

HANS KELSEN

Cayetano Betancur

Doctor en Derecho de la U. de A.

Miembro de Número de la Academia Colombiana
de Jurisprudencia.

Ejerce la Profesión de Abogado.

Apartado Aéreo N° 3930, Bogotá.

El próximo 11 de octubre cumplirá noventa años de vida este eximio filósofo y jurista, una de las cumbres del pensamiento del siglo XX.

A los treinta años, en 1911, publicó su primera obra crítica y sistemática, "*Problemas fundamentales de la teoría del derecho y del Estado*", y en 1934 una preciosa síntesis de todo su sistema: "*La Teoría pura del derecho*", reeditada en francés en 1953 con notables adiciones, cambios de perspectiva y enfoque que dejaron, sin embargo, lo sustancial de la doctrina del gran maestro. Pero en todos los años, desde aquel primer trabajo histórico de 1905, titulado "*La Teoría del estado de Dante Alighieri*", Hans Kelsen entrega al público libros sustanciales de investigación y de reflexión sistemática, con los cuales se ha formado una de las bibliotecas esenciales del pensamiento actual.

Kelsen ha sido profundamente estudiado por una parte, y por otra, profundamente incomprendido. Por razones no siempre estrictamente científicas se le ha colocado o bien del lado de Dios o bien del lado del Diablo, entre los buenos o entre los malos de las películas del "*Far West*". Para muchos ha contribuido a la laicización del mundo moderno, mientras para otros representa una de esas fuerzas neutras que se muestran incapaces de enfrentarse al mal. El mismo lo expresa en el prólogo a "*La Teoría Pura*" de 1934:

"Algunos declaran con desprecio que la Teoría pura no tiene ningún valor, ya que se trataría de un vano juego de conceptos desprovistos de significación. Otros se inquietan ante sus tendencias subversivas, que significarían un peligro serio para el Estado y su derecho, y dado que se mantiene al margen de toda política, se le reprocha a menudo alejarse de la vida y por tal razón carecer de todo valor científico. También se pretende frecuentemente que es capaz de mantener hasta el fin sus principios de método y que es solo la expresión de una filosofía particular. Pero ¿cuál? Para los fascistas la Teoría pura se vincula con el liberalismo democrático. Para los demócratas liberales o los socialistas abre el camino al fascismo. Los comunistas la rechazan, puesto que sería una ideología inspirada en el estatismo capitalista, mientras que los partidarios del capitalismo nacionalista ven en ella la expresión de un bolcheviquismo grosero o de un anarquismo disimulado. A los ojos de algunos su espíritu estaría emparentado con el de la escolástica católica. Otros

creen reconocer en ella las características de una teoría protestante del derecho y del Estado. Pero también tiene adversarios que la condenan por su ateísmo. En una palabra, no hay ninguna tendencia política de la que no haya sido acusada la Teoría pura del derecho. Esta es la prueba —ella misma no podía darla mejor— de que ha sabido conservar su carácter de teoría “pura”.

Efectivamente, Kelsen parece dar razón a los que lo atacan por su juspositivismo riguroso y extremo, en que no deja ningún resquicio para que allí penetre un soplo del espíritu, una lumbre de los valores, un destello de la divinidad. En este sentido se le ve como a un demonio mefistofélico, urdiendo bajo las telas de una impoluta concepción científica del derecho, una explosiva maquinaria que acabará por destruir todo cuanto el hombre ha mirado como sagrado y venerable, que por cierto se ostenta, entre otras formas culturales, en esa estructura que llamamos derecho.

Desde remotos tiempos, como demuestra la investigación histórica, la humanidad ha querido ver en el derecho positivo una expresión de la divinidad y de su justicia. Las “temistes” de los tiempos homéricos, pasando por las leyes de Platón hasta llegar al derecho penal moderno, en todas estas grandes etapas de la historia, el derecho ha sido obedecido, reverenciado y defendido por considerarse la expresión de una voluntad divina que rige los destinos del mundo. Por eso exige Heráclito que “el pueblo luche por su ley como por sus muros”.

Y cuando las órdenes de la autoridad no se acomodaron a la justicia, se les despojó de su carácter de derecho para colocarlas en la oscura clase de la fuerza, el atropello y la arbitrariedad. La “Antígona”, de Sófocles es el primer documento literario en que se hace tema la rebeldía del hombre contra el acto de autoridad que atropella una ley no escrita que fulge por encima de nuestras cabezas, al tiempo que ofende la tradición sagrada de las leyes positivas. “Todas las leyes humanas se nutren del uno divino”, dice otra vez Heráclito para justificar su admonición anterior.

Y en los tiempos modernos el Canciller Bismarck aseveraba, para justificar la sentencia penal, que “una fuerza humana que no advierte en sí una justificación desde arriba, no es suficientemente vigorosa para llevar la espada del vengador”.

Algo hay en el derecho positivo que demanda esta consideración sacralista y divinizante. Quizás porque nos somete tan amplia-

mente a sus dominios. Y aceptamos de buen grado que ese tiene que ser así. Es que el derecho con su coyunda (jus) se está denunciando como lo que viene de un más allá, pues de no ser así quizás todos lo rechazaríamos para retornar a nuestra soberana libertad. Por algo se ha hecho derivar el vocablo “jus” de Zeus, (Júpiter), cualquiera que sea por otra parte la exactitud de esta etimología.

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 violentiae quam legis*”, llamaba Santo Tomás a las leyes notoriamente injustas). Pero es en 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.

La majestad con que en todos los pueblos se reviste todavía el acto de administrar justicia, nos está indicando que se asigna al derecho positivo, precisamente en su momento más solemne, como es la función jurisdiccional (“*jus dicere*” = decir el derecho), un origen supraterráneo que linda con la divinidad.

Bien es verdad que el hombre asumió igual actitud sacralizante ante muchas cosas de la naturaleza: “Entrad, entrad, que también aquí moran los dioses”, era la forma como Heráclito invitaba a sus amigos a la cocina donde preparaba sus alimentos. Y para los pueblos primitivos como para altos y calificados teólogos y filósofos el mundo es “*explicatio Dei*”, una Teofanía, una manifestación de Dios.

Fue menester una lucha seria y en ocasiones encarnizada, para que se abriera paso la consideración puramente causalista de la naturaleza y que nos enseñáramos a ver el mundo como algo indiferente a todo valor religioso o moral. En efecto, las ciencias naturales desarrollan sus tesis y sus sistemas sin otra consideración que a la verdad que se ostenta, la cual, desde un principio, está despojada de toda calificación de bondad o de maldad. El constatar que los cuerpos celestes se mueven en elipses y no en círculos, no nos obliga a pensar que han disminuido en nuestra estimación porque la elipse sea inferior al círculo, como pensaba Aristóteles, fiel a su concepción teleológica del mundo. Ni el reconocer que en el sol haya manchas, es ya para nosotros un defecto del sol, como llegó a pensarse al salir de la edad media.

Las ciencias naturales, de las cuales el modelo más eminente es la física, enuncian sus conclusiones sin temor ni temblor ante sus consecuencias posiblemente funestas. La ciencia no juzga ni menos prejuzga; no emite juicios ningunos de valor y sólo describe imparcialmente la realidad que le es dada. Kant fue el gran espíritu que nos liberó de aquella nefasta y equivocada tendencia que confundía el objeto de la ciencia física con la cosa en sí. El demostró que esa cosa en sí es inalcanzable para la razón pura y que en vano pretendemos arrancar de los seres, en posición de matemáticos o de físicos, otra cosa que sus relaciones espaciales, temporales o categoriales, entre las cuales se halla la relación de causalidad, que simplemente toma como causa el antecedente necesario y suficiente para que se produzca un fenómeno.

Es claro que ante esta enseñanza, es primitiva la conducta que mira el calor como sacando de su seno la dilatación de los cuerpos, o a la velocidad como recatando en sus entrañas, cual "*vis dormitiva*", todos los efectos de que hoy se vale la técnica.

— II —

Hans Kelsen ha creído que con el derecho hay que hacer otro tanto. Que la liberación que el espíritu humano realizó ante las cosas naturales, también debe llevarse a cabo ante ese orden interhumano que denominamos orden jurídico.

Kelsen echa de menos una ciencia del derecho que sea tan "pura" como las ciencias de la naturaleza. Y por "pureza" entiende el estar exenta de contaminación con la metafísica, con la moral, con la religión, con la política, con los intereses económicos o bélicos, etc.

Así como Kant ante la cultura de su tiempo, en física y en matemáticas, buscó en estas disciplinas lo que en ellas había de materiales pre-establecidos que nos llegaban por los sentidos, "el caos de las sensaciones", para separarlo de lo que en ellos pone el espíritu como elemento a priori, de igual manera Kelsen coloca ante sí toda la cultura jurídica de la edad que corre para discernir en ella cuáles factores no se encuentran allí como *dados*, sino como configurantes, como elementos también a priori con los cuales se organiza y estructura todo el material jurídico aportado.

Hans Kelsen inicia una verdadera persecución para atrapar en los más remotos rincones de la teoría jurídica todos los lastres que

ella pueda contener de política, de ideologías o de derecho natural. Para él, ninguna tesis en que se mezclen cuestiones de estos órdenes, son tesis científicas. Hay allí subjetividad y caprichos del arbitrio y del juicio que ninguna ciencia puede resistir.

Para Kelsen la política es aquel conjunto de consideraciones e intereses prácticos, sanos o perjudiciales, buenos o malos, con que los hombres actúan en el arte de conducir a los pueblos. La política no sólo no es una ciencia sino que es la anti-ciencia por excelencia. Sabido es que Kelsen, adicto a la Escuela de Marburgo, concibe la ciencia como aquella disciplina que crea su objeto mediante un método determinado de consideración y pensamiento. En este sentido, la política está ausente de todo método. Lo que hoy es bueno, mañana resulta malo, o lo que es bueno aquí resulta ignominioso. El amigo de hoy es el enemigo dentro de un instante y el objetivo del momento puede patentizarse como el obstáculo para la acción dentro de una hora. Así la política escapa a todo método y por tanto hace imposible su configuración como objeto científico.

Las ideologías que repudia Kelsen como ajenas al tratamiento científico son todas aquellas que en el campo del derecho y de la sociedad se erigen como los faros y guías de la acción, como las estrellas polares, espérese o no desembarcar algún día en ellas, pero que de todas suertes dirigen la marcha de los navegantes. Esas ideologías son concepciones como las de la justicia, la seguridad jurídica, la moralidad, la democracia.

De la justicia, dice Kelsen, que es una venerable idea, de una rancia tradición en todas las culturas, pero de la cual no es posible dar un concepto exacto. Así por ejemplo: la justicia como el "dar a cada uno lo que le corresponde" es una petición de principio pues supone ya sabe lo que le corresponde a cada uno, siendo así que ese es, por otra parte, el oficio principal y preciso de la justicia. La justicia como un justo término entre dos extremos, tal como la imaginaba Aristóteles, es noción tan formal y vacía que hasta ahora nadie ha tenido éxito en indicar cuáles son los extremos y cómo se determina ese mismo término medio. La justicia que consiste en tratar de igual modo a los iguales y de modo desigual a los desiguales se queda por cierto en el campo de la pura abstracción. En fin, el saber qué es la justicia es un esfuerzo vano en que se han empeñado las más nobles cabezas de la humanidad, sin que por cierto hayan acertado en sus pretensiones.

En cuanto al *derecho natural* he aquí uno de los conceptos que Hans Kelsen ha intentado captar en toda su significación y sobre el cual ha escrito los más variados, profundos y eruditos ensayos.

Para Kelsen, el “derecho natural” es una contradicción en sí misma. Ya que si es natural no puede ser derecho, y si es derecho no puede ser natural.

La razón, dentro de su teoría, reside en que lo natural “es”, y el derecho es el mundo de lo que “debe ser”. La naturaleza se concibe mediante un método relacional que es el causal. El derecho se estructura mediante otro método relacional que es el de la imputación. Por el método causal sabemos que si B sigue a A, A es la causa de B. Por el método de “imputación” decimos que si una acción se ha efectuado, esa acción exige una sanción.

El método causal pertenece al mundo de la necesidad. El método de la imputación hace parte del mundo de la libertad. Con el primero entendemos a la naturaleza, con el segundo entendemos el derecho, la moral positiva, la religión positiva, etc. El primer método engendra su sistema de “leyes”, el segundo un sistema de normas.

Con las leyes expresamos que al calor sigue la dilatación; con las normas significamos que al que roba se le *debe* imponer un castigo.

Claro está que cuando Kelsen afirma que el sistema de normas sólo se entiende en un mundo de libertad, no por ello está otorgando al ser humano ese precioso don del libre albedrío que para muchos es la más alta realidad espiritual. Ni más faltaba que un positivista como Kelsen fuera a hacer declaraciones de este orden, teñidas de tan acentuado color metafísico. La libertad no es aquí sino un concepto como el concepto mismo de causalidad: una categoría para la inteligibilidad de los fenómenos. Si queremos entender el derecho en donde de hecho se dan normas, hay que entenderlo en un mundo de libertad, no importa que esa libertad no exista realmente. Es muy posible que el ladrón robe por un impulso causal al que no puede resistir, y que la norma que le prohíbe robar lo retraiga del acto delictivo obrando como otra causa determinante. Pero en estas relaciones ponemos nosotros, mejor, pone la ciencia normativa, un método de intelección que no es el causal, sino el imputativo y dice que al ladrón se le debe castigar, por ejemplo, con cinco años de prisión.

Por otra parte, el derecho natural no puede ser objeto de un tratamiento científico porque sus normas no son un “positum”, no han sido puestas por un legislador determinable en el espacio y en el tiempo. Más bien son normas que nos sirven de “supuestos” para juzgar y valorar un determinado derecho positivo. El derecho natural obedece a la especulación de la razón que supone, por ejemplo, que el ladrón que actúa con la fuerza, comete un acto más punible que el ladrón que actúa con la astucia. Pero esto es en nada relevante para el jurista mientras no sean “puestas” estas diferencias en un orden jurídico positivo.

De esta suerte Kelsen construye su teoría pura, despejando de su sistema todo factor metafísico de orden valorativo.

Pero también elimina de su teoría todo factor metajurídico de orden fáctico, pues dice expresamente que la teoría pura no es una sociología del derecho, no nos enseña cómo de hecho se comportan los hombres a la luz o a la vista de las normas que los dirigen, sino cómo *se deben* comportar dado el sentido de la norma.

Claro es que el maestro vienés no va a construir su teoría sobre puras abstracciones. El parte de la base del derecho positivo de su tiempo con todas sus instituciones, sus axiomas y sus corolarios que le sirven como fundamento teórico. Como ya expresamos, igual que Kant en la “*Crítica de la razón pura*”, toma la ciencia de su tiempo para hacer su teoría pura. Por esta razón se muestra como uno de los más grandes juristas de estos tiempos, para el que no es extraña ninguna categoría de las que hoy maneja el derecho.

Pero en sus desarrollos, al convertir la norma jurídica cualquiera que sea la forma como se presente (el pitazo de un policía, el golpe sobre la mesa del presidente de una asamblea, el juicio enunciativo que expresa que el interés legal es del 6% anual, etc.), con una proposición condicional en donde el antecedente es la conducta repudiada por el derecho, y el consecuente la sanción que debe ser impuesta al infractor, Kelsen se quiere mantener en la estructura lógica de estos conceptos sin averiguar si las normas mismas son obedecidas o no.

LA VALIDEZ

De aquí que la primera ideología que combate su doctrina es la de un supuesto derecho natural que fundaría todo derecho posi-

tivo. Kelsen se da cuenta que cuando se habla de una norma cabe lógicamente preguntar si esa norma es válida, no si se cumple, sino si se debe cumplir. Kelsen en la respuesta a esta primera pregunta, contesta que hay que apelar a la norma superior por la cual esa norma fue dictada. Y así en cadena, sobre las normas que van quedando sucesivamente por encima. Una orden policiva es válida por el derecho del alcalde, éste por el acuerdo del concejo, el acuerdo del concejo por la ordenanza departamental, la cual se basa en la ley y la ley en la constitución. Como no se puede seguir en un proceso infinito, habrá que parar en una última norma, más allá de la cual no hay otra norma positiva que la sustente. Pero sí hay otra norma, esta vez no positiva, sino *supositiva*, o lógica, la norma que ponemos como el supuesto de validez de todo el sistema. En sus primeras obras Kelsen decía que esta norma lógica fundamental se enunciaba: "Hay que obedecer al constituyente primitivo".

Piénsese bien que aquí no hay un mandato ni una consideración de valor. No se postula esta norma como la que legitimaría éticamente todas las normas inferiores, sino como la que nos da el condicionamiento racional de que las demás son obedecibles. Supengamos un abogado comunista ruso que quiera venir a Estados Unidos a ejercer el derecho. Si en algún momento quiere introducir la excepción de inconstitucionalidad de una ley, no tendrá por menos que suponer que la constitución es válida, aunque la considere todo lo contrario de lo que quisiera ver estatuido como derecho. Su repudiación de una norma inferior no podrá hacerla, si es que quiere actuar como jurista, más que a la luz de la norma superior que la preside. Igual tendrá que hacer el jurista norteamericano que pretenda ejercer el derecho en Rusia.

En esta forma Kelsen elimina la fundamentación jusnaturalista del derecho positivo. El que quiera moverse dentro de sus terrenos tiene que adoptar un supuesto lógico. Si busca y halla un supuesto moral o de valor que contradiga el contenido de la norma inferior y con base en el cual pida que ésta se anule, estará asumiendo una actitud revolucionaria y se le podrá tratar como elemento subversivo.

EL DERECHO SUBJETIVO

La penetrante mirada kelseniana también ha percibido en este concepto, no una noción jurídica, sino política, no derecho positivo sino derecho natural.

En efecto, el llamado derecho subjetivo no es sino la tendenciosa posición de unos cuantos que pretenden hallar una cortapisa a los abusos del derecho objetivo. Se postula un derecho subjetivo como anterior al derecho objetivo con el objeto de que éste no pueda vulnerarlo.

Kelsen muestra que no hay derechos subjetivos anteriores a la norma *pósita* a la norma legal. El derecho subjetivo de propiedad no es anterior a la ley sino una configuración de ella, una forma constituida por el derecho objetivo.

Por otro aspecto, la teoría pura del derecho absorbe el derecho subjetivo en el objetivo, pues la regla de derecho que elabora el jurista cuando se trata de derechos subjetivos es de este tenor: "Si A perturba la propiedad de B y B inicia acción judicial contra A el juez debe dictar sentencia de amparo a favor de B".

El derecho subjetivo, como se ve, no es sino una parte del condicionamiento de la proposición jurídica, a fin de que dado ese condicionamiento, *se deba* poner en movimiento el aparato coactivo del Estado.

DERECHO PUBLICO

Otro mito sacral con que el derecho tradicional nos quiere imponer un dualismo, es el del mayor valor del derecho público sobre el derecho privado. Con esto se apela a una ideología jusnaturalista que postularía que el derecho público representa el bien de la comunidad, al par que el derecho privado, sólo el bien de una persona o de un grupo de personas.

También aquí hay un espejismo. El derecho público no es distinto del privado porque valga más, sino que su esencia radica en ser derecho taxativo, no supletorio, es decir, no sujeto a ser modificado por la voluntad contractual de los particulares. De suerte que a él se aplique lo mismo que al privado, la estructura condicional de la norma de derecho.

Por otra parte, no debe olvidarse que en el desarrollo de Estado moderno, una gran porción del derecho que regula su función, es también supletoria, no imperativa. Y paralelamente, muchas normas del derecho privado de familia, del derecho obrero, etc., tampoco se puede modificar por el acuerdo de las partes ni son objeto de renuncia o transacción.

No es, pues, sino una ideología la que confiere superioridad al derecho público sobre el privado.

DERECHO Y ESTADO

Yace en esta dualidad de derecho y Estado uno de los más sutiles artilugios de los ideólogos, que por esta vía han estorbado el progreso y el avance de la ciencia del derecho.

Se pretende por unos que el derecho es distinto, anterior y superior al Estado. Con ésto se le quiere someter para que no implanten normas perjudiciales a ciertos intereses o a determinadas tendencias partidistas.

Otros, en cambio, postulan la superioridad y anterioridad del Estado sobre el derecho, para poder hacer de él la fuente legítima de toda norma por conculcadora que ella sea de los derechos privados. Y se ha ideado para estos casos, dice Kelsen, la imposible doctrina de la *autolimitación* del Estado por el derecho mismo que el Estado produce, parece que horrorizados ante las consecuencias auto-cráticas y absorbentes que de tal primacía se desprende.

Pero en la teoría pura, el derecho y el Estado no son cosas distintas. El derecho es una norma que en las manos del científico, como hemos dicho, se convierte en una regla de derecho que es una proposición condicional, en que al antecedente se liga un consecuente. La relación entre el hecho antecedente y el hecho consecuente se denomina imputación. Pero hay otro concepto de imputación que Kelsen señala: cuando una conducta de una determinada persona no se atribuye a ella sino a una persona ficticia que está detrás. Esto es lo que ocurre con el Estado.

El Estado no es sino aquel órgano ficticio al que el derecho imputa determinados actos de determinadas personas. Luego el Estado es derecho o creación del derecho.

Así, cuando el Estado otorga un privilegio de invención, no hay tal Estado allí sino el derecho mismo que dice que el diploma o la patente firmada por un señor tal, no se tome como emanado de dicho señor sino del Estado que es el único, en tal sistema de derecho, que puede conferir dichos privilegios. En estas condiciones, pretender que el derecho precede al Estado o a la inversa es una aspiración infundada y cuestionar estas cosas es crear pseudoproblemas y no auténticos problemas jurídicos.

LAGUNAS DE LA LEY

Quienes quieren ver lagunas en la ley lo que pretenden es estatuir un derecho ideal, querido por ellos, frente al derecho real que en alguna forma estorba sus pretensiones.

Si la norma de derecho dice, por ejemplo, que el viudo que pasa a otras nupcias debe hacer inventario solemne de los bienes de sus hijos menores que administra, y esto mismo no lo exige a la viuda en iguales condiciones, ningún intérprete del derecho podrá ver allí una laguna. Lo que ocurre es que el derecho positivo, con su silencio que también es norma, la eximió de esta obligación o se la impuso. Pues es principio de derecho, fundado en bases más lógicas que ontológicas, que todo lo que no está prescrito o prohibido está permitido. Luego en estas cosas, la norma no está ausente, no es que exista aquí un vacío, sino que una norma contraria entró a resolver el caso.

Solo, pues, un afán diligente pero no jurídico, ve aquí lagunas o vacíos legales, cuando lo que existe es la voluntad general del derecho de no obligar con una conducta determinada en un caso dado.

ESTADO DE DERECHO Y ESTADO DE PODER

Hans Kelsen fue un perseguido del nazismo. Llegó a los Estados Unidos cuando en la culta Alemania de la primera post-guerra se desataban huracanes que arrasaban sin misericordia la libertad y el derecho de muchas porciones de la especie humana, los judíos entre otros. Hans Kelsen, se ha dicho, ostenta sangre judía. Fue acogido por la democracia norteamericana que ha aspirado, a la luz de los principios de sus fundadores, a ser un "*Estado de derecho*", tal como esta expresión se entiende en los tiempos que corren.

Hans Kelsen fue invitado por empresas de publicidad a escribir un libro en que se transparentara la idea de que el único Estado de derecho es la democracia. En esos momentos propicios para la labor publicitaria y la propaganda, un libro de Kelsen en tal sentido habría llegado a las alturas del éxito editorial. Sin embargo, se negó a ello, pues de acuerdo con sus postulados científicos todo Estado es un Estado de derecho, aún aquél que en ese momento lo perseguía con tanta saña.

En efecto, dada la identificación que hemos visto entre el Estado y el derecho, no podrá darse nunca un Estado que no lo sea, un Estado que sea ajeno al derecho.

En esto también se delata una valoración equivocada. Por esto Kelsen no quiere aceptar como científica la concepción del Estado de derecho en el sentido del Estado que respeta las libertades privadas, que se gobierna por leyes, que hace permanente obsequio a la seguridad jurídica. Esto será Estado de derecho para la ideología democrática y liberal pero no para el científico del derecho. Hans Kelsen, al negarse a escribir ese libro, hizo honor a la ciencia de la que se considera un cultivador sin reservas, aunque muy otras fueran sus convicciones ideológicas a favor de la democracia ya expresadas desde muchos años atrás en ensayos de valor perenne.

— III —

No he tratado en lo anterior de exponer todo el pensamiento de Kelsen en lo que él llama la Teoría pura del derecho, sino enunciar unas cuantas de sus posiciones en contra de las ideologías y de lo que desnaturaliza al derecho como objeto de ciencia pura.

Sobre este horizonte es hoy posible meditar con mayor claridad que hace treinta años, cuando el mundo efervescía en doctrinas y posiciones beligerantes.

Hans Kelsen, ¡qué duda cabe!, ha hecho con el derecho positivo el papel de purificador que cada ciencia ha menester de cuando en vez, es decir, cuando se le ha prendido demasiados parásitos que quieren vivir de su vigor y lozanía. El derecho estaba en estas condiciones cuando el pensador vienés llegó como aguafiestas de tan alegre festín de políticos, ideólogos y demagogos.

Sin duda alguna también, Hans Kelsen afinó los conceptos en que normalmente se expresaba la ciencia del derecho, rechazó los que habían florecido al cobijo de errores o imprecisiones, y acreció con nociones nuevas todo el ya amplio campo de la teoría jurídica.

El positivismo de Kelsen, si bien se le mira, es menos objetable como tal. Quiero decir que lo menos vulnerable en Kelsen es su posición positivista, aún 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 me-

nesteres. Los más grandes tratadistas del derecho, cuando no tienen frente a sí un interés ideológico, han procedido siempre, aunque inconscientemente, como prescribe el profesor austriaco. En efecto: a) O reconocen que la norma puede tener varias significaciones, todas ellas legítimas; b) O admiten que aunque una cosa exprese el texto legal otra muy distinta fue la voluntad del que lo dictó, cuando esta 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.

Esta conducta de los juristas es fácil de asumir cuando el estudioso del derecho se da cuenta de que actúa como un científico de cualquier otra ciencia, cuyo único interés debe ser la verdad. Y es a estos científicos del derecho a los que se les exige imparcialidad, objetividad y neutralidad.

Pero el derecho no solo incumbe a los científicos y para ellos es para quienes está concebida la teoría pura del derecho. Incumbe también a los abogados y a los jueces, después, desde luego, de ser asunto que interesa a todo miembro de la comunidad, pues en el derecho "vivimos, nos movemos y somos", más de lo que se pueda creer a primera vista.

El derecho incumbe a los jueces. Hans Kelsen repite a través de toda su obra, un pensamiento que le es obsesivo: el autor de una norma inferior no solo aplica la norma superior, sino que crea nuevas normas, determinando lo que la norma superior dejó sin precisar. Por eso al juez no le asigna Kelsen una función solamente científica (al aplicar la norma superior), sino también política al decidirse por una de las varias interpretaciones posibles y al otorgar nuevas concretizaciones a la conducta ordenada.

En esta función política, el juez (o cualquiera autoridad que dicta normas), obedece sin duda alguna a ideologías, a concepciones del mundo, a sistemas morales o religiosos, etc. y en esto, desde el punto de vista de la teoría pura, nada hay censurable. Ello permite refutar a quienes objetan a Kelsen que aleje 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. Así el derecho como la ciencia física cuando se torna en técnica, transige con la realidad, desciende de su pureza metódica en el momento mismo en que la autoridad legislativa, ad-

ministrativa o judicial lo aplican a las nacientes condiciones vitales. En esta forma, la ciencia pura del derecho no es propiamente la que manejan los que tienen por oficio crear el derecho.

Pero ni tampoco los que tienen por oficio litigar. La teoría pura del derecho no está concebida para abogados, sino para tratadistas.

El abogado tiene plena facultad para combinar la pura concepción jurídica con la política o ideológica. Su función muchas veces es la de llevar luces al fallador para que dicte una sentencia justa.

Oígame bien que uso la expresión "sentencia justa", no solo en cuanto ajustada al derecho positivo, sino también a la idea de justicia y de equidad que no por inasible muchas veces, deja de mover el pensamiento y la actividad de juzgadores y litigantes.

Aquí se detiene la teoría pura. Ella no impide que el juez apele a la justicia como no le prohíbe al abogado que invoque el derecho natural para obtener un fallo favorable a su cliente, cuando la rigidez de los textos pondrían en peligro una situación realmente legítima.

Jueces y abogados serán entonces invitados a crear un nuevo derecho en el fallo que se va a producir, derecho que contendrá en su seno no solo lo científico del tratamiento legal, sino lo político o ideológico que se mira conveniente al caso en cuestión.

Nos hallamos al final de esta disertación y podemos entonces decir que hemos desdemonizado a Hans Kelsen. No es él, el frío pensador, indiferente al bien o al mal y que proclama una teoría del derecho de espaldas a toda ética y a toda legítima aspiración humana. El mismo ha venerado la democracia, la libertad real, la rectitud de pensamiento y la vida virtuosa. Lo único que ha expresado es que estas cosas no se demuestran con la ciencia del derecho, como no se demuestra que hay un Dios (y así precisamente pensaba Galileo), porque la tierra no se mueva.

Bogotá septiembre de 1971