

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO

KELSEN O LA PURA TEORIA DEL DERECHO

Por

RAUL GOMEZ QUINTERO

Tesis de Grado presentada para optar
al título de Doctor en Derecho y
Ciencias Sociales

Pasto, Diciembre de 1976

10312

"LA FACULTAD NO SE HACE RESPONSABLE
DE LAS OPINIONES EMITIDAS EN LA TE-
SIS, LAS CUALES DEBEN CONSIDERARSE
COMO PROPIAS DEL AUTOR".

ARTICULO 70 DEL REGLAMENTO INTERNO
DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIEN -
CIAS SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE
NARIÑO

AN
T
D340.1
G633
G.1

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
DEPARTAMENTO DE BIBLIOTECAS

10312

PAIS COLOMBIA

No. [REDACTED] Pi. 1

Valor \$1200 = Vol.

Fecha I-24-77 Don. X

Fact. [REDACTED] Canje

1977-78 autor Enop.

DEDICATORIA

ESTE TRABAJO LO DEDICO A TODOS LOS QUE HAN SIDO MIS ALUMNOS EN LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE NARIÑO, CON LA CONFIANZA DE QUE PUE DA SERLES UTIL EN ALGUNA OCASION.

El autor

DEPARTAMENTO DE BIBLIOTECAS
UNIVERSIDAD DE NARIÑO

S U M A R I O

	Pág.
ACERCAMIENTO AL TEMA	1
1.- CRITICA A UNA TEORIA 'PURA'	3
2.- ACERCA DE LA DEFINICION DEL DERECHO	9
3.- LA CONCEPCION IDEOLOGICA DE LA IDEOLOGIA Y DEL - DERECHO	16
4.- LA 'CIENTIFICIDAD' DE LA TEORIA PURA DEL DERECHO.	24
APRECIACIONES FINALES	30
BIBLIOGRAFIA	32

A C E R C A M I E N T O A L T E M A

Desde que inicié mis estudios de Derecho he tenido que ver con - Hans Kelsen, como con uno de aquellos autores a los que siempre debe - hacerse referencia. Su estilo claro, su dicción jurídica profunda y sencilla a la vez, su estructura teórica lógicamente planteada y en fin, su positivismo, colmaron mis primeras ambiciones filosófico-jurídicas.

Por otra parte, la religiosidad con que mis profesores hablaban de sus teorías o como las adoptaban, me hizo pensar poco a poco en la necesidad de la desconfianza teórica y en la profundización de perspectivas científicas del estudio del derecho. Fue así como descubrí que la arquitectura -la asombrosa arquitectura- jurídica de la Teoría Pura del - Derecho estaba más respaldada en formas eurítmicas, elegantes y atrevidas, que en cimientos profundos, resistentes a los embates propios de - estas edificaciones.

Descubrí prontamente que la grandiosidad de la teoría kelseniana - estriba en la estructuración lógico-formalista del Derecho, fundada en un positivismo acrítico; que la 'pureza' de su teoría sólo puede entenderse enmarcada en una concepción metafísica del conocimiento; que el - derecho es considerado tan solo como una ideología; que la 'ciencia' del derecho debe apuntar a la mera descripción de las normas y en fin, que - debe deshecharse todo elemento que está impregnado de factores sociológicos, psicológicos, políticos, económicos o filosóficos, so pena de caer en apreciaciones metafísicas del derecho.

1º. CRITICA A UNA TEORIA 'PURA'.

La Teoría Pura del Derecho es una teoría del derecho positivo, del derecho positivo en general y no de un derecho particular. Es una Teoría General del Derecho y no una interpretación de tal o cual orden jurídico, nacional o internacional.

Quiere mantenerse como teoría y limitarse a conocer única y exclusivamente su objeto. - Procura determinar qué es y cómo se forma el Derecho, sin preguntarse cómo debería ser o cómo debería formarse. Es una ciencia del Derecho y no una política jurídica.

Al calificarse como Teoría Pura, indica que entiendo constituir una ciencia que tenga - por único objeto al Derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición (1).

La teoría pura del derecho fue inicialmente propuesta por Kelsen en un estudio sobre derecho internacional, intitulado "Contribución a una teoría pura del derecho" (publicado en 1923) y desarrollada a cabalidad en su obra la "Teoría Pura del Derecho", publicada en Ginebra de 1934. - Es a partir de esta última desde cuando se ha formado la "escuela" kelseniana, la cual al decir del mismo Kelsen, "solamente lo es en el sentido de que cada uno de sus miembros trata de aprender de los otros sin renunciar a su individualidad propia" (2).

(1) Teoría Pura del Derecho.- Hans Kelsen. Eudeba, Buenos Aires, 1973.- Ila. Edic., pg. 15.

(2) Ibidem, pg. 10.

Es importante puntualizar los supuestos filosóficos de los que parte la Teoría Pura. Fundamentalmente son el positivismo del siglo XIX (Augusto Conte, Max Weber) y la filosofía kantiana interpretada por la Escuela de Marburgo (Federico Alberto Lange, Hermann Cohen).

La concepción positivista del siglo pasado tuvo dos vertientes importantes; el positivismo filosófico y el de las ciencias particulares. El primero se interesa, más que por las ciencias particulares por el sistema de las mismas, por la graduación, la jerarquía, el orden, las interacciones y el sentido de aquellas para la cultura (Augusto Conte). El segundo, abandona todo intento de valoración de los resultados y la búsqueda de conexión entre el "conocer" y el "vivir". Sostienen (Max Weber) que la ciencia sólo sirve a la ciencia, que ésta es autónoma y libre de valoración.

La línea seguida por Kelsen es esta segunda, aplicada al derecho. El positivismo jurídico abandona la idea de la fundamentación de un orden legal; su interés está centrado en la realidad de su existencia, en su efectividad y en su validez.

El neokantismo que surgió como oposición al hegelianismo y al positivismo de tipo materialista de finales del siglo pasado, echó mano del idealismo crítico* y del formalismo ético** kantianos para aplicarlos al

* Idealismo crítico o trascendental: "Trascendental es todo conocimiento que se ocupa, no tanto de los objetos, como de nuestro modo de conocerlos en tanto que éste debe ser posible a priori" (Crítica de la Razón Pura.- Immanuel Kant, Edit. Losada, Buenos Aires, 1967, pg. 163).

** Formalismo ético: Consideración según la cual la ley moral es la ley general del hombre en cuanto ser racional. El hombre, por la autonomía de su voluntad, crea leyes morales y se convierte en fin de sí mismo. La ley moral se expresa por medio de imperativos categóricos, adoptando formas lógicas, tales como: "obra de modo que trates siempre a la huma-

conocimiento científico y a los problemas sociales.

Estas dos corrientes de pensamiento aunque opuestas desde su origen, hallan puntos de convergencia. Los neokantianos argumentan contra el positivismo que los juicios empíricos no tienen validez universal (sólo la tienen los analíticos), y que sin supuestos a priori no es posible juicio alguno sobre la realidad (ya que las condiciones de la posibilidad de la experiencia son aquellas que hacen posible los objetos). Pero estas objeciones se tornan a favor del positivismo en tanto éste pretende plantear algo seguro y determinado de los elementos "apriorísticos" de los juicios empíricos, y en tanto debe manejarlos como si fuesen realidades.

Kelsen adopta el apelativo de su teoría jurídica (pura), fundado en la teoría epistemológica kantiana. Si bien este último entiende por Crítica de la Razón Pura, "no una crítica de libros y de sistemas, sino la de la propia facultad de la razón en general, considerada en todos los conocimientos que puede alcanzar sin valerse de la experiencia, la determinación de sus fuentes, su extensión y sus límites, y siempre según principios" (3) -apuntando la 'pureza' al conocimiento exclusivamente racional-, esto no obsta para que Kelsen le acredite un contenido similar a su teoría jurídica: la Teoría Pura debe tener por único objeto al Derecho e ignorar todo lo que no responda estrictamente a su definición.

nidad, tanto en tu propia persona como en la de otro, como un fin, nunca como un medio" (Fundamentación de la metafísica de las costumbres, I. Kant).

- (3) Crítica de la Razón Pura.- Immanuel Kant, pg. 123. Conocimiento Puro es aquel que no se halla mezclado con nada extraño, cuando no contiene nada empírico o sensible y por tanto es completamente posible a priori.

Lo que explica en el fondo la 'pureza' de la teoría jurídica kelseniana es su posición epistemológica, y como tal debe ser tratada. Considera nuestro autor que la objetividad del conocimiento tan solo se puede dar haciendo caso omiso de todas las formas ideológicas de que está revestido el hombre, y de las múltiples y complejas relaciones en que se encuentran las cosas u objetos de conocimiento. Su ideal gnoseológico es la virginidad, la singularidad y la uniformidad. Supone Kelsen que el proceso del conocimiento está fincado en la separación y/o deshechamiento (racional) de lo verdadero y lo erróneo, antes del mismo conocimiento. A priori (tal como exige Kant para llegar al conocimiento) deshecha una serie de elementos que considera ideológicos porque ellos empañan el conocimiento "científico" con formas empíricas o sensibles.

Por otra parte, el positivismo que dice defender Kelsen y del cual cree partir, está nublado de ideología y está insuflado por un idealismo trascendental. En efecto, considera Kelsen, con muy poca fortuna, que el único objeto de la ciencia del derecho es el derecho positivo, aceptando o deshechando de inmediato lo que cabe o nó en su definición. A Kelsen le cabe la crítica que hiciera Hegel a Kant, precisamente respecto a su teoría del conocimiento: "la investigación del conocimiento no puede tener lugar de otro modo que conociendo; tratándose de este supuesto instrumento, investigarlo no significa otra cosa que conocerlo. Mas querer conocer antes de conocer es tan absurdo como aquel prudente propósito del escolástico que quería aprender a nadar antes de aventurarse en el agua" (4).

(4) Citado por Johannes Hossen en Teoría del Conocimiento, Edit. Espasa-Calpe, Madrid, 12a. Edic., 1970, pg. 47.

El peso de la concepción gnoscológica kantiana es mayor que la materialidad de los positivistas; el híbrido teórico que implica su posición, le permite transponer lo que su maestro Kant planteaba al respecto del examen del instrumento del conocer (o sea la crítica de la Razón Pura), al plano de la positividad jurídica (del derecho constituido y válido). La realidad jurídica, de acuerdo con la transposición teórica, es interpretada solamente a partir del elemento Razón (entendido a la manera kantiana), aislado de elementos experimentales o sensibles; en otros términos, el derecho debe ser considerado "como es", sin atenderse a su conformación, a lo que pudiera ser, a lo que debiera ser, a su origen, ni a su desarrollo; al igual que la Razón de Kant, como instrumento del conocer, debe ser analizada en sí, ajeno a todo elemento empírico.

Por ello, podemos afirmar sin temor que la 'pureza' que Kant exigiera para el estudio de la Razón, Kelsen la exige a su objeto de conocimiento.

Igualmente podemos afirmar que su "positivismo" no se reduce a otra cosa que a la aceptación de la existencia de la realidad, susceptible de ser conocida solo por la Razón en tanto ella sola logra captar en formas lógicas la composición jerarquizada de la realidad jurídica (sistema de normas, dependientes unas de otras).

La epistemología Kelseniana es angélica e ingenua. Su posición metafísica le hace ver la realidad jurídica como inmutable, pese a que aquella se hubiere constituido en algún momento; su positivismo le obliga a entenderla tan solo en su efectividad y validez; su formalismo lo lleva a

explicarla a partir de las formas lógicas; su monismo filosófico lo conduce a captar el objeto jurídico como simple, aislado y libre de determinaciones.

Por ello, Kelsen no se percate de que los fenómenos jurídicos y sociales no adquieren sentido y justificación teórica más que en la historia de las sociedades y de las ciencias; y que ésta historia en ningún momento es rectilínea y uniforme sino por el contrario problemática y discontinua.

2°. ACERCA DE LA DEFINICION DEL DERECHO.

La ciencia jurídica puede brindar una doble definición del derecho, según se coloque en el punto de vista de una teoría estática o de una teoría dinámica. En el primer caso el derecho aparece como un conjunto de normas determinantes de las conductas humanas; y en el segundo, como un conjunto de conductas humanas determinadas por las normas. - La primera fórmula pone el acento sobre las normas; la segunda sobre las conductas (5).

Al definir al derecho como un orden de coacción (técnica de coacción social), queremos indicar que su función esencial es la de reglamentar el empleo de la fuerza en las relaciones entre los hombres. El derecho aparece aquí como una organización de la fuerza. El derecho fija en qué condiciones y de qué manera un individuo puede hacer uso de la fuerza con respecto a otro (6).

El positivismo metafísico kelseniano se hace más evidente en punto a la definición del derecho, objeto de la ciencia jurídica. Lo define ubicándose primeramente en el terreno del espontaneísmo gnoscológico, luego de colocarse la lente ideológica del positivismo que permite ver los hechos "tal como son", tal como se presentan. Y qué es lo que ve? Que la realidad jurídica consiste en que hay unas normas con carácter coactivo, obligatorio, que determinan el actuar de los hombres; ó lo que es lo mismo, que hay unos hombres que actúan de determinada manera porque así lo prescriben unas normas; más aún, que la obligación de cumplir estas normas estriba en que ellas mismas generan y controlan la fuerza y la posibilidad de castigo en caso de inobservancia.

(5) Teoría pura del derecho, pg. 45.

(6) Iden, pg. 74.

Observa además, que esas normas están jerarquizadas, o sea que no todas son de igual categoría. "Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad" (7). Esta norma fundamental es en un orden jurídico nacional la Constitución.

La lente del positivismo kelseniano no revela nada más; ella no puede desentrañar el contenido de dichas normas porque no le corresponde y porque el instrumento tampoco lo permite.

Esta posición, obviamente, castra la realidad social del derecho, reduciéndolo a una mera expresión normativista. Una teoría del derecho que no explica nada sino que se limita a formalizaciones lógicas, una teoría jurídica que a priori le da la espalda a la realidad social, que se ocupa de las normas como de entidades abstractas, sin origen y con fin, no puede en ningún momento jactarse de ser teoría en el orden de lo científico.

Qué son entonces las normas, si no constituyen ellas el objeto de la teoría jurídica? En dónde queda el carácter coactivo que acompaña a toda norma jurídica y que la distingue de otros enunciados normativos?

Valga traer un ejemplo como preludeo de la sustentación. En el período del amanecer filosófico una de las inquietudes fundamentales fue la de responder por el 'arjé' (principio) del mundo; y efectivamente se dice

(7) Iden, pg. 135.

ron respuestas, espontáneas, acientíficas todas ellas. Para unos era el agua, para otros el aire, para quiénes el fuego o todos estos elementos juntos; hubo quienes sostuvieron que era un espíritu (apeiron). Pero el más audaz de todos estos espontaneístas fue Anaxímenes quien consideraba al aire como el principio de todo: este elemento dispónic de la doble virtud de ser el origen del frío y del calor; por tanto, de lo húmedo y de lo seco.

Kelsen, 25 siglos después, es en lo referente al estudio del derecho, el espontaneísta más perspicaz de nuestra época y posea de científico. Al igual que Anaxímenes que no hechó mano de los dioses (ideología religiosa) ni para bien ni para mal, Kelsen se aleja de toda política, sociología o psicología (formas ideológicas), por ser ajenas y contrarias a todo conocimiento científico.

El derecho en ningún momento, ni siquiera en un instante teórico, es una formalidad ó una estructuración lógica. Es un fenómeno real, una realidad social. Como tal, es un producto de la sociedad, de la complejidad social.

"El derecho es efectivamente, una regulación de las relaciones sociales. Es una forma del ser social; mejor aún es la forma de una relación social específica... La regulación de las relaciones sociales reviste en determinadas condiciones un carácter jurídico. Las relaciones sociales sólo tienen relevancia jurídica cuando existen antagonismos económicos y políticos en la sociedad, y sobre todo cuando dicho antagonismo se torna

irreconciliable" (8).

El derecho no son las normas nomias, asi sean estas coactivas, como afirma Kelsen. Ni mucho menos la definición del derecho, se agota reduciendo el problema de las relaciones sociales de producción en que se desenvuelven los hombres a un puro formalismo.

Es la producción de bienes materiales, junto con las relaciones sociales de los hombres, la base estructural de toda sociedad. Cuando en la producción de bienes materiales la distribución es desigual y hay apropiación del producto por parte de pocos, las relaciones sociales de los hombres se tornan antagónicas. El derecho surge como la regulación de ese tipo de relaciones generadas por la sociedad y la política; no sólo se hace necesario expresar coactivamente la forma de apropiación de la riqueza, sino que también se hace necesaria la regulación del terreno de batalla y de las armas que se pueden o deben utilizar (los derechos y deberes laborales, civiles y políticos); igualmente la regulación de los antagonismos sociales para que las partes en pugna (clases sociales) no se destruyan en luchas estériles. De manera tal que la votación de una ley en un parlamento no es más que una expresión de relaciones sociales. Pero para Kelsen, lo fundamental del derecho es el estudio de esa ley positiva votada por un parlamento, sin importarle los motivos y las causas que llevaron a ello. Por esto, según Kelsen todas las normas jurídicas ó leyes, son en sentido jurídico, formalmente iguales porque todas deben sufrir un proceso de creación y todas regulan conductas.

(8) La Pretensión epistemológica del derecho. - Raúl G6nez Quintero. Conferencias mimeografiadas, Universidad de Nariño, Facultad de Derecho, Pasto, 1976, pg. 3.

Acercas de la definición del Derecho.

Apartándonos de Kelsen, el derecho objetivamente considerado solo puede ser definido en relación con estructuras económicas (en tanto tiene a ésta como instancia última), con estructuras sociales (en cuanto toda sociedad mantiene antagonismos de clase) y con las formas políticas (siendo estas la expresión de las anteriores).

Ahora bien, el carácter coactivo que tienen las normas jurídicas no es intrínseco a ellas, ni tampoco es generado por ellas. Esta aseveración es esencialmente idealista de tipo hegeliano. La obligatoriedad es externa en tanto es mantenida, defendida y administrada por una institución: el aparato estatal. Si un individuo transgrede una norma (roba o asalta un banco), no es la norma, por más enérgica y categórica que sea, la que lo va a castigar. La pena es impuesta por el Estado a través de sus servidores (los jueces, la policía, etc). Más aún, hay infinidad de delitos que no son penados bien por la ineficacia del aparato jurisdiccional ó por las conveniencias y particularidades de los delincuentes (cuando son los mismos administradores de la justicia o los detentadores del poder político o económico).

El derecho requiere por tanto de un complemento que lo hace obligatorio, cual es el aparato estatal. Sin éste, aquel carecería de coacción y se confundiría con la moral.

Kelsen sostiene a propósito del derecho y el Estado que existe entre ellos una identidad: "El Estado es un orden coactivo, un orden que regula la conducta de los hombres" (9). "El Estado es un contenido intelectual,

(9) Teoría pura del derecho, pág. 189

un orden ideal, la ideología". Esta concepción monista es equivocada. El Estado y el derecho son fenómenos, existentes no solo intelectualmente ni solo como ideologías. Lo que sucede es que entre los dos existen relaciones dialécticas: conforman una unidad. La unidad jurídico-estatal, apta para mantener una sociedad dentro de sus propios límites a través de la norma y la fuerza.

Querer asimilar como lo hace Kelsen, el Estado al derecho, equivale a afirmar que todo Estado es un Estado de derecho, ó sea que sólo se rige por sus normas positivas, aseveración esta última completamente descabellada. Baste un ejemplo: el aparato militar que es una parte del Estado (su columna vertebral), en múltiples ocasiones hace caso omiso del derecho de los ciudadanos a algunas libertades públicas y contraría el mismo derecho positivo. O es que cuando se actúa así, se está creando o manteniendo simultáneamente otro 'derecho'? No. Es que todos los Estados no son de derecho, ni esta relación es absoluta. Tanto el derecho como el Estado tienen movimiento, y no siempre se identifican, aunque la identificación sea su tendencia (10).

(10) "Lo normal, es un concepto eminentemente dinámico y polémico. "Normar", "reglar", significa la calificación negativa del comportamiento o fenómeno que no está incluido en su extensión, aunque sí en su comprensión; así, el concepto de "moral" califica negativamente a lo que se escapa de su ámbito, como lo inmoral, lo pecaminoso, lo deshonesto, etc.

La norma al referir lo real a valores discrimina las cualidades en torno a la polaridad positivo-negativo.

Es precisamente debido a ese factor discriminatorio por lo que podemos afirmar que es la infracción a la regla la que le da la oportunidad de ser regla, en tanto corrige. En forma tal que la infracción

Para resumir, baste afirmar que la teoría del derecho no puede considerarse a éste más que como la regulación de las relaciones sociales, garantizada coactivamente por el aparato estatal, y cuya especificidad consiste en la contradicción existente entre las clases sociales en punto a la producción, distribución y apropiación desigual de los bienes materiales. Y este punto de vista dialéctico y materialista es bien contrario al formal-positivista de Kelsen.

no es el origen de la regla pero si lo es de la regulación. La génesis de la regularidad es precisamente la irregularidad; las excepciones confirman la regla.

La regla o norma no tiene sentido alguno estando sola o permaneciendo intacta; su sentido lo adquiere a partir de la posibilidad de referencia... " La problemática de la normatividad en la articulación de las ciencias sociales, Raúl Gómez Quintero. Conferencias mimeografiadas, Universidad de Nariño, Departamento de Filosofía, Pasto, 1976.

3º. LA CONCEPCION IDEOLOGICA DE LA IDEOLOGIA Y DEL DERECHO

La ideología encubre la realidad, sea transfigurándola para defenderla y asegurar su conservación, sea desfigurándola para atacarla, destruirla y reemplazarla por otra. Todas las ideologías emanan de la voluntad, no del conocimiento. Su existencia está ligada a intereses o más exactamente, a intereses diversos del de la verdad, cualquiera sea, por otra parte, su importancia o su valor. Pero el conocimiento concluirá siempre por desgarrar los velos con los cuales la voluntad envuelve las cosas (11).

La Teoría Pura del Derecho rehusa en particular favorecer cualquier interés político suministrándole ideologías que le permitan justificar o criticar tal o cual orden social (12).

Considerado en cuanto al fin, el derecho aparece como un método que permite inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada. El aspecto característico de este método consiste en sancionar con un acto coactivo la conducta contraria a la deseada. El autor de una norma jurídica supone evidentemente que los hombres cuya conducta es así regulada considerarán tales actos de coacción como un mal y se esforzarán por evitarlos. Su meta es pues, encauzarlos hacia una conducta determinada, amenazándolos con un mal en caso de una conducta contraria, y es por la presión que así ejerce sobre ellos como obtiene lo que desea (13).

El problema de la ideología, según Kelsen, es un problema epistemológico secundario que puede resolverse fácilmente. Su punto de partida es -

(11) Teoría pura del derecho. - pg. 64.

(12) Idem, pg. 65.

(13) Idem, pg. 72 (Los subrayados son míos).

la consideración metafísica de la relación realidad-idea, en general, y de la relación sociedad-sobreestructura política y jurídica, en punto al derecho.

Para nuestro autor la realidad objetiva se reduce tan solo a las formas materiales corporales, cuyas cualidades físicas son susceptibles de ser captadas y aprehendidas; en este sentido tan solo es realidad la naturaleza física. A este tipo de realidad corresponde el principio de la causalidad, de necesidad. Solo a ella cabe el sentido propio del término.

Existe otra realidad, la espiritual o ideal; debe ser considerada en relación con la conciencia, los valores y la moralidad. En algunas ocasiones, si no en todas, para Kelsen, ésta última realidad es la primordial.

Ahora bien, la realidad de la naturaleza y del espíritu debe entenderse como acabada, definida y reservada de antemano. No son susceptibles, por tanto, de relaciones ni de determinaciones. Más aún, considera a la realidad (en sentido propio o sea la naturaleza) como algo amorfo y pasivo; mientras que el espíritu es creador y activo.

Así las cosas, la ideología se entiende no el orden del conocimiento sino en la pretensión subjetiva de los intereses humanos, en el desdoblamiento erróneo del mundo; en otros términos, en la voluntad. La ideología encubre la realidad bien sea desfigurándola o transfigurándola, para defenderla, destruirla o reemplazarla.

Puesto que Kelsen parte de una concepción contemplativa del conocimiento (teoría según la cual el conocimiento es una forma especial de la visión), la ideología la reduce a un voluntarismo de tipo psicológico. A esta concepción del conocimiento corresponde una concepción de lo real como espectáculo, como pasividad.

Como la ideología es algo estático y pasivamente contrario a lo verdadero, por ello es encubridora, deformante, falsadora de la realidad. El carácter imaginario deformante de la realidad abonado por la ideología implica la afirmación de que el funcionamiento ideológico se urde en los mecanismos propios de la subjetividad.

Con esa concepción reduccionista de la ideología Kelsen no logra dar respuesta acertada a la relación realidad-idea. Por ello, nuestro autor, que trata de evadirse de posiciones metafísicas, cae con frecuencia en dualismos propios de aquellas: realidad-idea, sociedad-naturaleza, estructura-sobreestructura. Kelsen es incapaz de explicar la actividad del hombre en tanto realidad, y la reduce al plano de la ideología. En tanto la naturaleza sea considerada pasiva y en tanto se pretenda reducir la realidad a la naturaleza, no se podrá explicar objetivamente ni lo real, ni lo ideológico y se quedará preso del dualismo, ese si ideológico, de lo real pasivamente opuesto a lo ideal.

Además, es falsa la afirmación de que todas las ideologías emanan de la voluntad y no del conocimiento. Es que todos los conocimientos, todas las posturas y teorías del conocer presentadas en el curso de la historia han sido científicas? No, en manera alguna. Baste traer a colación la -

teoría del conocimiento propuesta por Kant, presentada como la única posible de lograr el conocimiento científico. Y lo fué por el hecho de la simple presentación? No. Por el contrario su teoría es tan metafísica, tan ligada al escepticismo que en ningún momento puede ser considerada como científica. Lo que nos enseña, por el contrario, toda la historia del pensamiento, es que muchas teorías y planteamientos ideológicos posan de científicos y se hacen pasar por tales.

Kelsen, por otra parte en su afán reduccionista y simplista, no se percata de que existen formas esencialmente ideológicas, cuya sola existencia y presencia sustentan una ideología; ni de que existen fenómenos que siendo reales, no ideológicos, son susceptibles de ser utilizados en forma ideológica; ni tampoco, de que la interpretación de los fenómenos o de la realidad se puede hacer desde un punto de vista científico o ideológico. Valga como ejemplo de lo primero, o sea de fenómenos esencialmente ideológicos, la religión; "la ideología religiosa se dirige precisamente a los individuos para transformarlos en sujetos" (14). El individuo - siendo en la realidad un soporte portador de relaciones sociales, se convierte, en lo imaginario, en principio autónomo de determinación. La interpelación-constitución de los individuos en sujetos tienen como condición la existencia de otro sujeto, en el nombre del cual la ideología religiosa interpela a todos los individuos en sujetos (15).

- (14) Ideología y Aparatos Ideológicos de Estado.- Louis Althusser, Edit. Oveja Negra, Medellín, 1974, pg. 70.
- (15) Crítica a la teoría de Althusser sobre la ideología.- Emilio de Ipo la, Revista "Uno en dos", Edit. La Pulga, Medellín, Julio 1975, No. 5, pg. 12.

La religión transpone a los hombres de la realidad en que viven a la ideología y la imaginación, sin necesidad de justificar dicha transposición, o simplemente justificándose por sí misma.

De lo segundo, es decir de los fenómenos reales utilizados ideológicamente podemos presentar, entre una infinidad, el deporte y el esparcimiento. Incluso los dirigentes romanos lo habían previsto y lo entendían: "panem et circensis".

De lo tercero, la interpretación de los fenómenos, bien cabe la versión ideológica del derecho defendida por Kelsen, y que tratamos de desenmascarar.

Por tanto, lo ideológico no se reduce a un mero voluntarismo, sino - que tiene relación con la apropiación, utilización y elaboración de categorías reveladoras de la realidad.

Respecto al derecho, para Kelsen la noción de ideología tiene dos - significaciones fundamentales: una positiva, si aquel se entiende como - "la conciencia en general", en tanto es una realidad espiritual, se opone a la naturaleza y está traducida en el derecho positivo. Otra negativa, en el sentido de considerar al derecho como el ideal de justicia, trascen - dente al derecho positivo; en otros términos, como derecho natural.

Es el derecho una realidad o una ideología? En todo hecho jurídico -dice nuestro autor- trátase de ley, sentencia de tribunal, contrato o delito, hay dos elementos: un acto moral y físico perceptible por los -

sentidos que sucede en un espacio y un tiempo; es fundamentalmente una - conducta humana; y un sentido o contenido moral introducido por ese acto.

Si se entiende por ideología simplemente algo moral, entonces el de recho en cuanto acto, es una realidad; pero en cuanto contenido moral es una ideología. Los actos (morales y físicos) por los que se manifiesta el derecho sólo pueden producirse en el terreno de la naturaleza. La - autonomía específica del derecho se ubica en el terreno de lo espiritual. Los motivos síquicos de los que realizan estos actos no interesan al de- recho. Solamente el contenido inmanente de las normas que se desprenden de esos actos. Por esto la consideración y aceptación como "jurídico" - al acto que cumple o crea una norma jurídica. De aquí su planteamiento de que el derecho se reduce a las normas positivas y su conclusión de - que el derecho no es más que una ideología.

Pero no hay nada más apresurado y simplista que la consideración del derecho como mera ideología. "El derecho es un fenómeno social tan obje- tivo como lo es el comercio o el intercambio de mercancías. Uno y otros generan una conciencia y una forma de ver las cosas o de explicarlas. El derecho no es ideológico por sí mismo, como tampoco es científica la na- turaleza por sí misma. No es la existencia del derecho lo que lo hace - ideológico sino su estudio, su tratamiento y su aplicación.... Lo inne- gable es la existencia de una ideología jurídica creada por la ciencia del hombre en tanto el derecho se le presenta en su experiencia psicoló- gica bajo la forma de reglas, normas generales o principios de obligato- rio cumplimiento para efectos de salvaguardar la sociedad".

"Un ejemplo nos podría ayudar al efecto: cuando en la superestructura jurídica de la formación social colombiana se estatuye que "se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título.... los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores" (artículo 30 Constitución Nacional), o cuando en la formación social china se estatuye que "en la República Popular China existen principalmente, en la etapa actual, dos tipos de propiedad sobre los medios de producción: - propiedad socialista de todo el pueblo y propiedad colectiva socialista - de las masas trabajadoras" (artículo 5 Constitución Nacional), no se están encubriendo un tipo de relaciones sociales sino por el contrario manifestando y defendiendo por la fuerza ese tipo específico de relaciones. Ahora bien, la ideología jurídica que se levanta en base a ello por parte de los intérpretes (magistrados, doctrinantes, abogados), o de los defensores (jueces, policía, gobierno), o por la conciencia que se forman los individuos, es lo que falsea y oculta esa realidad, bien sea al defender el status como a algo impercedero, único, bueno y justo o bien echando mano de justificaciones religiosas, filosóficas o de fuerza. En nuestro ejemplo, defendiendo la propiedad privada como a algo natural y necesario para la naturaleza del hombre, en la doctrina, en los estrados judiciales, en la represión o en la mera conciencia" (16).

La reducción que hace Kelsen del derecho a mera ideología lo único que revela es el tratamiento ideológico que le da a la ideología, a la realidad y al derecho.

(16) La pretensión epistemológica del derecho, pg. 4-6.

4º. LA 'CIENTIFICIDAD' DE LA TEORÍA PURA DEL DERECHO.

MI finalidad ha sido... elevar la Teoría Pura del Derecho... al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales (17).

Para describir su objeto... la ciencia jurídica formula lo que llamamos reglas de derecho. En esta labor no recurre al principio de causalidad que interviene en las leyes naturales, sino a otro principio (la imputación). Una regla de derecho afirma por ejemplo: "si un individuo ha cometido un crimen, debe ser castigado" (18).

El derecho es una ciencia normativa. Que una ciencia sea calificada de normativa no significa que tenga por objeto prescribir una conducta determinada ni dictar normas aplicables a la conducta de los individuos. Su papel es solamente describir las normas y las relaciones sociales que ellas establecen. El sabio que las estudia no es una autoridad social; - solamente busca comprender los hechos y no dirigir la sociedad.

Para una ciencia normativa una sociedad es un orden normativo (moral, religioso o jurídico) constituido por un conjunto de normas (19).

Un orden jurídico extrae su validez de su norma fundamental, que es una hipótesis científica que atribuye a la primera constitución de un Estado el carácter de un sistema de normas válidas. Ahora bien, tal norma fundamental es supuesta por la ciencia del derecho solo si la constitución con la cual se relacione forma la base de un orden jurídico eficaz.

Son siempre las normas jurídicas las que forman el derecho y no la conducta efectiva de los hombres (20).

- (17) Teoría Pura del Derecho, pg. 9.
(18) Idem, pg. 17.
(19) Idem, pg. 25.
(20) Idem, pg. 53.

Un orden jurídico universal: si la ciencia del derecho atribuye un carácter jurídico tanto al orden internacional como a los órdenes nacionales inculándolos a la categoría de la norma jurídica válida, se encuentra, al igual que las ciencias de la naturaleza en la obligación de presentar su objeto como una unidad.

Por una centralización creciente desembocará (la técnica jurídica) en una comunidad jurídica organizada que se extenderá a todo el orbe y constituirá un Estado mundial; pero actualmente tal Estado no existe y puede que no exista nunca. Solamente desde un punto de vista teórico podemos hablar de un sistema jurídico único que abarque el derecho internacional y los órdenes jurídicos (21).

La teoría kelseniana del derecho tiene una gran virtud: la de pretender formular una teoría científica del mismo. Y efectivamente logra plantear una teoría pero desde un punto de vista formal, abstracto y metafísico. Primeramente Kelsen aspira a elevar la Teoría Pura del Derecho al rango de las ciencias morales; entiende por éstas, las que no están regidas por el principio de la necesidad, de la causalidad (ya que este es propio de las ciencias naturales), sino por el principio de la imputabilidad. Aquellas tienen por objeto de estudio el ser; éstas tienen como objeto de conocimiento el deber ser; aquellas se ubican en la esfera de la realidad; éstas, en la de la posibilidad.

La característica fundamental de las ciencias morales, es la normatividad; ésta puede ser de tipo moral (la ética), de tipo jurídico (el

(21) Idem, pg. 204.

SECRETARÍA DE EDUCACIÓN PÚBLICA
UNIVERSIDAD DE MEXICO

derecho), ó de tipo religioso (filosofía de la religión). Ahora bien, el objeto de estudio de toda ciencia moral ó normativa es la descripción de las normas y las relaciones establecidas por ellas; pero no es de su incumbencia la prescripción de normas ni de modelos de conductas.

Aplicados estos razonamientos al derecho, la teoría se torna científica en tanto estudia y tiene en cuenta solamente las normas positivas; pues es evidente, según Kelsen, que son las normas las que hacen el derecho y no las conductas de los hombres así se ajusten a dichas normas. Más aún, el estudio científico del derecho implica el análisis lógico-formal de las normas y no su sentido ó materialidad. Es por ello por lo que la validez de un ordenamiento jurídico se extrae de una norma de categoría superior, de una norma fundamental. Esta norma es supuesta por la ciencia del derecho y tiene la categoría de hipótesis científica. El criterio para saber de la validez de un orden jurídico es la eficacia del mismo, fundado en última instancia, en la norma fundamental.

Sobre este supuesto teórico, Kelsen imagina el paraíso jurídico-político de la constitución de un Estado mundial, de un ordenamiento jurídico único que conjugue las contradicciones del derecho internacional y de los órdenes jurídicos particulares. Finalmente, reconoce que aunque en la práctica no se ha dado y puede que no se logre, sí es factible en la teoría, ya que ello está conforme con la lógica jurídica.

Ya habíamos anotado cómo Kelsen considera al conocimiento como una teoría de la visión. Es por ello, por esta concepción reducida del conocimiento, por lo que su epistemología jurídica se revela impotente (entendido en el orden de la generación de conocimientos). La función de una ciencia normativa (y entre ellas el derecho) "es solamente describir las normas y las relaciones sociales que ella establece". Nuestro autor, que se ha propuesto darle la rigurosidad de que gozan las ciencias naturales a las ciencias morales, no se percata de que el papel de las ciencias no se reduce a "describir" los fenómenos. Si una ciencia se quedara en la mera descripción (v. gr. la física atómica reducida a describir los elementos de que se compone el átomo), habría necesidad de otra ciencia que se ocupara de la aplicación o proyección de lo descrito por la anterior (en el ejemplo, una física atómica "aplicada", "2a. parte"). Es que con su teoría contemplativa del conocimiento no puede llegar sino hasta el dualismo metafísico de la separación de la teoría y la práctica científicas, al dualismo metafísico del ser y del pensar, de la naturaleza y de la sociedad.

Como aplicación de lo anterior reduce la sociedad a "un orden normativo (moral, religioso o jurídico) constituido por un conjunto de normas". No hay nada más atrevidamente idealista e ideológico que esta reducción. Kant, su maestro, por lo menos admitía la existencia de otros fenómenos como constituyentes de una realidad social.

Por otra parte, la "ciencia" kelseniana es entendida metafísicamente, o sea ajena a todo desarrollo histórico, constituida en sí misma; es atem-

poral, ahistórica, inhumana y suprasensible. A ello se debe el ideal moral de constituir un Estado internacional, un "Estado mundial" producto ideal de la extensión de la técnica jurídica, y el cual unirá los sistemas jurídicos nacionales e internacionales. Peor aún, su "visión" científica lo lleva a sostener su posibilidad en el orden de la teoría independiente del de la realidad.

Este burdo teoricismo kelseniano es echado por tierra con una epistemología materialista del derecho. "Una teoría sobre el derecho, para que sea científica debe tener como objeto la historia y análisis de los conceptos jurídicos más generales. Implica este punto de vista, la negación o el olvido de que el derecho es un producto social y no un fenómeno psicológico? No, en manera alguna. El estudio de la historia y desarrollo de los conceptos jurídicos está indefectiblemente unido al desarrollo de la producción material, de la producción espiritual y de las relaciones sociales. Mejor aún, el contenido de cada concepto no es absoluto e invariable sino que precisamente va ligado a los intereses y valores de cada tipo social. Así por ejemplo, el concepto de sujeto es en la teoría jurídica el átomo, su elemento más simple (22); es el punto de partida de toda relación jurídica. Sin embargo, su acepción es dispar. Las teorías metafísicas del derecho consideran la categoría sujeto como una forma definitiva, acabada; más aún, la suponen o la deducen de ideas generales. Las posiciones mate-

(22) Teoría General del Derecho y el Marxismo.-- Eugeny B. Pasukanis, Edit. La Pulga, Medellín, 1976, pg. 147.

los teóricos cualitativos del derecho, desde su logro la definición
rialistas la explican buscando su verdadero contenido en el desarrollo his-
tórico, puesto que no caben formas universales sino donde se presentan las
particulares. Es así como en las relaciones sociales capitalistas la cate-
goría sujeto está más vinculada a la forma económica de la mercancía que a
formas filosóficas o morales. Al tiempo que el producto del trabajo adquie-
re las características de la mercancía y se torna portadora de valor econó-
mico, el hombre se torna sujeto jurídico abstracto e impersonal, portador
de derechos. En otros términos, la relación objeto de trabajo-proprietario
se transforma por el mercado en mercancía-sujeto jurídico, capaz este últi-
mo, de disponer de aquella por la enajenación o la apropiación. Gracias a
esta abstracción, el sujeto jurídico aparece a nuestros ojos como algo na-
tural y necesario, que se manifiesta igualmente en el poder impersonal del
Estado y de los aparatos militar y burocrático" (23).

Si bien, la definición de los conceptos implica la formulación de pro-
blemas, el señalamiento de un origen (en nuestro caso del derecho), es tam-
bién la identificación de un problema. Pero esa definición de los concep-
tos jurídicos debe ser abordada desde el punto de vista de la ciencia de la
historia, de las relaciones sociales, de la sociedad y de la producción. -
No es, ni puede ser, la historia metafísica de los conceptos jurídicos en-
tendidos como entidades meramente abstractas, como tampoco puede reducirse
al estudio de la normatividad o ni siquiera de las normas positivas, como
propone Kelsen.

(23) La Pretensión Epistemológica del Derecho, pp. 3-4.

Una teoría científica del derecho debe, además de lograr la definición de los conceptos jurídicos, ponerse como tarea la elaboración de un historia del derecho, en base a la materialidad de las relaciones sociales que expresa y de la producción material y espiritual que lo acompaña. Una historia del derecho teniendo como mira la materialidad de los conceptos jurídicos - equivale a negarse a "considerar el comienzo de esa historia y cada una de sus etapas como germen de verdad, como elemento de teoría apreciable únicamente a partir de las normas de la teoría ulterior"; equivale a "una negativa a hacer la reconstrucción de unas premisas imaginarias para no ver, en lo que nos inicia a esta historia, más que la fecundidad de una actitud o la elaboración de un problema... Partir del concepto es elegir partir de las interrogaciones para escribir la historia" (24).

El intento epistemológico kelseniano está dirigido a examinar y a fundamentar el derecho en punto a la normatividad positiva, pero olvida la importancia de un abordamiento del derecho como desarrollo histórico, y por tanto con historia; descarta el análisis y definición de los conceptos y categorías jurídicas por cuanto no se lo permite su "visión" metafísica de los fenómenos.

En síntesis, la epistemología del derecho tal como la propone Kelsen no pasa de ser una explicación ideológica (positivista y metafísica) del mismo. Pero, "la pretensión epistemológica del derecho no está en lo que falta por estudiar, sino en la consideración de que lo planteado debe entenderse como definitivo" (25).

(24) Epistemología e Historia de las Ciencias. - Louis Althusser, Edit. Bachelz, Revista Eco, Bogotá, Febrero de 1969, pg. 13.

(25) La pretensión epistemológica del Derecho, pg. 8.

A P R E C I A C I O N E S F I N A L E S

Muchas personas amigas de estas temáticas jus-filosóficas se preguntan el por qué de la vigencia de la teoría pura en la academia contemporánea. Algunas responden que se debe a la novedad del tratamiento y a la audacia de los planteamientos; otros, que se debe al carácter científico con que trata los problemas jurídicos; hay quienes sostienen que por el rescate que se hizo del derecho de las celdas de la política y la sociología; y no pocos la aceptan por sus grandes servicios a los intereses políticos de las clases dominantes, sin necesidad de ser una política jurídica.

En mi modesto concepto la Teoría Pura es la novísima expresión de una concepción metafísica -ajena a toda inquietud científica real-, vinculada a los intereses políticos dominantes de las sociedades capitalistas. No otra cosa es la dudosa e inquietante 'pureza' de su teoría. Ella (la pureza), oculta precisamente la realidad de todo orden social, del derecho y del Estado. Ella, desvirtúa las contradicciones existentes en el seno de toda sociedad, trasladándolas al orden de la ideología, de lo imaginario.

Su posición metafísica coadyuva a mantener la ideología (la falsa idea) de que el derecho pese a ser un producto social e histórico se torna suprasocial y ahistórico; más aún, a entenderlo como a un factor de unidad indispensable e insuperable.

Su posición idealista lo conduce a anteponer las formas ideales a las realidades materiales, a asignarle existencia ideal al derecho independiente de las condiciones socio-económicas y políticas en que se genera.

Su cacareada apoliticidad está desvirtuada desde su origen; precisamente su teoría, al igual que la de Kant, su maestro, cae como anillo al dedo entre las clases dominantes, curiosamente en las más retardatorias (recuérdense las tendencias fascistas que en algunas épocas de su vida - favoreció nuestro autor).

Su positivismo de tipo lógico tan solo le permite presentar al derecho desde el punto de vista formal, al igual que la 'ciencia' aristotélica del conocimiento reducía éste a las meras formas lógicas independientes de los contenidos. Por ello la lógica jurídica kelseniana pretende ser universal en tanto categoría abstracta independiente de todo orden real.

En síntesis considero que la Teoría Pura debe ser tomada en cuenta en todo estudio objetivo y científico que se haga del derecho; pero no para repetirla, ni para repetir sus errores sino para utilizarla dialécticamente. En otros términos, para saber que todo ese trayecto no debe ser recorrido de nuevo. Ese es el gran mérito de la Teoría Pura: el de enseñarnos que un tratamiento científico del derecho no puede ser abordado de esa forma.

BIBLIOGRAFIA GENERAL

Teoría Pura del Derecho.- Hans Kelsen.

Eudeba, Buenos Aires, 1973.

La teoría comunista del Derecho y del Estado.- Hans Kelsen.

Emecé Editores, Buenos Aires, 1957.

Teoría General del Derecho y el Marxismo.- Eugeny B. Pasukanis.

Ed. La Pulga, Medellín, 1976.

Marx, El Derecho y el Estado.- Humberto Cerroni y otros.

Ed. Oikos-tau, Barcelona, 1969.

El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado.-

Federico Engels. Ed. Pepe, Medellín, 1973.

La Ideología Alemana.- Carlos Marx - Federico Engles.

Ed. Cultura Popular, Universidad de México, 1974.

La Pretensión Epistemológica del Derecho.- Raúl Gómez Quintero.

Conferencia mimeografiada, Universidad de Nariño, Facultad de Derecho, Pasto, 1976.

La problemática de la normatividad en la articulación de las -

ciencias sociales. - Raúl Gómez Quintero.

Conferencias mimeografiadas, Universidad de Nariño, Departamento de Filosofía, Pasto, 1976.

La Revolución Teórica de Marx.- Louis Althusser.

Siglo Veintiuno Editores, México, 1975.

Ideología y Aparatos Ideológicos de Estado.- Louis Althusser.

Ed. Oveja Negra, Medellín, 1974.

Epistemología e Historia de las ciencias.- Louis Althusser.

Edit. Ducholz, Revista Eco, Bogotá, Febrero de 1969.

Lo normal y lo patológico.- Georges Canguilhem.

Ed. Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 1971.

La Arqueología del Saber.- Michel Foucault.

Siglo Veintiuno Editores, México, 1972.

Sobre la Historia de las Ciencias.- Michel Fichant y Michel Pécheux.

Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 1971.

Para una crítica de la Epistemología.- Dominique Lecourt.

Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 1973.

Crítica de la Razón Pura.- Immanuel Kant.

Ed. Losada, Buenos Aires, 1967. (2 Vol.)

El Pensamiento vivo de Kant.- Julien Benda.

Ed. Losada, Buenos Aires, 1965.

La Filosofía del Siglo XIX.- Gerhard Lehmann.

Uthea, México, 1964. (2 Vol.).

Teoría del Conocimiento.- Johannes Hessen.

Edit. Espasa - Calpe, Madrid, 1970.

A G R A D E C I M I E N T O S

AGRADECIMIENTOS MUY SINCEROS A LA STA.
CARMEN CAICEDO M., SECRETARIA DEL DE-
PARTAMENTO DE FILOSOFIA, DE LA FACUL-
TAD DE EDUCACION, QUIEN ESTUVO A CARGO
DE LA REPRODUCCION DE LOS MATERIALES.

UNIVERSIDAD DE CALDAS
DEPARTAMENTO DE HISTORIA

AN

T

340.1

G633

Ej.1



UNIVERSIDAD DE NARIÑO

Inventario: 10312

Autor: Gómez Quintero, Raúl

Título: Kelsen o la pura teoría -
del derecho

Fecha Dev.	Nombre	Carnet



AN
T
340.1
G633
Ej.1

10312

Universidad de Nariño
Pasto (Nariño)

10312