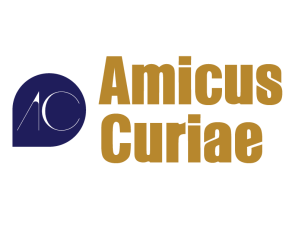
**NOTAS Y RESEÑAS**

****

**RESEÑA DEL LIBRO “DERECHO Y NATURALEZA” DE HANS KELSEN**

Abril Uscanga Barradas

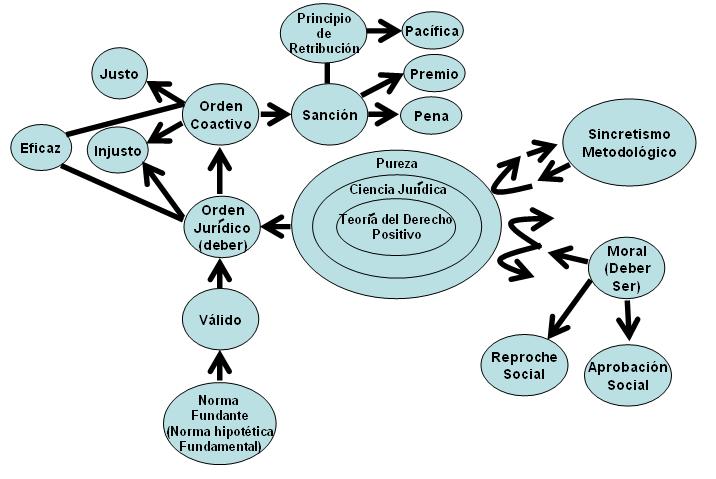


**Reseña del libro *Derecho y naturaleza* de Hans Kelsen**

Abril Uscanga Barradas\*

**Sumario:** I. Mapa conceptual, II. Biografía de Hans Kelsen, III. Derecho y naturaleza; IV. Crítica; V. Fuentes de consulta.

**I. Mapa conceptual**



\* Doctora en Derecho por la UNAM, actualmente es profesora de la licenciatura y Posgrado en Derecho de la UNAM. Sus temas de especialización son: Filosofía del Derecho, Democracia, Protección Horizontal de los Derechos Fundamentales. Contacto: [auscangab@derecho.unam.mx](mailto:auscangab@derecho.unam.mx).

70

**II. Biografía de Hans Kelsen**

Hans Kelsen nació en Praga el 11 de octubre de 1881 y murió en Berkeley, California, EUA, el 11 de abril de 1973. Su padre de origen judío de nombre Adolfo Kelsen y su madre de origen checo, nacida en Neuhaus, Bohemia. Kelsen nunca habló checo; su idioma materno era el alemán. Tuvo tres hermanos más. Su educación y formación profesional se realizaron en Viena, Austria. Desde joven descubre su interés en las lecturas de la filosofía kantiana, convirtiéndose en un reconocido jurista, filósofo del Derecho, experto en Derecho Constitucional Comparado y Derecho Internacional Público. Fue profesor de Derecho en diferentes universidades a lo largo de su vida.

A sus 32 años, en su calidad de primer teniente de la reserva, Hans Kelsen fue llamado, en agosto de 1914, a incorporarse a su regimiento estacionado en la ciudad de Linz, por el inicio de la 1ra. Guerra Mundial; posteriormente ascendió a capitán y se mantuvo gracias a su talento en un alto puesto dentro del Ministerio de Guerra, hasta la derrota total y la disolución del imperio. Finalmente Kelsen, en julio de 1918 se convirtió en profesor extraordinario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Viena, algo que por su origen judío parecía ciertamente lo más elevado que podría alcanzar. El 13 de julio de 1921, gracias a la Ley Federal Sobre la Organización y el Procedimiento del Tribunal Constitucional lo nombran miembro vitalicio del tribunal, hasta 1930 que es llamado de Alemania por la Universidad de Colonia, impartiendo cátedra de Derecho Internacional.

El 1º de abril de 1933, “día de los judíos”, se iniciaron en toda Alemania las primeras grandes persecuciones públicas de judíos. A pesar de las advertencias, Kelsen retornó a Colonia para reunirse con su familia. Allí supo que no sólo había sido destituido como profesor, sino que también había sido despojado de su pensión, por lo que decidió migrar a Ginebra, hasta septiembre de 1939. Al estallar la Segunda Guerra Mundial, Kelsen se ve obligado a abandonar Europa, refugiándose en los Estados Unidos (1940). No abdicó de sus postulados positivistas y se centró obsesivamente en el estudio del Derecho Internacional. Fue, además, asesor del comité de las Naciones Unidas para la preparación de los aspectos legales y técnicos del Tribunal Internacional de Nürenberg. También ejerció la docencia en la Universidad de Harvard, de donde pasó a enseñar Ciencia Política en la Universidad de Berkeley (1942).

Kelsen defendió una visión positivista con su creación y libro fundamental para la filosofía del Derecho: *Teoría Pura del Derecho;* se propuso con ello la elaboración de una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento moral para evitar ser una teoría contaminada. Aspiraba a una verdadera teoría "pura".

Hasta pocos meses antes de su muerte, cuando todavía poseía las condiciones físicas para desarrollar su trabajo intelectual, continuó ocupándose de los problemas de la jurisprudencia pura y de los temas con ella relacionados; en especial, por su última obra, *Teoría general de las norma,* cuyo primer capítulo fue publicado, por vez primera, en 1965.

Este personaje, de una gran carrera científica, legislativa, docente, judicial y dictaminadora, creador de la *Teoría Pura del Derecho*, logró el reconocimiento internacional de la jurisprudencia pura. Es considerado como “el jurista del siglo XX”. Es también el jurista teórico antiliberal más sutil que ha habido. Todas las universidades de Europa y del Continente Americano reconocen que tiene reservado por mérito propio un lugar preeminente en el pensamiento jurídico contemporáneo.

**III. Derecho y naturaleza**

En un principio, tenemos que ubicar a Kelsen dentro de los modelos de Teorías Descriptivas, las cuales entre otras características tienen las siguientes:

* Postulan una falta de compromiso valorativo.
* Enfatizan los hechos.
* Poseen un concepto de la verdad como adecuación mente-realidad.

De esto se puede deducir que la tesis básica del positivismo considera que:

Es posible hablar del Derecho y de normas sin tomar en cuenta un juicio moral y que no hay norma jurídica que no haya sido creada por una autoridad humana.

72

Desde el punto de vista sistemático, Kelsen parece ser Kantiano en la medida en que intenta encontrar un término medio entre la teoría empírica del Derecho y la doctrina del Derecho natural. De esta misma manera, Kant había buscado un término medio entre el empirismo escéptico y el racionalismo dogmático.

La teoría pura del Derecho hace referencia a la filosofía del Derecho positivo en general; la “pureza” a la que se refiere Hans Kelsen, consiste en despojar el estudio del derecho de cuestiones ajenas de lo precisamente determinado como jurídico. Aspira a una ciencia jurídica que pueda alcanzar una autosuficiencia teórica y, como tal, que sea capaz de otorgar explicaciones a la naturaleza misma del Derecho sin recurrir a explicaciones políticas o morales. Lo anterior, se debe a que Kelsen consideraba que la pureza en el estudio del derecho generaría la estabilidad conceptual necesaria para que las explicaciones otorgadas sean tomadas como algo más que discursos parciales, toda vez que según el autor en comento:

*“…la jurisprudencia se ha confundido con la psicología y la sociología, con la ética y la teoría política… Cuando la Teoría pura del derecho emprende la tarea de delimitar el conocimiento del derecho frente a esas disciplinas, no lo hace, por ignorancia o rechazo de la relación (con el derecho), sino porque busca evitar un sincretismo metódico que oscurece la esencia de la ciencia jurídica y borra los límites que le traza la naturaleza de su objeto”* [[1]](#footnote-1).

Por otra parte, Manuel Atienza considera que para llegar al objetivo de ciencia que Kelsen proponía, sería preciso separar las normas de los hechos y, por tanto, la ciencia jurídica, como ciencia normativa, de las ciencias de hechos o ciencias empíricas. Aunado a lo anterior, y en segundo lugar, sería necesario distinguir el Derecho de la moral y la ciencia jurídica, de la ética.

También da las siguientes características de la ciencia jurídica propugnada por Kelsen:

* Normativa: porque describe normas y lo hace mediante juicios imputativos de “deber ser”
* Axiológicamente neutral: porque se limita a explicar el derecho positivo, el derecho válido, sin valorarlo, no porque no se pueda según Kelsen ser valorado como justo o injusto, ni como bueno ni malo, sino porque esa función no le corresponde al científico del Derecho sino en todo caso al filósofo del Derecho.
* Autónoma: porque se separa tanto de las ciencias causal-sociales como de las ciencias naturales y de la ética.

Kelsen distingue el “ser” del “deber”. El acto de voluntad es el ser y el Derecho, por su carácter normativo, es orden de la conducta, del deber ser; lo que permite diferenciarlo de la moral es la nota de coactividad.

Señala que existe un principio, llamado principio de retribución, según el cual determinado comportamiento humano tiene una respuesta consistente en una recompensa o una sanción (aunque las palabras premio y pena pueden ser utilizadas conjuntamente como sanción). Establece que la coacción o los actos de coacción son establecidos por el orden normativo como sanción o reacción contra determinada conducta humana.

Realiza la distinción que existe entre la eficacia de un orden y lo que él llama un orden eficaz y comenta en su libro titulado “Teoría Pura del Derecho”, que: *La eficacia de un orden radica en que un orden que estatuye premios o penas sólo es eficaz cuando la conducta condicionante de la sanción es producida por el deseo del premio o por su temor a la pena, ejemplo: Cuando realizamos actos contractuales, cumplimos nuestras obligaciones por temor a ser demandados y coaccionados jurídicamente a cumplirlas, así como también cumplimos, por la finalidad de obtener el beneficio de una contraprestación*.

El orden eficaz se distingue porque el comportamiento humano corresponde, a grandes trazos y en términos generales, a ese orden, sin atender cuáles hayan sido los motivos que fueron su causa. Ejemplo: Una persona (sana mentalmente) no va cuidándose, cuando sale de su casa, de no matar a nadie, sólo porque lo ordene una norma jurídica, sino que, en este caso, el comportamiento humano (de no matar sin razón alguna) se ajusta o corresponde a la norma jurídica de manera natural.

En cuanto a la validez de una norma Kelsen afirma que: el hecho de decir que una norma vale, es distinto a afirmar que ella es aplicada y obedecida en los hechos; por lo que resuelve que una norma jurídica solo puede ser considerada como objetivamente válida cuando el comportamiento humano que ella regula se le adecúa en los hechos, por lo menos hasta cierto grado; es decir, que una norma que no alcanza cierto grado de eficacia, no es considerada como una norma jurídicamente válida y que por lo mismo la eficacia es una condición de la validez.

Para Kelsen el valor se puede dividir en: valor en sentido subjetivo, el cual es consistente en la relación de un objeto con el deseo o la voluntad de un hombre y puede tener diversos grados, dado que el deseo de voluntad de un hombre es capaz de tener diversos grados de intensidad; mientras que por otro lado estaría el valor en sentido objetivo, en el cual no es posible esta graduación, toda vez que la conducta puede corresponder o no a una norma objetivamente válida, puede contradecirla o no contradecirla, pero no contradecirla en más o en menos.

Ejemplo de valor en sentido subjetivo: Cuando un hombre entrega una donación a un indigente, puede ser que dependiendo del deseo o voluntad que el hombre tenga, realice una donación de $1 o de $100.

Ejemplo de valor en sentido objetivo: En una declaración de impuestos a la Hacienda Pública del Estado, por el hecho de que se tenga que declarar $1000 y únicamente se declare $900 no significa que su acción sea menos o más que si sólo se declarara $300, es decir que, no es que su acción corresponda menos a la norma, sino que no corresponde a la norma y no cumple con su obligación de declarar impuestos, establecida por el sistema normativo.

74

Cuando el autor en concreto habla de orden jurídico, nos aclara que un orden es un sistema de normas cuya unidad ha sido constituida en cuanto todas tienen el mismo fundamento de validez y que el fundamento de validez de un orden normativo es una norma fundante de la cual deriva la validez de todas las normas pertenecientes al orden; es decir que la norma fundamental de que habla Kelsen es la base y pilar clave de todas las demás normas que se desprenden de ella.

En los sistemas sociales regidos por el Derecho hay una constante: Son órdenes que reaccionan con un acto coactivo, lo cual no significa que en todos los casos, su ejecución involucre el empleo de la fuerza física; toda vez que existen distintos medios de eficacia en todo sistema social, es el caso de la coacción psíquica - utilizada mayormente en los sistemas religiosos o comunidades con organización social cerrada o tribal, ejemplo: La obligación de otorgar el diezmo, de confesar tus pecados al sacerdote o de asistir a misa.

La seguridad colectiva logra su mayor grado cuando el orden jurídico instaura, con ese fin, tribunales con jurisdicción obligatoria y órganos centrales de ejecución, los cuales poseen medios de coacción necesarios; esto quiere decir que, según Kelsen, cuando el orden jurídico determina las condiciones bajo las cuales debe seguirse el recurso de fuerza y determina los individuos que la utilicen, se logra establecer el monopolio de la coacción. En cuanto hay monopolio de coacción se pacifica a la comunidad, ya que se elimina la amenaza de fuerza, por lo que se podría decir que, según los fundamentos de Kelsen, el Derecho es un orden de coacción que genera un sistema de seguridad y un orden de paz.

Algo muy importante que se debe resaltar es que el monopolio de coacción que genera la pacificación de la comunidad jurídica sólo surge en una etapa superior de evolución del Derecho.

En cuanto nos hacemos la pregunta de: ¿Cuál es el fundamento de validez de un orden jurídico?, Kelsen responde que la constitución es el fundamento de validez de un orden jurídico y un fundamento de orden coactivo eficaz; pero ¿Qué sucede si el orden jurídico es determinado injusto? Para Kelsen un orden jurídico puede ser juzgado como injusto según determinada pauta de justicia, pero el hecho de que el contenido de un orden coactivo eficaz sea juzgado como injusto, no constituye en todo caso fundamento para no aceptar ese orden coactivo como un orden jurídico; es decir, el orden jurídico puede ser injusto pero no significa que deba dejar de ser considerado como orden jurídico.

**IV. Crítica**

En principio, sería difícil el considerar el estudio del Derecho o a la ciencia del Derecho de forma pura o como un elemento meramente neutral o completamente autónomo de las diferentes ciencias o disciplinas, sino que muy al contrario, actualmente el jurista se ha especializado en algunas ramas del Derecho que están en constante relación con las demás ciencias no jurídicas.

Posteriormente, también ocasiona confusión a la necesidad de Kelsen de construir una ciencia Jurídica puramente descriptiva y, al mismo tiempo, la de pretender que su teoría sea racionalista con respecto a la dogmática Jurídica continental, siendo esta última una actividad prescriptiva-normativa; por lo que a palabras de Manuel Atienza, *“los dos objetivos que trata de cubrir Kelsen son incompatibles entre sí”[[2]](#footnote-2)*.

Otro problema que se deja ver en la teoría de Kelsen radica en la fundamentación que se le da al *Grundnorm* o norma básica, una vez que, según Kelsen, una norma es válida si puede hacerse derivar de otra norma que se considere a su vez válida; esto se repetiría sucesivamente en forma secuenciada al infinito, pero si a la inversa, intentáramos encontrar la validez de origen de la primera norma, cuya validez no puede derivarse de otra superior, esa a la que Kelsen llama norma fundamental o norma básica; tendríamos la obligación de interrogarnos ¿Cuál es la fundamentación de esta última norma?

Para responder a esta pregunta, Kelsen dice que la norma fundante o también llamada norma fundamental, únicamente exige una aceptación hipotética y relativa (supuesta), es decir, que la existencia, y en cierta forma, la “validez” de la norma fundamental requiere de una justificación distinta a las normas derivadas; por lo que Kelsen cambia la justificación de existencia de origen y la sustenta hacía el llamado principio de eficacia.

En este sentido, la norma solo es supuesta si el orden jurídico creado conforme a la primera constitución es, en cierta medida, eficaz; a lo que Hart abiertamente señala que *“puede ser seriamente equívoco”[[3]](#footnote-3)* el que la *regla última de reconocimiento* (la que le otorga validez a todas las demás: “norma fundamental”) se considere como una regla cuya validez no puede ser demostrada, sino que “se da por admitida”, es “postulada” o es una “hipótesis”.

Finalmente, las críticas más agudas contra el positivismo de Kelsen parecen coincidir al analizar que la norma fundamental no parece preservar ese carácter axiológico- neutral y no empírico de la ciencia jurídica postulada por Kelsen, así como, se reprocha por los detractores de la “Teoría Pura del Derecho”, que las nociones de validez y eficacia (cuya separación es una de las premisas fundamentales de la ciencia jurídica Kelseniana) aparezcan mezcladas en la norma fundamental.

**V. Fuentes de consulta**

Bibliografía

KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho.* Traducción de Roberto J. Vernengo. Porrúa, México, 2007.

STANLEY L. Paulson. *Fundamentación crítica de la doctrina de Hans Kelsen.* Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2000.

ALADÁR Métall, Rudolf, *Hans Kelsen vida y obra,* Trad. de Javier Esquivel*,* México, UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1976.

ATIENZA, Manuel. *Introducción al Derecho,* Editorial Barcanova*.* Barcelona, España, 2007.

HART, H.L.A. *El concepto de Derecho*. Editorial Abeledo-Perrot, Argentina, 1961.

Sitios de internet

Moreno, Francisco, “*Hans Kelsen y las impurezas de su teoría pura del derecho*”, Liberalismo, Madrid, España, enero 2001, *http://www.liberalismo.org/articulo/396/254/hans/kelsen/impurezas/teoria/pura/,* consulta: 22/04/16.

Ruiza, Miguel, *“Hans Kelsen”, Biografías y Vidas,* Barcelona, España, 2004*, http://www.biografiasyvidas.com/biografia/k/kelsen.htm,* consulta: 22/04/16.

**Nota del editor:** Los sitios se verificaron en la fecha que se indica con fines de actualización.

1. KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho.* Traducción de Roberto J. Vernengo, México, Edit. Porrúa, 2007. [↑](#footnote-ref-1)
2. ATIENZA, Manuel. *Introducción al Derecho,* Editorial Barcanova*.* Barcelona, España, 2007. [↑](#footnote-ref-2)
3. HART, H.L.A. *El concepto de Derecho*. Editorial Abeledo-Perrot, Argentina, 1961. p. 117.

   76 [↑](#footnote-ref-3)