

# PROBLEMAS JURIDICOS DESDE LA PERSPECTIVA KELSENIANA



INFORME FINAL DE INVESTIGACION DEL GRUPO DE TEORIA DEL  
DERECHO Y PROBLEMAS JURIDICOS CONTEMPORANEOS

PROBLEMAS JURIDICOS DESDE LA PERSPECTIVA KELSENIANA

INVESTIGACION DEL GRUPO DE TEORIA DEL DERECHO Y PROBLEMAS  
JURIDICOS CONTEMPORANEOS

CATEGORIA "B" COLCIENCIAS

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

CARTAGENA DE INDIAS

2012

PROBLEMAS JURIDICOS DESDE LA PERSPECTIVA KELSENIANA

INVESTIGACION DEL GRUPO DE TEORIA DEL DERECHO Y PROBLEMAS  
JURIDICOS CONTEMPORANEOS

CATEGORIA "B" COLCIENCIAS

DIRECTOR DEL PROYECTO : YEZID CARRILLO DE LA ROSA

ESTUDIANTE INVESTIGADORA :

ISAURA PADILLA CURE

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

2012

Nota de Aceptación

---

---

---

Presidente del Jurado

---

---

Jurados

## CONTENIDO

1. TITULO

2. PRESENTACIÓN DEL TRABAJO

3. ANALISIS PRELIMINAR SOBRE LA CONTROVERSIA ENTRE LA TEORÍA  
NORMATIVA DEL ESTADO Y LA TEORÍA DE LA INTEGRACIÓN:  
INTRODUCCIÓN AL DEBATE KELSEN-SMEND.

3.1. INTRODUCCION

3.2. JUSTIFICACION

3.3. DESARROLLO:

3.3.1.EL CONCEPTO DE ESTADO

3.3.2. EL SER Y EL DEBER SER

3.3.3. FUNCIONES ESTATALES Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

3.3.4. ALGUNOS POSTULADOS COMUNES

3.3.5. ALGUNA DIVERGENCIAS

3.3.6 CONCLUSIONES

4. QUIEN DEBE SER EL DEFENSOR DE LA CONSTITUCIÓN: BREVES  
APUNTES SOBRE EL TRIBUNAL KELSENIANO.

4.1. RECOMENDACIÓN.

5. BREVES ANOTACIONES SOBRE LA JUSTICIA Y LOS DERECHOS  
FUNDAMENTALES EN EL DESARROLLO HISTORICO DE LA TEORIA  
KELSENIANA

5.1. INTRODUCCION

5.2. EL PROBLEMA DE LA JUSTICIA

5.3. BREVES APUNTES SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

5.4. CONCLUSIONES

6. BIBLIOGRAFIA

7. ANEXOS

*Gracias por el amor, la vida,  
la fortaleza y la voluntad.*

## AGRADECIMIENTOS

Es difícil condensar en una página, el profundo agradecimiento hacia tantas personas que a lo largo de este camino han contribuido a la construcción de mi historia, y por tanto, de mi ser; y es aún más difícil, encontrar las palabras adecuadas que permitan expresar mi infinito agradecimiento a mi eterno Dios.

Considero esta la oportunidad adecuada para agradecer a mi abuelo Juan y a mi abuela Itala, por haber sido mis primeros padres y de quienes aprendí a temprana edad, los valores y principios que han servido de pilares en el transcurso de mi existencia. Agradezco a mi mamá Claudia por haberme dado la vida y a mi papá Luis por no solo darme la vida, sino, por darme parte de la suya. Gracias a mi tía Anita por su apoyo y cuidados; a mi sobrino Juan Manuel que con su sola existencia alegra mis días, a Juan Manuel y a Massiel por apoyarme y aconsejarme siempre; Gracias a Abraham por preocuparse, motivarme y atreverse a recorrer conmigo el camino menos transitado.

Agradezco al Dr.Yezid Carrillo, por haberme impulsado a escribir sobre un tema al que nadie le veía futuro pero que salió adelante, hasta el punto de hoy convertirse en objeto de múltiples publicaciones y reconocimientos, y que hoy es el núcleo del presente trabajo; al Dr.Pallares y al Dr.Villarraga, por el tiempo y dedicación que proporcionaron a la presente tarea, al Dr.Alarcón por toda la colaboración en este proyecto. Y a mi querida Thica, por su diligencia, cariño y consejos de madre que alentaron en mí los deseos de investigar.

Al Amor de los Amores...

por cada día que me permite vivir, infinitas gracias.



## 1.TITULO

### PROBLEMAS JURIDICOS DESDE LA PERSPECTIVA KELSENIANA

## 2. PRESENTACION DEL TRABAJO

El presente trabajo, ha sido el resultado de un proceso de investigación que inició en el año dos mil nueve (2009) al interior del Grupo de Investigación denominado “ Teoría del Derecho y Problemas Jurídicos Contemporáneos ” Categoría B en Colciencias, Coordinado por el Dr. Yezid Carrillo de la Rosa, los capítulos presentados en este escrito han sido en su totalidad objeto de publicaciones como capítulos de libros y debidamente registrados con su respectivo ISBN, así como publicados en revistas de investigación y registrados con ISSN.

La línea de investigación inicial se denominaba “Actualidad de los problemas jurídicos desde la perspectiva de Hans Kelsen” sin embargo en el transcurso de la misma, terminó denominándose “Problemas jurídicos desde la perspectiva kelseniana”.

El objeto de éste trabajo de investigación es exponer los problemas jurídicos que en el desarrollo de su obra logró exponer de manera metódica y completa el jurista vienés, a fin de lograr entender la estructura del pensamiento kelseniano desde los diversos temas cruciales en la teoría jurídica creada por éste autor, como lo son la Constitución y su defensa, la justicia, los derechos fundamentales, y la noción de estado ; estos temas constituyen los pilares fundamentales que soportan toda la doctrina teorico-juridica que estructuró Hans Kelsen y que lo hicieron merecedor de ser denominado el jurista del Siglo XX.

La investigación utilizada en este trabajo es de la clase jurídica, dentro de la cual se enmarca en el género de las Teórico-Jurídicas, y se ubica en el área del conocimiento de Teoría del Derecho y Derecho Constitucional, su desarrollo se guiará según lo dispuesto en el Acuerdo Número 03, de 18 de Diciembre de 2007, Título V “De la Investigación dirigida de los semilleros de investigación”, Capítulo II, artículo 36.

### 3. ANALISIS PRELIMINAR SOBRE LA CONTROVERSIA ENTRE LA TEORÍA NORMATIVA DEL ESTADO Y LA TEORÍA DE LA INTEGRACIÓN: INTRODUCCIÓN AL DEBATE KELSEN-SMEND.

#### 3.1. INTRODUCCION

La Teoría Positivista Kelseniana tiene diversos fundamentos, entre los cuales se encuentra la necesidad de una “separación radical entre ser y deber ser, forma y contenido, realidad e idealidad es el punto de partida del método kelseniano” (Villar, 1991, pág.57). Así pues, el jurista vienés consideró necesario aclarar ciertos postulados de la Escuela de Viena, los cuales consideró tergiversados y algunos desconocidos por Smend y de los cuales este último hace uso pero no los reconoce como postulados propios de la Escuela de Viena e incluso los atribuye como un logro teórico de su Teoría Integradora del Estado. Por ser el presente escrito un avance correspondiente a una línea de investigación en curso que tiene por objeto realizar un análisis de teorías contingentes, se hace necesario el estudio de las propiedades de estas ,con el fin de individualizarlas mediante el señalamiento de características que le son exclusivas, interpretándolas, observándolas y estudiando los criterios de aceptación comunitaria en el mundo de la ciencia que estas poseen, lo anterior deberá hacerse mediante la **metodología Cualitativa** , y junto a esta se empleara un método **Descriptivo-Bibliográfico**.

### 3.2. JUSTIFICACION

Debido al carácter opuesto que presentan las teorías de ambos doctrinantes, mediante el estudio descriptivo e interpretativo de las mismas, se podrán establecer los aspectos más relevantes de cada una, los que tienen en común y en los que se contraponen a fin de poder determinar cuál de éstas, estructura o pretende estructurar de manera más lógica y armónica un criterio que logre darle un contenido al concepto de Estado y determinar ese contenido según cada teoría y su caracterización, ya que dependiendo de la definición que cada teoría realice del concepto de Estado, y se advierte que se hará un especial énfasis en la Teoría Normativa kelseniana, será posible determinar que papel juega éste dentro de una Teoría del Derecho y si cumple con lógica y coherencia además de un rigor conceptual con los postulados que cada estudioso del derecho profesa. ya que por un lado se tiene que la Teoría Integradora del Estado rechaza la idea de que una Constitución sea solamente considerada como una norma jurídica y se olvide que ésta la es condensación de la realidad del Estado; por su parte Kelsen considera que el Estado es un ordenamiento jurídico, y donde se carece de ordenamiento jurídico se carece de Estado, generando que la Constitución en un Estado sea la norma jurídica que ocupe el mayor posicionamiento jerárquico respecto de las normas que componen el ordenamiento jurídico. Por lo que se observa que en Kelsen la Constitución cumple una función fundamental de validez de las normas de menor jerarquía, oponiéndose así a la visión integradora de Smend quién aduce que la Constitución como simple texto jurídico la hace carecer de relevancia y significado. Lo anterior genera la obligación teórica de dilucidar el papel que tiene una Constitución al interior de cada Teoría para que sea posible comprender la figura del Estado que ambas profesan.

### 3.3. DESARROLLO:

#### 3.3.1. EL CONCEPTO DE ESTADO

Smend considera que el Estado es el producto de la interrelación entre la colectividad y el individuo, es decir, que se forma mediante la dialéctica del individuo y la comunidad, considera que el Estado es previo al ordenamiento jurídico ya que su realidad se aglutina en la comunión de sentimientos y valores, es decir INTEGRACIÓN, la integración es la sustancia espiritual del Estado el cual no es una realidad estática sino que se renueva constantemente y para que el Estado exista debe producirse un proceso espiritual dentro de los individuos, el cual tendrá lugar en un ámbito espontáneo e inconsciente, nada más alejado al sentido crítico y científico propio de Kelsen. Smend pregona que la integración espiritual que se produce en el individuo no es dialéctica, sino que es un sentir primario que comulga con el espíritu común, lo cual conlleva que la integración como realidad del Estado aumenta en la medida que se fortalezcan los lazos espirituales.

Existen en la Teoría Integradora tres tipos de integración, que siempre se presentan en una unidad, toda vez que si bien es cierto cada una se refiere a estados espirituales distintos, se hace necesaria su interacción permanente para poder hablar de una verdadera integración, estos tres tipos de integración Smend los denomina personal, funcional y material.

La integración Personal se refiere a la relación que se establece entre el individuo y las figuras personales, es el típico caso del caudillismo, que permite la generación de un sentido de pertenencia por parte de individuo frente a un grupo, en el cual lo que importa no es que el jefe político realice una buena gestión sino que mantenga un adhesión de los individuos al grupo; a su vez, la integración Funcional consiste en las diversas manifestaciones de vida que unen a la

colectividad y que generan una síntesis social, ya que a través de estos actos el individuo fortalece los vínculos espirituales con la comunidad; y por último, está la Integración Material, que plantea la identificación valorativa del individuo con el Estado, a través de la utilización de símbolos como banderas, escudos, fiestas nacionales entre otros.

Según lo anterior si esa carga valorativa generada por los tres tipos de integración, no se da, el Estado no podría manifestarse, y aquí Smend critica a Kelsen imputándole un desconocimiento del territorio como base física de los valores de toda índole propios de la comunidad. Al intentar hacer una comparación entre Smend y Kelsen llevaría a concluir que,

“ Smend pretende que su teoría de la integración es una filosofía del Estado exenta de condicionamientos valorativos. Lo mismo pretende Kelsen para su doctrina normativista del Estado. Smend ve en Kelsen el representante de una política liberal tachada de disolvente del Estado y quiere en el fondo combatir el Estado de derecho representado por la Constitución de Weimar. Y, despojadas de exageración, quizá tengan algo de ciertas ambas imputaciones. Desde luego en Kelsen la defensa de las formas jurídicas tiene, en el contexto el Estado de derecho, el valor de una reivindicación del respeto a las reglas del juego presentes en las constituciones democráticas. Por mucho que se haya reprochado a Kelsen que su doctrina formalista de la validez jurídica sirve para fundamental la validez del derecho de cualquier Estado, totalitario o democrático, por mucho que se critique que su equiparación de Estado y derecho le haya servido para sostener que todo Estado es por definición Estado de derecho, no se puede desconocer varias cosas: una, que en Kelsen validez jurídica nada tiene que ver con legitimidad ni con bondad de las normas; dos, que argumenta de ese modo únicamente como científico el derecho, al margen, por tanto de consideraciones morales o políticas; y tres, que cuando abandona ese

planteamiento científico y que se pretende objetivo y baja al terreno de la filosofía política, se manifiesta sin reserva ni duda a favor de la democracia” (Kelsen,1930, pag. XII).

Según Smend , es el grupo quien crea la Constitución y en esta manifiesta su espíritu, por lo cual la Constitución trasciende más allá de ser una norma jurídica, y el fin de la Constitución deberá ser la integración, su valor fundante es el valor de la integración, por tanto su papel fundamental será la coordinación de los factores de integración ya presentes y articulados en el grupo y la legitimidad constitucional será cuestión de fe social “ La forma de Estado conveniente no es cuestión de reflexión técnica, sino de sentimiento, de vinculación emotiva (...) precisamente de ahí, deriva su legitimidad” (Kelsen,1930:pag XVIII), al contemplar esto en su Teoría, Smend necesariamente acoge la idea de una Constitución flexible, como resultado de la dialéctica entre comunidad e individuo “ el valor integrador que es la base de toda verdadera Constitución, se cumple por ser la Constitución expresión de valores materiales propios” (Kelsen,1930:pag XXV) por lo tanto será la interacción social lo que determine el contenido de la Constitución; lo anterior marca una notable diferencia con la teoría Kelseniana ya que para Kelsen la Constitución impone límites al poder, más claramente al ejercicio del poder,”garantía Constitucional significa generar la seguridad de que esos límites jurídicos no serán transgredidos” (Kelsen, 1995: pag 3).

El concepto de Estado manejado por Smend implica un significado eminentemente social, e incluso preconstitucional, mientras que para Kelsen significa norma jurídica que reconoce en la Constitución una norma de mayor jerarquía jurídica; sin embargo, ambos son críticos de la Teoría del Estado de Jellinek que era la dominante en el S.XIX, recordemos que

Kelsen enseñaba lo que en Alemania se empezó a llamar en el último tercio del siglo XIX, teoría general del Estado no teoría Constitucional, que

era una mezcla de sociología con historia, desde la perspectiva del nacionalismo alemán, es decir desde la perspectiva de Savigny y la escuela histórica alemana, perfeccionada por Jellinek hacia 1890 cuando escribe su famoso tratado sobre la teoría general del estado (Padilla, 2011: pag 12).

Para Kelsen la Constitución obviamente no debe desconocer la sociedad que regula, o más bien no debe ser ajena a la misma, y de hecho no lo es en la medida que para Kelsen una constitución procura darle un contenido o una interpretación a los actos humanos, pero no mezcla Kelsen como efectivamente si lo hace Smend, el plano normativo con el plano natural; esto obliga a que se entienda la separación radical que hace Kelsen del ser y el deber ser para mantener la pureza del derecho, lo cual se hará a continuación.



### 3.3.2. EL SER Y EL DEBER SER

Como ya se había señalado, la separación que hace Kelsen del ser y el deber ser, es la piedra angular de su método, para Kelsen ambos conceptos corresponden a categorías de pensamiento las cuales permiten aprender por parte del sujeto aspectos internos y externos; ambos conceptos pueden tener puntos en común pero para Kelsen esto no es relevante desde el punto de vista lógico-formal, sino desde un enfoque histórico-psicológico. " el Deber Ser jurídico es una categoría, que sobrepasa el significado objetivo del concepto, le da a este una determinada función para la practica, en la misma forma en lo que recibe de los conceptos de Ser, No-Ser, Querer-Ser, etc." (Villar, 1991, pág.60). Por tanto Kelsen considera que el Ser corresponde a una realidad natural y el deber ser corresponde a una realidad ideal, y se encarga de comprender la realidad ideal ya que ubica al derecho en esta ultima, por lo tanto el derecho se ubica en el deber ser, de ahí que su Teoría Normativa rechace la posibilidad de mezclar el plano espiritual con el real, entiendo espiritual como ideal, por tanto juridico y real como lo natural; así pues plantea Kelsen

Yo he hablado de una tensión entre ser y deber, ya que la esfera del espíritu es, para la teoría normativa del Estado y del Derecho, una esfera valorativa, una esfera del deber, y el ámbito de la realidad natural de las acciones humanas que acontecen en una dimensión espacio-temporal es una esfera del ser. Y aun cuando he designado el Estado como un orden ideal, no he dejado ninguna duda de que este orden ideal debe acreditarse en correspondencia con una realidad natural de la conducta humana. (Kelsen, 1930: pag 23).

### 3.3.3. FUNCIONES ESTATALES Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Para Smend las funciones estatales desarrolladas por los órganos estatales deben propender primariamente a la integración incluso con relevancia sobre lo jurídico, ya que el fin de la Constitución es la integración, las funciones estatales deben apuntar a esta, dejando lo tecnico-jurídico en un segundo plano, los derechos fundamentales

No se captan en su auténtico significado si la norma que los menciona se contempla con criterio formalista, ya que el carácter de tales derechos es básicamente político, en cuanto expresan un sistema cultural y de valores que surte efectos de integración de la misma manera que a nivel simbólico lo hace la bandera. Por eso cuenta por igual los derechos fundamentales contenidos en formulas programáticas, ya que sirven del mismo modo al fin integrativo de que alguien se sienta imbuido del *status* material de miembro de un pueblo. (Kelsen, 1930: pag XXIX).

Kelsen reconocía la existencia de Constituciones que incluyen derechos fundamentales “contienen no solamente reglas sobre los órganos y procedimientos de la legislación, sino también un catálogo de derechos fundamentales de los individuos o libertades individuales” (2001, pág. 115), pero si bien reconoce esta situación, en su sistema jurídico y teniendo en cuenta lo anterior respecto a la justicia se puede entender por qué para Kelsen una Constitución no debe incluir derechos fundamentales, ¿Para qué complicarnos con temas sin salidas? Hay que entender que la pureza del derecho no implica que se desconozcan otras disciplinas, que posiblemente se encarguen de estas temáticas, pero lo cierto es que si queremos que el derecho sea eficaz, debemos olvidarnos de juicios

valorativos que tengan su origen en nada más y nada menos que la Constitución.

Solo existirán derechos fundamentales si la Constitución los estipula, por tanto los derechos fundamentales no son requisitos de existencia de la Constitución, esta puede contemplarlos o no. Por tanto no es dado al juez constitucional la posibilidad de establecer definiciones respecto a palabras ambiguas , los principios como la libertad, la igualdad, la justicia, la moralidad “pueden jugar un papel extremadamente peligroso precisamente en el campo de la justicia constitucional” (Kelsen, 2001, pág. 142) y ¿por qué esto sería así?: porque “podrían interpretarse las disposiciones de la Constitución que invitan al legislador a someterse a (estos principios) como directivas relativas al contenido de las leyes (...) y, en este caso, el poder del tribunal sería tal que habría que considerarlo simplemente insoportable” Por esto Kelsen recomienda “abstenerse de todo este tipo de fraseología” (2001, pág. 143) controvertida en las constituciones. De no ser así se pondría en peligro la certeza del Derecho y también la democracia. (Padilla, 2010: Pág. 14-15).

### 3.3.4. ALGUNOS POSTULADOS COMUNES

Uno de los postulados que utiliza Smend es el de entender el Estado como una estructura unitaria, lo cual ya había sido establecido por la Escuela de Viena, algo propio de una Teoría Pura del Derecho, de igual forma procede Smend respecto al postulado de no aplicación del método científico causal ya profesado con anterioridad por la Escuela de Viena, debido a que la Teoría Pura del Derecho inadmite la utilización tanto la causalidad como a la teleología como métodos de conocimiento; sin embargo mientras que Kelsen se mantiene firme en el rechazo del método causal por ser propio de lo natural, Smend permite la intromisión de este en su teoría al procurar unir lo natural con lo normativo y darle prelación al primero sobre el segundo, tergiversando así tanto los postulados de la Teoría de Jellinek como la Teoría de la Escuela de Viena.

### 3.3.5. ALGUNAS DIVERGENCIAS

Para Smend los sistemas sociales son normativos y la legalidad del Estado es normativa, no encuentra Kelsen entonces la posibilidad de " configurar la teoría del Estado de otro modo que no sea como la teoría normativa, es decir, como conocimientos de un sistema normativo, y los problemas de la doctrina del Estado de un modo que no sea como problemas de la validez y producción de un sistema normativo" sin embargo, Smend se contradice y termina aceptando que si es posible una Teoría del Estado que no sea normativa al dar cabida a lo natural.

Smend asegura que Kelsen niega la realidad social al momento de construir un concepto de Estado, a lo cual Kelsen explica que rechaza el término " realidad" en la medida que lo identifica con lo natural, esta negación permite acentuar la idea de que el Estado no es una formación natural como lo pretende hacer ver Smend, sino que es una formación espiritual, por lo tanto carece de un cuerpo, carece de animus, le asigna pues Kelsen la realidad que le corresponde al Estado, la cual es la realidad ideal y señala de forma tajante " yo nunca ni en parte he mantenido que el Estado no puede ser contemplado como parte de una realidad" (Kelsen, 1930: pag 21).

### 3.3.6. CONCLUSIONES

En el desarrollo de este escrito, se han dejado marcados algunos puntos característicos de la Teoría Normativa de Kelsen y la Teoría integradora de Smend, que permiten realizar las siguientes conclusiones :

- Smend no limita la existencia del Estado al orden ideal, sino que lo reboza y pretende de forma ilusoria unirlo de manera inadecuada con la realidad natural.

-En la pretensión de Smend al criticar la Teoría Normativa, utiliza postulados propios de la Escuela de Viena y de la Teoría tradicional del Estado, generando confusiones engañosas y tergiversación de ambas teorías.

-La principal diferencia entre la Teoría Normativa y la Teoría Integradora, es la contingencia existente entre el deber ser y el ser, acogándose la primera únicamente al deber ser, mientras que la segunda fundamenta la validez del ordenamiento y del Estado en la integración, producto de una realidad natural.

#### 4. QUIEN DEBE SER EL DEFENSOR DE LA CONSTITUCIÓN: BREVES APUNTES SOBRE EL TRIBUNAL KELSENIANO.

Al publicarse la obra "Quien debe ser el defensor de la Constitución", se evidencia el carácter de respuesta de esta obra, frente a la obra de Carl Schmitt "La defensa de la Constitución", Kelsen hace un análisis y ataca varios argumentos de Schmitt, postula principalmente la necesidad de que sea una institución independiente quien vele por la salva guarda de la Constitución, " Defensor de la Constitución significa, en el sentido originario del término, un órgano cuya función es defender la Constitución contra las violaciones"<sup>1</sup> , para Kelsen la violación consiste en que se verifique que realmente un hecho es contrario a las disposiciones Constitucionales, las cuales pueden ser violadas de múltiples maneras.

la Constitución impone límites al poder, más claramente al ejercicio del poder," garantía Constitucional significa generar la seguridad de que esos límites jurídicos no serán transgredidos"<sup>2</sup>, por tanto el hecho de que para Schmitt sea el presidente o el Kaiser, o el Fuhrer quien deba defender la Constitución choca mucho con la idea de los estados democráticos, porque no se limitaría el ejercicio del poder, realmente se le estaría dando a los que están en el poder todas las libertades y herramientas no solo para seguir detentándolo, sino para también , para justificar la forma en como lo ejerce, seria juez de su propia causa, y esto es rechazado por Kelsen rotundamente, ya que lo considera un disfraz para que el monarca al cual una constitución pretende imponerle un límite, siga detentando pero con otro nombre las facultades que siempre ha poseído ,algo muy gatopardista , las cosas tienen que cambiar para que nada cambie, porque no podemos olvidar que al ser la Constitución un límite al monarca , si permitimos que éste la defienda , no solo

---

<sup>1</sup> KELSEN,Hans,¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?,editorial TECNOS, Madrid, 1995, pag 3.

<sup>2</sup> Ibíd.pag,5

le estaríamos dando nuevas herramientas para que las viole, sino peor aún, le damos herramientas para que las viole legítimamente.

Muchos piensan que Kelsen es el culpable e incluso artífice de la Constitución de Weimar, lo cual no es así, si vemos sobre la base kelseniana no se hubiese podido llevar a cabo el caballo de Troya hitleriano, y aquí suelen encenderse las alarmas, porque para Kelsen el control que debe hacer el tribunal constitucional debe ser meramente formal, no entrar a tocar aspectos de fondo, y esto tiene una explicación, para Kelsen el legislador positivo, llámese parlamento, congreso, etc, debe ser muy claro y preciso al momento de expedir una ley, entonces muchos dicen que formalmente podríamos violar la constitución como hizo Hitler en Alemania, pero se les olvida que para Kelsen las palabras ambiguas, no deberían hacer parte del lenguaje jurídico por la misma imprecisión que fomentan, por eso Kelsen incluso establece que la Constitución no debe tener en su interior vocabulario confuso, porque esto representa la posibilidad de que entre las mismas instituciones creadas jurídicamente por mandato directo de la Constitución, se presentasen debates e incluso choques en las definiciones de las mismas, lo cual generaría una inseguridad jurídica, que no es compatible con la pureza del derecho profesada por Kelsen, "Kelsen se pronunció con una gran prudencia del juez constitucional frente a términos jurídicos-constitucionales como "justicia, libertad, igualdad, razón, moralidad, etc."<sup>3</sup>. Kelsen rechaza la posibilidad de que en el interior de la Constitución se establezca una terminología tan ambigua "Que... el sentido de la constitución no puede ser, a través del uso de una palabra tan ambigua y no precisada en detalle como aquella de justicia i una parecida, hacer depender cada ley aprobada por el Parlamento de la libre discrecionalidad de un colegio más o menos arbitrariamente constituido, es algo que se entiende por si solo".

---

<sup>3</sup> OBLIGUER, Theo (1920). Hans Kelsen y el Derecho constitucional federal austriaco. Una retrospectiva crítica. cita vease por ejemplo, H. Kelsen, "Das Problem der Souveranitat und die Theorie des Volkerrechts", pp10 y ss.



Por tanto no es dado al juez constitucional la posibilidad de establecer definiciones respecto a palabras ambiguas , los principios como la libertad, la igualdad, la justicia, la moralidad “pueden jugar un papel extremadamente peligroso precisamente en el campo de la justicia constitucional”<sup>4</sup>y ¿por qué esto sería así?:porque “podrían interpretarse las disposiciones de la Constitución que invitan al legislador a someterse a (estos principios) como directivas relativas al contenido de las leyes (...) y, en este caso, el poder del tribunal sería tal que habría que considerarlo simplemente insoportable”<sup>5</sup> Por esto Kelsen recomienda “abstenerse de todo este tipo de fraseología”<sup>6</sup>controvertida en las constituciones. De no ser así se pondría en peligro la certeza del Derecho y también la democracia.

Vemos así que incluso en su teoría Kelsen opta por establecer que los mismos jueces no pueden tener tanto “poder”, como legislador negativo está sometido a su labor de control formal, pero no puede interpretar ambigüedades, esto es fundamental ya que prevé la posibilidad de que el juez constitucional llegue a poseer tanto poder que sea incontrolable, y de hecho así lo sería por que ¿quién le pone limite al que se encarga de poner los límites?, incluso Kelsen lo ve como una amenaza al principio democrático en caso de que el juez constitucional legisle positivamente, cosa que sucede en la mayoría de las democracias actuales, lo cual demuestra una mutación al concepto de democracia, ya que un juez constitucional no electo democráticamente, crea derecho, son dos extremos bastante peligrosos, por eso Kelsen establece que el juez constitucional defiende la constitución con una total independencia de los otros poderes para evitar arbitrariedades , pero a su vez su teoría limita al juez en su tarea de control, porque sabe perfectamente que el juez crea derecho, Kelsen admite completamente la posibilidad de que el juez constitucional sea legislador positivo ya que es propio del juez crear derecho, entonces siendo de lo peligroso que es el

---

<sup>4</sup> Ibid., p. 142.

<sup>5</sup> Ibid. Pag 143

<sup>6</sup> Ibid.

imperio de los jueces en determinado momento, establece en su teoría que no se de cabida ni en la constitución ni en la ley para que el juez constitucional entre a deliberar sobre el sentido de una palabra ambigua, porque lo que este diga que esa palabra es , así deberá ser entendido y no podrá ser de otra forma.

Podemos poner un caso hipotético en nuestra realidad, supongamos nuestra Corte Constitucional que es legislador positivo y negativo, inicie un arduo procesos de declaratoria de inexecutable a todas las leyes creadas por el congreso, ¿Cómo se hace?, lo cierto es que no se puede hacer nada, hay que atenerse a lo que la Corte Constitucional diga y punto.

#### 4.1. RECOMENDACIÓN.

En virtud de lo planteado es necesario que en la Teoría o Teorías Constitucionales actuales, se haga un análisis de como se está desarrollando el Derecho Constitucional , desde Kelsen a lo que tenemos hoy por hoy existen grandes y obvias diferencias, en su momento el defensor de la Constitución kelseniano era una respuesta y reacción ante la forma como se estaba manejando el poder, pero hay que ver cómo están manejando el poder los defensores de las Constituciones en las democracias modernas y hacer un análisis de ¿ hasta qué punto el defensor de la Constitución ha adquirido tanto poder que el concepto de la democracia ha tenido que mutar una vez más?.

## 5. BREVES ANOTACIONES SOBRE LA JUSTICIA Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL DESARROLLO HISTORICO DE LA TEORIA KELSENIANA

### 5.1. INTRODUCCION

Tal como lo estableció Carlos Cossio “Hans Kelsen no necesita ser presentado” (Kelsen, 1941, pág. 7), es generalmente aceptada la importancia del jurista en el desarrollo del Derecho, además de ser el mayor representante del positivismo jurídico del siglo XX, y su nombre se relaciona casi de inmediato con el de “La Teoría Pura del Derecho” que aclaro, si bien es una obra magistral, no es la única, ya que extensa es la obra Kelseniana. Y precisamente por ser extensa, es necesario limitar un tema fundamental para entender la visión Kelseniana del Derecho, un tema que suscita una gran polémica y que a través de la historia ha sido desarrollado con gran envergadura, es el tema de la Justicia, la cual sirve de argumento para establecer una de las posibles razones por las cuales la temática de los derechos fundamentales en Kelsen era un tema que debía ser evitado o que en realidad no era siquiera necesario para la existencia de una Constitución, “la constitución podía perfectamente no contemplar estos derechos y seguir siendo la norma suprema del ordenamiento” (Salazar, 2008, pág. 188).

Para Kelsen existe una imposibilidad de solucionar el problema de la justicia por medio del conocimiento racional “el problema de los valores es ante todo, un problema de conflicto de valores. Y este problema no puede ser resuelto por medio del conocimiento racional. La respuesta al problema aquí planteado es siempre un juicio que, a última hora, está determinado por factores emocionales y por consiguiente tiene un carácter eminentemente subjetivo. Esto significa que es

válido únicamente para el sujeto que formula el juicio, y en este sentido es relativo” (Kelsen, 2005, pág. 17). No obstante estos argumentos, si bien es cierto que Kelsen pudo simplemente no tratar el tema de la justicia “Kelsen hubiera podido, con fundamento en La Teoría Pura del Derecho, darse por satisfecho al comprobar que los problemas de la justicia quedarían por fuera de su campo de investigación y en consecuencia no necesitaba ocuparse de ellos” (Walter, 1998, pág. 19) en su lugar como investigador, trató el problema con toda la seriedad posible y dedicó parte de sus estudios a este tema, no se trataba de desmeritar la justicia por la salida fácil simplemente estableciendo que no era materia de sus estudios, sino que hizo un análisis profundo sobre éste para demostrar seriamente ¿por qué? no llevaba a ninguna salida, y por tanto porque era necesaria su exclusión de su campo de investigación jurídica.

## 5.2. ALGO DE HISTORIA

Para dar inicio a la ponencia es necesario establecer un marco histórico que permita delimitar la temática a tratar y el posterior debate, aspa como una mejor comprensión de lo que se pretende estudiar, es necesario entender la realidad histórica de Hans Kelsen , porque es muy fácil criticar una teoría desde el presente, y más si se ignoran los momentos históricos que llevan a un autor a crear una teoría, para empezar es necesario establecer ¿Qué era derecho constitucional en 1880 hasta 1914 en Europa central?, lo primero que encontramos es que no había derecho constitucional en Europa central, ¿Qué era Europa central en este periodo? 2 grandes imperios, el segundo reich alemán creado por Bismarck y el imperio austro húngaro que venía desde la edad media y había evolucionado solo desde una perspectiva racional teniendo en cuenta que el derecho constitucional es una criatura liberal lo mas ajeno a ese par de imperios era la noción de derecho constitucional, no se podía hablar de derecho constitucional porque Austria Hungría técnicamente no tenía una constitución y Alemania tenía una constitución particular una constitución que Bismarck redacto el en una noche , se la dictó a su secretario privado, y la refrendaron los príncipes que se federaron con Prusia para el proceso de unidad germánica , es una constitución a típica en el contexto del constitucionalismo liberal eran unas constituciones técnicamente autoritarias, no emanaban de la voluntad del pueblo como en el constitucionalismo liberal, aquí no hay pacto social, la constitución de Bismarck expresamente parte de la premisa de que es una constitución que los históricos llamaron constitución graciosa o constitución otorgada por el príncipe, un acto de benevolencia del príncipe para con sus súbditos y en este punto el parlamento del segundo reich alemán solo podía legislar en ciertas y especificas maneras, pero no generaba gobierno el gobierno lo formaba el emperador o

Kaiser como a bien quisiese y no tenía responsabilidad frente al parlamento. En el imperio austrohúngaro lo que había era un estatuto fundamental del imperio, tal como se va a dar desde la caída de Napoleón y el congreso de Viena de 1815 hasta la llegada de Francisco José II al trono, donde se hace un pacto dinástico con los húngaros a partir de unas guerras de los húngaros contra los austriacos, y se establece con un pacto dinástico la llamada doble corona del Danubio, la austriaca y la húngara donde el emperador personifica la unidad, pero cada uno es autónomo y dirige su propia política interior esto se convirtió en un gigante que estaba destinado al colapso en una guerra y como va a pasar en la I guerra mundial, desapareció austro Hungría.

La pregunta que nos tenemos que hacer es ¿qué enseñaba Kelsen? Kelsen enseñaba lo que en Alemania se empezó a llamar en el último tercio del siglo XIX, teoría general del Estado no teoría Constitucional, que era una mezcla de sociología con historia, desde la perspectiva del nacionalismo alemán, es decir desde la perspectiva de Savigny y la escuela histórica alemana, perfeccionada por Jellinek hacia 1890 cuando escribe su famoso tratado sobre la teoría general del estado, así pues hablar de teoría constitucional era hablar del estado y todo lo que eso implicaba, no hablar del supuesto liberal de lo que es el estado o como debe entenderse el estado desde la perspectiva contractualista. Para un alemán de 1890 carecía de sentido ponerse a hablar entonces de un derecho constitucional basado en la jurisprudencia de los jueces como límite del poder, por que implicaba aceptar que el emperador alemán tenía un poder limitado y desde el punto de vista de la doctrina del estado germánica el emperador encarnaba el espíritu del pueblo, aquí tenemos el marco histórico del problema clave que va a enfrentar Kelsen, y este es el marco en el cual quiero que enfoquemos la ponencia y el posterior debate, ¿cómo hablar de derecho constitucional dentro de una cultura y dentro de unos estados que no habían tenido una evolución liberal, como crear de derecho constitucional de una manera técnica y definida sin tener que usar la terminología liberal, aquí está la matriz de los positivismo no liberales,

porque Kelsen es consciente de que no puede basar eso en la evolución liberal que británica es un cuerpo extraño en Alemania y en Austria ¿ Kelsen es un positivismo no liberal? No, él pensaba como liberal pero al no usar la fraseología liberal dejó la semilla de los positivismo no liberales en sus propios escritos y manifestaciones teóricas porque si hablaba de liberalismo era hablar de algo irreal en el contexto en que él daba clase en Viena entre 1890 y 1915, el otro aspecto a subrayar radica en que el constitucionalismo liberal anglosajón, francés y los que le siguen al basarse en la idea de la soberanía del pueblo, automáticamente rompían con el principio teocrático en que estaba basada la corona austrohúngara, la dinastía de los Habsburgos siempre postuló desde la edad media de que su corona la tenían por la gracia de Dios, era así imposible de buenas a primeras que el imperio sin dejar de ser imperio se volviese monarquía parlamentaria, era pedirle peras al olmo, el otro aspecto interesante está en que en la filosofía del derecho alemana hacia finales del siglo XIX se va a dar un intenso debate sobre la cientificidad del derecho y las condiciones de la cientificidad del derecho a partir de todas las críticas que Savigny hace del código de Napoleón y la recuperación del historicismo dentro del concepto de forma que se emparenta con el concepto de estado, frente a esto ¿ qué hacer? Máxime cuando se estaban dando intensos procesos de debates y ya había nacido la sociología, ya Augusto Comte había inventado ese vocablo y había empezado a hablar de la sociología y surge toda una evolución fuerte hacia 1905 donde van a chocar alemanes y franceses entre en enfoque alemán de Weber y el enfoque francés que tienen puntos en común pero también divergencias grandes, lo sociológico va a incidir en la palabra positivo que también es una creación de Augusto Comte y sus seguidores, lo positivo es lo válido, demostrable, lo que obedece a un método racional, entonces por definición el principio teocrático no cabe ahí , ya esto Kelsen lo había planteado a principios del siglo XX más precisamente en 1911 en su libro Problemas fundamentales de la doctrina jurídica del estado, había sentado unas bases claves que después va a desarrollar y a madurar en su Teoría Pura del Derecho, las bases de su enfoque radican en establecer dentro del criterio de lo



que se entendía por sociología positiva que el derecho puede ser llamado ciencia en ciertas condiciones en que toca sacarlo de la moral porque depende de teocrático y de los principios que se están manejando en el imperio austrohúngaro y el imperio alemán y también toca sacarlo del debate sociologista de lo que debe entenderse como ciencia como confrontación necesaria contra la religión católica predominante en Austria Hungría y el enfoque del segundo reich de considerar al imperio alemán como instrumento de la divina providencia, desde el enfoque luterano y el enfoque católico el reich se mira como un renacimiento deseado por dios para el pueblo alemán que ponga fin a sus desgracias anteriores, no olvidemos que en las guerras napoleónicas el pueblo alemán queda muy golpeado durante el resto del siglo XIX , así las cosas Kelsen va a desarrollar un enfoque en el cual el derecho sea solamente lo normativo , para purgarlo de especulaciones no jurídicas, lo jurídico entonces se asimila a lo normativo, pero lo normativo solo es válido si hay un criterio que nos permita objetivar esa validez y ese criterio de validez de la norma Kelsen lo encuentra en la Constitución todo lo que el estado hace como norma es valido si se hace de acuerdo a la Constitución pero aquí hay un punto problemático del positivismo, no porque no sea así sino porque ¿de qué Constitución estamos hablando? Kelsen nunca lo dijo expresamente, el otro aspecto importante es que al llamar positiva su concepción nos está diciendo que es ciencia en los términos que se manejaban de cientificidad a finales del siglo XIX y los primeros 15 o 20 años del siglo XX en ese orden de ideas ese positivismo implica unos criterios objetivos de validez que nadie discuta, pero implica entender también y aquí viene un aspecto que muchos consideran problemático en Kelsen m, que la norma que valida a las demás normas que es la norma fundamental es imposible que se valide así misma, Kelsen no entra a verificar esas condiciones porque es adentrarse en un camino sin salida, establece que esta es una especie de macro norma que entra a liderar, lo postula como articulador de toda su argumentación , algo así como un cuasi a priori kantiano, no lo discutimos solo lo aceptamos. Su famosa separación de moral y derecho al cual está casi obligado a hacerlo porque si no, no podía dejar

de aceptar el iusnaturalismo muy fuerte en el imperio austrohúngaro que por definición no necesita de una norma fundamental ya que parte de la deidad y la deidad te dice lo que es moral y ¿qué es lo moral? Lo que la iglesia diga que es y ¿cómo habla la iglesia de la moral? Por medio del instrumento de Dios el emperador, entonces ante estos postulados más de fe que de demostrabilidad en un ejercicio filosófico racional **Kelsen debe separar de manera radical y absoluta derecho y moral para poder hacer un construcción verosímil del derecho, estas son las grandes limitaciones iniciales que Kelsen tiene para hacer su trabajo teórico**, por eso se viene todo el problema posterior a la primera guerra mundial, toda la crítica a la Teoría Pura inicial a partir del periodo 1921-1928 que es muy fuerte. ¿Cómo entender todo eso? Como ubicarlo sobre todo que ya hay dos constituciones la de Weimar y la de Viena, pero estas constituciones son procedimentalmente liberales, pero ningún alemán va a defender la visión liberal del Estado constitucional, los estudiosos de ese periodo entre las dos guerras mundiales en Alemania a partir de la constitución de 1919 dicen que Alemania fue una república sin república, es decir una república sin gente con convicción de defender la república liberal, vale decir, la república era un mal necesario de soportar por que los vencedores lo impusieron en el tratado de Versalles de 1919 el verdadero alemán no podía ser republicano sino añorar el imperio perdido como resultado de la primera guerra mundial, de aquí viene toda la crítica de Carl Schmitt y por eso la constitución de 1919 por influencia de Schmitt va a tener una presidencia excesivamente fuerte no es un modelo clásico de estado parlamentario, el presidente puede cerrar el parlamento o gobernar sin el parlamento con unos decretos especiales que autorizaba la constitución de Weimar entonces ¿de qué liberalismo estamos hablando? Pero sin embargo convalidaron que era algo positivo conforme a estas ideas, y la constitución de Viena rápidamente va a hacer crisis por que a mediados de los años veinte ya no se está gobernando parlamentariamente en Viena lo que hay es una dictadura del centro-derecha austriaco expresado en el canciller Dollfuss y hay un levantamiento obrero en Viena, una huelga general, y como resultado de esta, la milicia austriaca

autorizada por el tratado de Trianón levanta a cañonazos los barrios obreros de Viena, la masacre fue muy grande y la izquierda dejó de creer en el proto estado liberal que presuntamente se estaba construyendo y no olvidemos que la iglesia cogobernaba en Austria junto con la derecha de la época, incluso el primer gobierno provisional que se forma cuando los Habsburgos colapsan en 1918,1919 lo encabeza monseñor Seipel, el primado de Viena, por lo tanto tenemos a un sacerdote gobernando en Austria con todo lo que eso implica frente al contexto europeo liberal, por eso Austria fue muy humillada por las potencias vencedoras de la primera guerra mundial, porque eran protestantes y por qué Francia era libre pensadora, Austria quedó reducida a su mínima expresión, en todos estos contextos al situar una Teoría Pura del derecho, para algunos parecería un sueño , una ilusión, un intento romántico de alguien esforzado, una suerte de don quijote con un montón de cosas en contra tratando de aclimatar una visión de constitucionalismo liberal sin usar la palabra liberal, en una tierra que no estaba históricamente abonada para ello, prácticamente podemos hablar solo de constituciones liberales estricto sensu solamente después de la segunda guerra mundial y eso por la gestión activa de los aliados vencedores en el occidente de Alemania, prácticamente constitucionalistas norteamericanos e ingleses coparticiparon en la redacción de la ley fundamental de Alemania en 1949 porque se encontraron con que los profesores alemanes eran incapaces de redactar una normatividad constitucional para la Alemania vencida, y como la política mundial estaba haciendo que Alemania occidental entraran en el bloque de batalla ante la expansión del bloque comunista los anglosajones redactaron los trazos gruesos de la carta de 1949, este es otro aspecto que los historiadores poco mencionan, es este el marco histórico que debemos tener en cuenta para poder hablar de Hans Kelsen.

### 5.3. EL PROBLEMA DE LA JUSTICIA

El problema de la justicia, es el que mayores controversias ha suscitado a través de la historia, Hans Kelsen como gran jurista y teórico del derecho no fue ajeno a esta problemática y realiza un estudio exhaustivo sobre el tema, para poder establecer por que el tema de la justicia no es un tema propio del derecho, y se esfuerza por demostrar y controvertir las diferentes reglas de justicia que se han intentado crear a través de la historia. A su vez este argumento puede ser utilizado para rebatir la idea de incluir derechos fundamentales al interior de una Constitución.

¿Se puede hablar de justicia en el derecho positivo desde una perspectiva kelseniana? Para Kelsen la respuesta es un no rotundo, tengamos en cuenta que para él, *“la práctica jurídica debe abandonar por completo cualquier referencia a la justicia como suscitador de reflexiones y argumentos. Concebir algo jurídicamente significa exclusivamente concebir las normas que sirven como sustrato de sentido a los hechos naturales. Un hecho natural solo es jurídico ( o antijurídico) en virtud de una norma que recoge tal hecho y así aparece una frontera entre el derecho y las ciencias naturales: ambas parten de hechos naturales (los actos que conforman un delito pueden ser estudiados por físicos o químicos ) pero ese conocimiento primario ( común al criminalista o al abogado) solo se torna jurídico una vez que el hecho ha sido puesto en relación con la norma que lo tipifica... la moral en el derecho equivale a la justicia, dice Kelsen. “justicia” significa un valor absoluto, un orden superior y diverso frente al derecho positivo más allá de toda experiencia, y capaz de sancionar a los diversos sistemas positivos con los calificativos de “justo” o “injusto”. Pero en éste sentido, la justicia no es más que una quimera de los hombres, “ como lo prueba las historia del espíritu humano, que se afana en vano por la solución de este problema”. La justicia entendida como un orden absoluto de valores y normas, es, en la perspectiva del*

conocimiento racional (esto es, orientado por la experiencia) un imposible epistemológico. "toda tentativa de esa índole-explica Kelsen-solo ha conducido hasta ahora a fórmulas completamente vacías"<sup>7</sup>, y aquí podemos apreciar que han sido infinitas las fórmulas que se han desarrollado a través de la historia con la intención de racionalizar la justicia ejemplo claro de esto "dar a cada uno lo suyo" y viene inmediatamente la pregunta ¿qué es lo suyo?, lo "suyo" podría ser lo que el legislador diga que es, pero aquí se corre un riesgo enorme, porque, ¿Qué pasaría cuando el legislador definiera lo suyo como algo que sabemos atenta contra el ser humano?, lo "suyo", incluso podría en casos diferentes tener significados diferentes; si definimos justicia de esta forma, sería algo incompleto, más que incompleto, muy deficiente "una fórmula de justicia inadecuada puede abrir de par en par la puerta a cualquier abuso. No olvidemos que sobre la entrada del campo de concentración de Buchenwald aparece la frase "a cada quien lo suyo"...cada orden social puede pensar de si mismo que concede a cada uno lo "suyo" puesto que él mismo determina que es lo "suyo". Esto puede ser en verdad enteramente distinto en diferentes sociedades. Pero con ellos se evidencia que la doctrina de a cada quien lo suyo" puede ser fácilmente mal usada, pues a cada orden político le es dable conceptuar que atribuye a cada quien lo suyo, inclusive cuando debe decidir que un grupo ha de recibir unos mínimos medios de subsistencia y otro una abundante cantidad de bienes"<sup>8</sup>. Es este uno de los grandes problemas que ve Kelsen al momento de permitir que un ordenamiento jurídico incluya en su estructura conceptos tan susceptibles de diversas interpretaciones como lo es la justicia, libertad entre otras.

"Desde el punto de vista del conocimiento racional-concluye Kelsen-solo hay interés y por tanto, conflicto de intereses cuya solución es dada por un orden de intereses que, o bien satisface un interés contra el otro y a costa del otro, o bien

---

<sup>7</sup> LÓPEZ MEDINA, Diego (1993). la lucha por la justicia: reflexiones sobre el concepto de justicia. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de ciencias jurídicas. Santa Fe de Bogotá, D.C... pag. 267-268.

<sup>8</sup> WALTER, Robert. (1998,) Kelsen , la Teoría Pura del Derecho y el problema de la Justicia., Universidad Externado de Colombia, serie de Teoría Jurídica y filosofía del Derecho, No.7, pag. 30

instituye una compensación, un compromiso entre intereses contrapuestos, más por vía racional, no puede fundarse que solo uno de los órdenes tenga valor absoluto, es decir, que sea el justo”. Por esta razón el ideal de justicia es un ideal irracional. Para Kelsen quienes hablan de justicia no les interesa “un conocimiento del derecho verdadero, sino más bien una justificación del mismo, una glorificación lograda por la comprobación de que el Derecho positivo es solo emanación de un orden natural, divino, o racional, es decir, un orden absoluto, recto y justo... la justicia es según esta ideología, la palabra que utiliza el gobierno establecido para disfrazar con visos de legalidad, más al gusto de los gobernados, su pura voluntad de poder, la justicia es la pantalla que cubre a los proyectos políticos, que no dispuestos a mostrar francamente sus objetivos, recurren a conceptos tales como los de justicia que maquillan sus verdaderas intenciones. La justicia según eso, debe ser eliminada del vocabulario jurídico, toda vez que su virtualidad es la de confundir, ocultar, engañar. La justicia como ideología, proviene del querer y no del conocer; es afirmación de una voluntad política, no de una ciencia pura; “proviene de ciertos intereses, o mejor aún, de otros intereses que el interés por la verdad”.<sup>9</sup>

A muchos al momento de criticar a Kelsen se les olvida tener en cuenta la realidad histórica en la que se encontraba, él vivió y padeció los efectos de las 2 guerras mundiales, en las cuales sobre todo en la segunda, se vieron las atrocidades cometidas contra muchos hombres, ya que una sola persona consideraba que los alemanes eran la raza pura y por tanto lo justo sería desaparecer a todos los no alemanes, así de fácil se puede convertir un ordenamiento en injusto para muchos, pero justo para pocos y por tanto como justo es lo que diga el orden jurídico que es lo justo, justo a fin de cuentas será ese mismo orden sin importar los que contradigan esa posición. *“Si hay algo que podemos aprender de la experiencia espiritual del pasado es que la razón humana sólo puede concebir valores relativos, esto es, que el juicio con el que juzgamos algo como justo no*

---

<sup>9</sup> Ibíd. Pag 269-279.

*puede pretender jamás excluir la posibilidad de un juicio de valor opuesto. La justicia absoluta es un ideal irracional*"<sup>10</sup>. Y esto visto desde nuestra época resulta alarmante y horrorizante, y no falta el primero que quiera explotar por semejantes afirmaciones, aquí es importante volver al marco histórico delimitado desde el inicio de la ponencia, Kelsen padeció las consecuencias del uso de la palabra justicia dentro de un ordenamiento jurídico que consideraba como justos los campos de concentración, es decir, la realidad histórica de Kelsen donde no existía en su medio un derecho constitucional, donde no existía lo que en Colombia conocemos como acción de tutela, entonces como nos protegemos de que alguien venga y diga que esto es justo por tanto hay que hacerlo así y que a raíz de esto millones mueran?, este es el engaño del cual habla Kelsen por que fue precisamente en su momento histórico que usando todo un discurso de lo justo y necesario y bueno para los alemanes, que millones de personas murieron. Es difícil entender esto en estas generaciones que nacimos con la acción de tutela y un tribunal constitucional positivo, es incluso alarmante, pero recordemos que esto solo aparece después de la segunda guerra mundial, antes, en el contexto de Kelsen, no existía, es necesario entender esto para no correr el riesgo de atacar la teoría kelseniana como se suele hacer, de una forma atemporal.

---

<sup>10</sup> KELSEN,Hans. (2005).¿QUE ES LA JUSTICIA?.Biblioteca de ÉTICA, FILOSOFÍA del DERECHO y POLÍTICA. Decima septima reimpresión. pag 75.

#### 5.4. BREVES APUNTES SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

“Kelsen se pronunció con una gran prudencia del juez constitucional frente a términos jurídicos-constitucionales como “justicia, libertad, igualdad, razón, moralidad, etc.”<sup>11</sup>. Kelsen rechaza la posibilidad de que en el interior de la Constitución se establezca una terminología tan ambigua “Que... el sentido de la constitución no puede ser, a través del uso de una palabra tan ambigua y no precisada en detalle como aquella de justicia i una parecida, hacer depender cada ley aprobada por el Parlamento de la libre discrecionalidad de un colegio más o menos arbitrariamente constituido, es algo que se entiende por si solo”.

Kelsen reconocía que existían y existen Constituciones que incluyen derechos fundamentales “contienen no solamente reglas sobre los órganos y procedimientos de la legislación, sino también un catálogo de derechos fundamentales de los individuos o libertades individuales”<sup>12</sup>, Kelsen ve en el tema de la justicia ya una problemática sin solución alguna, mucho menos acepta que se incluyan palabras ambiguas, Hay que entender que la pureza del derecho no implica que se desconozcan otras disciplinas que posiblemente se encarguen de estas temáticas, pero lo cierto es que si queremos que el derecho sea eficaz, debemos olvidarnos de juicios valorativos que tengan su origen en nada mas y nada menos que la Constitución.

Solo existirán derechos fundamentales si la Constitución los estipula, por tanto los derechos fundamentales no son requisitos de existencia de la Constitución, esta puede contemplarlos o no. Por tanto no es dado al juez constitucional la

---

<sup>11</sup> OBLIGUER, Theo (1920) . Hans Kelsen y el Derecho constitucional federal austriaco. Una retrospectiva critica. cita vease por ejemplo , H. Kelsen, “Das Problem der Souveranitat und die Theorie des Volkerrechts”, pp10 y ss.

<sup>12</sup> H. Kelsen, La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional), Instituto de investigaciones Jurídicas, México, 2001, (cito de la edición contenida en Escritos sobre Democracia y el socialismo, Editorial Debate, Madrid, 1988), p. 115.



posibilidad de establecer definiciones respecto a palabras ambiguas , los principios como la libertad, la igualdad, la justicia, la moralidad “pueden jugar un papel extremadamente peligroso precisamente en el campo de la justicia constitucional”<sup>13</sup>y ¿por qué esto sería así?:porque “podrían interpretarse las disposiciones de la Constitución que invitan al legislador a someterse a (estos principios) como directivas relativas al contenido de las leyes (...) y, en este caso, el poder del tribunal sería tal que habría que considerarlo simplemente insoportable” <sup>14</sup> Por esto Kelsen recomienda “abstenerse de todo este tipo de fraseología” <sup>15</sup>controvertida en las constituciones. De no ser así se pondría en peligro la certeza del Derecho y también la democracia.

Teniendo en cuenta lo anterior ¿cuál es la tensión dialéctica entre derechos fundamentales y los enunciados de la teoría kelseniana ? para poder resolver este interrogante tenemos que ver la historia, “ la temática de los derechos fundamentales, históricamente nace con los filósofos liberales, tal como hoy se maneja o se entiende, el jus naturalismo, había nacido con los estoicos en la Grecia antigua, desde la concepción griega que el pensamiento estoico desarrolla se iba diciendo o se afirmaba que la condición humana genera cierta categoría de derechos que en virtud de referirse a esa condición humana no podían ser igualados o tratados con el mismo metro casero de los demás derechos como los derechos patrimoniales por ejemplo, que sin ellos el ser humano no podía desplegar su condición de tal, hacerse ser humano, vivir su condición humana, pero en la concepción clásica griega tomada después por los latinos, por Cicerón y los pensadores jurídicos romanos, también inspirados en el pensamiento histórico, sufren una ruptura cuando se imponen la misión judeo-cristiana del pensamiento occidental, y como resultado de imponerse esa visión judeo-cristiana, el pensamiento escolástico hace una mixtura de los viejos filósofos griegos y los cristianiza como acostumbraban a decir los monjes teóricos escolásticos y demás,

---

<sup>13</sup> Ibid., p. 142.

<sup>14</sup> Ibid. Pag 143

<sup>15</sup> Ibid.

del proceso de esa cristianización de Aristóteles y de Platón y demás, nos encontramos que Tomás de Aquino entra a considerar que hay una ley eterna y una ley humana y que la ley eterna es la base misma de lo que los estoicos en su momento llamaron ley natural, mientras que en los estoicos la ley natural se deduce de la condición humana, acá la ley eterna se conoce por la revelación cuyo guardián único e indisputable es la iglesia, aquí es una ley revelada y el aquinense considera que la ley humana tiene que guardar armonía plena con la ley eterna, que si la ley humana viola la ley eterna es por definición anti-humana por oponerse a los designios de dios, surge así una visión judeo-cristiana a partir de la teorización de Tomás de Aquino, donde en últimas el carácter filosófico de la ley eterna y su comprensión y aplicación del carácter filosófico de la ley humana en su aplicación, los definía la propia iglesia en virtud de la declaración unilateral dogmática de que la iglesia y solo la iglesia es la que puede con autoridad interpretar la revelación divina, así las cosas, se cambió todo ese enfoque que traía el pensamiento clásico greco-latino y el derecho pasó a considerarse una expresión de lo canónico, dentro de esa visión que ya Agustín de Hipona había establecido, en que hay una ciudad de Dios y una ciudad de los hombres, y que la ciudad de los hombres es transitoria y temporal y que solo nos prepara para acceder a la ciudad divina, sin embargo esa visión lus naturalista de base católica sufre una transformación con el fenómeno protestante, que hasta el día de hoy marca toda la evolución jurídica que hemos tenido, a partir del principio del libre examen de la biblia se destruye implícitamente la primacía del monopolio de la fe católica, ya la biblia no es lo que el sacerdocio católico diga que es, ahora cada creyente cristiano no católico puede entrar en comunicación directa con su dios estableciendo el sentido y alcance de la revelación, queda deslegitimado el sacerdocio, como único y obligado enlace o puente entre el hombre y dios, quedó por lo tanto a partir del fenómeno protestante un jus naturalismo católico y un jus naturalismo protestante, el jus naturalismo protestante en el campo jurídico en el siglo XVI se ha sistematizado por Hugo Grocio y Samuel Puffendorff. Holanda era el núcleo del calvinismo, las iglesias reformadas más importantes estaban en

holanda. Para el siglo XVI por lo tanto había un quiebre en la visión derecho natural, derechos humanos, en la visión protestante se recupera el concepto estoico griego, los derechos naturales se deducen de la condición humana, somos libres, por determinación de la misma madre naturaleza, si no se reconoce que los seres humanos son libres desde que nacen, entonces no se pueden hacer humanos, es la conclusión clásica de Aristóteles, de Platón y de todo el pensamiento griego, esto se comprueba en la famosa obra de Sófocles "Antígona" donde se enuncia: *"no cumpliré tu decreto por que los dioses dicen que a todo cadáver hay que hacerle las obras fúnebres y darle sepultura para que entre al Hades"*, el argumento de Antígona resuena después de 2500 años, existen leyes que regulan la sociedad que no dependen de la voluntad política del estado pero sin las cuales no puede funcionar la sociedad, es precisamente el quid de la eterna polémica, los naturalistas-positivistas, pues bien, esa concepción magistralmente expuesta por Sófocles en esa obra del teatro del siglo de oro ateniense, la era de Pericles, es la clave de la visión protestante, los derechos naturales no dependen de que así sean declarados por la iglesia que era la visión escolástica, los derechos naturales dependen del hombre mismo, y esto es de incalculables consecuencia en la visión política-jurídica de occidente moderno, Por que a partir de esta verificación y de esto que dicen los reformadores del siglo XVI es que posteriormente los filósofos liberales contractualistas van a decir que todos nacemos en estado puro de libertad, y que hacemos un pacto donde voluntariamente le introducimos límites al estado de libertad consustancial a la condición humana para poder organizar políticamente a la sociedad, y esa visión, contractualista es la que sirve de soporte al concepto teórico que hoy hay de derechos humanos.

El primer estado liberal de occidente (Inglaterra) y el establecimiento de las instituciones liberales inglesas va de la mano del triunfo del parlamento, o sea la expresión misma política de un contrato social y del ejército de Cromwell que es el ejército parlamentario enfrentado contra el ejército del monarca, y Cromwell vence

a Carlos y lo decapita y se declara Lord protector de la república inglesa, por lo tanto, el estado liberal surge acabando con el estado monárquico, absoluto o burocrático que había empezado a establecerse a partir del siglo XIV mas o menos hacia la segunda mitad del siglo XIV y a su vez desaparecido Cromwell en 1688 se restablece la monarquía británica sobre la base del Covenant, Covenant lo podemos traducir como convenio, pero vamos a hacer unas consideraciones semánticas después, el convenio de 1688 entre las autoridades representadas en el parlamento y los reyes de la casa de Orange, los príncipes holandeses casados con la reina Ana, William y Ana son de lure la primera monarquía parlamentaria que surge en el mundo, donde el poder del rey está limitado y el rey al suscribir el Covenant, William y Ana aceptaron que no iban a ser monarcas absolutos sino que iban a hacerlo de acuerdo a la constitución. Ha surgido por lo tanto el primer estado liberal, a partir del modelo de Covenant de 1688 sigue el desarrollo del modelo liberal en occidente, viene la independencia mejicana, la revolución francesa, etc. En inglés Covenant significa convenio que una vez suscrito no se puede variar (En un sentido religioso, como el pacto de lahvé con Abrahám para los judíos) que tiene validez y vigencia hasta el fin del mundo, por toda la eternidad o la cuasi-eternidad, es inmodificable, la palabra covenant está inspirada en el germano antiguo, y fue la forma como cuando se hizo la primera traducción de la Biblia al inglés. Qué celebraron Jehová con Abraham cuando dios le dice a Abraham que se vaya de Ur y le hace una promesa para la eternidad? generaron un Covenant, ese convenio especial para siempre y por siempre, y una vez suscrito no se puede variar así que necesariamente debe cumplirse, desde esa perspectiva el Covenant de 1688 morirá con Inglaterra, es inmodificable pero también nos da la idea precisa de esa concepción liberal, el estado solo tiene legitimidad moral si cumple como garante supremo de los derechos fundamentales y las libertades esenciales que los seres humanos de manera libre han limitado en el contrato social. Y de ahí viene una consecuencia la separación entre moral y derecho, que es clave esencial en toda la teoría jurídica que arranca desde Grocio, y por eso Kelsen establece como uno de los principios de su tratado de

derecho positivo (concepción positivista), la separación absoluta entre moral y derecho.

Así pues, teniendo en cuenta esta evolución histórica constatamos porque el concepto de derecho fundamental es incompatible en el positivismo jurídico, porque nació y se desarrolló desde y en el ius naturalismo, el derecho no ha podido y quizás nunca pueda Desarrollar una teoría jurídica de los derechos fundamentales solamente podemos hablar de derechos fundamentales desde un contexto estoico-filosófico, pero el derecho no puede manejar el lenguaje de los derechos fundamentales, con el lenguaje jurídico, hay una incompatibilidad de lenguajes entre ellos, el concepto de justicia griego , tiene que ver con el cosmos, ya es otra concepción de Dios y del hombre, esa concepción griega la destruye el cristianismo, separa a Dios y al hombre ,y vuelve intermediario a la iglesia , mientras que en la concepción griega, el dios y el hombre están en una constante interacción, el concepto de justicia depende de lo ético en la pronesis , la visión justicia es algo que el hombre puede alcanzar , purificándose éticamente. “Los conceptos de Ethos y Pathos: La condición humana existe a partir de la vivencia del fenómeno humano y la vivencia de la fenomenología humana es Ethos y Pathos al mismo tiempo. Ethos es una palabra importante, en griego existen dos letras E: épsilon (ε) y eta (η), en el alfabeto griego, hay dos letras e. Con épsilon significa guarida, cueva o vivienda, y hace referencia a algo clave, muy natural, el animal humano carece naturalmente de vivienda, de cueva de guarida, tiene que construísela, ética viene de esa Ethos con esa e, por lo tanto ética no es sinónimo de moral, sino de vivienda, de cueva, el existir humano demanda o existe un lugar que sirva de fundamento material o de soporte material básico para desplegar el existir en su pura expresión primaria, alimentación por ejemplo, intimidad, ,(la RAL la define como (Del lat. *ethicus*, y este del gr. ἠθικός). adj. Perteneciente o relativo a la **ética**. || **2.** Recto, conforme a la moral. || **3.** m. desus. Persona que estudia o enseña moral. || **4.** f. Parte de la filosofía que trata de la moral y de las obligaciones del hombre. || **5.** Conjunto de normas morales que rigen la conducta

humana.) y con la otra e significa moral, entendiendo moral como regla de conducta social, la palabra moral nuestra viene del latín mor (pero en el diccionario de la RAL aparece que viene del lat. *morālis*)<sup>16</sup> que significa eso uso social, lo que pasa es que en la edad media el Aristóteles que llegó a manos de los escolásticos llegó mal traducido, porque de griego pasó al Árabe, y del Árabe de la España Árabe, pasó a las universidades medievales, en esos ires y venires se perdió el sentido griego de las dos letras griegas e y por eso los filósofos escolásticos, los teóricos escolásticos, dijeron que ética y moral eran sinónimos, Los griegos prueban el término phronesis, phronesis significa prudencia y es una de las etapas o escalones para alcanzar la sophia, la filosofía para los griegos era la identidad plena del ser humano con la sabiduría del cosmos y hacía del que alcanzaba la filosofía un dios, con un rostro que le podía mostrar a los dioses, en la concepción griega los seres humanos nacíamos como dioses potenciales y a lo largo de la existencia teníamos el deber de convertirnos en dioses en el aquí y en el ahora, más sublime concepción del hombre que esa no ha existido ni va a existir, lo Judeo-cristiano prostituyó esa visión del hombre; pues bien en la phronesis, ¿Cómo somos prudentes? como dirían los romanos, haciéndonos éticos, el proceso de hacernos éticos implicaba una toma diaria y mayor de conciencia cada día, tener en cuenta a los demás a la polis, a todo lo existente y a la naturaleza. Una visión sublime necesariamente, pero, el ser humano tiene otro componente instintivo, pasional, esa concepción instintivo pasional los griegos la llamaron el Pathos (una cualidad que despierta emociones (especialmente lástima o pena) es la pura animalidad luchando dialécticamente con la racionalidad que te hace pero hay algo especial, los griegos no se complicaron la vida con que sí seguían el Pathos eran malos hombres ni nada por el estilo, simple y llanamente tenían más dificultades en su vida personal para hacerse dios. En la visión Calvinista, yo pecco en el plano moral, pero eso no me invalida como sujeto de derechos fundamentales en el plano jurídico, es otro ropaje de esa vieja concepción griega,

---

<sup>16</sup> Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Vigésima segunda edición

Bobbio lo dijo mejor que nadie “el ser humano está condenado a ser libre” se recupera así el concepto griego de Ethos y Pathos que analizábamos en la clase de ayer, en toda su plenitud, por lo tanto en esta perspectiva, la libertad es pura eticidad, Si partimos del concepto liberal de libertad en el sentido griego explicado, necesariamente el mundo de lo jurídico tiene que permitir el goce de esas libertades, pero como ya es un goce concreto, específico, esas libertades de cada uno tienen que jugar, conjugarse con la libertad de los demás y a su vez ya viene limitada ad inicio por el contrato social, ¿cómo podemos valorar, evaluar, medir o determinar el que esas libertades se vuelvan instrumentalizables y manejables por el derecho? El derecho crea su propio lenguaje y al crearlo permite positivizar las libertades y lo que consideramos jurídico desde la perspectiva ideológica liberal, ¿cómo hace el derecho por medio de la regla para hacer esa transformación?, por medio de insertar en cada norma o regla, un supuesto jurídico, el supuesto jurídico le da el valor de acto jurídico a un acto humano y el valor de hecho jurídico a un hecho humano, así las libertades se vuelven positivas, positivizadas y la ley puede establecer el alcance de las consecuencias de aquellos actos no deseados por el ser humano, los hechos, pero el supuesto jurídico también cumple otras funciones importantes en el mundo interno del derecho”.<sup>17</sup>

Tenemos así pues que toda visión de derecho fundamental es una visión iusnaturalista, por tanto incompatible al lenguaje positivo, es por esto que hablar de derechos fundamentales desde un positivismo kelseniano es impensable.

---

<sup>17</sup> MERCADO PÉREZ, David, clases de Derecho Constitucional 2008.

## 5.5. CONCLUSIONES

En el desarrollo de este escrito, he dejado sentadas algunas conclusiones, a continuación resaltaré unas ideas a las que se puede llegar con base en lo anteriormente planteado, pero no olvidemos que ya muchas conclusiones fueron establecidas a lo largo del escrito, la idea no es pues, repetirlas.

-El tema de la justicia, no debe corresponder ni hacer parte del ordenamiento jurídico, ya que nos lleva al ámbito de lo subjetivo, el cual solo es entendido y manejado por los individuos a su manera y según la concepción que ellos tengan de las cosas.

-Hablar de un valor supremo, y de justicia en un ordenamiento es correr un peligro muy grande ya que deja un amplio margen de desarrollo respecto a las palabras ambiguas y este desarrollo del contenido puede ser muchas veces arbitrario, lo cual podría a su vez generar una infinidad de daños.

- El concepto de lo justo es considerado de formas diferentes en sociedades distintas, por lo tanto nunca puede existir un concepto de justicia absoluto.

- Una Constitución puede existir con o sin la inclusión de derechos fundamentales.

-Los derechos fundamentales se allegan al margen de lo subjetivo, el establecimiento de muchos valores supremos degenera pues en el caos, ya que no solo implicara una subjetividad sino una infinidad de subjetividades.



## 6. BIBLIOGRAFIA

- OBLIGUER, Theo (1920) . Hans Kelsen y el Derecho constitucional federal austriaco. Una retrospectiva critica. cita vease por ejemplo , H. Kelsen, "Das Problem der Souveranitat und die Theorie des Volkerrechts"
- Kelsen, H. (1928). *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, beitrug zu einer reinen Rechtslehre*. Tübingen: Mohr.
- Kelsen. H. (1930). El Estado como integración. Una controversia de principio. Estudio preliminar de Juan Antonio García Amado.(1997). Madrid: Editorial Tecnos S.A.
- Kelsen, H. (1941). *La Teoría Pura del Derecho* (2da edición ed.). Buenos Aires: Editorial Losada.
- Kelsen,H. (1995).¿Quién debe ser el defensor de la Constitución, Madrid: Editorial TECNOS.
- Kelsen, H. (2001). La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional). México: Instituto de investigaciones Jurídicas.
- Kelsen, H. (2005). *¿Qué es la justicia?'*. México: Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política.

- Öhlinger, T. (2006). Hans Kelsen y el Derecho constitucional federal austriaco. Una retrospectiva crítica. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* (5), 217-230.

-Padilla, I. (2010). Aproximación Al Problema De La Justicia Y Breves Anotaciones Sobre Los Derechos Fundamentales En Hans Kelsen. IV encuentro Nodo Costa Caribe de Grupos de Investigación Jurídica y socio Jurídica. Universidad del Sinú.

-Padilla, I (2011). Breves anotaciones sobre la justicia y los derechos fundamentales en el desarrollo histórico de la Teoría kelseniana. *Saber Ciencia y Libertad*, 20011-8562.

- Salazar, P. (2008). Notas sobre democracia y constitución en la obra de Hans Kelsen. *La democracia constitucional. Una radiografía teórica. Isonomía* , 187-197.

-Villar, L. (1991). *Kelsen en Colombia*. Bogotá: Editorial Temis.

-Walter, R. (1998). *Kelsen, la Teoría Pura del Derecho y el problema de la Justicia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia

