

SOBRE LA TEORÍA PURA DEL DERECHO Y LA VERDADERA PIRÁMIDE PLANTEADA POR HANS Kelsen

ABOUT THE PURE THEORY OF LAW AND THE TRUE PYRAMID RAISED BY HANS Kelsen

Laura Valentina MUÑOZ OSORIO*

RESUMEN: Literalmente la Teoría Pura del Derecho ideada por Hans Kelsen, no propuso que la grada superior del ordenamiento positivo fuera la Constitución Política de cada Estado, como quiera que sobre ella se encuentre la norma fundamental. Esa concepción tampoco admite identificar o confundir ambas nociones como si se trataran del mismo objeto. Por ende, este ensayo busca hacer claridad sobre el verdadero significado de ambos postulados, así como pretende exponer ordenadamente las nociones fundamentales de la concepción positivista del Derecho.

ABSTRACT: Literally, Pure Theory of Law thought by Hans Kelsen, didn't propose that the top tier from legal system was the Constitution of each Nation, because over it, will always be something called "fundamental standard". And it is not right to identify or confuse "fundamental standard" with the Constitution. This essay reduce to its essentials the true meaning of that concept, and wants to provide fundamental notions of that theory.

RESUMEN: Hans Kelsen, Teoría Pura del Derecho, norma fundamental, Constitución, positivismo jurídico.

KEYWORDS Hans Kelsen, Pure Theory of Law, Fundamental Standard, Constitution, Positive Law.

* Licenciada en Derecho por la Universidad de Caldas y especialista en Derecho Procesal por la Universidad Externado de Colombia.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La descripción y apropiación del ser del Derecho a través de las características fundamentales de su descripción*. III. *¿Qué es la ciencia del Derecho?* IV. *¿Qué es el Derecho?* V. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

El propósito de este ensayo es exponer clara y concisamente la tesis otrora postulada por Hans Kelsen, sobre el *ser* del concepto de *Derecho*, probablemente en contraposición con los dogmas vigentes acerca de esa concepción. Lo anterior, con base —exclusivamente— en la teorización bajo estudio.

Para eso sería pertinente comenzar con un ejemplo práctico. Supóngase que se quiere contestar el interrogante ¿Qué es una mesa? Imagínese también que esa pregunta se hace a tres personas distintas. Por su parte, la primera responde que una mesa sólo sirve para cenar, la segunda postula que aquélla es útil exclusivamente para estudiar, máxime que —según su opinión— el conocimiento tiene mayor importancia que calmar el hambre, mientras que la tercera confiesa que ella preferiría satisfacer sus instintos libidinosos sobre el objeto que está por definir.

Sin lugar a dudas, ninguno de los tres deponentes ha dicho nada sobre el *ser* de la mesa. Al fin y al cabo, las distintas afirmaciones sobre la función que aquélla podría desempeñar no conducen a la aprehensión de la esencia del objeto cuya concepción se pretende. Tampoco la decisión en torno a cuál de las utilidades propuestas es mejor o es la correcta tiene relación alguna con aportar el *ser* de algo.¹

Ahora bien, remitamos la hipótesis propuesta al campo jurídico. A menudo, cuando se inquiere ¿Qué es el Derecho?, suele responderse que la

¹ Todo preguntar es un buscar. Todo buscar tiene su dirección previa que le viene de lo buscado. Preguntar es buscar, conocer “qué es” y “cómo es” un ente. El buscar este conocer puede volverse un investigar o poner en libertad y determinar aquello por lo que se pregunta. El preguntar tiene, en cuanto “preguntar por...”, su aquello de que se pregunta. Todo “preguntar por...” es de algún modo “preguntar a...”. Al preguntar es inherente, además del aquello de que se pregunta, un aquello a que se pregunta. En la pregunta que investiga, es decir, específicamente teórica, se trata de determinar y traducir en conceptos aquello de que se pregunta. En esto reside, como aquello a que propiamente se tiende, aquello que se pregunta y en que el preguntar llega a la meta, HEIDEGGER, Martin, *El ser y el tiempo*, México, Fondo de Cultura Económica, 2005, p. 14

democracia es mejor que la dictadura o que la aplicación de la norma jurídica debe fundarse en la equidad, la justicia, la igualdad, entre otros valores y principios, en vez de obedecer a la arbitrariedad. Pero, al igual que en el ejemplo atrás puesto de presente, ninguna de esas premisas evidencian el ser de lo que recibe el nombre de *Derecho*. Decir lo que debe ser un artículo cualquiera o lo que nos gustaría que fuese no dice nada sobre lo que en realidad él es.

Quizá, por esa razón Hans Kelsen manifestó a sus contemporáneos que su intención era contestar la incertidumbre ¿Qué es el Derecho? Mas no solucionar los problemas cómo debe ser y cómo debe elaborarse aquél. He ahí el horizonte de la investigación que guió el razonamiento de aquél *iusfilósofo*.

II. LA DESCRIPCIÓN Y APROPIACIÓN DEL SER DEL DERECHO A TRAVÉS DE LAS CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTALES DE SU DESCRIPCIÓN

Es importante, desde un principio, diferenciar el campo de estudio abordado por el autor en cita. Él se ocupó —simultáneamente— del ser del Derecho y de la naturaleza de su conocimiento. Luego, es menester diferenciar —desde un comienzo— ambos puntos de partida en el seno de la Teoría Pura del Derecho. De una parte, la ontología de *lo jurídico*, de otro lado, la constitución esencial de su aprehensión. Palabras más palabras menos, ambos obedecen a descripciones distintas. Por consiguiente, al culminar el presente escrito, se aspira a responder las siguientes preguntas.

¿Qué es la ciencia del Derecho?

¿Qué es el Derecho?

Entretanto, los argumentos pertinentes se aportarán a través de las siguientes nociones: 1) Cientificidad u objetividad; 2) autolimitación; 3) universalidad; 4) generalidad; 5) normativismo; 6) realismo radical; 7) carácter relativo y orgánico; 8) jerarquía; 9) ausencia de contradicciones y lagunas; 10) identidad entre el ordenamiento jurídico y el Estado.

III. ¿QUÉ ES LA CIENCIA DEL DERECHO?

Para apropiarse del *ser* de algo es necesario, en primer lugar, dirigirse a él intencionalmente, posteriormente, es indispensable acercarse a él tal y cual es, tal y como él se ofrece por sí mismo, en cuanto ente que se entrega ante los sentidos que percibirán, describirán y concebirán su naturaleza.

De entrada, Hans Kelsen advierte que la aprehensión del ente denominado *Derecho* exige el destierro de los juicios de valor del científico que se encarga de aquél, es decir, *a priori*, el conocimiento del Derecho implica una secularización total entre la subjetividad de quien conoce y el objeto que se entrega tal y cual él es, a la percepción intencional y razonamiento del sujeto cognoscente.

Emana de ese hecho *la objetividad* del conocimiento del Derecho; o sea, la exclusión del ámbito de la subjetividad es indispensable para responder la cuestión ¿Qué es el Derecho? Al mismo tiempo, esa objetividad comporta una serie de determinaciones negativas o dice qué *no-es* el conocimiento del ente cuya definición se busca. Desde esta perspectiva, se descubre que aquél excluye la política, la ética, la justicia, máxime que las dos primeras en cuanto auténtica ideología humana, no dejan en libertad el objeto del conocimiento sino que lo encubren, mientras que la segunda ostenta un carácter irracional, motivo por el cual, está fuera del alcance de una concepción racional orientada hacia la experiencia.

La objetividad es una característica común a todas las ciencias, e implica su emancipación de la subjetividad. *Grosso modo*, en tanto libre el conocimiento del objeto, es necesario que el ser del sujeto cognoscente, no influya o contamine la aprehensión de la constitución esencial del objeto respectivo.

Entretanto, *la libertad* del conocimiento del Derecho radica en no confundir ni mezclar el objeto que se conoce con el sujeto que conoce. Al cabo, el ser de ambas cuestiones es distinto, por cierto, no puede introducirse la ontología del sujeto en la naturaleza del objeto que se entrega a él, so pena de ocultar la segunda y fracasar en el intento de responder la pregunta tantas veces reiterada a lo largo de este escrito: ¿Qué es el Derecho?

Al respecto, dijo expresamente Hans Kelsen:

La Teoría Pura del Derecho es una teoría del Derecho positivo, a sacar, no de un orden jurídico especial. Es teoría general del Derecho, no interpretación de normas jurídicas particulares, nacionales o internacionales.

Como teoría, quiere conocer única y exclusivamente su objeto. Procura responder a las preguntas sobre qué es y cómo es el Derecho, pero a la cuestión de cómo debe ser o cómo debe elaborárselo. Es ciencia del Derecho y no política del Derecho.

Si ella se califica como Teoría “Pura” del Derecho es porque pretende garantizar un conocimiento dirigido solamente hacia el Derecho, y porque pretende eliminar de este conocimiento todo lo que no pertenece al objeto exactamente señalado como Derecho. Es decir, quiere librar a la ciencia jurídica de todos los elementos extraños. Tal es su principio metódico fundamental, que parece ser de por sí bien comprensible.²

Por ende, también depende de esa libertad *la verdad* de la concepción. Entonces, la verdad de la ciencia del Derecho finca en la aprehensión de éste último tal y cuál él es, eso significa que su descripción debe ser radicalmente realista. En otras palabras, el científico del Derecho describe el *Derecho real*, y no lo aporta tal y como a él se le antoja o quiere que sea.

Sobre este punto de vista manifestó expresamente el autor bajo estudio:

Estas tendencias ideológicas, cuyos designios y efectos políticos son evidentes, dominan todavía la ciencia jurídica actual, aun después de la aparente superación de la teoría del Derecho natural. Contra ellas se dirige la Teoría Pura del Derecho. Quiere ésta exponer el Derecho tal cual es, sin legitimarlo por justo o descalificarlo por injusto; pregunta por el Derecho real y posible, no por el Derecho justo. En este sentido es una teoría jurídica radicalmente realista. Rehúsa valorar el Derecho positivo. En cuanto ciencia, no se considera obligada más que a concebir el Derecho positivo con arreglo a su esencia y a comprenderlo por un análisis de estructura. En particular, rehúsa ponerse al servicio de cualesquier intereses políticos suministrándoles las ideologías mediante las cuales es legitimado o descalificado el orden social existente. De este modo, pónese en la más aguda oposición con la ciencia jurídica tradicional, que —consciente o inconscientemente, en mayor o menor grado— tiene carácter ideológico. Por su tendencia anti-deológica, precisamente, revélase la Teoría pura del Derecho como verdadera ciencia jurídica. Pues como conocimiento, la Ciencia tiene la tendencia inmanente a descubrir su objeto. La ideología, en cambio, encubre la realidad, cuando con intención de conservarla o de defenderla la transfigura, o con intención de atacarla, de destruirla y de reemplazarla, la deforma. Toda ideología tiene su raíz en el querer, no en el conocer; proviene de ciertos in-

² KELSEN, Hans. *La teoría pura del derecho*, 2a. ed., México, Editora Nacional, 1981, pp. 25-26.

tereses o mejor aún, de otros intereses que el interés por la verdad; con lo que, naturalmente, no quiere expresarse nada sobre el valor o la dignidad de estos otros intereses. El conocimiento desgarrará cada vez más el velo que el querer extiende sobre las cosas. La autoridad que crea el Derecho y que por eso procura conservarlo, acaso se pregunte si sería útil un conocimiento ideológicamente libre de su producto; y tampoco es mucho lo que aprovecharían de semejante conocimiento del Derecho las fuerzas que quieren destruir el orden existente y reemplazarlo por otro considerado mejor. Sin embargo, una ciencia del Derecho no puede preocuparse ni por la una ni por las otras. Y la Teoría Pura del Derecho quiere ser una ciencia del Derecho de ese género.³

Ahora bien, a medida que avanza el científico en su indagación se percatará de que hay muchas cosas que reciben el nombre de Derecho, por ejemplo, los artículos consagrados en el Código Civil, los plasmados en el Código de Comercio, los tratados y acuerdos internacionales, la costumbre, entre otros fenómenos. Por esa razón, el sujeto que conoce se dirigirá hacia las múltiples cosas que suelen llamarse *Derecho* en cuanto totalidad; por tanto, la descripción de su *ser* se hará desde un punto de vista *universalista*.

Se sabe, adicionalmente, que sólo es posible concebir con conceptos. En consecuencia, la tarea de la ciencia del Derecho es descubrir y aportar el ser de su objeto a través de definiciones claras y precisas. Ciertamente, toda labor científica tiende a *formalizar universalmente su objeto*.

A su vez, la afirmación de la universalidad de la ciencia del Derecho demanda la negación de toda distinción que propugne una aprehensión apenas particular. De esta manera, se niegan las disyunciones entre orden jurídico y Estado, persona y órgano estatal, derecho objetivo y derecho subjetivo.

Ésta última negación, comporta el *carácter general* de la descripción bajo estudio. Incuestionablemente, no hay diferencia cualitativa alguna entre el derecho en cuanto totalidad y el derecho referido a un destinatario concreto. De tal suerte, el mal llamado Derecho subjetivo es simplemente uno de los diversos modos de *ser* de *lo jurídico* en cuanto universalidad. En suma, derecho subjetivo y derecho objetivo son una y la misma cosa: Derecho. Por supuesto, ninguno de estos descubrimientos aún dice algo en particular sobre el *ser* que la teoría pura bajo análisis quiere hallar y definir.

En este sentido, señala el autor de la teoría pura del ámbito jurídico:

³ *Ibidem*, pp. 43-44.

La postura de la Teoría Pura del Derecho es, por el contrario, absolutamente objetiva y universalista. Se orienta fundamentalmente hacia la totalidad del Derecho, y sólo trata de aprehender cada fenómeno singular en conexión sistemática con todos los otros, y en cada parte del Derecho, la función del todo. En este sentido es una concepción jurídica verdaderamente orgánica. Pero cuando concibe el Derecho como organismo, no entiende que sea ninguna entidad supraindividual, metafísico-supraempírica, de especie biológica o psicológica —representación ésta tras de la cual se ocultan casi siempre postulados éticos-políticos—, sino única y exclusivamente, que el Derecho es un orden, y que por esto todos los problemas jurídicos han de ser planteados y resueltos como problemas de un orden. La Teoría Pura del Derecho se convierte así en el análisis más exacto posible de la estructura del Derecho positivo, en un análisis liberado de todo juicio ético-político de valor.⁴

E igualmente, el científico del Derecho observa de antemano que su objeto cambia de acuerdo con el transcurso del tiempo, aunque ello no obsta para que exista una norma jurídica que rija para todos e indefinidamente. Deviene de ahí el carácter relativo de la descripción del contenido del ámbito normativo, o sea, la *relatividad* del conocimiento del Derecho se desprende de la mutación histórica de este último.

Finalmente, es necesario advertir que la palabra Derecho porta una *autoexplicación* de sí mismo o de su significado, y al adelantársele a la interpretación del científico limita su razonamiento. Ergo, la autoexplicación que conlleva el concepto de derecho, a la par, apareja una limitación de las posibilidades de su saber.

En conclusión, la ciencia del Derecho alude a una percepción y descripción puras del *ser* de éste. Simultáneamente, la pureza de aquel conocimiento se refiere a su objetividad o libertad, universalidad, generalidad, realismo radical, relatividad, formalismo y autolimitación. Luego, sólo la concepción de la norma jurídica que ostente esas características será verdadera. Se observa, de esta manera, que la ciencia del Derecho está condenada a ser virgen —en términos ilustrativos— so pena de incurrir en falsedad. En otros términos, sólo será pura descripción del sujeto cognoscente en cuanto objetiva, universal, general, radicalmente realista, relativa, formal y autolimitada.

⁴ *Ibidem*, pp. 93-94.

IV. ¿QUÉ ES EL DERECHO?

La pureza que se predica de la ciencia del ámbito jurídico no se afirma también respecto a su objeto. Al parecer, el Derecho en sí mismo —en comparación con su conocimiento— es promiscuo —si se quiere—, pues al describirlo tal y cual él es o en su realidad, o tal y como él se ofrece por sí mismo al científico del Derecho, se observa que su contenido es eminentemente político, que se trata de una auténtica técnica social para gobernar la voluntad y acción humanas, que se identifica con el ejercicio del poder dada su vocación de determinación⁵, que es verdadera ideología o aspiración, si se cotejan sus prescripciones con la legislación de la causalidad natural.

Entonces, tales son las notas fundamentales que la ciencia pura del Derecho descubrió sobre el ser de este último. Mas, no se detiene ahí su análisis, porque es menester que alguna forma en especial contenga las cualidades puestas de presente. Esa forma se refiere, en primer lugar, a la norma jurídica, es decir, ésta es la *forma fundamental que acusa la Ley*.

Si se indaga aún más por aquélla estructura, se percibe que se trata de un *substrato de sentido orientado* hacia el *acontecer efectivo*.⁶ Ahora bien, si se dejan en libertad sus componentes se encuentra que se reducen a un *supuesto de hecho condicionante* y una *consecuencia condicionada*, en cuanto la segunda ocurrirá según la primera, por eso se afirma que la relación entre ambas circunstancias responde a la noción de *deber ser*.

Por su parte, el vínculo de este último con el *acontecer efectivo* recibe el nombre de *imputación*. La imputación alude a la atribución de sentido bajo amenaza de pena o coacción.

Ciertamente, si la consecuencia condicionada *debe ser* según el supuesto de hecho condicionante, *debe ser* a las buenas o a las malas. Por su parte, esa realidad revela que el acto antijurídico —aquél que contradice o niega la disposición normativa— no difiere del Derecho, por el contrario, tiene una posición intrasistemática. Al cabo, él es la condición de posibilidad o la condición de ejecución del *acto coactivo*,⁷ o sea, hace posible la normativa

⁵ El Derecho en cuanto poder alude a su eficacia o cumplimiento.

⁶ Hans Kelsen formaliza universalmente, bajo el concepto de *acontecer efectivo*, la voluntad y conducta humanas.

⁷ Recuérdese que la coacción constituye para la Teoría pura del Derecho la *legalidad particular* de lo normativo.

cuando el acontecer efectivo no haya llevado a cabo el substrato de sentido que se le imputó.

Ahora, se sabe en la misma medida que no existe una sola norma jurídica. Mírese que esa estructura se encuentra por doquier, al menos, en dónde se escuche la palabra Derecho. Luego, la norma jurídica engendra un ordenamiento, cuya existencia —a su vez— se denomina *positividad*. Sin lugar a dudas, el modo en el que *lo jurídico* suele estar ahí es la codificación. En últimas, la positividad en cuanto *validez particular del Derecho* indica que la norma jurídica existe tras su codificación, *grosso modo*, depende de esta última su existencia o realidad. En otras palabras, a través de su positivización el substrato de sentido se transforma en un hecho real que debe ser a las buenas o a las malas. Por supuesto, aisladamente, la norma jurídica presenta una validez personal, territorial y temporal.⁸

Pero, si son múltiples las normas jurídicas es necesario que *algo* funde su unidad y pertenencia al ordenamiento positivo, se halla así la naturaleza jerárquica del Derecho.

Por consiguiente, como no es posible que exista un orden que obedezca a una sola regla, porque éste tendría que permitirlo o prohibirlo todo, las normas jurídicas también deben tener una organización específica.

El vértice del ordenamiento jurídico lo constituye la *norma fundamental*,⁹ a cual es hipotética, supuesta y consuetudinaria.

Al respecto, es pertinente citar la perspectiva expuesta por el autor de la Teoría Pura del Derecho, que a pesar de su extensión es bastante clara:

El Derecho como orden, u orden jurídico, es un sistema de normas jurídicas. Y la primera cuestión que importa aquí contestar, la ha planteado la Teoría Pura del Derecho en la siguiente forma: ¿Qué es lo que funda la unidad de una plura-

⁸ Un referente histórico sobre el auge del positivismo en todas las áreas del pensamiento durante las últimas décadas del siglo XIX, lo aporta con extraordinaria precisión Heidegger: “En todas las disciplinas científicas reina el positivismo, la propensión a lo positivo, entendiéndose por “lo positivo” los hechos, y los hechos en una determinada interpretación de la realidad. Hechos sería solamente lo que se puede contar, pesar o medir, lo que se puede definir por medio de un experimento; por su parte, en la historia, los procesos y los acontecimientos a los que de modo inmediato se accede en las fuentes”. HEIDEGGER, Martin, *El ser y el tiempo*, México, Fondo de Cultura Económica, 2005, p. 31.

⁹ La *norma fundamental* en la conciencia de cada órgano estatal reza: “Esto es Derecho”. Desde esta perspectiva, funda la unidad del ordenamiento positivo y les otorga el contenido inherente al *deber ser* a las gradas normativas ubicadas inmediatamente debajo de ella.

lidad de normas jurídicas?, ¿Por qué una determinada norma jurídica pertenece a un orden jurídico determinado?

Una pluralidad de normas forma una unidad, un sistema, un orden, cuando su validez puede ser atribuida a una norma única como fundamento último de esa validez. En cuanto fuente común, esta norma fundamental constituye la unidad en la pluralidad de todas las normas que integran un orden. Y el que una norma pertenezca a un orden determinado deriva sólo del hecho de que su validez pueda ser referida a la norma fundamental que constituye a ese orden”.¹⁰

(...) La norma fundamental de un orden jurídico positivo, en cambio, no es otra cosa que la regla fundamental de acuerdo con la cual son producidas las normas del orden jurídico: la instauración (*Einsetzung*) de la situación de hecho fundamental de la producción jurídica. Es el punto de partida de un procedimiento; tiene un carácter absolutamente dinámico formal. De esta norma fundamental no se pueden deducir lógicamente las normas singulares del sistema jurídico. Tienen que ser producidas por un acto especial de institución, que no es acto intelectual sino de voluntad. La institución de normas jurídicas tiene lugar en diversa forma: por vía de la costumbre o por el procedimiento de la legislación, en tanto se trata de normas generales; por actos de jurisdicción y por negocios jurídicos en las normas individuales. Contrapónese a la producción jurídica consuetudinaria todos los otros modos en cuanto creación estatutaria del Derecho (*Rechtssatzung*); es ésta, por tanto, un caso especial de institución del Derecho (*Rechtssetzung*).

Si se refieren las diversas normas de un sistema jurídico a una norma fundamental, pónese de manifiesto que la producción de la norma singular se efectúa con arreglo a la norma fundamental. Si acaso se pregunta por qué razón determinado acto coactivo, como el hecho de que un hombre prive a otro de la libertad encerrándolo en la cárcel, es un acto jurídico y pertenece por tanto a determinado orden jurídico, síguese como respuesta: porque ese acto fue prescripto por una norma individual determinada, por una sentencia judicial. Si se pregunta luego por qué vale esa norma individual, y justamente como parte constitutiva de un orden jurídico bien determinado, he aquí la respuesta que se recibe: porque fue dispuesto de conformidad con el Código Penal. Y si se pregunta por el fundamento de validez del Código Penal, se viene a parar a la Constitución del Estado, con arreglo a cuyas prescripciones fue creado el Có-

¹⁰ KELSEN Hans, *op. cit.*, p. 94.

digo Penal por el órgano competente para ello, en un procedimiento prescripto por la constitución.

Pero si se pregunta por el fundamento de validez de la Constitución sobre la que descansan todas las leyes y los actos jurídicos verificados sobre la base de leyes, se llega tal vez a una Constitución más antigua, y así por último a la primer Constitución histórica que fue promulgada por algún usurpador o por un Colegio constituido en la forma que fuera. He aquí el supuesto fundamental de que parte todo conocimiento del orden jurídico basado en esta Constitución: que ha de valer como norma aquello que el primer órgano constituyente histórico ha manifestado como voluntad suya. “Debe realizarse la coacción bajo las condiciones y en la forma que determinan el primer constituyente o las instancias en que él hace delegación”: tal es la formulación esquemática de la norma fundamental de un orden jurídico (en el sentido de un orden jurídico estatal singular, del que aquí se habla, por de pronto).¹¹

La Teoría Pura del Derecho opera con esta norma fundamental considerándola como fundamento hipotético. Bajo la suposición de que ella vale, vale también el orden jurídico que sobre ella descansa. Confiere al acto del primer legislador y, por tanto, a todos los actos del orden jurídico que en él descansan, el sentido del deber ser, aquel sentido específico en que la condición jurídica está ligada con la consecuencia jurídica en la proposición jurídica; y esta última es la forma típica en que tiene que dejarse representar el material jurídico positivo íntegro.

En la norma fundamental arraiga, en último término, la significación normativa de todas las situaciones de hecho constitutivas del orden jurídico. Sólo bajo el supuesto de la norma fundamental puede interpretarse como Derecho, es decir, como un sistema de normas jurídicas, el material empírico que se ofrece a la interpretación jurídica. A la calidad de este material, es decir, de los actos que han de ser interpretados como jurídicos, se ajusta el contenido particular de la norma fundamental que funda un orden jurídico particular. Ella es sólo expresión del supuesto necesario de toda concepción positivista del material jurídico. No vale como norma jurídica positiva, ya que no es producida en el procedimiento jurídico; no es instituida (*Gesetz*) sino supuesta, en tanto condición de toda instauración jurídica, de todo procedimiento jurídico positivo.¹²

¹¹ *Ibidem*, pp. 96-98.

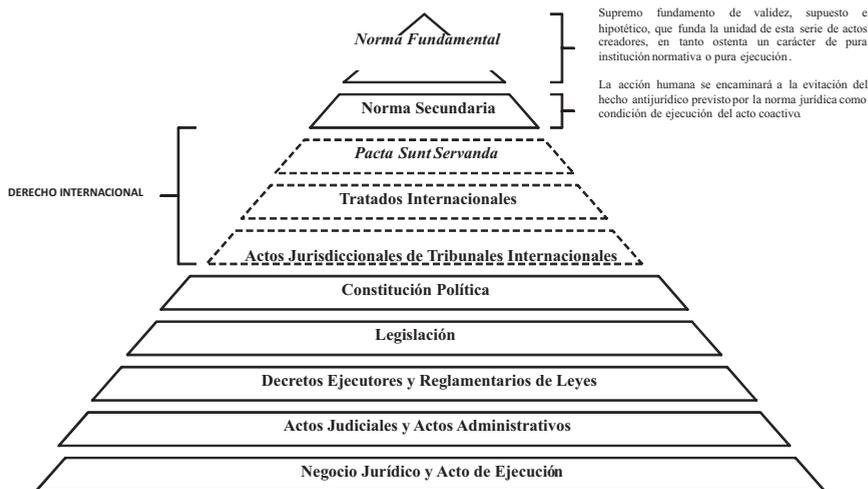
¹² *Ibidem*, pp. 99-100.

Obsérvese que para HANS KELSEN la existencia de la *norma fundamental* no obedece a la típica forma del *Derecho positivo*, como quiera que se trate de la realidad del imaginario social en relación con el significado normativo y coactivo del substrato de sentido imputado. Después de ésta se encuentra la *norma secundaria*, la cual reza que los destinatarios de la norma jurídica evitarán la coacción —e independientemente de que siempre se requiera un mínimo de discrepancia entre la norma jurídica y la conducta humana—. ¹³

¹³ Al respecto, dice expresamente la Teoría pura del Derecho: “Si en atención al fin del orden jurídico se supone la exigencia de que los hombres deben comportarse de modo tal que eviten el acto coactivo amenazador, puede entonces resolverse el orden jurídico en una suma de normas en las que aparece como mandada esa conducta que el orden jurídico tiene por fin, por ejemplo: no se debe matar, se debe restituir un préstamo recibido, etc. Pero es necesario tener presente que de ese modo queda sin expresión la relación con el acto coactivo, que es esencial para el carácter jurídico de la norma. La norma que estatuye la conducta que evita la coacción —y que el orden jurídico tiene por finalidad—, solamente importa una norma jurídica bajo condición de que con ella deba expresarse —en forma abreviada, por razones de comodidad en la exposición— lo que sólo la proposición jurídica enuncia cabal y correctamente: que bajo condición de la conducta contraria ha de acontecer un acto coactivo como consecuencia. Ésta es la norma jurídica en su forma primaria. La norma que estatuye la conducta que evita la coacción, sólo puede valer, por tanto, como norma jurídica secundaria. En relación con la situación fáctica establecida por ella como debida —con la conducta que evita la coacción y que el orden jurídico tiene por fin—, lo antijurídico, que es condición del acto coactivo, representa indudablemente algo así como una negación, como una especie de contradicción. Pero en relación con la norma secundaria que estatuye lo contrario, ese hecho no está en contradicción lógica alguna. Ésta puede existir solamente entre dos proposiciones de deber, o entre dos proposiciones de ser, pero nunca entre una proposición que enuncia un deber ser, y otra que enuncia un ser; puede muy bien existir, por lo tanto, entre dos normas, no así entre una norma de deber y una situación fáctica del ser.

La figura a debe, no-a debe, ofrece una contradicción lógica, mas no la figura a debe, no-a es. La antijuricidad es una categoría totalmente diferente de la contradicción lógica. La oposición en que se coloca una situación de hecho con la norma que estatuye lo contrario, no puede designarse en verdad como antítesis lógica, aunque tal vez como teleológica, si es que en ella el telos es supuesto como fin objetivo. Es notorio que los conceptos tradicionales de antijuricidad y de conformidad con el Derecho, de conducta contradictoria al Derecho y correspondiente al Derecho, apuntan hacia la norma secundaria en tanto expresión del fin del Derecho. Puede uno servirse de ellos, a condición de que con el primero se piense en la conducta condicionante del acto coactivo, y con el segundo en la conducta que evita el acto coactivo”. *Ibidem*, pp. 57-59.

SINOPSIS 1 ESTRUCTURA JERÁRQUICA DEL ORDENAMIENTO POSITIVO SEGÚN LA TEORÍA PURA DEL DERECHO



Fuente: elaboración propia en base a la *Teoría Pura del Derecho* de Hans Kelsen.

La tercera grada del ordenamiento positivo la ocupa el *Derecho internacional*, el cual está constituido simultáneamente por la regla del *pacta sunt servanda*,¹⁴ los tratados internacionales y los actos jurisdiccionales de los Tribunales Internacionales. Esta escala se caracteriza por su *altura de competencia*, noción que alude a la pretensión que tiene todo orden jurídico de extender su ámbito de validez. Por eso la Teoría Pura del Derecho afirma que el orden jurídico internacional le disputa constantemente a su homólogo singular esa altura de competencia, y lo priva de ella cuando se reserva la materia de la regulación para sí mismo. Para Hans Kelsen el primado del derecho internacional evidencia la superación de una organización primitiva dada su centralización.

A continuación, se halla la Constitución Política de cada orden jurídico singular, la cual consagra —de un modo más pequeño— la competencia atribuida a los diversos órganos estatales y los distintos procedimientos de *institución*. Al lado de la forma específicamente constitucional está la legislación. Posterior y sucesivamente, se ubican los decretos ejecutores y

¹⁴ Esta regla consiste en la autorización que recae sobre los órdenes jurídicos singulares para que suscriban tratados y acuerdos internacionales.

reglamentarios de leyes, la sentencia judicial y los actos administrativos, el negocio jurídico y el acto coactivo.

Por supuesto, ese ordenamiento jurídico en cuanto totalidad servirá a una finalidad determinada, sobre todo, dado su contenido político, de ahí su carácter orgánico o funcional.

A partir de esa descripción se descubre que el Estado no diverge del orden jurídico que representa, pues si aquél se refiere a una organización específica no puede ser deslindado de la misma. Por ende, la Teoría Pura del Derecho asevera que el Estado y el ordenamiento positivo son una y la misma cosa. Asimismo, sólo reconocen dos formas de Estado: el orden jurídico singular y el orden normativo internacional.

Entretanto, cada una de las gradas de aquél atañe a un modo distinto de producción de la norma jurídica, replanteándose de esta manera la noción de *fuerza de Derecho*, pues ésta señala como tal a la grada que se ubique mediata e inmediatamente sobre otra. Desde esa óptica, también se reformuló el concepto de *órgano estatal* para negar que la definición de *persona* no cabe allí. En últimas, son órganos estatales todos a los que el ordenamiento positivo les haya atribuido una función, así sea la de observar sus prescripciones. Por eso, la persona es un órgano estatal, en cuanto encargada del cumplimiento del substrato de sentido imputado. En verdad, a la persona el derecho también le atribuyó un cometido en concreto.

En conclusión, el Derecho es un orden político que, a su vez, origina una realidad social determinada, al imputarle un substrato de sentido al acontecer efectivo, substrato de sentido que además *debe ser* aún coactivamente. Por su parte, la dinámica tanto de ese orden como de la realidad social que genera, obedece a la jerarquía aceptada generalmente, en virtud de las normas fundamental y secundaria.

V. CONCLUSIONES

Primera: en sentido estricto, la Teoría Pura del Derecho hace una diferenciación taxativa entre el *ser del conocimiento del Derecho* y el *ser del Derecho* en cuanto objeto de la concepción.

Segunda: el carácter *puro* se predica de la teorización del Derecho, mas no de éste en sí mismo. La *pureza*, a su vez, alude a la única aspiración del conocimiento del derecho: describir su objeto de una manera objetiva, uni-

versal, generalmente, desde una perspectiva radicalmente realista, relativa, formal y autolimitada.

Tercera: no obstante, surge el interrogante sobre el alcance de esa aspiración llamada *pureza*, como quiera que alude a la esencia de la descripción, como quiera que hable sobre la calidad del conocimiento del Derecho. Entonces, la cuestión es determinar si la exigencia de la pureza, puede plantearse también al método mediante el que se conoce.

Cuarta: en cambio, esa pureza no tiene ninguna incidencia en la ontología del derecho. Por ende, al aportarlo tal y como él es, no es posible forzar su contenido para que sea idéntico a las ambiciones relativas a su descripción.

Quinta: el Derecho en sí mismo, según su descripción más exacta o pura, consiste en un sistema jerárquico y coactivo cuyo contenido dice cómo *deber ser* la realidad de las personas que viven bajo ese sistema normativo, cuyas exigencias son cumplidas en virtud de su aceptación general, y el deseo de evitar el sometimiento a los instrumentos de la coacción, para que ese substrato de sentido llamado Derecho sea a las buenas o a las malas.

Sexta: a pesar de la comprensión del significado de la Teoría Pura del Derecho, y de la aprehensión de la esencia del conocimiento en cuanto libre, cabe preguntarse si la imparcialidad, la neutralidad y la renuncia a ponderar el *deber ser* instituido por la ideología válida y vigente, no consisten igualmente en posiciones políticas, cuya defensa en nombre de la ciencia, no redunde en beneficio de la sociedad, sino que aboga indirectamente por la permanencia del estado de cosas tal y como es en un momento histórico determinado.

Séptima: desde esta perspectiva, es probable que la evolución o involución del ámbito del *deber ser* no le incumba a la ciencia, sino que esa dinámica está abandonada a su suerte, entre la lucha de las ideologías en el seno de la sociedad, y al triunfo de cualquiera de ellas gracias al ejercicio legítimo de la coacción.

Octava: entonces, ¿puede el científico del Derecho preguntarse al acabar sus descripciones más puras, si se justifica su silencio so pretexto de salvaguardar la pulcritud de sus concepciones, o debe buscar un baremo que le permita enjuiciar lo que ve?

