



*Dr: Hans Kelsen*  
*Autor de la "Teoría Pura del Derecho"*  
*octubre de 1881 – abril de 1973*

VIDA Y OBRA DE HANS Kelsen  
CONMEMORACION DEL 100o. ANIVERSARIO  
DEL NACIMIENTO DEL GRAN MAESTRO AUSTRIACO

*Doctor Leonardo Uribe Correa  
Profesor en la Facultad de Derecho U P B  
de la cátedra: "Introducción al Derecho".*

El Maestro HANS KELSEN nació hace cien años, el 11 de Octubre de 1.881, en Praga, cuando ésta era parte del Imperio Austro-Húngaro, en aquel entonces una monarquía compuesta por 10 naciones. Desde los tres años de edad vivió en Viena, donde estudió, doctorándose en Derecho en 1.906. Como estudiante asumió una posición crítica sobre la enseñanza y la literatura jurídica de la época, por la falta de exactitud y de fundamentación sistemática en el tratamiento de los conceptos jurídicos fundamentales. Realizó estudios de posgrado en las Universidades de Heidelberg y Berlín. Fué profesor de derecho público y de filosofía del derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Viena desde 1.911 hasta 1930. Durante la primera guerra mundial ocupó el cargo de asesor directo del Ministerio de Guerra del Imperio y consejero personal del Emperador Carlos. A raíz de la proclamación de la República, el Gobierno Austríaco le confió la preparación del Proyecto de constitución, el cual una vez aprobado, se convirtió en la constitución de 1.920. Fué miembro del Tribunal de Justicia constitucional despedido en ella desde 1.920 hasta 1.930. En este último año aceptó la cátedra en la Universidad de Colonia. Al triunfar el Nazismo, en 1.933, abandonó Alemania, víctima de la furiosa persecución racista. Profesó después en Ginebra y en la Academia de Derecho Internacional de la Haya. Más tarde, hasta 1.937, en la Universidad de Praga y luego, nuevamente, en la Haya. Iniciada la segunda guerra mundial se vio forzado a emigrar a los Estados Unidos de América, en 1.940, bajo los auspicios de la Fundación Rockefeller. Trabajó durante dos años en la Universidad de Harvard y luego se radicó definitivamente en Berkeley, un pintoresco pueblo de estilo europeo ubicado en la bahía de

San Francisco, desarrollado alrededor del Campus Central de la Universidad de California, con un eminente ambiente cultural.

En dicha Universidad fue designado profesor Emérito del Instituto de Ciencia Política, dignidad que ejerció hasta su muerte en abril de 1.973.

## II.

Su teoría se originó en la Universidad de Viena y es conocida en todo el Mundo como la "ESCUELA VIENESA", de la cual hacen parte la mayoría de sus discípulos : Adolf Merkl, Alfred Von Verdross, Félix Kaufmann, Joseph Kunz, Fritz Schreier, entre otros.

La obra de Kelsen constituye el trabajo más importante y mejor logrado en el siglo XX, sobre la teoría general del Derecho y del Estado. Se inicia en 1.911 con la publicación del libro: "Problemas Capitales de la Teoría del Derecho Constitucional..." En 1.925 aparece su obra básica "Teoría General del Estado", la cual es completada en 1.928 con la "Teoría General del Derecho Internacional Público". En 1.934 publica la famosa "Teoría Pura del Derecho", Título con el cual, en adelante, se conocerá de manera genérica todo su pensamiento. En 1.943 aparece el denso estudio sobre la distinción entre "Naturaleza y sociedad" y en 1.945 su obra "Teoría General del Derecho y del Estado" síntesis de su "Teoría general del Estado" y de la "Teoría Pura del Derecho", aunque en algunos aspectos modifica conceptos y principios sostenidos en estos dos tratados iniciales, lo cual sucede por ejemplo con su idea sobre la estructura lógica de la norma, cambio que lo llevaría a sostener una agria e interminable polémica con Carlos Cossio.

Estas son las obras fundamentales de Kelsen, grandes clásicos en la Historia del pensamiento jurídico. De ellas, en apretada síntesis, extractamos a continuación su contenido básico:

### III

a. La obra de Kelsen es una teoría del Derecho positivo; es teoría general del Derecho, no un análisis de determinado orden jurídico. Busca descubrir la esencia del derecho mismo, determinar sus conceptos fundamentales, su estructura y sus formas típicas, independientes de su contenido particular y variable. Así ella obtiene los principios básicos con los cuales podemos entender cualquier sistema jurídico. Ella contesta qué es el derecho, no qué es lo que él debería ser.

Tradicionalmente se le engloba con el nombre de "Teoría Pura del Derecho" porque busca excluir del conocimiento de lo jurídico todos aquellos elementos que le son extraños, como la filosofía de la justicia o la sociología del Derecho.

b. El derecho positivo, objeto de la teoría pura, es un orden que regula la conducta humana de una manera especial. La regulación se cumple mediante disposiciones que establecen cómo los hombres deben comportarse. Tales disposiciones conforman las normas jurídicas. Las normas jurídicas pueden ser generales o individuales. Ellas pueden regular de manera general y abstracta, en forma anticipada, un determinado número de casos que puedan constituir la realización de la hipótesis que en la misma se menciona; puede referirse a un caso particular, como sucede en la sentencia y el contrato. La teoría pura considera que el derecho conforma un sistema de normas generales e individuales. Los hechos son conside-

rados en esta teoría solamente en tanto que ellos son el contenido de las normas jurídicas.

Las normas son el objeto de estudio de la teoría pura, nunca la conducta real de los individuos.

c. Si decimos que una norma "existe" entendemos que ella es válida. Decir que una norma es válida significa que el destinatario debe comportarse como ella lo prescribe. No significa que se comporte efectivamente como la norma reclama. Esta última relación se expresa diciendo que la norma es eficaz. Validez y eficacia son conceptos diversos, y sin embargo, hay una cierta conexión entre ellos. La teoría pura del derecho considera a una norma como válida si pertenece a un orden jurídico que cuenta con un mínimo de eficacia en su conjunto. Pero la norma aislada puede ser válida pero no eficaz en un caso concreto, porque, de hecho, no ha sido obedecida o aplicada aunque debiera de haberlo sido.

d. Las proposiciones con las cuales la ciencia del derecho describe su objeto son del "Deber ser", "no del ser". Pero las proposiciones de la ciencia del derecho no son por sí mismas normas. Ellas no establecen ni obligaciones ni facultades. Las normas sólo emanan de la autoridad competente, de acuerdo con un ordenamiento que se presupone como válido. Estas proposiciones, elaboradas por el jurista, tienen un sentido puramente descriptivo; enuncian el "deber ser" de la norma jurídica; para distinguirlas de ésta, Kelsen les da el nombre de reglas de derecho.

La regla de derecho es como la ley natural, un juicio hipotético que atribuye una consecuencia a una condición. Pero entre la ley física y la regla

de derecho sólo existe una analogía. La diferencia está en el sentido con que la condición y la consecuencia están relacionadas. La ley de la naturaleza afirma que cuando el hecho causa tiene lugar, se sigue el hecho efecto. La regla de derecho dice que si se realiza la hipótesis contenida en una norma debe ser la consecuencia prescrita por la misma. La diferencia entre la ciencia natural y la ciencia jurídica está en el objeto de cada una: naturaleza y derecho, "ser" y "deber ser".

e. La Teoría Pura del Derecho considera la coerción como una característica esencial del derecho. Este establece como sanciones medidas coercitivas que serán dirigidas, bajo condiciones precisas, contra determinados individuos. Entre las condiciones a las cuales el derecho liga la sanción como consecuencia, el entuerto es de importancia decisiva. El entuerto es la conducta opuesta a la que el derecho prescribe como debida. El derecho prescribe una sanción como consecuencia del entuerto; y esta conducta tiene el carácter de "Transgresión" porque es una condición de la sanción.

La norma jurídica regula la conducta de dos personas: El ciudadano, contra cuyo ilícito la medida coercitiva de la sanción está dirigida; y el órgano que va a aplicar la medida coercitiva. La función de la norma consiste en relacionar la sanción, como consecuencia a ciertas condiciones.

El sentido en el que la condición y la consecuencia se conectan en la norma jurídica es el del "deber ser". Este concepto de norma jurídica es el concepto fundamental de la ciencia jurídica. Todos los otros conceptos, especialmente los del deber jurídico y derecho subjetivo, se derivan de él.

La Teoría Pura del Derecho acentúa el carácter primario del concepto del deber en relación con el de facultad. El deber es la base de la facultad. Decir que un individuo está jurídicamente obligado a observar una conducta, significa que una norma jurídica provee una sanción para el obrar contrario, es decir, para un entuerto. Normalmente en el derecho moderno, los sujetos del deber y de la responsabilidad son uno y el mismo. Pero como excepción, la responsabilidad colectiva, propia de los órdenes jurídicos primitivos, se mantiene como la regla en el derecho internacional. La facultad jurídica existe cuando a un individuo el orden jurídico le confiere la posibilidad de hacer efectivo el deber de otro promoviendo un juicio, y así poniendo en movimiento la sanción prescrita en el derecho objetivo.

f. Para la Teoría Pura del Derecho, éste constituye un sistema dinámico de normas, que regula su propia creación, su ulterior producción y su reforma, a diferencia de todo otro sistema de normas. Un análisis del derecho positivo muestra que el procedimiento por el cual se crea una norma jurídica está regulado por otra norma jurídica. En rigor, frecuentemente, otras normas determinan no sólo el procedimiento de creación sino también, en mayor o menor extensión, el contenido de la norma a crearse. Así la constitución al propio tiempo regula el proceso de creación de las leyes y contiene disposiciones, en la mayoría negativas, relacionada con su contenido. Por ejemplo las libertades ciudadanas reguladas en la parte dogmática de la constitución no pueden ser limitadas por la ley, o sólo pueden serlo bajo circunstancias excepcionales. Igualmente, mientras que las leyes sobre el procedimiento civil y criminal regulan la forma en

que se hacen las normas individuales de las decisiones judiciales, un código civil o penal determina con sus normas generales el contenido de estas normas individuales. La diferencia entre las normas jurídicas que determinan formalmente a otras normas jurídicas y las que hacen determinaciones materiales o de contenido se expresa por una distinción entre el derecho adjetivo y sustantivo.

La relación que existe entre una norma que gobierna la creación o el contenido de otra norma y la norma creada, puede ser presentada como una relación de supra y subordinación. La primera es la norma superior; la segunda la inferior.

La relación entre una norma de un nivel más elevado y otra de nivel inferior, por ejemplo la que existe entre la constitución y la ley, significa también que en la norma más llevada se halla la razón de la validez de la inferior; una norma es válida porque ha sido creada de acuerdo con otra norma. Este es el principio de validez peculiar para el derecho positivo, completamente dinámico. Las normas individuales son válidas porque se crean de acuerdo con las normas generales del derecho legislado o consuetudinario. Las normas generales así aplicadas son válidas porque fueron creadas de acuerdo con la constitución. La norma de la cual la constitución deriva su validez es la norma fundamental del orden jurídico y la causa de su unidad. Para conocer dicha norma fundamental, es indispensable establecer la conexión en que se halla el derecho nacional respecto al internacional, lo cual presupone un claro conocimiento de la relación entre el derecho y el estado.

g. Considera la Teoría Pura del de-

recho que el elemento constituyente de la comunidad política es un orden.

El estado no es su población; es la específica unión de los individuos, y esta unión es la función del orden que regula su comportamiento mutuo, que es el orden jurídico lo que comúnmente se llama el orden jurídico del estado, o el orden jurídico impuesto por el estado, es el estado mismo.

Con frecuencia se considera el derecho y el estado como dos entidades distintas. Pero sí se reconoce que el estado es por su misma naturaleza un ordenamiento de la conducta humana y que la característica esencial de este orden, la coerción, es al mismo tiempo el elemento esencial del derecho, el dualismo estado-derecho es insostenible.

El estado es la personificación de la unidad del orden jurídico, Son los hombres quienes crean el derecho. Los individuos que crean el derecho son órganos del orden jurídico, o lo que es lo mismo, órganos del estado.

Si se reconoce al estado como un orden jurídico, entonces los llamados elementos del estado - Territorio y población - aparecen como los ámbitos de validez especial y personal del orden jurídico nacional.

h. Si hay un orden jurídico superior a los ordenes jurídicos nacionales, éste ha de ser el derecho internacional. Las dos cuestiones decisivas respecto al derecho internacional, son si es o no realmente derecho, en el mismo sentido que lo es el derecho nacional, y si, en tanto que un orden jurídico, es o no superior a los sistemas jurídicos nacionales o internos de los estados.

Para la teoría pura del derecho, el derecho internacional es auténtico derecho positivo, porque contiene todos los elementos esenciales del derecho positivo. Es un orden coercitivo en el mismo sentido que lo es el derecho nacional. Las sanciones establecidas por el derecho internacional son las represalias y la guerra. Es verdadero derecho, pero es derecho primitivo, porque no dispone de órganos centralizados y especializados de poder, para la creación y aplicación de sus normas. El orden jurídico internacional está radicalmente descentralizado, al estilo de los órdenes de las comunidades primitivas, pero la centralización no es característica del derecho, sino, solamente, del estado. Hay dos puntos de vista opuestos con respecto a la relación entre derecho nacional e internacional, uno dualista y el otro monista. El primero sostiene que son dos sistemas de normas completamente distintos y recíprocamente independientes. La Teoría Pura demuestra que semejante concepto es lógicamente imposible. Si se acepta que dos sistemas de normas son válidos simultáneamente, desde el mismo punto de vista, también ha de aceptarse una relación normativa entre ellos.

De otra manera son inevitables contradicciones entre las normas de ambos sistemas, y el principio lógico que excluye las contradicciones vale tanto para las normas como para la realidad natural.

La teoría monista satisface este requisito lógico. Ella considera al derecho nacional y al internacional como un sistema único de normas. No obstante, dentro del monismo hay dos posiciones distintas. Algunos afirman que el derecho internacional es una parte del derecho nacional, es decir, aquellas normas del derecho nacional que regu-

lan la relación del estado con otros estados. La teoría Pura muestra que esta doctrina no se encuentra en concordancia con la idea de que todos los estados u órdenes jurídicos nacionales son del mismo rango. La primacía del derecho nacional significa la primacía de un orden jurídico no sólo con relación al derecho internacional, sino también con relación a todos los otros órdenes jurídicos nacionales. La idea de que todos los estados forman una comunidad internacional, en la cual todos se encuentran en un pie de igualdad, sólo es posible si se acepta que encima de los estados, esto es, por encima de los órdenes jurídicos nacionales, se haya un orden jurídico que los iguale y coordine, al determinar sus ámbitos de validez especial y personal. Este orden sólo puede ser el derecho internacional. Para la teoría pura del derecho internacional ejerce realmente la función antes mencionada, y por esto puede ser considerado, si se abandona la idea tradicional de la soberanía de los estados individuales, como un sistema de normas que está supraordinado a los órdenes jurídicos nacionales, dándoles igual rango y conformando con ellos un sistema universal.

El análisis del derecho internacional positivo hecho por la Teoría Pura, muestra que sus normas son normas incompletas y que éstas son completadas por las normas de los órdenes jurídicos nacionales. El principio generalmente aceptado de que el derecho internacional sólo obliga a los estados, no indica que el derecho internacional no obligue a los individuos, sino más bien, que si él obliga a los individuos, como todo derecho, lo hace indirectamente, por medio de los estados.

Un principio del Derecho Internacional generalmente reconocido dice que todo gobierno que logre asegurar

obediencia permanente en un territorio, es legítimo, y el orden jurídico que de él emane, al poseer un mínimo de eficacia social en su conjunto, es válido. Este es el principio de la efectividad del derecho internacional, en el cual se fundamentan y apoyan los órdenes jurídicos nacionales.

Desde que los órdenes jurídicos nacionales hallan la razón de su validez en el orden jurídico internacional, que al mismo tiempo determina sus esferas de validez, el derecho internacional es superior a todos los órdenes nacionales y forma, junto con ellos, un sistema jurídico universal uniforme.