetismo científico de las conclusiones del positivismo kelseniano, he aprendido mucho leyendo a Hans Kelsen. No es solamente el contenido que he recibido de él lo que me entusiasma y por lo cual le estoy agradecido sino sobre todo porque, como en el caso de todo buen profesor, sus enseñanzas alientan no sólo los desarrollos de lo enseñado sino también las discrepancias; el impulso a la contradicción que nos provoca un autor abre puertas insospechadas para la reflexión, porque impulsa nuevas reflexiones. Y, en ese sentido, Kelsen es una fuente inagotable de inquietudes creativas.

Una crítica que no puedo dejar de hacerle es que Kelsen reduce la ciencia del Derecho a un nivel abstracto, académico, que no llega a tener contacto con la realidad jurídica cotidiana.

La ciencia del Derecho, para Kelsen, tiene poco que ver con lo que hacen los jueces y los abogados en la práctica diaria del Derecho. En uno de los pasajes finales de su obra nos dice que: «El abogado que, en el interés de su cliente, se esfuerza por demostrar ante un tribunal que sólo es correcta aquella de las varias interpretaciones de la norma que permite favorecer la posición de su cliente; el jurista que, en un artículo publicado, distingue una de las aplicaciones posibles como la única 'exacta', no está actuando como científico jurídico, sino dentro del campo de una política jurídica»⁴⁷. Y recurrir a la política es, para Kelsen, apartarse del campo de la ciencia, que es el único que le interesa.

En el fondo, Kelsen es un teórico puro, vale decir, un teórico apartado de la realidad que lo rodea y, lo que es más grave, de la realidad en la que tendrá que aplicarse su propia teoría.

Hace una distinción bizarra entre la ciencia del Derecho y el Derecho en funcionamiento que lleva a una pérdida de sentido práctico de eso que llama la teoría pura del Derecho y que es, a su juicio, la única ciencia posible. Es verdad que, en cualquier campo del saber, el científico no es el aplicador de la ciencia a la realidad: ése es el papel de los técnicos y operadores. Pero la ciencia proporciona a éstos los conocimientos y las respuestas que necesitan para su trabajo. En cambio, la ciencia del Derecho kelseniano es para el uso de los profesores, pero no contribuye sino en muy pequeña proporción a la solución jurídica de casos específicos. No hay duda de que el juez o el abogado tienen que dilucidar cuáles son las fronteras de aplicación de la norma

invocada por una u otra de las partes. Y, en este sentido, la ciencia kelseniana los ayuda a distinguir ese marco superior que debe ser respetado. Pero, a partir de ahí, el juez o el abogado quedan a la deriva para llenar ese marco con una solución congruente. El buen resultado de esa tarea de llenar jurisdiccionalmente el marco legal y solucionar un punto controvertido, tiene que ser realizada, en última instancia, de acuerdo a las convicciones propias del legislador o del juez sobre los temas involucrados. La estructura formal de la pirámide kelseniana queda como mero marco de referencia para la invención de la nueva norma posterior (general o individual); pero el juez o el abogado tienen necesariamente que recurrir a consideraciones de tipo moral, sociológico o económico para aterrizar en la realidad inevitablemente política, sociológica y económica de todos los días. No estamos ante un silogismo formal sino que, para llegar a una verdadera solución (sentencia o laudo) se requiere más de lo que estaba en las premisas; éstas últimas se limitaban a señalar los límites, pero la creación de la nueva norma está fuera de todo silogismo.

Sin embargo, Kelsen no da al jurista un método adecuado para cumplir con esta misión a cabalidad. Toda aplicación del Derecho lleva consigo una creación, nos dice categóricamente. Incluso en el caso de las decisiones jurisdiccionales que deben ser adoptadas de acuerdo a las leyes, (...) no hay solamente una aplicación de derecho sino también una creación de derecho»⁴⁸. E insiste en que «la doctrina tradicional no ha sabido darse cuenta de que la decisión jurisdiccional no es sino la continuación del proceso de creación del Derecho...»⁴⁹. ¿Cómo llevar a cabo esta parte de creación propia de cada nivel del Derecho? La teoría pura no nos dice nada porque, a pesar de que aplicación y creación son inseparables, sostiene que la ciencia jurídica tiene que ver sólo con la aplicación de la norma positiva. La parte de creación que toda aplicación implica, según el propio Kelsen, queda al margen de la ciencia jurídica y tiene que ser resuelta con la ayuda de otras disciplinas. De esta forma, sólo podemos considerar propiamente como jurista al profesor, al tratadista que trata sobre la norma positiva y sólo sobre ella. En cambio, el juez, el abogado, no son juristas sino operadores del Derecho que recurren no sólo a la norma positiva sino también a otros elementos ajenos a la pureza del Derecho; sin perjuicio de que una parte inicial de sus análisis pueda ser propiamente de jurista, pero teniendo en cuenta de que este trabajo de jurista es insuficiente para juzgar un caso o para defender un cliente.

Una comparación grosera -pero, a mi parecer, ilustrativa- puede hacerse con la fabricación y el uso de un automóvil. El que realmente conoce el

47 KELSEN, Hans: «Teoría Pura». pp. 462-463.

48 KELSEN, Hans: «Teoría Pura». p. 317.

49 KELSEN, Hans: «Teoría Pura». p. 320.

automóvil –en Derecho lo llamaríamos jurista- es el ingeniero que lo fabrica, aplicando leyes de la física y el conocimiento sistemático de la mecánica, hasta lograr un vehículo que funciona coherentemente. En cambio, el juez es quien lo maneja y lo puede llevar a una dirección o a otra según sus ideas, deseos o prejuicios. Este acto de conducir el automóvil implica así una aplicación de la física y de la mecánica, pero también una creación del lugar al cual uno se dirige, el camino que adopta para llegar ahí, la velocidad a la que va, etc. Por tanto, ese juez-chofer requiere del jurista-ingeniero para poder ir a un determinado sitio en automóvil; pero tiene que agregar por su cuenta una serie de elementos no mecánicos para que el automóvil asuma una dirección determinada. En este escenario pintoresco, el abogado sería el acompañante del chofer que a cada momento va tratando de convencerlo de que mejor es ir a una dirección y no a otra y tomar para ello un cierto camino y no otro.

En realidad, tanto en el Derecho como en el automóvil nos encontramos que no solamente es destino final constituye una fusión de la mecánica y otros elementos o criterios no mecánicos sino que cada paso desde el inicio de la fabricación del automóvil encierra tanto una aplicación científica como otros aspectos no científicos. Es así como al decidir la construcción tomaremos en cuenta las leyes de la mecánica pero tendremos que decidir también el modelo y el color; y estas decisiones no corresponden al ámbito de la mecánica sino del marketing y de la economía.

Ahora bien, ante esta fusión permanente del derecho positivo con otros elementos ajenos a ese derecho positivo pero indispensables para llegar a decisiones judiciales o incluso para crear una ley a partir de la Constitución, Kelsen no nos dice nada. Reconoce la necesidad de estos otros criterios «impuros» o metajurídicos (desde su punto de vista), pero no nos dice cómo abordar el problema de adquirirlos y de manejarlos. Nos falta un puente para cruzar hasta la otra orilla –la de la realidad de todos los días, la de los juicios, los arbitrajes y las consultas de los clientes- pero Kelsen no nos lo ofrece, considerándolo fuera de la ciencia del Derecho.

De esta manera, en el positivismo kelseniano se deja sentir este vacío que pudiera haber sido llenado con una teoría de la argumentación que facilite la evaluación y discusión de los aspectos éticos, sociales, económicos, etc. que se requieren para realizar una verdadera construcción jurídica en la realidad. Pero, claro está, una teoría de la

argumentación jurídica que incorpore estos elementos deja de ser «pura» en el sentido kelseniano. De manera que, intentando llenar ese vacío teórico, Kelsen hubiera tenido que cambiar su teoría. Prefirió más simplemente podar todas las hojas del árbol para estudiar mejor la estructura del tronco y las ramas; pero se quedó sin árbol.

Una reflexión final sobre estos temas puede llevar a preguntarnos si en realidad el Derecho es una ciencia. Tengo mis dudas. Estoy tentado de decir que el Derecho es más bien un arte, porque exige creación, composición y, consecuentemente, tanto inteligencia como imaginación y sentido de justicia.

No cabe duda de que para operar el Derecho necesita recurrir a los conocimientos de una ciencia jurídica que constituye una suerte de gramática de la normatividad. Pero ésta no es sino un elemento para luego realizar propiamente la obra jurídica que requiere mucho más que esa gramática pelada.

Todo artista requiere el apoyo de una ciencia. El pintor tiene que conocer los secretos de la combinación de los colores, el músico debe conocer los principios de la armonía, del ritmo y de la coherencia musical, el escultor debe conocer las virtudes de la piedra pero también las características anatómicas del ser humano, el escritor debe conocer su gramática y su sintaxis, así como el uso correcto de los vocablos.

Pero más allá de eso, el pintor no es pintor ni el músico es músico ni el escultor es escultor ni el escritor es escritor si, sobre esa base científica o técnica, no dejan rienda suelta a su imaginación, incorporando un sinnúmero de otros conocimientos, desde los misterios del alma humana hasta los enigmas de la Trascendencia, sin dejar de lado sus sentimientos sociales y sus afectos personales. Y el resultado de esta imaginación ilustrada con ayuda de la ciencia será juzgado no por criterios puramente científicos sino, sobre todo, por esos otros valores que dan impulso y calidad a la creación artística: la belleza, la profundidad, el equilibrio, la expresividad.

El juez, el abogado, todo aquel que ejerce el Derecho, tiene que recurrir a los conocimientos técnicos del Derecho positivo. Pero no irá muy lejos –o incurrirá en una actuación caótica, subjetiva y desordenada- si no incluye en su actividad profesional de manera rigurosa el sentido de la justicia, el sentido del equilibrio, la imaginación del constructor social y la mirada abierta hacia el mundo que lo rodea. Sólo así podrá componer esa obra de arte que es la ley, la sentencia, el laudo, la defensa o el informe jurídico. 

