

## Aspectos de la doctrina de Kelsen

### Introducción

#### LA TEORÍA PURA DEL DERECHO

**H**ANS Kelsen nació en Praga el 11 de octubre de 1881. Estudió en las universidades de Viena, Berlín y Heidelberg. En 1911 pasó a formar parte del profesorado de la primera, en la que permaneció hasta 1930, año en que aceptó una cátedra en la Universidad de Colonia, de donde siguió, pocos años después, a Suiza.

Desde 1911, año en que se publica su primera gran obra, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, ha continuado con fecundidad extraordinaria el desarrollo de una doctrina jurídica de gran envergadura. Entre los numerosos escritos dados posteriormente a la publicidad se destacan: *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechtes* (1920), *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff* (1922), *Allgemeine Staatslehre* (1925), *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public* (1926), *Die Philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus* (1928), *Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis* (1932), *Reine Rechtslehre* (1934), etc.<sup>1</sup>

En torno a Kelsen se ha agrupado un conjunto de juristas que forman la llamada Escuela de Viena; cabe mencionar a

<sup>1</sup> Una lista completa de las publicaciones de Kelsen hasta 1934 se encuentra en el apéndice bibliográfico de la edición española de *Reine Rechtslehre* (La Teoría Pura del Derecho, traducción de Jorge Tejerina, Buenos Aires, 1941 — que en adelante denominaremos T.P.D.—, pp. 201-208). Contamos allí 58 títulos; además se mencionan traducciones al francés, al castellano, al inglés, al italiano, al polaco, al checo, al rumano, y especialmente al japonés. Se remite en el citado lugar a la *Revue Internationale de la Théorie du Droit*, año 1938, p. 217, a quien desee conocer la lista de las publicaciones de Kelsen en los cuatro años que siguen a 1934.

Weyr, que ya en 1908 atacaba el dualismo del sistema jurídico contra el que más tarde arremeterá Kelsen; Verdross, que es autor de la "construcción monista" del Derecho Internacional, que luego recoge Kelsen; Merkl, que reemplaza la primitiva concepción "estática" del Derecho que Kelsen sustenta en los *Hauptprobleme* por la concepción dinámica de la "graduación del orden jurídico" que también Kelsen aprueba; Kaufmann y Schreier que se ocupan de reemplazar la fundamentación neokantiana que da Kelsen a su doctrina por una nueva inspirada en los desarrollos de la filosofía fenomenológica de Edmund Husserl que revolucionaron el pensamiento alemán y, en menor medida, europeo, a principios de este siglo, etc.<sup>2</sup>

La labor investigadora de la Escuela de Viena cristaliza en la llamada *Teoría Pura del Derecho* (*Reine Rechtslehre*).

El calificativo de teoría "pura" dice relación en primer término con lo que Kelsen llama la "tendencia antiideológica" de su doctrina. La ciencia jurídica, quizás en mayor grado que otra alguna, ha tenido que sufrir de la contaminación de sus conceptos por los intereses políticos; las investigaciones de Kelsen dan como resultado a cada paso el encontrar detrás de conceptos jurídicos falsos o inútiles que se han venido aceptando durante décadas y hasta

<sup>2</sup> A los juristas nombrados agrega Giorgio del Vecchio (*Filosofía del Derecho*, traducción de Luis Recaséns Sichés, Barcelona, 1942; p. 208), como perteneciendo o "guardando alguna relación" con la Escuela de Viena a J. Kunz, a F. Sander, al polaco S. Rundstein, al yugoeslavo Pitamic, al húngaro Horvath, al japonés Otaka y al danés A. Ross.

siglos, intereses de clase o de partido que procuraban su perpetuación. En esta dirección la teoría "pura" del Derecho se revela como ciencia pura, dirigida exclusivamente al conocimiento de su objeto, no a la justificación más o menos torcida de políticas partidistas o ideológicas de clase<sup>3</sup>.

Pero la doctrina de la Escuela de Viena no es sólo una teoría pura; es una teoría pura del Derecho, una teoría dirigida al conocimiento puro de un puro objeto: el Derecho; y no cualquier clase de Derecho: sólo el Derecho positivo; y tampoco un Derecho positivo individual cualquiera, sino el Derecho positivo posible. La teoría pura del Derecho quiere constituirse en la única forma admisible de ciencia jurídica general y se presenta primariamente como ciencia jurídica formal: no se interesa la teoría pura del Derecho por el contenido del Derecho positivo: tema es éste de las ciencias jurídicas especiales; mucho menos por el origen o finalidad de dicho contenido, que es objeto de la sociología del Derecho. La teoría pura del Derecho, como encaminada a un puro objeto, debe determinar éste claramente, debe delimitar con precisión su campo junto al de las ciencias afines para así ser fiel al postulado fundamental que le da nombre: la pureza metódica<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Nadie expone mejor estas ideas que Kelsen en su "Teoría Pura del Derecho": "Por su tendencia antiideológica, precisamente, revélase la teoría pura del Derecho como verdadera ciencia jurídica. Pues como conocimiento, la Ciencia tiene la tendencia inmanente a descubrir su objeto. La ideología, en cambio, encubre la realidad, cuando con intención de conservarla o de defenderla la transfigura, o con intención de atacarla, de destruirla y de reemplazarla, la deforma. Toda ideología tiene su raíz en el querer, no en el conocer; proviene de ciertos intereses, o mejor aún, de otros intereses que el interés por la verdad; con lo que, naturalmente, no quiere expresarse nada sobre el valor o la dignidad de estos otros intereses. El conocimiento desgarrará cada vez más el velo que el querer extiende sobre las cosas. La autoridad que crea al Derecho y que por eso procura conservarlo, acaso se pregunte si sería útil un conocimiento ideológicamente libre de su producto; y tampoco es mucho lo que aprovecharían de semejante conocimiento del Derecho las fuerzas que quieren destruir el orden existente y reemplazarlo por otro considerado mejor. Sin embargo, una ciencia del Derecho no puede preocuparse ni por una ni por las otras. Y la teoría pura del Derecho quiere ser una ciencia del Derecho de ese género". (T.P.D., pp. 43-44).

<sup>4</sup> Plantea Kelsen estos principios básicos en el verdadero manifiesto de la Escuela de Viena que

Pero no sólo debe la ciencia jurídica pura delimitar su campo por abajo, con el de la Sociología y el de la Jurisprudencia especial; también necesita hacerlo por arriba, trazar una línea bien clara entre el Derecho positivo y el Derecho justo, el Derecho que puede ser y el Derecho que debe ser; sólo el primero es objeto de la Teoría Pura del Derecho, y no pretende ella inmiscuirse para nada en el estudio del segundo, que corresponde obviamente a la Ética.

Es indudable que no necesita el Derecho para ser Derecho válido, el ser Derecho justo; nadie puede discutir la validez de numerosísimas leyes cuya injusticia resulta también indiscutible; nadie puede afirmar que las normas para la constitución de la esclavitud en Roma y otros países del mundo no eran plenamente válidas, sin perjuicio de que los mismos juristas romanos reconocieran su oposición a la Justicia natural. Por supuesto, se entiende que hablamos de la validez jurídica, no de la validez moral; cuando, por ejemplo, Mariana autorizaba el tiranicidio pensaba en que éste no era pecado, pero no podía pasarle por la mente el que en algún orden jurídico positivo fuera a dejar de ser delito; cuando Santo Tomás reconocía que la ley

es el primer párrafo de *La Teoría Pura del Derecho*: "La teoría pura del Derecho es una teoría del Derecho positivo. Del Derecho positivo, a secas, no de un orden jurídico especial. Es teoría general del Derecho, no interpretación de normas jurídicas particulares, nacionales o internacionales. Como teoría, quiere conocer únicamente su objeto. Procura responder a la pregunta sobre qué es y cómo es el Derecho, pero no a la cuestión de cómo debe ser o cómo debe elaborárselo. Es Ciencia del Derecho y no Política del Derecho. Si ella se califica de teoría *pura* del Derecho es porque pretende garantizar un conocimiento dirigido solamente hacia el Derecho, y porque pretende eliminar de este conocimiento todo lo que no pertenece al objeto exactamente señalado como Derecho. Es decir, quiere librar a la Ciencia jurídica de todos los elementos extraños. Tal es su principio metódico fundamental, que parece ser de por sí bien comprensible. Pero una mirada sobre la Ciencia jurídica tradicional, tal como se ha desenvuelto en el curso de los siglos XIX y XX, muestra claramente cuán distante se halla de corresponder a la exigencia de pureza. En forma desprovista de todo espíritu crítico, hase mezclado la Jurisprudencia con la Psicología y la Biología, con la Ética y la Teología. Hoy en día casi no hay ciencia especial en cuyo recinto el jurisperito se considere incompetente para penetrar. Desde luego, él cree poder realizar su prestigio científico precisamente tomando en préstamo de otras disciplinas, con lo que está perdida, naturalmente, la verdadera Ciencia jurídica". (T.P.D., pp. 25-26).

tiránica no obligaba a su cumplimiento no podía referirse sino a la obligación moral de cumplir toda ley, pues jurídicamente toda ley obliga en tanto que se sanciona su trasgresión<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> Si las citas de autoridades pueden todavía valer como medios probatorios, por lo menos en el dominio jurídico, permítasenos remitirnos a la autorizada palabra de Giorgio del Vecchio: "Por Derecho positivo entendemos aquel sistema de normas jurídicas, que informa y regula efectivamente la vida de un pueblo en un determinado momento histórico. El Derecho positivo está integrado, pues, por aquellas normas jurídicas que son efectivamente impuestas, hechas valer efectivamente. Respecto a este carácter, es decir, respecto a la noción de positividad, es indiferente el valor intrínseco del sistema: una norma jurídica puede ser injusta, contraria a las aspiraciones supremas de la conciencia, al ideal de la justicia, al Derecho Natural (empleando la expresión clásica), sin que por ello cese de ser jurídica y positiva. Para que sea positiva se requiere solamente que haya una voluntad social preponderante, esto es, una fuerza histórica suficiente capaz de afirmarla e imponerla, de modo que sea observada. Precisa, pues, distinguir netamente las diversas investigaciones, aquella que mira a determinar el ideal del Derecho y aquella que concierne al carácter positivo de éste. De otro lado, adviértase que la noción lógica y formal del Derecho comprende igualmente (como ya vimos) toda especie de proposiciones jurídicas, ya sean puramente ideales, ya positivas". (loc. cit., p. 321). Sin embargo, Edgar Bodenheimer (*Teoría del Derecho*, traducción de Vicente Herrero, México, 1942; especialmente, pp. 318-319) parece creer que para que "un orden social sea un orden jurídico" debe haber una específica "distribución efectiva de derechos, deberes y poderes, tanto en la esfera privada como en la pública", cuya calificación corre de cuenta del señor Bodenheimer: o, en último término, de los constituyentes de Filadelfia (no sé por qué estas afirmaciones me traen el recuerdo de esos pueblos primitivos que, egocéntricos como los niños chicos, sólo consideraban como "Derecho" el de su propio país y, generosamente, las normas que otros pueblos tuvieran en común con ellos). Para el señor Bodenheimer es "un grave defecto" de la teoría de Kelsen el que no pueda mostrar "si el orden social en cuestión era un orden basado en el poder o en el Derecho". ¿En qué Derecho? No podemos sino pensar que en el Derecho Natural; pues no puede tratarse del derecho positivo propio del "orden social en cuestión"; al fin y al cabo, es por el fundamento de él por lo que en verdad se pregunta. Pues bien, calificar de defecto de una teoría del Derecho positivo que no pueda o, mejor, no quiera pronunciarse sobre el fundamento ético de una concreción de éste, es como encontrar intolerable que la *reine Rechtslehre* no opine sobre la importancia filosófica del descubrimiento de América ni se pronuncie acerca de la estructura cuántica de la materia; es natural que se oponga a las teorías kelsenianas quien tiene una concepción de la ciencia exactamente opuesta a la que Kelsen sustenta. Agrega Bodenheimer que "la teoría imperativa (así llama a la escuela a la

Es en conexión con estas ideas que hay que entender la criticada afirmación de Kelsen de que "todo Estado es un Estado

que según él, Kelsen pertenece; no debe entenderse aquel "Imperativismo" de Stammler y otros al que Kelsen y su escuela se oponen) del Derecho destruye toda auténtica comprensión de la naturaleza del Derecho; deja de lado el hecho de que aquél encarna ciertos valores y no es únicamente un mecanismo inanimado de coacción". A nuestro juicio es el señor Rodenheimer el que no aprehende la esencia del Derecho (positivo, se entiende): éste *puede* y *debe* encarnar ciertos valores, y por regla general se lo destina a ello, pero de ninguna manera *tiene que* hacerlo; el Derecho, en sí mismo, es únicamente un mecanismo de coacción, usado por la sociedad como medio para el fin suyo de realizar ciertos valores, de ninguna manera es esencial al Derecho el que se le destine a ser tal medio, como no es una nota determinante de lo jurídico el que ordinariamente se "encarnen" en él ciertos valores; tan jurídica como la norma "El que robe será castigado" en que se encarna un valor (en todo caso social), es esta otra: "El que usa una pluma verde en un sombrero café, será condenado a presidio menor en su grado máximo". Precisamente la cualidad que distingue el Derecho positivo del Derecho natural es que éste último es aquel orden jurídico ideal en que se encarnan todos los valores auténticos con exclusión de los no auténticos, mientras que en el derecho positivo pueden encarnarse pseudo-valores, e inclusive, como en el celebrado nombramiento del caballo de Calígula cónsul romano, no encarnarse ni siquiera a los ojos de los aduladores o del legislador mismo valores de ninguna clase. Lanza por último Bodenheimer este formidable argumento de irresistible fuerza probatoria: "Si Kelsen tuviera razón, las naciones libres del mundo contemporáneo no tendrían título alguno válido para considerarse como defensoras del Derecho frente al despotismo"; una vez más toda la polémica de Bodenheimer se funda en la equívocidad de la palabra "Derecho" usada a secas, sin adjetivos; si leemos "Derecho natural", lo de la "defensa" puede ser acertado pero ya Kelsen no tiene nada que ver en el asunto; si en cambio leemos "Derecho positivo" instantáneamente se desvanece el poder convincente del gran argumento. ¿Era el derecho positivo alemán o el japonés el que defendían las "naciones libres" en la guerra? ¿O era el italiano, ya que el régimen fascista se habría impuesto, a diferencia del alemán y el japonés, en forma un tanto irregular? El único derecho positivo que se pudo haber "defendido" en la guerra es el Derecho Internacional, violado, si se quiere, por la agresión totalitaria, pero ni parece ser a él al que alude Bodenheimer, ni habría en este caso contradicción alguna con Kelsen; como veremos, para este autor la guerra es la sanción del Derecho Internacional, como la venganza privada lo era en el derecho penal primitivo (cf. T.P.D. § 49b: "El Derecho Internacional como orden jurídico primitivo"); en un lenguaje más preciso, una guerra justa (es decir, en este caso, conforme al Derecho Internacional positivo; no necesariamente conforme al Derecho natural, aunque los teóricos del jusnaturalismo parecen estar de acuerdo en que el Derecho Internacional general consuetudi-

de Derecho"<sup>6</sup>. Las palabras de Kelsen casi no necesitan comentario: "Un criterio positivista, que no trate de elevar el Derecho (positivo) a la categoría absoluta de Derecho natural, tiene que considerar el Estado como una especie de rey Midas, que convierte en Derecho (positivo) cuanto toca"<sup>7</sup>. Presentada así, la cosa no puede ser más evidente; en verdad no se trata sólo de que toda norma engendrada en un acto estatal debe considerarse como Derecho (positivo), sino que además un acto humano sólo puede considerarse como acto estatal cuando así lo califica el orden jurídico (positivo). La afirmación de Kelsen ha sido sin duda propuesta por el autor como paradoja, como un medio más para combatir el uso indistinto de la voz "Derecho" para significar simultáneamente Derecho positivo y Derecho natural, confusión que por supuesto ampara intereses políticos y económicos<sup>8</sup>.

nario se ha desarrollado en conformidad al Derecho natural) no sería una "defensa" del Derecho Internacional atropellado, sino un "cumplimiento" del Derecho Internacional que, como todo orden jurídico, obliga a sancionar los delitos (no debe el delito considerarse como un "atropello" del Derecho; es un hecho jurídico, que en cuanto tal es condición de la pena). Podríamos repetir todo lo ya dicho al oír a Bodenheimer hablar del "sentimiento de muchas personas de que el Derecho no se realiza en los Estados totalitarios"; si es el Derecho positivo que se refiere —y no puede referirse a otra cosa si polemiza con Kelsen— no creo que compartan dicho sentimiento los desgraciados que residieron en los campos de concentración en cumplimiento de las leyes —injustas si se quiere, pero (den testimonio las víctimas) perfectamente vigentes— sobre delitos contra la Nación y contra la Raza.

<sup>6</sup> *Teoría General del Estado*, traducción de Luis Legaz Lacambra, Madrid, 1934 (que en lo sucesivo designaremos T.G.E.); p. 57.

<sup>7</sup> T.G.E., p. 57.

<sup>8</sup> Como para disipar toda duda, proveniente ahora del seno mismo de una teoría del Derecho positivo, distingue Kelsen cuidadosamente entre el concepto formal y material de "Estado de Derecho": "Ahora bien; por Estado de Derecho no entendemos nosotros un orden estatal con un contenido específico (por tanto, no un Estado con ciertas y determinadas instituciones jurídicas, tales como la legislación democrática, la sujeción de los actos ejecutivos del jefe del Estado al refrendo del ministro responsable, la libertad política y civil de los ciudadanos, la independencia del orden judicial, la jurisdicción contencioso-administrativa, etc., es decir, un Estado de Derecho en sentido co. Este concepto formal del Estado de Derecho es un concepto primario frente al concepto material en su totalidad sobre la base del orden jurídico-técnico), sino un Estado cuyos actos son realizadores del mismo, ya señalado. Pero desde un punto de vista estrictamente positivista, todo Estado tiene que ser Estado de Derecho en este sentido for-

La Ciencia Jurídica Pura tiene así señalado su campo: "La Jurisprudencia es ciencia de valores, pero no establece valores; es ciencia de normas, pero no pone normas"<sup>9</sup>. "La Política, como doctrina del Estado mejor, verdadero y justo, dis-

mal, puesto que todo Estado tiene que constituir un orden, un orden coactivo de la conducta humana, y este orden coactivo, sea cualquiera el método —autocrático o democrático— de su creación y cualquiera que sea su contenido, tiene que ser un orden jurídico que se va concretando gradualmente desde la norma fundamental hipotética hasta los actos jurídicos individuales, a través de las normas generales. Este es el concepto del Estado de Derecho, que se identifica tanto con el concepto del Derecho como con el del Estado. Una cuestión diferente es la de en qué medida se exigen garantías jurídicas concretas para asegurar que los actos jurídicos individuales se correspondan con las normas generales. La respuesta a esta pregunta se halla en el concepto del Estado de Derecho en el sentido material o técnico de la palabra". (T.G.E., p. 120). Ya en las últimas líneas del párrafo precedente parece Kelsen adelantarse a las objeciones que hará en 1939 Timaseff al decir que "si el Estado y el Derecho son la misma cosa, la lucha de las naciones europeas por imponer en su vida política el principio de juridicidad carecía de sentido y de significado" (*Introduction to the Sociology of Law*, p. 216; citado por Bodenheimer; loc. cit., p. 318). Precisamente Kelsen señala que el problema que se dió por ejemplo en los principados alemanes del Renacimiento era que, conforme a la "constitución" (en sentido formal) vigente, el príncipe era sólo un ejecutor del derecho consuetudinario, en circunstancias de que el príncipe se arrogaba la facultad de legislar por su cuenta; conforme a la "constitución", la actitud del príncipe no era una "ilegalidad del Estado"; sencillamente no era un acto estatal, pues el individuo coronado sólo era sujeto de actos estatales, "órgano del Estado", en tanto que usaba de las facultades que la constitución le otorgaba. Sin embargo, las leyes de los príncipes eran cumplidas en la medida suficiente para que estuvieran en "vigencia": ¿qué era lo que sucedía?, pues que la "constitución" antigua, válida aún en opinión de los que "luchaban por la juridicidad", estaba siendo reemplazada lentamente por una "constitución" autocrática nueva, defendida como de "Derecho natural" por los teóricos de la Monarquía Absoluta (ver T.G.E., pp. 118-119). Es necesario advertir además que Kelsen como político y como legislador (fué él quien redactó la Constitución Austriaca de 1920) ha sido un ardiente defensor del "principio de juridicidad", que sólo puede entenderse como la garantía por parte del Derecho positivo del ordenamiento jurídico de las leyes (cf. el ensayo de Kelsen sobre este tema: *La garantie jurisdictionnelle de la constitution*), garantía que por razones prácticas resulta en general insuficiente y cuyo establecimiento viene a constituir lo que Kelsen llamaría "aparición de un Estado de Derecho en sentido material".

<sup>9</sup> Luis Legaz Lacambra: *Kelsen, Estudio crítico de la teoría pura del Derecho y del Estado de la Escuela de Viena*, Barcelona, 1933; p. 40.

tínguese de la Teoría general, como doctrina del Estado posible, y de la Teoría especial del Estado, como doctrina de un Estado concreto y real; del mismo modo que la llamada Filosofía del Derecho, como doctrina del mejor Derecho, del Derecho verdadero y justo, según una concepción ya hoy corriente, distínguese de la Teoría general del Derecho, como doctrina del Derecho posible, y de la Teoría especial, como doctrina de un Derecho positivo concreto. Al separarse con toda claridad la Teoría del Estado, de la Política —como Ética y Técnica social— de una parte, y de la ciencia natural y la sociología naturalista de otra, realizase el postulado de la pureza del método<sup>10</sup>. No puede, pues, sostenerse que haya incompatibilidad entre la Teoría Pura del Derecho y la Sociología Jurídica o las investigaciones sobre el Derecho Natural; no son doctrinas contradictorias que se oponen: son ciencias emparentadas que se complementan<sup>11</sup>.

Esta absoluta compatibilidad de la teoría jurídica pura con la teoría del Derecho Natural —la “DEONTOLOGÍA JURÍDICA” de Del Vecchio<sup>12</sup>— no puede impedir, por supuesto, que Kelsen, personalmente, se ma-

nifieste escéptico respecto de sus posibilidades de constituirse como ciencia, como conocimiento universalmente válido. Aunque con toda razón afirma Kelsen que a la teoría jurídica pura, teoría del Derecho positivo posible, puede yuxtaponerse una investigación sobre el Derecho natural, el Derecho que realiza los valores de la Justicia, se permite dudar sobre la cognoscibilidad de un orden absoluto de valores, único fundamento posible de un Derecho natural absoluto y se permite también Kelsen dudar del grado de objetividad científica que puede alcanzar una Política que juzgue con validez universal de la orientación que deba darse en un momento dado al orden jurídico positivo, que querría ser la base de un —perdónesenos la expresión— DERECHO NATURAL RELATIVO.

## I

## SUPUESTOS FILOSOFICOS

## I. Necesidad de Fundamentar la Ciencia Jurídica Pura

Hemos señalado un campo preciso a la Ciencia Jurídica pura, distinto del que corresponde a la “Deontología jurídica”, y distinto también del propio de la Sociología del Derecho; pero ¿existe un objeto que llene dicho campo? Parece que la distinción esencial entre Derecho natural y Derecho positivo resulta inobjetable si se la plantea como distinción entre el Derecho justo y el Derecho vigente. Pero, como dice Kelsen al referirse al problema paralelo de la Ciencia general del Estado, “¿no parece que a medida que la Teoría del Estado se separa del dominio de la ética política se aproxima al dominio de la ciencia natural? ¿No se contraponen la Teoría del Estado, como doctrina del “ser” del Estado, a la Política, en cuanto doctrina del “deber ser” de aquél<sup>13</sup>. Rechazada definitivamente por jusnaturalista y positivista la confusión entre Derecho natural y derecho positivo, se ve amenazada la ciencia jurídica por otro peligro no menos grave: la confusión del Derecho, como esfera del ser dotada de una legalidad propia, con los hechos sociales a que el Derecho se aplica; así por ejemplo, no pudiendo considerarse ya la obligación

<sup>10</sup> T. G. E. p. 58; naturalmente no daríamos a la Filosofía del Derecho un significado tan restringido como le da Kelsen. Preferible es el amplio que le da Del Vecchio (loc. cit., p. 25), dentro del cual caería como “Lógica Jurídica” —que es precisamente el nombre que le dan algunos discípulos— la “Teoría Pura” de Kelsen.

<sup>11</sup> Sin embargo, Edgar Bodenheimer sostiene que “Kelsen niega categóricamente la posibilidad del Derecho Natural” (loc. cit., p. 313). Lo curioso es que la cita con que prueba su aseveración no es de Kelsen sino de un comentarista, Voegelin; pero aún más curioso es que la cita no prueba en absoluto lo que quiere demostrar. Hace Voegelin la siguiente afirmación: “El Derecho no es un orden eterno y sagrado, sino un compromiso de fuerzas sociales que luchan entre sí”; aun cuando es una afirmación sociológica, ajena a la “teoría pura” (si no fuera ello extremar demasiado la paradoja, diríamos que, en cambio, concuerda el juicio de Voegelin con la tesis que el mismo Bodenheimer sostiene en otro lugar de su libro, pp. 224-230), además de ser, dentro de ciertos límites, acertada, no nos dice nada del Derecho Natural; es obvio que “el Derecho” en la frase citada no puede ser sino el Derecho positivo y nadie puede atreverse a sostener sino al amparo de un equívoco que éste sea “un orden eterno y sagrado”; no puede referirse la proposición de Voegelin al Derecho Natural; éste, por definición, es tal “orden eterno”, aun para el que niega su existencia o su cognoscibilidad.

<sup>12</sup> Del Vecchio, *Filosofía del Derecho*, pp. 24-25.

<sup>13</sup> T. G. E., p. 58.

jurídica como un deber ético dirigido hacia un valor, no se ve en ella otra cosa que la motivación psíquica que lleva a su cumplimiento efectivo. Precisamente, la doctrina de la Escuela de Viena, nacida en el momento en que en todo el campo de la filosofía se luchaba contra tendencias análogas, es en su parte crítica una vasta polémica contra el empirismo jurídico. Por eso su primera preocupación es siempre demostrar la existencia de una esfera autónoma, propia del Derecho, distinta de la realidad espacio-temporal.

Kelsen, inspirado en el neokantismo, cree lograr esta fundamentación sobre la base del dualismo del *ser* y el *deber ser* (*sein und sollen*) el Derecho constituiría una "esfera normativa", que impondría un deber ser al ser de la naturaleza. El uso de este vocabulario insuficiente puede permitir conclusiones correctas, pero lleva inevitablemente a confusiones: si el Derecho positivo instituye un deber ser, y también lo instituye el Derecho natural, ¿qué distinción esencial hay entre ellos? Kelsen puede, claro está, salvarse anunciando que el Derecho positivo es el regulador normativo de la realidad social, mientras el Derecho natural lo es del propio Derecho positivo<sup>14</sup>. Pero ni estas sutilezas parecen describir con mucho acierto la verdad de las cosas, ni permiten resistir a nuevas y más formidables objeciones: Kelsen anota que el deber ser instituido por el Derecho

<sup>14</sup> Así lo hace por ejemplo en las frases que siguen a la última que citamos: "Esta objeción salta demasiado a la vista, y no es extraño que se la vea constantemente utilizada; pero no tiene en cuenta que el ser no es, necesariamente, el ser de la "naturaleza", que es pensable un "ser" del Estado cuya existencia o realidad es distinta de la naturaleza, que la antítesis de ser y deber ser no es absoluta sino relativa, que el Estado o el orden jurídico pueden ser contrapuestos en su autonomía normativa al causalismo ciego de la naturaleza como un "deber ser" a un "ser", y al propio tiempo, en cuanto Estado "real", en cuanto Derecho "positivo", pueden oponerse a los postulados meramente ético-subjetivos de la política. Una vez reconocido el Estado como orden jurídico, revélase que la efectividad o realidad del Estado; en contraposición a los postulados meramente ético-políticos, constituye la misma positividad del Derecho. El Estado, "real", "existente", es el Derecho positivo, a diferencia de la justicia, que es la exigencia de la política: Como ya antes quedó indicado, el problema de la "positividad" es el mismo problema de la realidad dentro de la esfera del conocimiento normativo. Y toda esfera cognoscitiva tiene su específico problema en torno a lo real". T.G.E., p. 59.

es un deber ser puramente formal, pero también dentro del pensamiento kantiano, cree que es puramente formal el *deber ser* de la Etica. Así el Derecho, dentro del dualismo *ser deber ser*, no tiene otra alternativa que o ser fuente de deberes materiales o confundirse con la realidad psico-sociológica, alternativa a evitar la cual se dirigía precisamente la Teoría pura del Derecho y que, lo que es peor, no da en ninguna de sus dos formas una imagen acertada de la naturaleza de lo jurídico.

Se hace pues indispensable dar un nuevo fundamento a la ciencia jurídica pura. Es cierto que en Kelsen se insinúa ya —como veremos— una distinción entre el deber ser "axiológico"<sup>15</sup> propio de la Etica y lo que él, por razones casi puramente idiomáticas, se ve obligado a llamar "deber ser" del Derecho; pero no está hecha esta distinción dentro del marco de una fundamentación sistemática más sólida, que, por lo demás, no se presenta nunca en forma explícita en los escritos de Kelsen.

La batalla contra el empirismo de la filosofía y de la ciencia es ganada al liquidarse su raíz misma, la interpretación psicologista de la lógica, en las "Investigaciones Lógicas" de Edmund Husserl; los posteriores desarrollos de la filosofía "fenomenológica" de dicho autor sirven de base a varios discípulos de Kelsen y suyos —como Fritz Schreier, a quien seguiremos en nuestra exposición— para dar un nuevo fundamento a la Teoría pura del Derecho: no es ya el inexacto dualismo del "sein und sollen" el que ha de servir de base a la Ciencia Jurídica pura; resulta mucho más acertada para aplicarse a este caso la distinción que hace Husserl entre la esfera real y la esfera ideal: "La norma jurídica es una ley exacta; no se halla en el mismo plano de las leyes de la ciencia natural, sino en el que corresponde a las de la matemática... La norma jurídica no conoce excepciones ni puede quedar destruida por observaciones nuevas; las manifestaciones oriundas de la esfera de la experiencia no influyen sobre ella. En esto consiste su igualdad esencial con las leyes matemáticas; la frase de Cohen, según la cual la jurisprudencia es la matemática de las ciencias del espíritu, recibe así un nuevo sentido"<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> Así lo llama Carlos Cossio en su prólogo a la edición castellana de *La Teoría Pura del Derecho* (T.P.D., p. 8).

<sup>16</sup> Fritz Schreier, *Concepto y Formas Fundamen-*

## 2. El Acto Jurídico como acto, de Juicio

Inicia Schreier su estudio con una breve exposición del método fenomenológico. En la ciencia fenomenológica, la conciencia dirige a sí misma su intencionalidad; encerrando en un paréntesis los demás objetos, se toma a sí misma como objeto de conocimiento; así como las demás ciencias quieren conocer los objetos a que se dirigen los actos intencionales, la fenomenología es la ciencia de los actos intencionales mismos. Ahora bien, a cada objeto, con su peculiar modo de ser, corresponde un acto peculiar también, el acto en que ese objeto se constituye; "objeto y acto encuéntranse referidos uno al otro; por ello a la peculiaridad del objeto corresponde la del acto; las formas en que el objeto se da no toleran modificación alguna, así como no es posible pintar ecuaciones diferenciales o tocarlas en el violín"<sup>17</sup>. De esto resulta una importante consecuencia: del análisis del acto propio de un objeto se obtiene el

*tales del Derecho*, traducción de E. García Maynez, Buenos Aires, 1942; pp. 65-66. Indica Recaséns Sichés en el prólogo a la edición castellana de esta obra que "mucho se ha atacado a Schreier por su propósito de maridaje entre la teoría pura del Derecho de Kelsen y la fenomenología de Husserl. Se ha dicho que la unión entre estas dos obras es algo imposible; y que, de intentarse, ha de dar como resultado un producto monstruoso y contradictorio. Y esta crítica se ha fundado en la consideración de que la fenomenología es incompatible con la filosofía neokantiana; precisamente, porque la fenomenología representa en muchas de sus partes una crítica y una esencial rectificación frente al neokantismo". (loc. cit., p. 8); considera él que esta actitud es injusta porque: "Nada censurable es, antes bien es plausible, que Schreier, consciente de la razón que Husserl ha tenido frente al neokantismo y frente al subjetivismo, y consciente también de los grandes aciertos de muchos pensamientos kelsenianos, haya querido buscar un nuevo fundamento y un nuevo desarrollo para la teoría pura del Derecho". (loc. cit., p. 9). Nosotros añadiríamos además que no es tan grande como parece la oposición entre el Husserl de los últimos tiempos (que es el que Schreier utiliza, al determinar la naturaleza del Derecho por el análisis del acto en que éste se "constituye") y el pensamiento kantiano; no está muy distante del kantismo quien afirma que todos los objetos del conocimiento están, constituidos de una manera trascendental por actos intencionales sintéticos, que proceden del Yo puro y que introducen los datos primarios en formas categoriales" (Gurvitch, *Las tendencias actuales de la filosofía alemana*, trad. de P. Almela, Buenos Aires, 1944, p. 67), frase que, salvo una o dos palabras, bien podía creerse extraída de la *Kritik der reinen Vernunft*.

<sup>17</sup> Schreier, loc. cit., p. 33.

conocimiento de su legalidad esencial: "Para captar el modo de ser del objeto individual en el acto en que se da, es decir, para poder resolver el problema de la constitución del objeto, es indispensable adoptar la actitud fenomenológica y convertir los actos en objetos; en esta forma podemos descubrir los principios fundamentales que valen para determinados objetos"<sup>18</sup>. Queda así planteado el camino que va a seguir Schreier: para determinar la esencia del Derecho, cuyo conocimiento es indispensable para justificar la purificación de la ciencia jurídica, analizará la esencia del acto en que el Derecho se constituye, de —como él lo llama— el "acto jurídico".

El "acto jurídico" no es por supuesto en este caso el acto jurídico del Derecho Civil; es el acto en que el Derecho se constituye. Pero tampoco es el acto de creación del Derecho, en que éste se "constituye" como Derecho positivo; es el acto en que el Derecho se nos da como tal Derecho, en que un objeto nos aparece como Derecho; "en el acto jurídico concebimos el Derecho, el Derecho nos es dado, nos dirigimos hacia él intencionalmente; ahora bien, el Derecho no es concebido solamente por el legislador y el juez, sino por cualquier sujeto que dirija su mirada hacia el mismo"<sup>19</sup>.

Definido ya el "acto jurídico", hay que preguntarse en qué consiste; en este punto las opiniones se separan. En primer término, hay quienes sostienen que los actos jurídicos pertenecen a la esfera de los sentimientos; es fácil refutar esta teoría: el sentimiento jurídico "sugiere cuál es el Derecho aplicable; formula ciertas consecuencias jurídicas, y sólo se refiere, por ende, a la elección entre las decisiones posibles. La decisión sólo puede producirse cuando existe un cierto círculo de posibilidades, entre las cuales cabe elegir; por esto, el sentimiento jurídico nunca puede enseñarnos qué sea el Derecho, aun cuando aceptemos las afirmaciones que hacen sus defensores. El sentimiento jurídico es el sentimiento de lo que en un caso concreto es justo, no el sentimiento del Derecho mismo. Por esto hablamos de decisiones jurídicas que hieren el sentido de la justicia y son, sin embargo, Derecho"<sup>20</sup>.

Más numerosos son los que opinan que

<sup>18</sup> Schreier, loc. cit., pp. 34-35.

<sup>19</sup> Schreier, loc. cit., p. 40.

<sup>20</sup> Schreier, loc. cit., p. 45.

el acto jurídico es un acto voluntario. Los actos voluntarios pueden caracterizarse como actos de "toma de posición", frente a los actos de mera aprehensión<sup>21</sup>; así, mientras por ejemplo el teorema de Pitágoras puede formularse con independencia de todo sujeto, una volición sólo es comprensible como acto de un sujeto determinado, la volición, como el deseo, el entusiasmo, etc., es una toma de posición del sujeto frente a un objeto aprehendido; y aquí tenemos la segunda característica de las tomas de posición, y por ende de los actos voluntarios: son las tomas de posición *actos fundados*; actos que dependen para su existencia de otros actos *fundantes*, actos de aprehensión frente a los cuales, precisamente se "toma posición"; como decía Franz Brentano, "nada puede ser anhelado, esperado, temido (o querido, agregaríamos), si no ha sido representado (es decir, aprehendido)". Así, mientras el acto fundado, la toma de posición, no puede llegar a ser sin la aprehensión en que se funda, ésta puede subsistir aun cuando desaparezca el acto fundado —el acto fundado necesita una complementación que no requiere el acto fundante. Ahora bien, precisamente el acto de creación del Derecho tiene ese carácter de volición del legislador, de toma de posición frente a la aprehensión del Derecho posible; pero esta última, el acto fundante, no es toma de posición ni menos volición, y es ella el "acto jurídico" que analizamos: el acto jurídico es un acto de aprehensión en que se funda la toma de posición que es la

<sup>21</sup> La diferencia entre los actos de aprehensión y los de toma de posición queda admirablemente esclarecida en este pasaje de Hildebrandt: "Si examinamos la alegría producida por algo, el entusiasmo o el amor que algo produce, descubriremos que todas estas vivencias tienen un carácter común. A pesar de sus diferencias cualitativas, implican todas ellas una toma de posición de mí yo frente al mundo objetivo. La alegría o el entusiasmo son elementos que desde el punto de vista subjetivo se hallan insertos en una vivencia y valen para un contenido que existe frente a mí. A estas vivencias se opone en forma característica, por ejemplo, la percepción de un color, porque en esta última vivencia nuestro yo está vacío, y sólo podemos encontrar un contenido en la esfera de los objetos. La vivencia es, entonces una pura captación o aprehensión de algo que se halla frente a nosotros. Llamamos a las vivencias de este tipo aprehensiones para distinguir las de las tomas de posición" (Dietrich von Hildebrandt, *Die Idee der sittlichen Handlung*, citado por Schreier, loc. cit., p. 49).

creación jurídica<sup>22</sup>. Si, siguiendo el modo usual de expresarse, empleamos la frase "acto de juicio" para denominar a los actos de aprehensión (no hay que olvidar que "acto de juicio" quiere decir en otra acepción "acto de expresión"), debemos decir que el acto jurídico es un acto de juicio, en que se aprehende la "norma jurídica" y que se expresa en la "proposición jurídica"; es la proposición jurídica, en sentido estricto, "la expresión independiente y plena de una norma de Derecho"<sup>23</sup>; pero si, en un sentido lato, llamamos "proposiciones jurídicas" a los artículos de un código, es obvio que no todas ellas serían entonces expresiones de normas de Derecho, ni las que lo fueran, las expresarían en forma completa, plena<sup>24</sup>

Presentado el acto jurídico como un acto de juicio, puede refutarse el empirismo con las armas que preparó Husserl. La proposición jurídica no expresa de ninguna manera un acontecimiento espacio-temporal, ni la probabilidad de que sobrevenga, ni siquiera la deseabilidad de su realización; la proposición jurídica expresa la norma jurídica, y ésta es un ente ideal, cuya naturaleza precisaremos, subsistente por sí mismo. Es la posibilidad de la autosubsistencia de entes ideales, es decir, irreales, la que el empirismo discutía y la que Husserl ha demostrado: todo el mundo matemático, al fin y al cabo, es un mundo puramente ideal.

En gran medida el empirismo jurídico ha nacido de la equivocidad de la palabra "Derecho": "Por medio de ella son mentados dos objetos completamente distintos. En una de sus acepciones refiérese a ciertos fenómenos de la vida colectiva; por ejemplo, expresado en forma muy impre-

<sup>22</sup> Cf. Schreier, loc. cit., p. 52: "Fundante sólo puede ser el acto jurídico de aprehensión. En éste debe constituirse el Derecho, no en el de toma de posición que con él se une, ya que ésta nada puede añadir al contenido del objeto. Empleando otro giro podríamos decir: el legislador tiene que concebir los pensamientos jurídicos antes de quererlos. Vacila, verbigracia, entre diferentes preceptos de Derecho antes de decidir cuál es el que quiere".

<sup>23</sup> Schreier, loc. cit., p. 75.

<sup>24</sup> "Es incuestionable que, por razones estético-estilísticas y de técnica legislativa, la norma ideal que estatuye deberes jurídicos no se halla expresada en un solo juicio de la ley con todos sus elementos esenciales, y con gran frecuencia, se encuentra dividida en dos o varias leyes". (Kelsen, *Hauptprobleme*, p. 288; citado por Schreier, loc. cit., p. 77).

cisa, el hecho de que los hombres disputen entre sí y resuelvan sus disputas en tal o cual forma, o la circunstancia de que sea posible señalar determinados rasgos permanentes en el comercio social. En otra acepción, alude a las reglas de acuerdo con las cuales, al realizarse ciertos hechos, otros nuevos deben producirse”<sup>25</sup>. Si estudiamos al “Derecho” en su primera acepción, hacemos Sociología Jurídica, ciencia lícita y necesaria, pero que de ningún modo reemplaza a la Ciencia Jurídica pura, cuyo objeto es el Derecho en su segunda acepción; es éste el conjunto de las normas jurídicas, y por consiguiente, su ser es ideal, el ser del puro concepto; y de ningún modo puede caber la afirmación de Thur de que “mientras en el terreno de la ciencia los conceptos sólo tienen un valor de conocimiento, a las nociones establecidas por el Derecho corresponde una significación real, vis ac potestas”<sup>26</sup> pues “de un concepto nunca puede emanar una fuerza; en la cadena de la causalidad sólo hechos pueden manifestarse, nunca un concepto”<sup>27</sup>. Tampoco puede admitirse que los juicios y conceptos jurídicos son el resultado de la creación jurídica; ésta —como vimos— sólo puede hacerse sobre la base de la aprehensión de la norma jurídica preexistente, sólo puede entenderse como una toma de posición del legislador frente a la norma jurídica: “Las normas jurídicas existen independientemente de que un legislador las declare válidas para un determinado ámbito; tales normas existen, pero su ser no es el de la naturaleza, sino el ser de los conceptos. El ser de los conceptos es atemporal y lo atemporal no puede ser producido o creado. Las leyes no son, según lo cree Ehrlich, inventadas, como una máquina de vapor, sino descubiertas, como los principios matemáticos”<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> Schreier, loc. cit., p. 64.

<sup>26</sup> Citado por Schreier, loc. cit., p. 67.

<sup>27</sup> Schreier, loc. cit., p. 67.

<sup>28</sup> Schreier, loc. cit., pp. 8-81; explica más Schreier estas ideas: “Lo dicho no debe ser mal interpretado. Sólo queremos expresar que la aprehensión de un concepto, es decir, de un contenido mental, es aprehensión de algo ya existente. Por supuesto que no puede hablarse aquí de Derecho natural. No sostenemos la validez de una norma jurídica independientemente de la formulación del legislador. Lo demuestra el hecho de que tengamos que considerar como normas jurídicas a aquéllas que se contradicen entre sí. Del enorme número de normas jurídicas existentes el legislador toma solamente algunas, a las que otorga validez”. (loc. cit., p. 81).

Un último problema por resolver es el del portador del Derecho. “Los objetos del acto jurídico son objetos irreales: normas. Sabemos sin embargo que también los objetos irreales pueden manifestarse en los hechos; sus representantes aparecen en la realidad; o, expresado en otro giro: los hechos encuadran en ciertos conceptos y objetos irreales”<sup>29</sup>. Cabe preguntarse —llamando “conceptos reales” a los que son objeto de las ciencias de la realidad, es decir a los hechos—, ¿conuerda la extensión de los conceptos irreales con la de determinados conceptos reales? Se ha formulado usualmente esta pregunta, interrogando: ¿Qué realidades pueden ser jurídicamente reguladas? Una teoría del Derecho positivo no debe dar una respuesta limitada: una norma jurídica *puede* referirse a todo, si bien, desde el punto de vista de la Justicia, no *deba* referirse a ciertas cosas, y desde el punto de vista de la realidad, sea inoperante su referencia a ciertas otras<sup>30</sup>. “Dicho de otro modo: Todos los acontecimientos naturales pueden llegar a ser relevantes para el Derecho; lo jurídicamente relevante para cada ordenamiento jurídico especial, es un mundo de horizonte abierto, que mientras no abarque la totalidad de los hechos de la naturaleza, tiene la posibilidad de extenderse hasta ese límite. Siempre cabrá aplicar la regulación jurídica a hechos nuevos para proveerlos de consecuencias de Derecho, o para hacerlos servir como tales”<sup>31</sup>.

### 3. La Norma Jurídica

La norma jurídica es, pues, un juicio; y el Derecho es un sistema de juicios. Toda la querella entre empiristas y antiempiristas, da vueltas en torno a la naturaleza de los juicios; si el juicio es solamente el hecho psíquico del juzgar, no hay una ciencia de juicios distinta de la psicología; si el sistema de juicios que forman el Derecho es sólo un conjunto de hechos psicosociales, la ciencia jurídica se disuelve en socio-

<sup>29</sup> Schreier, loc. cit., p. 84.

<sup>30</sup> Es extraordinaria, por ejemplo, la consecuencia a que llega Fischer de que no “pueden” ser objeto de regulación jurídica las relaciones del hombre consigo mismo, con Dios y con los animales y cosas inanimadas. “Piénsese —comenta Schreier— en los castigos aplicables a la tentativa de suicidio, el sacrilegio y el tormento a los animales”. (loc. cit., p. 87).

<sup>31</sup> Schreier, loc. cit., p. 88.

logía del Derecho. Para el empirismo jurídico la norma de Derecho, como juicio, sólo puede ser un estado de conciencia del legislador, un juicio suyo; pero de los juicios del legislador sólo son normas de Derecho los que tienen relevancia jurídica, es decir, los que tienen validez, es decir, los que obligan, es decir, los que actúan como fuerza motivadora sobre la conducta de los súbditos. La norma de Derecho se reduce así a un acto psíquico; su validez a su reproducción en conciencias ajenas a la de su sujeto original; su obligatoriedad, a su fuerza motivadora; su estudio, al de un conjunto de fenómenos psicosociales. Si un juicio no es sino el fenómeno psíquico del juzgar, la ciencia del Derecho es la Sociología Jurídica; pero no, miento, si un juicio no es sino el fenómeno psíquico del juzgar, no hay ciencia del Derecho, como no hay ciencia ninguna, ya que el conocimiento, como sistema de juicios, no tiene otra validez que la de cada uno de éstos, es decir, la puramente subjetiva que tienen para el sujeto que juzga en el momento que juzga. Pero el juicio no es el fenómeno de juzgar, como la calle no es la percepción de la calle; el juicio como relación de dos términos es el objeto de la intencionalidad del acto de juzgar, pero, en cuanto tal relación, es subsistente por sí mismo. Puede, pues, constituirse una ciencia sobre juicios, o sobre determinados juicios, o sobre la estructura formal de estos juicios. La ciencia jurídica pura estudia la estructura formal de los juicios que integran el Derecho, de las normas de Derecho.

La norma jurídica es un juicio que liga entre sí dos hechos, hechos de que se dice que tienen "relevancia jurídica", o también que son "portadores del Derecho", portadores de la norma que los hace relevantes. Tiene la norma jurídica el carácter de un juicio hipotético en que a un hecho condicionante, supuesto jurídico (o "hecho jurídico" propiamente tal, en el lenguaje de Schreier), se liga un hecho condicionado, o consecuencia jurídica<sup>32</sup>. La norma jurídica establece pues, entre los dos he-

<sup>32</sup> "Cuando se habla de un hecho jurídicamente regulado se alude a un hecho que da nacimiento a ciertas consecuencias de derecho, o bien a estas mismas consecuencias que, por su parte, también tienen el carácter de hechos... La regulación jurídica no es sino la imputación de consecuencias de derecho a supuestos jurídicos". (Schreier, loc. cit., p. 89).

chos que liga, una relación, relación que la escuela de Kelsen denomina "imputativa"; la consecuencia jurídica se imputa al supuesto jurídico. Así como la relación causal que establecen las leyes naturales se expresa por el verbo "tener que ser", la relación imputativa se expresa por el verbo "deber ser"; bien pudo evitarse confusiones escogiendo otro verbo. La expresión de la norma jurídica no es como la de la ley causal, "dado A, tiene que seguir B", sino "dado A, debe seguir B"; a la necesidad de la naturaleza que liga los términos de la primera fórmula, substituye en la segunda la necesidad del Derecho, que puede o no coincidir con la de la naturaleza. Queda pues bien en claro que el "deber ser" estatuido por el Derecho, es una categoría puramente formal; que bien pudo en lugar de "deber ser" decirse cualquier otra cosa (o usarse puntos suspensivos, como usa, Schreier, que formula su norma jurídica, algo distinta de la de Kelsen, simbólicamente: H . . . APS —dado el hecho H, A deberá realizar la prestación P, o se deberá seguir la sanción S); que, sobre todo, no se trata de "deber ser" en sentido ético: el verbo "deber ser" desempeña en la norma de Derecho, el mero papel de expresar la relación imputativa que se da entre el supuesto jurídico y la consecuencia de Derecho<sup>33</sup>. La relación imputativa no

<sup>33</sup> Dada la importancia de este punto y las tergiversaciones de que puede ser objeto la doctrina de Kelsen sobre esta materia, citamos a continuación algunos párrafos probatorios y también aclaratorios: "El concepto de deber que utilizamos no debe ser referido a otras significaciones de este vocablo tan equívoco; sobre todo, no hay que atribuirle la importante significación de la palabra en sentido ético, no orientarlo en modo alguno hacia la misma significación... El deber ser jurídico es un concepto puramente formal". (Schreier, loc. cit., p. 108). "Para evitar múltiples equívocos que la concepción "normativa" del Derecho defendida por mí ha provocado, expresamente insisto en que el "deber ser" (u obligación), forma de expresión de todas las proposiciones jurídicas, no encierra ningún sentido psicológico... El "deber ser" es para mí la expresión de la relación funcional de los elementos en el sistema del Derecho, y esta relación difiere del nexo causal de la naturaleza. El deber ser, en oposición al ser, es sólo la expresión de la disparidad existente entre el sistema del Derecho y el natural... Por último, quiero subrayar que el concepto del deber ser no tiene significación material alguna... se trata de un concepto puramente formal... Quien pretenda captar el sentido específico del Derecho, en relación con la realidad social, no podrá desconocer la peculiar oposición en que el orden jurídico puede hallarse (aunque no se halle necesariamente) frente

se establece sobre la observación de los hechos; se trata de una síntesis artificial y arbitraria, por la cual se liga la consecuencia jurídica a su supuesto, diciéndose que "debe seguirse" de él, con lo que quiere significarse que se seguirá efectivamente si la norma que estatuye la relación es "eficaz"; la eficacia de una norma no puede nunca ser absoluta y cierta; para que dejara de ser meramente probable, el "deber ser" tendría que transformarse en un "tener que ser" y la relación imputativa en relación causal, con lo que la norma dejaría de ser tal, para transformarse en ley de la naturaleza.

#### 4. La Teoría Pura del Derecho como Teoría del Derecho posible

La norma jurídica se nos ha presentado como juicio; el Derecho, como un sistema de juicios; cada Derecho positivo, como el sistema de normas jurídicas que tiene una mínima eficacia en el ámbito de validez atribuido a dicho Derecho positivo. Es la

a la realidad natural de la vida colectiva. El Derecho dice: Si A es, debe ser B; la realidad social dice: A es, y sin embargo, B no es. (Kelsen "Das Problem der Souveränität", p. 9; citado por Schreier, loc. cit., p. 109). "Así como la ley natural enlaza una determinada situación de hecho como causa con otra como efecto, la ley jurídica enlaza la condición jurídica con la consecuencia jurídica... En un caso la forma del enlace de los hechos es la causalidad, en el otro la imputación, que es conocida por la Teoría pura del Derecho como la legalidad particular del Derecho... La expresión de esta referencia designada como "imputación", y por tanto la expresión de la existencia específica del Derecho, de su validez, es decir, del sentido peculiar en que son puestos en reciproca conexión los hechos pertenecientes al sistema "Derecho" —y no otra cosa— es el "deber ser" con que la Teoría pura del Derecho presenta al Derecho positivo; así como la expresión de la legalidad causal es el "tener que ser"... Si la ley natural dice: Si A es, tiene que ser B, dice la ley jurídica: Si A es, debe ser B, sin que con eso se enuncie alguna cosa sobre el valor, es decir, sobre el valor moral o político de esta conexión. El deber ser limitase a existir como una categoría relativamente apriorística para la aprehensión del material jurídico empírico... Si se dice: cuando acontece lo llamado antijurídico "debe" acontecer la consecuencia jurídica, este "deber ser" sólo significa —como categoría del Derecho— el sentido específico en que la condición jurídica y la consecuencia jurídica se corresponden en la proposición jurídica... A ninguna realidad social puede discutirse la compatibilidad con esta categoría jurídica por causa de la estructuración de su contenido. Es categoría gnoseológico-trascendente en el sentido de la filosofía kantiana, no metafísico-trascendente". (Kelsen, T.P.D., pp. 48-51).

Jurisprudencia especial la que debe ocuparse de los contenidos de las normas jurídicas que integran los sistemas de Derecho positivo. ¿Cuál es el objeto de la Ciencia Jurídica general, de la Ciencia Jurídica "pura"? Las formas propias del Derecho positivo; en primer término, las categorías formales en que están enmarcadas las normas jurídicas, las leyes formales a que deben sujetarse para ser tales normas jurídicas. "Todas las proposiciones que reúnan tales caracteres serán proposiciones jurídicas en cuanto satisfagan las condiciones de la teoría jurídica formal. Estas condiciones representan puras formas vacías que habrán de llenar las distintas proposiciones para convertirse en Derecho; tales formas separan lo jurídico de lo no jurídico"<sup>34</sup>. Es el estudio de dichas formas la finalidad de la Ciencia Jurídica pura. "La esfera de validez de la teoría jurídica pura queda así determinada de manera indudable. Sus proposiciones no se hallan históricamente determinadas ni han sido establecidas por inducción. Se trata de proposiciones inmutables; los conceptos formales no se obtienen partiendo de lo particular para llegar a géneros más elevados (generalización) ni se convierten en conceptos materiales por la agregación de ciertas notas"<sup>35</sup>. El llenar las formas fundamentales del Derecho no puede, pues, hacerse a partir de ellas; en realidad, cabe en ellas cualquier contenido que no lleve a un sinsentido o un contrasentido; a la teoría jurídica pura sólo corresponde "establecer dogmas o proposiciones doctrinales y seguir los lineamientos prefijados por la esencia del Derecho"<sup>36</sup>.

Existe, pues, un conjunto de leyes esenciales del Derecho; existen formas *a priori* de la norma jurídica, en que debe enmarcarse un juicio para tener calidad de tal, teniendo tal calidad todos los juicios que en ellas se enmarcan; puede hablarse por lo tanto, de un "mundo ideal" de las normas jurídicas posibles; un sistema del que formarían parte todos los juicios que tuvieran las cualidades de norma jurídica. Ahora bien, el legislador que da fuerza positiva a determinadas normas en el acto de creación jurídica tiene que escoger dichas normas de entre las que forman parte de este "mundo ideal"; el acto de crea-

<sup>34</sup> Schreier, loc. cit., p. 133.

<sup>35</sup> Schreier, loc. cit., pp. 133-134.

<sup>36</sup> Schreier, loc. cit., p. 140.

ción del Derecho no es sino el llenar con un contenido determinado la estructura formal de una norma jurídica; por lo tanto, "la teoría pura del Derecho indica al legislador las regulaciones, entre las que habrá de elegir; pero es incuestionable que no puede ejercer ninguna influencia sobre la elección"<sup>37</sup>. Como teoría del *a priori* formal del Derecho, como teoría de las condiciones que debe cumplir un juicio para ser Derecho, como teoría que indica al legislador las normas que puede promulgar como positivas, "podemos considerar a la teoría jurídica pura como doctrina del Derecho posible"<sup>38</sup>.

##### 5. La Norma Jurídica como Esquema de Interpretación

Pero la teoría jurídica pura como teoría del Derecho posible no puede limitarse al conocimiento exclusivo de la estructura formal de la norma jurídica; la naturaleza del Derecho no responde a la concepción estática de un mero agregado de normas; el Derecho se presenta siempre como orden jurídico, como sistema orgánico de normas jurídicas; debe, pues, ocuparse también una teoría del Derecho posible del *a priori* del Derecho, de la estructura formal de los sistemas de normas, de la legalidad esencial del "orden jurídico".

Hemos sentado el principio de que un hecho es "jurídicamente relevante" cuando es estatuido como tal por una norma jurídica. Como es obvio, un hecho tiene "relevancia jurídica" en un sistema de Derecho (u or-

den jurídico), cuando tal relevancia le es dada por una norma perteneciente a dicho sistema. Así, los hechos tienen calidad de supuesto jurídico o de consecuencia jurídica dentro de un sistema de Derecho dado cuando una norma perteneciente a tal sistema los estatuye como tales. ¿Y cuándo puede considerarse perteneciente a un sistema de Derecho dado una norma jurídica determinada?, es decir, ¿cuándo puede atribuirse la calidad de institución de una norma jurídica válida dentro de un sistema determinado, al hecho de la expresión oral o escrita de un juicio normativo por un individuo o por un periódico? Para que un hecho tenga relevancia jurídica en un sistema de Derecho, tal relevancia debe serle atribuida por una norma de dicho sistema; para que sea válida la pretensión que pueda tener un hecho de estatuir una norma perteneciente a un sistema de Derecho, tal carácter tiene que serle acordado por otras normas de dicho sistema de Derecho. El carácter de "esquema de interpretación", de "substrato de sentido"<sup>39</sup> propio de la norma jurídica resalta en este caso en toda su importancia. De este hecho nace la teoría de la gradación del orden jurídico que examinaremos más adelante. De este hecho nace también la teoría de la norma fundamental (*Grundnorm*).

En efecto, si toda norma positiva (que también quiere decir "estatuída"), obtiene su calidad de tal, su validez dentro del sistema, de otra norma positiva, que la obtiene de otra, y así sucesivamente, la validez de una última (o primera) norma positiva tiene que nacer de una norma no positiva de la que nacería también la validez de todo el orden jurídico fundado en la última norma positiva. Esta norma fundamental tendría un carácter puramente hipotético; sin ella no podría entenderse orden jurídico alguno; vendría a ser como la expresión de la validez del orden jurídico fundado en ella; y cabría entenderla en su forma más general como la definición de orden jurídico válido (es decir, positivamente válido). Es la norma fundamental el punto por donde se introduciría en el mundo del Derecho la facticidad social, el acaecer espacio-temporal: la norma fundamental exigiría que para que a un sistema de Derecho se atribuyera

<sup>37</sup> Desarrolla más extensamente Schreier estas ideas para evitar interpretaciones torcidas: "Para la consideración dogmático-jurídica el legislador es completamente libre al hacer las leyes, aun cuando, como factor social, se encuentre íntimamente vinculado al orden de la vida colectiva. Tendremos pues, que aislarlo del proceso causal de ésta para percatarnos de que su misión no es otra que la de establecer preceptos jurídicos, o lo que es lo mismo, coordinar a ciertos supuestos determinadas consecuencias de Derecho. Dentro del marco de una teoría jurídica pura no queda comprendida la investigación de los fundamentos y de los fines que puedan haber dirigido al legislador al realizar tal coordinación, ni el problema que consiste en saber si ha querido o no las consecuencias del Derecho. La teoría jurídica pura no se refiere a los actos de creación, sino de aprehensión del Derecho, lo que no implica el desconocimiento de que las tareas más importantes de la fenomenología de la creación jurídica se encuentran vinculadas al estudio de los actos del primer tipo". (Schreier, loc. cit., p. 127).

<sup>38</sup> Schreier, loc. cit., p. 133.

<sup>39</sup> Cf. T. P. D., pp. 29-31.

el carácter de positivamente válido, tuvieran sus normas una determinada eficacia mínima<sup>40</sup>. Como señala Schreier, la norma fundamental no es en verdad una norma completa; es más bien un supuesto fundamental que debe acompañar a cada uno de los supuestos jurídicos establecidos por un orden jurídico, para que se sigan válida, positivamente, las consecuencias jurídicas que dicho orden les liga.

## II

### CONCEPTOS FUNDAMENTALES

#### 1. Norma Primaria y Norma Secundaria

Hemos comprobado la existencia de una clase de juicios que estatuyen relaciones de imputación entre los hechos; conscientes de la impropiedad del uso que damos al término, los llamaremos, para no inventar un nombre nuevo, "juicios normativos"<sup>41</sup>.

<sup>40</sup> Para Kelsen la norma fundamental es no sólo fundamento de la validez, sino de la unidad del orden jurídico; es la "constitución en sentido formal". Es cierto que en los modernos órdenes jurídicos, en que existe una "constitución en sentido material", la función unificadora está desempeñada por ella, que obtiene su validez de la norma fundamental. En verdad en los países sin constitución escrita, puede hablarse de constitución consuetudinaria; habría habido así una "constitución absolutista" en la Francia de Luis XIV, etc. La norma fundamental se limitaría a ser la fuente de validez de la constitución, la definición de Derecho positivamente válido: "Vale toda constitución que es en cierto grado eficaz". Dice Legaz que para Kelsen la validez es otorgada al orden jurídico por el jurista que lo estudia; es decir, que el contenido de la norma fundamental queda al arbitrio del jurista. Son obvios los inconvenientes de tal concepción, a la que, por lo demás, Kelsen no alude jamás en las obras posteriores que hemos tenido a mano; en ellas en cambio parece adherir a la opinión que hemos expuesto: la norma fundamental sería una definición de Derecho positivo; y en general, por Derecho positivo, se ha entendido lo que entiende Kelsen, y con él nosotros: aquel Derecho que tiene una cierta eficacia mínima.

<sup>41</sup> Del mismo modo hemos hablado ya de "deber ser" jurídico y hablaremos pronto de "obligación" jurídica en una acepción que radicalmente difiere de las que tienen estas palabras en los campos de la psicología y de la ética. Confundido el Derecho con la moral en la sociedad primitiva, atribuida al Derecho una naturaleza psíquica por la mentalidad primitiva, nada raro es que el vocabulario de la ciencia jurídica haya sido tomado de la Psicología y de la Ética. Por lo demás, si bien la "obligación" jurídica tiene una calidad propia que le es exclusiva, puede su contenido ser el mismo de una obligación moral, y en todo caso, se hace eficaz y positiva como un psíquico "sentirse obligado".

Ahora bien, en el sentido amplio de una teoría rigurosamente formal, todo "juicio normativo" (en esta exclusiva acepción) puede llamarse "norma jurídica": no hay distinción formal entre lo que llamaremos "norma jurídica" en sentido estricto, y los demás "juicios normativos". Pero si deseamos reservar el nombre de Derecho a lo que habitualmente por Derecho se entiende, es decir, esos sistemas de normas (es decir, de "juicios normativos", en el sentido arriba enunciado, distinto, por ejemplo, del propio de las normas morales) de que se vale la sociedad para obtener un determinado comportamiento de sus miembros, debemos distinguir dentro de los "juicios normativos" la especie de las "normas jurídicas", distinción que sólo podemos hacer atendiendo al contenido material de éstas últimas. Así, podemos enunciar la siguiente definición: Normas jurídicas son juicios normativos que imputan a un hecho o complejo de hechos, una consecuencia de carácter coactivo (es decir, una consecuencia que mueva a los seres humanos a eludirla). Como se ve, esta definición de norma jurídica en sentido estricto, que es la que admite y usa Kelsen, no puede obedecer sino a motivos prácticos, pues desde un punto de vista formal no tiene razón de ser. Sin embargo, los órdenes jurídicos positivos se han estructurado siempre como sistemas de normas jurídicas en este sentido estricto (otro género de "juicios normativos" no tendría utilidad social), lo que justifica el distinguirlas entre los demás juicios normativos, y el realizar un estudio especial de ellas.

La norma jurídica no hace pues sino imputar una consecuencia coactiva a un hecho considerado socialmente dañoso<sup>42</sup>. Sin embargo, los códigos y otras manifestaciones de la legislación positiva contienen de ordinario disposiciones en las que, antes de expresar que se liga un determinado castigo a una cierta conducta, se establece como "obligación" el desarrollar la conducta contraria. Ahora bien, ¿qué es la obligación jurídica, la "obligación" que establecen las leyes? No es una obligación moral, pues,

<sup>42</sup> Esta condición última es innecesaria; un gobernante atrabiliario puede dictar una ley contra ciertas conductas perfectamente útiles y que él reconoce como tales; y si, por ejemplo, los buenos ciudadanos que la violan son efectivamente descuartizados, sus deudos al menos no dudarán de la positividad de la ley.

entonces, no la establecerían las leyes injustas. Tampoco es un psíquico sentirse obligado, por el temor al castigo u otra diversa razón: en tal caso no estaría obligado jurídicamente el que no conoce la ley; tampoco el que no la teme; es de esperar que nadie quiera subjetivizar el Derecho hasta este punto: un orden jurídico no es más o menos válido, porque se cometen más o menos delitos —aunque sí podría hablarse de una pérdida de validez cuando esos delitos no se sancionan en la medida suficiente. No queda otro camino que formalizar el concepto de “obligación” jurídica, como hemos formalizado el “deber ser” del Derecho: decir que se está “obligado” jurídicamente a una conducta determinada es sólo una manera abreviada de decir que a la conducta contraria está ligada una consecuencia coactiva; las “normas secundarias”, que es como Kelsen llama a aquellas proposiciones que estatuyen obligaciones, son sólo una expresión verbal abreviada de las “normas primarias”, es decir, de las proposiciones que expresan directamente la imputación de la consecuencia coactiva al incumplimiento de la “obligación”. El sentido de normas primarias y secundarias es idéntico; la norma jurídica expresada verbalmente de manera diversa por estas dos clases de proposiciones es la misma: la norma secundaria habla de “obligaciones”, concepto, que, como hemos visto, sólo puede entenderse en la esfera del Derecho a la luz de la norma primaria <sup>43</sup>.

Ordinariamente se liga la consecuencia coactiva a un hecho antisocial; esto ha inducido a ver en él un hecho “antijurídico”: el delito sería una violación del Derecho; la perpetración del delito una suspensión del imperio del Derecho. Ya esta última frase nos hace ver lo absurdo de tal concepción; si al cometerse el hecho reputado como delito se suspende el imperio del Derecho, deja el tal hecho de ser delito, pues como tal sólo podía ser considerado bajo el imperio del Derecho. Las raíces del error están en la costumbre de trabajar con nor-

<sup>43</sup> Claro está que este concepto de obligación, no cabe en una teoría formal rigurosa, ya que sólo lo hemos podido crear introduciendo un mínimo momento material: el concepto de “hecho coactivo”, es decir, hecho que los seres humanos procuran eludir. Pero tampoco necesita una teoría jurídica formal —ni siquiera la apenas manchada por el mínimo elemento material que indicamos— trabajar con normas secundarias.

mas secundarias: si el Derecho es entonces un sistema de obligaciones (el sentido que esta palabra tenga resulta, dejada de lado la norma primaria, enteramente inescrutable), todo incumplimiento de éstas es un incumplimiento del Derecho. Sin embargo, resulta obvio que no puede al delito considerársele sino figuradamente como hecho “antijurídico”, pues es enteramente absurdo declararlo, siguiendo al pie de la letra esta expresión, fuera de la esfera del Derecho: justamente es el delito, junto con la creación de normas y la ejecución de las consecuencias de Derecho, una de las clases de hechos dotados de relevancia jurídica, una de las pocas categorías de hechos que figuran en la esfera del Derecho <sup>44</sup>.

## 2. El Derecho Subjetivo

Lo primero que es necesario decir sobre el derecho subjetivo es que no es anterior al Derecho objetivo que lo “consagra”. Si bien puede decirse que el Derecho objetivo positivo “consagra” un derecho subjetivo natural anterior a él, por una parte, éste último sólo pudo nacer junto al Derecho natural objetivo; por otra, es sólo con aquel acto de consagración que nace, que es *creado* un derecho subjetivo positivo.

Con el concepto de “derecho subjetivo” (positivo) se denomina, en primer término, a cada una de las facultades orgánicas del hombre, cuyo ejercicio es autorizado por el orden jurídico (positivo). Esta denominación es enteramente lícita, como es enteramente lícito cualquier uso dado a una expresión verbal con tal de que se le determine con precisión; sin embargo, no es recomendable: las facultades orgánicas del hombre cuyo ejercicio es autorizado por el Derecho son perfectamente irrelevantes para él; precisamente, adquiere este ejercicio relevancia jurídica en la medida exacta en que se le pone trabas. Como dice Schreier, “la facultad queda comprendida dentro del espacio jurídico vacío” (aclara Schreier este último concepto, diciendo que “corresponden a él todos los hechos naturales que no producen consecuencias de Derecho” <sup>45</sup>).

Kelsen señala que si por derecho subjetivo se quisiera entender —como es na-

<sup>44</sup> En lo anterior, como puede verse, no se usa la voz “delito” en su sentido técnico y propio, sino, con una notable liberalidad, en el muy amplio e impropio de “hecho ilícito”.

<sup>45</sup> Schreier, loc. cit., p. 160.

tural y lógico— todo aspecto subjetivo del Derecho, antes que llamar así a la facultad que el Derecho concede, habría que usar tal nombre para la obligación que el Derecho impone, para la conducta a cuya contraria se liga la consecuencia coactiva: ella sí que es jurídicamente relevante. Sin embargo, la ciencia jurídica tradicional parece haberse concertado para no tocar el punto del deber jurídico —así como es convención en buena sociedad no tocar ciertos otros puntos desagradables. A pesar de lo cual, como a nadie escapa, el Derecho objetivo no hace sino crear deberes jurídicos, y limitar a los paradójicamente llamados “derechos” subjetivos.

Es posible, sin embargo, ceñirse a los usos idiomáticos y comprender como “derecho subjetivo” sólo a las facultades; pero, para que tenga un mínimo de sentido eso de “derecho”, tiene que tratarse de facultades jurídicamente relevantes, es decir, facultades cuyo ejercicio produzca efectos jurídicos. Sólo hay una clase de facultades de esta naturaleza: la facultad de intervenir en la creación de las normas. La tiene tanto el que legisla y decreta, como el que conforme a la ley contrata, como el que conforme al contrato demanda, es decir, interviene —provocándola forzosamente— en la última fase de la creación jurídica, la sentencia. Por eso puede Kelsen decir que todo derecho subjetivo es derecho político. Pues bien, el ejercicio de las facultades orgánicas sólo está garantizado por el Derecho cuando puede el individuo protegerlo con el uso de uno de estos derechos “políticos” (así sólo puede decirse que hay “derecho” de propiedad cuando tiene el propietario el derecho a demandar al usurpador que lo perturbe y también el derecho a solicitar la inaplicabilidad de la ley que lo afecte).

### 3. La Persona

Hemos llegado a la “formalización” más atrevida de un concepto jurídico hecha por Kelsen; ella, sin embargo, no sólo resulta fecunda, sino además se sigue con evidencia total de la naturaleza del Derecho tal como la hemos planteado, naturaleza que nos ha hecho postular la “pureza” frente a sociologismo y jusnaturalismo<sup>46</sup>. Para Kelsen, la “persona” como realidad jurídica es

<sup>46</sup> Usámos aquí la voz “jusnaturalismo” como ordinariamente la usa Kelsen, para significar aquella forma viciosa —tanto desde el punto de vista del

una cosa esencialmente distinta de la que llaman “persona” la psicología y la moral. La voz “persona” usada por el Derecho por costumbre y a falta de otra, no tiene nada que ver con la misma voz, usada en una acepción totalmente diferente por la Psicología y la Moral.

La unidad biopsíquica llamada “hombre” no tiene en sí ninguna realidad jurídica; sin embargo, es a dicha unidad a la que llaman “persona” la psicología y la moral; mal pueden, pues, parecerse los conceptos jurídicos y ético-psicológicos de persona. Más aún, el hombre no llega a tener nunca realidad jurídica: como hecho natural<sup>47</sup> sólo puede tener relevancia jurídica, esto es, ser contenido de normas. Pero tampoco el hombre en todo su ser llega jamás a tener relevancia jurídica: sólo algunos actos del hombre son contenido de normas jurídicas.

En lo que llevamos dicho, tenemos ya las bases para definir la voz persona en su acepción jurídica. No hay más realidad jurídica que las normas; una persona es un complejo unitario de normas; y lo que la jurisprudencia tradicional llamaba persona “natural” o “física” es la unidad del conjunto de las normas que tienen como contenido la conducta de un dado ser humano. La unidad del sistema de normas está dada en las normas mismas, que, al tener en común cierto carácter, aparecen como partes de un sistema unitario. El uso de la voz “persona” obedece a motivos puramente prácticos, tiene como fin facilitar la expresión, ahorrar palabras; semejante objeto tiene el definir a la persona como “el punto de imputación de un sistema de normas”<sup>48</sup>, que no quiere decir sino “la uni-

Derecho positivo como del Derecho natural— que confunde estas dos clases de Derecho. No, por supuesto, en el sentido de creencia en la cognoscibilidad de un Derecho natural, la cual, para muchos, no requiere ya del sufijo “ismo”.

<sup>47</sup> Como podrá haberse advertido, lo “natural” en el vocabulario kelseniano se identifica con lo temporal, sea material o físico, o psíquico o espiritual. Su distinción entre naturaleza y espíritu, corresponde a la habitual entre realidad e idealidad.

<sup>48</sup> Esta imputación central es distinta de la imputación “periférica” de la consecuencia jurídica a su supuesto. Podría descubrirse un parentesco entre ellas que justificara el uso de la misma palabra para nombrar objetos distintos, así como los adjetivos que se le agregan en cada caso. Kelsen, al menos en lo que conocemos de él, no lo hace: se limita a señalar dos acepciones de la misma palabra.

dad de un sistema de normas", pero que permite usar el verbo "imputar" en esta acepción nueva, dando así expresión abreviada a una serie de ideas.

Permite este concepto de persona esclarecer algunas cuestiones. En primer término, en el Derecho Romano, el esclavo no era persona; sin embargo, adquiría la personalidad después de un acto jurídico: la manumisión. Sólo la distinción esencial entre la persona en sentido ético-psicológico y en sentido jurídico permite entender estos hechos. Los actos del esclavo no son jurídicamente relevantes; un acto jurídico basta para hacerlos tales —planteada así, la cosa no tiene nada de sorprendente; todos los días simples actos como los de promulgación de leyes dan relevancia jurídica a hechos que antes no la tenían. Pero en verdad, algunos de los actos del esclavo tenían relevancia jurídica; sin embargo, el esclavo no era persona: dichos actos eran imputados a la persona de su amo; la manumisión constituía los actos del ex-esclavo en contenido de un sistema de normas distinto del de la persona de su amo. ¿Podría entenderse un caso así si se insiste en la confusión del sentido jurídico de la voz "persona" con su sentido ético-psicológico? ¿Y la unión del pater con el hijo sometido a su potestad? Puede, indudablemente, sostenerse que conforme al Derecho Natural a cada persona ético-psíquica debe corresponder un complejo unitario de normas que tenga por contenido actos suyos; puede agregarse que el Derecho contemporáneo se ha aproximado a dicha concepción, de modo que el "nacimiento" de una persona en sentido jurídico coincide con el de una ético-psíquica; no así la muerte: recordemos, en primer término, la muerte civil, vigente hasta hace poco en el Derecho chileno; en segundo, la muerte presunta; finalmente, la misma muerte natural, en tanto que tal vez haya una vida ulterior de la persona ético-psíquica.

Permite también este concepto de persona determinar perfectamente lo que son las llamadas "personas jurídicas": complejos unitarios de normas que tienen por contenido a ciertos actos de cierto grupo de individuos (corporaciones) o a ciertos actos relacionados con la administración de cierto patrimonio (fundaciones), etc. Ya no tiene sentido discutir sobre si el Estado debe limitarse a reconocer las personas jurídicas que se constituirían solas: tampoco

la persona "natural" se constituye sola, como lo hemos visto con ejemplos tomados de un Derecho positivo; la persona jurídica en algunos países existe cuando cumple requisitos señalados por la ley; en otros países se exige un nuevo requisito: la autorización del ejecutivo (no del Estado); en todos los países es una creación del orden jurídico y no tiene ninguna realidad fuera de él, como tampoco la tienen las llamadas personas "naturales".

#### 4. Estado y Derecho

Kelsen considera que el Estado no es sino la unidad del orden jurídico; que el Estado es el punto de imputación final del orden jurídico; que el Estado como persona es el sistema de todas las normas; que orden estatal y orden jurídico son sinónimos.

Esta opinión ha sido muy discutida.

En primer lugar, se discute la identificación del Derecho con el Estado; en segundo, la del Estado con el Derecho. Se discute que todo orden estatal sea jurídico; se discute también que sea necesariamente jurídico. Una y otra tesis son resultados de la pureza metódica: ni todo Derecho es Derecho justo; ni cualquier saltimbanqui que da órdenes crea así un orden estatal.

Parece que la primera crítica ya no cabe: un orden jurídico no necesita ser justo para ser jurídico. Si se habla de orden estatal positivo, bien puede ser él idéntico al orden positivo jurídico; así como el orden jurídico justo es el mismo orden estatal ideal.

La segunda crítica tiene muchos más defensores; sin embargo, se amparan tras ella intereses mucho más indignos. Al sostener que un acto para ser estatal no necesita ser jurídico, se quiere permitir al ejecutivo que ilegalmente decreta, al parlamento que inconstitucionalmente legisle; de ningún modo a los tribunales para que irregularmente sentencien; mucho menos a los particulares para que fuera de la ley contraten; sin embargo, estás serían sólo las penúltimas consecuencias de semejante doctrina. ¿O se quiere ver sólo fuente de actos estatales en los "órganos del Estado"? ¿Y quién sino el Derecho indica hasta qué punto lo son y cuáles son sus funciones como tales? ¿O se quiere creer que basta el rótulo de "órgano del Estado" para que tenga quien lo lleva todas las funciones,

todos los poderes? ¿Podría pues reformar la constitución el policía del tránsito?

Pero hay todavía una tercera crítica: junto al concepto jurídico del Estado —señalado—, viene a ubicarse otro más, el concepto sociológico. La disputa entonces, claro está, se transforma en cuestión verbal<sup>49</sup>. Pero, aun así, resulta por una parte inconveniente llamar Estado también a una realidad sociológica —el término es demasiado importante políticamente para fomentar los equívocos—; por otra, sucede que el uso popular jamás ha dado tal acepción a la voz “Estado”; inconscientemente siempre se ha dado a esta palabra un sentido tal que no podría identificársela con otra cosa que el orden jurídico. Baste para probarlo una breve investigación negativa. Si por “Estado” se significa una realidad sociológica —y por lo tanto espacio-temporal— ¿qué realidad sociológica es el Estado? ¿El presidente de la República? ¿El parlamento? ¿Este y el anterior? ¿La policía? El absurdo que hay en confundir el Estado con sus órganos, es decir con los creadores autorizados de normas jurídicas, resalta en los anteriores interrogantes. ¿Es el Estado entonces la comunidad nacional? ¿Y qué es una comunidad nacional, qué la determina? ¿Todos los que hablan igual lengua constituyen un Estado? ¿Y los que hablan lenguas diferentes no pueden constituirlo? ¿Y no pueden constituirlo los que tienen distinta historia —como Inglaterra y Escocia en 1707? ¿Y tienen que constituirlo los que tienen la misma historia —como España y América hasta 1810? ¿Y qué es “una misma historia”, si cada individuo la tiene distinta? ¿O será el Estado el territorio? ¿Y por qué es un solo Estado un territorio desparramado? ¿Y por qué son dos, uno dividido artificialmente por monolitos? Hemos recorrido la realidad sociológica y hemos visto que existen unidades sociológicas diversas, fundadas en diversas cualidades comunes de sus miembros; pero ninguna de ellas coincide necesariamente con la unidad llamada Estado. Es que la unidad del Estado no es una uni-

dad sociológica: es la unidad de un sistema de normas. Y es el sistema de normas el que determina como uno el territorio, el pueblo y hasta la historia del Estado. No es el Estado uno porque es una la comunidad; es una la comunidad porque es uno el Estado. El Estado es la unidad del orden jurídico<sup>50</sup>.

Se dice que el Estado tiene un fin de poder, un fin de cultura, y que, por consiguiente no se limita a su “fin jurídico”. Precisamente el Estado, como orden coactivo, es creado por la sociedad para así mejor alcanzar estos fines. Precisamente el Derecho es tal orden coactivo instituido por la sociedad para obtener dichos fines. Y los fines del Estado deben ser los mismos fines del Derecho, pues, “es ni más ni menos que un pleonismo decir que un fin del Estado debe realizarse en formas jurídicas, pues algo no es fin del Estado sino en tanto que se realiza bajo las especies del Derecho”<sup>51</sup>. Lo que no tiene sentido es hablar del “fin jurídico” del Estado, del fin, que tiene de velar por la eficacia del orden

<sup>50</sup> Hay otra acepción popular de la voz “Estado” que no coincide con la que hemos analizado; nos referimos al Estado como “Fisco”, el Estado que hace caminos, reparte cartas, inclusive maneja industrias. Ahora bien, parece que los juristas han tratado siempre de distinguir netamente el Fisco del Estado; ahora la distinción ya está trazada: el Estado es la unidad del orden jurídico; como persona es el punto de imputación de todas las normas. El Fisco es una de las tantas personas llamadas “jurídicas”, y lo podríamos catalogar como fundación (el complejo unitario de normas que tienen como contenido la administración del patrimonio fiscal); la diferencia jurídica entre el Fisco (y otras personas jurídicas como los Municipios —los que pavimentan, no los que imponen multas) y las demás personas jurídicas, reside en que el Fisco es una “persona jurídica de Derecho Público”, es decir, su organización y funcionamiento están regidas por normas de grado superior a las que reglamentan la vida de las demás personas jurídicas (hay por supuesto otras diferencias de carácter material, jurídicamente irrelevantes; la diferencia jurídica es, como se ve, bastante insignificante). Fisco y Estado son, pues, dos cosas distintas; se explica así, por ejemplo, la diferencia jurídica entre la economía dirigida y la colectivización de los bienes de producción: una cosa es que el orden jurídico tenga como contenido hechos de la vida económica y otra, que la propiedad sobre los bienes de producción: esté reservada a una única persona: el Fisco.

<sup>51</sup> T.G.E., p. 50. Son también ilustrativos los pasajes siguientes: “Un conocimiento ideológicamente libre del Estado, y liberado, por tanto, de toda Metafísica y de toda Mística, no puede apoderarse de su esencia de otro modo que concibiendo esa formación social como un orden de la conducta humana. Una investigación más circunstan-

<sup>49</sup> “La cuestión, en último extremo, es cuestión bizantina, cuestión de “nombres” propiamente; todo está en si la “realidad social” que, como tal, no corresponde estudiarla al jurista, puede o no “llamarse”, aún, “el Estado”. (Legaz, loc. cit., p. 147). En lo que sigue hemos preferido llamar “realidad sociológica” al hecho espacio-temporal de la sociedad, pues en cierto sentido, el Derecho mismo es una “realidad social”.

jurídico; tal fin tiene la policía, pero la policía, como hemos visto, no es el Estado.

Identificado el Estado con la unidad del orden jurídico, la teoría general del Derecho puede tratarse como teoría general del Estado, en tanto que es teoría del a priori formal del orden jurídico<sup>51a</sup>.

### III

## TEORIA GENERAL DEL ESTADO

### A

#### LA VALIDEZ DEL ORDEN ESTATAL

##### 1. Soberanía y Derecho Internacional

El primer atributo del Estado es, conforme a la doctrina tradicional, su soberanía;

ciada muestra que es un orden social coactivo, y que este orden coactivo tiene que ser idéntico al orden jurídico, puesto que son los mismos actos coactivos los que caracterizan a ambos, y dado que una misma comunidad social no puede ser constituida por dos órdenes diferentes. El Estado es un orden jurídico. Pero no todo orden jurídico es ya designado como Estado; lo es sólo en caso de que el orden jurídico constituya, para la producción y ejecución de las normas que lo integran, órganos que funcionen según el principio de la división del trabajo. Llámase Estado al orden jurídico cuando ha alcanzado cierto grado de centralización". (T. P. D., pp. 157-158). "El Estado no puede caracterizarse por el hecho de que un hombre domine sobre otro, de que una voluntad se imponga a otra, sino que existe un orden "según el cual" uno manda y otro obedece... El Estado puede ser pensado como autoridad que se halla por encima de los hombres, sólo en tanto que sea un orden u ordenación que obliga a los hombres a un comportamiento determinado; sólo en tanto que sea un sistema de normas reguladoras de la conducta humana. De otro modo sería forzoso atribuir a tal afirmación un sentido místico". (Legaz, loc. cit., pp. 45-49). "El Estado no son los hombres que vemos y tocamos y que ocupan un espacio, sino únicamente un sistema de normas que tienen por contenido una cierta conducta humana" (T.G.E., p. 188).

<sup>51a</sup> Lo que no implica que no sea más amplia que ella, pues como teoría del a priori formal del Derecho, no se limita la teoría jurídica general al a priori formal del solo orden jurídico. En cambio no puede de ninguna manera ser más amplia que la teoría jurídica general la teoría general del Estado, si ha de ser sólo una teoría formal de éste. Puede, claro, hacerse filosofía del Estado echando también raíces en los planos sociológicos y deontológico, haciendo estudios sobre el hecho de la creación jurídica, su valor y su deber ser; pero también pueden hacerse estudios semejantes sobre el orden jurídico. Como que en castellano "Estado" y "orden jurídico" no son sino dos modos de decir la misma cosa.

mas ¿qué es la soberanía? Cabe distinguir un concepto material y otro formal. Soberanía es, en sentido material, aquella capacidad de autodeterminación que tiene el orden jurídico estatal, y que sólo en menor grado tienen los órdenes jurídicos subordinados a él, reputados no soberanos (así una sociedad anónima; así una persona "natural" que puede contratar discrecionalmente dentro de los límites de la ley); como se ve, esta cualidad de soberanía "material" que distingue al orden jurídico estatal de los órdenes que le están subordinados, no significa una diferencia esencial sino sólo de grado entre estos órdenes. Para que pueda hablarse de distinción esencial entre órdenes jurídicos soberanos y no soberanos, debe emplearse la voz "soberanía" en su sentido formal; si el orden estatal no se autodetermina a su vez "dentro de ciertos límites", si el orden estatal tiene, pues, una capacidad absoluta de autodeterminación, si esa validez que tiene en común con los órdenes inferiores la obtiene por consiguiente de sí mismo y no de otro orden superior, si ella es, pues, originaria y no derivada, puede decirse que el orden estatal es un orden soberano en sentido formal; puede también decirse que hay una diferencia esencial entre él y los órdenes no soberanos.

Pero, ¿puede atribuirse al orden estatal esta soberanía formal? ¿Es cierto que el orden estatal se autodetermina en forma absoluta y obtiene de sí mismo su validez? Miremos a los hechos. Hay uno particular: cada Estado está sometido a tratados internacionales que ha suscrito; que ha suscrito, es cierto, por voluntad propia; pero a cuyo imperio no puede por simple voluntad propia escapar. Este es sólo un caso de un hecho más general: los Estados están sometidos a las normas consuetudinarias del Derecho Internacional —entre otras, la norma "pacta sunt servanda"—; no es ésta una suposición antojadiza; le están sometidos, en tanto que le obedecen —no en todos los casos, pero en la suficiente medida para que no se pueda desconocer la existencia positiva de un Derecho Internacional. Pueden los Estados autodeterminarse sólo dentro de los límites —muy amplios— que señala el Derecho Internacional (el consuetudinario y el contractual): no puede ningún Estado legislar en contradicción con convenios internacionales, como puede hacerlo en contradicción con sus pro-

pías leyes (a las que deroga esta nueva legislación). Decir que el Estado "incorpora a su Derecho positivo" el Derecho Internacional es enteramente falso, pues no tiene la posibilidad de "desincorporarlo"; decir que "reconoce" al Derecho Internacional es como decir que los individuos "reconocen" el Derecho nacional que acatan: es, en una palabra, incurrir en un innecesario rebuscamiento verbal.

No puede suponerse que los órdenes estatales obtienen su validez de sí mismos, es decir, directamente de la norma fundamental hipotética. En efecto, ¿por qué un orden estatal determinado no vale más allá de sus fronteras? Si aceptamos que dicho orden tiene la fuente de su validez en sí mismo, es decir en su propia eficacia, habría que concluir que no vale más allá de sus fronteras, porque no tiene fuerza para hacerse valer; pero bastaría que la tuviera para tener tal validez. Ahora bien, todos los Estados son capaces de hacer efectivas sus normas, en todo caso en las inmediaciones de la frontera, ¿debe de ello desprenderse que son válidas allí? Y ¿por qué la frontera pasa por ese lugar y no más allá o más acá? ¿Resulta ello sólo de una convención entre dos fuerzas, válida sólo hasta que una de ellas le pierda el miedo a la otra? Es lícito a todos interpretar en esta forma la vida internacional, como a todos es lícito interpretar similarmente la vida nacional<sup>52</sup>; pero en el hecho, la vida internacional tiene en sí una pretensión de ser interpretada como realidad jurídica —para cada Estado los demás son órdenes jurídicos y no ejércitos—, así como las relaciones de dominio y de explotación del hombre por el hombre propias de la vida nacional, pretenden ser consideradas relaciones de Derecho. Si no se niega a estas últimas su pretensión, ¿por qué ha de negársela a la primera?

Los órdenes estatales no son, pues, soberanos en sentido formal; su validez la ob-

<sup>52</sup> "Contra el que niega en absoluto el carácter jurídico del Derecho Internacional no se puede oponer ninguna argumentación que le obligue a pensar lo contrario. Del mismo modo que no se puede obligar a un anarquista a reconocer que los hechos que desde el punto de vista del primado del orden estatal se interpretan como Derecho, constituyen actos jurídicos y no actos de fuerza bruta. Sólo puede mostrarse la posibilidad de comprender el complejo de hechos o normas constitutivas del Derecho Internacional dentro de un sistema unitario, en el cual se contienen todos los órdenes jurídico-estatales", (T.G.E., p. 168).

tienen de la validez (es decir, la eficacia) del Derecho Internacional; en especial de una norma consuetudinaria hoy vigente, propia de éste; aquélla, según la cual debe considerarse como válido dentro de un territorio determinado aquel orden jurídico que es en él suficientemente eficaz; norma conforme a la cual los regímenes revolucionarios se reputan válidos cuando se han asegurado; norma en virtud de la cual se admite en Derecho Internacional el hecho consumado de una guerra de conquista; norma de la que es hijo espiritual el principio de no intervención. En estos últimos tiempos se ha discutido mucho la aceptación de este principio; también se ha insinuado que se debe exigir para la validez de un orden estatal algo más que su mera eficacia; algunos piden que su origen sea regular, conforme con el propio orden jurídico que le ha antecedido; otros, que su naturaleza se ciña a ciertos principios generales —hablando en concreto, que sea "democrático". Entendido así, el planteamiento no implica más una violación pecaminosa del principio de no intervención; si se acepta que el Derecho Internacional limite hasta cierto punto la legislación interna (como lo hace la norma "pacta sunt servanda"), ¿por qué no se ha de admitir que la limite más allá de ese punto?

Es de advertir que la validez de esta norma consuetudinaria que hemos señalado es quizás uno de los factores que más han contribuido a fomentar el mito de la soberanía formal del Estado. En efecto, si el orden estatal obtuviera su validez de sí mismo, también la debería a su eficacia, como hemos visto al referirnos a la norma fundamental. A la luz de lo que llevamos dicho, podemos ver que es en verdad este concepto de soberanía formal el que tienen en la mente quienes, no atreviéndose a enunciarlo claramente por miedo a sus consecuencias, dan una trascendencia que no tiene a la soberanía material propia del Estado. Es, en efecto, de la soberanía formal, y no del legislar, decretar y sentenciar, de la que puede decirse con sentido que es indivisible, inalienable, imprescriptible.

Cabe, por último, comparar el Derecho Internacional del presente con los primitivos Derechos nacionales; los individuos en aquel entonces estaban sometidos sólo a costumbres y a pactos suscritos conforme a

ellas<sup>53</sup>; sanción única de la violación de las normas eran las medidas que estimaran conveniente (y posible) tomar los ofendidos; con el tiempo fué organizándose un poder central que garantizaba las normas estatuidas por un órgano (o sistema unitario de órganos) central; el margen discrecional dejado a las personas para su autodeterminación por vía contractual por las normas consuetudinarias muy generales del primitivo Derecho, es reducido enormemente por el Derecho nuevo. Así también en el plano internacional, vemos hoy la tendencia a substituir, como fuente del Derecho, los contratos, por una autoridad central; como sanción, la guerra, por un medio más controlable<sup>54</sup>.

## 2. El ámbito de validez del Orden Estatal

“La validez de las normas que regulan la conducta humana en general, y, por consiguiente, la de las normas jurídicas en particular, es una validez tempo-espacial, en tanto que esas normas tienen por contenido sucesos tempo-espaciales. Que la norma vale, significa siempre que vale para algún espacio y para algún tiempo; es decir, que se refiere a sucesos que sólo pueden tener lugar en alguna parte y en algún momento. La relación de la norma con el espacio y el tiempo es el ámbito espacial y temporal de validez de la norma”<sup>55</sup>. Está contenida en estas palabras toda la doctrina kelseniana sobre el ámbito de validez del orden estatal, y poco es lo que, sin caer

<sup>53</sup> Bodenheimer alude extensamente al origen contractual de los Derechos nacionales (loc. cit., párrafo 7).

<sup>54</sup> No se puede terminar esta referencia al Derecho Internacional sin señalar que si bien éste regula a los Estados, por cuanto no permite a los órdenes estatales contener ciertas disposiciones que lo contradigan, regula también a los individuos, pues, en primer término, prohíbe a los individuos que son “órganos del Estado” dictar normas contrarias a él. “Cuando se dice que el Estado está facultado u obligado a una determinada conducta, se emplea una abreviatura para explicar el hecho de que ciertos hombres —cuya determinación corresponde a la constitución de ese Estado— tienen el deber jurídico —prescrito por el Derecho Internacional— de comportarse de tal o cual manera”. (T.G.E., p. 186). “¡Si el Derecho Internacional no obliga a ningún hombre, si su contenido no es conducta humana, no obliga a nada ni a nadie! Parece, en verdad, que ésta y no otra es la intención oculta de la teoría que únicamente admite a los Estados y no a los hombres como sujetos de Derecho Internacional”. (T.G.E., p. 159).

<sup>55</sup> T.P.D., p. 33.

en detalles inoportunos, podemos agregar a ellas.

Los órdenes estatales positivos reclaman validez dentro de un cierto espacio, que, como señala Kelsen, es un cono que tiene por vértice el centro de la tierra y por base el llamado “territorio” de dicho orden estatal<sup>56</sup>. La palabra “territorio” conviene a todo el ámbito espacial de validez. Sucede que en la práctica el ámbito espacial de validez del orden estatal sale de las fronteras del “territorio” y acompaña a las nacionales para ciertas relaciones jurídicas adonde se encuentren; sucede también el caso inverso: que otros órdenes estatales acompañen a sus nacionales de paso por el propio “territorio”. Así cabría distinguir entre territorio en sentido estricto y en sentido amplio; sólo al primero convendría el predicado de “impenetrabilidad”.

Hemos visto que para ciertas relaciones el orden estatal no tiene propiamente un ámbito espacial determinado: es válido, no para cualquier individuo que se halle en cierto territorio, sino para ciertos individuos, dondequiera que se hallen: Tiene el orden estatal un ámbito personal de validez; vale para los “nacionales”, para el “pueblo” del Estado. Si llamamos “pueblo” del Estado a todo su ámbito personal de validez, cabe también distinguir entre pueblo en sentido amplio y pueblo en sentido estricto; pertenecerían al primero todos los individuos presentes en el territorio en sentido estricto; al segundo, sólo los nacionales, es decir, los individuos calificados especialmente para quienes el orden estatal vale en el territorio en sentido amplio. Tenemos así relacionados pueblo y territorio en su doble acepción: forman parte del pueblo en sentido amplio los que están en el territorio en sentido estricto; constituyen el territorio en sentido amplio los lugares que ocupa el pueblo en sentido estricto. Bajo el concepto de “pueblo” en uno y otro sentido, se entiende “el conjunto de hechos de conducta humana entrelazados en el contenido del orden jurídico”<sup>57</sup>. La conducta humana puede hallarse en una triple relación con el orden jurídico, relación activa, pasiva y negativa: o la conducta determina al orden jurídico, o el orden jurídico determina a la conduc-

<sup>56</sup> Conforme al Derecho Aéreo Internacional vigente, éste ámbito espacial de validez se extiende también hacia la estratósfera.

<sup>57</sup> T.G.E., p. 197.

ta, o no tienen nada que ver el uno con el otro; en el primer caso se trata de una acción humana que crea una norma jurídica; en el segundo, de una que es contenido de una norma jurídica; en el tercero, de una que es autorizada por el orden jurídico, de una conducta sobre la que el orden jurídico no se pronuncia<sup>58</sup>; utilizando el vocabulario que confeccionamos, diremos que el primer caso es el de un derecho subjetivo (político, lo hemos llamado), el segundo, el de una obligación, el tercero, una facultad<sup>59</sup>. El individuo sujeto de conductas del primer tipo es un órgano del Estado; el sujeto de las del segundo es un súbdito del Estado; el de las del tercero, un hombre libre; los seres humanos participan de estas tres calidades en la medida exacta en que son sujetos de estas tres clases de conducta; en que tienen derechos, obligaciones o facultades<sup>60</sup>.

Hay un punto de la teoría del ámbito de validez del orden estatal sobre el que no se ha insistido lo suficiente; nos referimos al ámbito temporal de validez. Y salvo el caso del ámbito de validez ilimitado, propio sólo del orden jurídico supremo, deben señalarse los límites del ámbito temporal de validez del orden estatal, como se señalan los de sus ámbitos espacial y personal. Dentro del orden estatal, algunas normas se señalan a sí mismas el tiempo que estarán vigentes; a otras se lo señala una norma superior<sup>61</sup>. Pero el orden estatal mismo ordinariamente no se señala ámbito de validez temporal; es una norma del orden jurídico supremo, del Derecho Internacional, la que se lo señala; ella ha establecido hasta hoy —como dejamos indicado— que un orden estatal es válido mientras conserva una cierta eficacia mínima. Permite esta norma la interpretación jurídica de las revoluciones; estos hechos —jurídica-

mente relevantes como los que más— son actos de creación jurídica disconformes con el orden estatal que reforman, pero perfectamente acordes con el orden internacional. También tiene un ámbito temporal limitado la validez de cada una de las normas del orden jurídico supremo; pero el orden supremo mismo se extiende a todos los tiempos, como a todos los espacios y todos los individuos. La norma fundamental, expresión de la validez del orden jurídico supremo, tiene un ámbito de validez ilimitado; como que la norma fundamental no es sino —como vimos— la definición de orden jurídico válido (positivamente).

## B

### CREACION DEL ORDEN ESTATAL

#### 1. Etapas de Creación

Hemos dicho que los actos humanos sólo pueden considerarse como institución de normas jurídicas válidas dentro de un sistema de Derecho positivo, cuando como tales son calificados por este mismo sistema de Derecho. Indicamos también que de este hecho se desprendía la teoría de la gradación del orden jurídico. En efecto, debe haber normas inferiores a otras, en virtud de las cuales son tales normas; cada uno de los cotidianos actos de institución de normas es tal, sólo en virtud de ser así calificado por una norma más general, previa y superior; la cual, a su vez, probablemente, sólo es tal norma en virtud de otra más general y más superior; que a su vez es tal en virtud de otra, y así hasta remontarnos, como ya lo hicimos, a la norma fundamental.

El orden jurídico se crea, pues, en una serie de etapas, cada una de las cuales está regulada por la anterior y regula a su turno a la siguiente. La primera etapa es la constitución en sentido formal, descripción de la situación de hecho, conforme a la cual se desarrolla la creación de normas en un sistema de Derecho. En los Estados "constitucionales" se expresa en la forma de una constitución en sentido material, conjunto de normas superiores a todas las demás, cuya creación regulan y a cuyo contenido usualmente ponen límites.

Una concepción ampliamente difundida del orden jurídico sostiene que éste es crea-

<sup>58</sup> Repetimos una vez más que si se pronuncia garantizándola, no se pronuncia sobre ella sino sobre una conducta v. gr., del legislador.

<sup>59</sup> Usamos las tres palabras éstas en la acepción exacta que desarrollamos en la sección anterior.

<sup>60</sup> A la luz de estos desarrollos podemos ver que el firmante del contrato social rousseauiano hacía renuncia de sus facultades para obtener derechos (en el sentido que hemos dado a estas palabras), cambiaba su libertad por la condición de órgano del naciente Estado.

<sup>61</sup> En general, hasta que otra las derogue conforme a las reglas establecidas; a veces se les señala una duración máxima (v. gr. seis meses a la ley restrictiva de los derechos individuales, conforme a nuestra constitución de 1925).

do como un conjunto de normas generales que luego habría meramente que "aplicar" a los casos concretos; tendría la vida del Derecho dos etapas: "legis latio" y "legis executio" —creación en abstracto y ejecución en concreto de la norma. Hay, sin embargo, que afirmar que en la llamada "legis executio" hay un momento de creación, en tanto que —en todo caso, y aun cuando la norma general no diera a su ejecutor mayores facultades discrecionales— tiene el "ejecutor" que juzgar si un hecho concreto puede comprenderse dentro del concepto abstracto consultado por la norma general; se trata de proceder contra un individuo concreto por la perpetración de un hecho concreto, por cuanto a juicio del "ejecutor" es aquel hecho uno de "los hechos de tal naturaleza" a que alude en abstracto una norma general; la norma general no hace alusión en ningún momento a tal hecho ni a tal individuo particulares; los liga a ella un acto creador del "ejecutor de la ley".

Hay que admitir que la distinción trazada por razones históricas entre administración y jurisdicción no responde a una diferencia esencial. Hay que exceptuar, por supuesto, la administración "fiscal" de que hablamos, relacionada con el orden jurídico en tanto que se trata de obedecerlo construyendo caminos, manejando trenes o dirigiendo empresas, y no de crearlo, redactando leyes, decretos o sentencias; en la administración fiscal, el llamado "órgano del Estado" o empleado fiscal no es un auténtico órgano creador, como el diputado, el juez, o el policía del tránsito; su posición es la de un súbdito, que debe obedecer, por ejemplo, las leyes sobre construcción de obras públicas, como debe cualquier ciudadano acatar el Código Penal. Como decíamos, la administración que crea normas, tanto como la jurisdicción, aplica en concreto normas generales; así el policía que "pasa partes"; así el que parado en una caseta expresa la norma "no pasarás", apretando un botón que prende una luz roja. Tampoco hay distinción esencial entre esta "aplicación de normas generales" y la creación de las normas generales mismas; ella está sometida al marco de la constitución; es cierto que en el hecho la constitución deja mayor margen discrecional al legislador que éste a jueces y autoridades administrativas; en cambio, es muy grande el margen discrecional dejado por

las leyes a los particulares para la creación de ese otro tipo de normas: los actos jurídicos —contratos y similares.

Se nos presenta el orden jurídico como una gradación de etapas en que se va creando y también se va individualizando. Cada etapa está enmarcada dentro de ciertos límites por la que la precede y enmarca a su vez a la que la sigue: cada etapa es así, pues "legis executio" con respecto a su antecedente y "legis latio" con respecto a su consecuente. Hay dos excepciones que son vértices y base de esta pirámide jurídica: la norma fundamental que pone en movimiento todo el sistema de Derecho, que crea normas, pero no las cumple y es pura "legis latio"; y la ejecución de las consecuencias jurídicas, que cumple normas, pero no las crea y es pura "legis executio".

## 2. Los Organos de Creación

Las normas jurídicas son instituidas por actos humanos, que obtienen este sentido de "institución de normas", de otras normas jurídicas. Los seres humanos, en tanto que un sistema de Derecho los califica como sujetos de "actos de institución" de normas suyas, son órganos de dicho sistema de Derecho, y en tanto que dicho sistema de Derecho se halla personificado en un Estado, órganos de ese Estado. Es éste el concepto formal de órgano del Estado. Son órganos del Estado en sentido formal todos los individuos sujetos de actos de creación jurídica (y también los sujetos de esos actos de ejecución de consecuencias de Derecho, de ejecución pura, a que aludíamos: alcaides de cárceles, agentes de policía, etc.); por consiguiente, son órganos del Estado diputados, jueces, policías del tránsito, y también los individuos particulares, en tanto que dotados del derecho de contratar (y de testar, y en general, de "obligarse"); por supuesto, son órganos del Estado los ciudadanos que nombran a las autoridades.

Se usa, además, abundantemente un concepto material de órgano del Estado. En este sentido material son "órganos del Estado" los creadores profesionales de normas jurídicas, los dedicados por la división del trabajo a esta función social. Así como se dice que un orden jurídico se transforma materialmente en Estado cuando la creación del orden jurídico confiada en un principio al hábito y al contrato

privado, se centraliza en medida suficiente; así también se llama órgano del Estado en sentido material sólo a los que visiblemente aparecen como tales: a los dedicados a la tarea de la creación de normas, usualmente pagados para ello por la colectividad.

La habitual confusión entre el concepto material y el concepto formal de órgano del Estado, agregada al hecho de que los órganos del Estado en sentido material disponen de la fuerza pública, y a la tendencia popular a ver en estos órganos y muchas veces en uno sólo de ellos (monarca, Führer) el Estado mismo, han dado, pues, a la final consagración por el Derecho consuetudinario o por el escrito de la perniciosa e inveterada práctica de considerar como válidas las normas irregulares. Es irregular una norma de grado inferior que contradice una norma superior; es irregular también una norma inferior que no ha sido instituída conforme a los preceptos de la norma superior. En sentido estricto, una norma irregular dentro de un sistema no es una norma de dicho sistema; los seres humanos son órganos del Estado, en la medida en que son sujetos de actos de creación jurídica y no son sujetos de esta clase de actos, en la medida en que les da tal calificación el orden jurídico; un individuo calificado por el orden jurídico como órgano creador de sentencias, no puede crear leyes; un individuo facultado para concurrir con otros a la creación de leyes, no puede crearlas por sí solo. En estricta doctrina, una ley aprobada sin el quórum requerido por la constitución es tan nula como una ley dictada por mí en este momento: idéntica nulidad afecta a una ley dictada por el Ejecutivo o a una que dicte el Poder Judicial. Del mismo modo, si las normas superiores facultan a un individuo para dictar normas de un determinado contenido (la determinación puede ser negativa), las normas que dicte con otro contenido no tienen otra validez en estricta doctrina que la que aparenten ante su fantasía; así el juez facultado para sentenciar conforme a la ley, no puede dictar contra ella sentencias válidas; no puede el Ejecutivo tampoco decretar ilegalmente; tampoco puede el Parlamento legislar contra la constitución. Pero la calificación de lo que es conforme o contrario a la norma superior debe correr de cuenta de algún órgano del Estado; es absurdo, desde

luego, el pensar en confiarlo a los mismos súbditos. Por razones prácticas se ha preferido en las legislaciones positivas considerar como válidas las normas aparentemente regulares hasta que su irregularidad sea establecida por la autoridad pertinente; además, por ejemplo, en la legislación nuestra, la sentencia de la Corte Suprema no puede ser anulada: contra la sentencia torcida no hay más sanción que la destitución del que la da; las leyes inconstitucionales (es decir, las leyes aparentes: piénsese en el caso de una inconstitucionalidad de forma) son válidas: sólo puede la Corte Suprema declararlas inaplicables a casos concretos, sometidos a la consideración de la Justicia. Hay órdenes jurídicos en que la ley inconstitucional es incondicionalmente válida y sólo pueden seguirse sanciones contra sus autores; la validez de la constitución en que tales órdenes se apoyan resulta así bien dudosa.

### 3. *Métodos de Creación*

Distingue Kelsen dos métodos fundamentales de creación del orden estatal, dos formas fundamentales del Estado: Democracia y Autocracia. En la primera, las normas son creadas con la concurrencia de quienes han de obedecerlas; no así en la segunda: en la primera los súbditos son órganos del Estado y en la segunda, no.

La Democracia perfecta se da sólo en la Democracia directa; en la indirecta o representativa concurren los súbditos sólo al nombramiento de los que han de crear las normas. La Autocracia perfecta se da sólo en la perfecta monarquía absoluta, en que todas las funciones de creación jurídica se concéntran en una persona; también, en el perfecto país colonial, que en ninguna medida se gobierna a sí mismo. Estos tipos puros no se dan en la realidad: en casi todas las monarquías absolutas el Poder Judicial ha sido en gran medida independiente; en casi todas las Democracias, lo ha sido totalmente; en las Democracias además nunca ha faltado un Ejecutivo dotado de grandes facultades discrecionales, que constituya hasta cierto punto un poder autocrático; en ninguna constitución democrática, además, ha dejado de contemplarse la posibilidad de otorgar al Ejecutivo facultades aún mayores en un caso de emergencia. Finalmente, es necesario señalar dos casos de creación jurídica emi-

nementemente democrática: En primer lugar, la vía contractual, usada por los órdenes jurídicos parciales dentro del orden estatal. En segundo, la vía consuetudinaria; aunque el Derecho consuetudinario es creado por los súbditos inconscientemente es en todo caso creado por ellos (naturalmente, hay excepciones; hay influencias extrañas que pueden determinar que prospere una costumbre).

La idea de Democracia está ligada en su esencia a la idea de libertad; claro que "ciertamente, no puede comprenderse la Democracia partiendo de la sola idea de libertad; ya que ésta, por sí misma, no puede fundar un orden social, cuyo sentido esencial es la vinculación; y sólo una vinculación normativa puede establecer vínculos sociales y establecer una comunidad". Pero "el sentido más profundo del principio democrático radica en que el sujeto no reclama libertad sólo para sí, sino para los demás; el "yo" quiere que también el "tú" sea libre, porque ve en él su igual; de ese modo, para que pueda originarse la noción de una forma social democrática, la idea de igualdad ha de agregarse a la de libertad, limitándola"<sup>62</sup>. El principio de la primacía de las mayorías, válido por ser, de los principios practicables el que más se aproxima al ideal de la unanimidad, no puede significar una tiranía de las mayorías; la Democracia, en virtud de su doble fundamento —libertad e igualdad—, envuelve necesariamente el respeto y la protección a las minorías. Precisamente "la Democracia necesita de esta continuada tensión entre mayoría y minoría, entre gobierno y oposición, de la que procede el procedimiento dialéctico al que recurre esta forma estatal en la elaboración de voluntad política; se ha dicho acertadamente que la Democracia es discusión; por eso el resultado del proceso formativo de la

voluntad política es siempre la transacción, el compromiso"<sup>63</sup>. Por eso es un "principio vital de la Democracia no la existencia de un liberalismo económico —una Democracia puede ser liberal o socialista—, pero sí la garantía de las libertades: libertad de pensamiento y de prensa, libertad de cultos y de conciencia; afirmación del principio de tolerancia, y sobre todo, libertad de la ciencia"<sup>64</sup>. Por eso no pueden aceptar la Democracia quienes insisten en la primacía de la voluntad —suya o "del partido"—: "El primado de la voluntad sobre el conocimiento tiene como consecuencia la de que sólo puede pasar por verdadero lo que es bueno: pero lo que es bueno nadie puede decirlo sino la autoridad estatal, a la que han de someterse no sólo la voluntad, sino la razón y la fe de los súbditos"<sup>65</sup>. Por eso es también difícil que admita la Democracia, con su consecuencia doble de primacía de la mayoría numérica y de respeto a la minoría disidente, quien se siente en posesión de la Verdad mayusculizada y auténtica (no la modesta verdad del hombre de ciencia, modificable con la menor ampliación de la experiencia): "Quién sabe con certeza absoluta cuál es el orden social mejor y más justo, rechazará enérgicamente la exigencia insoportable de hacer depender la realización de este orden del hecho de que, por lo menos la mayoría de aquellos sobre los que ha de valer, se convenza de que, en efecto, es el mejor y el que más le conviene; y mientras tal convencimiento llega el orden no podrá crearse. En efecto: si hay alguien que se halla en posesión del Bien sumo, ¿qué puede pedirse sino la obediencia ciega, rendida, desinteresada y agradecida de aquéllos para quienes la imposición del afortunado que alcanzó la Verdad ha de ser la salvación?"<sup>66</sup>.

<sup>62</sup> Kelsen, *Forma del Estado y Filosofía en Esencia y Valor de la Democracia*, trad. de R. Luengo y L. Legaz, Barcelona, 1934, p. 138.

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 141.

<sup>64</sup> *Ibid.*, pp. 141-142.

<sup>65</sup> *Ibid.*, p. 142.

<sup>66</sup> T.G.E., p. 472.