

INFLUENCIA DE LA TEORIA PURA DEL DERECHO EN COLOMBIA*

Luis Villar Borda**

Por varias décadas, a partir de los años treinta, la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen ha ejercido una influencia predominante en la Ciencia del Derecho en Colombia, como en general en la América Latina, con mayor o menor fuerza en cada país, es cierto, de acuerdo con el respectivo desarrollo de los estudios jurídicos¹.

No podría ser de otra manera, tratándose del más notable esfuerzo realizado hasta entonces por construir una doctrina general autónoma del derecho, con la aspiración a ser la única verdadera ciencia jurídica². Es lo que ha permitido,

* Trabajo publicado en alemán en la serie del Instituto Hans Kelsen, suplemento del tomo 12, *Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre II*, editado por Robert Walter, Manz Verlag, Wien, pág. 218 ss.

** Doctor en Derecho, Universidad Nacional; Profesor del Externado de Colombia; Embajador en la República Democrática Alemana.

1 Kunz Josef, *La Filosofía del Derecho Latinoamericano en el Siglo XX*, Ed. Losada, Buenos Aires, 1951; Recasens Siches Luis, *Filosofía del Derecho*, Ed. Porrúa, México, 1959; Aftalión Enrique, García Olano Fernando y Vilanova José, *Introducción al Derecho*, el Ateneo, Buenos Aires, 1960.

2 Kelsen Hans, *Teoría Pura del Derecho*, primera edición, Editorial Losada, Buenos Aires, 1946, pág. 26; Kelsen Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Segunda Edición, Editorial Universidad Autónoma de México, 1982, pág. 15. En la segunda edición (Traducción de Roberto J. Vernengo) no se utiliza el término "verdadera ciencia jurídica", que aparece en la primera, sino: "cuando la Teoría Pura del Derecho

independientemente del destino de esa aspiración, calificar a su autor como el más grande jurista del Siglo XX, sin que tal reconocimiento signifique adhesión total o parcial a sus tesis. Por el contrario, podría decirse que es el debate apasionado y la crítica implacable de los fundamentos de su doctrina, lo que mejor indica su actualidad³ o, más claramente, su reactualización, después de transitorio opacamiento en los años iniciales de la segunda posguerra mundial, a causa del conocido renacimiento de corrientes jusnaturalistas. El supuesto o real papel que el positivismo jugó en la legitimación de regímenes totalitarios, y en especial del nacional-socialismo alemán, tenía que proyectar sus sombras sobre el pensamiento kelseneano, a pesar de haber sido él una de las víctimas de la persecución fascista. Lo recuerda Ralf Dreier al transcribir las patéticas palabras de Hermann Weinkauff, antiguo Presidente del Tribunal Federal, al reclamar lo poco que "los hombres de leyes han aprendido sobre el problema fundamental de todo derecho -natural o positivista- del destino del Derecho y de los juristas bajo el nacional-socialismo"⁴.

El vigoroso resurgimiento del positivismo entre los juristas alemanes, lo lleva a exclamar: "Los pueblos nada aprenden de la historia. Los juristas nada aprenden de la historia del Derecho"⁵. Es un sentimiento que fue compartido por espíritus tan excelsos como el de Radbruch, cuyo viraje radical contrasta con la pertinacia de Kelsen al sostener los principios básicos del positivismo jurídico

emprende la tarea de delimitar el conocimiento del derecho frente a esas disciplinas, no lo hace, por cierto, por ignorancia o rechazo de la relación, sino porque busca evitar un sincretismo metódico que oscurece la esencia de la ciencia jurídica y borra los límites que traza la naturaleza de su objeto" (pág. 15).

³ La controversia más aguda con la Teoría Pura del Derecho se adelanta desde el campo del marxismo "oficial" de los países socialistas, como lo muestran los brillantes escritos de Hermann Klenner (Rechtseere, Akademie Verlag, Berlín, 1972; Kelsens Kant, Revue International de Philosophie, No. 138, 1981, entre otros); Vilmos Peschka, Grundprobleme der Modernen Rechtsphilosophie, Akadémici Kiadó, Budapest, 1974; W. A. Tumanow, Bürgerliche Rechtsideologie, Staatsverlag, Berlín, 1975; Szabo Imre, Marx et la théorie marxiste "moderne" du Droit, Archives de Philosophie du Droit, Tome XII, Sirey, 1967; Ljubomir Tradic, Kelsen et Marx, Archives de Philosophie du Droit, Tome XII, Sirey, 1967. Lo precedió Eugeni Pasukanis, con su Teoría General del Derecho y Marxismo, cuya primera edición en español fue publicada en 1967 por Editorial Labor, Barcelona. Lo anterior no significa en manera alguna que la crítica a Kelsen, por autores marxistas y no marxistas, no se haya realizado en occidente, incluyendo autores latinoamericanos, y colombianos, a los que se hará referencia posteriormente. Por su número sería imposible citarlos, especialmente a los europeos, además de que carecería de sentido. Lo que aquí quiere subrayarse es que el contrapunteo ha sido principalmente entre Teoría Pura y Marxismo, lo que no deja de tener consecuencias en la América Latina.

⁴ Dreier Ralf, Recht-Moral-Ideologie, Suhrkamp, Frankfurt am Mein, 1981. pág. 225.

⁵ Dreier, op. cit. pág. 225 ss.

aún después de esa amarga experiencia, insistiendo en que "cualquier contenido que sea, puede ser derecho"⁶.

Si se evoca lo anterior es por la circunstancia de que el positivismo, en las postrimerías del Siglo pasado y los primeros años del presente, desempeñó en Latinoamérica una función bien versátil, siendo en general, y de acuerdo con las características de cada país, la base de un conjunto de propuestas que pudiéramos denominar de autoritarismo modernizante, como reacción al "desorden" de la etapa post-colonial, en la que predominaron las tendencias liberales surgidas en la lucha de independencia del poder español. Lo curioso, y aparentemente contradictorio, es que más tarde, habría de servir para apoyar las causas anti-coloniales en los países en donde se prolongó la dependencia. Así lo señalan los casos muy notables de Enrique José Varona (1849-1933), en Cuba, y de Eugenio María de Hostos (1839-1903) en Puerto Rico. Por eso Oscar Terán afirma: "De manera que si bien el positivismo latinoamericano poseyó ciertas líneas comunes en donde es posible diseñar un perfil más o menos homogéneo, en otros aspectos fue para los intelectuales de esta parte del mundo también una 'caja de herramientas' de la que se apropiaron con un evidente desprejuicio"⁷.

Se está refiriendo en este caso a la influencia de Comte y Spencer. En Colombia se hizo sentir más fuertemente la del último mencionado, en un período de centralización autoritaria del Estado y de optimismo en el progreso, a partir de 1885. La principal razón de tal versatilidad debe encontrarse en las diferencias nacionales, que con frecuencia se olvidan en aras de hablar de un Continente como de una comunidad homogénea.

Para lo que interesa en este análisis, hay que decir que no es sorprendente que en los distintos países, el viejo y el nuevo positivismo, incluido el normativismo kelseneano, asuman funciones y significados diferentes, en diversas etapas. Puede observarse que algo semejante ocurre con el derecho natural, que tan pronto es un elemento de conservación del orden tradicional, como un instrumento ideológico en la lucha libertadora o en la preservación de los derechos humanos. No es, obviamente, un rasgo exclusivo del proceso de las ideas en el Nuevo Mundo.

Es así como el positivismo juega un papel progresivo en el empeño de sustituir el largo dominio de la metafísica y el derecho natural. El profesor Cayetano

⁶ Kelsen, Teoría Pura del Derecho, 2a. Edición, pág. 205

⁷ Terán Oscar, Diccionario de Política, dirigido por Norberto Bobbio y Nicola Matteucci, Siglo XXI, México, pág. 1294, 1982.

Betancour escribía en 1962 algo que, además de reflejar la pobreza de las indagaciones jurídicas en las primeras décadas de este Siglo, ilustra exactamente lo que pretendemos sostener: "Hace treinta y dos años, en los Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional publicaba Pedro María Carreño la segunda edición de su Filosofía del Derecho", frente a la cual puso una corta advertencia en que se lee lo siguiente: "Estas conferencias de Filosofía del Derecho fueron dictadas en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas en 1909. Los principios fundamentales de la Moral y del Derecho no cambian con el tiempo, y por eso no ha creído necesario el autor introducir en ellos modificaciones"⁸.

No es necesario agregar ningún comentario para comprender el grado de estancamiento en que se encontraba la cultura filosófica y jurídica, paralizada en la creencia de la verdad incommovible del derecho natural absoluto, cuando no se pensaba siquiera en hacer referencia a las tendencias jus-filosóficas que en ese largo trecho habían conmovido a la Filosofía del Derecho, entre ellas la propia Teoría Pura de Kelsen.

Los cambios que se producen en la América Latina, como secuela de la crisis económica mundial⁹, tienen en Colombia un signo de renovación democrática.

En la esfera del Derecho esa renovación se identifica con el neopositivismo, paradójicamente en sus tendencias normativista y sociológica, esto es, en la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen y en el solidarismo jurídico de León Duguit. El recurso a dos tendencias contradictorias del positivismo, no parece producir grandes problemas, pues la huella del primero es más notoria en la teoría general del Derecho, en la Filosofía del Derecho y en la enseñanza universitaria, mientras que la del segundo es directamente implantada en el Derecho Constitucional, al adoptarse en la Reforma de 1936 su orientación básica en lo referente a la noción de propiedad, los derechos sociales y otras materias igualmente importantes¹⁰.

8 Betancour Cayetano, Proyecciones de la Filosofía del Derecho en Colombia, Revista del Colegio del Rosario, mayo-junio 1962, Bogotá.

9 Halperin Donghi Tulio, Histoire Contemporaine de l'Amérique Latine, Payot, Paris, 1972, págs. 226 y ss: "L'Année 1930 emporte avec elle, tel que le vent le chateaux de cartes, plus d'un régime latino-américain; et parmi ceux qui survécurent aux premiers orages, beaucoup n'en avaient plus pour longtemps". Luis Villar Borda, Carlos Holguín, Alfredo Vásquez, Germán Colmenares, Alfonso Patiño: "La Década del Treinta en Colombia, Conferencias Universidad del Rosario, Bogotá, 1983.

10 Tascón Tulio Enrique, Derecho Constitucional Colombiano, Ed. Cromos, Bogotá, 1944, en el proemio a la primera edición se refiere al Manual de D. Constitucional de León Duguit: "... como un medio de estudiar la aplicación que en la Constitución han tenido los principios de la ciencia constitucional enseñados por el ilustre profesor bordelés".

Se buscaba, sin duda, consolidar un sistema de democracia burguesa, por vías reformistas y pacíficas, ilusión que la historia posterior se encargaría de defraudar¹¹.

La recepción de la Teoría Pura del Derecho

Un nombre que está estrechamente vinculado con la difusión de la Teoría Pura del Derecho en nuestro país, es el de Luis Eduardo Nieto Arteta, la figura colombiana más destacada de la Filosofía del Derecho latinoamericano contemporáneo, según la apreciación de Josef Kunz¹².

En el mismo sentido afirmaba Recasens Siches, refiriéndose a Nieto, que "es uno de los pensadores jurídicos más esclarecidos, más alertas y más fecundos en Hispanoamérica en los actuales días"¹³. Es lamentable para el posterior desenvolvimiento de la Ciencia Jurídica en Colombia, que su trágico final, cuando apenas pasaba de los cuarenta años, le hubiese impedido continuar y clarificar la vía ya emprendida.

Nieto Arteta fue influido definitivamente por la escuela del jurista argentino Carlos Cossio, denominada por él Teoría Ecológica del Derecho¹⁴, y en buena parte es a través de ella que se produce su recepción de Kelsen, lo que no deja de crear confusiones. Su extensa producción, aún dispersa, tiene como punto de referencia al creador de la Teoría Pura del Derecho, si bien, como en general ha ocurrido con los jusfilósofos colombianos, guiado por la consigna de "superar a Kelsen sin abandonarlo". Es un proyecto que consideramos no se ha cumplido, a pesar de meritorios esfuerzos.

En el prólogo a la 2a. Edición: "las mismas doctrinas de M. Duguit, que tan en boga estuvieron en nuestras Facultades y Tribunales de justicia, han experimentado entre nosotros las necesarias rectificaciones que en la propia Francia..."

11 Amaud Nicole et André-Jean, en "Une doctrine de l'état tranquillisant: le solidarisme juridique": "La doctrine solidariste prétend reformer la société par des voies pacifiques et sans bouleverser ses bases: en quoi nous verrons, pour notre part, une supercherie. Car ce "socialisme libéral" comme ne craignait pas de l'écrire un véritable (!) socialiste, Charles Andler, cache en réalité, sous l'apparence d'un réformisme pacifiste, l'établissement d'un nouvel ordre bourgeois plutôt une modernisation du vieil ordre bourgeois". Archives de Philosophie du Droit, Tome 21, pág. 144.

12 Kunz Josef, op. cit. pág. 163: "En la filosofía jurídica contemporánea con orientación actual, la figura más destacada en Colombia es Luis E. Nieto Arteta".

13 Recasens Siches Luis, Revista de Sociología, México 1944.

14 Cossio Carlos, "La Plenitud del Ordenamiento Jurídico", Ed. Losada, Buenos Aires, 1947; La Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad, Ed. Losada Buenos Aires, 1944, entre otras.

Como lo observa Kunz ¹⁵, Nieto "acepta fundamentalmente la Teoría Pura del Derecho de Kelsen. Pero, siguiendo a Cossio, la interpreta como una mera lógica jurídica, como el descubrimiento y la definición de la categoría lógica del "deber ser", como algo diferente a la lógica tradicional del "ser". Esto es, que el gran mérito de Kelsen habría consistido en descubrir una especial lógica jurídica que posibilita una verdadera Ciencia del Derecho.

"La Teoría Pura del Derecho es lógica jurídica formal y lógica jurídica trascendental, simultáneamente -afirma.

Es, por ende, también, una teoría del conocimiento jurídico. Sería necesario abandonar o superar algunas de las posiciones adoptadas por Kelsen. Esta posibilidad de integrar la Teoría Pura del Derecho o de superarla es generalmente aceptada ya. Es igualmente dicha Teoría una ontología de la experiencia jurídica. La realidad jurídica posee un determinado modo de ser y en éste se dan ciertas conexiones objetivas. Descubrir aquél es el objeto de la ontología de la experiencia jurídica. Pero la Teoría Pura del Derecho sólo podría transformarse en una ontología si se eliminan algunas de las limitaciones que la agobian. Es, nuevamente, la superación y la integración. La Teoría Pura del Derecho, ontología de la experiencia jurídica, sería condición de la posibilidad del descubrimiento de la lógica del conocimiento jurídico, aun cuando sea también esa misma lógica. No es posible una experiencia jurídica que no encierre el contenido esencial descubierto por la Teoría Pura del Derecho. Ese contenido tiene forzosidad óntica. Ante él los hombres que crean o descubren las normas jurídicas carecen de autonomía para rechazarlo. Como se ha afirmado reiteradamente no es posible un orden jurídico que no encierre deberes jurídicos, derechos subjetivos y relaciones jurídicas. La Teoría Pura del Derecho es un descubrimiento de la lógica jurídica y una aprehensión del contenido esencial de la realidad jurídica. En ella se conjugan la lógica y la ontología en una unidad superior" ¹⁶.

Se observa aquí cómo Nieto intenta ir más allá de Cossio, al interpretar la Teoría Pura del Derecho no sólo como lógica formal, sino dándole a la lógica jurídica el significado simultáneo de lógica formal y trascendental.

Busca no limitar la Teoría Pura a la lógica jurídica, al entenderla también como teoría del conocimiento jurídico.

15 Kunz, op. cit. pág. 163 y ss.

16 Nieto Arteta, Revista de la Universidad de Antioquia, enero-mayo 1953, Medellín.

Insatisfecho con la fundamentación neokantiana de la Teoría Pura, e influido en este aspecto por Fritz Schreier y Félix Kaufmann, busca unir la fenomenología de Husserl con la Teoría Pura del Derecho ¹⁷, criticando al mismo tiempo la tendencia de Schreier a afirmar lo puramente formal en la Teoría Pura del Derecho. Como lógica regional, sin que lo sea de manera exclusiva, la Teoría Pura del Derecho se vincula a la ontología de la realidad jurídica. Recordando a la diosa romana, Nieto habla de la doble faz de la Teoría Pura: como lógica del conocimiento jurídico y como ontología de la experiencia jurídica.

En conversación con Kelsen, que ha sido relatada por el propio Nieto ¹⁸, el autor de la Teoría Pura del Derecho rechaza esa interpretación, como lo haría en muchas otras oportunidades, incluyendo su obra póstuma, la Teoría General de las Normas ¹⁹. No es este el campo para extenderse en la obra de Nieto Arteta, su ocupación en el problema de las lógicas regionales y su fundamentación ontológica, y sobre todo, el interés en crear un "realismo ontológico", como respuesta y rechazo a la fenomenología idealista, así que nos limitaremos a breves anotaciones.

Criticando a Husserl, Nieto acepta sólo algunos de sus aspectos. Así lo resume Kunz: "Puesto que hay diferentes esferas de experiencias, cuantas ontologías regionales haya, Husserl, dice Nieto Arteta, ha rechazado toda conexión entre la fenomenología y el realismo ontológico. Según Nieto, se debe distinguir entre fenomenología idealista y fenomenología eidética; y se debe abandonar la primera por ser insostenible. Pero la fenomenología eidética, que capta las esencias de las cosas mismas, suministra la base para la fundamentación ontológica de las lógicas regionales: la fenomenología eidética es realismo ontológico. "O sea, que Nieto recibe crítica y parcialmente la fenomenología de Husserl, de la misma manera que trata de superar el formalismo Kelseneano" ²⁰.

Este último propósito se dibuja desde sus primeros ensayos. Por ejemplo, en "Kant, Stammler, Kelsen", dice: "Mas también es indubitable que el concepto jurídico no es solamente esa estructura formal y vacía. Hay en él una realidad social que rompe su naturaleza simplemente formal.

17 Nieto "Consideraciones Críticas en torno a Fritz Schreier, Revista Universidad de Antioquia, No. 100, 1950, Medellín.

18 Nieto, "Un Diálogo con el profesor Kelsen sobre la Lógica Jurídica", Revista Universidad Nacional, junio-agosto 1945, Bogotá.

19 Kelsen, Allgemeine Theorie der Normen, herausgegeben von Kurt Ringhofer und Robert Walter, Manz-Verlag, Wien, 1979, s. 216.

20 Kunz, op. cit. pág. 166.

El concepto jurídico no puede prescindir de la materia general que distingue a las realidades sociales que dentro de él pueden ubicarse teóricamente”²¹.

Lo que nos interesa aquí, más que entrar en el debate sobre las indudables contradicciones y vacilaciones en el pensamiento del jurista colombiano, y de sus indiscutibles logros, es destacar su papel precursor en el conocimiento de la Teoría Pura del Derecho en Colombia y su inquietud por rebasarla²². La parábola de su vida intelectual lo llevó del marxismo, en sus primeros ensayos de crítica histórica y social, a la corriente neokantiana, en particular bajo el influjo de la escuela de Baden, en su separación de naturaleza y sociedad, con sus diversos métodos, el de las Ciencias Naturales y el de las Ciencias de la Cultura, que marcan el poderoso influjo de Rickert y Windelband en los estudios sociales latinoamericanos, hasta llegar a Husserl y Scheler, retrocediendo “hasta las fuentes vivas de la intuición, hasta las esencias dadas intuitivamente y a priori”, en que coincidieron estos dos pensadores alemanes²³, y la teoría de los valores del último mencionado, que tan general aceptación tuvo entre filósofos y juristas latinoamericanos antes de la Segunda Guerra Mundial.

De allí que adoptara con tanto entusiasmo el punto de vista de Cossio sobre el “deber ser lógico” y el “deber ser axiológico”, en un pretendido desarrollo de la Teoría Pura del Derecho, repudiado, como ya vimos, por Kelsen.

Lo anterior no significa que Kelsen considerara su doctrina como un cuerpo acabado y no susceptible de progresos, como él mismo lo probó rectificando tesis centrales y como, de otra parte, lo indican obras como la de Rober Walter,

21 Nieto Arteta, “Kant, Stammler, Kelsen”, Revista “Derecho”, septiembre 1939, Medellín.

22 Entre los numerosos trabajos de Nieto Arteta vinculados con la Teoría Pura del Derecho, nos limitamos a relacionar: “Kant, Stammler, Kelsen”, Revista Derecho, Medellín, 1939, “Recasens Siches y la Filosofía del Derecho”, “Derecho”, Medellín, 1940; Diálogo con el profesor Kelsen sobre lógica jurídica, Universidad Nacional, Bogotá, 1945; Problemas de la Lógica del Deber Ser y problemas de la Ontología jurídica, Revista Universidad del Cauca, junio 1947; El Hombre, la Vida, la Cultura y el Derecho, Universidad Bolivariana, Medellín 1941; Lógica, Fenomenología y Formalismo Jurídico, U. Bolivariana, 1941, Medellín; La Sociología y los Valores Jurídicos, U. Bolivariana, 1939, Medellín; Lógica del Deber Ser y Ontología Jurídica, Universidad Nacional, 1945, Bogotá; Consideraciones críticas en torno a Fritz Schreier, Universidad de Antioquia, 1950, Medellín; Fenomenología, Filosofía Social y Sociología, U. de Antioquia, 1944; Lógica y Ontología en la Esfera de lo Jurídico, U. de Antioquia, 1953; La Interpretación Exacta de la Teoría Pura del Derecho, U. de Antioquia, 1942; La interpretación de las Normas Jurídicas, Ediciones Tiempo Presente, 1976, Bogotá.

23 Romero Francisco, Filosofía Contemporánea, Ed. Losada, Buenos Aires, 1944, pág. 182.

hasta ahora difundida en español²⁴, y las conclusiones de Dreier sobre las posibilidades de proseguir y revisar la Teoría Pura del Derecho²⁵.

En todo caso, lo que debe retenerse es que la aproximación de Nieto a Kelsen no fue incondicional, sino crítica del formalismo, en la idea siempre de darle contenidos al Derecho. Compartió por esto la tarea de Recasens Siches de “deskantianizar a Kelsen”, aun cuando sería más apropiado decir, de despojar a la Teoría Pura del Derecho de la filosofía neokantiana, pues, como lo ha formulado Hermann Klenner: “No es Kant, sino el ideario de los neokantianos el que está en la base de la concepción jurídico-teórica de Kelsen”²⁶. Las profundas consecuencias que se deducen de esta delimitación, no fueron suficientemente tenidas en cuenta en Colombia, en la época a que nos referimos, a pesar de que no se ignoraba, como es obvio, la filiación neokantiana de Kelsen. Nieto, sin embargo, deja un interrogante cuando plantea: “Se suele interpretar la Teoría Pura del Derecho como una traslación, al análisis de la realidad jurídica y de la estructura del orden jurídico de la metodología lógico-gnoseológica implícita en la filosofía kantiana.

Kelsen sería una proyección de Kant en el estudio y descripción del orden jurídico. Kelsen ha escrito algunas afirmaciones y frases que podrían prestar algún leve asidero a esa interpretación...”²⁷ (se refiere a la interpretación de Recasens, que entra a criticar, ofreciendo como solución la ya mencionada de “identificación de la lógica formal y la lógica trascendental en la lógica jurídica”).

Teoría Pura del Derecho y Neotomismo

El resurgimiento del tomismo en el Sub-Continente, después de la influencia relativamente prolongada del positivismo, que en Colombia no fue en verdad tan

24 Schild Wolfgang, Las Teorías Puras del Derecho, Ed. Temis, Bogotá, 1983.

También en español: Robert Walter, El estado actual de la Teoría Pura del Derecho. Revista Ciencias Sociales, Homenaje a Kelsen, (Valparaíso) 1974; del mismo: el conocimiento jurídico a la luz de la Teoría Pura del Derecho, en Congreso de Filosofía del Derecho, Tomo 2o. México (1982); Robert Walter, La Estructura del Orden Jurídico (Bogotá) 1984. Las Normas Jurídicas en Doxa, Tomo 2o. (Alicante), 1986.

25 Dreier Ralf, Recht, Moral Ideologie, s. 231.

26 Klenner Hermann, “Kelsens Kant”, Revue Internationale de Philosophie, 1981, pág. 542.

27 Nieto Arteta, Interpretación Exacta de la Teoría Pura del Derecho, Universidad de Antioquia, 1942, pág. 223.

vigoroso ni produjo personalidades tan notables como en Argentina, México, Brasil, Chile y Cuba, no es en manera alguna extraño, dada la larga tradición escolástica colonial y el predominio del catolicismo en toda la América española y lusitana.

El acercamiento entre neotomistas y neopositivistas, y en especial el empeño de vincular el normativismo en Kelsen con el derecho natural, resultaría más exótico, si la Teoría Pura del Derecho no contuviera desde el comienzo elementos metafísicos e idealistas, evidenciados en el punto de partida en la radical separación entre Ser y Deber Ser, como se plantea ya en su primera gran obra, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*: "La total contradicción entre ley natural y norma es sólo posible sobre la base de una completa disparidad del Ser y el Deber Ser", en donde Ser y Deber Ser, "son los conceptos más generales"²⁸, cuya diferencia "no puede ser explicada más de cerca. Se encuentra inmediatamente dada a nuestra conciencia"²⁹.

El más destacado representante de esa aproximación entre las dos corrientes, Teoría Pura del Derecho y neotomismo, en Colombia, es el profesor Cayetano Betancour, ya fallecido. Kunz lo estima merecedor de especial atención³⁰ y expresa: "Su obra de filosofía jurídica resulta sintomática para el neotomismo contemporáneo. En fundamental acuerdo con la doctrina de Santo Tomás, se halla influido por Cathrein y Maritain. Pero también toma en cuenta y aprovecha las teorías filosóficas de nuestro tiempo."

Betancour ve en la distinción entre concepto e intuición una vuelta a las viejas doctrinas del escolasticismo; y es un entusiasta de Max Scheler, a quien considera como "el filósofo más rico en ideas y sugerencias de nuestro tiempo".

Betancour se ha ocupado ampliamente de la Teoría Pura del Derecho, tanto en su *Filosofía del Derecho*, su *Introducción a la Ciencia del Derecho* como en otros numerosos trabajos³¹. Postulando el valor justiciero del Derecho, en su

28 *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Tübingen 1911, 2.7. (29) Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, Segunda Edición, Ed. Universidad Autónoma de México, 1982, pág. 19.

29 Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, segunda edición, Ed. Universidad Autónoma de México, 1982, pág. 19.

30 Kunz, op. cit. pág. 57.

31 Betancour Cayetano, *Ensayo de una Filosofía del Derecho*, Ed. Temis, pág. 304 ss. Bogotá, 1959; *Introducción a la Ciencia del Derecho*, Ed. Autores Colombianos, Bogotá, 1953, págs. 270 ss. y 315 ss.; "Imperativo y Norma en el Derecho, Homenaje a Hans Kelsen, Universidad de Antioquia, 1961; "Hans Kelsen", *Estudios de Derecho*, Universidad de Antioquia, homenaje a Kelsen, 1981, págs. 115 ss.

estudio sobre Kelsen³², señala "explícita o implícitamente estamos afirmando que el Derecho tiene algo de sagrado y cuando le negamos este carácter, nos resistimos a llamarlo Derecho y lo consideramos una forma de la violencia ("magis volentiae quam legis", llamaba Santo Tomás a las leyes notoriamente injustas). Pero es "el Derecho positivo mismo en donde vemos su faz sacra, y es sólo en períodos avanzados, por ejemplo, al iniciarse la edad moderna, cuando grandes juristas como Grotio y Puffendorf, separan el derecho positivo del natural para conferir sólo a éste un origen religioso". Luego de una exposición de los principales puntos de la Teoría Pura, Betancour entra a concluir: "El positivismo de Kelsen, si bien se mira, es menos objetable como tal. Quiero decir que lo menos vulnerable en Kelsen es su posición positivista, aun para aquellos que no comparten las líneas generales de su filosofía. En efecto, todo jurista, en cuanto científico del Derecho, no está muy lejos de la estricta posición que Kelsen proclama como la propia de un trabajador intelectual en estos menesteres. Los grandes tratadistas de Derecho, cuando no tienen frente a sí un interés ideológico, han procedido siempre, aunque inconscientemente, como prescribe el profesor austriaco. En efecto: A) O se reconoce que la norma puede tener varias significaciones, todas ellas legítimas; B) O admiten que aun cuando una cosa exprese el texto legal otra muy distinta fue la voluntad del que lo dictó, cuando ésta se puede establecer; C) O aceptan que la norma está en contradicción con otra norma de la misma preeminencia; D) O se resignan a declarar ante dos normas contradictorias que ellas se anulan recíprocamente"³³. Hasta aquí la Teoría Pura. De ahí en adelante, opina Betancour, el Derecho pertenece a los jueces, y Kelsen ha señalado repetidamente que éstos no se limitan a aplicar normas, sino a crear nuevas normas, para precisar lo que la norma superior deja sin determinar.

Esta es una función política, "el juez (o cualquier autoridad que dicta normas), obedece sin duda alguna a ideologías, a concepciones del mundo, a sistemas morales y religiosos, etc., y en esto, desde el punto de vista de la Teoría Pura, no hay nada de censurable. Ello permite refutar a quienes objetan a Kelsen que aleja el Derecho de la vida, de lo existencial y movedizo, pues es obvio que la vida del derecho que palpita principalmente en las decisiones judiciales, estará por esto mismo impregnada de todas las circunstancias de que lo existente se suele rodear"³⁴. Antes había afirmado, en su *Filosofía del Derecho*: "La Ciencia

32 Betancour Cayetano, "Hans Kelsen", op. cit., 1981 pág. 117 (Homenaje con ocasión de los cien años del nacimiento de Kelsen).

33 Betancour Cayetano, "Hans Kelsen", R. *Estudios de Derecho*, Homenaje a Kelsen, marzo 1981, Medellín, pág. 126/27.

34 Betancour Cayetano, *ibíd.*, pág. 127/28.

del Derecho, aun como teoría del conocimiento, no puede desatender esa realidad que es el hombre mismo. Pero todavía más inexacto es decir que la ciencia jurídica sólo debe construirse como pura teoría del conocimiento jurídico, relegando lo restante a las ciencias metajurídicas. ¿Quién puede negar que los juicios de valor sobre el derecho positivo son objeto primario de la Filosofía del Derecho? El eticismo es, precisamente, una reacción frente a este formalismo a ultranza”³⁵.

Otro jusfilósofo que parte del realismo metafísico³⁶, Abel Naranjo Villegas, se ha ocupado con amplitud de la Teoría Pura del Derecho. Influido notoriamente por Cossio³⁷ al aceptar íntegramente su Teoría Ecológica, es a través de sus concepciones que comparte la aspiración del jurista argentino de “sobrepasar sin negar” la Teoría Pura del Derecho³⁸. Su preocupación es igualmente la de introducirle un elemento axiológico. Así dice: “La expulsión de todo elemento axiológico en la Teoría Pura de Kelsen no implica, sin embargo, que rechace per se la consideración o validez de un valor más allá del concepto puro del derecho. Le niega, eso sí, el dictado de “científico” a tal valor, por cuanto Kelsen arranca del agnosticismo metafísico de Kant y desde allí hay que interpretar las conclusiones a que llega el filósofo vienés. Fue también en este ámbito como el jusfilósofo argentino, Carlos Cossio, confrontó su “Teoría Ecológica” con la de Kelsen, oponiéndole de entrada la intuición como capaz de señalar el ámbito total de lo jurídico y determinar el objeto específico de la ciencia jurídica y así no aparece la norma como el elemento fundante del derecho sino como un elemento fundado”³⁹. Para Cossio la relación gnoseológica es entre norma y conducta, como concepto y objeto y es así como “sobrepasa” sin negarla la Teoría Pura del Derecho de Kelsen⁴⁰.

35 Betancour Cayetano, *Filosofía del Derecho*, Ed. Temis, Bogotá 1959, pág. 179.

36 Naranjo Villegas Abel, *Filosofía del Derecho*, Ed. Temis, Bogotá 1959, pág. 114.

37 Naranjo Villegas Abel, *ibíd.* pág. 7 y ss.

38 Naranjo Villegas Abel, *ibíd.* pág. 12.

39 Naranjo Villegas Abel, *Concepción Social de la Teoría de Kelsen*, Estudios de Derecho, Homenaje a Kelsen, Universidad de Antioquia, Medellín, pág. 35. En este estudio se hace una confrontación entre marxismo y Teoría Pura del Derecho, con base en la obra de Kelsen “Teoría Comunista del Derecho y del Estado”, Ed. Emece, Buenos Aires, 1957.

40 Aquí se refiere Naranjo Villegas a la famosa edición “Kelsen-Cossio: Problemas Escogidos de la Teoría Pura del Derecho”, Buenos Aires, Guillermo Kraft, 1952, pág. 115. Como relata el biógrafo de Kelsen, Rudolf Aladár Métall, Kelsen “hubo de tomar enérgicas medidas ante el editor para que se retirara la edición no autorizada por él, viéndose además envuelto por Cossio en una polémica que duró hasta 1953” (pág. 94). En su obra póstuma, Kelsen reitera su rechazo a la llamada “Teoría Ecológica” al señalarle insuperables contradicciones internas (*Allgemeine Theorie der Normen*, s. 241/2).

En el tema del Estado, que se identifica para Kelsen con el Derecho, inquieta a Naranjo que pueda deducirse de la Teoría Pura de Kelsen “que todo orden jurídico es un Estado de Derecho”, aun cuando estima que el propio Kelsen rectificó este punto de vista, después de la pasada conflagración mundial⁴¹. En su criterio el tema “debe ser encarado tomando el orden jurídico como el género y el Estado de Derecho como la especie... La especie de Estado es la que da la clave para definir si ese Estado es de derecho y esto último nos remite forzosa-mente al tema axiológico, es decir, a compulsar si ese orden jurídico garantiza los derechos fundamentales del hombre, es decir, la libertad, la seguridad, la vida, la búsqueda de la felicidad”⁴².

Reconociendo como un “lúcido enfoque de Kelsen en la Teoría General del Estado” el relativo a la imputación normativa, que tiene el Estado como centro, concluye que “todo esto converge a respaldar la tesis de que el Estado es una personalidad jurídica creada por el Derecho y no como brotada del mundo de la naturaleza”⁴³, con lo cual afirma la teoría jusnaturalista que considera el derecho como anterior al Estado.

Teoría Pura del Derecho y Teoría de los Valores

Por lo anterior habrá podido inferirse la influencia que, con el neotomismo, tomaron la fenomenología y la axiología en el pensamiento filosófico y jurídico colombiano en la década de los cuarenta y su prolongación en los años siguientes, así como el intento de mezclar a esas corrientes a la Teoría Pura del Derecho.

Probablemente el esfuerzo más definido por demostrar que la Teoría Pura del Derecho está referida a valores, es el adelantado por el profesor Rafael Carrillo, en 1947, con un ensayo que lleva por título “Ambiente Axiológico de la Teoría Pura del Derecho”, recientemente reeditado por la Universidad Nacional de Colombia⁴⁴. Luego de una exposición que tiene como finalidad principal “la presentación de ciertas pruebas para garantizar a la filosofía de los valores contra algunas de las impugnaciones que se le han dirigido”⁴⁵, se expresa el propósito de “hacer ver cómo la Teoría Pura del Derecho está rodeada de un ambiente

41 Naranjo Villegas, *op. cit.* pág. 35.

42 Naranjo Villegas, *ibíd.* pág. 35.

43 Naranjo Villegas Abel, *ibíd.* pág. 36/37.

44 Carrillo Rafael, *Ambiente Axiológico de la Teoría Pura del Derecho*, Universidad Nacional, Bogotá, 1979.

45 *ibíd.* pág. 35.

axiológico tal y como está expuesta en su autor, y que está a la vez buscando un fundamento en la teoría de los valores”⁴⁶. ¿Dónde encuentra Carrillo la comprobación de su tesis? En la teoría de la norma fundamental, seguramente uno de los puntos más discutidos y vulnerables del sistema kelseneano, a la par con el de los nexos entre validez y efectividad de un orden jurídico. Así se expresa Carrillo: “En la serie jerárquica de normas, y como coronación de esta serie, hallamos una norma que confiere a las otras su significación jurídica.

Esta norma dice, según Kelsen, que hay necesidad de obedecer al legislador originario, en el campo jurídico, al mandato de comportarse siempre como si la máxima de ese comportamiento pudiera convertirse en norma de una legislación universal. Tanto el mandato de Kant como el de Kelsen tienen un acento imperativo. El imperativo categórico de Kant y el mandato de obediencia al legislador originario de Kelsen son los dos postulados de los respectivos ordenamientos jurídico y moral. La serie de normas jurídicas y la serie de máximas éticas particulares reciben su significación de aquellos postulados. Tienen éstos una naturaleza que aspira a salirse del plano de la positividad y entrar en el de la idealidad”⁴⁷. Más adelante añade: “La ordenación jurídica, la serie de significaciones positivas termina, pues, en esta significación originaria. ¿Cuál es el modo de ser de esta norma? Puede, con respecto a éste o a aquel modo de ser, equipararse al valor? Si tal equiparación es posible, la Teoría Pura del Derecho existe, sin proponérselo, en un ambiente axiológico”⁴⁸.

En el análisis de la norma, concebida por Kelsen como hipotética, no hay pocas dificultades para Carrillo en llegar al fin que se propone, tal como se desprende de sus apreciaciones finales: “La intención de las anteriores consideraciones, como lo indica el título de que van precedidas, no fue ni pudo ser jamás sostener que la Teoría Pura del Derecho estaba en una relación muy estrecha con la filosofía de los valores”... “Pero dejando a un lado la distancia habida entre la Teoría Pura del Derecho y la filosofía de los valores, no creemos que sea una exageración afirmar que en ella no se cumplen los ideales de pureza que determinaron su elaboración. Y, además, que esta Teoría respira una atmósfera axiológica, que está rodeada de un ambiente de axiología...”⁴⁹ En síntesis, que la aspiración de Kelsen de eliminar cualquier instancia metajurídica en su Teo-

46 *ibíd.* pág. 35.

47 Carrillo, *op. cit.* pág. 65.

48 Carrillo, *op. cit.* pág. 67.

49 Carrillo, *op. cit.* pág. 80.

ría, no se ha cumplido. Por el contrario, todo el orden jurídico positivo se funda en una norma metajurídica, que le da unidad a ese orden positivo. Que hay una conexión entre las relaciones proposicionales lógico-imputativas y las relaciones proposicionales lógicoaxiológicas.

Son criterios semejantes a los del profesor de la Universidad de Antioquia, Jaime Sanín Greifenstein en sus elementos de Filosofía del Derecho⁵⁰; si bien se ocupa más concretamente de problemas jurídicos, en relación con la Teoría Pura del Derecho, como los relativos a la noción del derecho, las fuentes del derecho, el concepto de persona, las lagunas del derecho, la interpretación de las normas jurídicas, etc.

Uno de los motivos de mayor crítica de Sanín Greifenstein es el tocante a la validez y efectividad de las normas, pues considera que la Teoría Pura “conduce a considerar el Derecho como derivado de la fuerza y a identificar el derecho válido con el derecho efectivo o realmente observado”⁵¹. O sea que no habría, en esa opinión, ninguna diferencia con quienes, como Bergbohm, sostienen que el derecho se reconoce por su efectividad. Para Sanín el Derecho es “un ser cultural, una relación teleológica de contenido ético. El hombre lo crea y lo investiga con miras a un fin y para realizar algo que juzga valioso; lo científico no es entonces darle la espalda a la evidencia para conservar un postulado inicial de pureza metódica, sino encontrar el instrumental necesario y adecuado para emprender esta nueva e importante misión”⁵².

En la teoría axiológica de Scheler y Hartmann, entre otras corrientes del pensamiento filosófico, ve las posibilidades de una verdadera deontología jurídica.

Ser y Deber Ser en Kelsen y la pureza teórica

Ninguna preocupación mayor en Kelsen que la de mantener la pureza de su Teoría, garantizando “un conocimiento dirigido solamente hacia el Derecho” y eliminando de ese conocimiento “todo lo que no pertenece al objeto exactamente señalado como Derecho”⁵³, distinguiéndolo, de una parte, de la naturaleza, y de la otra, de las diferentes normas que, como la moral, se han confundido tradicio-

50 Sanín Greifenstein Jaime, *Elementos de Filosofía del Derecho*, Revista de la Universidad de Medellín, Nos. 2, 3 y 4 de 1958.

51 Sanín Greifenstein, *op. cit.* pág. 527.

52 Sanín Greifenstein, *op. cit.* pág. 530.

53 Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, 1a. edición, Buenos Aires, 1946, pág. 25.

nalmente con él, buscando preservarlo de la política. De allí que se proclame la Teoría como esencialmente anti-ideológica. El punto de partida de lo que se ha denominado comúnmente el formalismo de la Teoría Pura del Derecho, se encuentra en la distinción entre Ser y Deber Ser. Como lo afirma en la que Norberto Bobbio considera su obra definitiva, la segunda edición de la Teoría Pura del Derecho, y ya atrás hemos transcrito, "la distinción entre Ser y Deber Ser no puede ser explicada más de cerca. Se encuentra inmediatamente dada a nuestra conciencia"⁵⁴. Al explicar esta contraposición, que papel tan definitivo desempeña en la Teoría Pura, agrega: "Nadie puede negar que la afirmación de que "algo es", esto es el enunciado con el cual se describe un hecho real, es esencialmente diferente del enunciado que dice que "algo debe producirse", esto es: del enunciado con el cual se describe una norma: y que, en consecuencia, de que algo exista no puede seguirse que algo deba existir, de igual modo a que de algo deba ser, no puede seguirse, que algo sea"⁵⁵.

Pero como Kelsen no quiere crear, a pesar de que así pudiera deducirse de esa separación radical entre ser y deber ser, naturaleza y sociedad, realidad e idealidad, un mundo normativo sin ninguna relación con el acontecer real, incorpora la efectividad como condición para la validez de las normas jurídicas: "un mínimo de la llamada efectividad" es una condición de su validez"⁵⁶.

En las palabras de Calsamiglia: "La relación entre validez y efectividad implica, en cierto modo, una relación entre Sein y Sollen"⁵⁷. Y como el método kelseniano, por lo menos en su inicial punto de partida, exige la separación radical entre Ser y Deber Ser, "la identificación entre validez y efectividad significa incurrir en la falacia naturalista"⁵⁸. Esto permite, como en el caso de la norma fundamental, acusar de inconsecuencia a la metodología kelseniana.

La anterior referencia se hace para llamar la atención sobre el estudio del profesor Benigno Mantilla Pineda, en el que al plantear el tema del Ser y el Deber Ser en Kelsen, nos dice que "el propio Kelsen no parece haberse dado

54 Kelsen, Teoría Pura del Derecho, 2a. edición, México, Unam, 1982, pág. 25.

55 Kelsen, Teoría Pura del Derecho, 2a. Edición, pág. 19-20.

56 Kelsen, Teoría Pura del Derecho, 2a. Edición, pág. 24.

57 Calsamiglia Albert, Kelsen y la Crisis de la Ciencia Jurídica, Ariel, Barcelona, 1978, pág. 132.

58 Casamiglia, ibíd. pág. 132.

completa cuenta de las implicaciones y complicaciones de su principio fundamental"⁵⁹.

Considerando, el profesor colombiano, como un hecho innegable la filiación kantiana de Kelsen, señala al mismo tiempo la forma en que se fue distanciando de su origen filosófico, en la aplicación del principio de separación de Ser y Deber Ser: "el motivo inicial y el punto de partida son kantianos sin duda, pero los desarrollos y las conclusiones han seguido impulsos y direcciones personales. Por ejemplo, sería ilusorio pensar que Kelsen haya permanecido fiel a la concepción kantiana del Derecho. Como es notorio, en Kant está latente un jusnaturalismo de la más noble especie; al contrario, en Kelsen un antijusnaturalismo radical"⁶⁰. Mantilla Pineda estima que la validez formal no es justificación suficiente del Derecho, sino que éste "reclama un fundamento último y absoluto"⁶¹.

Para él el punto de partida de la Teoría Pura del Derecho es ilusorio, el derecho no puede ignorar la esencia del hombre: "Su contexto es el hombre, la sociedad y la cultura". La Ciencia del derecho no es lógica ni matemática, es Ciencia Cultural"⁶². Apoyándose también, como sus antecesores, en Scheler, define un orden jurídico con fundamento en valores expresos o tácitos. Las discrepancias filosóficas no han sido obstáculo para que Mantilla Pineda se cuente entre uno de los más consecuentes divulgadores de las tesis kelsenianas, en temas tan fundamentales como el de la paz y la justicia⁶³, reconociendo que el autor de la Teoría Pura del Derecho "logró con creces el ideal de toda su vida de pensador: sacar a la ciencia del derecho de la situación de indigencia en que se encontraba a principios del Siglo XX"⁶⁴. Sobre el tema de Ser y Deber Ser se ocupó igualmente el autor de este escrito en estudio publicado en la Revista de la Universidad del Cauca, en 1960⁶⁵.

59 Mantilla Pineda Benigno, Essere e Dover Essere in Hans Kelsen Revista Internazionale di Filosofia del Diritto, ottobre-dicembre 1966, Milano.

60 Mantilla op. cit. pág. 751.

61 Mantilla, Filosofía del Derecho, Imprenta Universitaria de Antioquia, 1961, pág. 433.

62 Mantilla, Essere e Dover Essere in Hans Kelsen, pág. 759.

63 Mantilla, La Paz y la Justicia en el pensamiento de Hans Kelsen, Estudios de Derecho, Universidad de Antioquia, 1981, pág. 80.

64 ibíd. pág. 96.

65 Villar Borda Luis, Ser y Deber Ser en la Concepción del Derecho, Revista de la Universidad del Cauca, No. 26, 1960, Popayán, págs. 52 y ss.

Se trata de una confrontación entre el jusnaturalismo y el positivismo jurídico, al mismo tiempo que una exposición de la crítica marxista a esas concepciones, partiendo de una amplia explicación del método kelseniano y de los fundamentos filosóficos de su sistema. Se destaca, al analizar el concepto de ley natural para Kelsen, "el viraje dado por Kelsen en punto que toca la base metodológica de todo el sistema"⁶⁶, pues "como ya se observó, en la Teoría General (Ver edición imprenta Universitaria, México, 1950) hay un cambio de posición en cuanto al fundamento filosófico basado en el abandono de la tesis neokantiana sobre la radical diferencia entre leyes de la naturaleza y normas"⁶⁷.

En las conclusiones, se dice que "El normativismo kelseniano ha perdido su base filosófica al renegar su propio autor de los fundamentos neokantianos de la doctrina y aceptar las modernas adquisiciones de la ciencia, conforme a las cuales la ley de la causalidad no tiene el cumplimiento necesario e inevitable que se le adjudicaba. Por otra parte, al dar a esta ley un carácter social, al concebirla como surgida a partir del principio de retribución, se ha eliminado la distancia que la Teoría Pura del Derecho suponía entre el mundo de la naturaleza y el mundo de la sociedad, de una parte, y entre el Ser y el Deber Ser, de la otra. Pero si se trata de analizar el normativismo en su integridad, esto es, sin la nueva mezcla de elementos filosóficos que desnaturalizan la Teoría, resulta aquélla insostenible, pues la radical separación de Ser y Deber Ser es desde todo punto de vista arbitraria. El Derecho, el deber ser jurídico no pueden aislarse de las realidades concretas que en buena medida los determinan, si no se quiere llegar a una ciencia de simples enunciaciones formales. El vínculo estrecho que entre forma y contenido existe, hace científicamente ilícito romper la primera del segundo para construir sobre esta base dos ciencias diferentes (la una normativa y la otra histórico-natural). Una cierta forma es expresión de un cierto contenido, y como tales no pueden divorciarse"⁶⁸.

En resumen, de ese estudio se desprende: a) se considera insostenible la posición jusnaturalista, pues de ser legítimos sus postulados, harían superfluo el derecho positivo, como magistralmente lo ha demostrado Kelsen⁶⁹; b) igualmente insostenible es la posición normativista fundada en una filosofía dualista; c) tampoco satisface la explicación marxista que, al subrayar el carácter y contenido

66 Villar Borda, *ibíd.* pág. 58.

67 Villar Borda, *ibíd.* pág. 57.

68 Villar Borda, *op. cit.* pág. 68.

69 Kelsen Hans, *Idea del Derecho Natural y otros Ensayos*, Losada, 1946, Buenos Aires.

económico-social, "descuida manifiestamente otros momentos que contribuyen a la formación de la norma, muy particularmente el ideológico"⁷⁰. Es decir, el problema de la definición del deber ser jurídico permanece abierto, sin que puedan menospreciarse las eminentes contribuciones de Kelsen a su esclarecimiento.

Paz y Justicia

Es claro que el relativismo de Kelsen con respecto a la justicia⁷¹, expresión de su espíritu escéptico y liberal, de su visión pesimista del mundo⁷², poca acogida habría de tener en un medio tan signado por el derecho natural y las verdades absolutas. La imposibilidad de dar respuesta al problema de la justicia racionalmente, ni de saber nada sobre un sentimiento tan hondamente arraigado en el hombre, no satisface ciertamente, así sea por razones diferentes a las de los jusnaturalistas. Es explicable entonces el alivio que produjera entre los autores que han tratado de conciliar la Teoría Pura del Derecho con la metafísica, la vinculación que Kelsen establece entre la justicia y la paz, que da base para sostener un viraje de su parte hacia interpretación trascendental, al referir el derecho a valores, tal como lo observa el profesor Carrillo⁷³.

En la Teoría General del Estado y el Derecho, Kelsen había dicho: "La justicia es un ideal irracional"... "Hay sin embargo una afirmación que basándose en la experiencia pueda ser hecha por la teoría, a saber: únicamente un orden jurídico que no satisface los intereses de uno en perjuicio de los de otro, sino que establece entre los intereses contrapuestos un compromiso, a fin de reducir al mínimo las fricciones posibles, puede aspirar a una existencia relativamente larga. Sólo un orden de este tipo se hallaría en condiciones de asegurar a los sometidos a él una paz social sobre bases relativamente permanentes. Y aun cuando el ideal de justicia en el sentido originario aquí desenvuelto es algo enteramente

70 Villar Borda, *op. cit.* pág. 70. Esta posición ha variado dado que, como lo observa Alois Troller (*Das Rechtsdenken aus bürgerlicher und marxistisch-leninistischer Perspektive*), los actuales teóricos marxistas-leninistas han rechazado la tesis de que el proceso de construcción del Derecho esté exclusivamente condicionado por la economía, citando entre otros al autor soviético W. A. Tumanov: "El ser social no es aprehendido por el marxismo sólo en sus dimensiones materiales, sino también en aquellas de índole intelectual (*Bürgerliche Rechtsideologie*, Pág. 293). Esto no significa un juicio sobre su definición del "deber ser", pues ésta está determinada por la concepción dialéctico-materialista y el materialismo-histórico, temas que se salen de este trabajo.

71 Kelsen Hans, *¿Qué es Justicia?*, Ed. Leviatán, Buenos Aires, 1981.

72 Métall, *op. cit.* pág. 11.

73 Carrillo, *op. cit.* Prólogo.

distinto del ideal de paz, existe una clara tendencia a identificar los dos ideales o, cuando menos, a substituir el ideal de paz por el de justicia”⁷⁴.

Sus trabajos en los Estados Unidos, recopilados bajo el título *La Paz por Medio del Derecho*, contribución a la solución del problema que Kelsen califica como el más candente de nuestra época⁷⁵, ejercieron enorme influencia en Colombia, como en general en la América Latina, y continúan teniendo una gran vigencia frente a los problemas del mundo actual.

Volviendo a los intentos de vincular la Teoría Pura del Derecho con la axiología, habría que enfrentar las últimas opiniones del propio Kelsen, cuando al prologar la segunda edición de la *Teoría Pura del Derecho*, en Berkeley, en 1960, al explicar las modificaciones y ediciones del nuevo texto como algo que no cambia los principios fundamentales de su doctrina, advierte que “ahora como antes, una ciencia del derecho objetiva, que se limita a describir su objeto, enfrenta la terca oposición de aquellos que, menospreciando las fronteras entre ciencia y política, invocando ésta prescriben al derecho un determinado contenido; es decir, creen poder establecer el derecho justo y, así, el patrón axiológico para el derecho positivo. En especial, la renovada metafísica de la doctrina del derecho natural es la que enfrenta con esta pretensión al positivismo jurídico”⁷⁶.

Interpretación de las Normas Jurídicas

El derecho como orden, definido por Kelsen como “un sistema de normas jurídicas”⁷⁷, funda su unidad en la norma fundamental, considerada como un supuesto o fundamento hipotético. No reiteraremos aquí la crítica sobre la contradicción que entraña basar todo el orden jurídico positivo en una norma no instituida, que no vale como derecho positivo. Es una dificultad de la cual se hizo cargo el propio Kelsen, al reconocer el carácter ficticio de la norma básica⁷⁸.

74 Kelsen, *Teoría General del Estado y del Derecho*, Imprenta Universitaria, México, Traducción de Eduardo García Maynez, 1949, pág. 14.

75 Kelsen, *La Paz por Medio del Derecho*, Editorial Losada, Buenos Aires, 1946.

76 Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, 2a. Edición, pág. 14 (edición en castellano).

77 Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, primera edición, traducción castellana de Jorge Tejerina, Losada, 1946, Buenos Aires, pág. 94.

78 Kelsen, *Die Grundlage der Naturrechtslehre. Das Naturrecht in der politischen Theorie*, Wien, Springer Verlag, 1963, pág. 119, ss, según cita de Calsamiglia, op. cit. pág. 123.

Interesa señalarla sólo en razón de que dicha norma es el fundamento de validez del ordenamiento jurídico, cuya gradación fue formulada por Adolf Merkl e incorporada por Kelsen a la Teoría Pura del Derecho, dentro del concepto dinámico que corresponde a la “peculiaridad del derecho de regular su propia producción”⁷⁹. Producción y aplicación del Derecho no se diferencian, pues “si se hace abstracción de los casos límites -la presuposición de la norma básica y la ejecución del acto coactivo-, entre los cuales transcurre el proceso jurídico, todo acto jurídico es simultáneamente la aplicación de una norma superior y la producción, determinada por aquélla, de una norma inferior”⁸⁰.

Así, los Tribunales, al aplicar las normas generales, están creando una nueva norma, una norma individual o particular, a diferencia de las de los grados anteriores (decreto, ley, constitución, norma fundamental) que son normas generales. Hay una identificación entre la aplicación de la ley y la producción del derecho, que es uno de los hallazgos más originales y lleno de sentido de la Teoría Pura del Derecho, dejando en primer lugar por el suelo la tradicional teoría de la exégesis.

En uno de sus más densos estudios, dedicado a la Interpretación de las Normas Jurídicas, Nieto Arteta se apoya en esta tesis kelseniana, al señalar: “La sentencia es, por ende, un acto de creación jurídica”. No se podría señalar entre ella y la ley ninguna diferencia.

Ambas son actos de creación o de producción de normas jurídicas. La teoría tradicional había creído que tan sólo la legislación era la función estatal creadora de normas jurídicas. Ello correspondía a la identificación entre normas jurídicas y normas generales. Como las normas legales son normas generales, o por lo menos lo son aquéllas definidas en las “leyes materiales”, se estima que solamente la legislación creaba normas jurídicas⁸¹.

No se trata tampoco, advierte Nieto Arteta en consonancia con Kelsen, de una nueva expresión de la Escuela de Derecho Libre. Recuerda en esto a Aftalión: “El voluntarismo de la Teoría Pura del Derecho está siempre encauzado, estructurado, por la ley. En cambio, el movimiento del Derecho Libre admite la posibilidad de que el juez se emancipe de la atadura legal, inspirándose solamente en el sentimiento del derecho para pronunciar juicios de valor sobre las relaciones

79 Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, 2a. edición, pág. 232.

80 Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, 2a. edición, pág. 244.

81 Nieto Arteta, *La Interpretación de las Normas Jurídicas*, Ed. Tiempo Presente, Bogotá, 1976, pág. 98.

vivas y concretas. Se trata de un voluntarismo, no ya estructurado, sino informe”⁸².

Sobre este tema, decía Darío Echandía, el orientador de la transformación democrático-liberal de Colombia en los años 30: “Probablemente es Kelsen quien ha formulado más netamente el principio de que individualizar una norma, es decir, aplicarla a un caso singular, concreto y determinado, es un acto de creación. Esta doctrina constituye una ingente innovación respecto de las enseñanzas tradicionales. En efecto, en otros tiempos se pensaba que la norma jurídica y la ley escrita eran lo mismo, ya se considerase la ley en sentido formal, ya en sentido material. Pero como al juez no le es dado dictar leyes formales ni materiales, que están reservadas a otros órganos del poder público, resultaba entonces privado de aptitud para crear derecho, o sea de potestad jurídica o normativa; quedaba reducido a un autómatas, a una especie de máquina de subsumir, puesto que según la doctrina tradicional, su papel no era sino el de aplicar la norma, es decir, el de subsumir el caso jurídico concreto bajo el precepto legal abstracto y, silogísticamente, aplicar a ese caso concreto la solución prevista en el precepto general... En ese sentido el Juez, que no crea normas jurídicas de carácter general ni podría hacerlo en tanto que actúe como Juez, es sin embargo, un auténtico creador de derecho, un colaborador más -como el legislador o el administrador- en el proceso dinámico de la creación del orden jurídico”⁸³.

Sobre el mismo tema, y al referirse al enjuiciamiento que Kelsen hace de la teoría de las llamadas “lagunas del derecho”⁸⁴, Luis Fernando Gómez Duque indica: “No costará mucho esfuerzo observar que por diferentes caminos tanto los exégetas como los puristas concluían en lo mismo: la necesidad y suficiencia del ordenamiento jurídico legislado. Pero la ideología, que por un concepto es la misma, pues no es otra que la liberal democrática, tiene en cambio un matiz de aplicación muy diferente según se enjuicie la exégesis francesa o la del normativismo kelseniano”⁸⁵.

82 Aftalión Enrique, “La Escuela Penal Técnico-Jurídica y la Teoría Pura del Derecho, pág. 36.

83 Echandía Darío, Obras Selectas, Tomo II, Ban. República, Bogotá, págs. 151/52.

84 Kelsen, Teoría Pura del Derecho, 2a. edición, págs. 254 y ss.

85 Gómez Duque Luis Fernando, Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1980, pág. 137.

Recientemente Fernando Gómez Mejía ha dedicado un amplio estudio a la interpretación y sus diversos métodos, en general y en el derecho colombiano, incluyendo análisis críticos de los puntos de vista kelsenianos⁸⁶.

Sobre Otros Temas

No hay campo en este bosquejo generalísimo, para ocuparnos de la influencia particular que en las distintas disciplinas del Derecho ha ejercido la Teoría Pura en Colombia, grande sobre todo en el Constitucional y el Internacional Público, sin que ello excluya el Derecho Penal y el Civil en sus distintas ramas. No es exagerado decir que no hay esfera del Derecho que no haya sido tocada por las tesis de Kelsen. Algo semejante, y ello demandaría también un estudio especial, ha de decirse de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia y de los Tribunales.

Temas como el del carácter dualista del concepto tradicional del Derecho y su superación, ha sido motivo de largo debate entre juristas colombianos, habituados a las seculares divisiones entre Derecho Público y Privado, derecho objetivo y subjetivo y, en primer lugar, entre derecho natural y derecho positivo, dualismo vigorosamente atacados por Kelsen como impregnados de ideología, y por consiguiente de “elementos extraños” al Derecho, dentro de su principio metodológico fundamental.

Pero tal vez lo que ha encontrado más enconada resistencia, no sólo de las escuelas tradicionales sino también de las modernas corrientes del Derecho, es la pretendida disolución del dualismo entre Derecho y Estado, calificada por Kelsen como “una de las ideologías de legitimación más eficaces”⁸⁷. De la misma manera, las tesis de Kelsen en materia de derecho internacional, las relaciones de éste con el derecho nacional de los Estados en un ordenamiento jerárquico, y la primacía del orden jurídico internacional dentro de una concepción monista, que algunos han entendido como una seria amenaza a la soberanía de las naciones, da ocasión a graves divergencias. Son innumerables los temas o interrogantes que la Teoría Pura del Derecho suscita, en cada una de las diversas disciplinas jurídicas, y de ello dan testimonio los distintos autores que en Colombia, como en toda Latinoamérica, se ocupan directa o indirectamente de sus enunciados⁸⁸.

86 Gómez Mejía Fernando, La Interpretación del Derecho, Ed. Ananke, Bogotá, 1979.

87 Kelsen, Teoría Pura del Derecho, 2a. Edición, pág. 321.

88 Entre otros: Soto del Corral Jorge, cuyas conferencias de Ciencia del Derecho y Derecho Constitucional en la Universidad Nacional (Facultad de Derecho), de Bogotá contribuyeron a la difusión de Kelsen en las

Finalmente debemos mencionar que, con ocasión de los ochenta años y del centenario del nacimiento de Hans Kelsen, la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia, le rindió homenaje con la publicación de una separata en 1961⁸⁹ y una edición completa de la revista Estudios de Derecho en 1981⁹⁰.

En 1983, con ocasión de los diez años de la muerte de Hans Kelsen, el Colegio Mayor del Rosario, Facultad de Filosofía, organizó un curso especial bajo el título "Hans Kelsen y su Influencia en Colombia"⁹¹.

décadas del treinta y del cuarenta; en el mismo sentido deben mencionarse las Conferencias de Derecho Internacional y Derecho Administrativo de Hermann Meyer-Lindenberg, profesor alemán refugiado, en la Universidad Nacional, en los años 40; Copete Lizarralde Alvaro, Lecciones de Derecho Constitucional, Ed. Lerner, Bogotá, 1960; Vidal Perdomo Jaime, Derecho Constitucional, Universidad Externado de Colombia, 1976; Uprimny Leopoldo, Conferencias de Derecho Constitucional, Universidad Javeriana, 1949; Valencia Zea Arturo, Tratado de Derecho Civil, Tomo I, Ed. Temis, 1976, Bogotá; Villar Borda Luis, Ciencia del Derecho, Universidad del Cauca, Popayán, 1960; Palacios Hugo, Introducción a la Teoría del Estado, Ed. Temis, Bogotá, 1982; Romero Soto Julio, "Delitos contra la existencia y seguridad del Estado" y "Delitos contra el régimen constitucional", cap. 25, 26, Ed. Librería del Profesional, Bogotá, 1983; Monroy Cabra Marco G., Manual de Derecho Internacional Público, Ed. Temis, 1982.

89 Contribuciones: Recasens Siches Luis: Balance de la Teoría Pura del Derecho de Kelsen; Betancour Cayetano: Imperativo y Norma en el Derecho; Mantilla Pineda B.: "El principio de retribución y la ley de causalidad; Carlos Gaviria Díaz, Superación de los dualismos jurídicos en Kelsen; Fernando Mesa, Teoría Comunista del Derecho; Luis Alfonso García, Teoría Comunista del Estado.

90 Contribuciones: Gaviria Díaz Carlos, Kelsen, Wittgenstein y las formas del lenguaje; Naranjo Villegas Abel, La concepción social de la teoría de Kelsen; Alberto Wara, La norma fundamental kelseniana como criterio de significación; Squella Agustín, La Teoría Pura del Derecho y los juicios de valor, Mantilla Pineda B. La Paz y la Justicia en el pensamiento de Kelsen; Vallejo Mejía Jesús, Estado y Derecho en el pensamiento de Kelsen, Betancour Cayetano, Hans Kelsen; García Isaza Alfonso, Anotaciones sobre Kelsen; Saldanha Nelson, Sobre la obra de Kelsen: breves anotaciones críticas; Tamayo Jaramillo Javier, El imperativo jurídico; Fernández Carrasquilla Juan, Retroactividad de una ley favorable declarada inexecutable.

91 Participaron los profesores Jaime Vélez Sáenz y Luis Villar Borda, con la coordinación de la doctora Guillermina Garmendia de Camusso.