

**UNIVERSIDAD CATOLICA DE LA SANTISIMA  
CONCEPCIÓN  
FACULTAD DE DERECHO**



“ Hacia una nueva mirada de la Teoría Pura del Derecho, retomando las lecciones de Kelsen”

**Pablo González Sepúlveda**

**Profesor guía : David Solis Nova**

**CONCEPCION-CHILE**

**2014**

*Agradecimientos:*

*Al padre Agostino Molteni, quien me ha hecho ver el Derecho con otros ojos y al profesor David Solis quien me ha introducido en la Filosofía, guiandome en este proceso.*

## INDICE GENERAL

<b>CAPÍTULO I</b> .....	<b>4</b>
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>4</b>
<b>PRESENTACIÓN DEL TEMA:</b> .....	<b>4</b>
<b>CAPÍTULO II</b> .....	<b>7</b>
<b>LA TEORIA PURA DEL DERECHO: ALGUNOS ALCANCES SOBRE LOS CONCEPTOS DE DERECHO Y JUSTICIA EN KELSEN:</b> .....	<b>7</b>
I) Breve presentación de la obra:.....	7
II) La norma jurídica y la regla de derecho:.....	8
III) Objeto del Derecho:.....	9
IV) El derecho como ciencia normativa:.....	14
IV) Derecho y Justicia:.....	17
V) Moral y Derecho.....	20
VI) Imputación y causalidad jurídica.....	23
VII) Imputación y libertad.....	25
<b>CAPITULO III</b> .....	<b>27</b>
<b>LA ESTRUCTURA JERÁRQUICA DE LA NORMA:</b> .....	<b>27</b>
I) La norma fundamental ( o <i>grundnorm</i> ): .....	<b>28</b>
<b>CAPITULO IV</b> .....	<b>33</b>
<b>¿QUE SERÍA EL ACTO JUSTO PARA KELSEN?:</b> .....	<b>33</b>
<b>CAPÍTULO V</b> .....	<b>35</b>
<b>LA JUSTICIA Y EL DERECHO APLICADO POR LOS JUECES AL CASO CONCRETO, DESDE KELSEN:</b> .....	<b>35</b>
<b>CAPÍTULO V</b> .....	<b>41</b>
<b>CONCLUSIÓN:</b> .....	<b>41</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	<b>42</b>

# CAPÍTULO I

## INTRODUCCIÓN

### PRESENTACIÓN DEL TEMA:

La relación que existe entre el derecho y la justicia es un tema que ha sido profundamente estudiado, desde los albores de la humanidad.

Ciertamente podemos señalar que ha sido un tema que ha motivado numerosas teorías y corrientes filosóficas a lo largo de la historia, sobre todo, por ser tema obligado en disciplinas tan necesarias para el desarrollo de las sociedades, como son el Derecho, la Filosofía, las Ciencias Políticas y las áreas que engloban las Humanidades y las Ciencias Sociales en general.

En esta oportunidad queremos enfocar el análisis desde el prisma del Derecho, por lo cual basaremos nuestro estudio principalmente en la *“Teoría pura del Derecho”* del jurista austriaco Hans Kelsen, obra que es considerada, por lo demás, como fundamental para el desarrollo de las Ciencias Jurídicas del siglo XX.

Para lograr una mayor comprensión de lo que pasamos a exponer, nos hemos propuesto desarrollar los conceptos de Ley, Derecho y Justicia en el autor ya señalado, llevando dichos conceptos a la aplicación práctica que estos podrían tener en la realidad cotidiana y específicamente tratándose de la labor de los jueces al momento de dictar sentencia y dar su fallo acerca de alguna cuestión o pleito, así como en la aplicación de la ley que estos hacen día a día, para ver de esta forma cómo podría tener relevancia la aplicación y la relación de los conceptos en estudio, desde la perspectiva del autor en cuestión.

*A priori* y junto con lo anterior, cabe hacer presente que el tema posee un doble interés en su estudio. En primer lugar, por cuanto este autor es considerado uno de los máximos exponentes del positivismo jurídico del siglo XX, corriente filosófica trascendental en el ámbito del Derecho. Y,

en segundo lugar, porque esta doctrina del positivismo jurídico y la doctrina del Derecho Natural o *iusnaturalismo*, han sido consideradas doctrinas opuestas, con diferencias irreconciliables. Es por esto que nos hemos propuesto verificar cuáles son los principales argumentos de esta corriente filosófica junto con dilucidar qué se entiende por Positivismo Jurídico y cuál es la magnitud de la dicotomía existente entre ambas formas de entender el Derecho, si es que la hay.

Veremos entonces si a través del análisis de estos conceptos, la forma de relacionarlos y su posterior aplicación práctica, podemos tener alguna aproximación a las cuestiones planteadas en este estudio. Junto con aquello, haremos una breve referencia a la corriente filosófica del positivismo jurídico y rescataremos algunas de sus características esenciales en la forma de entender el Derecho. Además de hacer referencia a algunas críticas que el autor en estudio, sostiene respecto al Derecho Natural.

Al análisis que haremos de la obra en cuestión, intentaremos proponer algunas interrogantes con las cuales relacionaremos nuestro estudio, ya que lo que motivó este trabajo fue de alguna manera el demostrar que el Derecho no es ajeno a la vida del hombre y que existe una necesidad de comprender que las relaciones humanas son jurídicas. Para esto, pensamos que vale la pena retomar las lecciones de Kelsen, quien creemos tiene más de algo que decir respecto a estas tentativas existenciales y que además creemos que presenta esta obra pensando en que la vida es solo jurídica.

A través del estudio de estos conceptos presentados por el jurista y en la relación con estos, iremos viendo la novedad de contenidos que se presentan y los cuales han llevado a cambiar la forma de entender el Derecho partiendo de la premisa que lo que se quiere es hacer ciencia, por lo cual nuestro trabajo estará apuntando en ese sentido.

Para comenzar con la exposición del tema, trataremos el concepto de ley y cómo ésta es concebida por el autor. En este punto, desarrollaremos la idea de si es posible afirmar que el hombre es el primer legislador y productor de derecho.

Kelsen en su *Teoría Pura*, parte diferenciando, lo que es una norma jurídica (el equivalente de ley) a lo que es una regla de derecho. Señala que esta última tiene por objetivo describir el derecho y como tal, es una herramienta para comprenderlo, por tanto, podríamos desprender en un comienzo, que la regla de derecho implica un acto de conocimiento.

## CAPÍTULO II

### LA TEORIA PURA DEL DERECHO: ALGUNOS ALCANCES SOBRE LOS

#### CONCEPTOS DE DERECHO Y JUSTICIA EN KELSEN:

##### I) Breve presentación de la obra:

Para comenzar nuestra exposición debemos hacer una breve referencia a la obra de este gran pensador del Derecho del siglo XX.

Hans Kelsen quiso a través de la formulación de esta teoría, reivindicar el lugar que debiese tener el Derecho, dentro de las Ciencias Sociales. Ciertamente Kelsen, concibe el Derecho como una ciencia que debiese estar depurada de todo elemento externo, llámese ideología, política, religión o de cualquier otro elemento de las ciencias de la naturaleza.

Es por lo anterior que el autor señala que el Derecho debe estar consciente de tener un objeto regido por leyes que le son propias.<sup>1</sup> No quiere definir la ciencia jurídica tomando como parámetro y paradigma las ciencias físicas, es más, encuentra en la diferencia con estas, la novedad de contenidos y método de la ciencia jurídica. Es por lo que venimos expresando que el autor rechaza invocar, para salvar el derecho, a Dios (*iusnaturalismo antiguo-medieval*), a la razón (*iusnaturalismo moderno*), o a la social. Kelsen quiere identificar un *primum ius* en que el individuo es legislador positivo, éste es quien pone la norma, es decir, la ley no es impuesta desde afuera, ni por Dios ni por la razón, ni por el Estado, como ya señalamos. El individuo como generador del primer derecho, es soberano, genera un orden jurídico. Esto quiere significar que para Kelsen, la fuente del derecho es el propio derecho del individuo, que no puede tomar desde afuera su capacidad de juzgar y legislar, sino que es él mismo el primer juzgador y legislador.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires: Eudeba, 1999. p. 13

<sup>2</sup> MOLTENI, Agostino. *El acontecimiento de la fe*, Concepción: UCSC 2014. p. 24

## II) La norma jurídica y la regla de derecho:

Como adelantábamos en la presentación, Kelsen realiza una distinción respecto a lo que se debe entender por norma jurídica (ley) y respecto a la regla de derecho. El autor señala que de la misma manera que las ciencias de la naturaleza recurren a las leyes causales para explicar los fenómenos naturales, la ciencia del derecho explicaría la conducta de los hombres con la ayuda de las normas jurídicas. Es decir, más que considerar que las normas jurídicas constituyen el objeto de la ciencia del derecho, podríamos sostener que éstas son solamente el instrumento utilizado para describir el derecho. Por su parte, entendemos por reglas de derecho, las proposiciones mediante las cuales la ciencia jurídica describe su objeto. Este último lo constituyen las normas jurídicas, tales como han sido creadas por actos jurídicos. Si consideramos que las reglas de derecho son también normas, estamos empleando la palabra norma en un sentido descriptivo y no originario. Las reglas de derecho no son creadas por actos jurídicos, es decir, por individuos que poseen la calidad de órganos o de miembros de una comunidad jurídica. Son formuladas por juristas deseosos de comprender y describir el derecho, que empero no actúan en su actividad científica como órganos o miembros de la comunidad jurídica que estudian. La tarea del jurista consiste en conocer el derecho, describirlo con ayuda de las reglas de derecho. Con esto podemos concluir que la regla de derecho es un acto de conocimiento, en tanto que la norma jurídica es un acto de voluntad.<sup>3</sup>

En este punto, vemos como contrariamente a la doctrina del derecho natural, que en palabras del mismo Kelsen es una *metafísica del derecho*, la ciencia jurídica únicamente puede ser una ciencia del derecho positivo, o sea del derecho creado y aplicado por los hombres (primer derecho).

En cada sociedad nos explica el profesor H.L.A. Hart en *El concepto de derecho*, existen ciertos componentes que influyen sobre el comportamiento humano. Estos a la vez pueden

---

<sup>3</sup> KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires: Eudeba, 1999. P 38



dividirse en dos categorías: hábitos sociales y normas sociales.<sup>4</sup> Tomando como base la explicación expresada anteriormente.

### III) Objeto del Derecho:

Después de haber establecido que para Kelsen la ciencia del derecho es una ciencia normativa y no una ciencia de la naturaleza, intentaremos determinar cuál es el objeto particular de ésta. Debemos hacer presente, que esta ciencia normativa pretende estudiar al derecho en sus dos dimensiones: estático y dinámico.

Considerado desde el punto de vista estático, el derecho es solamente un sistema de normas a las cuales los hombre prestan o no conformidad. Los actos por los cuales estas normas son creadas y aquellos con los cuales se relacionen sólo tienen importancia para el derecho así concebido, en la medida en que sean determinados por normas jurídicas. Desde este punto de vista, tienen el carácter de actos jurídicos, pero no forman parte del sistema de normas jurídicas. El ejemplo que nos da Kelsen para ilustrarnos en este punto es el siguiente: al dictar una ley, el parlamento aplica la Constitución, pero el derecho no está constituido por este acto, sino por la Constitución y por la ley dictada por el parlamento. Del mismo modo cuando el juez, fundándose en el código penal, pronuncia una condena de muerte y cuando el verdugo ejecuta la sentencia, los actos de estos dos funcionarios son conformes a derecho; se trata de actos jurídicos por los cuales el derecho es aplicado, pero el derecho mismo no actúa. Es solamente el hombre quien actúa observando o violando el derecho.<sup>5</sup> Nos parece notable, como el autor pone énfasis en que la dimensión estática, dice relación con ordenamiento jurídico mismo, constituido por los diversos cuerpos legales. Cuando un acto determinado haga necesario la aplicación del derecho, recién en este momento, conoceremos la dimensión dinámica.

---

<sup>4</sup> RIDDAL, J.G. *Teoría del derecho*, Barcelona: Ed. Gedisa, primera ed. 1999, p. 61

<sup>5</sup> KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires: Eudeba, 1999. p 36

Retomando el punto de vista estático, vemos como de este prisma, el derecho aparece como un orden social, como un sistema de normas que regulan la conducta recíproca de los hombres, es decir, como un conjunto de normas determinantes de las conductas humanas. Hernández Marín, señala que sería un conjunto de normas entre las que existen relaciones deductivas<sup>6</sup>; es lo que podría existir, por ejemplo, entre el artículo 1545, que establece una norma general respecto a los contratos y que prescribe en su primera parte “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes...”<sup>7</sup> y el hecho de que “el contrato de compraventa legalmente celebrado es una ley para los contratantes”. Un sistema estático de normas queda delimitado o definido una vez que han sido especificados los axiomas, normas, básicos del sistema, entre ellos la ya señalada regla de que “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes”. Dicha especificación es suficiente para afirmar que la norma “el contrato de compraventa legalmente celebrado es una ley para los contratantes”, está dentro del ámbito del sistema estático, según el planteamiento de Hernández Marín.

Y en el segundo caso, por su parte, el sistema dinámico aparece esta vez, como el conjunto de conductas humanas determinadas por las normas.<sup>8</sup> Que por tanto le dan el carácter de dinámico.

Podemos señalar que un aspecto de la concepción dinámica del Derecho de Kelsen consiste en afirmar que el Derecho es un sistema dinámico, esto es, consiste en decir que la existencia de una norma jurídica *N*, según la cual *x* es una norma jurídica, es una condición *necesaria* para que *x* sea una norma jurídica. El otro aspecto de la concepción dinámica del Derecho, al que se refiere la denominación “dinámica del Derecho” o “Teoría dinámica del Derecho”, consiste en afirmar que la existencia de una norma jurídica *N*, según la cual *x* es una norma jurídica, es una condición

---

<sup>6</sup> HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael. *Historia de la Filosofía del Derecho Contemporánea*, Madrid: Ed. Tecnos, seg. Ed.1989. p. 156

<sup>7</sup> Código Civil Chileno, artículo 1545 “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado por el consentimiento mutuo o por las causas legales.”

<sup>8</sup> KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires: Eudeba, 1999. p 37

suficiente para que  $x$  sea una norma jurídica.<sup>9</sup> En este ámbito, según Kelsen, debemos poner el acento sobre la conducta humana a la cual se refieren las normas jurídicas. Estas normas son **creadas y aplicadas por los hombres** y los actos que se cumplen a este efecto son regulados por las normas jurídicas. **El derecho tiene la particularidad de que regula su propia creación y aplicación.** Una teoría dinámica del derecho tiene así por objeto un sistema de actos que son determinados por las normas de un orden jurídico y que crean o aplican dichas normas.<sup>10</sup>

La afirmación de que la conducta de los hombres está enteramente determinada por el derecho no significa que esta conducta sea necesariamente motivada por las nociones que los hombres se han formado de las normas jurídicas. Quiere decir que las normas de un orden jurídico se refieren a que las conductas de los hombres, en la medida que tengan significación jurídica y se exterioricen constituyen una norma jurídica.

Con respecto al asunto de la significación, Kelsen establece en su obra, que si toda norma supone un acto por el cual ha sido creada y hechos a los cuales se aplica, no se la puede identificar, sin embargo, ni con ese acto ni con esos hechos. Es preciso también distinguir lo más claramente posible la norma del acto que la ha creado. Si analizamos cualquiera de los hechos denominados jurídicos (ley, acto administrativo, sentencia judicial, contrato o delito), se pueden distinguir dos elementos: por una parte un acto, perceptible por los sentidos, que acaece en el espacio y en el tiempo, un acontecimiento exterior que consiste frecuentemente en una conducta humana; por otra parte un sentido, una significación específica, de alguna manera inherente a este acto o a este acontecimiento.

Ya señalamos que para Kelsen, desde el punto de vista estático, el derecho es solamente un sistema de normas a las cuales los hombres prestan o no conformidad. Los actos por los cuales estas normas son creadas y aquellos con los cuales se relacionan sólo tienen importancia para el derecho así concebido en la medida en que sean determinados por normas jurídicas. Desde este

---

<sup>9</sup> HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael. Historia de la Filosofía del Derecho Contemporánea, Madrid: Ed. Tecnos, seg. Ed.1989. p. 157-158

<sup>10</sup> KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires: Eudeba, 1999. P 36

punto de vista, tienen el carácter de actos jurídicos, pero no forman parte del sistema de normas jurídicas.<sup>11</sup> No estamos con aquellas tesis que sostienen que para Kelsen el individuo como entidad, constituye una norma jurídica en sí, sino que creemos que de él emanan actos que en la medida que se exterioricen y tengan significación jurídica podrían constituir ciertamente una norma jurídica.

Como hemos visto, en uno u otro aspecto, son las normas jurídicas en las que finalmente se traduce el derecho. Una norma positiva existe cuando es válida, pero se trata de una existencia especial, diferente de la de los hechos naturales, aunque la norma se encuentre en estrecha relación con tales hechos. Es en este sentido en que Kelsen señala que para que una norma positiva exista, es necesario que haya sido creada por un acto, a saber, por un hecho del hombre que transcurra en el espacio y en el tiempo. Una norma no tiene solamente una validez espacial y una validez temporal, tiene también una validez material, si se consideran los hechos particulares, las diversas conductas a las cuales se aplica, ya sean de orden religioso, económico o político. Tiene, por último, una validez personal, referida a los individuos cuya conducta regula.<sup>12</sup> Tratemos de explicar el alcance de tal afirmación.

Para Kelsen el acto es un fenómeno exterior<sup>13</sup>, es decir, su significación o sentido no es perceptible por la vista o por el oído del mismo modo en que se perciben las propiedades de un objeto, su color, dureza o peso, pero en la medida en que se expresa adquiere significación. Sin duda, en la medida en que el acto se expresa por las palabras del lenguaje oral o escrito puede, por sí mismo, enunciar su propia significación. Ésta es una de las particularidades de los hechos estudiados por las ciencias sociales y especialmente por la ciencia del derecho. Un hecho es siempre un fenómeno que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, pero solo es perceptible por los sentidos cuando se trata de un hecho creador de una norma. Por tanto, su significación objetiva no es perceptible por los sentidos, ya que, dicha significación es el resultado de una

---

<sup>11</sup>KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires: Eudeba, 1999. p. 36

<sup>12</sup>KELSEN, Hans. *Ibidem* p. 31

<sup>13</sup>KELSEN, Hans *Ibidem* p.32

interpretación, es decir, de una operación intelectual. En muchos casos esta interpretación objetiva debe hacer abstracción del sentido subjetivo dado al hecho. Por ejemplo, una persona le manifiesta a otra su deseo de venderle un bien determinado. En este caso estamos frente a una oferta. Ésta es una de las particularidades de los hechos estudiados por las ciencias sociales y especialmente por la ciencia del derecho.

Es en este sentido en que Kelsen quiere identificar en el individuo mismo la fuente primera de derecho, actuando éste como legislador positivo, es decir, emanando de él mismo el acto con significación jurídica (en la medida que este se exteriorice, sea perceptible y por tanto constitutivo de norma), como señalamos antes, el acto constituye norma, en la medida que adquiera significación.

Al presentar al individuo como el primer productor de derecho, es decir, al considerarlo como primera fuente de derecho, se le está otorgando la capacidad juzgar y legislar, por tanto, de ser creador de un orden jurídico. Es por lo anterior, que podríamos señalar que para este autor, la norma no es impuesta desde afuera, ni por Dios, ni por la razón, ni por el Estado, sino que reconoce en el propio individuo la primera fuente de derecho<sup>14</sup>. Esto ha sido conocido con el nombre de primer derecho (*o primum ius*), concepto que postula a que el derecho parte en el pensamiento del individuo en cuanto este se exteriorice, es decir, que se ponga en relación con otro. Es la razón, considerada como pensamiento individual (Ley de movimiento de un cuerpo para buscar un beneficio o satisfacción por medio de otro de forma recíproca, a través del acto jurídico). Sobre este punto se podría decir que no se puede razonar con ideas de otros, pero puedo hacer mías las ideas de otros cuando las reconozco como fuente de derecho. Por tanto, sería de esta forma, en que podría constituirse un orden normativo eficaz según Kelsen.<sup>15</sup> Los actos humanos tienen sentido o significado.

---

<sup>14</sup> MOLTENI, Agostino. *El acontecimiento de la fe*, Concepción: UCSC y Centro Cultural Charles Péguy 2014. p. 65-66

<sup>15</sup> MOLTENI, Agostino Ob. cit p. 36

#### IV) El derecho como ciencia normativa:

Dicho lo anterior, podemos ver que por medio de su concepción normativista del derecho, Kelsen explica que finalmente lo que califica al derecho, es sobre todo la noción de norma, entendida esta como un nexo entre un ilícito y una sanción. Para exponer lo anterior, Kelsen señala “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.”<sup>16</sup> En este sentido agregamos que para una ciencia normativa, una sociedad es un orden normativo (moral, religioso o jurídico) constituido por un conjunto de normas. Por tanto, un individuo está sometido a un orden normativo en la medida en que su conducta está regulada por las normas de tal orden. En concordancia con lo anterior, podemos decir que un individuo puede ser considerado como el elemento principal de este ordenamiento normativo en su rol de productor de norma o primera fuente de derecho, solo en relación con otro, es decir, a través de su vida en sociedad. Para Kelsen un orden normativo es eficaz cuando, de una manera general, los individuos a los cuales se dirige se conforman a sus normas.

En consecuencia y referente a esto, el autor efectúa su primera crítica al derecho natural, en cuanto señala que es difícil admitir que una proposición como la anterior, pueda tener el carácter de una verdadera ley natural, comparable a la de la dilatación de los metales bajo el efecto del calor.

Es entonces, en este punto en que Kelsen presenta otra novedad para entender al derecho como ciencia, esta es, la distinción entre causalidad natural y causalidad jurídica.<sup>17</sup>

La novedad introducida por Kelsen significa que la naturaleza con sus leyes naturales (valga la redundancia), dentro del ámbito de la causalidad natural y respondiendo a “interacciones

---

<sup>16</sup> KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires: Eudeba, 1999. p 38

<sup>17</sup> MOLTENI, Agostino. *El acontecimiento de la fe*, Concepción: UCSC y Centro Cultural Charles Péguy 2014. p. 45

biológicas”, debe ser suplementada por algo que no es naturaleza y que no es producido por la naturaleza. Ese algo al que nos referimos es el pensamiento. Esto es, como ya vimos, el verificar si la conducta de un hombre corresponde o no a una norma positiva, a un acto jurídico. Es por esto entonces que Kelsen dice que una norma supuesta desde afuera (Dios, ley natural, razón, Estado), no pertenece al dominio de la realidad y no entraría por tanto al ámbito de la causalidad jurídica donde el elemento central es la imputación, concepto al que haremos referencia en seguida. Por causa de lo anterior, la distinción entre causalidad física-natural y la jurídica se pierde para Kelsen en el ámbito de una concepción metafísico-religiosa pues en esta, el nexos causa-efecto es puesto por la voluntad de un ser superior, del creador divino. Y es precisamente aquí donde Kelsen pretende alejarse completamente de la doctrina *ius naturalista*, ya que él entiende que las leyes naturales, al interior de esta visión metafísico-religiosa, describen normas en que se expresa la voluntad divina, que manda o prescribe a la naturaleza tener un cierto comportamiento. Kelsen quiere hacer ciencia y por eso afirma que en esta visión no se distingue norma y causa: para él, en la ciencia jurídica esta distinción debe ser absolutamente evidente. Dicho lo anterior, podemos decir que claramente: existe diferencia entre el metal que se calienta y el hecho de que dos personas declaren su voluntad de celebrar un contrato.

Como hemos visto, la diferencia fundamental entre la causalidad natural y la jurídica, es que en esta última hay un elemento imprescindible: el elemento de la imputación. Pero para poder desarrollar este elemento se debe entender al hombre en relación con otros hombres y de forma libre, es decir, no sometidos a la causalidad natural, sino totalmente responsables de sus actos. Por tanto, cabe señalar, que la libertad es la condición esencial de la imputación, ya sea, moral, religiosa o jurídica. Cabe concluir en este punto que la causalidad física se caracteriza por la necesidad y la causalidad jurídica por la imputabilidad.

Si tuviéramos que establecer la relación entre cómo se genera el conocimiento a partir de las ciencias de la naturaleza (causalidad natural) y como se obtiene en las ciencias jurídicas (causalidad jurídica), obtendríamos algo como esto:

lurisprudentia=conocimiento *per fructus* // scientia= conocimiento *per causas*<sup>18</sup> (El cuadro puede ser explicado de mejor manera en *El acontecimiento de la fe*, nota al pie)

Es en la concepción del Derecho como ciencia normativa, en la cual Kelsen se ha ganado a sus mayores detractores. Por ejemplo, se ha señalado interpretando erróneamente al jurista, que el hecho de que un individuo tenga el deber jurídico de comportarse de un cierto modo significaría según el autor, que debe existir una norma jurídica que ordene a ese individuo dicho comportamiento. De ahí *supuestamente* deduciría Kelsen, en primer lugar, que un deber jurídico no es más que la norma jurídica en relación a un individuo; y en segundo lugar, que deber jurídico y norma jurídica coinciden.<sup>19</sup>

Sin embargo, a nuestro modo de ver las cosas, esto no sería así, ya que el individuo es considerado por el autor, como la primera fuente de derecho. Como ya explicamos, es del individuo del cual emana el acto con significación jurídica, que en la medida que este se exteriorice adquiere el carácter de norma jurídica. La crítica de algunos autores en este punto se refiere a que puesto que los derechos y deberes son normas, también las personas son reducibles a normas. Pero esto no es así como venimos explicando, ya que, no se estaría considerando al individuo como productor de norma, que es la intención de Kelsen, sino que se la reduce a norma en sí. Por consiguiente tampoco sería efectiva la coincidencia entre deber jurídico y norma jurídica, ya que lo primero responde a la relación de causalidad jurídica y lo segundo, a una manifestación que puede encontrar su fuente en el individuo mismo.

Ya vimos, en su momento que, en cuanto deber ser u orden, la norma jurídica es el sentido subjetivo de un acto de voluntad (*primum ius*) exteriorizado y con significación jurídica, dirigido al comportamiento de otro. Por ello, dice Kelsen que la existencia de la norma jurídica depende de ciertos hechos empíricos de otro. Puesto que esos hechos son actos humanos, la existencia de las

---

<sup>18</sup> MOLTENI, Agostino. *El acontecimiento de la fe*, Concepción: UCSC y Centro Cultural Charles Peguy 2014. p. 65

<sup>19</sup> HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael. *Historia de la Filosofía del Derecho Contemporánea*, Madrid: Ed. Tecnos, seg. Ed.1989. p. 113



normas jurídicas depende de la acción del hombre (primera fuente de derecho). Todas las normas jurídicas son pues según Kelsen, positivas. Por ello dice Kelsen, expresamente, que en esos hechos u actos consiste la positividad de la norma jurídica.<sup>20</sup>

Como expusimos anteriormente, de la interpretación que realiza Hernández Marín (a la que adherimos parcialmente) respecto al tema de que para Kelsen todas las entidades jurídicas son normas jurídicas, también sería por tanto, según lo que expusimos, entidades positivas. Concluye Hernández Marín que no hay derecho natural, sino doctrinas de derecho Natural, ya que todo el derecho es Derecho Positivo.

#### **IV) Derecho y Justicia:**

Para comenzar a exponer sobre este punto, debemos advertir que para Kelsen, en su sentido propio, la idea de justicia es un valor absoluto, un principio que aspira a ser válido siempre y en todas partes, independientemente del espacio y del tiempo, es eterna e inmutable. Por tanto, ni la ciencia del derecho positivo, ni ninguna otra ciencia pueden determinar su contenido, que varía al infinito.<sup>21</sup> En suma, la justicia absoluta no puede ser definida racionalmente.

Considerando la premisa, con la que partimos este análisis, podemos señalar que la justicia es en primer lugar, una característica posible mas no necesaria del orden social. Recién en segundo término, constituye una virtud del individuo, pues un hombre es justo, en conformidad con el pensamiento de Kelsen, cuando su obrar concuerda con el orden considerado justo. Pero cabe preguntarse, ¿Cuándo es justo un orden social determinado? Lo es, creemos, cuando regla la conducta de los hombres de modo tal que da satisfacción a todos y a todos les permite lograr la felicidad. Podemos concluir entonces, que aspirar a la justicia es desear la felicidad de los seres

---

<sup>20</sup> HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael. Historia de la Filosofía del Derecho Contemporánea, Madrid: Ed. Tecnos, seg. Ed.1989. p. 129-130

<sup>21</sup> KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires: Eudeba, 1999. p 48

humanos: al no encontrarla como individuo aislado, el hombre busca la felicidad en lo societario, en la relación con un otro.

Como vamos viendo hasta ahora, podemos atisbar que no hemos logrado llenar aún de contenido el concepto en cuestión, simplemente hemos realizado algunos alcances que dicen relación con que la idea de Justicia para Kelsen, supone un orden social determinado, por tanto, un derecho, entendido este como ya lo hemos visto, en primer lugar considerando al individuo como primer generador de norma jurídica. Ya sabemos que el *Sein* corresponde al mundo de los hechos, del ser y el *Sollen* al mundo del deber. No obstante, cuando hemos señalado que la consecuencia debe seguir a la condición, no la adjudicamos al deber, ninguna significación moral, sino solo una significación jurídica. Que una conducta se encuentre enmarcada dentro del ámbito del Derecho, no quiere decir que necesariamente se pueda calificar como una conducta moral o inmoral. Es en este punto entonces en que delimitamos el ámbito del derecho al de la moral. Ya que podemos ver, cómo las opiniones de los hombres pueden variar y divergir en cuanto a los valores que han de considerarse como evidentes y no es posible realizar todos estos valores en el mismo orden social, nos señala el jurista austriaco.

Es así entonces como podemos afirmar en base al texto, que la ciencia del derecho descrita anteriormente, no puede declarar que tal orden o tal norma jurídica es justo o injusto, pues tal juicio se funda, ya sea en una moral positiva, es decir, en un orden normativo diferente e independiente del derecho positivo, o, en un verdadero juicio de valor con carácter subjetivo, señala Kelsen. Vemos así confirmado lo señalado al comienzo, la justicia como un valor absoluto que muy pocas veces se presenta como un valor relativo, fundado sobre una moral positiva (solo cuando coinciden ambas). Es más, vemos que para el jurista, la justicia absoluta no puede definirse racionalmente. Agrega el autor: “dotada de una validez absoluta, la justicia está más allá de toda experiencia,

como la idea platónica está más allá de la realidad sensible y la cosa en sí es trascendente a los fenómenos.”<sup>22</sup>

Finalmente Kelsen destruye todas las tentativas o acercamientos al ideal de justicia. En primer lugar establece el dualismo entre la justicia y derecho, señalando de forma notable que ésta tiene una doble función. Por un lado permite a los espíritus optimistas o conservadores justificar un Estado o un orden social pretendiendo que es conforme al ideal, y por otro lado, a los espíritus pesimistas o revolucionarios, criticarlos por la razón contraria.<sup>23</sup> Reiteramos entonces, la imposibilidad de determinar científicamente el alcance preciso de la justicia, o llegar a alguna noción de ésta. Es por aquello que todas las fórmulas existentes se podrían considerar vacías, ya sea la regla de “hacer el bien y evitar el mal”, la regla de oro (no hagas con otros lo que no te gusta que te hagan) o el tan conocido, “dar a cada uno lo suyo”. Junto con esto, se le quita todo valor al imperativo categórico de Kant, a raíz de lo señalado en la relación del derecho con la moral.

Para concluir sobre este punto, cabe señalar que la justicia como ideal es irracional y escapa por tanto al conocimiento racional, en suma la ciencia del derecho solo puede explorar el dominio del Derecho positivo.

Por otra parte, para dar la visión de Kelsen respecto del rol que podría jugar el Derecho natural en lo anteriormente expuesto, éste señala que entre más se trata de separar la justicia del derecho, más indulgente se es con el legislador, quien intenta que el derecho sea justo y más se cede respecto a la tendencia ideológica que caracteriza la doctrina clásica y conservadora del derecho natural. Esta doctrina, señala el autor no busca tanto conocer el derecho en vigor como justificarlo y transfigurarlos, destacando que emana de un orden natural, divino o racional: por lo tanto justo y equitativo. Y en este punto el jurista es categórico al señalar que la doctrina revolucionaria del derecho natural, ha desempeñado en la historia de la ciencia del derecho un papel relativamente oscuro y que tiende al fin opuesto al que hemos expuesto anteriormente. Agrega que ha puesto en

---

<sup>22</sup> KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires: Eudeba, 1999. p 48

<sup>23</sup> KELSEN, Hans. Ob Cit. p 49

duda la validez del derecho positivo, afirmando que está en contradicción con un orden absoluto, cuya existencia postula. Presenta por tanto, al derecho bajo una perspectiva que lo hace aparecer a veces mucho más imperfecto de lo que es en realidad.<sup>24</sup>

## V) Moral y Derecho

Ya hemos delimitado el ámbito del derecho al de la moral, no obstante veremos en qué punto estos se relacionan. Como anticipamos anteriormente, para Kelsen al “deber” como categoría, no debe atribuírsele ninguna significación moral, es decir, que una conducta sea prescrita por el Derecho no quiere decir que también lo sea por la Moral. Por tanto, vimos que el “deber ser” como idea trascendente para Kelsen, no dice relación con la posibilidad de que una conducta pueda ser catalogada como moral o inmoral (buena o mala). No obstante podrían coincidir. Se insiste en la Teoría pura, en el hecho de que las normas jurídicas no son lo mismo que las normas morales, pero se pone en duda por el autor el hecho de que la moral pueda constituir eventualmente un valor absoluto. Ahora, señala el autor, si nos ponemos en el escenario en que, tanto el derecho como la moral tienen un carácter normativo y si el sentido de la norma jurídica se expresa, como el de la moral, en la idea del deber, el valor absoluto que es propio de la moral se comunica, en cierta medida, a la noción de norma jurídica. Es evidente señala el jurista, que no podremos liberarnos de la idea-posibilidad de que si una acción está prescrita por el derecho, es decir, que debe ser (*sollen*), pueda ser catalogada a la vez, de buena, justa, equitativa o derechamente moral.<sup>25</sup> He aquí el punto de encuentro entre el Derecho y la moral. A partir del punto en cuestión podemos ver que el Derecho positivo y la moral son dos órdenes normativos diferentes el uno del otro y operan desde sus esferas propias, no obstante, como venimos viendo pueden coincidir. Por tanto, el hecho de que una conducta pueda ser justa, según el ordenamiento jurídico, es decir, que esté conforme al derecho positivo, pueda a la vez puede ser moral. Kelsen hace una aguda reflexión al

---

<sup>24</sup>KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires: Eudeba, 1999. p 50

<sup>25</sup> KELSEN, Hans. Ob. Cit. p 54

señalar que lo anterior no es rechazar la idea de que el derecho debe ser moral, sino que solo en cuanto el orden jurídico mantenga su independencia de la moral, la conducta de los hombres puede ser calificada de buena o de mala<sup>26</sup>. Es interesante ver cómo la Teoría Pura permite la aplicación de la moral frente al ordenamiento jurídico con todo lo que ello implica. Es decir, se entrega a la moral la posibilidad o el poder de establecer la conducta a seguir. Pero continúa, desde el momento en que una norma moral es aplicada en virtud de una norma jurídica adquiere por tal circunstancia, señala el autor, el carácter de norma jurídica. Inversamente puede suceder que un orden moral prescriba la obediencia al derecho positivo. En este último caso el derecho, se convierte en parte integrante de la moral, la cual tiene una autonomía puramente formal, dado que al delegar en el derecho positivo el poder de determinar cuál es la conducta moralmente buena, abdica lisa y llanamente en favor del derecho y su función queda limitada a dar una justificación ideológica al derecho positivo. Por lo anteriormente expuesto, no debemos caer necesariamente en el relativismo, ya que Kelsen lo que quiere demostrar finalmente es la independencia del Derecho frente a cualquier elemento externo, estableciendo un método único de producción de normas jurídicas, una forma uniforme de entender la Ciencia Jurídica.

Para que el orden moral sea distinto del orden jurídico es preciso que el contenido de las normas morales no se confundan con el de las normas jurídicas y que no haya, por consiguiente, relación de delegación del derecho a la moral o de la moral al derecho.<sup>27</sup>

Como vamos viendo, el derecho no se distingue de la moral porque las normas del derecho sean positivas y las de la moral, naturales. Según Kelsen, en este punto, todas las normas, jurídicas o morales son positivas y por la misma razón, a saber, son órdenes, por tanto, son los sentidos subjetivos de actos humanos<sup>28</sup> que se expresan. En concordancia al tema que ya vimos, de las conductas con significación jurídica y su exteriorización señalábamos que en muchos casos esta interpretación objetiva, respecto del acto, debe hacer abstracción del sentido subjetivo dado al

---

<sup>26</sup> KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires: Eudeba, 1999. p 45

<sup>27</sup> KELSEN, Hans. Ob. Cit p.45

<sup>28</sup> HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael. *Historia de la Filosofía del Derecho Contemporánea*, Madrid: Ed. Tecnos, seg. Ed.1989. p. 142

hecho. Kelsen señala el siguiente ejemplo: cuando un agitador político incita a matar a un compatriota que considera como enemigo de la nación, no estamos en presencia de una norma moralmente obligatoria (podría eventualmente ser norma jurídica). Por el contrario encontramos esa norma en la palabra de Cristo que nos exhorta a amar a nuestros enemigos. Se trata aquí de una norma positiva, dado que ha sido establecida, de acuerdo con el Evangelio, en el Sermón de la Montaña, o sea por un acto que ha sucedido en una época y en un lugar determinados. Pero para que este acto constituya una norma moral, es preciso suponer la existencia de otra norma que prescriba obediencia a los mandatos de Cristo.<sup>29</sup> En este caso podríamos ver cómo podría entrecruzarse una norma jurídica con una norma moral.

Finalmente, podemos desprender que, en la relación que nos ocupa, la novedad de contenidos presentadas por el jurista, radica en presentarnos, tanto la norma moral como la norma jurídica, dentro de sus respectivos ámbitos, respetando sus límites y la independencia o autonomía entre una y otra. La precisión que pretende hacer Kelsen en este punto, se trata, no de la distinción entre el Derecho y la Moral en cuanto a su contenido, es decir, respecto a lo que estas disciplinas ordenan o prohíben, sino que tanto la Moral como el Derecho son, como señalamos anteriormente, parte de los sentidos subjetivos de actos humanos que se exteriorizan. Esto explica entonces, lo que desarrollamos en su momento respecto al “primer derecho”, es decir, el fenómeno que se refiere a que el ser humano sería el primer productor de derecho. Por tanto, el Derecho al igual que la moral, pueden tener cualquier contenido.<sup>30</sup> Sin por esto tener que considerársele de relativista, como ya vimos.

Podríamos concluir, entonces que el Derecho y la Moral, establecidas las precisiones recién vistas, se justifican a sí mismas, solo actuando dentro de sus respectivos ámbitos, sin perjuicio de que, una norma jurídica pueda ser a la vez una norma moral y viceversa. No obstante lo anterior, habiendo delimitado el tema, podemos sostener que ambas disciplinas incluso podrían llegar a

---

<sup>29</sup> KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires: Ed. Eudeba, 1999. P 33

<sup>30</sup> HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael. *Historia de la Filosofía del Derecho Contemporánea*, Madrid: Ed. Tecnos, seg. Ed.1989. p. 143

asemejarse en el hecho de que ambos ordenamientos imponen sanciones. Dejaremos pendiente este último tema.

## **VI) Imputación y causalidad jurídica**

A lo señalado anteriormente debemos agregar otro importante factor: la imputación, elemento sin el cual existirían solo causas (sucesivas), se tendría que eliminar prácticamente la posibilidad de atribuir a un sujeto un determinado acto, en su lugar se tendría que poner a Dios, a la naturaleza del hombre (ley natural), a la razón, a la sociedad, a las ideologías, al Estado, etc.

En la obra aludida, al exponer el principio en cuestión, Kelsen señala cómo operaba la imputación en el pensamiento primitivo y producto de esa observación concluye que entre la condición y la consecuencia, entre la acción buena o mala y la recompensa o la pena, no hay una relación de causa efecto, sino una imputación, ya que la recompensa o el castigo son imputados a la acción a la cual deben “retribuir”. Cuando el hombre primitivo siente la necesidad de explicar los fenómenos naturales, los considera como recompensas o penas según se produzcan a su favor o en su contra. Un acontecimiento ventajoso es la recompensa de una conducta buena, en tanto que un acontecimiento desfavorable es la pena de una mala acción. Esta interpretación de la naturaleza, no es pues causal, sino normativa, dado que se funda sobre la norma social de la retribución.<sup>31</sup>

Como vemos, hablar de imputación para Kelsen, significa afirmar que en el mundo de la naturaleza, se vislumbra este elemento llamado “causalidad jurídica” (aquí nos encontramos en el mundo del *Sollen*, es decir, del deber) que, como podemos notar, se diferencia de la causalidad natural (causa-efecto). Al respecto, cabe señalar, que no podemos entender la causalidad jurídica dentro del mundo del *Sein*, es decir, del ser o de la necesidad, donde todo funciona mecánicamente dentro de esta relación causa-efecto.

---

<sup>31</sup> KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires: Ed. Eudeba, 1999. P 23

La diferencia fundamental entre la causalidad (natural) y la imputación consiste, pues, en que la imputación tiene un punto final, mientras que la causalidad no lo tiene<sup>32</sup>. Kelsen agrega a lo anterior que, considerado como un elemento de la naturaleza, el hombre no es libre, pues su conducta está determinada por las leyes causales. En cambio cuando uno de sus actos es juzgado a la luz de una ley moral, religiosa, o jurídica, ya se trate de una buena acción, de un pecado o de un crimen se imputa a este acto la consecuencia (recompensa, penitencia o pena) determinada por la ley examinada, por el acto mismo no es imputado a otra cosa o a otra persona.

Debe tenerse presente que las normas emanan de un acto de voluntad. Por tanto, al tratarse de una creación humana, el derecho no sólo es visto como algo artificial, sino además, totalmente dependiente de dicha voluntad. De ahí que se lo enmarque no el mundo de la naturaleza, del *Sein*, sino del *Sollen*, esto es, el espiritual, el del deber ser, propio del hombre. Las normas en general y las jurídicas en particular pertenecen, por tanto, al mundo del *deber ser*, porque no describen lo que ocurre en la realidad, lo que es, sino que prescriben lo que debe hacerse. Esta separación debe tener muy en cuenta, por constituir uno de los ejes de la *Teoría Pura del Derecho*, y una clara manifestación de la separación, entre la causalidad (natural) imperante en el *Sein* (la cual sencillamente se da de manera independiente al querer humano) y la relación de imputación, existente en el *Sollen* (que por el contrario depende totalmente de dicho querer).

En consecuencia, si el Derecho (que está constituido por normas que forman un ordenamiento jurídico) pretende ser objeto de un estudio científico, debe ser abordado de manera objetiva, esto es, sin atender al contenido o materia de esas normas, de suyo variable e irracional. Este es el motivo por el cual se intenta estudiar sólo su estructura o forma, desde una perspectiva neutral, o como se ha dicho antes, limitándose a analizar el Derecho que es, no el que debiera ser. De esta manera, en su aspecto estructural o formal, las normas son identificadas como un juicio hipotético respaldado por una sanción. En esto Kelsen muestra una diferencia con la tradición

---

<sup>32</sup> KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires: Eudeba, 1999. p 26



anterior. Mientras usualmente se había tendido a identificar la estructura de las normas con los mandatos u órdenes, Kelsen hace hincapié en el nexo de imputación. Esto significa como ya vimos, que la norma jurídica establece una relación (emanada de la voluntad humana, que por lo mismo, puede ser arbitraria) entre un comportamiento determinado, no importa cuál, y una sanción, de tal modo que en caso de no cumplir el primero, se desencadena la segunda. De esta forma, el Derecho es considerado un aparato coactivo, que como tal regula el uso de la fuerza.

Por tanto, para Kelsen el hombre es libre porque es imputable, no es imputable porque es libre.

Luego relacionaremos este punto con lo referente a la norma fundamental y la jerarquización de las normas.

## **VII) Imputación y libertad**

Hemos visto como para Kelsen hay dos ciencias: una, la que se ocupa de los nexos causa-efecto; la otra que se ocupa de los nexos de imputación (la ciencia normativa).

Para Kelsen es falso e ilusorio hablar de un libre albedrío simplemente, ya que, este libre albedrío es abstracto e irreal porque no es imputable. El hombre no es libre por naturaleza, sino por un acto de imputación. El autor en cuestión, con aguda observación ha percibido, que la libertad se entiende generalmente al hecho de no estar sometido al principio de causalidad, ya que, éste ha sido concebido, en su origen al menos, como necesidad absoluta. Sin embargo, señala el jurista austriaco, se debe entender lo contrario, es decir, el hombre puede ser libre en tanto su conducta, a pesar de las leyes causales que la determinan, se convierte en el punto final de una imputación; es decir, la condición de una consecuencia específica (recompensa, penitencia o pena).<sup>33</sup>

---

<sup>33</sup> KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires: Ed. Eudeba, 1999. p 27

La libertad sería así la condición misma de la imputación moral, religiosa o jurídica.

Luego de esto podemos ver cómo se ha intentado justificar el libre albedrío tratando de probar que la voluntad humana no está sometida al principio de la causalidad, pero tales esfuerzos han sido en vano.

La imputación no es algo nuevo en el derecho, no la ha inventado Kelsen. Pero para el jurista austriaco, no es suficiente que se diga que imputabilidad es la facultad de ser imputable y que se vincule con un cierto hecho ejecutado por un individuo. Ej: Ser imputable un individuo por matar a otro hombre.

Según lo anterior, el hombre es entonces el punto final de una imputación, imputación que es hecha posible por la existencia de un ordenamiento normativo que si no existiera con la posibilidad de sancionar aquel cierto comportamiento o conducta, no se podría hablar de imputación y por eso de libertad. La libertad no es como se piensa frecuentemente la posibilidad de actuar como se quiere.

## CAPITULO III

### LA ESTRUCTURA JERÁRQUICA DE LA NORMA:

Kelsen llamó a su teoría (que fue modificando a lo largo de su vida), la “teoría pura del derecho” y, su objetivo era identificar la esencia real de las leyes, aquello que convierte a algo en una ley, en oposición a otras formas posibles de regir una sociedad que puedan existir. Quería encontrar la característica común del derecho, ya fuera observando <una tribu negra bajo el liderazgo de un jefe tribal despótico> o <la constitución republicana de Suiza>. Su teoría supuso una reacción contra las teorías que habían sido comunes con anterioridad durante todo el siglo, en las que el derecho era considerado como algo comprensible sólo si se lo entendía como una rama de la sociología, un aspecto de la política o una parte de la tradición histórica de una nación. Kelsen quería deshacerse, en su teoría, de todos estos elementos (y lo consiguió), que él consideraba ajenos. Quería, y nos ha dado, una teoría pura del derecho. (Kelsen no fue el primero en buscar esta teoría. Grocio, en 1625, escribió en su prólogo a *De iure belli ac pacis*: <<Con toda sinceridad puedo decir que, del mismo modo en que las matemáticas tratan sus figuras como abstracciones de los cuerpos, al tratar sobre el derecho he apartado mi mente de todo hecho particular>>).<sup>34</sup>

Una de las mayores novedades que podemos encontrar en la doctrina kelseniana es su “pirámide”, por medio de la cual, trata de explicar cómo el ordenamiento jurídico se estructura en base a un sistema de normas.

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 orden determinado únicamente cuando existe la posibilidad de hacer depender su validez de la norma fundamental que se encuentra en la base de

---

<sup>34</sup> RIDDAL, J.G. *Teoría del derecho*, Barcelona: Ed. Gedisa, primera ed. 1999, pag. 149

este orden.<sup>35</sup> Con esto Kelsen quiere explicar que lo particular está contenido en lo general y que las normas particulares, en cuanto a contenido, estarán siempre subordinadas a una norma fundamental, y se puede llegar a esto mediante una operación intelectual que implica inferir lo particular de lo general. La norma fundamental señala el autor, tendrá siempre un carácter material y estático.<sup>36</sup> Sin embargo podemos ver, cómo en este punto se ha criticado la *Teoría Pura* señalando: para Kelsen todas las normas (jurídicas o no) son positivas, puestas por un acto de voluntad. Por tanto, la concepción de Kelsen de los sistemas estáticos de normas, formados por normas que deben su existencia al hecho de haber sido deducidas de otras normas, y no al hecho de haber sido puestas, contradice el concepto de norma de Kelsen. Sin embargo, según la opinión de Hernández Marín que una norma sea deducida de otra, nada cambia en el mundo externo.<sup>37</sup>

En síntesis, para Kelsen toda norma debe ser interpretada para su aplicación, o sea, en la medida en que el proceso de creación y de aplicación del derecho desciende de un grado en la jerarquía del orden jurídico.<sup>38</sup>

#### I) La norma fundamental ( o *grundnorm*):

Hans Kelsen, empezó a reflexionar sobre la naturaleza del derecho mientras examinaba la Constitución de Austria antes de la Primera Guerra Mundial. La primera formulación completa de su teoría apareció en 1918 y la primera presentación de ésta en inglés tuvo lugar en 1934, después de que Kelsen emigrara a Estados Unidos. El 1945 publicó *General Theory of Law and State*

---

<sup>35</sup> KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires: Ed. Eudeba, 1999. p 111

<sup>36</sup> KELSEN, Hans. *Ibidem* p. 112

<sup>37</sup> HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael. *Historia de la Filosofía del Derecho Contemporánea*, Madrid: Ed. Tecnos, seg. Ed.1989. p. 169

<sup>38</sup> KELSEN, Hans. *Ibidem* p. 129

(traducción española: *Teoría General del Derecho y del Estado*, UNAM, 1949) y, después de varios artículos, lo reeditó revisado en 1967. Una presentación completa de esta obra apareció en 1964.<sup>39</sup>

Kelsen al estructurar el ordenamiento jurídico, parte de la premisa de que en la cúspide se encontraría la Constitución, es decir, la norma fundamental (en alemán *grundnorm*). La *Teoría pura del derecho* atribuye a la norma fundamental el papel de una hipótesis básica. Partiendo del supuesto de que esta norma es válida, también resulta válido el orden jurídico que le está subordinado, ya que la misma confiere a los actos del primer constituyente y a todos los actos subsiguientes del orden jurídico el sentido normativo específico que aparece en la relación establecida por una regla de derecho entre un hecho ilícito y una sanción. Es, pues, en último análisis, en la norma fundamental donde encontramos la fuente de la significación normativa de todos los hechos que constituyen un orden jurídico. Sólo la hipótesis de una norma fundamental permite conferir un sentido jurídico a los materiales empíricos que se presentan al examen del jurista y considerarlos como formando un sistema de normas. Inversamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico particular depende de la naturaleza de los materiales a los cuales debe dar una significación jurídica.<sup>40</sup> Quisiera detenerme en este punto y tratar de hacer frente a la crítica que se hace sobre el respecto. A nuestro parecer, el hecho de que la norma jurídica más básica y particular esté dotada de la validez proveniente de la norma fundamental, no es una contradicción en sí. Como podemos ver, a la luz de *La Teoría pura del derecho*, vemos que Kelsen, luego de formular su hipótesis, establece que la norma general, dota de validez a la norma particular, en cuanto encontraríamos en la norma fundamental, la fuente de significación normativa. Que a nuestro entender no sería lo mismo que la significación jurídica que explicamos en su momento, (cuando hacíamos referencia de que el individuo era el primer productor de derecho). Por tanto, no es lo mismo decir que una norma particular tiene validez al encontrar su fuente de significación normativa en la norma fundamental, a decir, que el hombre es el primer productor de

---

<sup>39</sup> RIDDAL, J.G. *Teoría del derecho*, Barcelona: Ed. Gedisa, primera ed. 1999, pag. 149

<sup>40</sup> KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires: Ed. Eudeba, 1999. p. 113

derecho, al emanar de él, un acto o conducta, con significación jurídica, en la medida en que esta se exteriorice y sea imputable.

Agrega Kelsen, al punto en cuestión: la norma fundamental es así la hipótesis necesaria de todo estudio positivista del derecho. Al no haber sido creada según un procedimiento jurídico, no es una norma del derecho positivo; dicha norma no es “puesta” sino “supuesta”. Supuesta en el sentido de que tiene un origen temporal, y un hecho determinado que derivó en la formación de una Constitución. Es la hipótesis que permite a la ciencia jurídica considerar al derecho como un sistema de normas válidas. Todas las proposiciones por las cuales esta ciencia describe su objeto, están fundadas sobre el supuesto de que la norma fundamental es una norma válida. Pero esto no significa que la ciencia del derecho afirme la validez de la norma fundamental: se limita a declarar que si la norma fundamental es supuesta válida, el establecimiento de la primera Constitución y los actos cumplidos conforme a ella tiene la significación de normas válidas.<sup>41</sup>

Esto no se contrapone a lo que ya hemos expuesto, en cuanto el autor, sostiene que: si quisiéramos ahora determinar cuál es el fundamento de validez de la Constitución de la cual depende la validez de las leyes y los actos jurídicos, podríamos remontarnos hasta una Constitución más antigua, pero llegaríamos finalmente a una primera Constitución establecida por un usurpador o por un grupo cualquiera de personas. La voluntad del primer constituyente debe ser considerada, pues como poseedora de un carácter normativo, y de esta hipótesis fundamental debe partir toda investigación científica sobre el orden jurídico considerado. Todo acto de coacción debe ser cumplido respetando las condiciones de fondo y de forma establecidas por el primer constituyente o por los órganos a los cuales ha delegado el poder de fijarlos: tal es, esquemáticamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico estatal, la única de la que nos ocuparemos por el momento.<sup>42</sup>

---

<sup>41</sup> KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires: Ed. Eudeba, 1999. p. 114

<sup>42</sup> KELSEN, Hans. Ob. Cit. p. 113

Por tanto, para que un orden jurídico nacional sea válido, según el jurista vienés, es necesario que sea eficaz, es decir, que los hechos sean, en cierta medida, conformes a ese orden, un orden jurídico es válido cuando sus normas son creadas conformes a la primera Constitución, cuyo carácter normativo está fundado sobre la norma fundamental. Pero la ciencia del derecho verifica que dicha norma fundamental sólo es supuesta si el orden jurídico creado conforme a la primera Constitución es, en cierta medida, eficaz.<sup>43</sup>

El análisis que ilumina la función de la norma fundamental descubre también una particularidad del derecho: que el mismo regula su propia creación, pues una norma determina cómo otra norma debe ser creada y, además, en una medida variable cuál debe ser su contenido. En razón del carácter dinámico del derecho, una norma sólo es válida en la medida en que ha sido creada de la manera determinada por otra norma. Para describir la relación que se establece así entre dos normas, una de las cuales es el fundamento de la validez de la otra, puede recurrirse a imágenes espaciales y hablar de norma superior y de norma inferior, de subordinación de la segunda a la primera.<sup>44</sup>

Otra interpretación que podemos encontrar referente al tema, expone que la norma fundamental para Kelsen, en primer lugar es formal, es decir, no es definida por ningún contenido, en segundo lugar es positiva, ya que permite la creación de valores jurídicos por medio de normas positivas. En este sentido la *grundnorm*, esta norma fundamental, es la elección entre alternativas de civilización, es decir, hay que obedecer a la norma, por el solo hecho de ser norma, no sólo al mandato constitucional, por ser esta norma superior y por eso la norma fundamental es una norma que se establece como modelo comparativo más que como una obligación a la norma. Esta *grundnorm* no se activa en presencia de ladrones. Se trata de una alternativa de civilización: o regularse según obligación o bien libremente; cuando yo asumo algo como obligación, no como algo impuesto por la norma superior. Es decir, Kelsen nos propone mirar la norma fundamental, como una norma de comparación, que como un espejo, sea reflejo del actuar de los hombres.

---

<sup>43</sup>KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires: Eudeba, 1999. p 115-116

<sup>44</sup>KELSEN, Hans. Ob. Cit. p. 118

Frente lo anterior, no se han hecho esperar las críticas. Hay quienes sostienen que la jerarquía *vienesa* no existe, es decir, que no existe más jerarquía que la semántica. Así Hernández Marín postula al respecto, que la concepción jerárquica del Derecho de la Escuela de Viena debe su supervivencia a la disparidad de criterios que existen para justificarla, así como a la ambigüedad de alguno de dichos criterios. A opinión de este jurista español, las únicas diferencias jerárquicas o de nivel que existen entre las disposiciones jurídicas son diferencias de nivel lingüístico. De esta forma, Hernández Marín no ve ningún inconveniente, ni tampoco ventajas en llamar superiores a las disposiciones jurídicas metalingüísticas e inferiores a las disposiciones jurídicas del lenguaje-objeto.<sup>45</sup>

Sin embargo, así las cosas, Kelsen previendo las críticas, no deja cabos sueltos, y si los deja, no logran percibir con facilidad o bien dan lugar a interpretaciones erróneas. El jurista agrega, un orden jurídico no es un sistema de normas yuxtapuestas y coordinadas, como prefieren considerarlo algunos. Hay una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversas en diversos estratos superpuestos. Por tanto, la unidad del orden reside en el hecho de que la creación y por consecuencia la validez de una norma está determinada por otra norma, cuya creación, a su vez, ha sido determinada por una tercera norma. Podemos de este modo remontarnos hasta la norma fundamental de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto.<sup>46</sup>

---

<sup>45</sup> HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael. Historia de la Filosofía del Derecho Contemporánea, Madrid: Ed. Tecnos, seg. Ed.1989. p. 174

<sup>46</sup> KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires: Eudeba, 1999. p 118-119



## CAPITULO IV

### ¿QUE SERÍA EL ACTO JUSTO PARA KELSEN?:

Kelsen en *el problema de la Justicia* trabaja sobre el concepto de norma (que se puede entender simplemente como “término de comparación”) y se pregunta qué sucede entre justicia y derecho. Decisivo es entender el orden jurídico del lenguaje de Kelsen para el cual los nombres no son nombres de cosas (griegos y toda su filosofía ontológica) sino de actos-acciones y de sus efectos imputables.

Para Kelsen no hay una relación lineal como siempre se había pensado: una norma vale cuando es justa, la ley vale cuando es justa. Es una ilusión pensar que la norma de justicia venga de Dios o de la naturaleza humana, o de la razón, y que por eso existe sólo esta norma como válida excluyendo cualquier otra a través de un sacrificio del pensamiento individual.

Kelsen dice que afirmar: “es justo” es una valoración, es un juicio que afirma que un comportamiento es justo en relación con una norma (*primum ius*). Es decir, los actos pueden ser considerados justos o injustos. El valor de la justicia de un acto, con que se establece una norma es distinto del valor de la norma. Podemos decir que es “justa” o “injusta” la norma, después de haber hecho un trabajo de comparación entre la norma y el comportamiento (frutos). Por eso Kelsen, separa el valor de la justicia del valor de la norma que fundamenta el valor “justicia”. Es la distinción de lo “justo” de la norma, que es término de comparación con que se juzga un acto sancionándolo como justo o injusto. En suma, solo comparando normas y hechos se puede juzgar y se puede decir si estamos en presencia de un ordenamiento justo.

Como ya vimos, Kelsen dice que en la historia se han producido normas de justicia universal: “Haz el bien, evita el mal”; “Dar a cada cual lo suyo”; “No hacer a otros lo que no quiere

que se haga contigo".<sup>47</sup> Estas normas sugieren actuar según una ley universal. Pero, estas normas (igual al imperativo categórico de Kant) son absolutamente vacías, sin contenido positivo, no se dice lo que se debe hacer. Kelsen dice al contrario, que para el conocimiento racional sólo existen intereses (beneficios) y en consecuencia conflictos de intereses (maleficios) y propone que es propiamente en virtud del *primum ius* que se establece el beneficio-maleficio (imputación de una acción buena o mala) por medio de otro del que se obtiene el beneficio o maleficio: es decir, es necesario un ordenamiento jurídico (acto jurídico) para la norma universal vacía.

---

<sup>47</sup> KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires: Eudeba, 1999. p 49

## CAPÍTULO V

### LA JUSTICIA Y EL DERECHO APLICADO POR LOS JUECES AL CASO CONCRETO, DESDE KELSEN:

Realizado un breve acercamiento al tema del Derecho y la Justicia podemos agregar que existe una preocupación postrera y prácticamente dejada de lado en nuestros días por la Ciencia del Derecho, cual es, la labor judicial, es decir, el trabajo de los jueces y qué piensan estos al momento de impartir la tan anhelada justicia.

Kelsen para introducirnos en esta cuestión, señala que la función de los órganos y de los miembros de una comunidad jurídica consiste en crear o aplicar las normas jurídicas que regulan la conducta de los individuos integrantes de esa comunidad, no en describir estas normas ni buscar la adquisición de un conocimiento científico. Sin duda, para crear una norma jurídica es necesario disponer de cierto número de conocimientos: el legislador debe conocer la materia que quiere regular, el juez por su parte, debe comprobar los hechos respecto de los cuales pronunciará su fallo.<sup>48</sup> Es curioso, como en este punto Kelsen, establece que es más importante que el juez conozca los hechos antes que la ley aplicable al caso concreto. Lo anterior nos parece que nos es más, que otra manifestación del *positivismo kelseniano*, ya que lo que interesa es el acto con significación jurídica, el hecho, más que la ley misma. Esta precisión es necesaria, considerando que existe la creencia popular, de que un juez por fallar con irrestricto apego a la norma está siendo positivista.

Al respecto podemos señalar que en torno a la constante discusión que existe respecto al considerar al Derecho como ciencia, se ha llegado a cierto consenso por parte de la comunidad científica en otorgarle tal calidad. Esto es particularmente importante, al considerar, que expertos de las diversas áreas de la ciencia, poseen una forma distinta de pensar, todos los hacen desde el

---

<sup>48</sup>KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires: Eudeba, 1999. p.38

prisma de su respectivo ámbito. Por tanto, el juez dentro del ámbito del Derecho, tiene una forma particular de pensar y de ejercer su labor, que se trata de nada menos que de impartir justicia.

Kelsen ha sostenido en su obra que el derecho positivo no permite la elección de la solución “justa”, entre las diversas posibilidades contenidas en el marco de la norma, con lo cual el problema por resolver no es de la competencia de la ciencia del derecho sino de la política jurídica. De esta forma, no hay diferencia esencial entre la preparación de una sentencia judicial o un acto administrativo conforme a la ley y la elaboración de una ley conforme a la Constitución. La interpretación de la Constitución no posibilita más a legislador dictar una ley justa de lo que la interpretación de la ley posibilita a un tribunal pronunciar una sentencia justa. Entre estos dos casos, sin embargo, existe una diferencia de orden cuantitativo, ya que desde el punto de vista material la libertad del legislador es más amplia que la del juez, pero éste también está llamado a crear normas jurídicas y goza de cierta libertad en su actividad, puesto que la creación de una norma individual es un acto de voluntad en la medida en que se trata de llenar el marco establecido por la norma general.<sup>49</sup>

Ordinariamente ha existido la creencia popular en el ámbito del Derecho, de que existen jueces que imparten Justicia de forma más apegada a la norma positiva (“jueces positivistas”) contra otros, que ejercen la justicia de forma más flexible, fundándose en principios, costumbres y en la buena doctrina, establecidos como fuentes del derecho (“jueces iusnaturalistas”). Es la dicotomía anterior, la que pretendemos dilucidar con este análisis, es decir, verificar qué tan cierto es lo anteriormente planteado, o finalmente cuál es el alcance práctico que podría tener en la labor concreta y diaria del juez.

Dicho lo anterior, debemos agregar que esta forma de pensar de los jueces nos involucra a todos, cuando súbditos de la justicia, debemos atenernos a la sentencia de los jueces, que estarán “pensadas” y estructuradas de una forma particular.

---

<sup>49</sup> KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires: Eudeba, 1999. p. 133

Se ha planteado por algunos, la idea de la devaluación de la labor judicial que aqueja sobre todo a los jueces dentro del contexto Latinoamericano (donde los sistemas judiciales comparten varias características comunes), que posee diferencias respecto, por ejemplo, al sistema del *Common Law*. El problema, podríamos decir, se traduce en la subyugación irrestricta que tienen los jueces en la aplicación de la ley. Junto con esto, se ha planteado que la tradición romanista y doctrinaria vigente al día de hoy, lo obliga a funcionar como un aplicador automático de normas escritas. Se admite con alérgica o reticente tolerancia que el juez “interprete” una norma, pero nunca se admite que deje de aplicarla por propia decisión doctrinaria, o que encuentre una forma más justa, más razonable o más adecuada de resolver el caso al margen de la ley<sup>50</sup>. Esto por supuesto, sumado a todas las falencias del sistema judicial que aqueja prácticamente a todas las áreas del Derecho (familia, laboral, civil, penal, etc.), sistemas judiciales donde las infinitas necesidades sociales respecto a la administración de justicia han provocado una verdadera hecatombe demográfica en cuanto a la solicitud de servicio en los tribunales.

Como venimos viendo, la devaluación de la labor judicial sumado a los problemas del sistema judicial, ha hecho replantearse, sobre todo el irrestricto sometimiento de los jueces a la ley, ya que, se ha visto cómo los jueces realizan su labor atendiendo solamente a sistemas rígidos y escritos de derecho y han olvidado su función creadora de derecho, es decir, la jurisprudencia como una fuente de derecho en sí, como una forma de evaluar y constatar resultados. Por tanto, como señalamos anteriormente, las conductas particulares, la costumbre y la buena doctrina, podría pensarse en principio que tiene para los jueces un menor valor, que la norma en sí. Como señala Herrendorf, la ciencia del derecho, como cualquier otra ciencia del hombre, se turba cuando está ahorcada entre parámetros agotadores

El valor de la jurisprudencia, es decir, de las sentencias judiciales como fuentes del derecho, tienen una especial importancia referente al tema que estamos analizando. Es por todos conocida la pirámide Kelsen, en virtud de la cual, ubica las diversas normas del ordenamiento

---

<sup>50</sup>HERRENDORF, Daniel, *Como piensan los jueces*, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1998 p. 101

jurídico, encontrándose en la cúspide la *grundnorm* o norma constitucional, considerándosele la más general de todas y en su base la más particular y específica de todas, cual es, la sentencia judicial, considerada por el jurista como el sustento de todo el ordenamiento jurídico de un lugar determinado. Esto ha sido considerado como uno de los mayores descubrimientos del siglo XX, por la comunidad científica.

Cabe señalar, que las normas solo adquieren existencia al momento en que el juez la tiene en cuenta para resolver un litigio, a través de una sentencia. Es decir, cuando los jueces movilizan el ordenamiento jurídico buscando la norma aplicable al caso concreto para redactar la sentencia, en realidad está haciendo correr la sangre por ese cuerpo estático, está haciendo funcionar un organismo inmóvil, que de otro modo no tendría vigencia<sup>51</sup>, como dice Herrendorf.

Cuando el juez a través de su sentencia resuelve un caso, podemos decir en principio, que no son las convicciones de ese juez las que condenan o absuelven o resuelven, la sentencia lo hace. Más allá de los sistemas de valoración de la prueba cuestión que escapa a los fines de este estudio. Por tanto podemos decir que esta sentencia no será antojadiza, ni provendrá de la mera liberalidad, o de un capricho del juez, sino que deberá estar fundada en una norma más general que la sentencia, pues la sentencia es la más individual de las normas, como venimos viendo. De acuerdo a lo que vamos viendo, a medida que ascendemos por la pirámide de Kelsen, las normas aumentan en generalidad y en abstracción y se reducen en cantidad, por eso se trata de una pirámide y no de un cono invertido o de un cilindro<sup>52</sup>, como señala Herrendorf.

Como vamos viendo, podemos desprender de lo anterior, que una norma adquiere vigencia o existencia en la realidad, en la medida en que el juez la considere en la sentencia para aplicarla a un determinado caso, es decir, el juez con su sentencia son el verdadero motor del ordenamiento jurídico.

---

<sup>51</sup> HERRENDORF, Daniel, *Como piensan los jueces*, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1998 p 91

<sup>52</sup> HERRENDORF, Daniel, Ob cit. p 90

Podemos concluir que el juez no es indiferente al derecho, no está fuera de la vivencia de la experiencia jurídica, al contrario, la integra vivenciándola de una manera tangible, expresándose a través de su juicio. Al respecto podemos ver que ni siquiera el hombre común, que vive el derecho en plenitud, como señalamos, siendo el primer creador de norma jurídica, tiene la misma vivencia del juez, pues este hombre común está situado de tal modo que vive el derecho en un protagonismo activo, de acuerdo a las conductas que el escoja en su libertad situacional. Como magistralmente expone Herrendorf, el juez tiene una vivencia peculiar del Derecho, que es la vivencia que integra la experiencia jurídica con la justicia, es decir, el sustrato de las conductas con el valor de esas conductas. Desde lo más íntimo de su conciencia profesional, el juez está dándonos el sentido del derecho, valorándolo y adecuándolo a las conductas que la sociedad le pone por delante<sup>53</sup>. Por eso es justamente eso: un juzgador.

Como hemos visto, podemos señalar que los problemas podrían constituirse eventualmente por considerarse la ley por sobre la justicia y la conducta por debajo de las sentencias. Es decir, la tendencia que predomina en la actualidad es que los jueces se contenten con aplicar la norma correspondiente.

¿Qué se propone al respecto?, hemos visto anteriormente que la libertad es lo que primeramente se presenta en la vida del hombre, la libertad de escoger qué conducta se asumirá, constituye para el Derecho *el primum ius*, es decir, entendemos al hombre como el primer productor de Derecho. Esto es lo que Kelsen llamaba la significación de una conducta, es decir, de qué momento adquiere significación y se convierte en norma.

Como se podrán dar cuenta, hemos sutilmente trasladado la cuestión a la conducta, o más bien dicho, hemos vuelto nuevamente a ella, a la idea de que todas las conductas que desplegamos día a día están vinculadas estrechamente al Derecho, en la medida en que estas adquieran significación, es decir, en cuanto sean actos permitidos o impedidos. Todo acto humano

---

<sup>53</sup>HERRENDORF, Daniel, *Como piensan los jueces*, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1998 p. 93

se trata de un impedir (no hacer, abstenerse, lo cual igual implica un hacer) o de un hacer derechamente.

Sin querer ahondar más en el tema de la conducta del hombre, podemos intuir, cómo la conducta del juez debiese siempre tender a ésta antes que nada. El juez entendido como un precepto empírico-dialéctico de las conductas humanas diría Herrendorf, empírico porque partimos de la experiencia y dialéctico porque nos formamos una idea de estos objetos una vez que lo hemos intuido, pero luego volvemos a ellos para perfeccionarlos.<sup>54</sup> En esta posición de juez está en condiciones de descubrir lo que en esa vida humana hubiere de valioso o de disvalioso para el derecho o más bien dicho de jurídico o no jurídico, como en una obra de arte se percibe su belleza o su fealdad. Ninguna de estas percepciones ocurre súbitamente, es necesario hacer el camino dialéctico de la intuición intelectual.

---

<sup>54</sup>HERRENDORF, Daniel, *Como piensan los jueces*, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1998 p.101



## CAPÍTULO V

### CONCLUSIÓN:

Finalmente, hemos arribado a la conclusión de que la “justicia” como la hemos planteado, no tiene un rol preponderante en el sistema jurídico que nos plantea Kelsen, esta proviene más bien del Derecho natural. El acto justo para el autor proviene más convenientemente, de la relación compuesta entre dos sujetos más que de la concepción iusnaturalista, en la que comúnmente se ha apoyado.

Por otra parte pudimos analizar algunas situaciones referente a la labor judicial, concretamente a la elaboración de la sentencia por parte del juez, vimos que no siempre es sano apearse con devoción exagerada a la norma, sino más bien, comprender que los conflictos concretos de intereses y las soluciones que se den a estos, dependen de cuáles sean las situaciones sociales en que tales antagonismos surgen.

Para concluir me permitiré contar que al preparar este trabajo, el profesor Solís, quien me guía y orienta en este proceso, me recomendó la lectura de “Un juez rural” de Pedro Prado, un clásico de la literatura nacional, a fin de poder extraer algunas ideas referentes a la labor judicial desde una perspectiva diferente. No fue menor la sorpresa de enfrentarme a las reflexiones de Esteban Solaguren, cuando este se pronunciaba acerca de alguna contienda entre partes. Me gustaría hacer referencia a uno de sus dilemas en particular. Después de haberse visto enfrentado a varias situaciones difíciles en su calidad de juez, Solaguren decide renunciar a su cargo y le escribe al Intendente para comunicarle su decisión. En aquella carta le señala que se encuentra confundido, ante la evidencia que para él existe de no poder hacer justicia entre los hombres. Atribuyéndose la culpa de no haber podido premiar ninguna bella acción, sino solo castigos. Continúa su reflexión en los siguientes términos, cito “La verdad sr. Intendente, que estoy confuso hasta la angustia. Tarde, demasiado tarde, con gran dificultad, vislumbrando apenas, vengo a caer en la cuenta de que la justicia es un deseo, un ansia, lejos de nuestra medida y distante de toda humana comprensión.”

## BIBLIOGRAFÍA

1. CHESTERTON, G.K, *La inocencia del Padre Brown*, Madrid: Ed, Ediciones Encuentro, 1995
2. DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, Barcelona: Ed. Gedisa, 1988
3. DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Madrid: Ed. Ariel, 1997
4. HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael. *Historia de la Filosofía del Derecho Contemporánea*, Madrid: Ed. Tecnos, seg. Ed.1989
5. HERRENDORF, Daniel, *Como piensan los jueces*, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1998
6. H.L.A, Hart, *The concept of law*. (Traducción castellana: *El Concepto de Derecho*, Buenos Aires Ed. Abeledo-Perrot 1968)
7. KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires: Ed. Eudeba, 1999
8. KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, Ed. UNAM, 1949
9. MOLTENI, Agostino. *El milagro del acto jurídico*, apunte sin editar, año 2009
10. MOLTENI, Agostino. *El acontecimiento de la fe*, Concepción: UCSC y Centro Cultural Charles Péguy 2014
11. PÉGUY, Charles, *El misterio de la caridad de Juana de Arco*, Madrid, Ed. Ediciones Encuentro 1978
12. PRADO, Pedro, *Un juez rural*, Santiago de Chile, Ed. Universitaria 1996.
13. RIDDAL, J.G. *Teoría del derecho*, Barcelona: Ed. Gedisa, primera ed. 1999

