

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

HANS KELSEN (1881 - 1973)()(695)*

JOSÉ VILANOVA

El 19 de abril acaba de fallecer en California Hans Kelsen, quien fuera considerado con justicia el "jurista de nuestro tiempo". Nació en Praga en 1881. Ya en 1911 escribía un libro - los Problemas capitales del Derecho Político desplegados a partir de la teoría de la proposición jurídica -, en el que se encontraban las ideas fundamentales que constituyen su principal aporte a la historia de las ideas: la denominada Teoría Pura del Derecho. Es considerado Kelsen el principal redactor de la Constitución austríaca de 1920. Fue miembro de la Corte Suprema de Justicia de Austria desde 1920 hasta 1929 y hasta esta última fecha enseñó Teoría del Derecho en la Universidad de Viena. Abandonó Austria por motivos políticos y desde 1930 enseñó en Colonia, ciudad que dejó en 1933 con motivo del advenimiento del nazismo. Desde 1940 se radicó en los Estados Unidos, donde enseñó en diversas universidades. Es autor de una extensa bibliografía que abarca no solamente los temas específicos de la Teoría Pura del Derecho, sino también, sobre todo, temas de Derecho Internacional Público, de Derecho Político y de epistemología de las ciencias sociales. Sus obras han sido traducidas a diecisiete idiomas, lo que apenas da una idea de la enorme influencia que ha ejercido su pensamiento no solamente como fundador y principal exponente de una escuela sino, lo que es más importante, como representante del nivel

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

máximo alcanzado en determinado momento por la teoría, es decir, como punto obligado de referencia en el diálogo constante en el que se gestan y decantan las ideas.

Ningún homenaje más adecuado que hacer en este punto una reseña, así sea sumarísima, de la Teoría Pura del Derecho. Sostiene Kelsen que la ciencia jurídica tiene por objeto propio de estudio el Derecho positivo.

No el Derecho tal como debería ser sino el Derecho tal como es. Se desentiende pues la ciencia del Derecho de toda especulación sobre la Justicia a la cual, por otra parte, considera nuestro autor un ideal irracional que ha resistido como tal con éxito todo intento de teorización. Estos intentos, bajo el nombre de doctrinas iusnaturalistas o sobre el Derecho natural, constituyen, pues, meras ideologías al servicio de ciertos intereses que han actuado así en forma revolucionaria o conservadora según las épocas.

Pero si la ciencia del Derecho no se interesa por cómo deberían ser los asuntos humanos a la luz de un ideal absoluto, tampoco se interesa ella por la conducta de los hombres tal como efectivamente se da en un lugar y en un tiempo determinados. Este es el tema propio de la Sociología. La ciencia del Derecho no se interesa por el comportamiento efectivo de los hombres sino por cómo debe ser dicho comportamiento a tenor de las normas (jurídicas) vigentes en una sociedad en un lugar y en un tiempo determinados. Para llevar a cabo dicha tarea la ciencia del Derecho toma el material más o menos heterogéneo de normas emanadas de funcionarios y autoridades constituidas y lo traduce o convierte en un conjunto más o menos sistemático de reglas de derecho: el ordenamiento jurídico. Esta tarea se cumple en dos pasos: el primero hace al elemento o parte - la norma - y el segundo al conjunto o todo - el ordenamiento - .

Independientemente del lenguaje utilizado por el legislador o la autoridad competente, sostiene Kelsen que toda norma jurídica puede ser traducida a una regla de derecho - que abstracción hecha de su contenido variable - presenta siempre la siguiente forma: Si A es, entonces B debe ser. En donde "B" es una sanción, un acto coactivo, un mal infligido por un órgano del Estado a alguien a quien se considera responsable de la ocurrencia del hecho "A". Esta sanción coactiva es lo específico de las normas jurídicas: lo que las distingue de las normas de otro tipo (morales, religiosas, etc.) que también se encuentran vigentes en un lugar y en un tiempo dados. Es misión de la ciencia del Derecho reducir o traducir el material más o menos variado emanado de los órganos estatales a reglas del tipo: "Si A es, entonces B debe ser". De lo dicho se desprende que todo acto que tenga las características de "A", es decir, que funcione en la regla de derecho como antecedente al que se encuentra imputada una sanción, será un hecho ilícito, trasgresión, violación o entuerto (independientemente de que en sí sea malo, o bueno, etc.).

Después de haberse así ocupado de la reducción de las partes (normas) a reglas de derecho o proposiciones jurídicas, afronta Kelsen el otro gran

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

problema de la Teoría Pura: encontrar un criterio que permita distinguir el material a trabajar por la ciencia - las normas jurídicas vigentes - de otro material que también puede estar dado socialmente como norma coactiva y que, sin embargo, el jurista debe desechar por no tratarse no obstante ello en rigor de normas jurídicas. Así, por ejemplo, no diríamos que hay una norma jurídica si un ladrón espeta a su víctima: "La bolsa o la vida", no obstante que es fácil traducir esta intimación a una "regla" del tipo: "Si no me das la bolsa, entonces te quito la vida". En este punto encuentra Kelsen que las normas jurídicas se relacionan unas con las otras de tal manera que algunas son creadas por el órgano, de acuerdo al procedimiento y usualmente también con el contenido establecidos en otras normas. Si llamamos norma fundante a la que regula la creación de otra norma y a esta última fundada, veremos que la multiplicidad de normas emanadas de distintos órganos en diversas oportunidades, etc. puede, sin embargo, ser reducida a unidad. Así una sentencia, por ejemplo, se funda en una ley o en más de una ley (leyes de forma o procesales y leyes de fondo o sustanciales); las leyes, por su parte, se fundan en una Constitución y la Constitución actual puede fundarse usualmente en una anterior de la cual constituye su reforma. Encontramos así que la multiplicidad de normas vigentes pueden ser concebidas como un ordenamiento jurídico en el cual todas las normas derivan o se fundan en forma directa o indirecta en una Primera Constitución. Solamente las normas que integran de este modo el ordenamiento jurídico constituyen el material que interesa a la ciencia del Derecho y no la totalidad de las "normas" coactivas que puedan darse en una sociedad en un lugar y en un tiempo determinados.

El jurista, por su misma condición de tal, debe reducir la multiplicidad del material dado a unidad. Debe buscar por consiguiente una Primera Constitución. Si no lo hace, sencillamente no puede conocer. O, para decirlo en otros términos: la necesidad de reducir la multiplicidad de normas a una sola (Primera Constitución) constituye un presupuesto gnoseológico (de la ciencia del Derecho). Puede hacerse explícito este presupuesto ordinariamente implícito y hasta puede darse al mismo una expresión "normativa". El dice simplícidamente: "Obedece al Legislador Originario". Con este presupuesto gnoseológico (también denominado por Kelsen norma fundamental) se maneja el jurista para seleccionar, repito, el material que constituye el objeto de su interés. Pero en la elección de la Primera Constitución el jurista no puede proceder arbitrariamente - y éste es quizá el punto decisivo y más difícil de la Teoría Pura del Derecho - : el jurista debe considerar Primera Constitución a aquélla de la que emana un ordenamiento jurídico eficaz en su conjunto.

Expuesto en lo precedente en sumarásima síntesis lo esencial de la Teoría Pura del Derecho cabe preguntarse por qué han tenido estas ideas un éxito tan pronunciado. Aparte del atractivo rigor estilístico de Kelsen como expositor, este éxito se debe en mi sentir a dos factores fundamentales. En primer lugar, la Teoría Pura del Derecho les brindó a

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

los juristas una construcción satisfactoriamente rigurosa sobre el conjunto de los conceptos que ellos venían utilizando como presupuestos en forma simplemente dogmática. Sin pretender ser exhaustivos y para mencionar los más notorios: Estado, poder, soberanía, norma jurídica, sanción, trasgresión, deber jurídico u obligación, responsabilidad, derecho subjetivo, persona, persona jurídica. Los juristas se sintieron naturalmente atraídos por una teoría que les aseguraba, por así decirlo, sus espaldas, y les permitía dedicarse de lleno a la tarea concreta de exponer un material positivo dado, sin necesidad de internarse en enojosas cuestiones filosóficas y sin rebajarlos al puro dogmatismo, es decir, a la a - científicidad. En este sentido la Teoría Pura del Derecho constituye una superación definitiva del pensamiento prekelseniano.

En segundo lugar, el éxito sin precedentes de Kelsen se debe, en mi opinión, a que esa superación de la ciencia jurídica prekelseniana se lleva a cabo no como una repulsa sino como una culminación de la orientación que prevalecía ya en los estudios jurídicos, al menos desde el siglo XIX. Esta dirección sigue siendo hoy prevaleciente no obstante disidencias tan autorizadas como la que representan las escuelas norteamericanas de inclinación sociológica, pragmática y realista, la escuela escandinava y (¿por qué no?) la escuela argentina. La orientación prevaleciente en la ciencia jurídica a la cual, repetimos, Kelsen da culminación, podemos caracterizarla como idealismo normativista. Idealismo porque en oposición a las diversas escuelas realistas ella no ve el Derecho en la vida humana, en la sociedad, sino en algo postulado en principio como diferente a ella. Normativista porque lo así postulado como algo distinto a la vida humana en sociedad no es, como en la venerable tradición iusnaturalista, un valor absoluto puesto por encima de las contingencias del cambio histórico - social, sino meramente la norma positiva. La positividad de esa norma positiva sigue siendo el gran problema que aún hoy afronta la Teoría Pura no obstante todos los esfuerzos del maestro Kelsen y de sus discípulos. Nosotros la hemos caracterizado a lo largo de este trabajo - en forma heterodoxa para la posición kelseniana - sencillamente como vigencia mediante la locución :norma - o conjunto de normas - que rigen en un lugar y en un tiempo determinados". Pero en mi opinión, como lo ha puesto de manifiesto sobre todo Alf Ross, si se hace del concepto de vigencia el tema central de la filosofía del Derecho, forzoso será en su momento pronunciarse contra las direcciones idealistas (normativistas o valorativas) y adherir a la corriente realista.