

# La teoría pura del derecho de Hans Kelsen

VISIÓN CRÍTICA

CARLOS JOSÉ ERRÁZURIZ MACKENNA



# **CARLOS JOSÉ ERRÁZURIZ MACKENNA**

NACIÓ EN 1957 EN SANTIAGO DE CHILE SACERDOTE de la Prelatura del Opus Dei. Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile y doctor en Derecho Canónico y en Derecho por la Universidad de Navarra. Profesor ordinario de la Facultad de Derecho Canónico de la Pontificia Universidad de la Santa Cruz (Roma), donde enseña Filosofía del derecho y Fundamentos del derecho en la Iglesia. Exdecano de la misma Facultad; consultor de la Congregación para la Doctrina de la Fe y del Pontificio Consejo para los Textos Legislativos; referendario de la Signatura Apostólica.

**Análisis técnico** de las 20 iniciativas  
de reformas constitucionales y  
legales presentadas por el presidente  
de la República (febrero 5, 2024)

SERGIO López Ayllón  
J. JESÚS Orozco Henríquez  
PEDRO Salazar  
DIEGO Valadés  
*Coordinadores*

**Reconstrucción** del sistema nacional  
de salud en México

FERNANDO Cano Valle  
*Coordinador*

**Teorías contemporáneas**  
de la justicia. Introducción y notas  
críticas

RODOLFO Vázquez

**Análisis de jurisprudencia**  
constitucional mexicana. La Suprema  
Corte en 2022

ANDREA Pozas Loyo  
FRANCISCA Pou Giménez  
ALFONSO Herrera García  
*Editores*

**Derecho administrativo**  
del estado de Yucatán

JORGE Fernández Ruiz

**Nexos entre derecho energético**  
y derecho ambiental: empresas y  
derechos humanos

MARISOL Anglés Hernández  
MARGARITA Palomino Guerrero  
*Coordinadoras*

# LA TEORÍA PURA DEL DERECHO DE HANS KELSEN

*Visión crítica*

DIRECTORIO

Dra. Mónica González Contró

*Directora*

Dr. Mauricio Padrón Innamorato

*Secretario Académico*

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho

*Secretaria Técnica*

CRÉDITOS EDITORIALES

Wendy Vanesa Rocha Cacho

*Coordinación editorial*

Edna María López García

Miguel López Ruiz

*Cuidado de la edición*

José Antonio Bautista Sánchez

*Formación en computadora*

Edith Aguilar Gálvez

*Diseño y elaboración de portada*

CARLOS JOSÉ ERRÁZURIZ MACKENNA

# LA TEORÍA PURA DEL DERECHO DE HANS Kelsen

*Visión crítica*



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO  
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

México, 2025

**Catalogación en la publicación UNAM. Dirección General de Bibliotecas y Servicios Digitales de Información**

**Nombres:** Errázuriz Mackenna, Carlos José, autor.

**Título:** La teoría pura del derecho de Hans Kelsen : visión crítica / Carlos José Errázuriz Mackenna.

**Descripción:** Primera edición. | México : Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2024. | Serie: Serie Doctrina jurídica ; núm. 1026.

**Identificadores:** LIBRUNAM 2245122 (impreso) | LIBRUNAM 2245152 (libro electrónico) | ISBN 9786073095129 (impreso) | ISBN 9786073095112 (libro electrónico).

**Temas:** Derecho -- Filosofía. | Kelsen, Hans, 1881-1973 -- Crítica e interpretación. | Kelsen, Hans, 1881-1973. Reine Rechtslehre.

**Clasificación:** LCC K339.E77 2024 (impreso) | LCC K339 (libro electrónico) | DDC 340.1—dc23

**Libro completo en** <https://tinyurl.com/nh9wpkum>

**DOI:** <https://doi.org/10.22201/ij.9786073095112e.2025>

Esta edición y sus características son propiedad de la Universidad Nacional Autónoma de México. Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio sin la autorización escrita del titular de los derechos patrimoniales.

La presente obra ha sido sometida a un proceso de dictaminación basado en el sistema de revisión por pares doble ciego, llevado a cabo por personas académicas independientes a la institución de afiliación de la persona autora, conforme a las Disposiciones Generales para la Actividad Editorial y de Distribución de la UNAM y los Criterios Específicos de Evaluación del Conahcyt.

Primera edición (electrónica): 30 de mayo de 2025

DR © 2025. UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Mario de la Cueva s/n

Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México

ISBN (libro impreso): 978-607-30-9512-9

ISBN (libro electrónico): 978-607-30-9511-2

Impreso y hecho en México

CONTENIDO

Estudio introductorio. . . . . XIII  
    Javier SALDAÑA SERRANO  
    Luis Enrique RAMÍREZ VARGAS

Abreviaturas . . . . . XXXIII

Introducción . . . . . 1

PRIMERA PARTE

EXPOSICIÓN DE LA “TEORÍA PURA DEL DERECHO”

CAPÍTULO PRIMERO

    KELSEN Y LA *TEORÍA PURA DEL DERECHO* . . . . . 5

        I. La personalidad intelectual de Hans Kelsen . . . . . 5

        II. Exposición y crítica de la *Teoría pura del derecho* . . . . . 8

        III. Coordenadas jurídicas y filosóficas de la *Teoría pura*: positivismo  
            jurídico y neokantismo . . . . . 14

CAPÍTULO SEGUNDO

    DERECHO Y NATURALEZA. . . . . 25

    IV. La “pureza” de la *Teoría pura*: objeto y método. . . . . 25

        1. El objeto de la *Teoría pura* . . . . . 25

        2. El método de la *Teoría pura* . . . . . 26

        3. El formalismo de la doctrina kelseniana . . . . . 29

        4. Relación entre objeto y método de la ciencia jurídica . . . . . 31

    V. Ser y deber ser . . . . . 34



1. Naturaleza y sociedad . . . . .	34
2. La norma como sentido de un acto de voluntad . . . . .	37
3. El dualismo ser-deber ser . . . . .	40
4. El <i>Sein</i> kelseniano . . . . .	42
5. El <i>Sollen</i> kelseniano . . . . .	42
VI. Las normas: validez, funciones y relación con los valores . . . . .	46
1. La validez de la norma y su “dominio de validez” . . . . .	46
2. Las funciones de la norma: ordenar, facultar, permitir, derogar . . . . .	49
3. Norma y valor. El relativismo de los valores . . . . .	50
VII. Los sistemas sociales u órdenes normativos . . . . .	55
1. Los sistemas sociales . . . . .	55
2. La sanción en los sistemas sociales . . . . .	57
VIII. El orden jurídico: orden normativo coactivo . . . . .	64
1. El derecho como norma coactiva . . . . .	64
2. Derecho, fuerza y paz . . . . .	68
3. El “mínimo de libertad” . . . . .	70
4. ¿Obligaciones jurídicas sin sanción? . . . . .	72
5. Normas jurídicas dependientes . . . . .	74

### CAPÍTULO TERCERO

EL DERECHO FRENTE A LA MORAL Y LA CIENCIA. . . . .	79
--	----

#### *Sección I: Derecho y moral*

IX. Derecho y moral . . . . .	79
-------------------------------	----

#### *Sección II: Derecho y ciencia*

X. Norma jurídica y proposición jurídica . . . . .	84
XI. Derecho y lógica . . . . .	90
XII. Ciencias causales y ciencias normativas: causalidad e imputación . . . . .	93
XIII. El problema de la libertad de la voluntad . . . . .	100
XIV. Ciencia del derecho y sociología jurídica . . . . .	104
XV. Derecho e ideología . . . . .	106

## CAPÍTULO CUARTO

ESTÁTICA JURÍDICA Y DINÁMICA JURÍDICA .....	109
---	-----

*Sección I: Estática jurídica*

XVI. La sanción y el ilícito .....	109
XVII. Obligación jurídica y responsabilidad .....	113
1. Obligación jurídica .....	113
2. Responsabilidad .....	116
3. El deber de reparar el daño .....	117
XVIII. El derecho subjetivo .....	117
1. El derecho subjetivo como mero reflejo de la correspondiente obligación .....	118
2. El derecho subjetivo como poder jurídico (derecho subjetivo en sentido técnico) .....	122
3. Los derechos políticos .....	124
4. Los derechos o libertades fundamentales .....	124
5. El derecho subjetivo como permisión administrativa positiva .....	125
XIX. Capacidad jurídica. Competencia. Órgano .....	126
XX. Capacidad de derecho y representación .....	132
XXI. La relación jurídica .....	134
XXII. Sujeto de derecho. La persona .....	135
XXIII. La teoría del derecho como análisis estructural del derecho positivo .....	139

*Sección II: Dinámica jurídica*

XXIV. La norma básica o fundamental ( <i>Grundnorm</i> ) .....	140
1. Introducción del elemento dinámico en la <i>Teoría pura</i> .....	140
2. La norma básica o fundamental como fundamento de validez de un orden normativo .....	143
3. Norma básica y derecho natural .....	148
4. Problemas inmanentes de la teoría de la norma básica ....	149

XXV. La unidad del orden jurídico. Conflictos normativos . . . . .	151
XXVI. Validez y eficacia . . . . .	153
XXVII. Estructura jerárquica del ordenamiento jurídico . . . . .	157
1. La Constitución . . . . .	157
2. Las normas generales . . . . .	158
3. Las normas individuales; la función judicial . . . . .	160
4. El negocio jurídico . . . . .	163
5. La administración estatal . . . . .	164
6. Producción y aplicación del derecho . . . . .	166
XXVIII. La interpretación jurídica auténtica . . . . .	166
XXIX. La interpretación jurídica científica . . . . .	169
XXX. Las lagunas del derecho . . . . .	171
XXXI. Conflictos entre normas de diverso nivel. . . . .	173
XXXII. Nulidad y anulabilidad . . . . .	176

## CAPÍTULO QUINTO

DERECHO, ESTADO Y DERECHO INTERNACIONAL . . . . .	179
---	-----

### *Sección I: Derecho y Estado*

XXXIII. Derecho público y derecho privado. . . . .	179
XXXIV. La identificación del derecho y el Estado . . . . .	181
XXXV. El Estado como persona jurídica . . . . .	187
XXXVI. Centralización y descentralización. . . . .	189

### *Sección II: El derecho canónico*

XXXVII. El derecho canónico . . . . .	190
---------------------------------------	-----

### *Sección III: Estado y derecho internacional*

XXXVIII. La esencia del derecho internacional . . . . .	194
XXXIX. Las relaciones entre el derecho internacional y el derecho estatal . . . . .	199

## CAPÍTULO SEXTO

EL PROBLEMA DE LA JUSTICIA Y EL DERECHO NATURAL . . .	205
XL. La crítica de la justicia y el derecho natural en Kelsen . . .	205
XLI. La justicia . . . . .	208
1. La concepción kelseniana de la justicia . . . . .	208
2. El contenido de las diversas normas de justicia . . . . .	214
XLII. El derecho natural . . . . .	228
1. La noción de derecho natural según Kelsen . . . . .	228
2. Las razones del rechazo kelseniano del derecho natural .	247

## SEGUNDA PARTE

CRÍTICA DE LA *TEORÍA PURA DEL DERECHO*

## CAPÍTULO SÉPTIMO

DIVERSAS POSICIONES ANTE LA <i>TEORÍA PURA</i> ; UNIDAD Y COHERENCIA DEL SISTEMA KELSENIANO . . . . .	271
XLIII. Diversas posiciones ante la <i>Teoría pura</i> . . . . .	271
XLIV. Unidad y coherencia interna del sistema kelseniano . . . . .	282

## CAPÍTULO OCTAVO

CRÍTICA DE LOS PRINCIPALES PRESUPUESTOS FILOSÓFICO-JURÍDICOS DE LA <i>TEORÍA PURA</i> . . . . .	293
XLV. Planteamiento de nuestra crítica . . . . .	293
XLVI. Principios de gnoseología jurídica . . . . .	295
1. Idealismo y realismo en el conocimiento jurídico . . . . .	295
2. Elementos metafísicos en la ciencia del derecho . . . . .	298
3. Ciencia y filosofía del derecho . . . . .	302
4. La ciencia del derecho como ciencia especulativo-prácti- ca . . . . .	307
5. La certeza en la ciencia jurídica . . . . .	311
XLVII. Ser y deber ser . . . . .	313
1. La parte de verdad de la antítesis kelseniana . . . . .	313

2. Las limitaciones del planteamiento kelseniano . . . . .	316
3. El pretendido error lógico de la doctrina del derecho natural . . . . .	317
4. Ser y deber ser en óptica realista . . . . .	320
5. Deber ser jurídico y deber ser moral . . . . .	325
6. La captación del deber ser . . . . .	327
XLVIII. El concepto de derecho . . . . .	331
1. Las reducciones kelsenianas del concepto de derecho . .	331
2. El derecho ¿norma, facultad o cosa justa? . . . . .	333
3. La coacción en el derecho . . . . .	339
4. La estructura jerárquica del ordenamiento jurídico . . . .	342
5. Derecho y Estado . . . . .	344
XLIX. Derecho natural y derecho positivo . . . . .	350
1. El fundamento de validez del derecho positivo . . . . .	350
2. Unidad entre el derecho natural y el derecho positivo: la unidad del derecho . . . . .	353
3. El derecho natural en la ciencia del derecho . . . . .	358
4. El fundamento trascendente del derecho natural . . . . .	361
Epílogo . . . . .	367
L. Balance crítico de la <i>Teoría pura del derecho</i> . . . . .	367
Bibliografía . . . . .	373

## ESTUDIO INTRODUCTORIO

### I. IMPORTANCIA DEL LIBRO

El libro que el amable lector tiene en sus manos es titular de un innumerable cúmulo de parabienes, algunos de los cuales simplemente mencionaremos aquí, porque el objeto de las presentes páginas es otro. En primer lugar, es un libro escrito por uno de los teóricos que más conocen a profundidad el pensamiento de Hans Kelsen, no sólo a partir de un libro (por más importante que haya sido, como lo fue la *Teoría pura del derecho*) sino por el conocimiento de toda, o casi toda la obra, del profesor vienés. Esto no es un logro menor, porque como el lector atento comprobará a lo largo del texto, en cada una de sus notas a pie de página y en la bibliografía correspondiente, el autor conoció y citó prácticamente todo lo que Hans Kelsen había escrito hasta antes de su muerte en 1973.

Lo anterior adquiere una doble importancia si tomamos en consideración que en el momento en que apareció por primera vez este libro (1986)<sup>1</sup> no existían las facilidades computacionales con las que contamos hoy, ni tampoco los traductores informáticos que facilitarían estudiar la obra kelseniana, mucha de la cual no había sido traducida a nuestro idioma. Pero estos obstáculos no importaron mayormente al autor de este libro, porque como se puede comprobar, están citados la mayor parte de los trabajos de Kelsen y consultados directamente en el lenguaje original en el que aparecieron, principalmente el alemán, aunque también los trabajos en francés, inglés e italiano.

Otra virtud del trabajo que ahora presentamos es la siguiente. Quizá alguien podría hacer notar que el libro ya es un poco viejo, y que desde la segunda mitad del siglo pasado a la fecha ya “ha corrido mucha agua bajo el puente”, el puente de la teoría y de la filosofía del derecho. Sin embargo, la observación sería infundada. En primer lugar, porque como todo en fi-

---

<sup>1</sup> Errázuriz Mackenna, Carlos José, *La Teoría pura del derecho de Hans Kelsen. Visión crítica*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1986, 602 pp.

lososofía —incluyendo la jurídica— ningún argumento está definitivamente cancelado, se puede seguir discutiendo y argumentando sobre este las veces que sea necesario. Y, en segundo lugar, porque tratándose del pensamiento de Kelsen, aún no se ha dicho la última palabra; más aún, hoy se siguen reeditando algunas de sus obras, o escribiendo desde las bases teóricas que sustentó el profesor vienés. Así, por ejemplo, en el caso de las reediciones, hace relativamente poco tiempo apareció la primera edición (autorizada por el Hans Kelsen-Institut de Viena) de la *Teoría pura del derecho*,<sup>2</sup> y en el caso de las discusiones más recientes, han sido especialmente significativas las contribuciones de Stanley L. Paulson al seguir haciendo hincapié en las ideas kelsenianas.<sup>3</sup> De más está mencionar también que en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se viene celebrando un evento anual que tiene como propósito discutir la obra de Hans Kelsen (reconociendo sus aportaciones pero también sus críticas), y que ya ha tenido una primera publicación.<sup>4</sup>

Muchas veces se ha preguntado cuál es la razón por la que Hans Kelsen ha sido calificado como el principal jurista del siglo XX. ¿Qué fue lo que otros juristas anteriores a él no vieron y explicaron que sí vio y explicó Kelsen? A estas preguntas se les han dado infinidad de respuestas; algunos piensan que fue haber propuesto un riguroso modelo de ciencia jurídica, excluyendo de ésta cualquier cuestión metafísica que caracterizó a anteriores explicaciones del derecho; otros creen que fue haber aplicado la lógica jurídica al derecho, asegurando con esto un riguroso conocimiento del fenómeno jurídico; algunos más explican que fue Kelsen quien por primera vez presentó un análisis sistemático y coherente de la materia jurídica, elevando esta disciplina a una verdadera ciencia del derecho de acuerdo con los postulados del positivismo jurídico, etcétera. Lo que queda claro es que nadie que se asome al pensamiento de Kelsen queda imperturbable respecto de éste. Para algunos, como Enrique R. Aftalión, “hoy en el mundo de las ideas jurídicas, se está con Kelsen, o contra Kelsen”.<sup>5</sup>

---

<sup>2</sup> Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*, Madrid, Trotta, 2011. Con una excelente presentación del profesor español Gregorio Robles Morchón.

<sup>3</sup> Paulson L., Stanley, *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford University Press, USA, 1999. Cfr. Tb., del mismo autor: *Fundamentación crítica de la doctrina de Hans Kelsen*, Universidad Externado, Colombia, 2000.

<sup>4</sup> AA.VV., *Hans Kelsen ante el siglo XXI. Un diálogo crítico*, UNAM, México, 2023.

<sup>5</sup> Aftalión, Enrique R., “Prólogo” a Kelsen, Hans, *La idea del derecho natural y otros ensayos*, México, Editora Nacional, 1979, p. 8.

A nosotros nos parece que la afirmación anterior es exagerada, y que las cosas respecto a Kelsen no son así; sin duda, como iusnaturalistas, reconocemos algunas cosas valiosas de su teoría que vale la pena rescatar, aunque los positivistas-legalistas seguramente pensarán que Kelsen acertó en todo lo que propuso. Pero habrá otros también que no les despertará mayor pasión y que habrán estudiado su obra por un mero interés intelectual, digno de repasar como ejercicio académico, pero sin dejarse la vida por la defensa de sus postulados (Recaséns Siches podría ser un buen ejemplo de esto). Unos más, como Alfred Verdross —según nos cuenta la historia—, aún habiendo formando parte de los primeros círculos académicos dirigidos por el profesor vienés, terminó abandonándolo y criticándolo. En fin.

Para el caso mexicano, es de llamar la atención que el más importante iusfilósofo que ha dado este país, como fue el profesor Eduardo García Máynez, fuera más bien crítico del pensamiento del profesor vienés.<sup>6</sup> Así lo reseña Ramón Ortega al afirmar que en su estadía en la Universidad de Viena, García Máynez “entró en contacto con la teoría de Kelsen, pero armado como estaba por el instrumental que le había ofrecido la filosofía de los valores, reaccionó contra el formalismo de la escuela kelseniana”.<sup>7</sup> En cualquier caso, es un hecho que la doctrina de Hans Kelsen es necesario estudiarla y conocerla, y que respecto de ésta no se puede asumir una posición del todo o nada, como lo cree Aftalión.

La posición que asume el profesor Carlos José Errázuriz Mackenna en este libro es la de reconocer las importantes contribuciones que hizo Kelsen, pero es más bien un fuerte crítico de él. Hay temas significativos que vale la pena analizar en el pensador vienés; por ejemplo, el tema de la estructura jerárquica de las normas, o la explicación del ordenamiento jurídico, el propio desarrollo de la noción de norma individual, etcétera. Pero a renglón seguido habrá también que dejar claro que en otros temas Hans Kelsen no debe ser seguido; más aún, debe ser rechazado, por las deficiencias teóricas en las que incurre, como lo pone de manifiesto el profesor Errázuriz.

---

<sup>6</sup> García Máynez, Eduardo, *Algunos aspectos de la doctrina kelseniana. Exposición y crítica*, Porrúa, México, 1978.

<sup>7</sup> Ortega García, Ramón, *Apuntes de historia de la filosofía del derecho*, México, Tirant lo Blanch, 2023, p. 80. El profesor Ortega completa la idea anterior al decir: “Esta última afirmación podría causar desconcierto pues se suele aceptar sin mayor demostración que García Máynez fue un devoto seguidor de Kelsen. La verdad de las cosas, sin embargo, es que su pensamiento jurídico, basado en parte considerable en las ideas del célebre jurisconsulto vienés, fue más bien crítico de ellas: sigue al jefe de la escuela de Viena, pero lo hace con reservas; acepta algunos puntos de su teoría, pero rechaza otros”. *Ibidem*.



## II. INSUFICIENCIAS DE LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO DE HANS KELSEN

Sobre las inconsistencias kelsenianas, aquí sólo mencionaremos tres. Las primeras dos las vamos a telegrafiar, utilizando las ideas de uno de los profesores que más conocen la obra de Kelsen en lengua castellana, como es el profesor Gregorio Robles. La tercera es ya, sí, el objetivo de las presentes páginas, a saber: las inconsistencias teóricas y enfoques que Hans Kelsen tuvo cuando se refirió al derecho natural.

El trabajo del profesor Gregorio Robles al que nos referimos fue publicado precisamente por la UNAM, y se llamó justamente: *Las limitaciones de la Teoría pura del derecho*.<sup>8</sup> En este escrito, el profesor Robles señalaría que una teoría general del derecho como la que pretende ofrecer Kelsen tendría que contener al menos: *i*) una teoría del sistema jurídico; *ii*) una teoría de los conceptos jurídicos fundamentales; *iii*) una teoría de la dogmática jurídica, y *iv*) una teoría de la decisión jurídica.

¿Cuáles son los principales defectos de la propuesta kelseniana en su pretensión de ser una teoría general del derecho? A decir del profesor Robles, ésta adolece de una teoría de la dogmática jurídica y de una teoría de la decisión jurídica. "...Constituye una teoría de las reglas y del sistema jurídico, así como de los conceptos jurídicos fundamentales, pero en vano se tratará de encontrar en ella soluciones para los interrogantes que se le plantean al jurista dogmático o al jurista que interviene en los procesos de decisión".<sup>9</sup>

### 1. Insuficiencia de la teoría de Kelsen en el ámbito de la dogmática jurídica

Por lo que tiene que ver con el déficit en el ámbito de la dogmática jurídica, la teoría kelseniana —dice Robles— no abona absolutamente nada a ésta, porque un enfoque esencialmente formalista como es la teoría del profesor vienés se encuentra sustancialmente imposibilitada para ofrecer contenido alguno a las normas. El defecto es, en definitiva, no que no proporcione previamente una concepción de la estructura del orden jurídico, sino que sólo llega hasta ahí. "Pero el análisis formal, en sí mismo, ni va ni puede ir más allá. Proporciona a la dogmática la estructura básica que ella ha de llenar de contenido, pero no le suministra las herramientas para hacerlo, precisamente porque no tiene que ver con contenidos".<sup>10</sup>

<sup>8</sup> Robles, Gregorio, *Las limitaciones de la Teoría pura del derecho*, México, UNAM, 1989.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 10.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 12.

## 2. Insuficiencia de la teoría de Kelsen en el ámbito de la decisión jurídica

El otro problema denunciado por Robles, tan grave como el anterior, es el relativo al de la decisión jurídica. Para Kelsen, la decisión que cualquier operador jurídico tenga que asumir es puramente política, y por tanto, esencialmente irracional. Una muestra clara de esta tesis voluntarista asumida por Kelsen se da en la decisión que un juez debe suscribir después de que ha hecho un ejercicio interpretativo de la norma que aplicará. ¿Por qué el juez interpretó la norma en tal o cual sentido?, ¿fue la interpretación correcta, y con base en qué criterio es posible considerar esto? Kelsen simplemente no tiene respuestas a estas preguntas.

...lo que no puede admitirse es el marchamo irracionalista y la consecuencia práctica del mismo: si los juicios de valor son simplemente subjetivos, entonces todo está permitido. Esta consecuencia, que podemos calificar de nihilismo decisionista, no sólo es peligrosa, sino también absurda. Pues ¿qué tipo de juguete es la razón si no sirve a los humanos para orientar mínimamente sus vidas?<sup>11</sup>

Claramente el profesor Robles ha develado algunos de los graves errores kelsenianos al afirmar que en la teoría del profesor vienés no existe ni una teoría de la interpretación jurídica ni una teoría de los valores que tendría que considerar cualquier teoría general del derecho, ni una aportación sociológica que suministre criterios de contenido a la dogmática jurídica, etcétera.<sup>12</sup> ¿Qué queda entonces de la teoría kelseniana? Creemos que al final es una teoría parcial e incompleta, rica en diversidad de argumentos, pero insuficiente en muchos otros. La consecuencia de su reductivismo es haber dejado fuera muchos otros argumentos no considerados en su teoría general del derecho. Lleva razón Robles al decir que “Kelsen maneja un concepto muy estrecho de la ciencia, lo que le permite desentenderse de aquello que no encaja en lo acotado. Y aunque está en su derecho de hacerlo, no puede pretender el haber construido una teoría *general* del derecho”.<sup>13</sup>

### III. DEFICIENCIAS DE HANS KELSEN AL REFERIRSE AL DERECHO NATURAL

Así como se han podido demostrar las insuficiencias de Kelsen en los rubros antes señalados, hay otro error en su exposición científica: el desconocimien-

---

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 13.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 14.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 13.

to del derecho natural, del que ahora damos cuenta. Para esto, utilizaremos dos escritos emblemáticos: “Die Idee Des Naturrechts”, aparecido en la *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 7, año 1927, traducido después al castellano por Francisco Ayala con el título de “La idea del derecho natural”, aparecida en 1979, bajo el sello de la Editorial Nacional (mexicana). También utilizaremos el trabajo “La doctrina del derecho natural ante el tribunal de la ciencia” aparecido en el libro de Hans Kelsen, *¿Qué es la justicia?*, de la editorial Ariel, de 1991, edición preparada por el profesor Albert Calsamiglia. De ambos utilizaremos, principalmente, el primer trabajo del profesor vienés.

Hemos de decir que en ambos trabajos se realizan una serie de afirmaciones que nos llevan necesariamente a preguntarnos a qué tipo de derecho natural es al que se refiere Hans Kelsen cuando lo critica. La pregunta no es baladí, porque como todos sabemos, son tan diversas las concepciones de derecho natural que se tienen, como iusnaturalismos han existido o existen.<sup>14</sup> En rigor, no se puede saber con certeza a qué tipo de iusnaturalismo se refiere Kelsen con sus críticas. Alguna luz nos ofrece el propio autor de que sea el iusnaturalismo racionalista al que critica; esto, por las reiteradas citas que hace a Hugo Grocio, y principalmente a Samuel Pufendorf, pero igual cita a Hobbes o a John Locke, etcétera; esto en el trabajo “La doctrina del derecho natural ante el tribunal de la ciencia”; sin embargo, con exactitud no se sabe muy bien a cuál se refiere.

Cabe aún la posibilidad de que el profesor vienés pueda haberse referido al derecho natural aristotélico-tomista, o iusnaturalismo clásico, o realismo jurídico clásico, como también se conoce este derecho,<sup>15</sup> pero en ese supuesto las críticas de Hans Kelsen no alcanzarían a este derecho por las observaciones que a continuación exponemos.

### 1. *Confusión del derecho natural con derecho divino*

Son varios los lugares en los que Hans Kelsen identifica el derecho natural con un ordenamiento divino o directamente con Dios. Dice el autor de la *Teoría pura del derecho*:

Para la *Teoría de la Justicia*, a la que denominamos *Teoría del Derecho natural*, no comporta una esencial diferencia el que se trate de derivar la ordenación

---

<sup>14</sup> Masini Correas, Carlos I., *Los derechos humanos en el pensamiento actual*, 2a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, p. 205.

<sup>15</sup> Hervada, Javier, “Apuntes para una exposición de realismo jurídico clásico”, *Escritos de derecho natural*, 2a. ed., Pamplona, Eunsa, 1993, pp. 761-781.

“justa” o “natural” de la “Naturaleza” o de “Dios”; sólo que el concepto de Dios pretende incluir aún más claramente en sí —porque la Teología lo ha desenvuelto sistemáticamente en esta dirección— la idea de la Justicia suma junto a la de la legalidad causal suprema.<sup>16</sup>

Más adelante, dirá el propio Kelsen: “...Según puede mostrar un análisis crítico de los métodos del Derecho natural no es en modo alguno indiferente el que se deduzca el ordenamiento natural de la vida humana de la sabiduría de Dios, es decir, de la razón divina, o sólo de la voluntad de Dios...”<sup>17</sup>

En otro trabajo expresa igualmente:

...Para ser consistente, la doctrina del Derecho natural debe asumir un carácter religioso. En la medida en que considera que la naturaleza es una revelación de la voluntad divina y que, por tanto, examinar la naturaleza equivale a dilucidar la voluntad divina, la doctrina del Derecho natural puede deducir de la naturaleza reglas justas de conducta humana. De hecho, no se conoce ninguna doctrina del Derecho natural importante que no revista un carácter religioso.<sup>18</sup>

Es especialmente sorprendente darse cuenta de cómo en un autor tan poderoso intelectualmente como fue Kelsen, con la gran influencia que ha ejercido en el pensamiento occidental del derecho, y sobre el que se siguen escribiendo tantos trabajos, uno llegue a encontrar afirmaciones como las anteriores, o aquellas otras que identifican al derecho natural con el animismo.<sup>19</sup>

Si, como dijimos, Kelsen se refiriere al derecho natural aristotélico-tomista, habría muchas razones que mostrar para evidenciar las impresiones y errores en los que incurre el vienés al hacer estas imputaciones. La que intentaremos mostrar aquí es de carácter histórico. Así, por ejemplo, quien es considerado el fundador del derecho natural clásico como fue Aristóteles, no fundamentó nunca la existencia de dicho derecho en Dios, sino en la razón natural del hombre, entendiéndolo como lo naturalmente justo, es decir, aquello que tiene en todas partes la misma fuerza y no está sujeto al parecer humano. De este modo, cuando el Estagirita habla del derecho

---

<sup>16</sup> Kelsen, Hans, “La idea del derecho natural”, *La idea del derecho natural y otros ensayos*, México, Editora Nacional, 1979, p. 17.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>18</sup> Kelsen, Hans, “La doctrina del derecho natural ante el tribunal de la ciencia”, *¿Qué es la justicia?*, Barcelona, Ariel, 1991, p. 65.

<sup>19</sup> *Idem*.

natural, se refiere a lo que es justo por naturaleza, no a lo dictado por Dios. Más aún, cuando Aristóteles distingue este derecho de la ley natural, tampoco ésta la hace radicar en Dios, sólo señala que la misma es “conforme a la naturaleza; porque existe ciertamente algo —que todos adivinan— comúnmente considerado como justo o injusto por naturaleza”.<sup>20</sup>

A lo señalado habrá que agregar otro argumento, que no es menor, y que confirma lo establecido, y es que si Kelsen, al hablar de Dios, está pensando en el Dios del cristianismo, habrá que recordarle que Aristóteles nació y murió más de trescientos años antes de Jesucristo, con lo cual temporalmente estaba imposibilitado para conocer y reproducir sus enseñanzas en su explicación sobre el derecho natural.

El argumento histórico que estamos defendiendo aquí igualmente se extiende al segundo pilar en el que se cimenta el derecho natural aristotélico-tomista. Nos referimos a la jurisprudencia romana clásica, la cual se ubica al final de la República, específicamente entre los siglos 130 a. C. al 230 d. C.,<sup>21</sup> cuando el cristianismo no solamente no se había declarado como la religión oficial del Imperio, sino que estaba siendo rabiosamente perseguido por los emperadores romanos.

Dirán los romanistas Beatriz Bernal y José de Jesús Ledesma, refiriéndose a la época clásica del derecho romano donde el derecho natural fue profusamente utilizado como criterio de lo justo y equitativo:

...la ciencia del derecho que se encontraba ya en una fase muy desarrollada en el periodo anterior, recibió un enorme impulso, llegando a su “cenit” durante el principado por la labor de los jurisconsultos clásicos, que con una gran percepción de la realidad, unida a un *instinto notable para determinar lo justo y equitativo* y guiados por un sentido jurídico extraordinario, resolvieron las cuestiones que se les planteaban y lentamente fueron construyendo el edificio de la jurisprudencia romana.<sup>22</sup>

Es importante dejar claro entonces que el derecho natural en el mundo romano clásico nunca fue visto como un derecho derivado de Dios, sino como derecho, plenamente válido y realmente aplicable por los jurisconsultos romanos para identificar lo justo y lo correcto en el caso concreto. Así, por ejemplo, Gayo escribió:

---

<sup>20</sup> Aristóteles, *Retórica*, I, 13.

<sup>21</sup> Bernal, Beatriz y Ledesma, José de Jesús, *Historia del derecho romano y de los derechos neorromanistas (Desde los orígenes hasta la alta edad media)*, 8a. ed., México, Porrúa, 1998, pp. 147-199.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 170. Las cursivas son nuestras.

Todos los pueblos que se gobiernan por leyes y costumbres usan en parte su derecho peculiar, en parte el común de todos los hombres; pues el derecho que cada pueblo estableció para sí, es propio de la ciudad y se llama derecho civil, como derecho propio que es de la misma ciudad; en cambio, el que la razón natural establece entre todos los hombres, es observado por todos los pueblos y se denomina derecho de gentes, como derecho que usan todos los pueblos. Así, pues, el pueblo romano usa en parte de su propio derecho, y en parte el común de todos los hombres.<sup>23</sup>

Finalmente, Tomás de Aquino —el tercer pilar del derecho natural clásico— tampoco invocó a Dios para justificar la existencia del derecho natural. Al explicar lo que este derecho significa, dirá que derecho o lo justo es una acción adecuada a otra según cierto modo de igualdad. Y hay un primer modo de igualdad “por la naturaleza misma de la cosa, como cuando alguien da tanto para recibir otro tanto. Y esto se llama derecho natural”.<sup>24</sup>

Ahora bien, al distinguir el derecho natural de la ley natural, el Aquinate dirá que ésta es la participación de la ley eterna en la criatura racional.<sup>25</sup> La idea central aquí es la de *participación*. Así, el hombre participa de la ley eterna no porque crea en Dios, sino porque es un ser racional e intelectualmente pensante. Participa, por tanto, a través de la razón, no de su fe. La ley natural, nos dice el Aquinate, no es un hábito, sino una *proposición normativa*, por ser producto de la razón.<sup>26</sup>

Como se puede ver en este breve repaso por los íconos del derecho natural clásico, su reflexión teórica y su aplicación no tiene aspectos religiosos ni está justificado o fundamentado en Dios; no es un derecho confesional, ni tampoco es un derecho propio de creyentes. Así, ni Aristóteles ni los juristas romanos conocieron al Dios del cristianismo ni argumentaron desde la fe para justificar sus razonamientos, como tampoco lo habría de hacer Tomás de Aquino. Esto no quiere decir que el derecho natural sea un derecho ateo, pero está muy lejos de ser un derecho confesional, o un derecho defendido sólo por creyentes. Es un derecho que se conoce por la razón natural que todo hombre posee.<sup>27</sup>

---

<sup>23</sup> Gayo, Inst., I, 1.

<sup>24</sup> Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, II-II, q. 57. a 2.

<sup>25</sup> *Ibidem*, I-II, q. 91.a. 2.

<sup>26</sup> *Ibidem*, I-II, q. 94. a. 1.

<sup>27</sup> Vigo, Luis Rodolfo, *Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo. Coincidencias y diferencias*, México, Porrúa, 2016, p. 29.

## 2. *Confusión sobre el papel de la coacción en el derecho natural*

Otra de las imprecisiones que tiene Kelsen al referirse al derecho natural es establecer que éste no necesita la coacción. Dice al respecto el profesor vienés:

A la idea del Derecho natural como una ordenación “natural” corresponde el que sus normas sean tan evidentes como las reglas de la lógica, porque proceden inmediatamente de la naturaleza, de Dios o de la Razón; y que por ello no necesite ninguna *coacción* para realizarlas. Este es el segundo punto en el que se distingue esencialmente el Derecho natural del Derecho positivo. Este último es por su esencia un orden coactivo y tiene que serlo —precisamente en contraste con el Derecho natural—...<sup>28</sup>

¿Será verdad que el derecho natural prescinde de la coacción en su explicación? ¿Qué papel ocupa la coacción en la explicación de este derecho? Una respuesta inmediata a las preguntas anteriores nos llevaría a decir que para el derecho natural el elemento coercitivo es fundamental, y que se justifica su presencia en la medida en que conduce a promover el desarrollo de las virtudes en el ámbito de la comunidad política.

Como se ha venido señalando, el derecho natural es derecho, y una de las notas que lo caracteriza es que es coactivo, de modo que la coacción forma parte de su sistema de garantías, con las que se asegura la efectividad del mismo. Ahora, si bien la coacción —que generalmente está expresada en el empleo de la fuerza, aunque ésta no es la única forma en que se refleja— es fundamental para el derecho natural, no es su elemento existencial o definitorio. Dice Javier Hervada:

La idea principal a tener en cuenta es que el sistema de garantías es una consecuencia de la obligatoriedad del derecho, que está en el orden de la ayuda a su efectividad, pero que no pertenece a su esencia: la falta de aplicación del sistema de garantías no destruye al derecho, aunque a veces pueda dejarlo inoperante.<sup>29</sup>

Otro de los teóricos iusnaturalistas que ha explicado el papel de la coacción en el derecho natural ha sido el profesor chileno Cristóbal Orrego, quien confirma lo anterior al decir que

<sup>28</sup> Kelsen, Hans, “La idea del derecho natural”, *La idea del derecho natural...*, cit., pp. 20 y 21.

<sup>29</sup> Hervada, Javier, *Introducción crítica al derecho natural*, 7a. ed., Pamplona, Eunsa, 1993, p. 182.

El derecho natural se diferencia de la moral porque es objetivo-externo y exige su realización coercitiva, si no se realiza el derecho natural, ha de haber una sanción externa —objetiva— para que se realice. Ello es así porque el derecho natural es derecho sin más. Así, la coactividad del derecho natural se realiza —en la situación normal— “por”, “en” y “a través” de la única coactividad del único derecho; es decir, con los medios de coacción que el hombre ha puesto y que —por ende— forman parte de éste como “derecho positivo”. Que haya coacción es natural, porque existe en todas partes y no depende de lo que piensen los hombres; que sea ésta y no aquélla, por tales medios y formas, es positivo.<sup>30</sup>

Como se puede observar claramente, que la coacción no sea constitutiva del derecho natural no significa que éste prescindiera de ésta. Por eso Kelsen se equivoca al señalar que el derecho natural no necesita la coacción para realizarse.

### 3. *Confusión sobre la individualización de la norma particular a partir de una general*

Otra de las imprecisiones en la que incurre Kelsen en su crítica al derecho natural es afirmar que este derecho adolece de un proceso mediante el cual se concrete o se individualice; es decir, según Kelsen, el derecho natural no dice cómo se pasa de una norma general a una particular, que sea esta última la que resuelva el caso concreto. Así, en la parte conducente del trabajo que nos está sirviendo de base, dice el profesor vienés: “La norma general no puede ser la única forma de manifestación del Derecho porque, para alcanzar su fin propio, tiene que ser aplicada al caso concreto...”.<sup>31</sup>

Más adelante establece: “A pesar del superior rango lógico que tiene la norma general se encuentra todavía en una situación inconclusa; y entonces hay que contemplar precisamente en la norma individual lo que completa la idea jurídica”.<sup>32</sup> Hasta aquí no habría ningún reproche que hacerle a Kelsen, pues cualquier iusnaturalista suscribiría ambas afirmaciones. El problema y las impresiones vendrán después.

El inconveniente se presenta en la siguiente afirmación escrita por Kelsen:

---

<sup>30</sup> Orrego Sánchez, Cristóbal, *Análítica del derecho justo. La crisis del positivismo jurídico y la crítica del derecho natural*, México, UNAM, 2005, pp. 62 y 63.

<sup>31</sup> Kelsen, Hans, “La idea del derecho natural”, *La idea del derecho natural...*, cit., p. 30.

<sup>32</sup> *Idem.*



Más adelante veremos por qué se prescinde con más facilidad en el Derecho natural puro del segundo grado, que por lo demás también aquí puede y debe hacerse inseparable del primero; por qué la teoría del Derecho natural no tiene en cuenta la articulación gradual del orden jurídico y por eso se cree autorizada a entender el Derecho sólo como norma general. La cuestión está ahora en saber si, y en qué medida, puede cumplirse la idea del Derecho natural precisamente en atención a la individualización de la norma general, inevitable en el sistema del Derecho natural (en este proceso puede contemplarse la realización del Derecho natural).<sup>33</sup>

Claramente se observa cómo Kelsen critica al derecho natural por no tener una explicación que justifique la concreción de una norma general a una particular o individual; es decir, de cómo se pasa de una norma general, y de lo que ésta dispone, a una norma particular que resuelva el caso concreto.

En rigor, lo establecido por Kelsen muestra un desconocimiento de lo que la tradición del derecho natural aristotélico-tomista siempre ha sostenido. Como se sabe, este derecho recibe también el nombre de realismo jurídico clásico,<sup>34</sup> y es realista porque hay una exacta correlación entre el conocimiento y la realidad. Así, el derecho natural no es un derecho abstracto, general o ideal, sino un derecho real y concreto, como derecho que es, no quedándose, como afirma Kelsen, en puras normas generales.

Establecido lo anterior, esta misma tradición explica que la ley humana (norma de derecho positivo) deriva de la ley natural de dos maneras: por *conclusión* y por *determinación*. Dice Tomás de Aquino al respecto:

Pues bien, hay normas que se derivan de los principios comunes de la ley natural por vía de conclusión; y así, el precepto “no matarás” puede derivarse a manera de conclusión de aquel otro que manda “no hacer mal a nadie”. Y hay otras normas que se derivan por vía de determinación; y así, la ley natural establece que el que peca sea castigado, pero que se le castigue con tal o cual pena es ya una determinación añadida a la ley natural.<sup>35</sup>

Lo señalado hasta aquí es entonces especialmente claro, la individualización de la norma jurídica particular que sirve para resolver los casos concretos en el derecho natural se presenta a través de dos vías. La primera es por *conclusión*. Así, si pensáramos en un ejemplo de derecho positivo penal,

---

<sup>33</sup> *Ibidem.*, p. 31.

<sup>34</sup> Schouppe, Jean Pierre, “La concepción realista del derecho”, *Persona y Derecho*, 11, Pamplona, 1984, pp. 555-633.

<sup>35</sup> Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, I-II, q. 95. a. 2.

diríamos que es de ley natural el respeto al bien de la vida, y por tanto la prohibición de matar. Ahora, su individualización en la ley humana positiva sería la tipificación del delito de homicidio, que en cualquier legislación diría, por ejemplo, artículo 302 del Código Penal Federal mexicano, “Comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro”. Aquí está individualizándose la ley natural por conclusión, justamente en la ley positiva.

La segunda vía de individualización de la norma general a la norma particular es por *determinación*. ¿Qué quiere decir esto? Que reconociendo el precepto de la ley natural de no matar, y aceptando igualmente que la ley positiva castiga a quien priva de la vida a otro, ahora de lo que se trata es de determinar cuántos años de prisión corresponden a los diferentes tipos de homicidio. De lo que se trata es de ajustar aún más la ley positiva a la particularidad del caso. Así, por ejemplo, mientras el artículo 302 establece el delito de homicidio, el numeral 307 del mismo ordenamiento señala: “Al responsable de cualquier homicidio simple intencional que no tenga prevista sanción especial en este Código, se le impondrá de doce a veinticuatro años de prisión”. Hay aquí ya una forma de determinación, pero aún puede ser más específica. Así, por ejemplo, el artículo 308 del referido ordenamiento establece: “Si el homicidio se comete en riña, se aplicará a su autor de cuatro a doce años de prisión. Si el homicidio se comete en duelo, se aplicará a su autor de dos a ocho años de prisión”.

Así, vemos claramente que la acusación que Kelsen hace al derecho natural a propósito de que este derecho “no tiene en cuenta la articulación gradual del orden jurídico y por eso se cree autorizada a entender el Derecho sólo como norma general”, es ostentosamente infundada.

#### 4. *Confusión de atribuirle al derecho natural el error de derivar el “debe” a partir del “es”*

Son varios los lugares en la vasta obra de Kelsen en la que el profesor vienés atribuye al derecho natural el error lógico de derivar el *deber ser* del *ser*, lo que después se conocerá como falacia naturalista (nunca el *debe* a partir del *es*). Aquí sólo me referiré a dos de estos lugares. Dice en uno de ellos el profesor vienés:

La doctrina del Derecho natural presupone un valor inmanente en la realidad, valor que es absoluto, o, dicho de otro modo, que existe una voluntad divina inherente a la naturaleza. Sólo partiendo de este supuesto se puede mantener la doctrina según la cual el Derecho puede deducirse de la natura-

leza y que este Derecho es la Justicia absoluta. La concepción metafísica de la inmanencia del valor en la realidad natural no puede aceptarse desde el punto de vista de la Ciencia, ya que la doctrina del Derecho natural se basa en la falacia lógica que consiste en inferir el “debe” a partir del “es”.<sup>36</sup>

El segundo lugar en donde también Kelsen se refiere a este tema es en su *Teoría pura del derecho*. Ahí, nuestro autor dice:

Nadie puede negar que la afirmación de que “algo es” —esto es, el enunciado con el cual se describe un hecho real—, es esencialmente diferente del enunciado que dice que “algo debe producirse”, esto es: del enunciado con el cual se describe una norma; y que, en consecuencia, de que algo exista no puede seguirse que algo deba existir, de igual modo a que de que algo deba ser, no se puede seguir, que algo sea.<sup>37</sup>

Varios son los argumentos que se pueden citar para oponerse a la anterior acusación. Aquí sólo mencionaremos dos.<sup>38</sup>

Un autor que refleja cabalmente la tradición del derecho natural aristotélico-tomista es, sin duda, el profesor emérito de la Universidad de Oxford, John Finnis. Este pensador admite como verdadero el error lógico anunciado atribuido primero a Hume, pero demuestra que el derecho natural clásico y sus teóricos más representativos jamás incurrieron en la falacia naturalista. Así, dice Finnis que los principales autores iusnaturalistas, como Aristóteles y Tomás de Aquino, admitirían sin dificultad que el *deber* no puede deducirse del *ser*, pues estos pensadores aceptaron, sin ninguna objeción, la diferencia entre la razón especulativa y la razón práctica, ambas con sus respectivos principios, evidentes por sí mismos, y que sirven como puntos de partida en ambos razonamientos.

Finnis ha colocado su explicación del derecho natural en el ámbito de la razón práctica, y aquí esos principios anunciados expresan nuestra comprensión de un valor que puede proporcionar el punto de partida para razonar qué hacer. El ejemplo que utiliza para explicar esto es el bien humano del conocimiento. Dice Finnis, “el conocimiento es algo bueno que vale la pena poseer” o “estar bien informado y con la mente clara es una buena forma de ser”, éstos son principios de la razonabilidad práctica que no se

<sup>36</sup> Kelsen, Hans, “La doctrina del derecho natural ante el tribunal de la ciencia”, *cit.*, p. 69.

<sup>37</sup> Kelsen, Hans, *La teoría pura del derecho*, México, UNAM, 1979, pp. 19 y 20.

<sup>38</sup> Un crítica a la acusación infundada que hace Kelsen al derecho natural, puede verse en Massini Correas, Carlos I., *La falacia de la falacia naturalista*, Mendoza, Edium, 1995. *Cfr.* Tb., Saldaña Serrano, Javier, *Derecho natural. Tradición, falacia naturalista y derechos humanos*, México, UNAM, 2014.

han derivado de ninguna naturaleza metafísica.<sup>39</sup> No son derivados de ninguna naturaleza, o de la razón especulativa, no son derivados de nada.

Otro argumento de Finnis es el recurso al silogismo práctico, dado que ahí ha colocado su explicación. Dicho silogismo es el siguiente, utilizando igualmente el mismo bien humano del conocimiento: 1) sería bueno averiguar la verdad sobre los supuestos principios de la ley natural; 2) es probable que la lectura crítica de este libro me ayude a averiguar lo que quiero averiguar sobre estas materias; 3) luego, a pesar de lo aburrido que es, lo leeré por completo y reflexionaré sobre sus argumentos.<sup>40</sup> Aquí tampoco hay una derivación de ninguna naturaleza metafísica, como lo cree Kelsen.<sup>41</sup> Esto, porque la primera de las premisas contiene expresamente reconocida la finalidad que uno se propone realizar, los fines que se plantea alcanzar. En la segunda premisa se establecen los medios con los que se cuenta para alcanzar el fin propuesto, y en la conclusión, resulta la línea de acción a tomar para realizar lo que uno se ha propuesto. Aquí no hay ningún error lógico.

Claramente se ve que explicar el derecho natural desde las coordenadas de la razón práctica no hace que este derecho incurra en la falacia naturalista, pero ha habido otros autores, también iusnaturalistas, que preocupados por la vinculación entre razón especulativa y razón práctica intentan hacer ver que incluso en el ámbito especulativo o teórico (donde se encontraría la naturaleza humana) tampoco se incurriría en dicha falacia. Así, para Mauricio Beuchot, por ejemplo, en la consideración ontológica de la naturaleza humana se encuentran ya las raíces de sus exigencias morales, no a nivel metafísico, pero sí a nivel antropológico-filosófico o de la filosofía del hombre, pues explica que en las necesidades del hombre están ya sus derechos, esto es, en la propia naturaleza antropológica del hombre están ya sus derechos y deberes.<sup>42</sup> Tampoco entonces a nivel especulativo o teórico se comete el error lógico denunciado por Kelsen contra el derecho natural.

Finalmente, autorizados iusnaturalistas como Javier Hevada mostrarán igualmente que en los orígenes del iusnaturalismo, Aristóteles no cometería el error lógico anunciado. Dice del Estagirita que la propuesta más signi-

---

<sup>39</sup> Finnis, John, *Ley natural y derechos naturales*, trad. de Cast., C. Orrego Sánchez, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000, p. 94.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 95.

<sup>41</sup> Para un análisis más detenido del tema de la falacia naturalista *cf.* Saldaña, Javier, “Descripción *vs.* Valoración. Las respuestas de John Finnis al desafío de la falacia naturalista”, en Etcheverry, Juan B. (ed.), *Ley, moral y razón. Estudios sobre el pensamiento de John Finnis a propósito de la segunda edición de Ley natural y derechos naturales*, México, UNAM, 2013, pp. 73-84.

<sup>42</sup> Beuchot, Mauricio, *Filosofía y derechos humanos*, México, Siglo XXI, 1993, p. 143-145.

ficativa al derecho natural que hizo Aristóteles es su noción metafísica de naturaleza, mediante la cual establece el reconocimiento de un *deber ser* intrínseco en el *ser*, evitando así caer en la falacia naturalista. En el *ser* de las cosas, de la misma naturaleza, se encuentra ínsito el *deber ser*.<sup>43</sup> Con todos estos argumentos se demuestra que Kelsen no tiene razón al acusar al derecho natural de incurrir en la falacia naturalista.

### 5. *Confusión sobre el significado del término “derecho”*

Kelsen entiende al derecho natural como norma o conjunto de normas, paralelo, e incluso superior al derecho positivo. Esto queda de manifiesto cuando sostiene que

También la norma de Derecho natural se expresa mediante un juicio hipotético de “deber ser”, sólo que la consecuencia no es —según se desprende de lo dicho antes— un acto coactivo, sino que es de modo inmediato el comportamiento a que está obligado el hombre bajo ciertas condiciones. Esta consecuencia es la que tiene que darse con evidencia, según la idea del Derecho natural, de un modo inmediato al producirse la condición.<sup>44</sup>

El marcado normativismo del profesor vienés le impide tomar en cuenta que para el iusnaturalismo clásico el analogado principal del término “derecho” no es el de un conjunto de normas, aun cuando, secundariamente, no excluya ese significado. El término derecho refiere primariamente a la *cosa justa*, debida a otro según una cierta relación de igualdad. En efecto, el derecho natural está conformado por una serie de principios de justicia y bienes humanos atribuidos a la persona por naturaleza, y en virtud de los cuales surge para los demás una deuda, ya sea de respeto, restitución o compensación.

Que el significado principal de “derecho” refiera a la cosa justa y no a la norma jurídica no significa que la juridicidad del primero se presente como una juridicidad débil o menguada, carente de eficacia, sino que, por el contrario, ostenta con igual legitimidad el rango jurídico. Esto es así gracias a que, como explica el profesor Javier Hervada, “dentro de un sistema jurídico vigente, lo natural y lo positivo suelen estar unidos, conformando conjuntamente los distintos derechos, de modo que la determinación de

<sup>43</sup> Hervada, Javier, *Historia de la ciencia del derecho...*, cit., p. 54.

<sup>44</sup> Kelsen, Hans, “La idea del derecho natural”, *La idea del derecho natural...*, cit., pp. 22 y 23.

cada uno de ellos pide la utilización simultánea de criterios naturales y positivos”.<sup>45</sup>

6. *Confusión sobre la intervención de la razón  
y la voluntad en el acto humano*

Para Kelsen, la intervención de la voluntad humana en el acto aplicativo del derecho hace que el derecho natural, aun asumiendo que éste existiera, pierda cualquier relevancia, ya que es desplazado por el arbitrio humano. Nos dice el profesor de Viena:

Ahí donde hay que realizar el Derecho natural, ahí donde hay que referir inmediatamente sus normas, de igual manera que las del Derecho positivo, a los hechos reales de la vida social regulados por ellas porque han de ser aplicadas a esos hechos, ahí aparece la cuestión de si el Derecho natural puede afirmar su existencia más allá de toda “positividad”, de si —con arreglo a su idea— es posible como sistema de normas diferente e independiente del Derecho positivo, de *si cabe afirmar la posibilidad del Derecho natural en cuanto tal*.<sup>46</sup>

Fiel al dogma empirista, esta crítica del profesor vienés asume implícitamente que razón y voluntad son dos facultades humanas completamente separadas, incomunicadas, sin injerencia de la una sobre la otra. Para él, a la razón le corresponde la exclusiva función de conocer, y a la voluntad, la de legislar. Sólo así se explica que, más adelante, sentencie Kelsen:

Tan pronto como haya que aplicarlo al caso concreto, al hecho individual, —y esto es evidentemente su último fin, que corresponde al sentido inmanente del Derecho natural tanto como al del Derecho positivo—, hay que servirse del acto humano. El segundo grado del Derecho natural tiene que ser obra humana, y en este estrato su ordenación no puede ser “natural” en el estricto sentido de la palabra, tiene que ser “artificial”.<sup>47</sup>

En este punto, el dualismo kelseniano entre “naturaleza” y “sociedad” llega a tal extremo que parece colocar al hombre como un ser totalmente desvinculado de la naturaleza. Sin embargo, dicho dualismo radical no existe en el iusnaturalismo clásico. Por el contrario, para esta corriente, “ningún hecho cultural puede existir ni inventarse sino sobre la base de un dato

<sup>45</sup> Hervada, Javier, *Introducción crítica al derecho natural*, cit., p. 81.

<sup>46</sup> Kelsen, Hans, “La idea del derecho natural”, *La idea del derecho natural...*, cit., p. 29.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 35.

natural... La cultura se apoya en la naturaleza. Sería imposible que la ley positiva otorgase un derecho, si la juridicidad —el derecho en sí— no fuese un dato natural”.<sup>48</sup>

En suma, dentro de los estrechos márgenes de la *Teoría pura*, resulta inadmisible para el profesor vienés la idea de una razón práctica, prudencial, que oriente la aplicación del derecho al caso particular. Negar la existencias de la razón práctica es hoy francamente insostenible.

#### 7. *Confusión respecto de las cualidades de los hombres que aplican el derecho*

En íntima relación con la crítica anterior, según la cual el derecho natural se cumpliría *ipso facto*, Kelsen sostiene que el iusnaturalismo supone hombres perfectos, prestos para conocer y dar cumplimiento a cada uno de los preceptos naturales. Al respecto, apunta el profesor vienés:

En tanto que el Derecho natural, cuya existencia objetiva se presupone, debe ser aplicado al caso concreto; en tanto que se pone en relación en el proceso de su individualización con la realidad del acontecer efectivo; en tanto que tiene que ser aplicado por hombres empíricos, la posibilidad de su realización depende de las aptitudes y condiciones de estos hombres empíricos; la posibilidad de su realización depende de las aptitudes y condiciones de los hombres empíricos.<sup>49</sup>

Al menos por cuanto hace al iusnaturalismo clásico, es falso que presuponga hombres con ciertas aptitudes y condiciones. Lo que es cierto, y en particular en relación con los hombres de derecho como jueces y abogados, es que, como mínimo, sean hombres justos, esto es, personas que posean el hábito de la voluntad de dar a cada uno lo suyo. Así, es cierto que la efectividad del derecho natural depende de las aptitudes de los hombres empíricos, a saber: hombres particularmente inclinados a actuar con justicia; pero ello no implica que se trate de hombres perfectos con ciertas aptitudes.

### IV. CONCLUSIÓN

Hasta aquí, algunos de los desenfokes que Kelsen tiene cuando se refiere al derecho natural; pero no piense el lector que el contenido del libro se agota

---

<sup>48</sup> Hervada, Javier, *Introducción crítica al derecho natural*, cit., p. 86.

<sup>49</sup> Kelsen, Hans, “La idea del derecho natural”, *La idea del derecho natural...*, cit., p. 30.

en lo reseñado hasta ahora. La riqueza del mismo va más allá de la denuncia a sus imprecisiones y desenfoques iusnaturalistas, abarca la totalidad de los argumentos expuestos en la *Teoría pura del derecho*, y más allá de ésta.

Por el momento, sirvan los anteriores párrafos para que, de alguna manera, se interese el lector atento en leer el libro que tiene en sus manos, así, podrá comprobar lo anunciado en las primeras líneas de estas páginas, a saber, la rigurosidad y el tratamiento erudito y siempre respetuoso de Kelsen, hecho por un profundo conocedor de él y de su monumental obra, la cual es siempre necesario conocer por los importantes aportes que hizo al derecho, pero a la vez, dejarla ya en los anales de la historia como una teoría que hoy es insuficiente ante las nuevas exigencias del derecho.

Javier SALDAÑA SERRANO  
Luis Enrique RAMÍREZ VARGAS

*Ciudad de México, otoño de 2023*



## ABREVIATURAS

ARS	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
BMDC	Boletín Mexicano de Derecho Comparado
JDN	Kelsen, H., <i>Justicia y derecho natural</i>
OZOR	Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht
RSC	Revista de Ciencias Sociales (Valparaíso)
RIPH	Revue Internationale de Philosophie
RITD	Revue Internationale de la Théorie du Droit
RIFD	Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto
TP (1a. ed. al.)	Kelsen, H., <i>Teoría pura del derecho</i> (1a. edición alemana)
TP (ed. fr.)	Kelsen, H., <i>Teoría pura del derecho</i> (edición francesa)
TP (2a. ed. al.)	Kelsen, H., <i>Teoría pura del derecho</i> (2a. edición alemana)
ZOR	Zeitschrift für öffentliches Recht

## INTRODUCCIÓN

La aparición de la *Teoría pura del derecho* (*Reine Rechtslehre*) de Hans Kelsen constituye, sin duda, uno de los acontecimientos más relevantes en la ciencia jurídica de nuestro tiempo. Kelsen es el máximo representante del positivismo jurídico; es quien ha desarrollado su lógica interna con mayor rigor. Por esta razón, el estudio y valoración crítica de su doctrina es un desafío de primera magnitud para todo jurista, que permite acrisolar las propias convicciones, aunque éstas sean de signo completamente opuesto a las del autor vienés. Este trabajo pretende ser una toma de contacto con la *Teoría pura* en su conjunto, y una propuesta de líneas de superación crítica que, aprovechando cuanto de valioso se encierra en las ideas kelsenianas, nos haga posible avanzar en la elaboración de una auténtica teoría científica general acerca del derecho.

Al logro de nuestra finalidad parece oponerse un inconveniente de no escasa monta. Se deriva de la misma importancia de la empresa. La ingente producción bibliográfica de Kelsen, y el inmenso número de publicaciones que se han destinado a su análisis, desalientan de entrada, a la hora de emprender un estudio de tipo general que pretenda sobrevolar por encima de los múltiples y complejos problemas envueltos en la obra kelseniana. Da la impresión de que hubiera llegado la hora de los trabajos especializados sobre aspectos muy puntuales.

Esta dificultad es innegable, pero hemos preferido enfrentarla. Nos interesa aproximarnos a la *Teoría pura* como un todo, porque pensamos que está dotada de un muy alto grado de unidad y coherencia interna. Estamos convencidos de que una crítica particularizada, materia por materia, tesis por tesis, aunque ofrezca considerable interés, no logra, en el caso de Kelsen, hallar las raíces últimas de sus posiciones, y no habilita, por tanto, para llevar a cabo una fructífera superación.

Por otra parte, la tarea expositiva es facilitada enormemente por el mismo autor, que confeccionó una serie de síntesis —muy exactas y didácticas— de su pensamiento. Destaca entre ellas la famosa obra *Teoría pura del derecho*, en la que hemos basado el núcleo de nuestra presentación de su doctrina, aunque siempre hemos puesto en conexión el contenido de ese libro con la entera trayectoria intelectual de Kelsen. Tras la publicación

de su obra póstuma *Teoría general de las normas*, a la que consagró los años finales de su vida, estamos en condiciones de apreciar mejor la evolución de una doctrina construida a lo largo de más de sesenta años de trabajo ininterrumpido.

El paso previo e indispensable para discernir aquello que en la construcción de la *Teoría pura* sea útil para la labor científica del jurista, es adentrarse en la doctrina de Kelsen, con la máxima fidelidad posible a sus formulaciones originales, e interpretarla a la luz de sus propios principios o bases. Así estaremos en condiciones de valorarla, tanto desde una perspectiva inmanente como desde fuera de sus peculiares puntos de partida. Este trabajo pretende desarrollar una crítica interna y externa, poniendo el énfasis en esta última, como la única capaz de conducirnos más allá de los esquemas kelsenianos. Hemos intentado realizar una valoración objetiva y desapasionada del positivismo de nuestro autor, con el deseo de aprender todas las lecciones que se extraen de su obra, procurando señalar la dirección que creemos más adecuada para llevar a feliz término el anhelo de su vida: el perfeccionamiento de una verdadera ciencia del derecho. El realismo, la apertura al nivel metafísico de captación de lo jurídico, la disolución de la antítesis ser-deber ser, una conceptualización del derecho opuesta al normativismo, y una afirmación del derecho natural como parte realmente integrante de los órdenes jurídicos concretos, son las principales piezas conceptuales en que hemos fundamentado nuestra crítica.

Agradecemos la ayuda de quienes han hecho posible la realización de este trabajo. En primer lugar, la inestimable colaboración del profesor D. Javier Hervada, que nos sugirió este tema como objeto de investigación, nos ha guiado a lo largo de su desarrollo, y nos ha proporcionado valiosos elementos de juicio para elaborar la crítica de la *Teoría pura* que proponemos. También queremos dejar especial constancia de nuestro reconocimiento al doctor Robert Walter, del Instituto Hans Kelsen de Viena, al profesor D. Albert Calsamiglia, de la Universidad Autónoma de Barcelona, y al profesor D. Agustín Squella, de la Universidad de Valparaíso (Chile), por las informaciones de tanta utilidad que nos hicieron llegar.

## CAPÍTULO PRIMERO

### KELSEN Y LA *TEORÍA PURA DEL DERECHO*

#### I. LA PERSONALIDAD INTELECTUAL DE HANS KELSEN

La figura de Hans Kelsen (1881-1973) está indisolublemente unida a la *Teoría pura del derecho* (*Reine Rechtslehre*). Su elaboración, llevada a cabo a lo largo de más de sesenta años de intenso trabajo intelectual, en circunstancias y ambientes muy dispares, constituyó el objetivo primordial de su vida.<sup>1</sup> Kelsen es también conocido por su dedicación al derecho constitucional y al derecho internacional, por sus estudios sobre filosofía del derecho, sociología y teoría política, y por ser el principal artífice del texto de la Constitución democrática de la República de Austria. Sin embargo, estas múltiples actividades siempre aparecen subordinadas en mayor o menor medida, o en todo caso secundarias, con respecto a su empeño principal: construir una ciencia rigurosa del derecho.<sup>2</sup> Puede sostenerse, por tanto, que fue ante todo un jurista teórico

---

<sup>1</sup> La información más completa y detallada sobre la vida y las obras de Kelsen se halla en la biografía escrita por el discípulo e inseparable colaborador suyo, Rudolf Aladár Mé-tall, titulada *Hans Kelsen, Leben und Werk, Franz Deuticke Verlag*, Viena, 1969 (citaremos por la traducción castellana: *Hans Kelsen. Vida y obra*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1976).

<sup>2</sup> Robert Walter, uno de los mejores conocedores actuales de la *Teoría Pura*, sostiene que ésta fue la única meta en la existencia de Kelsen (Walter, R., “Das Lebenswerk Hans Kelsens: Die Reine Rechtslehre”, en AA.VV., *Festschrift für Hans Kelsen zum 90. Geburtstag*, Franz Deuticke Verlag, Viena 1971, pp. 1-8). Dejando al margen su actividad legislativa, docente, judicial y dictaminadora, sobre las que Mé-tall ofrece exhaustiva información (*Hans Kelsen. Vida y Obra*, cit., pp. 119-128), la labor propiamente científica del creador de la *Teoría pura*, si bien apunta a una amplia gama de disciplinas y objetos muy diversos entre sí, presenta evidentemente una gran unidad. El núcleo de su obra científica está formado por sus trabajos directamente relacionados con la *Teoría pura*. En torno a este núcleo gira todo el resto de su producción. Cuando dirige su atención a problemas concretos de derecho positivo, como hizo frecuentemente en materias de derecho constitucional e internacional, su preocupación dominante es probar la validez de las conclusiones de su teoría general (Losano, Mario G., *Saggio introduttivo a Kelsen, H., La Dottrina Pura del Diritto*, Giulio Einaudi (ed.), Turín 1966, p. XXIV). En sus trabajos sobre la justicia y el derecho natural, o en los que realizó en campos tan variados como la sociología, la psicología social, la teoría política o el análisis de las

que dedicó sus energías a la creación de una teoría general del derecho.<sup>3</sup> Esta es la definición más certera de su personalidad intelectual.

Su vasta producción bibliográfica, así como la enorme cantidad de obras especializadas referentes a su doctrina, son un dato elocuente de la difusión y repercusión de sus ideas en el pensamiento jurídico contemporáneo.<sup>4</sup> Quizá aún más significativo sea el hecho de que difícilmente alguien que haya tenido en el presente algún contacto con el mundo del derecho ignorará el nombre de Kelsen. No es aventurado calificarle, cualquiera que sea la posición que se asuma frente a sus ideas, de clásico del derecho. Como todo clásico, es un punto de referencia obligado del que no cabe prescindir.

A esas dos notas definitorias de su perfil intelectual —las de jurista y clásico— habría que añadir una tercera: Kelsen formó escuela. En primer

---

ideologías, siempre se reconoce un mismo anhelo, el de contribuir al afianzamiento y defensa de su teoría. En particular, debe tenerse presente que, en el ánimo de Kelsen, su crítica de la justicia y el derecho natural está estrechamente ligada con su labor sistematizadora del positivismo jurídico. Métall lo confirma en su biografía: “El plan original de Kelsen consistía en una teoría sistemática del positivismo jurídico... unida, sin embargo, con una crítica de la doctrina del derecho natural” (*Hans Kelsen. Vida y obra, cit.*, p. 73).

<sup>3</sup> El mismo Kelsen distingue netamente filosofía del derecho y teoría general del derecho en su respuesta a la consulta “Qu’est-ce que la philosophie du droit?”, en *Archives de Philosophie du Droit*, 7, 1962, p. 131. Generalmente encuadra su doctrina dentro de la teoría general del derecho, o sea, al nivel de ciencia del derecho en sentido estricto (Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1979, p. 15). Acerca de este tema, *cf. infra*, cap. VII, n. 43. Es preciso, empero, recordar que, para su autor, la *Teoría pura* es una investigación sobre las condiciones formales del conocimiento jurídico, lo que comporta una postura epistemológica de índole kantiana de la que Kelsen parece haberse ido apartando, de hecho, desde su residencia en Norteamérica (*infra*, cap. VII, n. 44). Esta interpretación gnoseológica del cometido de una teoría general del derecho podría inducir a pensar que la *Teoría pura* se sitúa en el ámbito de la filosofía del derecho. Pero, como se desprende de los textos aducidos, Kelsen no comparte esta conclusión.

<sup>4</sup> Métall, en *Hans Kelsen. Vida y obra, cit.*, incluye dos apéndices bibliográficos muy útiles. El primero (pp. 122-161) contiene 604 publicaciones de Kelsen, comprendiendo los trabajos originales y las traducciones aparecidas hasta 1966 en todo el mundo. Este elenco se ha actualizado por última vez hasta 1981 en AA.VV., *Die Reine Rechtslehre in wissenschaftlicher Diskussion, Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts Band 7*, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Viena, 1982, pp. 215-221. El segundo apéndice de la obra de Métall (pp. 162-216) consigna unos mil trescientos trabajos publicados hasta 1967 acerca de las ideas de Kelsen o de algún modo relacionados con la *Teoría pura*. Para la bibliografía de Kelsen en castellano hasta 1974. Véase, *Revista de Ciencias Sociales*, 6, 1974, pp. 459-465. El trabajo de Gil Cremades, Juan José, “Bibliografía sobre Kelsen (1964-1968)”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 14, 1969, pp. 147-181. Ayudará a hacerse cargo de la extensión e intensidad de las polémicas que ha suscitado la doctrina kelseniana, puesto que sólo abarca cuatro años y reseña una apreciable cantidad de libros y artículos especializados. Véase, Amato, Salvatore, “Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del Novecento”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 58, 1981, pp. 627-642.

término, la famosa Escuela de Viena, donde entre los años 1911 y 1930 se rodeó de un buen número de activos y prestigiosos discípulos y colaboradores, de variadas naciones y tendencias doctrinales, pero siempre bajo su inspiración inmediata como maestro indiscutido. Un elenco de quienes trabajaron en aquellos años junto a él en la Facultad de Derecho de la Universidad de Viena sería bastante extenso. Baste citar ahora los nombres de Adolf Merkl,<sup>5</sup> Alfred Verdross,<sup>6</sup> Leonidas Pitamic —que fueron oyentes de Kelsen antes de la Primera Guerra Mundial—; Franz Weyr,<sup>7</sup> el primero en reconocer fuera de Viena la importancia de la teoría kelseniana; Felix Kaufmann, Fritz Schreier<sup>8</sup>, Josef L. Kunz —que se le unieron, con otros muchos, después de la guerra—, y una serie de juristas de diversa procedencia internacional, discípulos directos de Kelsen, que llevaron su doctrina a todo el mundo: Alf Ross (Dinamarca), Luis Legaz y Lacambra y Luis Recaséns Siches (España), Charles Eisenmann (Francia), Antonio S. Bustamante y Montoro (Cuba), etcétera. Aunque muchos de ellos no compartieran las tesis del maestro en su integridad, todos recibieron un influjo relevante de Kelsen.<sup>9</sup> Con el traslado de éste a Estados Unidos en 1940, la *Teoría pura* al-

<sup>5</sup> Merkl, conocido sobre todo como administrativista, contribuyó decisivamente a la *Teoría pura* con su teoría de la construcción escalonada o estructura jerárquica del derecho (*Stufentheorie*), más conocida en castellano como teoría de la pirámide jurídica. Por este motivo, Kelsen le llamó “cofundador” de la *Teoría pura* en “Adolf Merkl zu seinem siebzigsten Geburtstag am 23. März 1960”, *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 10, 1960, pp. 313-323.

<sup>6</sup> Verdross, destacado internacionalista, que derivó hacia una posición claramente iusnaturalista, tiene el mérito de haber sido el que por vez primera aplicó la *Teoría pura* al campo del derecho internacional, en su artículo “Zur Konstruktion des Völkerrechts”, en *Zeitschrift für Völkerrecht*, 8, 1914, pp. 329-359.

<sup>7</sup> Weyr fundó una especie de sucursal de la Escuela de Viena en Brunn, Checoslovaquia. En su trabajo “Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystem”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 23, 1908, pp. 529-580, atacó la antinomia tradicional entre derecho público y derecho privado, por lo que constituye un precursor en este punto de la *Teoría pura*, como lo señala Kelsen en un texto inserto en Métall, R. A., “Hans Kelsen y su Escuela Vienes de la Teoría del Derecho”, *Revista de Ciencias Sociales*, 6, 1974, pp. 27-28. Es traducción de una conferencia pronunciada por Métall en el Instituto Hans Kelsen de Viena en 1973.

<sup>8</sup> Kaufmann y Schreier representan una dirección peculiar dentro de la Escuela Vienes, ya que intentaron aplicar la fenomenología de Husserl a la *Teoría pura*.

<sup>9</sup> Para más datos sobre la Escuela de Viena, véase Métall, R. A., *Hans Kelsen. Vida y obra*, cit., p. 36 y su conferencia ya citada, “Hans Kelsen y su Escuela Vienes de la Teoría del Derecho”. También Wielinger, Gerhart, “Rechtstheorie in Österreich. Hans Kelsen und die Wiener rechtstheoretische Schule”, *Conceptus*, 11, 1977, pp. 365-376. Es evidente que ha de distinguirse la *Teoría pura* con respecto a dicha Escuela no sólo porque no todos sus integrantes comparten lo esencial de la doctrina de Kelsen, sino principalmente debido a que la figura del maestro trasciende con mucho a sus discípulos. Quizá por esto último, y también por el hecho de que, a partir del año 1930 y hasta su muerte, Kelsen vivió fuera de Viena, se le asocia cada vez menos con la Escuela Vienes. En 1972 se fundó ahí el Hans Kelsens-Ins-

canzó mayor difusión en el mundo anglosajón. A esas alturas, no obstante, ya era famoso en todas partes, hasta en el Extremo Oriente, y su doctrina había hallado amplia acogida y había sido objeto de vivas polémicas. En España y Latinoamérica esta influencia ha sido particularmente intensa.<sup>10</sup> La acuñación del adjetivo “kelseniano” lo pone muy de manifiesto.

## II. EXPOSICIÓN Y CRÍTICA DE LA *TEORÍA PURA DEL DERECHO*

El objetivo principal de este estudio consiste en una valoración crítica de las conclusiones más importantes de la *Teoría pura*. Pero hemos querido que a la crítica preceda una exposición de esas conclusiones. Si bien existen innumerables exposiciones más o menos logradas,<sup>11</sup> entre las que evidentemente ocupan el primer lugar las preparadas por el mismo autor,<sup>12</sup> nos ha parecido

---

titut, promovido por el Gobierno austriaco, como centro de estudios kelsenianos. En cuanto a la bibliografía de la Escuela, muchos de los trabajos de Merkl y Verdross, junto con otros del propio Kelsen difícilmente accesibles por el tiempo transcurrido desde su publicación, fueron reunidos por Klecatsky, Hans; Marcic, René, y Shambeck, Herbert (eds.) en los dos volúmenes de *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, Europa Verlag, Viena, 1974. Métall editó además una colección titulada *33 Beiträge zur Reinen Rechtslehre*, Europa Verlag, Viena, 1974, en la que recogió también trabajos de otros representantes de la Escuela, como Pitamic, Weyr, Kaufmann, etcétera.

<sup>10</sup> Kunz, J. L., *La teoría pura del derecho*, México, Imprenta Universitaria, 1948, pp. 115, y Legaz y Lacambra, L., “La influencia de la doctrina de Kelsen en la ciencia jurídica española”, *Revista de Estudios Políticos*, 96, 1957, pp. 29-40. Sobre las repercusiones de la *Teoría pura* en diversos países, consultar AA.VV., *Die Einfluss der Reinen Rechtslehre auf die Rechtstheorie in verschiedenen Ländern*, Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts Band 2, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Viena, 1978.

<sup>11</sup> Algunas presentaciones extensas en español, como las de Recaséns Siches, L., *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, México, Porrúa, 1963, I, pp. 138-221; García Máynez, Eduardo, *Algunos aspectos de la doctrina kelseniana*, Porrúa, México, 1978; Legaz y Lacambra, L., *Kelsen, Estudio crítico de la teoría pura del derecho y del estado de la Escuela de Viena*, Lib. Bosch, Barcelona, 1933; Ebenstein, William; *La teoría pura del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1947; etcétera, aparte del obvio inconveniente de no poder tomar en cuenta la producción de Kelsen posterior a sus respectivas fechas de edición, no destacan el carácter evolutivo de su pensamiento. Sí insiste en este aspecto el libro de Esquivel, Javier, *Kelsen y Ross, formalismo y realismo en la teoría del derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1980. Pero sólo elige algunas materias, aquellas que estima más adecuadas para el paralelo con Ross, sin que desarrolle los planteamientos de la *Teoría pura* en su conjunto de una manera orgánica. Además, no alcanza a considerar *Allgemeine Theorie der Normen*. Véase también, como una exposición crítica singularmente acertada, Casaubon, J. A., *Hans Kelsen: la teoría pura del derecho*, Madrid, Magisterio Español, 1986.

<sup>12</sup> Fuera de sus más extensas autoexposiciones, que serán descritas a continuación, elaboró por lo menos otras dos presentaciones más sintéticas de su Teoría. La primera: Kelsen, H., “El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del derecho”, *Revista de Derecho*

conveniente elaborar una más por dos motivos. De una parte, con el fin de apreciar las sucesivas transformaciones que no cesó de introducir en su teoría hasta el fin de su vida, claramente perceptibles si se confrontan su obra de juventud *Problemas capitales de la teoría del derecho estatal desarrollados a partir de la doctrina de la proposición jurídica*<sup>13</sup> y su libro póstumo *Teoría general de las normas* (1979).<sup>14</sup> No obstante, no pretendemos realizar una investigación erudita sobre esa evolución —tarea difícil y muy extensa,<sup>15</sup> que nos desviaría de nuestro objetivo preponderante—, sino limitarnos a trazar las líneas maestras. Al mismo tiempo, como segunda razón que justifica la exposición previa, nos interesa investigar el grado de coherencia interna que, en el curso de sus transformaciones, logra la *Teoría pura*.

Hemos optado por realizar la exposición de acuerdo con el orden sistemático seguido en la segunda edición en alemán de la obra más célebre de Kelsen: *Teoría pura del derecho* (1960).<sup>16</sup> Por fidelidad a su formulación origi-

---

*Privado*, Madrid, 1933, es un breve ensayo elegantemente vertido al castellano por Luis Legaz y Lacambra, sobre la base de un texto compendiado de lo que sería la primera edición en alemán de *Reine Rechtslehre* (1934). Este ensayo también apareció en otras lenguas antes de que se dispusiera de dicha primera edición alemana, en la que, además de algunos cambios y ampliaciones de menor entidad, el autor introdujo un nuevo capítulo (IX) relativo al Estado y al derecho internacional. Más tarde escribió un breve resumen, bajo el título “Was ist die *Reine Rechtslehre*?”, *Demokratie und Rechtsstaat. Festschrift zum 60. Geburtstag von Prof. Dr. Zaccaria Giacometti*, Poligraphischer Verlag, Zürich, 1953, pp. 143-162, incluido posteriormente en Klecatsky, H. et al., *op. cit.*, pp. 611-630. Existe versión castellana: *¿Qué es la teoría pura del derecho?*, Córdoba, Imprenta de la Universidad, 1958.

<sup>13</sup> Kelsen, H., *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz*, J. C. B. Mohr (P. Siebeck), Tubinga, 1911. La segunda edición de 1923 contiene un prólogo nuevo, en el que Kelsen indica las variaciones experimentadas por su teoría en el tiempo intermedio. Hay reimpresión de esta segunda edición por Scientia Verlag, Aalen, 1960.

<sup>14</sup> Kelsen, H., *Allgemeine Theorie der Normen*, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Viena, 1979.

<sup>15</sup> Losano, que, por lo demás, ha aportado un valioso avance preliminar en su *Saggio introduttivo* arriba mencionado, señala tres razones que explican la dificultad de esta empresa: 1) la rigurosa exposición de Kelsen tiene en cada trabajo un aire definitivo y pleno, que no hace sentir la necesidad de relacionarlo con sus obras precedentes para comprenderlo mejor; 2) en su vasta producción, cada obra constituye una “summa” de sus precedentes investigaciones, y 3) la evolución, plasmada en numerosas publicaciones, abarca más de medio siglo, por lo que es materialmente difícil tener a la vista todo el desarrollo de un determinado problema en sus escritos. Véase, *Saggio introduttivo*, cit., p. 15.

<sup>16</sup> Kelsen, H., *Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit, zweite, vollständige, neu bearbeitete und erweiterte Auflage*, Franz Deuticke Verlag, Viena 1960. Existe traducción al castellano, ya citada en nota 3. En la traducción no se ha incluido el apéndice sobre *El problema de la justicia*, por haber sido ya publicado en español, bajo el título *Justicia y derecho natural*, en Kelsen, H., Bobbio, Norberto et al., *Crítica del derecho natural*, Madrid, Taurus, 1966. Este trabajo apareció por primera vez en francés: *Justice et Droit Naturel*, en idéntico volumen colectivo, titulado *Le droit naturel*, Presses Universitaires de France, París, 1959. Conviene



nal, este procedimiento es más aconsejable que el de buscar otra sistemática más a gusto del expositor.

Entre las síntesis de la *Teoría pura* confeccionadas por el mismo Kelsen, la más adecuada a nuestro propósito es la que sacó a luz en 1960. Si se dejan de lado los *Problemas capitales*, por su carácter poco sistemático,<sup>17</sup> las autoexposiciones relativamente extensas del conjunto de su doctrina son, en orden cronológico, las siguientes: *Teoría general del Estado* (1925),<sup>18</sup> la primera edición en alemán de la *Teoría pura del derecho* (1934),<sup>19</sup> la *Teoría general del derecho y del Estado* (1945),<sup>20</sup> la edición francesa de la *Teoría pura del derecho*

---

advertir que el autor introdujo algunas modificaciones al publicarlo después en alemán, por lo que la versión castellana, hecha a partir de la francesa, difiere en algunos pasajes de la alemana. Sin restar méritos a la traducción de la segunda edición en alemán de *Reine Rechtslehre* hecha por el profesor argentino Roberto J. Vernengo, ella nos parece menos cuidada que la italiana, a cargo de Mario G. Losano. En efecto, algunos lugares están confusamente traducidos; algunas distinciones terminológicas del original no se han respetado del todo, como era de esperar —por ejemplo, la de *Zuschreibung* y *Zurechnung* (*infra*, cap. IV, n. 19)—; algunas opciones de la versión son más o menos discutibles —como las de traducir *Sollen* simplemente por “deber”, en vez de seguir el uso ya establecido, que prefiere “deber ser” o *Grundnorm* por “norma fundante”, en lugar de “norma fundamental”, que es lo más común en las versiones castellanas (*cf.* las razones no muy convincentes que da Vernengo en pp. 357-358 de la misma edición); y en las remisiones internas de una parte a otra del libro no se ha modificado el número de las páginas para adecuarlas a la edición castellana—. En este estudio citaremos esta edición castellana de *Teoría pura del derecho* utilizando la siguiente abreviatura: TP (2a. ed. al.), y poniendo, además de la página, el número del párrafo, con el fin de facilitar la búsqueda de la cita en el original y en otras versiones. Utilizaremos la versión castellana mencionada del apéndice sobre la justicia y el derecho natural.

<sup>17</sup> Esta obra presenta una unidad más metodológica que sistemática. En ella Kelsen procura poner a prueba su método jurídico puro, sobre todo contra las doctrinas de corte sociológico, en diversos temas de la ciencia jurídica. Losano, *Saggio introduttivo*, *cit.*, pp. 16 y 17.

<sup>18</sup> Kelsen, H., *Allgemeine Staatslehre*, Berlín, Julius Springer, 1925. Traducida al español por Luis Legaz y Lacambra: *Teoría general del Estado*, Barcelona, Labor, 1934. Se citará conforme a la edición de Editora Nacional, México, 1979. Métall, *Hans Kelsen. Vida y obra*, *cit.*, p. 111, describe este libro como “La primera presentación sistemática de los conocimientos elaborados en las monografías y artículos...”.

<sup>19</sup> Kelsen, H., *Reine Rechtslehre. Einleitung in die Rechtswissenschaftliche Problematik*, Viena, Franz Deuticke Verlag, 1934. En nuestro idioma apareció en 1941 como *La teoría pura del derecho. Introducción a la Problemática científica del Derecho*, Losada, Buenos Aires, 1941, versión hecha por Jorge G. Tejerina y prologada por Carlos Cossio. En este trabajo se utiliza la reimpresión de esta traducción hecha por Ed. Nacional, México, 1974. Se designará mediante la abreviatura TP (1a. ed. al.), y, al igual que con la segunda edición, se indicarán el número del párrafo correspondiente y la página respectiva de la reimpresión indicada.

<sup>20</sup> Kelsen, H., *General Theory of Law and State*, Cambridge, Harvard University Press, 1945. Obra traducida al castellano por Eduardo García Máynez: *Teoría general del derecho y del Estado*, México, UNAM, 1949. Aquí empleamos la reimpresión de 1979. Este libro constituye una nueva exposición de la *Teoría pura* dirigida especialmente a los juristas del *Common Law* anglosajón. Acerca de sus características peculiares, véase Kunz, J. L., *La teoría pura del derecho*, *cit.*, pp. 39-114.

(1953),<sup>21</sup> la segunda edición alemana de la misma obra (1960), y la *Teoría general de las normas* (1979). Estas presentaciones sistemáticas permiten hacerse cargo, en líneas generales, de la evolución del pensamiento kelseniano, en cuanto recogen los cambios y precisiones a que Kelsen ha arribado en los años que median entre una y otra obra de síntesis.

Por otro lado, estos libros corresponden a diferentes puntos de vista expositivos. Así, la *Teoría general del Estado* pretende ser, como su título indica, una *allgemeine Staatslehre* en la clásica línea de los publicistas alemanes, que culmina en Georg Jellinek, aunque obviamente reelaborada a la luz de la pureza metódica kelseniana. En cambio, la *Teoría pura del derecho* ya no se centra en el Estado, sino en el derecho. Aun cuando en ambos trabajos se mantiene la tesis de que Estado y derecho se identifican, en la *Teoría pura* la doctrina sobre el Estado se encuadra en una más amplia teoría del derecho, que abarca también los órdenes jurídicos preestatales y supraestatales, lo que da lugar a un cambio de enfoque y de temática, menos específicamente relativos a la teoría general del Estado y más a lo que cabría denominar, de acuerdo con el subtítulo de la primera edición en alemán, la “problemática científica del derecho”.<sup>22</sup>

La *Teoría general del derecho y del Estado*, fuera de su marcada ambientación anglosajona, se caracteriza por una combinación de los dos puntos de vista precedentes, aunque subordinados uno al otro, lo que concuerda con la división del libro en dos partes, tituladas sencillamente “El derecho” y “El Estado”.

La segunda edición en alemán vuelve a tratar sólo de la teoría del derecho —en la que lógicamente está incorporada la teoría del Estado—. <sup>23</sup> Pero es una obra nueva, incluso desde una perspectiva formal. Lo refleja la

---

<sup>21</sup> Kelsen, H., *Théorie pure du droit. Introduction à la science du droit*, Baconnière, Neuchâtel, 1953. El texto, sobre el que Henri Thévenaz hizo esta traducción difiere sustancialmente de la edición en alemán de 1934, como habrá ocasión de comprobar a lo largo de este trabajo. Vertida al castellano por Moisés Nilve, apareció bajo el nombre de *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho*, Buenos Aires, EUDEBA, 1969. Justamente ese año salía la segunda edición en alemán, pero debido a la ausencia de traducciones al castellano que se hizo sentir hasta 1979, la versión castellana de la edición francesa, por ser más actualizada que la hecha a partir del texto de la primera alemana, halló amplia acogida en los medios de habla hispana. Se citará por la 13a. edición, 1975, usando la abreviatura TP (ed. fr.). Por no haber numeración seguida de los párrafos a través de todo el libro, se indicará sólo la página.

<sup>22</sup> Losano, M. G., *Saggio introduttivo*, cit., p. 37.

<sup>23</sup> Sobre esta edición, Kunz, J. L., “Die definitive Formulierung der Reinen Rechtslehre”, en *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 11 (1961), pp. 375-394. También había calificado Kunz a la *Teoría general del derecho y del Estado* de versión definitiva de la *Teoría pura* en Kunz, J. L., *La teoría pura del derecho*, cit., pp. 39 y ss. Kunz no podía prever que su maestro continuaría trabajando hasta más allá de los noventa años y que, en consecuencia, esta segunda edición tampoco sería la formulación definitiva de la *Teoría pura*.

misma supresión del subtítulo de 1934 —*Introducción a la problemática científica del derecho*—, y la aclaración de que estamos en presencia de una segunda edición “íntegra, renovada y aumentada”. Lo explica muy bien Kelsen en el prólogo a la segunda edición:

La segunda edición de mi *Teoría Pura del derecho*... presenta una reelaboración completa de los temas tratados en la primera, y una significativa ampliación de su campo de estudio. Mientras que me contenté entonces en formular los resultados especialmente característicos de una doctrina pura, intento hoy dar solución a los problemas más importantes de una teoría general del derecho conforme con los principios fundamentales de la pureza metódica del conocimiento jurídico-científico, más de lo que anteriormente hiciera.<sup>24</sup>

El libro, de hecho, casi cuadriplica en extensión al de 1934.

Después de 1960 nuestro autor fue fiel a lo que expresó en ese mismo prólogo: “Tampoco esta segunda edición de la *Teoría Pura del derecho* ha de ser considerada una exposición de resultados definitivos, sino como una empresa que ha menester de ser llevada adelante, mediante complementos y otras mejoras”.<sup>25</sup> Mas no se cumplió lo que entonces agregaba: “Habrá logrado su propósito si es considerada digna de esa continuación por otros, que no por su autor, que se encuentra ya al final de su vida”,<sup>26</sup> puesto que, gracias a su longevidad, pudo seguir trabajando por espacio de más de una década. Dedicó los últimos años de su vida al problema de las normas en general, tanto jurídicas como morales, con particular interés por las relaciones entre el derecho y la lógica,<sup>27</sup> esfuerzo que cuajó en su póstuma *Teoría general de las normas*.<sup>28</sup>

<sup>24</sup> Kelsen, H., TP (2a. ed. al.), prólogo a la 2a. ed., p. 13.

<sup>25</sup> *Idem*.

<sup>26</sup> *Idem*.

<sup>27</sup> Dos artículos de la década de los sesenta contienen los primeros avances en este sentido: Kelsen, H., “Derogation”, *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, Indianapolis-Nueva York, 1962, pp. 339-355, y “Recht und Logik”, *Forum*, Viena, 12, 1965, pp. 421-425, 495-500 y 579. También se reflejan cambios en esta línea en “Zum Begriff der Norm”, *Festschrift für Hans Carl Nipperdey*, C. H. Beck, Munich-Berlin, I. Band, 1965, pp. 57-70, que corresponde al primer capítulo de la futura *Allgemeine Theorie der Normen*. Estos tres trabajos fueron publicados en castellano por la revista *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 21, 1974, en pp. 259-274, 275-282 y 201-213, respectivamente. Sin embargo, el artículo sobre “Derecho y lógica” no es traducción de *Forum*, sino de una versión inglesa, que no incluye el análisis del principio de inferencia. Los tres artículos se incluyen en Klecatsky, H. *et al.*, *op. cit.*, II, pp. 1429-1443; 1469- 1497, y 1455-1468, respectivamente.

<sup>28</sup> Recensionada en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 58, 1981, pp. 352-353. Sobre ella puede consultarse: Opalek, K., *Überlegungen zu Hans Kelsens ‘Allgemeine Theorie der Normen’*, Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts Band 4., Manzsche Verlags-und Univer-

Conforme a un criterio puramente cronológico, debiera escogerse este último libro como pauta de la exposición. Pero, dado su enfoque particular ya sumariamente descrito, es preferible atenerse a la segunda edición de *La teoría pura del derecho*, que contiene el postrer intento de síntesis del predominante afán vital de Kelsen: el logro de una teoría científica general del derecho. En consecuencia, la parte expositiva de este trabajo se atendrá, en general, a los ocho capítulos que componen esa edición. Dentro de cada capítulo se procurará respetar el hilo conductor de las ideas elegido por el autor, si bien se evitarán por lo común las repeticiones, abundantes en el texto, y se tratará de agilizar el estilo, singularmente lento, que lo distingue.<sup>29</sup> Cuando parezca oportuno se incluirán citas literales tomadas de la traducción castellana existente.

Los dos motivos que nos han inducido a exponer la *Teoría pura* antes de criticarla —mostrar su evolución y aquilatar su coherencia interna— se reflejarán en el modo de dar a conocer su contenido. Siempre que lo pida la materia, habrá una breve incursión en las demás publicaciones de Kelsen, destinada a situar la formulación de 1960 en su contexto histórico-

---

sitätsbuchhandlung, Viena, 1980; Portinari, P., “La teoria generale delle norme nell’ opus posthumum di Hans Kelsen”, *Nuovi Studi Politici*, 11 (1981), pp. 45-70; Eikema Hommes, Hendrik van, “La evolución del concepto kelseniano de norma jurídica”, *Persona y Derecho*, 10, 1983, pp. 11-31; Weinberger, Ota, *Normen-theorie als Grundlage der Jurisprudenz und Ethiks: eine Auseinandersetzung mit Hans Kelsens Theorie der Normen*, Berlín, Duncker und Humblot, 1981.

<sup>29</sup> Losano compara el estilo de esta edición con el usado en 1934, y encuentra una feliz analogía de uno y otro con los estilos de Séneca y Cicerón, respectivamente. Del mismo modo que a Séneca nada se le puede quitar, la primera edición ofrece una apretada síntesis, lo que le confiere más agilidad y un particular atractivo. En aras de una exactitud que Losano califica de meticulosa y puntillosa, en 1960 Kelsen enhebra sus tesis con fastidiosas reiteraciones, en un escrito al que, como ocurre con los ciceronianos, nada se puede agregar, pero que, a diferencia de los del gran romano, no muestra la menor gracia estilística. Abundan las repeticiones de un tema en distintos contextos, de las que ya se excusaba en la *Teoría general del Estado*, cit., prólogo, p. 9: “El nuevo sistema arranca muchos objetos de la conexión en que corrientemente se hallaban engarzados, y expone lo esencial de los mismos desde puntos de vista que no son los ordinarios. Esto impone la necesidad de repeticiones... El deseo de ilustrar en la medida más intensa posible, mediante ciertos ejemplos, algunas relaciones descubiertas por la peculiaridad de mi sistema, deberá disculpar el que, a veces, un mismo objeto sea tratado repetidamente desde distintos puntos de vista”. Además, en una misma frase reitera machaconamente los términos y las ideas. Sirva de ejemplo la siguiente: “Si el derecho es concebido como un orden coactivo, es decir, como un orden que estatuye actos de coacción, el enunciado jurídico que describe el derecho aparece entonces como el enunciado que afirma que bajo determinadas condiciones —es decir, condiciones determinadas por el orden jurídico— debe efectuarse determinado acto coactivo” (TP, 2a. ed. al.), n. 27 a, p. 123. Losano, *Saggio introduttivo*, cit., pp. 45 ss. y Vernengo, R. J., Nota del traductor, en TP (2a. ed. al.), p. 358.

evolutivo, tanto anterior como posterior a esa fecha. De manera especial se pondrán de relieve los cambios que ha sufrido su libro *Teoría pura del derecho* en sus tres versiones sucesivas: la primera en alemán, la intermedia en francés y la última en alemán. Al mismo tiempo, se intentará sopesar la íntima trabazón del sistema kelseniano. Por esta razón, cuando sea oportuno se traerán a colación otros aspectos de su doctrina que iluminen el pasaje de que se trate, se harán algunos comentarios explicativos y se bosquejarán algunas posibles vías de crítica interna, e incluso de crítica externa cuando sólo afecten a materias determinadas.

Sin embargo, la crítica fundamental que este trabajo pretende hacer a la *Teoría pura* es de índole global y externa, o sea, desde posiciones teóricas distintas. La segunda parte contendrá un balance, lo más desapasionado posible, de las conclusiones de Kelsen, en el que se destaquen sus luces y sombras. Como es evidente, toda crítica externa encaminada a valorar los mismos principios o fundamentos de una teoría, parte, a su vez, de otros principios. Los que sirven de base al enjuiciamiento de la *Teoría pura* en este estudio pueden reducirse a tres: ante todo, el realismo gnoseológico y la afirmación de la metafísica; en segundo lugar, y en congruencia con esa postura realista y abierta a la metafísica, la existencia del derecho natural, y, por último, coincidiendo en ello con las aspiraciones de Kelsen, la posibilidad y necesidad de una auténtica ciencia del derecho, a nivel científico-técnico. Sobre estos fundamentos se intentará mostrar una ruta de trabajo científico que permita asimilar cuanto de provechoso ha aportado a la ciencia jurídica la *Teoría pura*, y superar cuanto se opone a la consecución de sus legítimas ansias de conocimiento científico, objetivo y universal del derecho.

### III. COORDENADAS JURÍDICAS Y FILOSÓFICAS DE LA *TEORÍA PURA*: POSITIVISMO JURÍDICO Y NEOKANTISMO

Antes de entrar en la exposición, nos parece conveniente explicar cuáles son las principales influencias que han determinado las posturas del jurista vienes. No es tarea demasiado compleja ni aventurada, ya que no es cuestión de buscar similitudes más o menos remotas entre la *Teoría pura* y otras doctrinas, sino que basta escuchar al mismo autor, que se encarga de declarar acerca de las corrientes filosóficas y jurídicas que han marcado el rumbo de su obra.

Los planteamientos de Kelsen han supuesto una innegable novedad dentro de la ciencia jurídica. El mismo creador de la *Teoría pura* era muy consciente de ello. “Durante esos años —escribía, refiriéndose al periodo en que preparaba sus *Problemas capitales*— yo me sentía casi embriagado por el

pensamiento de crear una obra verdaderamente original, de abrir, por vez primera, sendas completamente nuevas para la ciencia del derecho”.<sup>30</sup>

A pesar de ello, sabía también que su teoría no había surgido de la nada. Sus ideas se movían en un horizonte cultural bien preciso. Como a menudo se ha hecho notar, la *Teoría pura* nace en la Viena de principios de este siglo. Su gestación es coterránea y coetánea con el psicoanálisis freudiano y el neopositivismo lógico del Círculo de Viena, por citar sólo dos entre las múltiples manifestaciones culturales, científicas, e incluso artísticas, propias de aquel ambiente.<sup>31</sup> Nota común a tan variada gama de movimientos es una suerte de “Ilustración” de corte positivista. El prestigio de las ciencias de la naturaleza lleva a considerarlas como modelo de todo posible saber racional. Las llamadas ciencias del hombre y de la sociedad, por ende, han de plegarse a las exigencias de rigor exactitud, para abandonar lo que Comte denominaba estadios teológico y metafísico, y acceder a un estadio científico.

Kelsen anhela poner por obra esta empresa en el campo del derecho. No es que el positivismo jurídico naciera con él. Muy por el contrario, unánimemente se reconoce que su auge tuvo lugar en el siglo pasado. Y Kelsen se siente continuador de esa corriente, según sus propias palabras: “...la teoría combatida —está hablando de la suya— no es, de ninguna manera, tan inauditamente nueva, ni se encuentra en contradicción con todo lo producido hasta ahora. Puede ser entendida como la continuación de tesis que ya se anunciaban en la ciencia jurídica positivista del siglo XIX”.<sup>32</sup> Para entender mejor esta afirmación, debe tenerse presente que en el campo del derecho la expresión “positivismo” designa una amplia serie de tendencias, cuyo denominador común quizá se limite a la hostilidad frente a la metafísica y el derecho natural. Kelsen no se considera en absoluto heredero de las corrientes positivistas que transforman la ciencia del derecho en sociología jurídica —dirección tal vez más fiel a Comte, el fundador del positivismo filosófico—, sino que, sobre todo al comienzo de su carrera, las combate con ardor. La *Teoría pura* se entronca con la otra tendencia positivista, que se suele denominar con más propiedad “positivismo jurídico”, añadiéndosele el adjetivo de “formalista”.<sup>33</sup> Según esta corriente, la positividad del derecho

<sup>30</sup> Texto de una carta a J. L. Kunz, citado por éste en *La teoría pura del derecho*, cit., p. 17.

<sup>31</sup> Prólogo de Ulises Schmill, en Métall, R. A., *Hans Kelsen. Vida y obra*, cit., p. 2.

<sup>32</sup> Kelsen, H., TP (2a. ed. al.), prólogo a la 1a. ed., p. 10. Véase también, *Teoría general del Estado*, cit., prólogo, pp. 7 y 8. En relación con su doctrina de la norma básica o fundamental (*Grundnorm*), tan central en la *Teoría pura*, sostiene que “...es sólo el resultado de un análisis del proceso que un conocimiento positivista del derecho siempre ha utilizado” (TP 2a. ed. al., n. 34d, p. 214).

<sup>33</sup> Sobre la historia del positivismo jurídico en el siglo XIX: Fasso, Guido, *Storia della filosofia del diritto*, Boloña, Società editrice il Mulino, 1972, III, pp. 189-230.

no consiste en un efectivo y concreto comportamiento humano, sino en la positiva existencia de las normas jurídicas, en tanto gozan de validez formal.

Este positivismo jurídico formalista del siglo XIX aspiraba a erigirse en una ciencia, es decir, un conocimiento autónomo con relación a la filosofía, sistemático, sobre la base de datos positivos o fenómenos, y con una neta exclusión de todo elemento ético o fáctico —lo “metajurídico”— que esté fuera de lo único concebido como derecho: la norma positiva, generalmente restringida a la estatal. Al recibirse ésta como dato indiscutido o “dogma”, la “dogmática” es la elaboración de conceptos jurídicos generales efectuada a partir de las normas existentes. Este esfuerzo lógico-sistemático culmina, especialmente en Alemania, con la llamada “teoría general del derecho” (*allgemeine Rechtslehre*), que busca determinar y ordenar los conceptos jurídicos fundamentales comunes a todas las ramas del ordenamiento jurídico positivo. Dentro de los autores que pueden ser más o menos encuadrados en esta dirección, Kelsen se considera sobre todo heredero de los cultivadores alemanes del derecho público que trabajaron en la “teoría general del Estado” (*allgemeine Staatslehre*), en particular de Karl Friedrich von Gerber, Paul Laband, y especialmente Georg Jellinek, al que Kelsen recuerda como su “inolvidable maestro”.<sup>34</sup> En el ámbito del *Common Law* sobresale John Austin, que representa una tendencia similar, aunque por completo independiente, a la *allgemeine Rechtslehre*. Kelsen, que tuvo conocimiento de Austin en fecha tardía,<sup>35</sup> subrayó las similitudes de la *Teoría pura* con la *jurisprudence* del autor inglés, en un artículo publicado poco después de su llegada a Norteamérica.<sup>36</sup>

El positivismo jurídico viene a ser, por tanto, la primera gran coordenada de la *Teoría pura*. Pero no se puede comprender la peculiar posición que ella ocupa en la teoría jurídica si no se tiene en cuenta su otra gran fuente inspiradora, que no procede de la ciencia jurídica, sino de la filosofía. Un rasgo distintivo del positivismo kelseniano es su acentuada preocupación por los fundamentos filosóficos del sistema. En 1925, época en que esa pre-

<sup>34</sup> Kelsen, H., *Teoría general del Estado*, cit., prólogo, p. 9. Poco antes, en p. 7, ha dicho: “Ahora, al resumir y completar los resultados de mis anteriores trabajos monográficos en un sistema de Teoría general del Estado, veo con más claridad que antes hasta qué punto descansa mi labor en la de los grandes predecesores; ahora me siento más unido que nunca a aquella dirección científica que tuvo en Alemania como sus representantes más ilustres a Karl Friedrich Von Gerber, Paul Laband y Georg Jellinek”.

<sup>35</sup> Métall, R. A., *Hans Kelsen. Vida y obra*, cit., p. 19.

<sup>36</sup> Kelsen, H., “The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence”, *Harvard Law Review*, 55, 1941, pp. 44-70. Traducción castellana: “La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica”, *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Losada, 1946, pp. 207-238.



ocupación pasa por su momento culminante, escribía: “Yo creo haber acelerado el ritmo de la inevitable evolución de mi disciplina, poniendo en estrecho contacto la provincia algo lejana de la ciencia jurídica con el fructífero centro de todo conocimiento: la Filosofía...”<sup>37</sup>

El clima filosófico en que se mueve Kelsen corresponde en gran medida al del neokantismo alemán de principios de esta centuria.<sup>38</sup> Contra el idealismo absoluto que desemboca en Hegel, los neokantianos proclaman una vuelta al criticismo de Kant. Toman a las ciencias positivas como modelo de todo conocimiento, y, reconocida la validez de tales ciencias, centran el quehacer filosófico en el análisis “trascendental” —en sentido kantiano— de sus condiciones de posibilidad. El punto de partida de este análisis es la concepción de que no es el objeto el que determina el conocimiento, sino que conocimiento y objeto son determinados por el sujeto. De este modo, creen descubrir unas estructuras *a priori*, o sea, independientes de toda experiencia, propias del conocimiento humano, que hacen posible el objeto de ese conocimiento. Estos autores se caracterizan también por un decidido rechazo de la “cosa en sí” kantiana. Como se ve, este neocriticismo, que ciertamente rechaza todo empirismo, materialismo o psicologismo, para dar la primacía a la razón, no deja por eso de estar muy emparentado con el positivismo, ya que rechaza decididamente la metafísica y procura dar una interpretación gnoseológica de las ciencias positivas, que, según sus presupuestos, son arquetipo de todo saber racional. Y no es de extrañar esta coincidencia, puesto que Kant es también, de algún modo, inspirador del positivismo filosófico.<sup>39</sup>

El neokantismo alemán de este siglo se distingue por su afán de aplicar el método trascendental kantiano a las “ciencias del espíritu”, y, en particular, a los dominios de la ética, tarea en la que quieren proceder con más rigor que su maestro. Critican a Kant por no haber sido consecuente con su criticismo al elaborar su ética del imperativo categórico y de los postulados de la razón práctica, en la que perciben resabios metafísicos. Kant ha escindido la moral de la metafísica —al no fundamentar el deber en el bien—, pero ha intentado recuperar las conclusiones de la vieja metafísica —la inmortalidad del alma, la libertad del hombre y la existencia de Dios—

<sup>37</sup> Kelsen, H., *Teoría general del Estado*, cit., prólogo, p. 8.

<sup>38</sup> Como introducción al neokantismo, Urdanoz, Teófilo, *Historia de la filosofía*, Madrid, BAC, 1978, VI, pp. 85-109, con la bibliografía allí recogida. A través de *Allgemeine Theorie der Normen* se pueden apreciar otras influencias en la maduración del pensamiento kelseniano —como las de Husserl, Scheler y Fred Bonn—, pero nos parece que el neokantismo es la coordenada filosófica fundamental de la *Teoría pura*.

<sup>39</sup> Verneaux, Roger, *Historia de la filosofía moderna*, Barcelona, Herder, 1969, p. 195.



como objeto de una fe práctica, con lo que abre un camino a la “cosa en sí”, inalcanzable para la razón teórica, y pretende, en cierto modo, dar una fundamentación a su ética. Toda esta construcción de los *Fundamentos de la metafísica de las costumbres* y de la *Crítica de la razón práctica* es abandonada por los neokantianos, que sólo conservan la *Crítica de la razón pura*. Como es obvio, ellos no tratan de volver a basar la ética en la metafísica, a la que tienen por definitivamente sepultada gracias a Kant, sino que, insistiendo en la rigurosa incomunicación entre el ser y el deber ser, entre la naturaleza y el espíritu, conciben a ese deber ser también de un modo trascendental, como un *a priori* del sujeto, y luchan por liberarlo de cualquier residuo metafísico. Unos hablan, por tanto, de un deber ser lógico; otros desarrollan una teoría del valor desde la filosofía trascendental. Todos concuerdan en lo que podríamos llamar una “purificación” del kantismo en el plano práctico.<sup>40</sup>

Los autores que integran este movimiento suelen agruparse en tres escuelas: la Escuela de Marburgo, que sigue una orientación marcadamente logicista, fundada por Hermann Cohen, continuada por Paul Natorp, y en la que hasta cierto punto se inscribe el funcionalismo de Ernst Cassirer; la Escuela de Baden o del Sudoeste alemán, centrada en la filosofía de los valores de tipo trascendental, en la que militan su iniciador, Wilhelm Windelband y su discípulo Heinrich Rickert; y la corriente historicista, derivada lejanamente del neokantismo y encabezada por Georg Simmel y Wilhelm Dilthey.

Dignos de especial mención, por su influencia en Kelsen, son otros dos filósofos, que no formaron parte del movimiento neokantiano, aunque en sus doctrinas se detecte fácilmente la inspiración kantiana. Son Ernst Mach y su principio de “economía del pensamiento”,<sup>41</sup> y Hans Vaihinger, con su filosofía del *Als ob* (“como si”) o ficcionismo.<sup>42</sup> Sus tesis son de índole pragmática, o sea, parten de la concepción de que el conocimiento es válido en cuanto sirve a la acción o, en otros términos, que los conceptos se justifican en virtud de su utilidad. El pragmatismo, en sus múltiples variantes, no está demasiado lejos del círculo de ideas que proviene de Kant, pues para éste, en efecto, sólo cabe trascender lo sensible por medio de una fe filosófica, que es principio de la *praxis*: sus postulados de la razón práctica son válidos en cuanto el actuar humano ha de fundarse en ellos, no en cuanto especu-

<sup>40</sup> Cohen expresa que “...no se puede aceptar el método trascendental para la lógica, rechazándolo por el contrario para la ética”. Cohen, Hermann, *Ethik des reinen Willens*, Berlín, H. Cassirer, 1904, p. 229.

<sup>41</sup> Una elemental síntesis de su doctrina, la que suele conocerse como empiriocriticismo, en Urdanoz, T., *Historia de la filosofía*, Madrid, BAC, 1975, V, pp. 396-399.

<sup>42</sup> Sobre Vaihinger véase Urdanoz, T., *Historia de la filosofía*, cit., VI, pp. 260 y 261.

lativamente conocidos ni menos en razón de su adecuación a la realidad.<sup>43</sup> Conviene recalcar, además, que Vaihinger recibió una formación profundamente neokantiana.

El itinerario de las influencias filosóficas en Kelsen es conocido.<sup>44</sup> Resulta muy interesante leer las páginas que Métall, en su biografía de Kelsen, dedica a la formación juvenil del futuro jurista. Sus tempranas aficiones literarias mostraban ya su visión pesimista del mundo, que se fortaleció con detenidas lecturas de Schopenhauer.<sup>45</sup>

El paso de la literatura a la ciencia se preparó a través del creciente interés en problemas filosóficos, despertando por primera vez por el libro *Fuerza y materia* de Georg Büchner. Sin embargo, la visión materialista del mundo únicamente pudo fascinar a Kelsen por corto tiempo, recibéndola gustosamente sólo como reacción contra la primitiva orientación religiosa de la escuela, que desde un principio había motivado su oposición. Más duradera fue la impresión que la llamada filosofía idealista ejerció sobre el adolescente de dieciséis años; fue para él una conmoción espiritual profunda tomar conciencia de que la realidad del mundo exterior es problemática. Después de un conocimiento más detenido de las obras de Schopenhauer, empezó Kelsen, aun en la preparatoria, a leer a Kant. Como núcleo de la filosofía kantiana, vio él la idea del sujeto que crea el objeto en el proceso del conocimiento. La autoconciencia

<sup>43</sup> Verneaux, *cit.*

<sup>44</sup> Existe una copiosa bibliografía en torno a los presupuestos filosóficos de la doctrina de Kelsen. Entre otros estudios, Weyr, F., “Rechtsphilosophie und Rechtswissenschaft”, *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 2, 1921, pp. 671-682; Weyr, F., “Natur und Norm”, *Revue internationale de la théorie du droit*, 6, 1932, pp. 12-22; Weyr, F., “Der Rechtswissenschaft als Wissenschaft von Unterschieden”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 28, 1935, pp. 364-377; estos artículos fueron publicados en Métall, R. A. (ed.), *33 Beiträge zur Reinen Rechtslehre*, *cit.*, pp. 521-558; Treves, Renato, “Il fondamento filosofico della dottrina pura del diritto di Kelsen”, *Atti della Reale Accademia delle Scienze di Torino*, 69, 1933-34 —hay traducción castellana: “El fundamento filosófico de la teoría pura del derecho de Hans Kelsen”, *La Justicia*, 30, 1971; Treves, R., “Intorno a la concezione del diritto di Hans Kelsen”, *Rivista Internazionale de Filosofia del Diritto*, 29, 1952, pp. 177-197, artículo en el que revisa en parte sus planteamientos anteriores; Legaz y Lacambra, L., *Kelsen. Estudio crítico de la teoría pura del derecho y del Estado de la Escuela de Viena*, *cit.*, pp. 175-225; Ebenstein, William, *La teoría pura del derecho*, *cit.*; Bloustein, Eduard Jérôme, *The Legal Philosophy of Hans Kelsen. Philosophische Dissertation*, Cornell University, 1954; Martín Oviedo, José María, *Los supuestos filosóficos del método puro del Derecho*, Madrid, Reus, 1968; Azpurua Ayala, Ricardo, “Kelsen y su posición frente al positivismo y la dirección neokantiana”, *Revista de Ciencias Sociales*, 6, 1974, pp. 29-53, y en *Revista de la Facultad de Derecho*, 30, 1964, pp. 55-78; sobre la influencia, en particular, de Kant, véase Goyard-Fabre, Simone, “L’inspiration kantienne de Hans Kelsen”, *Revue de Metaphysique et de Morale*, 83, 1978, pp. 204-233; Klenner, Hermann, “Kelsens Kant”, *Revue Internationale de Philosophie*, 35, 1981, pp. 539-546.

<sup>45</sup> Métall, R. A., *Hans Kelsen. Vida y obra*, *cit.*, p. 11.

del joven Kelsen, constantemente lastimada por la escuela y ávida de satisfacción, encontró en esta interpretación subjetivista de Kant, que colocaba al yo como centro del mundo, su expresión filosófica adecuada.<sup>46</sup>

Métall agrega que Kelsen tenía el propósito de estudiar filosofía, matemáticas y física, pero que no pudo llevarlo a cabo —lo que lamentó durante toda su vida—, y tuvo que conformarse con ingresar a la Facultad de Derecho de la Universidad de Viena.<sup>47</sup> Poco después, señala que “...en el caso de Kelsen fue fundamentalmente el interés filosófico el que le ató a los problemas jurídicos”.<sup>48</sup> Ya de sus años en la carrera de derecho proviene su afán de purificar, precisar y fundamentar la ciencia jurídica. Su postura filosófica siempre fue unida a un arraigado agnosticismo e indiferentismo en materia religiosa, como lo pone de manifiesto su biógrafo.<sup>49</sup>

Desde los *Problemas capitales* es muy patente la impronta kantiana. El *leit-motiv* dominante en este libro es el deslinde metodológico de la ciencia jurídica con respecto a la sociología y, secundariamente, con relación a la ética. Esta delimitación se asienta sobre un principio de reconocida raigambre kantiana: el dualismo del “ser” (*Sein*) y el “deber ser” (*Sollen*). El derecho pertenece al mundo del deber ser, infranqueablemente separado del mundo del ser. Este deber ser aparece como un nexo lógico que une la coacción a un acto determinado por el ordenamiento jurídico, lo que se expresa en la proposición jurídica (*Rechtssatz*) hipotética: “si tiene lugar la conducta prevista por el orden jurídico, entonces debe (*sollt*) aplicarse la sanción”. El deber ser ha sido, por ende, purificado de cualquier componente metafísico o ético. Es una categoría epistemológica, en sentido kantiano, y no ontológica, en sentido aristotélico. Esta oposición ser-deber ser, entendida como un antagonismo lógico-formal que impide el paso de una esfera a otra, da lugar a la división de las ciencias en causales o de la naturaleza y normativas o del espíritu, distinción muy desarrollada por los representantes de la Escuela de Baden.

Así —afirma Kelsen en el tan ilustrativo prólogo a la segunda edición, en 1923, de sus *Problemas capitales*— los Problemas capitales parten de la fundamental oposición entre deber ser y ser, que Kant, en el esfuerzo por fundamentar la autonomía de la razón práctica frente a la teórica, del valor frente a la realidad, de la moral frente a la naturaleza, había en cierto modo puesto de

---

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 12.

<sup>47</sup> *Idem*.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 15.

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 18.

manifiesto por primera vez. Adhiriéndome a la interpretación de Kant hecha por Windelband y Simmel, el deber ser se convierte para mí en expresión de la legalidad propia del derecho que ha de ser determinado por la ciencia jurídica, a diferencia de un ser social “sociológicamente” captable; se opone la norma como juicio del deber ser a la ley de la naturaleza, y la proposición jurídica calificada como norma a la especial ley causal de la sociología.<sup>50</sup>

Y en el prólogo a la primera edición había dicho:

Mis investigaciones parten del presupuesto de separar dos opuestos fundamentales: el ser y el deber ser, el contenido y la forma... como justificación de este punto de vista mío no encuentro, en el fondo, otra respuesta sincera que ésta: yo no soy un monista. A pesar de lo insatisfactoria que me parezca también una concepción dualista de la imagen del mundo, en mi pensamiento no veo otra vía que conduzca más allá de la división entre yo y realidad, entre alma y cuerpo, entre sujeto y objeto, entre contenido y forma, o entre otras palabras en las que pueda de alguna otra manera esconderse el eterno dualismo.<sup>51</sup>

Por consiguiente, la separación *Sein-Sollen*, pieza clave del sistema kelseniano, hunde sus raíces en una precisa base filosófica.<sup>52</sup>

Con motivo de la publicación de *Problemas capitales*, Oscar Ewald los celebró en una famosa reseña aparecida en 1912, en “Kant-Studien”, como “...un enérgico y lógico intento de verter el trascendentalismo en la filosofía del derecho”.<sup>53</sup> Ewald advirtió el paralelismo de la obra de Kelsen con la *Ética de la voluntad pura* de Cohen.<sup>54</sup> Como narra Métall, tras esta reseña, y después de una visita al propio Cohen en Marburgo, Kelsen cayó en la cuenta de que aspiraba a una pureza metódica, antes buscada de modo más instintivo que sistemático. “Es a la terminología de Cohen, bajo cuya influencia cayó, a quien se puede atribuir el que Kelsen haya escogido más tarde la denominación de *Teoría Pura del derecho*”.<sup>55</sup> Cohen acentúa el idealismo crítico, excluyendo toda influencia de la realidad empírica sobre el pro-

<sup>50</sup> Kelsen, H., *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, cit., prólogo a la 2a. ed., p. 6.

<sup>51</sup> *Ibidem*, prólogo a la 1a. ed. (no incluido en la 2a.), p. 5.

<sup>52</sup> Un mayor desarrollo de este tema en el cap. II de este trabajo, n. 5.

<sup>53</sup> Ewald, Oscar, “Die deutsche Philosophie im Jahre 1911”, *Kant-Studien*, 17, 1912, p. 397.

<sup>54</sup> Kelsen remite a Cohen en el prólogo a la 2a. ed. de *Hauptprobleme der staatsrechtslehre*, cit., p. 13, y en *Teoría general del Estado*, cit., p. 486.

<sup>55</sup> Métall, R. A., *Hans Kelsen. Vida y obra*, cit., p. 15. El libro de Cohen que más influyó en Kelsen se titula precisamente *Ethik des reinen Willens*, cit., y obviamente el uso del adjetivo en este sentido se remonta a la *Kritik der reinen Vernunft* de Kant.

ceso cognoscitivo. Ya no concibe el conocimiento al modo de Kant, como síntesis de concepto e intuición sensible, sino que lo ve como productor único de su objeto. También pone énfasis en el método del conocimiento, decisivo —según él— en la generación de los objetos por el pensamiento. Fundado en este idealismo metódico —con este nombre se suele designar la doctrina de Cohen—, Kelsen sostendrá que la ciencia jurídica, utilizando un método jurídico puro, sin mezcla o confusión con otros métodos, produce su objeto propio: el derecho. En la *Teoría general del Estado* expone la deducción tal vez más característica obtenida de esas premisas: la identificación del Estado y el derecho. El Estado no puede ser más que derecho, ya que, si se le concibiera de otro modo, ya no sería objeto del conocimiento jurídico.

Hasta qué punto sea determinante el método trascendental kantiano en la *Teoría pura*, sobre todo en el periodo norteamericano de la vida de su creador, es cuestión debatida, en la que esperamos aportar algo de luz.<sup>56</sup> Sin embargo, Kelsen permaneció fiel a una interpretación kantiana de la ciencia jurídica. En 1960 escribía:

Es también verdad que, en el sentido de la teoría del conocimiento kantiana, la ciencia jurídica, como conocimiento del derecho y al igual que todo conocimiento, posee un carácter constitutivo y, en consecuencia, “produce” su objeto al concebirlo como una totalidad significativa. Así como el caos de las percepciones sensoriales sólo se convierte en un cosmos, es decir, en naturaleza como un sistema unitario, mediante el conocimiento ordenador de la ciencia, también la multiplicidad de normas jurídicas generales e individuales producidas por los órganos jurídicos, sólo se convierte en un sistema unitario y consistente, en un orden jurídico, mediante el conocimiento de la ciencia jurídica.<sup>57</sup>

Es verdad que en los últimos años de su existencia dejó de pensar que la ciencia jurídica fuera capaz de solucionar los conflictos o contradicciones entre normas,<sup>58</sup> con lo que su función unificadora del material jurídico resulta considerablemente menguada, mas no parece que ello le indujera al abandono de la perspectiva epistemológica kantiana.

Separación entre el ser y el deber ser, método trascendental kantiano: tales son las bases filosóficas fundamentales de las que arranca la *Teoría pura*. Ambas se remontan a Kant. Es preciso recalcar, a la vez, que Kelsen rechaza toda la ética y la filosofía del derecho de Kant, precisamente en aras de la

<sup>56</sup> *Op. cit.*, cap. VII, n. 44.

<sup>57</sup> Kelsen, H., TP (2a. ed. al.), n. 16, p. 85.

<sup>58</sup> *Ibidem*, cap. IV, n. 25.

fidelidad a su criticismo.<sup>59</sup> Aquello que ataca en Kant, y en lo que se diferencia enteramente de otros filósofos del derecho amparados en el formalismo kantiano, como Stammler o Del Vecchio, es toda idea de derecho natural o de justicia que pudiera ser acogida por la ciencia jurídica.

En la *Teoría pura* se encuentran otras influencias filosóficas declaradas por su autor, pero como afectan más bien a materias determinadas, serán examinadas en el curso de la misma exposición. Al tratar de las nociones de órgano y persona habrá ocasión de relacionar su concepción con el funcionalismo de Cassirer y el ficcionismo de Vaihinger.<sup>60</sup> Cuando se estudie la norma básica (*Grundnorm*), se explicarán las diferentes interpretaciones que el mismo Kelsen le dio sucesivamente: un principio de economía del valor (al modo de la economía del pensamiento de Macht), una hipótesis o presupuesto lógico-trascendental (según esquemas neokantianos), o una ficción (de acuerdo con la filosofía del “como si” de Vaihinger).<sup>61</sup> Se expondrán, asimismo, sus teorías sobre historia de las religiones,<sup>62</sup> sus planteamientos panteístas en teodicea,<sup>63</sup> etcétera. Tan variado abanico de influjos filosóficos no puede llevar a olvidar que lo esencial reside en los dos puntos de partida apuntados, muy especialmente, en la separación *sein-sollen*.

Hay quien ha defendido que a pesar de las declaraciones de Kelsen en favor del neokantismo, su doctrina estaría más bien en la línea del neopositivismo lógico del Círculo de Viena.<sup>64</sup> Al margen de posibles coincidencias de fondo, que habrán de precisarse,<sup>65</sup> y que pueden, a fin de cuentas, aproximarlo más a un empirismo de ese género que al neokantismo alemán, lo cierto es que no hubo influencia directa de los neopositivistas en el pensamiento kelseniano. Al final de su vida, en las extensas notas de la *Teoría general de las normas*, Kelsen da prueba de su conocimiento de las más variadas tendencias filosóficas que inciden en el derecho: el neopositivismo, la nueva retórica, la filosofía analítica, la lógica deóntica, etcétera. Pero en la confrontación de sus tesis con esas corrientes, las bases filosóficas de la *Teoría pura* parecen permanecer inalteradas en lo esencial.

---

<sup>59</sup> “Tampoco supo eliminar la metafísica, a la que conmoviera en su filosofía de la naturaleza, cuando formuló su filosofía del derecho inspirado en la doctrina tradicional del derecho natural” TP (ed. fr.) pp. 68-69.

<sup>60</sup> *Ibidem*, cap. IV, nn. 19 y 22.

<sup>61</sup> *Ibidem*, cap. IV, n. 24.

<sup>62</sup> *Ibidem*, cap. II, n. 7.

<sup>63</sup> *Ibidem*, cap. V, n. 34.

<sup>64</sup> Lo defiende, por ejemplo, Giorgianni, V., *Neopositivismo e Scienza del diritto*, Fratelli Bocca, Roma, 1956.

<sup>65</sup> *Ibidem*, cap. VII, n. 44.

El positivismo kelseniano se muestra como el más ambicioso esfuerzo hasta ahora emprendido por fundamentar el positivismo jurídico formalista sobre bases filosóficas firmes. Kelsen era consciente del creciente retorno al derecho natural en nuestro siglo.<sup>66</sup> No obstante, siguió siempre fiel a su actitud positivista, que él estimaba lógicamente ligada al rechazo del derecho natural. Como hemos intentado explicar, su empresa intelectual se encuadra en las coordenadas del positivismo —que recibe en herencia de la ciencia jurídica del siglo pasado— y el neokantismo —con el que, reputándolo instrumento filosófico adecuado, intenta fundar más sólidamente y desarrollar ese positivismo—. Tras ambos late una opción fundamental que hace posible su tentativa de conciliación en la *Teoría pura*, a pesar de las dificultades que el intento implica. Dicha opción consiste en un decidido abandono de la metafísica<sup>67</sup> y de todo conocimiento que va más allá de lo empíricamente comprobable, y la afirmación del ideal de la ciencia positiva, según el modelo de las ciencias naturales que ha de extenderse a todos los campos del saber. En Kelsen, el agnosticismo kantiano tampoco se abre a la trascendencia por vías no racionales. Quizá por una clara conciencia de que una fe que deja de ser obsequio racional no es sostenible, Kelsen siempre profesó una completa indiferencia religiosa, y proclamó sus ideales políticos y humanitarios como meras convicciones subjetivas.<sup>68</sup> Estos son los presupuestos ideológicos últimos que subyacen a la *Teoría pura del derecho*.

Habrá oportunidad de discutir la separabilidad de la *Teoría pura* con respecto a su sustrato filosófico.<sup>69</sup> Desde ahora adelantamos que, dejando aparte el hecho de que para interpretar a Kelsen es menester tener muy en cuenta ese sustrato, ya que sus tesis se presentan como lógicamente derivadas de él, nos parece muy problemático aislar la *Teoría pura* de su postura antimetafísica, aunque ello no significa renunciar a la gran ilusión del jurista de Viena: se puede elaborar una ciencia fenoménica del derecho, sólo que, como toda ciencia particular, ha de hallarse vivificada por el contacto con la auténtica metafísica.

---

<sup>66</sup> En TP (2a. ed. al.), prólogo a la 2a. ed., p. 14, alude a "...la renovada metafísica de la doctrina del derecho natural..." y la destaca entre las corrientes que se enfrentan a la *Teoría pura*.

<sup>67</sup> La clara exposición de Azpurua, R., *op. cit.*, pp. 50-53.

<sup>68</sup> Kelsen, H., *¿Qué es justicia?*, Barcelona-Caracas-México, Ariel, 1982, p. 63 (se trata de una colección de diversos artículos de Kelsen originalmente publicados en inglés).

<sup>69</sup> *Ibidem*, cap. VII, n. 43 y 44.

## CAPÍTULO SEGUNDO

### DERECHO Y NATURALEZA

#### IV. LA “PUREZA” DE LA *TEORÍA PURA*: OBJETO Y MÉTODO<sup>70</sup>

##### 1. *El objeto de la Teoría pura*

“La *Teoría pura del derecho* constituye una teoría sobre el derecho positivo; se trata de una teoría sobre el derecho positivo en general, y no de una teoría sobre un orden jurídico específico. Es una doctrina general sobre el derecho...”<sup>71</sup>

Con estas palabras, que permanecen inalteradas a través de todas las ediciones, se abre el libro más conocido de Kelsen. El autor quiere poner de relieve desde el principio que *el objeto de su Teoría pura es el derecho positivo* (único derecho existente para él). Esta declaración implica dejar fuera del ámbito de la teoría sobre el derecho al derecho natural. Es una rotunda profesión de positivismo jurídico.

“En cuanto teoría pretende, exclusiva y únicamente, distinguir su objeto. Intenta dar respuesta a la pregunta de qué sea el derecho, y cómo sea; pero no, en cambio, a la pregunta de cómo el derecho deba ser o deba ser hecho. Es ciencia jurídica; no, en cambio, política jurídica”.<sup>72</sup>

Hasta tal punto identifica Kelsen al derecho con el derecho positivo, que despacha sin más el derecho no positivo al mundo del derecho “que debe ser”. Así, el derecho natural sería algo ideal, que se transformaría en real cuando se hiciera positivo. El estudio sobre el derecho no positivo constituye, según Kelsen, “política jurídica”, no ciencia del derecho, o en todo caso puede ser objeto de la filosofía del derecho.<sup>73</sup> Ya en el prólogo a la primera edición de la *Teoría pura del derecho*, reproducido íntegramente en las sucesivas, se acentuaba esta distinción entre ciencia y política, y se sostenía

---

<sup>70</sup> TP (2a. ed. al.), n. 1, p. 15; TP (ed. fr.), pp. 15 y 16; TP (1a. ed. al.), n. 1, pp. 25 y 26.

<sup>71</sup> *Idem.*

<sup>72</sup> *Idem.*

<sup>73</sup> Kelsen, H., “Qu’est-ce que la philosophie du droit?”, *cit.*



su completa separación. *La teoría pura* —insistía en aquellos años treinta, de tanta tensión ideológica—, ha de mantenerse enteramente libre de toda política.<sup>74</sup> Y en el prólogo a la segunda edición en alemán, en un clima distinto, volvía a recalcarlo:

Ahora como antes, una ciencia del derecho objetiva, que se limita a describir su objeto, enfrenta la terca oposición de aquellos que, menospreciando las fronteras entre ciencia y política, invocando ésta prescriben al derecho un determinado contenido; es decir: creen poder establecer el derecho justo y, así, el patrón axiológico para el derecho positivo. En especial, la renovada metafísica de la doctrina del derecho natural, es la que enfrenta con esta pretensión al positivismo jurídico.<sup>75</sup>

Kelsen, por tanto, considera al derecho natural como una especie de ideología política, e implícitamente lo sitúa al lado del fascismo, del anarquismo o del comunismo, como entre sus iguales, a los que aludía expresamente en 1934.<sup>76</sup>

En estas palabras iniciales Kelsen describe la *Teoría pura* como “una doctrina general sobre el derecho” (*allgemeine Rechtslehre*),<sup>77</sup> y la distingue, por la nota de generalidad, de los estudios relativos a los órdenes jurídicos positivos concretos. La denominación *allgemeine Rechtslehre* remite históricamente a los esfuerzos de la ciencia jurídica alemana del siglo pasado,<sup>78</sup> que se aplicó a la determinación de un sistema general de conceptos jurídicos que conformaran una ciencia general del derecho distinta, por su mayor grado de generalización, de las ciencias jurídicas particulares, como la ciencia del derecho penal o del derecho procesal. La lectura de la síntesis de su doctrina publicada por Kelsen en 1960 confirma, a nuestro juicio, la exactitud de esta autocalificación de la *Teoría pura*: eso es lo que pretende Kelsen, cualquiera que sea la medida en que lo consiga.

## 2. *El método de la Teoría pura*

Tras estas indicaciones preliminares sobre el objeto de la *Teoría pura*, Kelsen precisa su método:

<sup>74</sup> TP (1a. ed. al.), prefacio, pp. 19 y ss. Kelsen, H., “Science and Politics”, *The American Political Science Review*, 45, 1951, pp. 64-661 (incluida en el volumen *¿Qué es justicia?*, cit., pp. 254-283).

<sup>75</sup> *Ibidem*, (2a. ed. al.), prólogo a la 2a. ed., p. 14.

<sup>76</sup> *Ibidem*, (1a. ed. al.), prefacio, p. 21.

<sup>77</sup> *Ibidem*, (2a. ed. al.), n. 1, p. 15. Las cursivas son nuestras.

<sup>78</sup> *Ibidem*, cap. I, n. 3.

Al caracterizarse como una doctrina “pura” con respecto del derecho, lo hace porque quiere obtener solamente un conocimiento orientado hacia el derecho, y porque desearía excluir de ese conocimiento lo que no pertenece al objeto precisamente determinado como jurídico. Vale decir: quiere liberar la ciencia jurídica de todos los elementos que le son extraños. Este es su principio fundamental en cuanto al método.<sup>79</sup>

Frente a la confusión de la ciencia jurídica con la psicología, la sociología, la ética y la teoría política, la *Teoría pura* se alzaría como una ciencia puramente jurídica. En la segunda edición alemana —y es una novedad significativa con respecto a las anteriores— se reconoce la estrecha relación que hay entre el derecho y los objetos de esas otras ciencias, mas, con su énfasis acostumbrado, Kelsen rechaza todo sincretismo metódico.

El afán de purificar la ciencia jurídica de todo elemento extraño, ya sea sociológico o ético —por sólo mencionar los dos campos con los que más se suele relacionar lo jurídico—, está presente desde los orígenes de la *Teoría pura*. Los *Problemas capitales* fueron ante todo una delimitación de la ciencia jurídica frente a la sociología, y en esta dirección se inscriben varios trabajos posteriores de la primera época.<sup>80</sup> A la vez, ya esbozan un deslinde del derecho con relación a la moral y al derecho natural, que en el pensamiento kelseniano se tienden a identificar.<sup>81</sup> Este segundo frente de lucha por la pureza metódica se hará temático a partir de un artículo de 1913,<sup>82</sup> y en él perseverará Kelsen hasta el fin de su vida, tal vez con más insistencia que en el anterior.<sup>83</sup> El examen de las doctrinas jurídicas de tipo sociológico y de aquellas que defienden el derecho natural constituye el reverso crítico de

<sup>79</sup> *Ibidem*, (2a. ed. al.), *loc. cit.*

<sup>80</sup> Especialmente *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, J. C. B. Mohr (P. Siebeck), Tubinga 1911 (incluido en Klecatsky, H. *et al.*, *op. cit.*, I, pp. 3-36, y traducido al castellano: “Sobre los límites entre el método sociológico y el jurídico”, *Revista de la Facultad de Derecho*, México, 19, 1969, pp. 561-593) y *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses zwischen Staat und Recht*, J. C. B. Mohr (P. Siebeck), Tubinga, 1922 (2a. ed., 1928, reimpresa por Scientia Verlag, Aalen, 1981).

<sup>81</sup> Como es frecuente, Kelsen no distingue el derecho natural de la ley natural (Kelsen, H., *Justicia y derecho natural*, *cit.*, n. 40, p. 122).

<sup>82</sup> Kelsen, H., “Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 31, 1913, pp. 53-98 y 190-249.

<sup>83</sup> Los trabajos de Kelsen sobre esta materia que enumera Métall en *Hans Kelsen. Vida y obra*, *cit.*, pp. 114 y 115, se extienden hasta la década de los sesenta. Sobre la pureza metódica en Kelsen: Galli, Pasquale, “L’indagine giuridica e la purezza del metodo”, *Studi in onore di Federico Cammeo*, Cedam, Padua, 1932, I, pp. 555-577; Tarangul, Erast, “Le syncrétisme des méthodes et la théorie pure du droit”, *Revue Internationale de la Théorie du Droit*, Nueva Serie, 1, 1939, pp. 14-26; Della Ratta-Rinaldi, Antonio, *Oggetto, metodo e natura della giurisprudenza nella*

la construcción positiva de la *Teoría pura*. El positivismo kelseniano se auto-identifica como opuesto a todo sociologismo e iusnaturalismo.

El principio metódico fundamental de la *Teoría pura* consiste en liberar a la ciencia jurídica de todos los elementos extraños. La esencia del método kelseniano es la eliminación de todo lo no jurídico. Por esto se caracteriza primariamente de un modo negativo. Un matiz importante, que con frecuencia no se resalta, es que Kelsen no sólo propugna una pureza metódica formal —que se opone al uso de métodos no jurídicos por la ciencia jurídica—, sino una *pureza metódica total*, que convierte la autonomía de la ciencia jurídica en autosuficiencia, prescindiendo —o, en todo caso, pretendiendo prescindir— de cualquier conexión con otros saberes. Aunque como ya se ha hecho notar,<sup>84</sup> hace una significativa excepción con la filosofía, con la cual sí desea conectar fructíferamente a la ciencia del derecho.

Esta interpretación de la pureza metodológica puede relacionarse con el idealismo metódico de Cohen. Si el objeto de una disciplina científica es producido por ella misma, al valerse de un determinado método carece de sentido que esa disciplina reciba información proveniente de otros campos del saber acerca de su objeto. Esto implicaría que el objeto preexiste y trasciende a esa ciencia, lo que contradice los presupuestos neokantianos de la Escuela de Marburgo.

El principio metodológico de completa independencia de la ciencia jurídica se funda en otro principio, que ya no es propiamente metodológico, sino que mira, más bien, al contenido de la doctrina jurídica: la estricta distinción y separación entre el ser y deber ser.<sup>85</sup> Las doctrinas jurídicas sociologizantes se olvidan del deber ser y reducen el derecho a la esfera del ser. Los partidarios del derecho natural pretenden pasar del ser al deber ser; conocer un derecho basado en la naturaleza. Contra ambas direcciones del pensamiento jurídico Kelsen dirige su pretensión de autonomía total de la ciencia del derecho. Como resultado de sus puntos de partida opuestos a la distinción o a la separación del *Sein* y el *Sollen*, tanto los positivistas sociológicos como los iusnaturalistas incurrir, según Kelsen, en confusiones metodológicas. Los unos, por no tener en cuenta lo específico del derecho

---

*Reine Rechtslehre*, Nápoles, Ligouri, 1979; Raz, Joseph, “The Purity of Pure Theory”, *Revue Internationale de Philosophie*, 35, 1981, pp. 441-459.

<sup>84</sup> *Ibidem*, cap. I, n. 3.

<sup>85</sup> En rigor no es un principio de método, sino un postulado que afecta al contenido mismo de la *Teoría pura*, al sentar que el derecho pertenece a la esfera del deber ser y no a la del ser, separadas por infranqueable abismo. De este principio deriva, eso sí, una actitud propiamente metodológica, el llamado “método puro”, cuya característica principal consiste en el afán de autosuficiencia de la ciencia jurídica.

—el deber ser—, o sea, por ignorar la distinción; los otros, por transitar indebidamente de una esfera a otra, es decir, por traspasar la separación.

### 3. *El formalismo de la doctrina kelseniana*

La postura de Kelsen suele calificarse de formalista. A continuación trataremos de dilucidar cuál es el verdadero sentido de la expresión “formalismo” cuando se aplica a la *Teoría pura del derecho*.

Es posible, en primer lugar, una interpretación gnoseológica del término, con arreglo a la conocida distinción kantiana entre forma y materia del conocimiento. La materia del conocimiento es concebida por Kant como un caos de intuiciones sensibles ciegas. La forma, en cambio, es función del entendimiento, que ordena y unifica ese caos sensible, convirtiéndolo en el cosmos inteligible de la ciencia. En el terreno jurídico, según la aplicación que realiza Kelsen del esquema kantiano en 1960,<sup>86</sup> la materia vendría dada por las múltiples normas jurídicas generales e individuales producidas por los órganos jurídicos, en tanto que la forma sería proporcionada por el conocimiento jurídico, que convierte ese material en un sistema unitario y coherente. No obstante, esta concepción pareciera verse seriamente puesta en tela de juicio por los últimos desarrollos de la *Teoría pura* sobre el tema de las relaciones entre derecho y lógica, en los que la función unificadora de la ciencia jurídica es prácticamente negada.<sup>87</sup>

En este sentido gnoseológico kantiano, la ciencia jurídica sería formal en cuanto se referiría a aquellos conceptos *a priori* —independientes de la experiencia— que hacen posible la constitución del conocer jurídico. Como ciencia *a priori* por excelencia, siempre han sido consideradas las matemáticas. Por eso, Kelsen, en un pasaje famoso de sus *Problemas capitales* describía a la ciencia jurídica como “...geometría de la totalidad de los fenómenos jurídicos”.<sup>88</sup>

Pero Kelsen reconoce, y a medida que pasan los años en mayor medida, que el derecho no es algo formal o puro —entendidos aquí como sinónimos de *a priori* desde un punto de vista epistemológico—, sino que existe con independencia de la tarea científica del jurista. Los elementos “no puros”, es decir, los impuestos por la realidad del mundo jurídico, invaden progresivamente las construcciones conceptuales de la *Teoría pura*, hasta el extremo

<sup>86</sup> TP (2a. ed. al.), n. 16, p. 85.

<sup>87</sup> *Ibidem*, cap. IV, n. 25.

<sup>88</sup> *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (2a. ed.), *cit.*, p. 93.

de que sus nociones se pliegan cada vez más dócilmente a los contenidos fenoménicos. Habrá múltiples ocasiones de comprobarlo.<sup>89</sup> Basten ahora estas palabras del prólogo a la segunda edición alemana de la *Teoría pura del derecho*:

Dado el curso del desarrollo cada vez más multifacético del contenido de los órdenes jurídicos positivos, una teoría general del derecho corre siempre el peligro de no abarcar, con sus específicos conceptos fundamentales, todos los fenómenos jurídicos. Algunos de estos conceptos pueden revelarse como muy estrechos, mientras otros aparecen como muy amplios. He sido plenamente consciente, en la presente tentativa, de ese peligro y, por consiguiente, estaré francamente agradecido a toda crítica en ese respecto.<sup>90</sup>

La interpretación kantiana —y mucho más en la versión de Cohen, que desdeñaba cualquier aportación de lo sensible en el proceso cognoscitivo— se hace progresivamente menos compatible con los asertos del jurista vienés acerca del sentido de su propio trabajo, y, sobre todo, con lo que de hecho lleva a cabo en su *Teoría*. Este enfoque gnoseológico-crítico no aclara, a nuestro juicio, el real sentido de la *Teoría pura*, sobre todo en sus formulaciones tardías, sino que lo distorsiona. Por aquí se abre una vía de crítica inmanente de gran interés, en tanto Kelsen no abandona su concepción neokantiana,<sup>91</sup> y, al mismo tiempo, parece desmentirla con los hechos.

Por esa razón, el formalismo kelseniano y la “pureza” de la *Teoría pura*, pese a guardar una estrecha vinculación con las premisas neokantianas a las que recurre nuestro autor para explicar el cometido de su ciencia, no han de relacionarse demasiado con ellas. Resta por averiguar, en consecuencia, el auténtico significado de tal formalismo.

Dos observaciones previas. Ante todo, no debe ser confundido con el denominado “formalismo jurídico”, en cuanto predominio en el derecho de la forma o signo externo que manifiesta el sentido de los actos jurídicos. En segundo lugar, el formalismo en Kelsen se define como un prescindir de determinados contenidos en la ciencia jurídica. El problema consiste, en definitiva, en precisar cuáles son esos contenidos que la ciencia jurídica quiere dejar fuera. El propio Kelsen advierte la relatividad de la contraposición entre forma y contenido. Así, el derecho en conjunto —explica— se ve como

---

<sup>89</sup> A propósito, entre otras materias, de los diversos significados del deber ser, de la distinción entre norma y proposición jurídica, de la relación entre validez y eficacia, de las llamadas normas dependientes, de la “nomodinámica”, etcétera.

<sup>90</sup> TP (2a. ed. al.), prólogo a la 2a. ed., p. 13.

<sup>91</sup> La mantiene en el citado texto de *idem*, n. 16, p. 85.

forma respecto a la economía, pero, a su turno, cabe distinguir, dentro del derecho, forma y contenido.<sup>92</sup>

Siguiendo a Legaz,<sup>93</sup> podemos sostener que el formulismo kelseniano se resuelve en la pureza metódica, basado en el principio de la separación *Sein-Sollen*. El contenido que permanece al exterior de la *Teoría pura* es, en primer término, el concreto conjunto de normas que corresponden a un orden jurídico específico. Con esto simplemente se recuerda que la *Teoría pura* es una teoría *general* sobre el derecho. Sin embargo, ella opera a partir de esos contenidos positivos. Su objeto es precisamente el derecho positivo, cuyos fenómenos se esfuerzan por abarcar la teoría general. Por ende, el derecho positivo no entra en cuanto concreto, sino en tanto que generalizado. El contenido que sí queda por completo fuera de la doctrina kelseniana es, por una parte, frente al sociologismo, el de los nexos causales que unen efectivamente a los sucesos en el acontecer jurídico —por ejemplo, el motivo que lleva a una persona a cumplir una norma, o las causas históricas que explican el nacimiento de cierta costumbre—; y por otra parte, frente al iusnaturalismo, aquellas realidades que un conocimiento que va más allá de lo empírico pretende captar en el mundo jurídico, o sea, los elementos metafísicos que de alguna manera están presentes en todas las doctrinas sobre el derecho natural. Kelsen aparta con energía estos contenidos para quedarse con lo que para él constituye la esencia de lo jurídico: la norma positiva que da lugar a un enlace, en la esfera del *Sollen* —netamente separada de la esfera del *Sein*—, entre una condición y una consecuencia jurídica.

Este sería el único punto de vista jurídico, si bien no se niega del todo que se dan en el derecho esos contenidos que se aspira a excluir, por lo que, como tantas veces se ha dicho, Kelsen trata de lograr una “teoría pura del derecho”, no una teoría del derecho puro. Sólo que lo no puro en el derecho no sería derecho ni sería jurídicamente conceptualizable, lo que es una precisión clave para entender el positivismo jurídico.

#### 4. *Relación entre objeto y método de la ciencia jurídica*

Parece oportuno plantear aquí una cuestión que Kelsen no aborda en el texto que comentamos, pero cuyo esclarecimiento arroja más luz en toda

---

<sup>92</sup> Kelsen, H., “Juristischer Formalismus und Reine Rechtslehre”, *Juristische Wochenschrift*, 58, 1929, p. 1723. Aunque el término “formalismo” se utilizó al principio como una acusación contra Kelsen, éste lo aceptó como aplicable a su doctrina. Véase Bergmann, Gustav y Zerby, Lewis, “The Formalism in Kelsen’s Pure Theory of Law”, *Ethics*, 55, 1945, pp. 110-130; Orlando, Claudio, *Formalismo giuridico e valori in Hans Kelsen*, Roma, La Goliardica, 1967.

<sup>93</sup> Legaz y Lacambra, L., *Hans Kelsen*, cit., p. 25.

esta materia. Es el problema de la relación entre objeto y método de la ciencia jurídica, que podría enunciarse así: ¿es el objeto el que predetermina el método, o, por el contrario, es el método el que determina el objeto?

Bien sabido es que, etimológicamente, “método” significa camino. Para trazar una ruta es necesario conocer previamente no sólo su punto de partida, sino también su meta. Por tosca que sea la comparación, ella deja entrever que para atinar con el método jurídico hace falta una idea previa de lo que se quiere alcanzar: el derecho. Sólo sobre la base de una aprehensión elemental de lo jurídico se estará en condiciones de encauzar correctamente el empeño metodológico del quehacer científico del jurista, que de otro modo sería ciego y carecería de rumbo. Y Kelsen no puede sustraerse a estas exigencias de sentido común. A la hora de definir el derecho, punto de arranque de sus ulteriores indagaciones, declara que dirige su mirada a lo que históricamente se ha considerado como derecho, y extrae su concepto de derecho de una observación comparativa de los ordenamientos jurídicos que han existido y existen.<sup>94</sup>

Pero, a la vez, mantiene la opinión de que la ciencia jurídica, de acuerdo con la teoría del conocimiento de Kant, “produce” (*erzeugt*) su objeto —el derecho— al concebirlo como una totalidad significativa.<sup>95</sup> El criterio que, conforme a esta postura epistemológica, en especial en la variante de Cohen, sirve para deslindar a la ciencia jurídica de otras ciencias, es el método. Por tanto, no sería el objeto el que determina el método, sino justamente al revés: el método produciría el objeto. Según esto, en la naturaleza misma del objeto —supuesto, por un momento, como independiente de la ciencia— nada hay que permita distinguir la ciencia jurídica de otras disciplinas. El jurista, al conceptualizar el derecho, sería el que lo produce epistemológicamente. No cabe, en el marco de estas ideas, echar mano de un “derecho en sí”, anterior a su captación por el jurista: ello equivaldría a recaer en la estigmatizada “cosa en sí” kantiana. Esta perspectiva, como ya se puso de relieve,<sup>96</sup> influyó incluso en la adopción del adjetivo “pura” como divisa principal de la doctrina de Kelsen.

Por un lado, la ciencia del derecho encuentra en la realidad social su objeto y lo distingue de un modo inductivo-comparativo basándose en esa

---

<sup>94</sup> TP (2a. ed. al.), n. 6, p. 44.

<sup>95</sup> *Ibidem*, n. 16, p. 85.

<sup>96</sup> *Ibidem*, cap. I, n. 3. El adjetivo “pura” apareció como distintivo de la teoría por primera vez en el subtítulo de *Das problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechtes. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*, J. C. B. Mohr (P. Siebeck), Tubinga, 1920 (reimpresión: Scientia Verlag, Aalen, 1960). Lo había usado Stammler, sobre una base también neokantiana, aunque arribando a conclusiones iusnaturalistas muy opuestas a las de Kelsen.

realidad; por otro lado, es la ciencia jurídica la que crea el derecho como su objeto propio, y la tarea científica se considera, más bien, como la de precisar las condiciones *a priori* del conocimiento jurídico. Kelsen buscará librarse de esta aparente contradicción<sup>97</sup> mediante su distinción, muy neta en 1960,<sup>98</sup> entre norma jurídica (*Rechtsnorm*) y proposición jurídica (*Rechtsatz*). La primera preexistiría a la ciencia jurídica, siendo producida por la autoridad jurídica. La proposición describiría la norma y sería producto de la ciencia. Posteriormente se examinará la validez de esta solución,<sup>99</sup> que implica, desde luego, un cierto alejamiento del neocriticismo.

Al relacionar objeto y método en la *Teoría pura* nos topamos, en suma, con idéntico problema que el examinado a propósito del significado del formalismo kelseniano: la difícil armonía del conjunto de la construcción con los presupuestos idealistas defendidos por su autor.

Salvo la tesis, esencialmente negativa, de la pureza metódica total, fundamentada en la autonomía del deber ser, no se encuentran en la segunda edición alemana otras indicaciones metodológicas iniciales. Otros elementos de lo que podría considerarse la metodología kelseniana se reflejan a lo largo de la obra, pero no son objeto de un estudio temático, sino que se deducen de su efectivo uso en la resolución de determinadas cuestiones de la ciencia del derecho. La disolución de, a su juicio, falsas antinomias, la crítica ideológica de éstas, la reducción de los fenómenos jurídicos a esquemas preconcebidos, las analogías con otras ramas del saber, etcétera, son otros tantos instrumentos metodológicos repetidamente empleados por Kelsen que serán explicados cuando la materia expuesta lo pida. Debe quedar claro, al mismo tiempo, que la *Teoría pura* no examina reflejamente las técnicas o procedimientos usados por los juristas en su labor científica,<sup>100</sup> ni se preocupa por dilucidar los modos de razonar de quienes, en concreto, como legislador, juez, abogado, etcétera, participan en la vida jurídica.

En resumen, la *Teoría pura del derecho* aparece, de entrada, como una ciencia que tiene por objeto el derecho positivo en general, cuyo método se caracteriza por una exigencia de total pureza, en el sentido de que sólo ha de ocuparse de ese objeto, separándolo del de otras ciencias más o menos conexas.

---

<sup>97</sup> Esquivel, *op. cit.*, p. 22, anota esta paradoja: por una parte, en Kelsen el método crea el objeto; por otra, sostiene que la sociología y la ciencia jurídica tienen el mismo objeto (*Was ist die Reine Rechtslehre*, en Klecatsky, H. *et. al.*, *op. cit.*, I, p. 611). Es una variante de la misma aparente contradicción que hemos señalado en el texto.

<sup>98</sup> TP, (2a. ed. al.), n. 16, pp. 84-88.

<sup>99</sup> *Ibidem*, cap. III, n. 10.

<sup>100</sup> Lo pone de relieve Esquivel en *op. cit.*, p. 173.



V. SER Y DEBER SER<sup>101</sup>1. *Naturaleza y sociedad*

Si se parte de la distinción entre ciencias naturales y ciencias sociales, y, por ende, de una distinción entre naturaleza y sociedad, como distinción entre los diferentes objetos de esas ciencias, se plantea entonces, por de pronto, el interrogante de si la ciencia jurídica es una ciencia natural o una ciencia social; de si el derecho es un objeto natural o un objeto social.<sup>102</sup>

Indicado ya el objeto de la ciencia jurídica y afirmada su pureza metódica, Kelsen busca situarla en el contexto de la distinción, muy típica del neokantismo de la Escuela de Baden, entre ciencias naturales y ciencias sociales.<sup>103</sup>

Su idealismo neokantiano se trasluce en el modo como plantea esta cuestión. Para ubicar la ciencia jurídica no mira directamente a la realidad de su objeto —el derecho—, sino que se dirige al cuadro de las ciencias, que ofrecerían el punto de partida de esta investigación.<sup>104</sup> La distinción que efectúa Kelsen, en con secuencia con su postura idealista, es primariamente entre ciencias, y sólo secundariamente entre objetos.

Pero inmediatamente acude a los objetos, y de momento no se refiere a sus respectivas ciencias:

Pero esta contraposición de naturaleza y sociedad no es posible sin más ni más, puesto que la sociedad entendida como la convivencia fáctica de los seres humanos, puede ser pensada como una parte de la vida en general, y, por ello, como una parte integrante de la naturaleza; y en tanto el derecho —o aquello que, por de pronto, se suele considerar tal—, por lo menos en cuanto se encuentra con una parte de su ser en el dominio de la naturaleza, pareciera tener una existencia plenamente natural. Si se analiza, en efecto,

<sup>101</sup> TP (2a. ed. al.), nn. 2-4b, pp. 15-23; TP (ed. fr.), pp. 36-42; TP (1a. ed. al.), nn. 2-5, pp. 26-31.

<sup>102</sup> TP (2a. ed. al.), n. 2, p.15.

<sup>103</sup> *Cfr. infra*, cap. III, n. 12.

<sup>104</sup> Juan Alfredo Casaubon lo advierte en su interesante y acertada reseña de la edición francesa de la *Teoría pura del derecho*, titulada “Hans Kelsen y la Teoría pura del derecho”, *Revista de Estudios Teológicos y Filosóficos*, Buenos Aires, PP. Dominicos, 3, 1961, pp. 139-140. De modo análogo a como Kant partió de la física de Newton, Kelsen lo hace desde la ciencia jurídica positivista de su época, que aspira a fundamentar críticamente, y así purificar y desarrollar mejor. Sobre este tema vuelve Kelsen con más amplitud en el cap. III de su TP (2a. ed. al.): “Derecho y ciencia”.

uno cualquiera de los acontecimientos fácticos considerados jurídicos... cabe distinguir dos elementos: uno es un acto sensiblemente perceptible que de por sí acaece en el tiempo y en el espacio... el otro elemento está constituido por la significación jurídica, es decir: la significación que el acontecimiento adquiere por el lado del derecho.<sup>105</sup>

Pone una serie de ejemplos, con el afán didáctico tan suyo, de los que entresacamos un par: “Se reúnen hombres en un recinto, pronuncian discursos, algunos levantan las manos, otros no: esto es lo que acontece externamente. Su significación: se ha resuelto dictar una ley, se ha producido derecho... Alguien provoca, con cierta actividad, la muerte de otro. Jurídicamente ello significa un homicidio”.<sup>106</sup>

Se trata de colocar el derecho en el binomio naturaleza y sociedad. Kelsen entiende lo natural como lo fáctico y perceptible por los sentidos. Lo social, en cambio, en lo que implícitamente se sitúa lo jurídico —sin que se precisen por ahora sus mutuas relaciones—, vendría a ser una significación (*Bedeutung* o *Sinn*) peculiar de esa facticidad. Surge, de este modo, la distinción entre el acto y su significado jurídico: el primero acontece en el mundo de la naturaleza, a diferencia del segundo, que no es sensorialmente perceptible. No obstante, el material fáctico dado al conocimiento jurídico tiene una peculiaridad que lo diferencia del material con que se encuentra el científico de la naturaleza. Kelsen la designa como la “autoatribución de significado”.<sup>107</sup>

Por cierto que el hombre que actúa racionalmente, que produce el acto, enlaza a su acto un determinado sentido que de alguna manera, es expresado y será comprendido por otros. Este sentido subjetivo puede coincidir con la significación objetiva que el acontecimiento puede tener por el lado del derecho, pero no es necesario que coincidan. Alguien dispone por escrito de su patrimonio para el caso de su muerte. El sentido subjetivo de esta acción es un testamento. Objetivamente, desde el punto de vista jurídico, puede quizás —en razón de algún defecto de forma— que no lo sea.<sup>108</sup>

Esta distinción entre el sentido subjetivo y el sentido objetivo de los actos desempeñará un destacado papel en toda la obra.

En el dualismo naturaleza-sociedad, el derecho pertenece al ámbito de la sociedad. ¿Qué entiende aquí Kelsen por sociedad? No es, por de

---

<sup>105</sup> TP (2a. ed. al.), n. 2, pp. 15 y 16.

<sup>106</sup> *Idem.*

<sup>107</sup> *Ibidem*, n. 3, p. 16.

<sup>108</sup> *Idem.*

pronto, la fáctica convivencia, porque ésta cae dentro de la naturaleza. Los actos sociales son elementos del sistema de la naturaleza, y, en cuanto tales, dice Kelsen, están determinados por leyes causales. Así mirados, no constituyen derecho ni son algo propiamente social. Es hora de preguntarse en virtud de qué esos actos se transforman en jurídicos —conformes o contrarios a derecho—, o, en otras palabras, de dónde proviene el sentido jurídico objetivo.

La respuesta de la *Teoría pura* es muy sencilla: “El acontecimiento en cuestión logra su sentido específicamente jurídico... a través de una norma que se refiere a él con su contenido, que le otorga significación en derecho, de suerte que el acto puede ser explicitado según esa norma. *La norma funciona como un esquema de explicitación*”.<sup>109</sup> Por consiguiente, lo específicamente jurídico —y, en general, lo específicamente social— es lo normativo. La confrontación del suceso con la norma es lo que le confiere su significado jurídico objetivo, de modo semejante a como “...en la concepción de que el acto exhibe un acontecer natural, sólo recibe expresión una explicitación determinada, diferente de la normativa, a saber: una explicitación causal”.<sup>110</sup> En el ejemplo mencionado del testamento, éste será válido si se adecua a las disposiciones del respectivo código civil, el cual, a su vez, será verdadera ley si ha sido promulgado de acuerdo con la Constitución de ese Estado.

El resto de este capítulo será un intento de encuadrar el derecho dentro de lo social, esto es, en el campo de lo normativo. Visible es la atención que presta la segunda edición alemana al tema de las normas en general, lo que prelude la obra póstuma titulada, precisamente, *Teoría general de las normas*. Sin embargo, en 1960, al igual que en su libro póstumo, Kelsen se ocupa sobre todo de las normas jurídicas, a cuyo estudio consagró su vida entera.

Antes de proseguir, vale la pena dejar constancia de que el autor, sin más discusión ni preámbulo, asume los conceptos de naturaleza y sociedad que le entrega su formación filosófica neokantiana. Estos conceptos condicionan radicalmente todo el desarrollo posterior de su doctrina. Aparte del enfoque criticista —que ve a la naturaleza y a la sociedad como formas del pensamiento, no abstraídas de la realidad—, identificar la naturaleza con lo fáctico sensorialmente perceptible, y la sociedad con lo normativo —teniendo en cuenta que esto se reduce, a su vez, a las normas positivas—, equivale a sentar dos premisas que, por no ser en absoluto evidentes, han de estimarse como simples postulados.

<sup>109</sup> *Ibidem*, n. 4a, p. 17. Las cursivas son nuestras.

<sup>110</sup> *Ibidem*, n. 4a, pp. 17 y 18.

## 2. *La norma como sentido de un acto de voluntad*

Kelsen se dedica enseguida a determinar mejor qué es lo normativo, distinguiéndolo de lo natural. De ahí el título del capítulo: “Derecho y naturaleza”, y en un segundo momento, no del todo diferenciado del anterior en el texto, sostendrá que el derecho es norma y procurará descubrir la diferencia específica del derecho dentro del concepto genérico de norma.

Con la palabra “norma” se alude a que algo deba ser o producirse; especialmente, a que un hombre *deba* comportarse de determinada manera. Este es el sentido que tienen ciertas acciones humanas dirigidas con intención hacia el comportamiento de otros cuando, conforme a su sentido, proponen (ordenan) ese comportamiento; pero también cuando lo permiten y, muy especialmente, cuando se le otorga el poder de establecer él mismo normas. Se trata —en este sentido— de actos volitivos.<sup>111</sup>

Más adelante se explicarán estas diversas funciones de la norma —ordenar, permitir, facultar— cuya diferenciación comporta una novedad importante en la segunda edición en alemán.<sup>112</sup> Kelsen, como es habitual, anticipa aquí esta materia, que repetirá en diversos lugares del libro.<sup>113</sup>

Ahora interesa recoger una definición de norma que nos ayudará a penetrar en la *Teoría pura*, hasta arribar a su núcleo: la ya tantas veces mencionada separación del ser y el deber ser.

*“Norma” es el sentido de un acto con el cual se ordena o permite y, en especial, se autoriza, un comportamiento. Debe tenerse en cuenta con ello que la norma, como sentido específico de un acto intencionalmente dirigido hacia el comportamiento de otro, es algo distinto del acto de voluntad cuyo sentido constituye. Dado que la norma es un deber, mientras que el acto de voluntad, cuyo sentido constituye, es un ser.*<sup>114</sup>

<sup>111</sup> *Ibidem*, n. 4b, p. 18. Las cursivas pertenecen al original.

<sup>112</sup> *Ibidem*, n. 6.

<sup>113</sup> TP (2a. ed. al., n. 4d), pp. 38- 40; n. 28b, pp. 131-133; etcétera.

<sup>114</sup> *Ibidem*, n. 4b, p. 19. Las cursivas son nuestras. Parece preferible la ya clásica expresión castellana “deber ser” como traducción del *Sollen* kelseniano, en vez de poner simplemente “deber”. Son muy respetables las razones que aduce Vernengo (TP (2a. ed. al.), nota del traductor, p. 357), para apartarse del uso establecido —trata de evitar convertir al *Sollen* o “deber ser” en una misteriosa entidad, revestida de un aura especial en virtud de la traslación al castellano de la mayúscula alemana, propia en esa lengua de todo sustantivo o término sustantivado. Mas, sin emplear esta mayúscula, es menester distinguir el verbo modal “deber” sustantivado, del sustantivo “deber” como sinónimo de obligación, y, con este objeto, no hay procedimiento más sencillo que seguir la tradición inaugurada por Legaz y Lacambra y Recaséns Siches en las primeras traducciones al español de Kelsen—. Sobre el concepto de

El jurista vienés no se preocupa de justificar estas afirmaciones, quizá por tratarse de un libro de síntesis. Describe la norma como el sentido de un acto de voluntad. Sobre la base de la separación entre razón y voluntad —siguiendo en esto sobre todo a Schopenhauer,<sup>115</sup> que establecía una rígida incomunicación entre ambas facultades—, Kelsen conecta a la norma exclusivamente con el querer. Obviamente, es posible conocer las normas, pero éstas no constituirían el sentido de ningún acto del entendimiento. Estamos ante una declaración del menos matizado voluntarismo en la concepción de la norma, y, por tanto, del derecho. Como se apreciará por lo que sigue, esta postura voluntarista se acentuará al final de la existencia del autor.

Otro aspecto que ha de recalcarse es que el Kelsen del último periodo pone en relación la norma con un acto de voluntad, concebido como una realidad fáctica. Si se coteja lo que expresaba acerca de la relación entre derecho y voluntad en su obra primeriza de 1911, *Problemas capitales*, con lo que dirá en escritos posteriores a 1960, se percibe una evolución considerable de su pensamiento a este respecto, en la que la síntesis de 1960 se inscribe como un hito transitorio. En *Problemas capitales* destinaba buena parte de sus esfuerzos a combatir las concepciones no jurídicas de la voluntad, de índole psicológica, como ajenas al punto de vista del derecho.<sup>116</sup> Conceptualizada jurídicamente, era el punto final de una imputación (*Zurechnung*) normativa, por la que se atribuían ciertos actos a la voluntad del Estado, considerada no como algo real psíquico, sino como construcción teórica o forma lógica del pensamiento. A esta voluntad ficticia, perteneciente al mundo del deber ser, se adjudicaban las destacadas funciones de fuente y principio de unidad del orden jurídico.<sup>117</sup> Esto acarreaba una paradoja: una construcción ficticia, de tipo auxiliar, debía servir para explicar de dónde deriva el derecho y para unificar el sistema jurídico. En el fondo, tras esas funciones se suponía una voluntad situada en el mundo del ser. Así lo diagnosticó el mismo Kelsen en el prólogo a la segunda edición de los *Problemas capitales*.<sup>118</sup> En lo sucesivo ya no aparecerá esta tesis. En la

---

norma en Kelsen, véase Stranzinger, Rudolf, “Der Normbegriff bei Hans Kelsen”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 63, 1977, pp. 399-411.

<sup>115</sup> Ebenstein, *op. cit.*, p. 34.

<sup>116</sup> La exposición de Recaséns Siches, *op. cit.*, pp. 150-157, que no alcanza a tener en cuenta los últimos desarrollos de Kelsen al respecto.

<sup>117</sup> *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 2a. ed., *cit.*, pp. 162-168; y el resumen de la evolución de este tema en Eikema Hommes, Hendrik van, *op. cit.*

<sup>118</sup> *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 2a. ed., *cit.*, pp. 9 y 10.

primera edición de la *Teoría pura del derecho* (1934), la voluntad estatal se continúa viendo como una expresión ficticia —antropológica— de la unidad del orden jurídico,<sup>119</sup> pero la función unificadora se atribuye a la norma básica que, en el tiempo intermedio, ha pasado a integrar la *Teoría pura* en un puesto de honor.<sup>120</sup> Respecto a la fuente de las normas, se formula entonces el distingo entre el acto psíquico —anclado en la esfera del *Sein*— y el contenido significativo del acto, el cual se desdobra en un sentido subjetivo —también en el *Sein*— y un sentido objetivo —el auténtico *Sollen*—.

Esta doctrina pasa casi sin variaciones a la segunda edición de *Reine Rechtslehre*, haciéndose más explícita la tesis de que la voluntad real de los individuos es la fuente de las normas,<sup>121</sup> y la de que éstas constituyen el sentido o contenido significativo de esa voluntad. Más tarde extrajo nuevas conclusiones de estas premisas, y modificó, en consecuencia, su noción de la norma básica, conectándola con un acto del querer, aunque ficticio.<sup>122</sup> En 1965 escribía: “Ningún *Sollen* sin un *Wollen*, aunque sea sólo ficticio”.<sup>123</sup>

En síntesis, mientras en un principio la voluntad jurídica se ponía en el plano del deber ser, como una construcción lógica del pensamiento, al final de la evolución de la *Teoría pura* se traslada al ámbito del ser, como algo que forma parte de la naturaleza. Por esto mismo, la voluntad correspondiente a la norma fundamental —que no es posible hallar en la naturaleza— se interpreta al fin como una ficción en cuanto se finge un querer, llamado a existir en el ser, pero realmente inexistente.<sup>124</sup>

<sup>119</sup> TP (1a. ed. al.), n. 24c, p. 81 y n. 50d, p. 188.

<sup>120</sup> *Ibidem*, cap. IV, n. 24.

<sup>121</sup> Por esta razón en TP (2a. ed. al.), p. 21, nt. 3 cambia expresamente la opinión antes defendida (*Teoría general del derecho y del Estado*, cit., pp. 38-40) según la cual en una decisión mayoritaria por la que se aprueba una ley, los votos de los parlamentarios no necesariamente corresponden a actos de voluntad, ya que muchos de los votantes no conocen, o sólo en medida insuficiente, el contenido de la ley sometida a votación. Ahora Kelsen interpreta el voto emitido en esas circunstancias como una especie de autorización. En 1945 quería resaltar la distinción entre el acto de voluntad y su sentido normativo; en 1960, manteniendo esa distinción, insistirá en que a toda norma corresponde un querer real, y en el nexo que une a la norma con tal querer: el ser sentido o contenido significativo del acto (cfr. *idem*, n. 4c, p. 24, nt. 7, donde expresamente señala que con esto último gana en claridad la doctrina expuesta en *Teoría general del derecho y del Estado*).

<sup>122</sup> *Ibidem*, cap. IV, n. 24.

<sup>123</sup> Kelsen, H., *Sobre el concepto de norma*, cit., p. 207.

<sup>124</sup> El sentido de esta modificación se comprenderá mejor cuando se haya analizado su distinción entre norma y proposición jurídica en el cap. III, n. 10, y se haya expuesto su teoría de la norma básica, en el cap. IV, n. 24. Eikema anuda la exposición de estos tres aspectos en el artículo citado.

### 3. *El dualismo ser-deber ser*

La norma es, en Kelsen, el contenido significativo de un acto de voluntad. En tanto este acto se adscribe a la esfera del ser, la norma se ubica en la del deber ser. De este modo entra en escena la capital distinción kelseniana entre ser y deber ser, la indiscutible clave del entero sistema de la *Teoría pura*. Empalmándola con el dualismo naturaleza y sociedad, puede establecerse una neta identificación entre lo natural y el ser, por una parte, y entre lo social o normativo y el deber ser, por otra.<sup>125</sup>

Esta distinción se proclama como evidente: “La distinción entre ser y deber<sup>126</sup> no puede ser explicada más de cerca. Se encuentra inmediatamente dada a nuestra conciencia”.<sup>127</sup>

Mas no se contenta con sentar la distinción, sino que a renglón seguido y como un axioma inconcuso sostiene la completa separación, esto es, la negación de la posibilidad lógica de pasar de una a otra esfera, y, en particular, de fundar un deber ser en el ser.

Nadie puede negar que la afirmación de que “algo es” —esto es, el enunciado con el cual se describe un hecho real—, es esencialmente diferente del enunciado que dice que “algo debe producirse”, esto es: del enunciado con el cual se describe una norma: y que, en consecuencia, de que algo exista no puede seguirse que algo deba existir, de igual modo a que de que algo deba ser, no puede seguirse, que algo sea.<sup>128</sup>

La distinción se erige en rasgo distintivo del positivismo kelseniano frente a las doctrinas de corte sociológico;<sup>129</sup> la separación se esgrime, como argumento central y apodíctico, contra el iusnaturalismo.<sup>130</sup> Sin duda este princi-

<sup>125</sup> Achermann, F., *Das Verhältnis von Sein und Sollen als ein Grundproblem des Rechts*, P. G. Keller, Zürich, 1955; Mantilla Pineda, B., “Essere e dover essere in H. Kelsen”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 43, 1966, pp. 745-760; Losano, M. G., *Per un'analisi di Sollen in H. Kelsen*, op. cit., 44, 1967, pp. 546-568, dedicado en particular a las fuentes del concepto de “deber ser”, en Kelsen, incluso la doctrina de un oscuro jurista —Arnoldo Kitz— citado en *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (2a. ed.), cit., p. 7, que insistió en la contraposición con el “ser”. También aborda la problemática distinción kelseniana entre el *Sollen* prescriptivo y el *Sollen* descriptivo, que veremos en el cap. III, n. 10. Véase también, Wroblewski, J., “Kelsen, the is-ought Dichotomy and Naturalistic Fallacy”, *Revue Internationale de Philosophie*, 35, 1981, pp. 508-517.

<sup>126</sup> *Idem*.

<sup>127</sup> TP (2a. ed. al.), n. 4b, p. 19.

<sup>128</sup> *Ibidem*, pp. 19 y 20.

<sup>129</sup> *Ibidem*, n. 26, pp. 117-122.

<sup>130</sup> *Justicia y derecho natural*, cit., n. 31, p. 103.

pio constituye el fundamento de toda la *Teoría pura*: la doctrina así lo acepta pacíficamente. La mejor demostración de su carácter fundamental consiste en imaginar que se quita por un momento, y observar lo que sucede en el edificio tan laboriosamente alzado por el jurista vienés: se desploma con estrépito.

La posibilidad de transitar de una proposición sobre el ser a otra sobre el deber ser ha sido tenazmente impugnada por buena parte de la filosofía moderna. El raciocinio que funda un deber ser en el ser se conoce, entre quienes lo combaten, como la “falacia naturalista”. En Kelsen, este punto de partida dualista y separacionista se apoya en el neokantismo, sobre todo en Windelband y Simmel,<sup>131</sup> pero estos, a su vez, lo han tomado de Kant,<sup>132</sup> y ya se hallaba explícito en Hume.<sup>133</sup>

A la luz de este dualismo procura Kelsen distinguir en todo fenómeno jurídico aquello que se inscribe en el campo del deber ser, de aquello que ha de relegarse al terreno del ser. La norma se localiza en el deber ser, mientras que el correspondiente acto de voluntad que la produce es una parte del ser. La validez de las normas es un problema del deber ser, al paso que su eficacia reside en el ser. El comportamiento de los individuos es algo real, pero la imputación a una conducta de una consecuencia jurídica es normativa.<sup>134</sup>

Este dualismo entre lo que es y lo debido no significa, con todo, que lo que es y lo debido se encuentren lado a lado sin relación alguna. Se sostiene que “lo que es puede corresponder a lo debido”; vale decir: algo puede ser tal como debe ser; también se dice que lo debido está «orientado» hacia un ser, que algo debe “ser”.<sup>135</sup>

Pero precisa: “La conducta que es y la conducta debida no son idénticas; la conducta debida es igual a la conducta real, difiriendo sólo en la circunstancia (modalidad) de que una tiene existencia, y la otra debe producirse”.<sup>136</sup> Más tarde denominará “sustrato modalmente indiferente”<sup>137</sup> a ese “algo” que funciona como denominador común del ser y el deber ser. Sin embargo, con esto no se tiende ningún puente entre ambos, por lo que estas puntualizaciones no alteran en absoluto sus planteamientos de fondo.

<sup>131</sup> *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (2a. ed.), cit., p. 6.

<sup>132</sup> Mantilla, B., *op. cit.*, pp. 748-750.

<sup>133</sup> Hume, D., *Treatise of Human Nature*, L. S. Selby-Bigges ed., p. 569.

<sup>134</sup> Eikema, H., *op. cit.*, p. 23. La distinción entre norma y proposición jurídica, y sus últimos desarrollos en el tema de las relaciones entre el derecho y la lógica, acarrearán ciertos problemas en la rígida separación entre ser y deber ser.

<sup>135</sup> TP (2a. ed. al.), n. 4b, p. 20.

<sup>136</sup> *Idem.*

<sup>137</sup> *Allgemeine Theorie der Normen*, cit., p. 46.



#### 4. *El Sein kelseniano*

Para comprender adecuadamente este principio de la separación entre *Sein* y *Sollen* es menester determinar qué entiende Kelsen por uno y otro. Si esto no se aclara suficientemente, toda disputa sobre sus relaciones es inútil, pues está viciada por malentendidos iniciales.

Dos notas definen al *Sein* de que trata la *Teoría pura*: su facticidad y el ser sensible. Decir “algo es” sólo puede significar, en el pensamiento kelseniano, que “algo es un hecho empírico, perceptible por los sentidos”. Así se deduce de la literalidad de las afirmaciones del autor ya citadas.<sup>138</sup> Pero mantiene a la par la tesis de que el ser o lo natural es producto de una explicitación causal, o sea, de la aplicación del *a priori* de la causalidad, como ley del pensamiento, y no de la realidad, en términos kantianos, al material que se ofrece a los científicos.<sup>139</sup>

El concepto de ser o realidad se ve, entonces, como un concepto puro del entendimiento, sólo aplicable a los datos recibidos a través de la sensibilidad. De acuerdo con la gnoseología kantiana, ese concepto puede ser considerado por la lógica trascendental en su cualidad de concepto puro, con objeto de justificarlo (deducción trascendental); o por la ciencia natural, que lo considera en su aplicación al dato sensible. De ahí que el ser aparezca en Kelsen —siguiendo a Kant— tanto como el producto de una explicitación causal cuanto como algo sensible. Se trata, pues, de dos planos o niveles de consideración no incompatibles entre sí.

En todo caso, el *Sein* al que se refiere Kelsen no tiene nada que ver con el ser de la metafísica. El ser, para nuestro autor, siempre es algo sensible o que, por lo menos, implica un correlato real directamente sensible. Remontarse por encima de lo sensible en el conocimiento racional le está vedado por su adhesión al postulado kantiano de que la razón no puede ir más allá de la experiencia.

#### 5. *El Sollen kelseniano*

El *Sollen* también se concibe con arreglo al método trascendental. Antes de 1960 esto era particularmente nítido: era una categoría epistemológica —no ontológica—, un principio del conocimiento, y, aplicado al material

<sup>138</sup> TP (2a. ed. al.), n. 2, p. 16, lo natural se distingue por ser sensorialmente experimentable; es identificado con lo fáctico, en *ibidem*, n. 4a, p. 17, y equiparado al *Sein*, en *ibidem*, n. 4b, pp. 19 y 20.

<sup>139</sup> TP (2a. ed. al.), n. 4a, pp. 17 y 18.

que aporta la vida jurídica, venía a ser el nexo lógico que une en la ciencia jurídica una consecuencia —la sanción— con una condición —la correspondiente conducta sancionada—. Kelsen se empeñaba en purificar el deber ser de todo contenido ético, considerándolo expresamente como una categoría de la lógica trascendental en sentido kantiano, y no como una idea trascendente, es decir, no como correlativa a un valor absoluto que haría de la acción debida algo moralmente bueno o justo.<sup>140</sup>

Esta óptica cambia apreciablemente en la segunda edición alemana. A primera vista se nota que en ningún pasaje del libro se designa expresamente el deber ser como categoría trascendental, reservándose este calificativo para la norma básica llamada “presupuesto lógico-trascendental”.<sup>141</sup> Insistentemente destaca, en cambio, que el *Sollen* comprende diversos sentidos, y no se limita a lo que vulgarmente se conoce por deber —la obligación—, sino que se extiende al permitir y al facultar o autorizar, siempre referidos por Kelsen en último término a la aplicación de la sanción.<sup>142</sup> El *Sollen* es utilizado, por consiguiente, de un modo científico-técnico que se aparta de los usos lingüísticos habituales.

Más significativo aún es el hecho de que ahora el deber ser se conceptualiza primariamente como el sentido de un acto humano. “Este —se refiere al *Sollen*— es el sentido que tienen ciertas acciones humanas dirigidas con intención hacia el comportamiento de otros”.<sup>143</sup> Y las diversas alternativas que admite el deber ser —que la conducta esté ordenada, permitida o facultada— dependen del sentido que tenga en cada caso la norma de que se trate. Este sentido existe primero como “sentido subjetivo” del correspondiente querer dirigido a la conducta ajena. Por ende, la distinción entre las variantes del *Sollen* se impone no a partir de una interpretación trascendental de la realidad jurídica, sino por fuerza del contenido de esa misma realidad. Nos parece, en efecto, que el sentido subjetivo del *Sollen* ha de insertarse en la esfera del *Sein*.

No obstante, Kelsen insiste en que el deber ser jurídico es el “sentido objetivo” del acto de voluntad. ¿Qué es este sentido objetivo y en qué se diferencia del subjetivo? Sirvámonos de un ejemplo del autor para intentar comprenderlo. Se trata de distinguir la orden de un *gangster* que reclama una suma de dinero a una víctima, de sus fechorías, y la acción de un funcionario fiscal que cobra un tributo. Ésta última cuenta no sólo con el sentido

<sup>140</sup> TP (1a. ed. al.), n. 11, pp. 46-51 y TP (ed. fr.), pp. 66-69.

<sup>141</sup> TP (2a. ed. al.), n. 34d, pp. 208 y ss.

<sup>142</sup> *Idem*.

<sup>143</sup> TP (2a. ed. al.), n. 46, p. 18.

subjetivo del deber ser que se exige a otro, sino también con un sentido normativo objetivo —propio de una norma válida— cuando ella, como acto de voluntad cuyo sentido es la norma que requiere el pago del impuesto, se encuentra autorizada por otra norma. Por el contrario, el acto del *gangster* no reposa en ninguna norma que le confiera esa facultad de reclamar el dinero, mientras que el acto del funcionario sí está autorizado por la ley, que a su vez tiene el sentido objetivo de norma válida que le otorga el hecho de haberse dictado de acuerdo con otra norma superior, la Constitución. Por último, el primer acto constituyente por el que se instaura la primera Constitución cuenta con un sentido objetivo normativo cuando se presupone que hay que actuar como lo prescribe el constituyente. Y así arribamos a la norma básica o fundamental (*Grundnorm*). Como una norma sólo puede basarse en otra norma superior, conforme a la cual se ha producido la norma inferior, se llega a una última norma positiva —la primera Constitución—, tras la cual sólo cabe presuponer —o fingir, para ser fieles a la postrera formulación kelseniana— la norma básica, que es fuente de la validez objetiva de todas las normas.<sup>144</sup> Para soslayar fatigosas repeticiones, basten por ahora estas pinceladas sobre el tema de la producción de las normas basada en otras normas —lo que Kelsen denomina “dinámica jurídica” o “nomodinámica”—, cuyo tratamiento, por extenso, remitimos a su lugar sistemático más propio.<sup>145</sup> La íntima trabazón del sistema kelseniano le obliga a hacer estas anticipaciones, que en este caso ponen de relieve, además, la importancia siempre creciente de la “nomodinámica” en su construcción.

Además de esta apelación a la norma básica y a la construcción escalonada de la normativa jurídica, Kelsen apunta algunas características que fácticamente denotan el sentido objetivo del deber ser que es propio de la norma. Para que el deber ser sea el sentido objetivo de un acto, y no tan sólo su sentido subjetivo, o, en otros términos, para que a este sentido subjetivo corresponda el objetivo, es preciso que la conducta hacia la cual se orienta intencionalmente el acto de ordenar, permitir o facultar, sea debido no sólo desde el punto de vista del individuo que realiza el acto debido, sino también desde el punto de vista de un tercero no participante. Hace falta, asimismo, que el deber ser subsista aún después de la cesación fáctica de la voluntad que lo imperó; y es menester que valga con independencia de la actividad del sujeto destinatario, aun cuando éste nada sepa del acto de voluntad ni de su sentido normativo. Estas notas del deber ser objetivo remiten el problema al ámbito de lo que Kelsen llama “la eficacia del orden jurídico”. Poco después,

<sup>144</sup> *Ibidem*, cap. IV, n. 24.

<sup>145</sup> *Idem*.

al preguntarse con san Agustín qué distingue a una comunidad jurídica de una banda de ladrones,<sup>146</sup> reconocerá que no basta con el criterio de suponer en un caso una norma básica y en el otro no hacer semejante suposición, puesto que lo decisivo es saber por qué se presupone la *Grundnorm* en la comunidad jurídica y no en la banda de maleantes, que pueden llegar a gozar de un poderío considerable. La contestación de Kelsen es ejemplo de su honradez intelectual: debe confesar que, en su *Teoría pura*, únicamente es la efectividad duradera de un determinado orden de normas lo que condiciona la presuposición o ficción de la norma básica. Rechaza cualquier criterio valorativo como clave para efectuar la distinción entre el orden jurídico y los dictados del grupo de rufianes. Sostiene que no se presupone una *Grundnorm* sustentadora de los actos de la banda “...cuando el orden coactivo, considerado como orden jurídico es más efectivo que el orden coactivo constitutivo de la banda de ladrones”.<sup>147</sup> Sin embargo, recalca con insistencia que el sentido objetivo de la norma —es decir, la validez de la norma— ha de distinguirse de la eficacia.<sup>148</sup>

Podemos cerrar el análisis del deber ser kelseniano con la comprobación de que parece hallarse cada vez más ligado a la realidad fáctica: es el sentido de un acto de voluntad, sus variantes son dependientes de ese acto, la atribución del sentido objetivo depende de la efectividad de un orden de normas. Pero el sentido objetivo sigue apoyándose en un presupuesto lógico-trascendental, que es la norma fundamental. Cuando ésta se convierta para Kelsen en una ficción —confesando que debiera haber un acto de voluntad del cual proviniera, pero que éste no existe en realidad—, como ocurrirá en los trabajos posteriores a la segunda edición en alemán de 1960, la distinción entre el sentido objetivo y el sentido subjetivo será aún más visiblemente problemática, pues se basará en una ficción que, en definitiva, se establece para fundar un orden fácticamente eficaz. No obstante, jamás Kelsen intentará fundamentar el llamado “sentido objetivo” en un contenido ético ni sobre base metafísica alguna. Por el contrario, irá acercando su concepto de la moral a su noción del derecho, tendiendo a reducir también el deber ser moral a algo fáctico positivo, sostenido por el influjo sancionatorio social.<sup>149</sup>

Kelsen se adhirió constantemente al dualismo *Sein-Sollen*, poniendo al derecho en la parte del *Sollen*. Si ha de señalarse una idea directriz que, bajo

---

<sup>146</sup> TP (2a. ed. al.), n. 6c, pp. 57-63.

<sup>147</sup> *Ibidem*, p. 61.

<sup>148</sup> *Ibidem*, cap. IV, n. 26.

<sup>149</sup> *Idem*.

todos los avatares de su teoría, subsiste incólume con la misma firmeza de los bríos juveniles de *Problemas capitales*, indudablemente habrá de concederse este privilegio al principio de la separación entre ser y deber ser. Aunque puedan observarse ciertos acercamientos —como el que tiene lugar cuando un acto del querer se concibe como fuente y continente del deber ser— Kelsen asegurará imperturbablemente, con la convicción de la evidencia, su principio fundamental: “*De que algo sea no se sigue, ni puede seguirse, que algo deba ser o no ser. La inferencia del ser al deber ser es una falacia lógica*”.<sup>150</sup> Por ende, las normas sólo pueden basarse en otras normas, y los hechos sólo pueden ser explicados en virtud de otros hechos. La clave para la cabal inteligencia de este principio reside, a nuestro entender, en una adecuada comprensión del significado de los términos en que se formula. El secreto del sistema kelseniano, y la llave maestra de su superación, está escondido en lo que Kelsen entiende por *Sein* y por *Sollen*.

## VI. LAS NORMAS: VALIDEZ, FUNCIONES Y RELACIÓN CON LOS VALORES<sup>151</sup>

### 1. *La validez de la norma y su “dominio de validez”*

Establecida la fundamental distinción entre ser y deber ser, entre lo natural y lo normativo, Kelsen se dedica a un estudio más detenido de las normas en general. Primero expone su concepción de la validez de la norma; a continuación, describe diversas funciones que las normas pueden desempeñar, y, en tercer lugar, analiza las relaciones entre norma y valor.

“Con el término «validez» designamos la existencia específica de una norma”.<sup>152</sup> Esta existencia específica —añadirá en escritos posteriores— es una existencia ideal (*ideell*), no real.<sup>153</sup> Es distinta de la existencia real del acto de voluntad cuyo sentido es la norma, ya que, aun cuando el acto de voluntad haya cesado, la norma puede seguir siendo válida. Más aún: justamente adquiere

<sup>150</sup> Kelsen, H., *Sobre el concepto de norma*, cit., p. 204. Las cursivas son nuestras.

<sup>151</sup> (2a. ed. al.), n. 4c-e, pp. 23-37; TP (ed. fr.), pp. 18-19, 35-36, 59-60; TP (1a. ed. al.), n. 6, pp. 32-35.

<sup>152</sup> TP (2a. ed. al.), n. 4c), p. 23. Las cursivas son nuestras.

<sup>153</sup> *Die Grundlage der Naturrechtslehre*, en AA.VV., *Das Naturrecht in der Politischen Theorie*, Viena, Springer Verlag, 1963, pp. 123 y ss., y *Sobre el concepto de norma*, cit., p. 209. No se trata de una existencia *ideal*, como un modelo o prototipo, sino de una existencia *ideell*, que quiere decir propia de contenidos significativos o de sentido, en este caso —según la concepción voluntarista de Kelsen— atribuibles a un acto de voluntad.

validez la norma cuando ya ha dejado de existir ese acto de imperio de la autoridad que la constituye. Por esta razón, no podría ser definida la norma como una voluntad o imperativo, si por voluntad o imperativo se entiende un acto psíquico de voluntad.

Al mismo tiempo, se esfuerza por no confundir la validez con la eficacia, que es el hecho real de que la norma sea aplicada y obedecida. Adelanta en este primer capítulo el tratamiento de la relación entre validez y eficacia, que preferimos desarrollar oportunamente cuando se aborde más por extenso en el capítulo quinto. Por ahora, nos contentamos con señalar que en la *Teoría pura*, validez y eficacia se distinguen enfáticamente —lo cual no es sino mera consecuencia de la distinción entre el *Sollen*, al que corresponde la validez, y el *Sein*, en el que se sitúa la eficacia—, y que Kelsen, tras algunos tanteos preliminares, llega a concebir la relación entre ambas en términos de “condición *sine qua non*”, la eficacia es condición, no causa, de la validez. Toda esta cuestión no es más que una formulación, más directamente referida a la norma, del gran problema de la *Teoría pura*: la delimitación y conexiones entre el ser y el deber ser.

En el tema de la validez de la norma se pasa a examinar el llamado “dominio de validez”. La norma tiene un contenido: dice relación siempre a conductas humanas o a otros hechos, pero sólo en la medida en que éstos últimos son condiciones o efectos de esas conductas. Por ejemplo, una norma castiga el homicidio con pena de muerte. En este supuesto, tanto el hecho típico del homicidio como la consecuencia del ilícito —la pena capital— no consisten solamente en comportamientos humanos, sino que incluyen, además, consecuencias específicas de tales comportamientos: la muerte de un hombre, que es un hecho fisiológico y no una acción humana. Como estos contenidos de la norma se realizan en el tiempo y en el espacio, la norma tiene una validez espacio-temporal. Por tanto, el dominio de *validez espacio-temporal* viene a constituir un elemento del contenido de la norma. Este dominio puede ser indefinido o hallarse limitado por la misma norma o por una norma superior.

Analiza en particular el ámbito temporal de validez. Desde este punto de vista, las normas, por lo común, sólo se refieren al futuro, pero pueden también gozar de fuerza retroactiva, es decir, pueden mirar al pretérito. Kelsen no pone límite alguno a la posible retroactividad de las normas. Éstas pueden aplicar sanciones a hechos cometidos antes de su promulgación, y que cuando se llevaron a cabo no estaban tipificados como delitos; pueden legitimar en cuanto sanciones a determinados hechos que, conforme a la norma vigente al tiempo de su realización, eran calificados como delitos;

a la inversa, los actos que se reputaban sanciones perfectamente legítimas, de acuerdo con un orden normativo anterior, pueden ser despojados de esa condición y pasar a convertirse en delitos. Para nuestro autor, todo es asunto de un cambio de significado normativo en el dominio del *Sollen*.

También hay *un dominio de validez personal y uno objetivo (o material)*. En toda acción humana, que es contenido de una norma, se encuentran inescindiblemente unidos estos dos elementos: uno de tipo personal —el hombre que debe actuar o, de acuerdo con una precisión cuyo sentido se comprenderá más adelante,<sup>154</sup> una conducta suya determinada— y uno material —cómo debe actuar—. De esta suerte, hay un dominio personal que puede ser limitado o ilimitado, según abarque a todos los hombres o sólo alcance a algunos, y un dominio material, referido a las diversas orientaciones del comportamiento humano: normas sobre economía, religión, política, etcétera. Este último aspecto del dominio de validez tiene especial importancia en los Estados federales, en los que ha de regularse el reparto de competencias entre el orden jurídico del Estado central y los órdenes jurídicos de los Estados miembros. “El dominio objetivo de validez de un orden jurídico total es, sin embargo, siempre ilimitado, en cuanto semejante orden jurídico, por su propia índole, puede regular en cualquier sentido la conducta de los hombres sujetos de él”.<sup>155</sup>

Dos comentarios nos sugieren estos desarrollos. El primero: tan pronto Kelsen quiere avanzar en la descripción de las normas, dirige su atención a la realidad de las normas positivas —lo que implica recorrer una vía muy poco trascendental—. Así, y es el segundo punto que quisiéramos resaltar, al tratar los límites de la validez de las normas, no encuentra otra frontera que la impuesta por el alcance efectivo del poder del cual deriva la norma. Mientras no haya esta limitación fáctica —que determina sobre todo el ámbito espacial y el personal de las normas—, éstas pueden disponer cualquier conducta en cualquier sentido, sin límites en la retroactividad o en el contenido material de la regulación. Estos planteamientos son enteramente lógicos en la *Teoría pura*. ¿De dónde podría provenir una limitación en una doctrina que, por principio, sólo se atiene al derecho positivo? Esperar que viniera de la construcción trascendental del *Sollen* significaría no haberse dado cuenta de que éste es algo estrictamente formal, escrupulosamente expurgado de todo contenido valorativo o ético.

<sup>154</sup> *Ibidem*. IV, n. 22.

<sup>155</sup> TP (2a. ed. al.). n. 4c, p. 28. vid. Einsenmann, Ch., “Sur la théorie kelsenienne du domaine de validité des normes juridiques”, *Law State and International Legal Order*, Knoxville, University of Tennessee Press, 1964, pp. 59-69.

## 2. *Las funciones de la norma: ordenar, facultar, permitir, derogar*

Kelsen emprende seguidamente el estudio de las varias funciones que la norma puede desempeñar. Las normas, en efecto, pueden regular la conducta humana —comprendidas en esta expresión tanto las acciones como las omisiones— de diversas maneras. La regulación puede ser positiva o negativa, y dentro de la positiva caben tres posibilidades: ordenar (*gebieten*), facultar (*ermächtigen*) y permitir (*erlauben*). Una conducta está negativamente regulada cuando ni está prohibida ni positivamente (expresamente) permitida. En tal evento, Kelsen dice que se halla negativamente permitida. Positivamente, una acción puede estar ordenada y, en consecuencia, el sujeto debe (*Sollen* en sentido habitual) realizarla, o, en otros términos, tiene la respectiva obligación (*Pflicht*); o bien, puede encontrarse facultada cuando mediante ella pueden (*Können*) producirse determinadas consecuencias regladas por el ordenamiento, lo que importa es la intervención en la producción de normas o la ejecución de actos coactivos; o bien, puede ser permisible cuando se permite (*Dürfen*) positivamente una conducta por lo general prohibida. La diferencia entre la facultad (*Ermächtigung*) y la permisión (*Erlaubnis*) positiva estriba en que la primera es una atribución de poder jurídico o autorización, en tanto que la segunda es sólo la remoción de un obstáculo jurídico que impedía realizar una acción. Los ejemplos aclararán esta clasificación. En los órdenes jurídicos suele estar negativamente permitido el comer o dormir. El servicio militar está ordenado en ciertos países. El juez está facultado para aplicar una norma general en su sentencia que condena a un delincuente. En caso de legítima defensa, se permite positivamente el uso de la fuerza, en otras circunstancias prohibido.

Este apartado sobre las funciones de la norma representa una novedad con respecto a la primera edición, aunque ya se incluía en la versión francesa.<sup>156</sup> En 1934 sólo se aludía a la función de ordenar u obligar. Ahora se abre un abanico de posibilidades que configuran otras tantas situaciones subjetivas diversas, y que dan lugar a diferentes variantes del *Sollen*.<sup>157</sup> Probablemente se evidencia en esta ampliación de la *Teoría pura* el influjo de las doctrinas jurídicas anglosajonas que prestan particular atención a esta materia.<sup>158</sup> En todo caso, es una muestra más de la creciente preocupación

<sup>156</sup> TP (ed. fr.), pp. 82-86.

<sup>157</sup> TP (2a. ed. al.), n. 4b, pp. 18 y 19.

<sup>158</sup> Losano, M. G., *Saggio introduttivo*, cit., p. 50 —puede que haya influido también el deseo de escapar a una objeción ya clásica— la de la serie infinita de sanciones supuestamente implicada por una noción de derecho ligada necesariamente a la sanción, que será explicada al referirnos a la obligación jurídica en el cap. IV, n. 17.



por abarcar todos los fenómenos jurídicos.<sup>159</sup> En su artículo *Derogation*<sup>160</sup> trató después con alguna extensión de la función derogatoria de las normas, ya mencionada en 1960. A diferencia de las enumeradas, esta función no se refiere a conductas, sino a otras normas, y se agota al dejarlas sin efecto. En la *Teoría general de las normas* desarrolló con alguna amplitud esta materia, precisando que el permitir negativo no es una función de la norma —porque corresponde a una situación de ausencia de norma—, y que el permitir positivo equivale a la derogación de la respectiva norma imperativa, que se ve así limitada en su extensión.<sup>161</sup>

Como siempre, Kelsen procura armonizar estos nuevos desarrollos con sus premisas de fondo, en este caso con su concepción del derecho como norma coactiva. Por esto, agrega que la función básica de la norma es la de ordenar, y aun cuando aquí no lo ponga de relieve, habría que precisar que la función verdaderamente esencial en su pensamiento es la que consiste en ordenar sanciones. Las demás funciones se ligan de modo esencial con la de ordenar. Por lo pronto, el “permitir” equivalente a “tener derecho”, distinto del permitir negativo o positivo ya explicado, es interpretado, según señala aquí y habrá ocasión de ver más tarde,<sup>162</sup> como un mero reflejo de la correspondiente obligación.<sup>163</sup> Pero también los otros sentidos de la permisión se relacionan esencialmente con la función de obligar, pues el permitir sólo tiene sentido dentro de un orden normativo en que determinadas conductas son obligatorias. Y si el facultar implica participar en la producción de normas —como se dirá posteriormente—<sup>164</sup> estará relacionado con el obligar, que es el cometido primordial de la norma, según Kelsen.

### 3. *Norma y valor. El relativismo de los valores*

En la segunda edición alemana se consagra un epígrafe más o menos extenso al examen de las relaciones entre la norma y el valor, tema ya tratado en 1953 más someramente y de modo algo distinto.<sup>165</sup>

<sup>159</sup> TP (2a. ed. al.), prólogo a la 2a. ed., p. 13.

<sup>160</sup> *Idem*.

<sup>161</sup> *Allgemeine Theorie der Normen*, cit., pp. 76-91.

<sup>162</sup> *Ibidem*, cap. IV, n. 18.

<sup>163</sup> Sólo en lo concerniente a este permitir conserva la impugnación de la distinción entre un derecho que obliga y un derecho que permite (*imperative y permissive law*), formulada en *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., p. 89. Véase también TP (2a. ed. al.), n. 4d, nt. 11.

<sup>164</sup> *Ibidem*, n. 8. Las normas que facultan serán consideradas normas “no independientes”.

<sup>165</sup> TP (ed. fr.), pp. 18, 19, 59 y 60. Se toca incidentalmente este punto con las variantes de que dejaremos constancia en nt. 104. Véase Herrera Figueroa, M., *Kelsen y los valores jurídicos*,

“La norma considerada objetivamente válida funciona como patrón valorativo del comportamiento fáctico”.<sup>166</sup> Lo valorado por la norma es la realidad.<sup>167</sup> Si una conducta es tal que debe ser según la norma, entonces es buena; de lo contrario, es mala. Sobre esta base, Kelsen rechaza concebir la norma como un mero enunciado fáctico o como un mero concepto, ya que éstos se mueven en los dominios de “lo que es”, no de “lo que debe ser”.<sup>168</sup>

La norma, por tanto, es fundamento de juicios de valor. Kelsen sólo considera las normas que son establecidas por actos de voluntad humana, y piensa que *los valores que a través de esas normas se constituyen sólo son arbitrarios y relativos*. Una norma emanada de una autoridad sobrehumana, que diera lugar a un valor que apareciera como absoluto y que conllevara, por ende, la pretensión de excluir la validez de una norma contraria, no podría ser tenida en cuenta por una teoría científica del valor, tal como la preconiza Kelsen. Los únicos valores normativos que la *Teoría pura* toma en cuenta son los que corresponden a la *juridicidad positiva*: lo que es conforme a la norma jurídica es, en este sentido, un valor; lo que la contraría, un disvalor.

El valor, constituido por la norma, y la realidad, valorada por la misma, así como el ser y el deber ser, se escinden en dos esferas distintas. A pesar de esta escisión, es posible valorar la realidad debido a que existe un “algo” común a lo que es ya lo debido, aunque sus modalidades —ser y deber ser— difieran completamente.<sup>169</sup>

Hasta aquí lo esencial de la *Teoría pura* con relación al valor. Como se puede apreciar fácilmente, sus conclusiones se extraen de dos puntos de partida ya conocidos: el positivismo —que rehúsa considerar, por estimarla ajena a la ciencia, toda norma no positiva— y la rígida separación entre el ser y el deber ser. Realidad y valor no son, en la doctrina kelseniana, más que otra pareja de términos para referirse al mismo dualismo mentado por la oposición entre ser y deber ser, o entre naturaleza y sociedad. Del positivismo y

---

en Norte (Tucumán), 1, 1951, pp. 33-63; Squella Narducci, A., *Derecho, desobediencia y justicia*, Valparaíso, Edeval, 1977.

<sup>166</sup> TP (2a. ed. al.), n. 4e, p. 30. Sin subrayar el original.

<sup>167</sup> Se remite al apéndice *Das Problem der Gerechtigkeit* (*Justicia y derecho natural*), *cit.*, el tema de la valoración de una norma por otra norma, lo que permite atisbar desde ya el enfoque del tema de la justicia que adoptará el jurista vienés.

<sup>168</sup> En larga nota polemiza con Moritz Schlick, el fundador del neopositivismo lógico, sobre este asunto: TP (2a. ed. al.), n. 4e, p. 31, nt. l2.

<sup>169</sup> *Allgemeine Theorie der Normen*, *cit.*, recurre al concepto de “sustrato modalmente indiferente” para definir el valor como relación de equivalencia entre el sustrato modalmente indiferente de un comportamiento fáctico y el de un comportamiento prescrito por la norma, p. 48. Análogamente describe los juicios de valor, p. 147. Busca así resaltar que el valor no implica una relación entre ser y deber ser.

del principio de incomunicación *Sein-Sollen* emana con toda lógica el *relativismo axiológico o valorativo*, conforme al cual los valores son esencialmente relativos, y se niega la posibilidad de conocer racionalmente valores absolutos. Si las normas existentes sólo son las positivas, cuyo comienzo, cambio o fin dependen del querer humano, y si es imposible establecer algún contacto entre el ámbito normativo y el mundo real —único contacto que haría posible la existencia de normas independientes de la voluntad del hombre, puesto que Kelsen no considera la posibilidad de fundar lo absoluto de los valores en el sujeto trascendental, al modo de algunos neokantianos—,<sup>170</sup> entonces las normas como patrones valorativos son enteramente arbitrarias, y los valores que ellas constituyen son contingentes. Para Kelsen, los valores constituidos por los sujetos no reflejan más que meros deseos o emociones, por lo que profesa un firme subjetivismo relativista en lo axiológico. Como las normas, en su doctrina, sólo provienen de actos de voluntad humanos y arbitrarios, los valores normativos tampoco escapan, en su fuente, a este subjetivismo.

Por otro lado, si de la voluntad humana proceden todas las normas que el hombre puede racionalmente conocer, entonces la razón no puede arrogarse la pretensión de conocer normas que valdrían con independencia del querer humano. Si la razón hiciera esto último, pretendiendo captar normas y valores absolutos, estaría, según el jurista vienés, asumiendo una función volitiva que no puede corresponderle. De ahí la constante impugnación kelseniana del concepto de razón práctica, fundamentada en su rígida separación entre entendimiento y voluntad.

Positivismo y oposición ser-deber ser van estrechamente ligados, en la mente de Kelsen, al relativismo de los valores. El positivismo implica para él un agnosticismo en todo lo que supere el plano empírico. La separación entre ser y deber ser le conduce a sostener que la realidad no porta en sí valor alguno; los valores le son atribuidos extrínsecamente por las normas o, en el caso de los “valores subjetivos”, que examinaremos en seguida, por los deseos. El corolario de todo lo expresado es su concepción de la ciencia jurídica que rehúsa juzgar axiológicamente al derecho positivo y se limita a describir los valores por él establecidos.<sup>171</sup> La ciencia tendría que limitarse a describir las normas positivas y los valores jurídicos relativos así establecidos, pero le estaría vedado el hacer suyos o combatir esos valores, que serían esencialmente arbitrarios y cambiantes. Así, sería una ciencia axiológicamente libre (*wertfrei*).

<sup>170</sup> Windelband, *v. gr.*, defiende un absolutismo de los valores de tipo trascendental. Urdaño, T., *op. cit.*, VI, pp. 101-103.

<sup>171</sup> TP (2a. ed. al.), n. 18. p. 94 y n. 26, pp. 121 y 122.

La segunda edición en alemán añade a este núcleo de doctrina sobre los valores algunos desarrollos de interés. Distingue entre los juicios de valor y las normas constitutivas del valor. Los juicios pueden ser verdaderos o falsos: así, el juicio según el cual la moral cristiana manda odiar a los enemigos es falso, al paso que es verdadera la proposición de que es conforme a derecho castigar al ladrón con la privación de su libertad, si tal es la pena prevista por el derecho válido aplicable. En cambio, las normas no serían verdaderas ni falsas, sino válidas o inválidas. Sobre esta distinción, que en Kelsen es estrictamente correlativa a la existencia entre voluntad y razón —ya que la norma tendría como fuente a la voluntad, y el juicio procedería de la razón—, Kelsen modificará en la década de los sesenta sus planteamientos en torno a la aplicación de los principios lógicos al derecho, todavía no del todo congruentes con este principio en la síntesis que seguimos.<sup>172</sup>

Otro distingo formulado aquí es el que media entre el “valor objetivo” y el “valor subjetivo”. El primero se constituye con relación a una norma, y ha sido el tema de las anteriores consideraciones. El valor subjetivo consiste, en cambio, en la relación de un objeto con un deseo o voluntad hacia él dirigidos. Se indican dos diferencias entre ellos. El valor objetivo, en primer lugar, vale para todos los hombres a los que alcanza la norma, cualquiera que sea su actitud subjetiva ante ese valor normativo, en tanto el valor subjetivo sólo vale para aquellos sujetos que desean o quieran el objeto de que se trate. Además, a diferencia del valor subjetivo, que admite grados variables de intensidad —según la intensidad del deseo o del querer—, el objetivo no los consentiría: o bien la conducta real corresponde a la norma, o bien la contradice, sin posible término medio. Una advertencia de paso: al valor objetivo le acontece en Kelsen lo que a los conceptos unívocos —que no a los análogos—: o las realidades cuadran con ellos o no cuadran, pero no cabe en ese esquema lógicamente rígido el más o menos. Es digno de recordarse que poco antes Kelsen se empeñaba en distinguir la norma del concepto, y ahora los identifica en esta propiedad de no ser susceptibles de gradación. Es lógico que si el valor sólo es correspondencia con una norma y se escinde de la realidad, en los términos expuestos, la existencia o inexistencia del valor es objeto de un juicio que es incapaz de penetrar en una adecuación mayor o menor de la realidad con la norma.

Los valores pueden ser subjetivos u objetivos, pero los juicios de valor —continúa Kelsen, con su característico y a ratos cansado afán de exactitud— son siempre objetivos, ya que el juicio es una función cognoscitiva,

---

<sup>172</sup> *Ibidem*, cap. III, n. 11.

no volitiva.<sup>173</sup> Pero los juicios sobre valores objetivos son esencialmente diversos de los que atañen a valores subjetivos. Estos últimos son juicios de realidad específica que relacionan un objeto —especialmente una conducta humana— con el querer de uno o muchos hombres que desean o rechazan ese objeto —en particular, aprueban o desaprueban esa conducta—. Por el contrario, los juicios sobre valores objetivos no relacionan un hecho con otro hecho. La interpretación de estos juicios como si conectaran una conducta fáctica con la producción, igualmente fáctica, de una norma, es rechazada por Kelsen en cuanto significa olvidar la distinción, tan a menudo traída a colación en su obra, entre el acto de producción de la norma y su contenido significativo, o sea, la norma misma. Los juicios de valor referidos a valores objetivos relacionan un hecho con una norma, no con otro hecho. Las acciones por medio de las que se producen las normas son consideradas por el conocimiento jurídico —que efectúa estos juicios sobre valores objetivos por adecuación o disconformidad con las normas jurídicas— sólo en la medida en que esas acciones han sido determinadas, a su vez, por otras normas jurídicas superiores.

Por último, la relación de un objeto, en especial una conducta con un fin —que también es designado como valor—, es identificada por el autor con la relación de ese objeto o conducta con una norma —que establece un fin objetivo que debe realizarse— o con un deseo —que pone un fin subjetivo—. Ha de tenerse presente, sin embargo, que la relación de medio a fin es concebida por Kelsen como una relación causal: que algo sea un medio para un fin implica que como causa puede producir el efecto consistente en ese fin. Se reduce así la causalidad final a la eficiente, aunque parece, al mismo tiempo, que se atribuye un sentido específico a la finalidad, en cuanto adecuación a un deseo o una norma. En todo caso, y muy consecuentemente con el presupuesto empirista de Kelsen, no aparece por ninguna parte

---

<sup>173</sup> Esto no estaba en la edición francesa de 1953. Entonces atribuía la subjetividad o la objetividad a los mismos juicios, y declaraba que los verdaderos juicios de valor eran los subjetivos, que caerían fuera de la ciencia, mientras que los objetivos eran reputados juicios de hecho, y, en cuanto tales, objeto de una ciencia (TP (ed. fr.), p. 60). Por lo demás, la modificación de 1960 supone un retorno a la concepción del artículo “Value Judgements in the Science of Law”, *Journal of Social Philosophy and Jurisprudence*, 7, 1942, pp. 312-333 (“Los juicios de valor en la ciencia del derecho”, ¿*Qué es justicia?*, cit., pp. 126-151) y del libro de 1945, *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., pp. 55-58. Puede haber tenido parte en este cambio transitorio de la doctrina de Kelsen la observación de su antiguo discípulo J. L. Kunz, quien, después de la aparición de *Teoría general del derecho y del Estado*, expresaba que los juicios de valor jurídicos no le parecían verdaderos juicios de valor, sino solamente referenciales o lógicos (Kunz, J. L., *La teoría pura del derecho*, cit., p. 72).

una teleología metafísica, un fin o causa final distinta de la que corresponde a un deseo subjetivo o una norma positiva.<sup>174</sup>

Al concluir este tema, conviene hacerse cargo de que hemos hallado una doble y contrapuesta serie de términos casi sinónimos en la *Teoría pura*: por una parte: deber ser, norma y valor; por la otra: ser, naturaleza y realidad.<sup>175</sup>

## VII. LOS SISTEMAS SOCIALES U ÓRDENES NORMATIVOS<sup>176</sup>

### 1. *Los sistemas sociales*

Las normas no existen aisladas, sino que forman un orden normativo.<sup>177</sup> Esta sencilla idea juega un decisivo papel en la *Teoría pura*. Por eso, tras haberse ocupado de algunas cuestiones acerca de la norma en general, centra a continuación su estudio en el conjunto o sistema de normas. La mayor parte de los contenidos que seguidamente reseñamos son nuevos con respecto a las anteriores ediciones de *Teoría pura del derecho*. Corresponden a una ampliación —no una modificación de lo anterior— que se fija en el tema de los sistemas normativos en general, si bien el prototipo es siempre el orden jurídico.

“Un orden normativo que regula el comportamiento humano en cuanto está en relación inmediata o mediata con otros hombres, constituye un sistema social”.<sup>178</sup> La moral y el derecho son, según Kelsen, sistemas sociales con arreglo a esa definición. La lógica, en cambio, aunque sea un orden normativo, no tiene carácter social, en cuanto que los actos del pensar no se refieren a otros hombres. Al cabo de unos años, estimará muy discutible llamar normas a las leyes de la lógica,<sup>179</sup> y, por lo tanto, los términos “sistemas social” y “orden normativo” llegarán a ser completamente sinónimos en su pensamiento. Ya en la exposición que comentamos, la identificación es total por el lado del sistema social, porque lo social, en cuanto distinto de lo natural o fáctico, no consistiría más que en un orden de normas.

<sup>174</sup> Es por completo ajena a Kelsen la distinción de Stammler entre teleología y causalidad. Kelsen es decididamente antifinalista (Ebenstein, W., *op. cit.*, p. 22).

<sup>175</sup> Mantilla, B., *op. cit.*, pp. 752-759, que agrega, además, el fin como equivalente al deber ser y al valor, y como opuesto a la naturaleza. Esta ecuación nos parece más dudosa conforme a lo expuesto, ya que la finalidad viene a reducirse a eficiencia. Según Kelsen.

<sup>176</sup> TP (2a. ed. al.), n. 5, pp. 38-44; TP (ed. fr.), pp. 72-74; TP (1a. ed. al.), n. 14. pp. 56-61.

<sup>177</sup> TP (2a. ed. al.), n. 6a, pp. 44 y 45.

<sup>178</sup> *Ibidem*, n. 5a, p. 38.

<sup>179</sup> *Cf.* *Sobre el concepto de norma, cit.*, p. 201.

Kelsen describe la realidad regulada por los órdenes normativos sociales. Es el comportamiento humano en cuanto se encuentra en relación con otro u otros hombres, lo que clásicamente se llama “la alteridad”, nota propia de lo jurídico. La relación puede ser inmediata, como la que se da en el homicidio, en que un hombre mata a otro, o mediata, como en la destrucción de una cosa perteneciente a otro sujeto.

La conducta que un hombre exhibe frente a otro, o varios otros hombres, puede ser, para este segundo, u otros hombres, perjudicial o útil. Considerada desde un punto de vista psicológico-sociológico, ésa es la función de todo sistema social: obtener un determinado comportamiento del hombre sujeto a ese orden; provocar que el hombre se abstenga de ciertas conductas consideradas perjudiciales —por cualquier razón— socialmente, es decir, para los otros hombres, y en cambio realice ciertas conductas consideradas como socialmente útiles. Esta función de motivación la cumplen las representaciones de las normas que ordenan, o prohíben, determinadas conductas humanas.<sup>180</sup>

Desde un punto de vista psicológico-sociológico, se dispone de premios o penas para hacer del deseo de gratificación, y del miedo al castigo, el motivo de la conducta socialmente deseada. Pero esa conducta puede, en realidad, ser provocada por otro motivo distinto del deseo por el premio estatuido por el orden, o del miedo por la pena estatuida por el orden; conforme a su sentido inmanente, el orden puede estatuir sus sanciones sin tener en consideración los motivos que, fácticamente, en cada caso llevan a las conductas que condicionan.<sup>181</sup>

La función de motivación es una función posible, no necesaria, del orden jurídico, que, como por otra parte, se da en el orden del ser causal, no interesa a la ciencia jurídica.<sup>182</sup>

En trabajos anteriores solía llamar al derecho una “técnica social”.<sup>183</sup> Con esta caracterización quería poner de relieve que el derecho podía servir a cualquier finalidad social, o sea, a la orientación de los comportamientos humanos sociales en cualquier sentido, y que, por tanto, sus rasgos específicos eran de carácter técnico, propios del ámbito de los medios, excluyendo de la esencia del derecho toda finalidad intrínseca. Insistía también en que el logro de determinado fin a través del derecho revelaría un nexo causal

<sup>180</sup> TP (2a. ed. al.), n. 5a, p. 38.

<sup>181</sup> *Ibidem*, n. 5a, p. 40.

<sup>182</sup> *Ibidem*, n. 6b, p. 48 y n. 26, pp. 117 y ss.

<sup>183</sup> TP (1a. ed. al.), n. 14, pp. 56-61 y TP (ed. fr.) pp. 72-74. Cfr. también el trabajo “The Law as a Specific Social Technique”, *The University of Chicago Law Review*, 9, 1941, pp. 75-97 (“El derecho como técnica social específica”, *¿Qué es justicia?*, cit., pp. 152-182).

que, por principio, no interesa a la *Teoría pura*. En esta nueva síntesis de sus concepciones, todos estos planteamientos se mantienen en pie, pero se abandona la expresión “técnica social”. Quizá este cambio terminológico se deba a que hablar de “técnica” implicaba, de alguna manera, seguir teniendo en cuenta un fin —en definitiva, un medio carece de sentido en cuanto medio si no apunta a un objetivo—. Dicha expresión suponía el reconocimiento implícito de que el derecho, aunque en virtud de su carácter formal e independiente de valores absolutos, podía dirigirse a cualquier finalidad, de hecho tenía una dirección teleológica a la que, por cierto, era indiferente la ciencia jurídica. Para extirpar toda referencia finalística parece lógico que el autor haya eliminado ese modo de expresarse.

## 2. *La sanción en los sistemas sociales*

A fin de precisar lo específico del derecho como sistema social, se describen diversos tipos ideales de sistemas sociales, que se reducen a dos clases: los que exigen un comportamiento sin enlazar ninguna consecuencia a su realización o incumplimiento, y los que requieren determinada conducta, ligando a su verificación un premio, y a su contrario una pena. En estos últimos sistemas se aplica el principio de retribución, según el cual se premian o castigan determinadas acciones. La sanción, en sentido amplio, comprende tanto las penas como las recompensas. En sentido estricto, únicamente abarca las penas, es decir, los males que consisten en la privación de ciertos bienes, como la vida, la libertad, el honor, valores económicos, etcétera. Si estos males deben infligirse aun contra la voluntad del afectado, y, en caso de oposición de este, recurriendo a la fuerza física, entonces la sanción tiene el carácter de acto coactivo. Desde ahora se deja constancia de que, a la inversa, cabe la hipótesis de actos coactivos que no tengan el carácter de sanciones, en cuanto no consistan en una reacción contra cierto actuar humano, sino contra otros hechos socialmente indeseables, como acaece, por ejemplo, en el caso de demolición forzosa de edificios que amenazan ruina. Kelsen agrega que el castigo desempeña en todos los sistemas sociales una función más relevante que el premio, lo que revela su visión negativa de toda la moral y la religión, que se fundarían en la amenaza de sanciones.

El primer tipo ideal de sistema social en que no rige el principio de retribución era, en su pensamiento anterior, el que correspondería a la moral.<sup>184</sup>

---

<sup>184</sup> TP (ed. fr.), p. 70. Aunque ya advertía el, a su juicio, importante papel de la aprobación o desaprobación por los demás miembros de la comunidad, en *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., p. 18.



Ahora estima que la moral, o va acompañada de sanciones trascendentes en el más allá —cuya realidad, por supuesto, es negada por Kelsen—, o comporta la aprobación o desaprobación por parte de los restantes miembros de la comunidad, sanciones muy eficaces dado el sentido de la dignidad humana. Aproximando su concepción de la moral a su noción del derecho, llega a escribir que

...la norma moral que ordena una determinada conducta, y la norma moral que prescribe desaprobación la conducta que la contraría, se encuentran en una relación esencial, constituyendo una unidad en su validez. Es, por eso, dudoso que, en general, sea posible establecer una distinción entre sistemas sociales con sanciones y sin sanciones. La distinción únicamente relevante entre los sistemas sociales no radica en que unos estatuyan sanciones y los otros no, sino en los diversos tipos de sanciones.<sup>185</sup>

Si ello acontece incluso en la moral, mucho más indudable es para Kelsen en el derecho. Escuchémosle explicarlo con su habitual claridad y sencillez:

Por fin un sistema social —y tal es el caso en un orden jurídico— puede exigir una determinada conducta justamente en cuanto enlaza al comportamiento opuesto un perjuicio, a saber, la privación de los bienes arriba mencionados, esto es, una pena en el sentido más amplio de la palabra; de suerte que, para ese sistema social, una determinada conducta sólo puede ser considerada como requerida, y, en el caso de un orden jurídico, ello quiere decir, como jurídicamente ordenada, sólo en la medida en que el comportamiento opuesto es condición de una sanción (en sentido estricto). Cuando un sistema social, como el orden jurídico, obliga a una conducta en cuanto estatuye para el caso de la conducta opuesta una sanción, cabe describir la situación mediante una proposición que enuncia que, en caso de una determinada conducta, debe producirse una determinada sanción. Con ello ya queda dicho que la conducta que es condición de la sanción se encuentra prohibida, y su contraria es obligatoria. El ser debido de la sanción implica en sí mismo el estar prohibida la conducta que es su condición específica y el ser obligatoria la conducta opuesta. Corresponde prestar atención, en ello, que al mencionar que sea “obligatoria” o el estar “prohibida” determinada conducta, no se alude a esa conducta como deónticamente debida, sino al carácter debido de la consecuencia de esa conducta, es decir, de la sanción. La conducta obliga-

<sup>185</sup> TP (2a. ed. al.), n. 5b, p. 42. Sin embargo, en *Allgemeine Theorie der Normen*, aunque concede gran relevancia a las sanciones morales de aprobación o de desaprobación, en cierto modo adopta una posición más cautelosa sobre su función en las normas morales (*ibidem*, cap. III, n. 9).

toria no es la conducta debida; debida es la sanción. Que una conducta sea obligatoria significa que lo opuesto de esa conducta es condición de que la sanción sea debida. El cumplimiento de la sanción es obligatorio, es contenido de una obligación jurídica, cuando su omisión es convertida en condición de una sanción. Si tal cosa no sucede, sólo puede valer como facultativa, pero no también como obligatoria. Como no puede tratarse en esto de un regreso infinito la última sanción en esta secuencia sólo puede estar autorizada (ser facultativa), pero no ser obligatoria.<sup>186</sup>

En el párrafo transcrito está nítidamente explyada una de las tesis principales de la *Teoría pura*. La mayor parte del resto del capítulo primero, y todo el capítulo tercero sobre la “Estática jurídica” —es decir, la parte de la teoría jurídica que no considera el tema de la producción de las normas— se basan íntegramente en este punto de partida. Múltiples desarrollos que allí se despliegan no son más que corolarios, lógicamente impecables, de esta tesis. Sobre la base de esa primacía de la coactividad, Kelsen cumplirá lo que Casaubon ha llamado una “amoralización” y “mecanización funcional” del derecho, desvinculándolo de todo contenido ético.<sup>187</sup>

Fuera de la concepción del derecho como norma, que será abordada poco después en este mismo capítulo,<sup>188</sup> aquí destaca una idea básica: *lo esencial del derecho es la coactividad*. La definición esencial del derecho pugnada por Kelsen es la de “norma coactiva”, o si se tiene presente el conjunto de las normas, “orden coactivo”.<sup>189</sup> El momento de coacción entra, pues, en la esencia del derecho. Más aún: no se trata solamente de una propiedad esencial de lo jurídico, sino que esta nota representa en la doctrina que nos ocupa el mismo núcleo esencial y, en consecuencia, definitorio, del derecho. La misma normatividad se reduce a coactividad.

Recién en este instante es dable comenzar a perfilar lo característico del *Sollen* jurídico kelseniano. El deber ser que distingue a la norma jurídica se refiere a la sanción, o, más en general, al acto coactivo. Por esta razón, la proposición jurídica esencial que describe aquellas normas que Kelsen llama “independientes”,<sup>190</sup> no es la que expresa que se ordena o prohíbe una determinada conducta humana, sino la que enuncia que, en caso de que se lleve a cabo una determinada conducta, debe producirse una determinada sanción. De este modo, el deber ser puede ser cabalmente formalizado o pu-

---

<sup>186</sup> *Ibidem*, n. 5a, p. 39.

<sup>187</sup> *Ibidem*, p. 133.

<sup>188</sup> *Ibidem*, n. 8.

<sup>189</sup> TP (2a. ed. al.), n. 6d, p. 63.

<sup>190</sup> *Ibidem*, 6e, pp. 67-70.

rificado de todo contenido deontológico que pudiera inducir a relacionarlo con la moral de valores absolutos. El giro de la *Teoría pura* en materia tan clave se termina de esclarecer cuando Kelsen agrega que una conducta es obligatoria para un sujeto en cuanto —y sólo en cuanto— la conducta contraria es condición de una sanción. Por tanto, el deber ser no es un imperativo para el sujeto cuyo comportamiento es reglado por el orden jurídico, sino que se convierte en un nexo lógico que une la condición —el ilícito— con la consecuencia —la sanción—. El acto ilícito, por su parte, no es la negación del derecho, sino una condición del mismo, ya que precisamente cuando se comete tiene aplicación la norma jurídica coactiva. La obligación se concibe como el contrario lógico de la ilicitud: como conducta opuesta a aquella que es condición de la sanción. Justamente al revés de lo que se piensa comúnmente: en vez de definir el ilícito a partir de la obligación, Kelsen define la obligación a partir del ilícito.

Si se experimenta una inicial dificultad o repugnancia ante esta teoría, es señal de que se han percibido sus aristas polémicas y se ha calado en su abierto contraste con el sentido común.<sup>191</sup> Esta sensación de incomodidad no cesará en lo sucesivo, cuando se presencie la transmutación de todos los conceptos jurídicos en virtud de esta idea directriz. Las maravillas del desenvolvimiento lógico de la *Teoría pura* no hacen disminuir la conciencia de su radical alejamiento de la realidad jurídica, tal cual la aprehende el hombre común, y también el jurista en cuanto dotado de sentido común.

En este punto resplandecen como nunca todos los rasgos típicos y los principios claves de la doctrina de Kelsen. El positivismo jurídico y la separación ser-deber ser, con el consiguiente anhelo de pureza total, encuentran su más perfecta expresión en este concepto de lo jurídico y lo antijurídico.

Los juristas del siglo XIX —manifestaba en la edición francesa— estuvieron casi todos de acuerdo con considerar la norma jurídica como una norma coercitiva, que prescribe o permite el empleo de la coerción, y en admitir que la coacción es el carácter distintivo de la norma jurídica. En este punto la *Teoría Pura del derecho* continúa la tradición positivista del siglo pasado.<sup>192</sup>

El positivismo jurídico, del que nuestro autor se siente continuador y perfeccionador, ha solido establecer una conexión esencial entre el deber jurídico y la coactividad del derecho. Los precedentes de este enfoque, que distingue el derecho de la moral justamente por la coactividad del prime-

<sup>191</sup> A propósito de la distinción —que en el n. 8 analizaremos— entre norma primaria y secundaria, Casaubon, en *op. cit.*, señala este contraste.

<sup>192</sup> TP (ed. fr.), p. 71.

ro, pueden verse en algunos representantes del iusnaturalismo racionalista, como Pufendorf<sup>193</sup> y Thomasio.<sup>194</sup> Es también una postura que se encuentra en Kant.<sup>195</sup> Tal vez, a fuerza de insistir en que Kelsen no sigue la filosofía del derecho kantiana, se ha pasado por alto esta significativa coincidencia. Este planteamiento ha llegado a formar parte de una mentalidad muy difundida entre los juristas y filósofos del derecho a la hora de determinar la diferencia específica de lo jurídico. Aunque Kelsen, al fin de su existencia, piensa que esa diferencia no consiste tanto en la sanción cuanto en la coactividad de ésta última, es evidente que se basa en este acervo común de ideas que pretende llevar al límite, hasta una total identificación entre lo jurídico y lo coactivo.

La afirmación de que el derecho es un orden coactivo —explicaba también en la edición francesa— se funda en un estudio comparativo de los órdenes denominados jurídicos que existen actualmente y que han existido en el curso de la historia. Ello es el resultado de investigaciones empíricas sobre el contenido de los órdenes sociales positivos.<sup>196</sup>

Las razones que avalan esta definición del derecho muestran que ella pretende fundarse en la observación experimental de lo que presenta el “material jurídico”. El núcleo de esta tesis de la *Teoría pura* parece más relacionado con un positivismo empirista —que sólo percibe a los actos coactivos como criterio empírico distintivo— que con la filosofía del trascendental *a priori*. Una definición del derecho que fuera más allá de la sanción supondría la inclusión de elementos no-empíricos, metafísicos, que la *Teoría pura* no está dispuesta a admitir.

Esto se confirma con el siguiente texto, que ilustra además la estrecha relación de esta doctrina con la de la separación entre *Sein* y *Sollen*:

La relación entre acto ilícito y consecuencia de lo ilícito no consiste, por lo tanto... en que una acción u omisión, al constituir un acto ilícito o delito, está conectada con un acto coactivo como consecuencia de la ilicitud, sino que una acción u omisión es un acto ilícito o delito, porque se le ha conectado un acto coactivo como su consecuencia. No se trata de ninguna propiedad inmanente, y tampoco de ninguna relación con alguna norma metajurídica, natural o divina, es decir, de ninguna relación con un mundo trascendente al

<sup>193</sup> Pufendorf preparó esta escisión entre moral y derecho (Luño Peña, Enrique, *Historia de la filosofía del derecho*, Barcelona, La Hormiga de Oro, 1955, p. 547).

<sup>194</sup> Sancho Izquierdo, M. y Hervada, J., *Compendio de derecho natural*, Pamplona, EUNSA, 1981, II, pp. 335-337.

<sup>195</sup> Kant, Immanuel, *Metafísica de las costumbres*, Introducción a la *Teoría pura del derecho*, & E.

<sup>196</sup> TP (ed. fr. ), *cit.*

derecho positivo, la que hace de determinada conducta humana un acto ilícito o delito; sino exclusiva y únicamente, el que sea convertida, por el orden jurídico positivo, en condición de un acto coactivo, es decir, en condición de una sanción.<sup>197</sup>

Si el valor fuera immanente a la realidad, se podría concluir algo sobre el deber ser a partir de una premisa relativa al ser. Como esto último, de acuerdo con el postulado de la *Teoría pura*, es imposible, es lógico afirmar que el valor está fuera de la realidad: proviene de la norma que, atendiendo al criterio empírico se reduce a la puesta por el hombre. Dado que se concibe el valor como extrínseco a la realidad, también lo será el disvalor del ilícito que, dando lugar a una curiosa paradoja, se califica de condición del derecho —en cuanto condiciona la aplicación de la sanción—, y, por otro lado, se afirma como disvalor.<sup>198</sup>

Esta tesis del derecho como norma coactiva es una de las más “operativas” dentro de la *Teoría pura*, es decir, una de las que se revelan como más susceptibles de recibir múltiples aplicaciones. Puestos a elaborar un sistema de ciencia jurídica, juzgamos que difícilmente serían utilizables las anteriores premisas del sistema kelseniano —positivismo, oposición ser-deber ser, etcétera—, tanto de contenido como de método, si no se recurriera a la mediación de esta tesis sobre la esencia del derecho.

Ella se remonta en Kelsen a su primera obra de importancia: los *Problemas capitales*, donde concibió a la proposición jurídica (*Rechtssatz*), clave de todo aquel libro (su mismo título lo indicaba: “desarrollados a partir de la doctrina de la proposición jurídica”), como proposición hipotética que une, con el nexo del *Sollen*, la sanción al ilícito; si éste tiene lugar, debe aplicarse la pena. Estamos ante una constante del pensamiento kelseniano, anterior en el tiempo a la más explícita fundamentación filosófica de la *Teoría pura* en el neokantismo de Marburgo, y previa al ensamblaje del punto de vista dinámico, o sea, relativo a la producción de las normas dentro de su doctrina.

Kelsen realiza enseguida una deducción a primera vista sorprendente:

De ahí resulta que, dentro de semejante orden normativo —se refiere al orden coactivo basado en la retribución, tal como lo ha definido en el pasaje que hemos transcrito—, una y la misma conducta puede ser, en este sentido, “obligatoria” y simultáneamente “prohibida” y que esta situación puede ser descrita sin contradicción lógica... los dos enunciados siguientes: “si A se pro-

<sup>197</sup> TP (2a. ed. al.), n. 27b, p. 126.

<sup>198</sup> Cótéjese el texto citado en la nota precedente con el que se refiere a la relación entre norma y valor en *ibidem*, n. 4e, pp. 30-37.

duce, entonces X es debido”, y “si se produce no A, entonces X es debido”, no se excluyen recíprocamente y, por ende, las dos normas que mediante ellos se formulan pueden tener validez al mismo tiempo... Esta situación es posible, aunque sea políticamente insatisfactoria. De ahí que los órdenes jurídicos, por lo común, contengan disposiciones mediante las cuales una de las normas es nula, o puede ser anulada.<sup>199</sup>

La férrea lógica de Kelsen brinda a su oponente un rico arsenal de argumentos por reducción al absurdo, ya preparados por el mismo Kelsen; el corolario propuesto es una buena muestra. La deducción permite hacerse cargo aún más de la distancia que media entre nuestras habituales convicciones y la teoría kelseniana. El absurdo que se capta en esa consecuencia no radica, por supuesto, en ella misma, sino en el principio del que arranca la argumentación.

A fin de precisar lo propio de la sanción jurídica, el libro distingue entre sanciones trascendentes y sanciones socialmente inmanentes. Las primeras se definen por provenir de una instancia sobrehumana, y eventualmente también por ser aplicables en el más allá. Las otras se llevan a efecto en la tierra, y proceden de los hombres. Las sanciones socialmente inmanentes pueden consistir ya sea en la mera aprobación o desaprobación social ante una determinada conducta, o bien, en acciones específicamente determinadas por el orden social, cumplidas por individuos asimismo determinados por ese orden. En este último caso se habla de sanciones socialmente organizadas, cuyo origen en los pueblos primitivos lo sitúa Kelsen en la venganza de la sangre entre grupos diversos.

Con ocasión de esta materia, el jurista vienés hace una incursión en un apartado dominio científico, el de la historia de las religiones. Como si se tratara de una tesis irrefutable, adopta la teoría del evolucionismo progresivo, según la cual las religiones habrían evolucionado de lo más imperfecto a lo más perfecto; esto es, desde el animismo, el politeísmo, etcétera, hacia el monoteísmo. Aplica este esquema evolutivo, producto del traslado de la hipótesis evolucionista de las ciencias naturales al campo de las denominadas ciencias del espíritu, al desarrollo de las ideas acerca de las sanciones trascendentes en la historia de la humanidad. Las diversas etapas de ese desarrollo obedecerían a una mayor “centralización” de la instancia sobrehumana —tránsito del politeísmo al monoteísmo—, y a un incremento de su poder y de su distancia respecto a los hombres.<sup>200</sup>

<sup>199</sup> *Idem*, n. 5a, pp. 39 y 40.

<sup>200</sup> Se nos permitirá realizar por nuestra parte otra breve incursión en este tema, a lo que nos sentimos habilitados por el proceder de Kelsen. Aparte de que las concepciones susten-

Después de estas consideraciones sobre los sistemas sociales en general, llega el momento de tratar específicamente las notas distintivas del orden jurídico. Al exponer su pensamiento, serán inevitables las repeticiones, ya que el concepto de sistema social se ha elaborado sobre la base de lo propio del derecho, pero procuraremos reducirlas al mínimo en cuanto sea factible.

## VIII. EL ORDEN JURÍDICO: ORDEN NORMATIVO COACTIVO<sup>201</sup>

### 1. *El derecho como norma coactiva*

¿Qué es el derecho? La investigación sobre el objeto de la ciencia jurídica, encaminada a responder a esta pregunta, ha de principiar por el examen de los usos lingüísticos de la palabra *Recht* y sus equivalentes en otros idiomas: *droit*, derecho, etcétera. El resultado de esta indagación no le ofrece dudas al autor de la *Teoría pura*: “...si comparamos entre sí los objetos que, en los más variados pueblos, y en los más distintos tiempos, fueron designados como «derecho», resulta por de pronto que todos aparecen como ordenamientos

---

tadas por Kelsen en su apriorismo evolutivo no tienen en cuenta el hecho innegable de la común naturaleza humana desde los albores de la humanidad hasta el presente —de la que deriva la religión como algo natural en el ser humano, abierto además a lo sobrenatural—, los estudios más serios, llevados a cabo entre los pueblos sin escritura existentes en la actualidad, enseñan que la creencia en un ser supremo se encuentra justamente en los pueblos etnológicamente más antiguos. Ellos son los que poseen una idea más pura y elevada de la divinidad: ser creador, providente, legislador, guardián del orden moral, etcétera, lo que cuadra perfectamente con la revelación primitiva de la que habla la fe cristiana. A esa conclusión científica han llegado, entre otros investigadores, Wilhelm Schmidt y los representantes de la Escuela Etnológica de Viena, que el fundador de la Escuela Jurídica de Viena parece no considerar. Guerra Gómez, Manuel, *Historia de las religiones* (3 tomos), Pamplona, EUNSA, 1980, especialmente II, pp. 111-135. El agnosticismo e indiferentismo religioso de Kelsen se echa de ver en toda su obra. Suele hacer suyos, sin más discusión, todos los tópicos del difuso racionalismo que domina sus posiciones en estas materias: el animismo como origen de la religiosidad —en circunstancias de que se trata de una forma religiosa secundaria, derivada o degradada (*cf.* Guerra, M., *op. cit.*, II, pp. 365 y 366)—; la interpretación simplificadora del caso Galileo, que menciona implícitamente en TP (2a. ed. al.), prólogo a la 1a. ed., p. 11; todos sus comentarios e interpretaciones de pasajes bíblicos; etcétera. De esta mentalidad se hace eco la edición castellana de la *Teoría pura del derecho* (2a. ed. al.) cuando emplea promiscuamente la minúscula y la mayúscula para escribir el nombre de Dios, sin que parezca seguir un criterio definido o en el empleo de una u otra.

<sup>201</sup> TP (2a. ed. al.), n. 6, pp. 44-70; TP (ed. fr.), pp. 38-42; TP (1a. ed. al.), n. 12, p. 52 y n. 14b, pp. 57-59.

de la conducta humana”.<sup>202</sup> *El derecho es, por ende, un ordenamiento de la conducta humana*, un sistema de normas que —dejando aparte las concepciones primitivas que consideraban a los animales, plantas u objetos inanimados como susceptibles de ser sancionados— sólo regula conducta humana. Lo que no obsta a que el orden jurídico pueda prescribir una conducta humana en relación con animales, plantas u objetos inanimados —como cuando se prohíbe la caza o la pesca—, mas siempre la regulación positiva del actuar del hombre por el derecho se circunscribe a su conducta en tanto se refiere, inmediata o mediatamente (como ocurre cuando se prescribe un comportamiento que se refiere directamente a animales, plantas u otros objetos), a otro hombre —relación individual— o a todos los hombres sujetos al orden jurídico —relación colectiva—. A la postre, dice Kelsen, siempre hay una relación colectiva que se establece con la comunidad jurídica, es decir, con todos los miembros de ésta, y que determina incluso la regulación de las relaciones individuales. Por ejemplo, cuando se obliga al deudor a pagar lo que debe, no estaría quizá sólo en juego el interés del acreedor, sino que más bien se protegería —según Kelsen— el mantenimiento de un determinado sistema económico, o sea, habría un interés colectivo. Ya se preanuncia aquí la disolución del dualismo derecho privado-derecho público, inextricablemente unida al estatismo de Kelsen.

El derecho como orden de la conducta humana: en este enunciado se esconde más de lo que a primera vista se aprecia. Entraña la asunción de un punto de vista que, a fuerza de común en el ámbito del positivismo jurídico y en autores de las más variadas tendencias iusfilosóficas, muchas veces ni siquiera llama la atención ni se menciona como característico de Kelsen: el normativismo.<sup>203</sup>

Cualquiera sabe que la palabra “derecho” tiene variadas acepciones. Muy simplificada, por lo que ahora nos interesa, pueden reducirse a tres: el derecho como norma, que suele denominarse modernamente “Derecho objetivo” y escribirse con mayúscula; el derecho como facultad subjetiva de exigir lo debido, de tanta relevancia en la cultura jurídica de los últimos siglos, calificado como “derecho subjetivo” y diferenciado por la minúscula, y una tercera acepción —que, por no ser a menudo tenida en cuenta, cae fuera de la bipartición “Derecho objetivo-derecho subjetivo”— que corresponde a lo que clásicamente se conocía por “derecho objetivo”,

<sup>202</sup> TP (2a. ed. al.), n. 6a, p. 44.

<sup>203</sup> Aunque se suele conocer la *Teoría pura* como “normativismo”, a modo de ejemplo: Tasic, G., “Le réalisme et le normativisme dans la science juridique”, *Revue Internationale de la Théorie du Droit*, 1, 1926, pp. 165-182; y Fragueiro, A., *Aberraciones teóricas del normativismo jurídico de H. Kelsen*, Buenos Aires, Espasa Calpe, 1943.



es decir, el objeto del “derecho subjetivo”, lo debido o exigido, o, para usar la tradicional expresión, “la misma cosa justa”, objeto de la virtud de la justicia.<sup>204</sup>

En este contexto de acepciones, el normativismo puede sintetizarse en un simple enunciado: el derecho es esencialmente norma. Los otros significados aparecen como subordinados al sentido normativo del derecho, que sería el primario. Kelsen, de hecho, se complace en su completa reducción del derecho subjetivo al objetivo. En lo concerniente al tantas veces inadvertido tercer significado, guarda el silencio tan característico en la mayoría de los juristas contemporáneos.

El normativismo es, al igual que la inclusión de la coacción en la esencia del derecho, un elemento pacíficamente recibido por el fundador de la Escuela de Viena, que procede de una mentalidad firmemente arraigada en la ciencia y en la filosofía del derecho predominante en su tiempo, que es todavía —por cierto— nuestro tiempo. El avance suyo se limita a una más abierta negación del derecho subjetivo como facultad, hasta arrancarle cualquier apariencia de entidad propia. La teoría jurídica, conviene recalcarlo, queda confinada en Kelsen al estudio de las normas jurídicas. Esta restricción facilita enormemente la puesta en práctica del formalismo programático de la *Teoría pura*, pues los contenidos que ella quiere eliminar de la ciencia jurídica parecen aflorar más inmediatamente a través de las otras acepciones indicadas del derecho, que remiten a una realidad no reductible en principio a pura norma.

Esta pieza de la construcción kelseniana se articula estrechamente con el positivismo, lo mismo que con el estatismo —o, quizá con más exactitud, “publicismo”— de la *Teoría pura*, que encontraremos más adelante.<sup>205</sup> En efecto, la norma jurídica se restringe a la norma positiva estatal, preestatal o supraestatal.

Conviene destacar que, al emplear la palabra “orden” (*Ordnung*), o “sistema” (*System*), Kelsen sólo alude a un conjunto de normas o reglas de conducta, sin hacer referencia al aspecto estructurador de la sociedad ni al complejo de relaciones sociales, elementos que muchos autores suelen incluir en el concepto de orden, ordenamiento o sistema jurídico. Todos estos aspectos en la *Teoría pura* se reducen al normativo.

La segunda nota común a todos los sistemas sociales designados como “derecho”, tras la primera, que consiste en ser órdenes de normas, nos es

<sup>204</sup> Sancho Izquierdo, M. y Hervada, J., *op. cit.*, I, pp. 17-49. Donde se ofrece una buena visión introductoria a este tema.

<sup>205</sup> *Ibidem*, cap. V.

ya muy conocida: el derecho es un orden coactivo.<sup>206</sup> De acuerdo con lo ya expuesto, ésta viene a ser, en la formulación de 1960, una nota en la que hay algo de común con los demás sistemas sociales —la existencia de sanciones—, y en la que lo específico del derecho radica en el tipo de sanciones instituidas. Las sanciones propias del derecho pertenecen a la clase de las sanciones “socialmente organizadas”.

Otro rasgo propio de la sanción jurídica es su *coactividad*, que se convierte en criterio decisivo para distinguir el derecho de los demás sistemas sociales. El momento de coacción es descrito del siguiente modo: “...la circunstancia de que el acto estatuido por el orden como consecuencia de un hecho considerado como socialmente dañino, deba llevarse a cabo inclusive contra la voluntad del hombre a que toca y, en caso de oposición, recurriendo a la fuerza física...”<sup>207</sup>

La coactividad jurídica no significa que la ejecución de los actos coactivos involucre en todos los casos el uso de la fuerza física; ello sólo tiene lugar cuando se opone resistencia a la ejecución, lo que no ocurre normalmente. Por otra parte, no ha de confundirse la coactividad de que tratamos con la coacción psicológica, que se da como consecuencia del deseo de evitar la sanción. Esta motivación de la conducta no es producida por el derecho —puntualiza Kelsen—, sino por la representación o idea del mismo que tiene el sujeto. Y mientras el derecho pertenece a la esfera del deber ser, la representación aludida correspondería a la del ser, de la que metodológicamente quiere mantenerse separada la *Teoría pura*. Además, no necesariamente se actúa conforme a derecho por ese motivo de evitación de la sanción; frecuentemente hay otros motivos, religiosos o morales, o la simple ausencia de motivos para comportarse de modo contrario a derecho. Y como tercera razón para distinguir la coacción psíquica de la jurídica, se añade que la primera no es exclusiva del derecho, sino que también existe en otros sistemas sociales. La coactividad jurídica sólo significa en Kelsen que el derecho establece actos coactivos, con las características señaladas, como consecuencias de ciertas condiciones por él determinadas.

El acto coactivo es un mal, pues el que lo padece lo percibe normalmente como tal, aunque excepcionalmente pueda considerarlo un bien. El acto coactivo, por otro lado, es un acto humano que inflige ese mal, y que puede ser atribuido a la comunidad jurídica o, lo que es sinónimo estricto

---

<sup>206</sup> *Ibidem*, n. 7.

<sup>207</sup> TP (2a. ed. al.), n. 6b, p. 48. Recaséns Siches, L., *Concepto lógico-genérico del derecho. La nota de coactividad*, Madrid, Reus, 1924.

para Kelsen, a la unidad del orden jurídico. El sentido de esta atribución (*Zuschreibung*) será tratado en la “Estática jurídica”.<sup>208</sup>

El acto coactivo puede revestir el carácter de sanción si es una reacción ante conductas humanas; pero el derecho también contempla casos en que el acto coactivo no representa una sanción. Así, la sanción es una especie dentro del género de acto coactivo. Esta aclaración no se encontraba en las anteriores ediciones de la *Teoría pura del derecho*. Su inclusión es un ejemplo más del esfuerzo del autor en orden a abarcar el cada vez más polifacético contenido de los órdenes jurídicos positivos.<sup>209</sup> Enumera múltiples ejemplos de actos coactivos carentes del carácter de sanciones, los cuales se prevén por el orden jurídico como reacción ante hechos, distintos de las acciones u omisiones humanas, reputados socialmente indeseables: internación de enfermos mentales y contagiosos, expropiación de bienes, eliminación de animales enfermos, demolición de edificios que amenazan derrumbarse, etcétera. También incluye en esta categoría los casos en que la acción u omisión humana no está comprobada jurídicamente, como sucede en los actos coactivos que tienen como condición la sospecha de delitos o la prevención de éstos. Las medidas de fuerza que ejecutan los Estados totalitarios en contra de personas de ideología, religión o raza indeseable para ellos también forman parte de la especie de actos coactivos que no tienen el carácter de sanciones. “Medidas semejantes pueden ser juzgadas moralmente con la máxima severidad, pero no se puede considerarlas como externas al régimen jurídico de esos Estados”.<sup>210</sup> Desde el momento en que lo jurídico equivale a coactividad positivamente establecida, no se dispone de ningún criterio que permita considerar esos atropellos como antijurídicos.

## 2. *Derecho, fuerza y paz*

La coactividad del derecho da ocasión para plantear una interesante cuestión: las relaciones entre el derecho, el uso de la fuerza y la paz. En 1945, en *Teoría general del derecho y del Estado*, el tema se despachaba de modo sencillo.<sup>211</sup> El derecho prohíbe en general el uso de la fuerza entre los miem-

---

<sup>208</sup> *Ibidem*, cap. IV, n. 19.

<sup>209</sup> TP (2a. ed. al.), prólogo a la 2a. ed., p. 13.

<sup>210</sup> *Ibidem*, n. 6b, p. 54. Kelsen nos presenta una vasta gama de sentidos del vocablo “sanción”, desde uno amplísimo que cubriría toda recompensa o castigo, hasta uno estrictísimo, restringido a la reacción coactiva contra acciones u omisiones ilícitas jurídicamente comprobadas. No nos detenemos a exponer estos diversos sentidos por ser de poco interés para los objetivos del presente trabajo.

<sup>211</sup> *Cit.*, pp. 25 y 26.

bros de la comunidad. La interferencia violenta en la esfera de intereses de otro constituye un acto antijurídico, que es condición de una sanción jurídica, para cuya ejecución se emplea, si es preciso, la fuerza. El orden jurídico aparece, por consiguiente, como un monopolio del uso de la fuerza. Si se define la paz como ausencia del uso físico de la fuerza, entonces el derecho es un orden establecido para promover la paz, dado que castiga la violencia. En consecuencia, una situación de derecho es esencialmente una situación de paz. Ésta era la perspectiva del libro dirigido al público norteamericano al término de la Segunda Guerra Mundial.

Quince años más tarde estos asertos tajantes se matizan considerablemente. Partiendo de una observación más integral de los distintos órdenes jurídicos que han existido a través de los tiempos, Kelsen anota que ellos coinciden, en grandes líneas, en lo relativo a los actos coactivos que instituyen —privación de la vida, de la libertad, etcétera—, pero que difieren notablemente en cuanto a las conductas cuyo opuesto es condición de sanciones —o sea, en los comportamientos que son conformes a derecho—. Se aprecia, según Kelsen, una amplia divergencia en los valores jurídicos que se constituyen a través de las normas jurídicas. No obstante, es detectable una tendencia común, históricamente verificable, a prohibir el recurso a la fuerza entre los hombres, y como la sanción puede ser también un acto de fuerza, a limitar el uso de ésta última, configurando un monopolio de la coacción contra la violencia que procede de otros individuos, en el que se determinan las condiciones bajo las que la coacción debe ser ejercida y los individuos que deben realizarla. Esta protección contra la violencia ajena admite una pluralidad de grados, desde el monopolio descentralizado en que subsiste ampliamente el principio de la defensa propia autorizada por el orden jurídico,<sup>212</sup> hasta un monopolio altamente centralizado en que la sanción es impuesta por tribunales con jurisdicción obligatoria, y es aplicada por órganos centrales de ejecución, limitándose todo lo posible la defensa propia. Cuando la protección contra la violencia alcanza un mínimo, se habla de seguridad colectiva, que aspira a la exclusión de la fuerza física, es decir, a la paz. La paz, sin embargo, no sería una función esencial del derecho, ya que la paz del derecho, como ya advirtió en 1945, es siempre relativa —en cuanto no excluye el recurso a la fuerza presente eventualmente en la sanción coactiva—, y ya que, por otra parte, no puede negarse —y aquí radica el cambio— que son órdenes jurídicos aquellos en los que la seguridad colectiva descrita aún no se ha conseguido implantar. Por tanto,

---

<sup>212</sup> Al tratar el derecho internacional, que para Kelsen presenta muchos rasgos del derecho primitivo, habrá ocasión de abundar en este tema (*ibidem*, cap. V, n. 3).

la paz es sólo una tendencia en la evolución del derecho desde estadios más primitivos hacia los más civilizados. Fiel a su relativismo, Kelsen señala que esta tendencia a la paz no constituye un mínimo moral o un valor moral común a todo derecho. Finalmente, dos advertencias complementan este más matizado tratamiento de la materia: los órdenes jurídicos tienden a ampliar las circunstancias que son condición de actos coactivos a acciones que ya no tienen el carácter de uso de la fuerza, y aun a meras omisiones; por otro lado, incluso en el Estado moderno permanecen la legítima defensa y otros casos de descentralización en el uso de la fuerza, como el derecho disciplinario de los padres sobre los hijos.

Losano interpreta esta mutación en el enfoque del tema como un resultado de la mayor fidelidad al conjunto de los derechos positivos de todos los tiempos, incluyendo los más primitivos, tal como fenoménicamente se dan.<sup>213</sup> Este factor puede haber pesado, pero nos inclinamos a creer, más bien, que la nueva actitud, que ya no asimila necesariamente el derecho a una situación pacífica, como si la paz constituyera una función o finalidad intrínseca esencial al orden jurídico, obedece a la intención, tan arraigada en Kelsen, de purificar al máximo la ciencia jurídica. Como lo había hecho notar Bobbio,<sup>214</sup> la tesis de 1945 parecía estar “contaminada por presupuestos ideológicos”, por un pacifismo no del todo eliminado. En 1960, Kelsen quita esta posible ocasión de pensar que su *Teoría pura* no era enteramente pura, formal y avalorativa.

### 3. El “mínimo de libertad”

Otra materia a la que Kelsen dedica en esta obra una atención específica es el denominado “mínimo de libertad” existente en todo sistema jurídico. Libertad, en este contexto, quiere decir ausencia de regulación positiva

---

<sup>213</sup> Losano piensa que es el cambio de mayor relieve en la edición alemana de 1960, lo que tengo por dudoso, a la vista de otras modificaciones tal vez menos aparentes o declaradas por el autor, pero probablemente más profundas, sobre todo la consideración de la norma como sentido del acto y su diferenciación de la proposición jurídica (Losano, M. G., *Saggio introduttivo*, op. cit., p. 48). Véase Gil Cremades, Juan José, “Paz y «Teoría pura» del derecho”, *Derecho y Paz. Actas del Primer Congreso de Filosofía del Derecho*, Madrid, Instituto de Estudios Jurídicos y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1964.

<sup>214</sup> Véase el resumen de sus ideas atinentes a esta materia en Recaséns Siches, L., op. cit., II, pp. 998-1000. Bobbio reprochaba a Kelsen una cierta tendencia a una concepción legalista de la justicia, que se manifestaba en dos puntos de la teoría kelseniana: la paz como fin intrínseco del derecho, y la ausencia de contradicciones en el derecho. Es altamente significativo recordar que ambos elementos fueron abandonados por el último Kelsen (cf., respecto al segundo, *infra*, cap. IV, n. 25).

de la conducta por las normas jurídicas. Nos hallamos, pues, en el ámbito de la regulación negativa de la conducta humana. El principio que enuncia esta regulación negativa es muy simple: lo que no está jurídicamente prohibido se encuentra permitido (negativamente).<sup>215</sup> En esa misma medida, el hombre es jurídicamente libre. Kelsen intenta deslindar con exactitud esta libertad que el orden jurídico deja en forma negativa, de aquella libertad que positivamente garantiza, cuando obliga a los otros hombres a respetar esa libertad. Esto lo lleva a cabo al prohibir una conducta que podría impedir el ejercicio de la libertad y establecer correlativamente un derecho en el sujeto libre de comportarse así, derecho —dice Kelsen— que no es sino el reflejo de la correspondiente obligación de respetar ese actuar libre. Esta garantía positiva de la libertad no siempre está prevista por el orden jurídico. En efecto, puede ocurrir que la conducta de otro opuesta a la conducta libre también sea libre, en tanto no prohibida. En tal caso se produce un conflicto no previsto por el orden jurídico. Recurramos al ejemplo del texto: no está prohibido que el propietario de una casa haga un orificio en un muro situado en el linde de su predio para instalar un ventilador, y al mismo tiempo también está permitido que el propietario de la finca vecina construya una casa, una de cuyas paredes cierra el orificio de ventilación del muro colindante, de manera que imposibilita la utilización del ventilador. Kelsen explica esta hipótesis advirtiendo que el derecho no puede intentar evitar todos los conflictos, aunque los órdenes jurídicos modernos, casi sin excepción, prohíben que se impida por la fuerza física una conducta ajena permitida. Como es obvio, todas estas afirmaciones, lo mismo que la teoría kelseniana de las lagunas —presidida por el principio del mínimo de libertad—, dependen de la noción de derecho elegida en la *Teoría pura*: conjunto de normas positivas.

Indagando el porqué de este mínimo de libertad presente en todo ordenamiento jurídico, sostiene que existe “...no como un derecho innato al hombre, un derecho natural, sino como consecuencia de la posibilidad técnicamente limitada de regulación positiva de la conducta humana”.<sup>216</sup> Incluso en órdenes totalitarios, el derecho sólo puede obligar a muy determinadas acciones y omisiones, y jamás puede verse el hombre totalmente limitado en su libertad, en términos generales, por un ordenamiento. Esta doctrina no implica, a nuestro juicio, una suerte de latente ideología indi-

---

<sup>215</sup> *Ibidem*, n. 7. Aunque en *Allgemeine Theorie der Normen*, cit., p. 81, critica la lógica de la máxima “lo que no está prohibido está permitido”, lo nuclear de su doctrina permanece inalterado, ya que esa crítica no afecta al hecho de que lo negativamente regulado queda fuera del derecho (*ibidem*, pp. 106 y 107).

<sup>216</sup> TP (2a. ed. al.), n. 6b, p. 57.

vidualista —aunque coincide significativamente con una postura liberal de ese tipo—<sup>217</sup>; sino que es más bien, muy lisa y llanamente, la comprobación de un hecho, observable en los órdenes jurídicos positivos existentes. El principio opuesto —todo lo que no está permitido está prohibido—, no se realiza en la misma realidad, y supondría, como indica Cossio, una paralización total de la vida humana. Pero no compartimos con este último autor su concepción de esta libertad como un *a priori* en sentido kantiano, ni pensamos que ese sea su sentido en la *Teoría pura*.

#### 4. ¿Obligaciones jurídicas sin sanción?

Los dos epígrafes con que se cierra el capítulo primero —“¿Obligaciones jurídicas sin sanción?”, ya incluido en 1953,<sup>218</sup> y “Normas jurídicas no independientes (*unselbständige*)”— son una excelente demostración de la lógica con que opera la *Teoría pura*. Provisto de su definición del derecho como orden coactivo, Kelsen interpreta a su luz todo el “material” que la vida jurídica presenta.

En el primero de esos apartados recoge algunas objeciones que se dirigen contra esa definición del derecho. Unas se basan en la existencia de normas que no establecen ningún acto coactivo, sino que permiten o facultan cierta conducta. A esto contesta con su doctrina de las normas dependientes, que será examinada a continuación. Otras impugnaciones se fundan en el hecho de que frecuentemente la falta de aplicación de las normas que estatuyen actos coactivos no es convertida, a su vez, en condición de otros actos coactivos. La réplica de Kelsen echa mano de su clasificación tripartita de las funciones de la norma: la norma sigue siendo coactiva aun cuando la sanción no sea obligatoria, sino facultativa o permitida para el que debe aplicarla —en cuanto su incumplimiento no le acarree el incurrir, a su turno, en una sanción—. Otras veces se opone a esa definición la existencia de normas que ordenan una conducta sin establecer una sanción. El supuesto más significativo es el tan clásico de las obligaciones naturales, en las que hay la obligación de cumplir la prestación sin que su cumplimiento pueda ser exigido mediante acción judicial, pero que, una vez cumplidas, no

<sup>217</sup> No nos convence el método de pesquisa de latentes supuestos “ideológicos”, tan utilizado por el mismo Kelsen. TP (2a. ed. al.), cap. IV y VI. No negamos la posibilidad de que existan influjos ocultos, pero casi siempre, al intentar detectarlos, se cae en el terreno de las conjeturas. Preferimos, por más seguro, atenernos a los supuestos abiertamente expresados por el autor, o que, a lo sumo, se deducen inmediatamente de sus palabras.

<sup>218</sup> TP (ed. fr.), pp. 80-82.

puede repetirse el pago invocando un enriquecimiento ilícito, pues el pago se considera debido. Esta situación —contesta nuestro autor— puede ser explicada sin recurrir a una norma no coactiva que obligue a la prestación. Cuando alguien no devuelve una prestación que hizo en su favor un sujeto que no estaba obligado a ella, este comportamiento de negarse a la devolución puede ser objeto de una sanción, consistente en la ejecución civil sobre el patrimonio del sujeto que rehúsa restituir lo que indebidamente se le dio. La norma que consagra una obligación natural puede ser interpretada, según Kelsen, como una limitación de la validez de la norma sancionatoria que acabamos de enunciar: en las llamadas obligaciones naturales, si se produce ese pago de lo no debido, no habría lugar a esa sanción.

El autor reconoce, sin embargo, que hay supuestos de mandatos normativos no sancionados en que estos recursos interpretativos no son aplicables. Pero su solución del problema es bien fácil: si la definición del derecho, supuesta en la norma básica de un orden jurídico, lo capta como norma necesariamente coactiva, entonces la norma que no establece un acto de coacción no puede ser interpretada como una norma jurídica. Trayendo a colación su distingo entre el sentido subjetivo y el sentido objetivo del acto que produce la norma,<sup>219</sup> dice que en tal evento el sentido subjetivo de norma jurídica no puede ser interpretado como el sentido objetivo de la misma. Tal norma sería jurídicamente irrelevante,<sup>220</sup> como lo sería una ley que recogiera una teoría religiosa o política que ni siquiera tendría el sentido subjetivo de norma relativa al actuar del hombre.

Estos elementos jurídicamente irrelevantes contenidos en las normas jurídicas —ya esbozados en la edición en francés—<sup>221</sup> son posibles debido a que en el derecho es necesario diferenciar el procedimiento mediante el cual es producido —la forma jurídica, regulada por el mismo derecho—, y su contenido —o materia jurídica—. Para distinguir el derecho de otros sistemas sociales, como la moral, es menester definirlo —continúa Kelsen— con un contenido determinado —como orden coactivo—, de tal modo que no basta con la forma jurídica de producción para que se esté en presencia de una norma jurídica. Agrega que si el derecho no se definiera como orden coactivo, las normas jurídicas carentes de sanción sólo se distinguirían de las normas morales por su origen, y tratándose de normas consuetudinarias, tampoco este criterio sería aplicable.

---

<sup>219</sup> *Ibidem*, n. 5.

<sup>220</sup> En TP (ed. fr.), p. 77, la calificaba de “incompleta”; había de ser completada por la sanción para que se convirtiera en verdadera norma jurídica.

<sup>221</sup> *Ibidem*, pp. 75 y 76.



En defensa de esta inclusión de la coacción en la definición del derecho contenida en la norma fundamental, sostiene que “...así se atiende a la conexión que aparece, en el caso más significativo para el conocimiento del derecho, el moderno derecho estatal, entre derecho y Estado, donde el Estado es esencialmente un orden coactivo y, precisamente, un orden coactivo limitado en su dominio territorial de validez”.<sup>222</sup> Concede que si los sistemas designados como derecho contuvieran en medida destacable normas que obligaran sin ir unidas a normas que estatuyesen actos coactivos —hipótesis que actualmente le parece irreal— correspondería poner en tela de juicio la conveniencia de la definición de derecho preconizada por él. Si, más aún, desapareciera la coacción, se modificarían esencialmente los sistemas sociales jurídicos: morirían el Estado y el derecho tal como los entiende Kelsen.

En una palabra, aquellas normas que no concuerdan con la definición del derecho de la *Teoría pura* no son, conforme a ésta, normas jurídicas. Esa definición forma parte de la *Grundnorm*, pero es distinta de ella. Es claro que, aunque la norma fundamental se concibiera en 1960 como un presupuesto lógico-trascendental, la definición del derecho en ella incluida depende, según lo declara el mismo autor, de la realidad empírica de los derechos positivos, tal como es accesible con los presupuestos gnoseológicos de la *Teoría pura*, que impiden conocer más allá de lo sensible, y lo sensible en el derecho pareciera no ser más que pura fuerza.

### 5. Normas jurídicas dependientes

La norma jurídica, según la doctrina kelseniana, establece actos coactivos —ya sea como obligatorios, facultativos o positivamente permitidos—, aplicables bajo determinadas condiciones. Pero, de hecho, en los sistemas jurídicos reales nos encontramos con otras clases de normas: las que prescriben determinadas conductas —justamente aquellas que son contrarias a las que se ponen como condición de actos coactivos—; las que permiten positivamente ciertos comportamientos; las que derogan otras normas; las que confieren una facultad que comporta una participación en el proceso de producción de las normas jurídicas; las normas interpretativas; las que instituyen recompensas, etcétera. Todos estos tipos de normas parecen no encajar en el enunciado con que Kelsen describe a la norma jurídica coactiva. El autor acepta la existencia de estas otras clases de normas, pero las

---

<sup>222</sup> TP (2a. ed. al.), n. 6d, p. 66.

califica de “no independientes”, o, simplificando para evitar la doble negación, “dependientes”.<sup>223</sup>

En los *Problemas capitales*<sup>224</sup> distinguía la proposición jurídica —en aquel entonces no diferenciada terminológicamente de la norma jurídica, como veremos—<sup>225</sup> en sentido estricto (*Rechtssatz in engeren Sinne*) de la proposición jurídica en sentido amplio (*Rechtssatz in weiteren Sinne*). La primera era la que obligaba a los súbditos bajo coacción, en tanto la segunda prescribía el modo de comportarse a los órganos estatales, sin ser coactiva. Esta clasificación apuntaba en una dirección distinta y se relacionaba con un problema que aún no había sido resuelto en la teoría kelseniana, tal como se recogía en aquel libro juvenil: el de las relaciones entre derecho y Estado.<sup>226</sup> Sin embargo, puede sostenerse que lo que en 1911 se designaba como “proposición jurídica en sentido estricto” corresponde, hasta cierto punto, a lo que a la vuelta de medio siglo se llamará “norma jurídica independiente”; aunque no estaba claro que toda norma independiente habría de ser coactiva.

Veamos a continuación cómo explica en la segunda edición alemana de la *Teoría pura del derecho* la relación de dependencia de cada una de las clases de normas arriba enumeradas con la norma jurídica coactiva que se concibe como independiente.

Si un orden jurídico —por ejemplo, una ley dictada por el parlamento— contiene una norma que prescribe una determinada conducta y otra que enlaza al incumplimiento de la primera una sanción, la primera no constituye una norma independiente, sino que está esencialmente ligada a la segunda; ella determina sólo negativamente la condición a la que la segunda enlaza la sanción; y si la segunda determinara positivamente la condición a la cual ella enlaza la sanción, la primera sería, desde el punto de vista de la técnica legislativa, superflua.<sup>227</sup>

Hace notar que los códigos penales modernos no contienen norma en la que se exprese “No debes matar”, limitándose a prescribir que “Quien

<sup>223</sup> En el original el término *unselbständig* sólo contiene una negación. En castellano, al traducir *selbständig* por independiente, se ha multiplicado innecesariamente la negación. Podría haberse dicho “no autónoma”.

<sup>224</sup> *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (2a. ed.), pp. 189-270.

<sup>225</sup> *Ibidem*, cap. III, n. 10.

<sup>226</sup> Losano, M. G., *Saggio introduttivo*, cit., pp. 22 y 23. Esta distinción evoca la de Thomasio, entre leyes en sentido amplio y en sentido estricto; el rasgo característico de éstas últimas consistía precisamente en la coactividad. Sancho Izquierdo, M. y Hervada, J., *op. cit.*

<sup>227</sup> TP (2a. ed. al.), n. 6e, p. 67.

mate, será sancionado penalmente”, lo que probaría el carácter superfluo de la primera norma.

Para designar estas dos especies de normas, Kelsen usaba, desde su obra *El problema de la soberanía y la teoría del derecho internacional* (1920)<sup>228</sup> hasta la edición francesa de la *Teoría pura* (1953),<sup>229</sup> su conocida nomenclatura de “norma primaria” y “norma secundaria”. “Llamamos norma primaria a la que establece la relación entre el hecho ilícito y la sanción, y norma secundaria a la que prescribe la conducta que permite evitar la sanción”.<sup>230</sup> La norma primaria equivalía a la actual norma independiente, en la que, ya en 1953, se comprenden los supuestos de facultamiento o permisón positiva de la sanción,<sup>231</sup> y en la que en 1960 también se incorporan los casos de actos coactivos que no son sanciones. La norma secundaria, en esta nueva formulación de la doctrina, viene a ser un caso más en el género de las normas dependientes. Por cierto que antes la norma secundaria era igualmente reputada superflua, hasta el punto que Kelsen no la consideraba deducible de la primaria... sino idéntica a ella. Se la privilegiaba en la exposición, al insertarse esta clasificación en el tema del derecho como técnica social, que persigue obtener la realización de la conducta opuesta a la sancionada, perspectiva que, como ya se indicó, es abandonada en la segunda edición alemana. Por lo demás, en la *Teoría general de las normas* reaparece, con el mismo sentido de antes, la terminología de “norma primaria” y “norma secundaria”.<sup>232</sup>

Normas jurídicas no independientes son también aquellas que permiten positivamente una determinada conducta. Puesto que sólo delimitan el dominio de validez de una norma jurídica, que prohíbe esa conducta al enlazar a la contraria una sanción. Ya se señaló la norma que permite la legítima defensa.<sup>233</sup>

También las normas derogatorias, que limitan el dominio de validez de otras normas o eliminan esta validez, “...sólo pueden ser entendidas conjuntamente con otras que estatuyen actos coactivos”.<sup>234</sup> Otro tanto en lo que atañe a las disposiciones interpretativas.

<sup>228</sup> *Teoría general del Estado*, cit., p. 66; TP (1a. ed. al.), n. 14b, pp. 57-59.

<sup>229</sup> TP (ed. fr.), pp. 76-78.

<sup>230</sup> TP (ed. fr.), p. 77.

<sup>231</sup> *Ibidem*, pp. 82-86.

<sup>232</sup> *Allgemeine Theorie der Normen*, cit., pp. 43 y 115.

<sup>233</sup> TP (2a. ed. al.), n. 6e, p. 68.

<sup>234</sup> *Idem*.

Las normas que facultan una determinada conducta en el sentido de que otorgan a un individuo el poder de producir normas jurídicas o de participar en esa producción cumplen asimismo una función independiente, pues determinan una de las condiciones a las cuales una norma independiente enlaza el acto coactivo. Así, la condición del acto coactivo no es sólo la verificación del hecho, el ilícito u otro suceso condicionante de la coacción, sino también la producción de las normas constitucionales y legales que los órganos aplican. Kelsen propone el siguiente enunciado que describe el conjunto de las condiciones a las que se conecta un acto coactivo:

Cuando los individuos autorizados a legislar hubieren promulgado una norma general según la cual quien cometiera hurto debe ser penado de determinada manera, y cuando el tribunal autorizado al respecto en la legislación procesal penal hubiere verificado, mediante uno de los procedimientos específicos de la legislación procesal penal, que un hombre determinado ha incurrido en hurto y además, cuando ese tribunal hubiere impuesto la pena legalmente determinada, entonces, un órgano determinado deberá ejecutar la pena.<sup>235</sup>

En páginas precedentes<sup>236</sup> ha expresado que las normas que prevén recompensas para ciertos servicios, como títulos y condecoraciones, fuera de que desempeñan un papel muy subordinado en aquellos ordenamientos que las contienen, también se hallan en una relación esencial con las normas que establecen sanciones. Porque, o bien no está jurídicamente prohibido exhibir esos títulos o condecoraciones —y en tal caso hay una permisión negativa—, o bien está jurídicamente prohibido, como es lo normal —y entonces las normas que autorizan su exhibición son de aquellas que contienen una permisión positiva, que implica una limitación de la norma sancionadora—.

En conclusión:

De lo dicho resulta que un orden jurídico, aunque de ninguna manera todas sus normas estatuyan actos coactivos, puede con todo ser caracterizado como un orden coactivo, en cuanto todas las normas que de por sí no estatuyen actos coactivos, y que, por tanto, no imponen obligaciones, sino que sólo facultan o permiten positivamente la producción de normas, son normas no independientes que sólo valen en conexión con una norma que estatuye un acto coactivo... En cuanto un orden jurídico es un orden coactivo... puede

---

<sup>235</sup> *Ibidem*, n. 6e, p. 69.

<sup>236</sup> *Ibidem*, n. 6b, pp. 47 y 48.

ser descrito en enunciados que declaren que, bajo determinadas condiciones... deben ejecutarse determinados actos coactivos...<sup>237</sup>

Toda esta elaboración sistemática no es más que un lógico resultado de la definición del derecho que el jurista vienés hace suya. Una vez más, se revela como un consumado maestro en el arte de desplegar, de manera sistemática, las virtualidades que una idea encierra. La ampliación de las normas dependientes, que ahora superan el marco de la anterior distinción entre norma primaria y norma secundaria, puede explicarse en función del creciente afán del autor por abarcar la realidad jurídica en toda su complejidad. Es perceptible, al mismo tiempo, un sutil cambio de perspectiva: antes, el tema de los diversos tipos de normas surgía a partir de una consideración de la esencia del derecho, o sea, de modo deductivo; ahora se plantea inductivamente, tomando como punto de partida la realidad de los órdenes jurídicos positivos que contienen variadas formulaciones normativas. Por esto quizá cabría hablar de una mayor “independencia” de las normas “no independientes” en el último Kelsen: la independencia de su real existencia, afirmada más explícitamente en el contexto de la distinción entre norma y proposición jurídica, a la que más adelante nos referiremos.<sup>238</sup>

---

<sup>237</sup> *Ibidem*, n. 6e, p. 69.

<sup>238</sup> *Ibidem*, cap. III, n. 10.

## CAPÍTULO TERCERO

### EL DERECHO FRENTE A LA MORAL Y LA CIENCIA

#### *Sección I: Derecho y moral*

#### IX. DERECHO Y MORAL<sup>239</sup>

Después de la visión panorámica de las principales tesis de la *Teoría pura*, contenida en el capítulo I, Kelsen prosigue su obra de síntesis con dos capítulos titulados “Derecho y moral” (II) y “Derecho y ciencia” (III). En ellos procura deslindar el derecho de la moral, dirigiéndose contra el iusnaturalismo, y estudiar las relaciones entre el derecho y la ciencia, diferenciando las ciencias normativas, como la ciencia jurídica, de las ciencias naturales, y rechazando, por tanto, los intentos sociológicos que colocan a la ciencia del derecho entre estas últimas. Ambos capítulos responden, pues, a la preocupación de precisar aún más los contornos de la *Teoría pura*, por oposición a otras corrientes del pensamiento jurídico.

En el capítulo “Derecho y moral” se enfrenta con un tema ya clásico en la filosofía jurídica: la comparación y distinción entre el orden jurídico y el moral. Se trata de un lugar obligado en todos los tratados filosófico-jurídicos desde el iusnaturalismo racionalista, que comenzó a abrir una brecha entre ambos órdenes normativos. La pureza metódica kelseniana condiciona una respuesta a este problema, que separa rígidamente el derecho de la moral.

Nos parece que pueden distinguirse tres tratamientos sucesivos de esta materia en las obras del jurista de Viena. Conforme al primero, que corresponde a sus *Problemas capitales*,<sup>240</sup> el derecho se caracteriza por ser heterónomo, esto es, válido con independencia del querer de sus destinatarios, en tanto lo propio de la moral sería su índole autónoma, por la cual sólo

---

<sup>239</sup> TP (2a. ed. al.), nn. 7-13, pp. 71-82; TP (ed. fr.), pp. 55-64; TP (1a. ed. al.), n. 8-9, pp. 37-44. El texto alemán de la segunda edición fue reproducido en *Estudios jurídico sociales. Homenaje al profesor Luis Legaz y Lacambra*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago, 1969, I, pp. 153-164.

<sup>240</sup> *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (2a. ed.), cit., pp. 33-57.

valdría en cuanto el sujeto se subordina libremente a ella. En esta obra de juventud primaba esta diferenciación, de clara raigambre kantiana, aun cuando se preguntaba cómo era compatible la autonomía moral con el carácter social que ya entonces atribuía a las normas éticas. En un segundo momento, reflejado, por ejemplo, en la primera edición alemana de la *Teoría pura*, Kelsen mantiene la neta separación entre moral y derecho, pero deja de afirmar la autonomía normativa como rasgo típico de la moral. Al estudiar este tema, lo trata conjuntamente con el problema de la justicia y el derecho natural. En la segunda edición alemana, en cambio, separa ambas materias: se ocupa de las relaciones entre derecho y moral en el cuerpo de su obra y remite al apéndice aquello que se refiere más directamente a la justicia y al derecho natural, sin perjuicio de múltiples alusiones a lo largo de todo el libro.

De esta suerte, ha concluido una evolución doctrinal que afecta sobre todo al concepto kelseniano de moral. En efecto, de acuerdo con lo que ya hemos visto,<sup>241</sup> concibe a la moral como una especie dentro del género de los sistemas sociales, y tiende a verla de alguna manera ligada a las sanciones sociales, consistentes en la aprobación o desaprobación de las conductas por parte del resto de los miembros de la comunidad. Estamos ante una moral enteramente positiva, conceptualizada, según los moldes del sociologismo. Esta moral sería objeto de la ética, la cual, en consonancia con el carácter puramente empírico de su materia, sería, al igual que la ciencia jurídica, una ciencia normativa positiva, situada en los dominios del deber ser, limitada a la descripción de las acciones humanas que condicionan la aprobación o reprobación social. Se abandona por completo la noción metafísica del orden moral, si bien se continúa teniendo presente en cuanto pretensión de valor absoluto que suele acompañar a las normas morales. El análisis de esta perspectiva —es decir, de las normas morales como pretendidamente absolutas— es lo que se traslada al apéndice sobre la justicia y el derecho natural.

Resumiremos a continuación los principales desarrollos contenidos en el capítulo II. Kelsen nos señala, ante todo, qué entiende por moral: un conjunto de normas sociales en el sentido que ya hemos explicado.<sup>242</sup> Sostiene que las normas morales carecerían de sentido si un individuo viviera aislado, puesto que incluso las normas que imponen obligaciones respecto de uno mismo nacerían como fruto del influjo sancionatorio de la sociedad. La noción de moral queda, de este modo, completamente vaciada, reducida

---

<sup>241</sup> *Ibidem*, cap. II, n. 7.

<sup>242</sup> *Idem*.

a pura forma, sin contenido. En el fondo, esto significa asimilar la moral a la idea “pura” del derecho, considerándolos como sistemas sociales diversos, objeto, respectivamente, de la ciencia ética y de la ciencia jurídica, ambas estrictamente empíricas.

Sin embargo, el principal afán de este capítulo consiste en distinguir ambos órdenes sociales. “La pureza metódica de la ciencia jurídica es puesta en peligro, no sólo en cuanto no se respetan las vallas que la separan de la ciencia natural, sino —en mayor medida— en cuanto no es distinguida suficientemente de la ética, cuando no se distingue claramente entre derecho y moral”.<sup>243</sup>

Con el fin de efectuar este deslinde, enjuicia una serie de posibles criterios diferenciadores muy extendidos entre los cultivadores de la filosofía del derecho. Dice que no se distinguen por el tipo de conducta a que obligan ni porque la moral sólo prescriba conductas internas, dejando las conductas externas al derecho. Por el contrario, piensa que ambos órdenes se refieren a los dos tipos de conducta. Tampoco podría recurrirse al criterio de la forma de producción de las normas, pues ambos órdenes sólo provendrían de fuentes positivas: la costumbre o la instauración consciente por un legislador. Ni sería válido caracterizar a la moral como un orden que no prevé órganos centrales para la aplicación de sus normas, ya que esa descentralización también puede darse en el derecho, como acontece en el derecho primitivo. El criterio distintivo habría que situarlo —concluye nuestro autor— en la coactividad del orden jurídico, como ya había adelantado en el capítulo anterior. La moral aparece, por tanto, como “un orden positivo sin carácter coactivo”.<sup>244</sup> En *Teoría general de las normas* señala otra diferencia, precisando su doctrina acerca del papel de la sanción en los órdenes morales. Sostiene que, en la moral, a diferencia del derecho, no se puede decir que algo esté ordenado sólo en cuanto se establecen sanciones. Podría haber deberes morales sin sanción. Además, la norma primaria de tipo moral siempre será la que ordene el comportamiento, siendo secundaria la que se refiere a la sanción.<sup>245</sup>

Una vez distinguidos ambos sistemas sociales, se entra al examen de sus mutuas relaciones. Intentaremos ser fieles a la exposición kelseniana, quizá un tanto desordenada y, por ello, algo confusa. Pensamos que hay que

<sup>243</sup> TP (2a. ed. al.), n.7, p. 72.

<sup>244</sup> TP (2a. ed. al.), n. 9, p. 75. Es el título de este apartado. En la edición castellana se lee: “la moral como orden primitivo (*sic*) sin carácter coactivo”, copiando la errata del original alemán, de la que hay fe en éste último, en p. XII.

<sup>245</sup> *Allgemeine Theorie der Normen*, cit., pp. 115 y 116.



considerar por separado dos perspectivas en el análisis de dichas relaciones: la que mira a la forma de ambos órdenes normativos y la que atiende a su contenido.

Desde el punto de vista de la forma, tanto el derecho como la moral se conciben como normas, y, por ende, como patrones valorativos del comportamiento humano. En este enfoque puede afirmarse —según Kelsen— que todo derecho es moral, en cuanto las normas jurídicas crean valores morales relativos. Conste que en este contexto el término “moral” sólo quiere decir, a nuestro entender, “normativamente valioso”, puesto que los valores constituidos por las normas jurídicas no pertenecerían al sistema social moral, sino al jurídico: son valores propiamente jurídicos. Aún habría que agregar una precisión, en el sentido de que incluso en cuanto a la forma se distinguen ambos órdenes, en atención a la coactividad, y, como se explica en *Teoría general de las normas*, en cuanto a la relación entre lo ordenado y la sanción.

En cambio, Kelsen separa tajantemente el derecho y la moral en lo que atañe a su contenido normativo. Serían sistemas sociales totalmente independientes. Su raciocinio es muy simple: dado que existe una pluralidad de sistemas morales, cabe comparar el derecho con cualquiera de ellos, mas no se puede establecer que el derecho deba ser conforme a uno solo de esos sistemas considerado como absolutamente válido —ello se opondría al relativismo de esos sistemas y de sus valoraciones—, ni mucho menos cabría preconizar que si la norma jurídica no se adecua a la norma moral, no sería derecho. Impugna, en consecuencia, tanto la tesis de que el derecho es necesariamente moral por su contenido —y que, por eso, siempre la moral mandaría obedecer al derecho—<sup>246</sup> como la afirmación de que el derecho debiera ser moral. Dentro de esta última postura rechaza sus dos posibles variantes: la que sostiene que el derecho inmoral no es derecho y la que estima ese derecho inmoral como jurídicamente valioso a pesar de su inmoralidad.

Según Kelsen, la afirmación de que el derecho debe ser moral en cuanto a su contenido supone una moral absoluta que él niega terminantemente. A su vez, una moral absoluta se basaría necesariamente en la fe reli-

---

<sup>246</sup> Como ejemplo de esta postura Kelsen se refiere al texto en que San Pablo proclama la necesidad de obedecer a las autoridades civiles (*cf.* Rom. 13, 1-7), y lo interpreta en el sentido de que el apóstol excluiría toda posibilidad de oposición entre esos mandatos y las prescripciones de la moral. Kelsen no tiene en cuenta la unidad de la Sagrada Escritura, en cuya virtud hay que considerar también la respuesta de Pedro y Juan ante el Sanedrín: “Juzgad vosotros si en la presencia de Dios, es justo el obedecer a vosotros antes que a Dios” (Act. 4, 19).

giosa, en la autoridad divina que crea las normas morales. A partir de su cientifismo agnóstico, propugna el relativismo axiológico, que conduciría lógicamente a la absoluta separación entre derecho y moral. Por tanto, no habría ningún patrón absoluto para juzgar acerca de la validez del derecho positivo. La legitimación del orden jurídico por uno de los tantos órdenes morales existentes sería irrelevante. Recalca que, en su sentir, la clave de su postura de rígida separación con la moral reside en la existencia de una pluralidad de normas morales, cambiantes y aun contradictorias entre sí.

En consecuencia, no corresponde a la ciencia jurídica legitimar el derecho. Las legitimaciones éticas o, más en general, valorativas, encerrarían una función ideológica inaceptable para la ciencia del derecho, constreñida a la descripción de lo que sucede en el mundo jurídico.

Este análisis es una simple aplicación de las bases positivistas y relativistas adoptadas por el fundador de la Escuela de Viena, y en particular, de su concepto de la moral y el derecho. Así, habría que atenerse a las normas empíricamente dadas, sin que sea viable ir más allá de lo fáctico. El supuesto central de estos desarrollos es la negación de una moral absoluta y, en última instancia, de una autoridad superior al hombre de la que pudiera provenir esa moral. Veremos este aspecto al exponer las razones del rechazo kelseniano al derecho natural.<sup>247</sup> Por otra parte, aunque la separación *Sein-Sollen* aquí no entra directamente en juego —ya que lo mismo la moral que el derecho se afincarían en el terreno del *Sollen*—, sí influye indirectamente en la medida en que imposibilita el descubrimiento de una moral fundada en la realidad, única que, según Kelsen, podría arrogarse la pretensión de justificar y limitar al derecho, en tanto dotada de carácter absoluto. Por otro lado, todas las razones del positivismo kelseniano llevan, inexorablemente, a la conclusión de la estricta separación entre derecho y moral.<sup>248</sup>

Conviene dejar constancia de que el concepto de moral manejado por Kelsen no corresponde en absoluto a aquello que el sentido común conoce bajo ese nombre. La moralidad kelseniana es vacía y formal, enteramente desconectada del ser del hombre y de sus fines esenciales, muy atenta a la sanción social. Su modelo es, obviamente, el derecho, tal cual lo concibe el jurista vienés.

---

<sup>247</sup> *Ibidem*, cap. VI, n. 42 B.

<sup>248</sup> *Ibidem*. Sobre este tema véase Hart, H. L. A, "Positivism and the Separation of Law and Morals", *Harvard Law Review*, 71, 1958, pp. 593-629; Bondy, Otto, "Hans Kelsen's Relativistic Approach to Ethics", *Law, State and International Legal Order*, *cit.*, pp. 51-57; y Lalaguna, Enrique, "Bemerkungen zum II Kapitel der Reinen Rechtslehre Hans Kelsens", *Archiv für Rechtsund Sozialphilosophie*, 54, 1968, pp. 379-387.

*Sección II: Derecho y ciencia*X. NORMA JURÍDICA Y PROPOSICIÓN JURÍDICA<sup>249</sup>

En el capítulo III, “Derecho y ciencia”, el autor retoma algunos temas del capítulo I, centrando su interés en el estatuto científico de la ciencia jurídica —por contraste con el de las ciencias de la naturaleza—. No obstante, antes dirige su mirada al tema de la relación de la ciencia del derecho con su objeto, o sea, el mismo derecho.

En la evidente afirmación de que el objeto de la ciencia del derecho es el derecho, se encuentra —menos evidentemente— incluida la afirmación de que *el objeto de la ciencia del derecho lo constituyen las normas jurídicas, y también la conducta humana, pero sólo en la medida en que está determinada en las normas jurídicas como condición o efecto*; en otras palabras, en cuanto la conducta humana es contenido de las normas jurídicas.<sup>250</sup>

A su vez, las relaciones entre los hombres sólo caen dentro del horizonte de la *Teoría pura* en cuanto son relaciones constituidas mediante las normas jurídicas. De ahí también que, en general, concebir algo jurídicamente sólo quiera decir, según Kelsen, concebirlo como norma jurídica o como contenido de una norma jurídica.

Sobre esta premisa se asienta la distinción entre teoría estática y teoría dinámica del derecho (o en expresiones sinónimas, estática jurídica y dinámica jurídica, o bien, nomoestática y nomodinámica). La primera se orienta al estudio de las normas jurídicas, y la segunda, al de los actos de producción, aplicación o acatamiento de esas normas. La división responde a una mera cuestión de acento, puesto que siempre se dan ambos elementos: así, las normas son producidas, aplicadas o acatadas por medio de actos humanos, y estos actos son determinados por las normas. En todo caso, el elemento primordial es la norma jurídica; la conducta sólo interesa como objeto de la norma. La estática mira al derecho como sistema de normas válidas en equilibrio, mientras que la dinámica atiende al derecho en movimiento, es decir, al proceso jurídico conforme al cual el derecho se produce y se aplica. Sistemáticamente, darán lugar a los dos capítulos centrales de la *Teoría pura*, que exponen las tesis más propiamente pertenecientes a la teoría general

<sup>249</sup> Cfr. TP (2a. ed. al.), n. 14-16, pp. 83-88 y n. 25, pp. 115-117; TP (ed. fr.), pp. 33-35, 43-49; TP (1a. ed. al.), n. 11b, pp. 47 y 48.

<sup>250</sup> (2a. ed. al.), n. 14, p. 83. Las cursivas son nuestras.

del derecho.<sup>251</sup> A pesar de que el normativismo continúa presidiendo ambas secciones de la doctrina kelseniana, conviene destacar que la introducción del elemento dinámico atenúa de algún modo esa perspectiva, al incorporar la consideración de los actos humanos, aunque no sea desde un punto de vista real, sino sólo en tanto la norma se refiere a ellos.

La ciencia del derecho describe normas, y también conductas y relaciones humanas en cuanto contenido de esas normas. Dada esta última restricción, en la *Teoría pura* es exacto decir que la ciencia jurídica sólo describe normas. A continuación, nuestro autor pone especial énfasis en distinguir la descripción de la norma hecha por el jurista —que constituye la proposición o enunciado jurídico (*Rechtssatz*, un tipo de *Soll-Satz*)— y su objeto, la norma jurídica (*Rechtsnorm*, como una clase de *Soll-Norm*).

Los enunciados jurídicos son las oraciones en las que la ciencia jurídica describe el derecho. Según Kelsen, son proposiciones condicionales o juicios hipotéticos (*hypotetisches Urteil*) que expresan que, conforme a un orden jurídico determinado, si se dan ciertas condiciones, deben seguirse ciertas consecuencias, que son los actos coactivos. Las normas jurídicas, en cambio, no constituyen proposiciones científicas ni adoptan esa forma condicional, sino que constituyen órdenes o mandatos imperativos, o bien permisiones o autorizaciones, de acuerdo con la triple función de las normas ya descrita. Aunque las normas pueden presentarse en un lenguaje enunciativo —*v. gr.*, “el hurto será castigado con prisión”—, nunca se limitan a informar o instruir. Antes bien, cuando se instaure una norma, se produce derecho.

De esta manera, se diferencian la función del conocimiento jurídico de la función de la autoridad jurídica: describir y prescribir el derecho, respectivamente. Aun cuando, con arreglo a la teoría kantiana del conocimiento que Kelsen hace suya, la ciencia jurídica produce su objeto, se insiste en que esta producción epistemológica es completamente diversa de la realizada por la autoridad jurídica. La diferencia se manifestaría en que de los enunciados jurídicos cabe predicar la verdad o falsedad, al paso que las normas no son verdaderas o falsas, sino válidas o inválidas. Ello, a su vez, se basa en que mientras los enunciados expresan actos del entendimiento, las normas serían actos de la voluntad, hallándose ambas facultades humanas estrictamente incomunicadas. En contra de la posible objeción por el carácter aparentemente superfluo de la proposición jurídica, Kelsen contesta que si ésta sobrase, entonces la misma ciencia jurídica estaría de más.

<sup>251</sup> Como estructura sistemática esta división no sólo se da en la obra que seguimos —capítulos IV y V (2a. ed. al.)—, sino también en *Teoría general del Estado* y en *Teoría general del derecho y del Estado*.

En relación con esta materia, el libro introduce otro distingo, entre el *deber ser prescriptivo*, propio de la norma, y el *deber ser descriptivo*, propio de la proposición.<sup>252</sup> La coexistencia de ambos sentidos del deber ser le lleva a hablar de una ambigüedad del *Sollen*. Creemos que esta distinción nada sustancial agrega a la que se ha trazado entre la norma y la proposición jurídica. Por este motivo no la haremos objeto de un estudio particular.

El mismo Kelsen deja constancia de que la diferenciación terminológica entre *Norm* y *Satz* comporta un cambio respecto a los *Problemas capitales*, en los que la confusión aparecía en el mismo título de la obra.<sup>253</sup> En la interpretación del autor, la modificación sólo afectaría a la nomenclatura, ya que la indiferenciación no implicaba confundir la función del poder social con la que concierne a la ciencia jurídica. En su obra juvenil, lo mismo que en la primera edición de la *Teoría pura*, el acento se marcaba en la impugnación del concepto de derecho como mandato imperativo, que se sustituía por la tesis del enunciado jurídico condicional.<sup>254</sup> En la *Teoría general del derecho y del Estado* se perfila más claramente la distinción, aunque echa mano del término “regla de derecho” (*rule of law*) para significar la proposición jurídica, lo que no resulta muy convincente por la estrecha afinidad entre los conceptos de regla y norma.<sup>255</sup>

<sup>252</sup> Losano, M. G., *Per un'analisi di Sollen in H. Kelsen*, cit.

<sup>253</sup> TP (2a. ed. al.), n. 18, p. 93, nt. 66. Como se recordará, aquel libro se denominaba: *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz* (desarrollados a partir de la doctrina de la proposición jurídica).

<sup>254</sup> La confusión terminológica es evidente en TP (1a. ed. al.), n. 11b, p. 47, si bien la distinción entre la función de la ciencia jurídica y la de los órganos que crean y aplican el derecho está clara en *idem*, n. 7, p. 35. Respecto a la doctrina del enunciado jurídico condicional, Kelsen reconoce a Zitelmann como precursor suyo.

<sup>255</sup> *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., p. 54. También se introduce la distinción en la edición francesa, y quizá por influencia de la obra norteamericana y su traducción al español, se vierte *Rechtssatz* como “regla de derecho” de manera poco afortunada. Véase Bondy, O., “Zum Problem der Rechtssatzformulierung”, en *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 9, 1930, pp. 418-428; Ofstad, Harold, “The Descriptive Definition of the Concept of «Legal Order» Proposed by H. Kelsen”, *Theoria*, 16, 1950, pp. 118 y ss.; Machado Pinto, Marília Muricy, “A distinção proposições jurídicas/normas de direito na nova Teoria Pura”, *Revista Brasileira de Filosofia*, 27, 1977, pp. 51-70. Respecto a las diversas posiciones que los autores positivistas han tomado frente a esta distinción, véase Hart, H. L. A., “Kelsen Visited”, *UCLA Law Review*, 10, 1963, pp. 709-728. Mientras algunos, como Ross, la rechazan, a otros, aun aceptándola, les parece infeliz la terminología utilizada y proponen otros nombres —por ejemplo, “lenguaje-objeto” y “metalenguaje”— para referirse respectivamente a la norma y al enunciado sobre ella. Al propio Hart no le satisface esta última interpretación; sostiene que la función del conocimiento jurídico sería más que la elaboración de un metalenguaje, ya que implicaría una “reconstrucción racional”.

Hay diversas opiniones acerca del sentido de esta modificación de la *Teoría pura*.<sup>256</sup> Desde luego, está claro que se pasa de una completa identificación terminológica entre norma y proposición a una neta separación entre ambas. Cotéjense estos dos textos sacados de la primera y segunda edición en alemán de la *Teoría pura*:

... la norma jurídica no es comprendida como imperativo, a semejanza de la norma moral, como las más de las veces lo hace la doctrina tradicional; sino como juicio hipotético que expresa el enlace específico de una situación de hecho condicionante con una consecuencia condicionada. La norma jurídica (*Rechtsnorm*) se convierte en proposición jurídica (*Rechtssatz*) que acusa la forma fundamental de ley.<sup>257</sup>

Y en 1960 dirá: “Las oraciones en que la ciencia jurídica describe esas relaciones, deben distinguirse, en cuanto enunciados jurídicos (*Rechtssätze*), de las normas jurídicas (*Rechtsnormen*) producidas por los órganos de derecho, que deben ser aplicadas por ellos y obedecidas por los sujetos de derecho”.<sup>258</sup>

El problema aquí ventilado es el de la relación entre la ciencia del derecho y su objeto.<sup>259</sup> ¿Es el derecho una creación del método científico del jurista o, por el contrario, es un dato preexistente con el que la ciencia jurídica se encuentra como algo dado? Antes de la distinción entre *Norm* y *Satz*, la primera alternativa parecía más kelseniana, sobre todo a la vista del idealismo neokantiano. Después de la distinción, diríamos que opta por la segunda, si no fuera porque Kelsen reitera expresamente su adhesión a la teoría kantiana del conocimiento. El cambio pareciera reducirse a un mayor reconocimiento de la realidad empírica, o sea, de aquello que proviene de la autoridad jurídica que produce las normas. Kelsen, una vez más, tiende a subrayar su concepción empírica de la ciencia jurídica. No puede olvidarse, sin embargo, que el sentido objetivo de norma válida se conecta con la norma básica, que es una suposición hecha por el conocimiento jurídico.

<sup>256</sup> Losano (*cf.* *Saggio introduttivo*, *cit.*, p. 46), fiel a la letra de Kelsen como de costumbre, piensa que es una simple clarificación terminológica. Fassò (*op. cit.*, III, p. 343) concede mucha más importancia al cambio: la norma dejaría de ser hipotética y se acentuaría su carácter prescriptivo. Para Eikema (*op. cit.*, p. 20) habría “...un reconocimiento creciente de la diferencia lógica del pensamiento teórico y la estructura no lógica que es propia del proceso de producción de normas”. Coincidimos sustancialmente con esta última opinión, desde el solo punto de vista de una crítica interna de la *Teoría pura* en su evolución.

<sup>257</sup> TP (1a. ed. al.), n. 11b, pp. 47 y 48.

<sup>258</sup> TP (2a. ed. al.), n. 16, p. 84. Las cursivas están en el original.

<sup>259</sup> *Ibidem*, cap. II, n. 4d.

La distinción no resuelve la cuestión. En efecto, el problema de fondo —que podría sintetizarse así: ¿el derecho es *Rechtsnorm* o *Rechtssatz*?— persiste en la *Teoría pura* como una incógnita sin despejar, o mejor, como una duda ante la cual el autor toma posiciones no del todo compatibles entre sí. Al separar lo que compete a la ciencia y lo que proviene de la autoridad, la cuestión aparece en forma más explícita, pero no halla una respuesta satisfactoria en el sistema. Este se ve arrastrado por dos concepciones epistemológicas de la ciencia jurídica que se disputan la primacía. Aunque haya triunfos parciales de la vertiente de tipo empirista, el trascendentalismo sigue vigente incluso en las formulaciones finales de la doctrina kelseniana. El autor, por lo demás, era bien consciente de la dificultad. En 1928 escribió: “El problema de la existencia específica del derecho consiste en que el derecho parece que ha de ser simultáneamente un deber ser y un ser, aunque éstas son categorías que lógicamente se excluyen”.<sup>260</sup> En la óptica de Kelsen, el derecho es ser frente al derecho natural, ya que, por ser positivo, le correspondería un correlato empírico; por otra parte, frente a los puros hechos, el derecho es deber ser, y para concebir este *Sollen*, que no percibe en la realidad, ha de acudir a la doctrina trascendental del neokantismo, entendiéndolo como legalidad pensada. En la síntesis de 1960 recuerda este aspecto, pero insiste sobre todo en el otro, es decir, en que la ciencia jurídica conoce el derecho, no lo conforma.<sup>261</sup>

De este modo, más que resolver un problema, la distinción lo pone sobre el tapete. Por otro lado, la estructura de la norma y del enunciado parecen continuar siendo sustancialmente idénticas. Tanto la norma independiente como la proposición jurídica esencial se refieren siempre a la sanción o acto coactivo cuya aplicación depende de ciertas condiciones. El mandato imperativo —o, en su caso, la autorización o permisión positiva— que corresponde a las normas dice relación primordialmente con el acto coactivo, no con la conducta que lo evita. Por consiguiente, también las normas independientes ostentan un cierto carácter hipotético: si se dan las condiciones que la autoridad establece, esa autoridad ordena que se ejecute la sanción. No parece que el deber ser prescriptivo se transforme en algo encaminado directamente a la actuación de las personas. Téngase en cuenta que ya no se insiste en separarlo del deber ser moral, porque incluso éste es entendido por el último Kelsen como algo no absoluto, en que la sanción desempeña un papel importante.

<sup>260</sup> Kelsen, H., *Die philosophischen Grundlagen der rechtslehre und des Rechtspositivismus*, Charlottenburg, Pan-Verlag Rolf Heise, 1928, p. 10 (incluido en Klecatsky, H. *et al.*, *op. cit.*, I, pp. 281-350).

<sup>261</sup> TP (2a. ed. al.), n. 16, p. 86, n. 62.

Kelsen se pregunta expresamente si las normas son categóricas o hipotéticas.<sup>262</sup> Comienza planteándose la posibilidad de que haya normas categóricas que prescriban una conducta en forma incondicionada. Descartadas las normas que ordenan acciones positivas, ya que éstas últimas sólo son posibles bajo determinadas condiciones o circunstancias, examina el caso de las normas que prescriben omisiones, por ejemplo, “no debes matar”. Si bien a primera vista parecieran ser categóricas, sostiene que tampoco las omisiones pueden ser normadas incondicionalmente. Argumenta así: si fueran realmente categóricas, tales normas podrían ser acatadas o violadas incondicionalmente, es decir, siempre. Pero no siempre se pueden violar —por ejemplo, muchas veces es físicamente imposible dar muerte a una persona—; luego, no siempre pueden acatarse, ya que el acatamiento necesariamente supondría la posibilidad actual de la violación. Por otra parte, si las normas morales que prescriben omisiones impusieran obligaciones categóricas, las mismas serían satisfechas durante el sueño, y el dormir sería el estado moral ideal. En cambio, Kelsen estima que “La condición bajo la cual se norma la omisión de una determinada acción, es la suma de las circunstancias bajo las cuales la acción es posible”.<sup>263</sup> Además, apunta que en las sociedades empíricas no existen prescripciones que no admitan alguna excepción. Concluye diciendo que toda norma general —sea jurídica o moral— establece una relación entre dos hechos que puede ser descrita mediante un enunciado según el cual, bajo determinada condición, debe producirse determinada consecuencia. Sólo reconoce la posibilidad de que sean categóricas las normas individuales, aunque también es posible que sean hipotéticas, como ocurre cuando se manda judicialmente una ejecución forzosa, poniendo la condición de que el deudor no pague dentro de un plazo dado.

Ahora, nos interesa este pasaje en cuanto confirma la tendencia kelseniana a concebir hipotéticamente la norma, en armonía con el papel relevante que en ella asigna a la sanción. No obstante, aprovechamos la oportunidad para formular algunas observaciones críticas sobre la doctrina que acabamos de recoger. Llama la atención, en primer lugar, que en todo este apartado dedicado a las normas categóricas, Kelsen parece tener siempre en mente las normas dependientes que prescriben la condición contraria a aquella que da lugar a la sanción. Por otra parte, estimamos que el tema que le preocupa aquí no se refiere, al menos principalmente, a la forma lingüística del enunciado que describe las normas.<sup>264</sup> Aunque su trasfondo pueda

<sup>262</sup> TP (2a. ed. al.), n. 25, pp. 115-117; TP (ed. fr.), pp. 33 y 34.

<sup>263</sup> TP (2a. ed. al.), n. 25, p. 116.

<sup>264</sup> Contra lo que sostiene Walter, R., *Der Aufbau der Rechtsordnung. Eine rechtstheoretische Untersuchung auf Grundlage der Reinen Rechtslehre*, Graz, Leykam Verlag, 1964, p. 22.



ser la separación kantiana entre el imperativo categórico y el imperativo hipotético,<sup>265</sup> pensamos que se busca responder a una cuestión más sencilla: ¿pueden las normas obligar siempre? Ya hemos oído la contestación kelseniana. Mucho más razonable resulta responder con la tradición, diciendo que tanto las normas positivas como las negativas obligan siempre —porque su acatamiento se da primariamente en la voluntad de los destinatarios del mandato—, pero que, mientras las normas positivas sólo han de ser cumplidas exteriormente en determinadas circunstancias, las normas negativas reclaman un cumplimiento externo constante.<sup>266</sup> Por tanto, de ningún modo el sueño es un estado moral ideal, pues tal estado no consiste en el mero cumplimiento externo, sino en la adhesión positiva del querer del individuo a la norma. Por otra parte, las excepciones a las normas, o bien se deben al carácter general de las normas humanas que no consiguen abarcar todos los supuestos, o bien, han de ser entendidas como parte integrante de las normas mismas, de tal modo que si ellas se formulan adecuadamente, esas excepciones ya no aparecen como tales. Por ejemplo, en la hipótesis de la legítima defensa se autoriza a matar a otro, lo cual no constituye excepción al precepto de no matar, siempre que éste se enuncie correctamente: “no matar al inocente”.

## XI. DERECHO Y LÓGICA<sup>267</sup>

Al filo de su distinción entre norma y proposición jurídica, el autor aborda el tema de las relaciones entre derecho y lógica, que constituye una novedad

<sup>265</sup> Esquivel, J., *op. cit.*, p. 122.

<sup>266</sup> En terminología tradicional, las normas positivas obligan *semper*, *sed non pro semper*, y las negativas *semper et pro semper*.

<sup>267</sup> TP (2a. ed. al.), n. 16, pp. 87 y 88; los trabajos mencionados en n. 27 del cap. I; la obra póstuma *Teoría general de las normas*, muy volcada hacia esta temática; y Kelsen, H. y Klug, Ulrich, *Rechtsnormen und logische Analyse* (correspondencia epistolar entre los años 1959 y 1965), Viena, Deuticke, 1981. Sobre esta materia hay abundante literatura desde los años sesenta en adelante, o sea, desde que Kelsen empezó a mostrar interés por ella. Algunos títulos: Losano, M. G., “Diritto e logica in H. Kelsen”, *Il Politico*, 4, 1966, pp. 812-821; Walter, R., “Logik und Recht”, *Neues Forum*, Viena, 13, 1966, pp. 582-585; Conte, A. G., “In margine a l’ Ultimo Kelsen”, *Studia Ghisleriana*, Pavia, 1967, pp. 113-125; Conte, A. G., *Primi argomenti per una critica del normativismo*, Università di Pavia, Pavia, 1968; Kalinowski, Georges, “Une mise en question de la logique des normes. En réponse aux objections de Hans Kelsen”, *Archives de Philosophie du Droit*, 25, 1980, pp. 345-365; Walter, R., “Das Problem des Verhältnisses von Recht und Logik in der reinen Rechtslehre”, *Rechtstheorie*, 11, 1980, pp. 299-314; y Laclau, Martín, “Relación entre lógica y derecho en el último periodo de Kelsen”, en AA. VV., *Apreciación crítica de la teoría pura del derecho*, Edeval, Valparaíso, 1982, pp. 153-165.

de la segunda edición alemana y que estaría llamado a ser problema fundamental en el quehacer científico de sus últimos años de existencia, como lo demuestran sus trabajos acerca de esta materia que culminan en su póstuma *Teoría general de las normas*.

La cuestión podría formularse en estos términos: ¿son aplicables los principios lógicos, como los de no contradicción, inferencia silogística, etcétera, a las normas jurídicas? Obviamente, cuando se concebía la norma como proposición hipotética el tema ni siquiera se planteaba, ya que la afirmativa parecía evidente. En 1960 sigue pensando que esos principios lógicos son aplicables a las normas jurídicas, pero matiza su posición de la siguiente manera:

Dado que las normas jurídicas, en cuanto prescripciones —es decir, en cuanto mandamientos, permisiones, facultamientos—, no pueden ser ni verdaderas, ni no verdaderas, aparece la cuestión de cómo pudieran aplicarse los principios lógicos, en especial, el principio de no contradicción y las reglas de inferencia, a las relaciones entre normas jurídicas (como la *Teoría Pura del derecho* lo ha efectuado siempre), si, conforme con la opinión tradicional, esos principios sólo se aplican a las expresiones que pueden ser verdaderas o no verdaderas. La respuesta a este interrogante es la siguiente: los principios lógicos, si bien no directamente, por lo menos indirectamente, pueden ser aplicados a las normas jurídicas, en tanto y en cuanto esos principios sean aplicables a los enunciados jurídicos que describen esas normas jurídicas, enunciados que pueden ser verdaderos o no verdaderos. Dos normas jurídicas se contradicen y, por ende, no pueden ser afirmadas como simultáneamente válidas, cuando los dos enunciados jurídicos que las describen se contradicen; y una norma jurídica puede ser inferida de otra, cuando los enunciados jurídicos que las describen pueden articularse en un silogismo lógico.<sup>268</sup>

Esta aplicación indirecta no se armoniza demasiado fácilmente con la estricta separación entre norma y proposición jurídica. Es natural que posteriormente el jurista vienés, ya octogenario, haya abandonado esa opinión, defendiendo la inaplicabilidad de esos principios lógicos tradicionales a las normas jurídicas. En la *Teoría general de las normas* precisa que los principios de contradicción y deducción son aplicables al conocimiento jurídico, pero no a su temática, es decir, a las normas. Al igual que entre dos hechos de la realidad no hay inferencia lógica ni posibilidad de que se contradigan lógicamente, tampoco cabría percibir una contradicción lógica entre normas ni pensar que la validez de una procede por vía de razonamiento

<sup>268</sup> TP (2a. ed. al.), n. 16, pp. 87 y 88.

deductivo de la validez de otra. Puede que las normas entren en conflicto, en cuanto ordenen conductas fácticamente incompatibles entre sí. Mas no se trataría de una oposición lógica, nuestro autor más bien lo compara con la existencia de fuerzas que operan en direcciones opuestas sobre el mismo punto, como acontece en una colisión de ferrocarriles. Por tanto, dos normas en conflicto podrían poseer validez al mismo tiempo. Ni siquiera cabría una aplicación indirecta del principio lógico de no contradicción, ya que las proposiciones que describen las normas en conflicto serían ambas verdaderas. Tampoco serían aplicables las reglas de inferencia, porque la validez de una norma inferior no se deduce lógicamente de la validez de la superior, sino que proviene del acto de voluntad del órgano competente que la produce, acto que no estaría incluido en el querer correspondiente a la norma superior.

Sin embargo, nuestro autor estima que habría otros principios lógicos, distintos de los mencionados, que sí serían aplicables a las relaciones entre normas. En este sentido, considera la subsunción de lo particular en lo general como un proceso lógico, aunque no equivalga a la deducción. También señala que la relación entre la condición y la consecuencia de normas hipotéticas puede ser concebida como una relación lógica, por lo que concierne a su formulación en un enunciado jurídico.<sup>269</sup> No obstante, se opone a la concepción de una lógica jurídica especial. Para él, la lógica jurídica es simplemente una aplicación de la lógica común.<sup>270</sup>

Estas conclusiones del último Kelsen implican el reconocimiento progresivo de la validez como un modo de existir de las normas independiente del sujeto cognoscente. Se nota un mayor énfasis en la realidad que ha de atribuirse a las normas. Las interpretaciones trascendentales se vuelven cada vez más problemáticas, como veremos al tratar de los conflictos normativos. Al mismo tiempo, opera aquí la separación entre razón y voluntad, y, más en concreto, el voluntarismo en la concepción de la norma. La superación de este planteamiento requiere, además, a nuestro juicio, darse cuenta de que las leyes lógicas reflejan, en lo que respecta a las operaciones de nuestro intelecto, leyes que rigen el ser, de carácter ontológico. Así, por ejemplo, el principio de no contradicción, entendido como regla lógica, corresponde a un principio ontológico del mismo nombre, según el cual el ser no es el ser.

---

<sup>269</sup> Eikema, *op. cit.*, p. 30.

<sup>270</sup> *Allgemeine Theorie der Normen*, *cit.*, pp. 216 y ss.

## XII. CIENCIAS CAUSALES Y CIENCIAS NORMATIVAS: CAUSALIDAD E IMPUTACIÓN<sup>271</sup>

La ciencia del derecho, para Kelsen, tiene por misión el conocimiento y descripción de las normas jurídicas y de las relaciones que se constituyen entre los hechos por ellas determinados. De esta forma se acota el derecho frente a la naturaleza, y la ciencia del derecho como ciencia normativa frente a las ciencias naturales, que buscan un conocimiento causal de lo fáctico. En lo que sigue, el autor se empeña en la determinación de un criterio seguro conforme al cual reivindicar la autonomía de la ciencia jurídica ante las ciencias naturales.

Define a la naturaleza como “...cierto orden de cosas, o un sistema de elementos, enlazados entre sí como causa y efecto, es decir, ligados según el principio que se denomina de «causalidad»”.<sup>272</sup> Las leyes naturales, como la que afirma que “si se calienta un metal, éste se dilata”, son aplicación del principio de causalidad. La sociedad, a su turno, se describe como “un orden normativo del comportamiento humano”.<sup>273</sup> Kelsen, más abierto a los estudios sociológico-jurídicos desde su contacto con el mundo anglosajón, indica que el comportamiento humano puede también concebirse como un elemento de la naturaleza, o sea, como determinado por la causalidad. “Que esa explicación —por lo menos, hasta cierto grado— es posible y efectivamente alcanzable, no puede ser puesto en duda”.<sup>274</sup> Una ciencia social de este tipo, empero, no se diferenciaría esencialmente de las ciencias de la naturaleza.

Sí existe una ciencia social distinta de las naturales, ha de describir su objeto según un principio diferente. De hecho —sigue diciendo Kelsen— no sólo enlazamos los actos humanos conforme al principio de causalidad, sino que también recurrimos a otro principio enteramente diverso. Aunque éste no tiene un nombre generalmente reconocido en la ciencia, sería posible, según el creador de la *Teoría pura*, comprobar que se presenta en nuestro pensamiento, siendo utilizado por las ciencias normativas. Propone denominarlo “principio de imputación (*Zurechnung*)”. En los enunciados jurídicos, tal como los expresa la teoría kelseniana, se aplica este principio. Análogamente a las leyes naturales, los enunciados jurídicos enlazan dos elementos:

<sup>271</sup> TP (2a. ed. al.), nn. 17-22, pp. 89-105 y n. 24, pp. 113-115; TP (ed. fr.), pp. 16-33 y 97-99; TP (1a. ed. al.), n. 7, pp. 35-37.

<sup>272</sup> TP (2a. ed. al.), n. 17, p. 89.

<sup>273</sup> *Idem.*

<sup>274</sup> *Ibidem*, n. 17, pp. 89 y 90. Véase también *ibidem*, n. 14, sobre la sociología jurídica.

“En términos generales, el enunciado jurídico dice que bajo determinadas condiciones —esto es, condiciones determinadas por el orden jurídico—, debe producirse determinado acto de coacción —a saber, el determinado por el orden jurídico”.<sup>275</sup> He aquí los tres ejemplos que pone el autor: “Si un hombre comete un delito, debe sancionársele con una pena”; “si alguien no paga sus deudas, debe procederse a ejecutar coactivamente sus bienes patrimoniales”; “si un hombre padece de una enfermedad contagiosa, debe ser internado en un establecimiento determinado para esos casos”.<sup>276</sup> A pesar de la expresada analogía con las leyes de la naturaleza, para Kelsen el enunciado jurídico se refiere a una relación completamente diversa de la causalidad.

El enunciado jurídico no dice, como la ley natural, que si se produce el hecho A, entonces aparece el hecho B, sino que si se produce el hecho A, el hecho B es debido, aunque quizás B no se produzca en la realidad. Que el significado de la relación de los elementos en el enunciado jurídico sea diferente del enlace de los elementos en la ley natural, remite a que el enlace que se expresa en el enunciado jurídico ha sido establecido por la autoridad jurídica, es decir, por una norma instaurada por un acto de voluntad, mientras que la conexión entre la causa y el efecto que se enuncia en la ley natural, es independiente de toda intervención semejante.<sup>277</sup>

Pero Kelsen descubre un paralelismo entre la ley natural, que aplica la causalidad, y la ley jurídica (el enunciado jurídico), que expresa la imputación. Y así como la ciencia natural describe tanto leyes generales como experimentos, la ciencia jurídica describe normas generales e individuales. En ambos dominios científicos hay una necesidad que en la naturaleza es de tipo causal (*müssen*, tener que ser), y en el derecho es de tipo normativo (*sollen*, debe ser). Correlativamente, hay dos poder ser: el *können*, posibilidad física, y el *dürfen*, posibilidad normativa.

Hemos alcanzado así una nueva oposición fundamental en la *Teoría pura*: la de causalidad e imputación. En verdad, es el mismo dualismo *Sein-Sollen*, concebido esta vez desde la perspectiva de los principios que rigen las ciencias que se ocupan de uno y otro. Las ciencias del *Sein* utilizan el principio de causalidad, en tanto las del *Sollen* se atienen al principio de imputación. El dualismo ser-deber ser, que de algún modo se entronca con la contraposición cartesiana entre alma (*res cogitans*) y cuerpo (*res extensa*), con

<sup>275</sup> *Ibidem*, n. 18, pp. 90 y 91.

<sup>276</sup> *Ibidem*, n. 18, p. 90.

<sup>277</sup> *Ibidem*, n. 18, p. 91.

la clasificación de *Puffendorf*, que divide a las ciencias en morales y físicas, con el dualismo kantiano entre libertad y naturaleza, y que, más de cerca, se conecta con los desarrollos de la Escuela neokantiana de Baden, tendientes a distinguir las ciencias del espíritu o culturales de las ciencias naturales, se armoniza muy bien con el idealismo trascendental. En efecto, resulta más sencillo de explicar ese dualismo si se atribuye a un doble principio o ley del pensamiento. Por el contrario, la realidad se resiste a tal desdoblamiento. Por ello, Kelsen concibe el mundo del *Sein* y el del *Sollen* no como dos reinos separados realmente, sino como dos esferas de sentido que explican una misma realidad con arreglo a distintas leyes del pensar.

Tenemos ante nuestros ojos un tema constante en la obra kelseniana, desde el capítulo primero de *Problemas capitales*, titulado “Ley natural y norma”, siguiendo con *Die Rechts-wissenschaft als Norm- oder Kulturwissen- (La ciencia jurídica como ciencia normativa o cultural)* (1916)<sup>278</sup> hasta los extensos trabajos posteriores, en alemán —*Vergeltung und Kausalität (Retribución y causalidad)* (1939)—<sup>279</sup> y en inglés —*Society and Nature (Sociedad y naturaleza)* (1943)—,<sup>280</sup> aparte de otros trabajos menores.<sup>281</sup> Kelsen lleva a cabo en estas obras un amplio análisis de los principios de causalidad e imputación, y sobre todo desarrolla, en las dos últimas citadas, lo que podría denominarse una historia de las ideas de causalidad e imputación, penetrando decididamente en la etnología. Estos planteamientos se incorporaron a la edición francesa de la *Teoría pura* y, con más extensión, se recogen en la segunda alemana.

Primeramente intentaremos aclarar los conceptos kelsenianos de causalidad e imputación. Por lo que respecta a la primera, se toma el concepto empleado por los científicos de la naturaleza. Al comienzo de su obra, Kelsen usaba la noción determinista de causalidad propia de la física clásica; más tarde, acogerá la noción probabilista que se abre paso en la física contemporánea.<sup>282</sup> Poco nos interesa esta variación, que no influye en lo

<sup>278</sup> Subtitulada “Eine methodenkritische Untersuchung”, *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche*, 40, 1916, pp. 1181-1239 (incluido en Klecatsky, H. et al., *op. cit.*, I, pp. 37-96).

<sup>279</sup> Se subtitula *Eine soziologische Untersuchung*, W. P. Van Stockum, La Haya, 1939 (aunque vio la luz seis años más tarde de su impresión, como narra Métall, R. A., *Hans Kelsen. Vida y obra, cit.*, p. 74).

<sup>280</sup> También se añade *A Sociological Inquiry*, Chicago, The University of Chicago Press, 1943. Fue prontamente traducido al castellano: *Sociedad y Naturaleza*, Buenos Aires, Depalma, 1945.

<sup>281</sup> Dos de ellos figuran en el volumen *¿Qué es justicia?*, *cit.*, pp. 194-253.

<sup>282</sup> Sobre la base de este último concepto de causalidad, no como expresión de inevitable necesidad, sino sólo de un grado muy alto de probabilidad, Kelsen planteó la posibilidad de superar el dualismo causalidad-imputación absorbiendo ésta en aquella (Kelsen, H., “Die

esencial de su doctrina. Más bien importa hacerse cargo de tres reducciones simultáneas del concepto de causalidad que la visión kelseniana postula implícitamente: dentro de los cuatro tipos de causa que distingue Aristóteles —material, formal, eficiente y final—, sólo se considera la eficiente; ésta se enfoca a nivel puramente fenoménico, no como una noción metafísica, y se entiende no como ley de la realidad misma, sino como principio de nuestro conocimiento de la realidad.

Ya hemos descrito a grandes rasgos cómo se presenta la imputación en la doctrina pura. El jurista de Viena señala que esta palabra se utiliza en la doctrina tradicional de un modo completamente distinto del que él propone. En esa doctrina la imputación es el enlace de una determinada conducta con el hombre que la realiza. En cambio, en la *Teoría pura* es el enlace de determinada conducta con su consecuencia punitiva. Según la norma jurídica no necesita establecer una relación entre la conducta y el individuo que la lleva a cabo porque no cabe escindir el acto del sujeto que actúa. Agrega que “...también la conducta de un no imputable, es conducta suya, una acción u omisión de ese sujeto, aunque no implique ninguna ilicitud imputable”.<sup>283</sup>

Esta imputación viene a resolverse en lo que clásicamente se llama “retribución”, puesto que se refiere a las sanciones que han de aplicarse ante la conducta delictiva de un hombre. Así lo acepta el autor, distinguiendo, sin embargo, retribución e imputación como la especie dentro del género. Habría retribución cuando las condiciones establecidas por la norma consisten en actos de conducta humana. En cambio, cabría la posibilidad de otras imputaciones no retributivas en que las normas se refieren a otros hechos como condiciones (la consecuencia, por el contrario, siempre es una conducta humana). Ejemplos de esto último serían la internación coactiva de enfermos psíquicos, o los supuestos de responsabilidad por el hecho ajeno. Estas explicaciones —que corresponden a la distinción entre sanción y acto coactivo— no se oponen a nuestra observación inicial, en el sentido de

---

Entstehung des Kausalgesetzes aus dem Vergeltungsprinzip”, *The Journal of Unified Science (Erkenntnis)*, 8, 1939, pp. 69-130). Kunz señala que, según le habría dicho Kelsen, en tal evento el derecho se transformaría en ideología y la *Teoría pura* sería una exposición sistemática de la ideología del poder (Kunz, J. L., *La teoría pura del derecho*, cit., p. 49). Sin embargo, en obras posteriores se acoge el nuevo concepto probabilista de la causalidad sin abandonar el dualismo causalidad-imputación. Abandonarlo hubiese significado echar por tierra el proyecto de una vida entera. Pero es interesante comprobar la tendencia a la unificación metodológica de las ciencias, que busca acortar distancias con las ciencias naturales; y el hecho de que el artículo citado se haya publicado en la revista editada por miembros del Círculo neopositivista de Viena es también muy ilustrativo. Véase también *Sociedad y naturaleza*, cit., cap. VII.

<sup>283</sup> TP (2a. ed. al.), n. 18, p. 96.

que la concepción kelseniana de la imputación es retributiva o, mejor dicho, consecuencial, en cuanto lo que se imputa es la consecuencia normativa, pero no el acto —o, en general, la condición— a su autor. Este enfoque cuadra perfectamente con la definición del derecho como norma coactiva.

Al impugnar la noción clásica de imputación, Kelsen la desfigura gravemente, reduciéndola a nexo físico entre un acto y su sujeto, sin ir más allá de lo sensorialmente captable. Por esto dice que la conducta de un inimputable, según ese concepto distorsionado, sería imputable al mismo. Para dar con el auténtico significado de la imputabilidad, es buen punto de partida preguntarse precisamente por qué hay personas inimputables. Se descubre así que el fundamento de la imputabilidad no es el mero ser causa de una conducta externa, sino que ha de situarse en el hecho de que ésta procede de un ser que es dueño de sus actos, en virtud de su inteligencia y de su libre voluntad. Sólo en esta imputabilidad puede fundarse la responsabilidad y la consiguiente posibilidad del premio y el castigo. El propio Kelsen acepta que sólo ciertos actos merecen el calificativo de humanos, pudiendo ser sancionados, como se desprende de su distinción entre el acto coactivo y la sanción, ya que lo distintivo de ésta sería tener como condición un acto humano.

Para la recta comprensión de cuanto sigue es indispensable acostumbrarse a las peculiares nociones de imputación y causalidad que sirven de punto de partida.<sup>284</sup>

Provisto de estas nociones, Kelsen juzga la entera historia del pensamiento humano. Primero describe el principio de imputación en el pensamiento de los primitivos. Estos no sólo lo aplicaban a las relaciones sociales, sino que lo extendían también a la naturaleza, interpretada en clave de imputación. Hallándose su vida social dominada por la idea de retribución, explicaban los fenómenos naturales con ese mismo esquema. Lo percibido como malo, por ejemplo, una catástrofe natural, era visto como castigo, y lo que les parecía un bien, como una abundante cosecha, era estimado cual recompensa. Tanto la pena como el premio se ligaban, en su interpretación primitiva, a la infracción o cumplimiento de las normas del grupo. Estas sanciones naturales se atribuían a entes poderosos invisibles, de acuerdo con las doctrinas animistas. De esta suerte se realizaría una interpretación antropomórfica de la naturaleza, en cuanto se efectúa conforme a un principio específicamente social como es el de imputación.

<sup>284</sup> Respecto a esta materia, Scarpelli, U., “Sovietà e natura nel pensiero di H. Kelsen”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 31, 1954, pp.767-780; Mantilla Pineda, B., “El principio de retribución y la ley de causalidad”, *Estudios de Derecho*, Colombia, 22, 1961, pp. 343-362; Stockhammer, M., “Kausalität und Zurechnung”, *Kant-Studien*, 61, 1970, pp. 496-506.



El principio de causalidad habría surgido después, como logro de una civilización relativamente adelantada, que conseguía librarse del animismo. Kelsen mantiene como más que probable la opinión de que la ley de causalidad provenga de la norma de retribución. Gradualmente se iría purificando el principio de interpretación de lo natural de todo elemento animista o personalista. El paso decisivo consistiría, en la evolución que Kelsen diseña, en la toma de conciencia de que las relaciones entre cosas no están determinadas por normas de ninguna autoridad. Para él, una concepción del principio de causalidad en términos de absoluta necesidad sería todavía un resto de la idea según la cual tras la naturaleza existe una voluntad absoluta y todopoderosa.

El valor de toda esta interpretación histórica depende, en primer término, del *a priori* desde el cual se realiza: las nociones de imputación y causalidad de la *Teoría pura*. Cabe interrogarse por el motivo que ha inducido al jurista vienés a formular tan audaces conclusiones en campos tan distantes de la ciencia jurídica. Su biógrafo, Métall, nos entrega la respuesta:<sup>285</sup> todo este esfuerzo está presidido por el afán de criticar al derecho natural. Por tanto, volvemos a tomar contacto con el otro frente de la purificación kelseniana: la doctrina del derecho natural. Ésta intentaría, según Kelsen, interpretar la naturaleza conforme al principio de imputación, en cuanto vería normas situadas en ella y dependientes de una autoridad sobrehumana. Del mismo modo, como el derecho natural se fundaría en la creencia en Dios, su superación pasaría a través del ateísmo, o si se quiere, del negar totalmente la idea de lo absoluto en el campo científico. Este es el núcleo de la explicación del origen del principio de causalidad a partir del de retribución. Nos hallamos sobre la pista de lo que nos parece la razón última del positivismo kelseniano.<sup>286</sup>

Por otra parte, el autor compara los principios de causalidad e imputación. Tras señalar que ambos se expresan en forma de proposición con-

---

<sup>285</sup> Métall, R. A., *Hans Kelsen. Vida y obra, cit.*, pp. 73, 74, 115 y 116. Para criticar al derecho natural, Kelsen investigó su historia doctrinal y, según el testimonio de Métall, esto le condujo al examen de la creencia en el alma como centro de toda metafísica. Teniendo siempre como norte la demostración de la importante función social de esa creencia en el alma, a través de su influjo en las ideas sobre la justicia y respaldado por las conclusiones de las escuelas etnológicas centradas en el animismo como origen de la religión, Kelsen trabajó intensamente en esta faceta tan peculiar de su labor. No nos extraña, sin embargo, la escasa repercusión, lamentada por algunos kelsenianos, de esta empresa intelectual de su maestro, en circunstancias de que no representa sino simples desarrollos al servicio de la consolidación crítica de la *Teoría pura*. Se parte de unos moldes preconcebidos —sus conceptos de causalidad e imputación— que impiden un valor científico autónomo de estas investigaciones.

<sup>286</sup> *Ibidem*, cap. VI, n. 42b.

dicional, anota dos diferencias fundamentales. Por un lado, el sentido de la relación que se establece conforme a uno u otro es diverso: mientras la relación normativa, del *Sollen*, depende de una norma puesta por un hombre, la relación causal es independiente de tal intervención. En segundo lugar, el encadenamiento de causas y efectos —según la esencia de la causalidad tal como la comprende Kelsen— aparece como infinito en ambas direcciones: siempre se encuentra otra causa u otro efecto. De este modo, todo acontecimiento concreto sería un corte en un número en principio infinito de series causales. Por el contrario, en el caso de la imputación, la condición a la que se imputa una consecuencia no constituye, necesaria y simultáneamente, una consecuencia que deba ser imputada a otra condición, ni la consecuencia tampoco constituye, necesaria y simultáneamente, una condición a la que corresponda imputar nuevas consecuencias. Así, el número de miembros en una serie de imputaciones es limitado, y existe un término final de imputación. Al mismo tiempo, afirma que suponer una causa primera, análoga al término final de imputación, es incompatible con la idea de causalidad, por lo menos como se expresa en las leyes de la física clásica. La representación de una primera causa significaría un residuo del pensamiento primitivo en el que el principio de causalidad aún no se había emancipado del de imputación.

Nuevamente este paralelo sólo es un corolario de la concepción que late tras los términos que contrasta. En efecto, el principio de causalidad propio del conocimiento científico natural no permite trascender de las causas fenoménicas, aunque tampoco habilita para negar la existencia de causas ontológicas. Es menester situarse en un plano metafísico para estar en condiciones de remontarse hasta una causa incausada, Dios mismo.

Sólo se podrá ir más allá de esta visión kelseniana si se adoptan otros principios de causalidad e imputación. Ante todo, han de concebirse de modo realista, como dados en la misma realidad y descubiertos por nuestro conocimiento. El mismo jurista de Viena ha de recurrir a la realidad para explicar por qué no puede aplicarse el principio e imputación a la naturaleza no humana: sencillamente porque hay que respetar la diferencia entre personas y cosas.<sup>287</sup> Como bien advierte Casaubon,<sup>288</sup> el principio de imputación, rectamente entendido como atribución del acto al agente humano libre que lo produjo, implica la causalidad de este último sobre su propia acción. Y la misma retribución supone la causalidad en la producción de la condición y de la consecuencia. El afán de contraponer los dos principios

<sup>287</sup> TP (2a. ed. al.), n. 20, p. 99.

<sup>288</sup> *Op. cit.*, pp. 143-146.

obedece, en definitiva, a la preocupación de encontrar otra vía de eficaz impugnación del derecho natural, tachándolo infamantemente de residuo primitivo, atrasado con respecto al progreso de la razón humana. El agnosticismo de fondo y el mito del progreso —que incluso podría alterar los principios del conocimiento humano— completan las bases de esta parte tan poco afortunada de la obra kelseniana.

### XIII. EL PROBLEMA DE LA LIBERTAD DE LA VOLUNTAD<sup>289</sup>

Desde la edición de 1953 se incluye, dentro del análisis de los principios de causalidad e imputación, una sección dedicada al tema de la libertad.

Justamente en esta distinción fundamental entre imputación y causalidad, en el hecho de que existe, por cierto, un término final de la imputación, pero no un punto final de la causalidad, se funda la contraposición entre la necesidad dominante en la naturaleza, y la libertad que se constituye dentro de la sociedad, y que es esencial para las relaciones normativas de los hombres. Que el hombre, como parte de la naturaleza, no es libre, significa que su comportamiento, considerado como un hecho natural, está causado, conforme a la legalidad natural, por otros hechos. Es decir, ese comportamiento tiene que ser visto como el efecto de esos hechos, y, por ende, como determinado por ellos. Pero que el hombre, en cuanto personalidad ética o jurídica, sea “libre”, y, en consecuencia, responsable, tiene un sentido enteramente diferente. Cuando se responsabiliza a un hombre, moral o jurídicamente, por su comportamiento moral o inmoral, lícito o ilícito, en el sentido de ser aprobado o desaprobado; es decir cuando la conducta humana es interpretada, según una ley moral o jurídica, como un servicio, un pecado o un delito, atribuyendo al servicio un premio, al pecado una penitencia y al delito una sanción (es decir, un castigo en el sentido más lato), esa atribución o imputación encuentra en la conducta humana interpretada como servicio, pecado o delito, un término final.<sup>290</sup>

Kelsen se enfrenta con esta paradoja: por una parte, niega la libertad, como determinista convencido que es; pero a la vez la estima esencial en el ámbito de lo normativo. Con razón, pues, la libertad se le presenta ante todo como un problema teórico dentro de su pensamiento.

¿Cómo explicar la paradoja? Mediante un concepto muy sui géneris de la libertad:

<sup>289</sup> TP (2a. ed. al.), n. 23, pp. 105-112; TP (ed. fr.), pp. 28-31.

<sup>290</sup> TP (2a. ed. al.), n. 23, p. 105. Donde el traductor ha escrito “atribución o imputación”, nosotros preferiríamos dejar sólo “imputación”, ya que así podremos avenir en que *Zurechnung* equivalga a imputación, y *Zuschreibung* a atribución (cfr. *infra*, cap. IV, n. 19).

...este es el verdadero significado de la representación según la cual el hombre como sujeto de un orden moral o jurídico —y ello quiere decir: como miembro de una sociedad— es “libre” como personalidad moral o jurídica. Que el hombre sujeto a un orden moral o jurídico sea “libre”, significa que él es término final de una imputación posible sólo con base en ese orden normativo.<sup>291</sup>

De esta forma, la libertad en Kelsen quiere decir simplemente posibilidad de imputación (entendida, asimismo, según la noción kelseniana), la cual, en virtud de su dinámica propia, ha de tener un punto final. Por esta razón, dice que la consecuencia —el premio o castigo— se imputa a las condiciones inmediatas de la sanción, mas no a las mediatas. Por ejemplo, la ejecución forzosa de bienes es imputada a la no devolución de un préstamo —condición inmediata—, pero no a la recepción del préstamo —condición mediata—. Podría sostenerse que, para nuestro autor, el hombre es libre porque puede ser sancionado, y no al revés, como lo entiende el sentido común.

Losano resume así esta postura:

Como ser natural, el hombre se comporta de un cierto modo porque otros hechos de la naturaleza lo impulsan a ello con fuerza irresistible; como ser social, en cambio, el hombre es libre, en el sentido de que una cierta consecuencia puede ser imputada a un comportamiento suyo, sin que la imputación pueda retroceder ulteriormente.<sup>292</sup>

El problema de la libertad se sitúa, en Kelsen, en el marco de la tan habitual contraposición entre causalidad y libertad, como si ésta implicara la negación de aquella. Se piensa que la libertad, tal como clásicamente se atribuye a la voluntad humana, significaría sostener que el principio de causalidad no es aplicable a la conducta libre. Pero esto supone adoptar un principio de causalidad que de antemano se opone a la libertad. No se admite, de entrada, la posibilidad de una voluntad libre que pueda ser movida por causas que, sin embargo, no le quiten la libertad (causas finales o motivos ante los que la voluntad se autodetermina eligiendo), siendo, a su vez, causa libre de los actos humanos. O sea, se identifica causalidad con causalidad no libre.

No obstante, el hombre, de acuerdo con el principio de imputación, sí sería libre, aunque no lo sería conforme al principio de causalidad. ¿Cómo es esto posible? Pensamos que, con visos de coherencia, puede explicarse, y

<sup>291</sup> *Ibidem*, n. 23, p. 107.

<sup>292</sup> *Saggio introduttivo, cit.*, pp. 44 y 45.

así lo dice Kelsen, si se echa mano del idealismo trascendental. Se trataría de dos formas de pensamiento distintas: la del principio de causalidad, en el dominio del *Sein*, y la del principio de imputación, en el del *Sollen*. Ambas afirmaciones, la que afirma y la que niega la libertad, no se referirían a un “en sí” —para emplear el término kantiano—, sino que se relacionarían con las leyes *a priori* de nuestro pensamiento. Como serían dos legalidades trascendentales distintas, nada obsta a que su aplicación a un mismo material fenoménico conduzca a resultados dispares.

Pero Kelsen se encarga de oscurecer esta solución complicando más el problema. Con el fin de rechazar la concepción que estima la libertad como lo contrario de la determinación causal —en cuanto la responsabilidad implicaría un actuar no determinado causalmente—, sostiene que esa tesis se encuentra en abierta contradicción con los hechos de la vida social. En su opinión, la promulgación de un orden normativo que regula conducta humana presupone justamente que la voluntad humana es causalmente determinable, puesto que lo que busca ese orden es provocar que los hombres actúen conforme a él, es decir, que sus normas puedan convertirse en motivo determinante de la voluntad humana. La representación de la norma se transformaría en causa determinante de la conducta conforme a esa norma. “Y sólo fundándose en un orden normativo cuya causalidad con respecto a la voluntad de los hombres a él sujetos se presupone, puede darse una atribución imputativa”.<sup>293</sup> En razón de esto, carecería de sentido una norma que prescribiera algo que, de acuerdo con una ley natural, tiene que producirse siempre, lo mismo que otra norma que no tuviera posibilidad causal de eficacia por ser contraria a una ley de la naturaleza.

Todo este enfoque tan peculiar presupone un concepto de causalidad que, de partida, importa negación de la libertad. Por otro lado, cuando se afirma que la imputación supone la causalidad, o sea, que la libertad postula la determinación causal, al parecer se transgrede el mismo principio de separación *Sein-Sollen*, saltándose de la esfera causal a la esfera normativa, puesto que la causalidad no se atribuye a la norma, sino a la representación de ella. Kelsen desea insistir en que no hay contradicción entre la causalidad determinística y su peculiar noción de libertad. Para ello, más sencillo hubiera sido limitarse a recurrir a los principios neokantianos, en lugar de hacer este alarde dialéctico tan sumamente problemático: explicar la libertad sobre la base del determinismo.

Comparando esta doctrina con la de Kant, observa una semejanza en cuanto a que ambas suponen la existencia de dos órdenes (causal y norma-

<sup>293</sup> TP (2a. ed. al.), n. 23, p. 108.

tivo), pero aprecia dos sustanciales diferencias. La primera estriba en que Kant relega la libertad al mundo de las cosas en sí, al “mundo inteligible”, fuera del mundo empírico. Con razón impugna Kelsen este aspecto de la doctrina kantiana, que tiende a ver la libertad como una ficción necesaria, ajena por completo a la experiencia, y la convierte en una idea de la razón y en un postulado de la razón práctica. Y reitera la clásica objeción: si la cosa en sí es incognoscible, no es posible atribuirle la libertad ni nada. La segunda diferencia consiste en que Kant estima que la libertad supera la ley causal, en circunstancias de que, para nuestro autor, ésta última sería la que hace posible la libertad, según su desconcertante doctrina.

Rechaza, asimismo, otras doctrinas sobre la libertad: aquella que la reduce a un error subjetivo según el cual los hombres se autoconsiderarían libres; aquella que la identifica simplemente con la voluntad. Y rebate algunos argumentos en pro de la libertad entendida como algo opuesto a la determinación inexorable del querer. Según él, sólo se responsabiliza a los hombres, y no a los animales ni a las cosas inanimadas, no porque los hombres sean libres y los otros seres no, sino justamente en virtud de la determinabilidad causal de la voluntad humana por la representación de normas, que sólo es posible en los hombres. De manera parecida soluciona el caso de los niños y enfermos psíquicos. En cuanto a la fuerza mayor, en que el orden jurídico no prevé responsabilidad, viene a decir que siempre hay fuerza mayor en la conducta humana —siempre actuaríamos bajo una coerción insuperable—, pero que en determinados casos —los llamados de fuerza mayor— el orden jurídico no prevé la imputación, sin que Kelsen nos explique por qué. Por último, critica a los que estiman que se pueden conciliar el determinismo y la responsabilidad sobre la base del hecho de que no conocemos, o conocemos insuficientemente, las causas determinantes de la conducta humana, de tal modo que, si supiéramos perfectamente esas causas, nadie podría ser responsabilizado. Nuevamente esto supone creer —expresa Kelsen— que la causalidad excluye la imputación.

En conclusión, Kelsen se adhiere sin reservas a un determinismo de tipo psicosociológico contra lo que designa como el dogma de la libertad de la voluntad. A la vez, sigue utilizando el término “libertad” para explicar la imputación. Pero el hombre no sería objeto de imputación por ser libre, sino que, al revés, sería libre por ser objeto de imputación. No cabría contradicción entre causalidad determinística y libertad: es más, justamente ésta se asentaría sobre aquella.

De esta digresión filosófica apenas sacamos otro resultado que el más neto determinismo. La libertad que conserva Kelsen en su teoría no tiene ni

el más remoto parecido con lo que habitualmente queremos expresar con esta palabra. Y el *Sollen* amenaza más que nunca en convertirse en un puro mecanismo de “ingeniería social”. Pensamos que sobre estos desarrollos del Kelsen filósofo sería muy atinado correr un respetuoso velo.

#### XIV. CIENCIA DEL DERECHO Y SOCIOLOGÍA JURÍDICA<sup>294</sup>

La *Teoría pura* quiere ser ciencia del derecho, no sociología jurídica. Su actitud frente a esta última disciplina fue, al comienzo, predominantemente combativa. Kelsen trataba de deslindar el terreno de su ciencia poniendo el acento en que las doctrinas sociológicas sobre el derecho no eran teorías científico-jurídicas.<sup>295</sup> Todavía en 1934 evitaba pronunciarse sobre el éxito y el valor de la sociología jurídica. Con posterioridad, especialmente desde la década de los cuarenta, en que fijó su residencia en Norteamérica, fue abriéndose poco a poco a la aceptación de la posibilidad de una sociología jurídica, lo que constituye otro indicio de su creciente interés por la realidad, y de su alejamiento del neokantismo. En la *Teoría general del derecho y del Estado* consagra un capítulo a la comparación entre la jurisprudencia normativa y la jurisprudencia sociológica.<sup>296</sup> Su diagnóstico de la sociología es, no obstante, más bien desalentador: “Lo que conocemos con el nombre de jurisprudencia sociológica apenas es algo más que un conjunto de postulados metodológicos”.<sup>297</sup> Piensa que quizá el tema específico de la jurisprudencia sociológica sea el análisis crítico de las ideologías, sobre todo las referentes a la justicia, que influyen en la vida jurídica de modo fáctico. En esta línea de lo que llama una “sociología de la justicia”, se situarían sus trabajos en torno a la historia de las ideas de imputación y causalidad. Bien dudoso nos parece el que este tipo de estudios puedan denominarse “sociológicos”, pues sus análisis ideológicos tienen poco de sociología empírica.

En 1960 su actitud es más proclive a la posibilidad y legitimidad de los estudios sociológico-jurídicos, si bien persiste su firme rechazo del sociologismo. La sociología, en la clasificación de las ciencias en naturales y nor-

<sup>294</sup> TP (2a. ed. al.), n. 21, pp. 100-103, y n. 26, pp. 117-122; TP (ed. fr.), pp. 97-99; TP (1a. ed. al.), n. 7, pp. 35-37. Sobre este tema, Eisenmann, Ch., «Science du droit et sociologie dans la pensée de Kelsen», *Annales de la Faculté de Droit et des Sciences Politiques et Economiques de Strasbourg*, 5, 1958, pp. 59-73.

<sup>295</sup> *Ibidem*, cap. II, n. 4b.

<sup>296</sup> *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., pp. 192-212.

<sup>297</sup> *Ibidem*, p. 207.

mativas, se coloca entre las primeras. Utilizaría el principio de causalidad, aplicándolo, como la psicología, la etnología o la historia, al campo de la conducta humana. Por eso a esta clase de ciencias las llama “ciencias sociales causales”, las que no se distinguirían esencialmente de las naturales, sino sólo con diferencia de grado. En cambio, si media una distinción esencial entre ellas y las “ciencias sociales normativas”, como la ética o la ciencia jurídica, que funcionan según el principio de imputación.

Esta apertura a la sociología jurídica no conlleva la menor claudicación ante el sociologismo jurídico. Ante quienes cuestionan la posibilidad de una ciencia del derecho normativa, con el argumento de que el concepto de lo debido carecería de sentido o constituiría un mero simulacro ideológico, Kelsen responde que ese trasfondo ideológico existe cuando se mira lo debido jurídicamente como un valor moral absoluto, pero que cuando el deber ser sólo significa una conexión funcional específica, no cabe dirigirle esa acusación. La sociología jurídica describiría las relaciones causales entre los actos productores del derecho y otros hechos que los determinan, y entre aquellos actos y la conducta humana hacia la cual se orientan, cuando la conducta está efectivamente motivada por la representación de la intención de aquel acto productor de derecho. Totalmente diverso sería el objeto de la ciencia jurídica, que describe el nexo de imputación entre otros dos hechos: el hecho determinado por el orden jurídico como condición y aquel determinado como consecuencia.

Nuestro autor basa su defensa de la ciencia jurídica normativa en el análisis del sentido que exhiben los miles de enunciados en los que se exterioriza a diario la vida jurídica (por ejemplo, “esto está prohibido”, “esto pertenece a alguien”, “tal persona está obligada”). El sentido subjetivo del deber, piensa Kelsen, no es seriamente negable; puede cuestionarse tal vez su sentido objetivo, pero ello dejaría a esos enunciados privados de sentido. Negado el carácter objetivo del *sollen*, el derecho implicaría un engaño de que serían objeto los individuos.

La proposición jurídica según la cual, se debe sancionar al ladrón, o no se debe robar, queda reducida a la comprobación del hecho de que algunos tratan de llevar a otros a no robar, o de castigar al ladrón y que, por lo común, los hombres omiten robar y, cuando excepcionalmente incurren en hurto, castigan al ladrón. Se ve en el derecho —como una relación entre los hombres que establecen el derecho y los que lo acatan— una empresa del mismo tipo que la del cazador que pone un cebo a la presa, para hacerla caer en la trampa. Esta comparación es exacta, no sólo por ser común a ambos procesos la conexión motivadora, sino también en la medida en que la consideración



del derecho que aquí se describe incurre, en la exposición del derecho como norma (del legislador, o de la jurisprudencia), en un engaño.<sup>298</sup>

Tampoco puede confundirse la proposición jurídica con un juicio de probabilidad. Este juicio se realiza desde un punto de vista distinto al del derecho, puesto que responde a la pregunta ¿qué sucede de hecho y qué probablemente habrá de suceder? La pregunta jurídica, en cambio, es ¿qué debe suceder?: ésta corresponde al sentido inmanente del derecho. En particular, refuta la idea de algunos representantes de la jurisprudencia realista norteamericana, que reduce el derecho a profecías sobre cómo se resolverán los casos por los tribunales. Según el jurista austriaco, estas predicciones —por lo demás muy problemáticas— no incumben al jurista. Los enunciados que éste maneja son deónticos.

Terminemos con esta ferviente defensa de la ciencia jurídica que resume muy bien la posición del autor:

La posibilidad y la necesidad de una disciplina semejante orientada al derecho como un contenido significativo normativo; han sido ya demostradas por el hecho milenario de la ciencia jurídica que, en tanto existe derecho, sirve, como jurisprudencia dogmática, a las exigencias intelectuales de quienes se ocupan con el derecho. No hay ninguna razón para dejar insatisfechas esas necesidades enteramente legítimas, renunciando a esa ciencia jurídica. Sustituirla por la sociología del derecho es imposible, dado que ésta apunta a un problema totalmente diferente. Así como, mientras exista una religión, debe haber una teología dogmática, que no puede reemplazarse por ninguna psicología o sociología de la religión, así también, mientras haya un derecho, habrá una doctrina normativa.<sup>299</sup>

## XV. DERECHO E IDEOLOGÍA<sup>300</sup>

Kelsen se pregunta si acaso el derecho es ideología. Para responder, distingue dos sentidos de este vocablo. En un primer sentido, llama ideología a todo lo que no es realidad natural o descripción de ella (obviamente, esta realidad natural se restringe, como siempre, a la empírica sensorial). En esta acepción de la palabra, el derecho sí sería ideología, pues es algo distinto de la realidad fáctica que ha de corresponder a la norma. A la *Teoría pura* tocaría el mérito

<sup>298</sup> TP (2a. ed. al.), n. 26, p. 18.

<sup>299</sup> *Ibidem*, n. 26, pp. 120 y 121.

<sup>300</sup> TP (2a. ed. al.), n. 26, pp. 117-122; TP (ed. fr.), pp. 63 y 64; TP (1a. ed. al.), n. 9, pp. 42-44.

de haber abierto camino hacia la consideración del derecho como un sistema relacional distinto de la naturaleza, conforme a su distinción entre ser y deber ser.

Cabe un segundo significado de la expresión, como sinónima de toda exposición no objetiva de un objeto, que lo transfigura o desfigura, estando influida por juicios de valor subjetivo que ocultan el objeto del conocimiento. Se trata del muy extendido uso peyorativo de la palabra “ideología”. El derecho, en esta acepción, no es ideología. Por el contrario, la ciencia jurídica debe mantenerse libre de toda ideología en este sentido. Si al derecho positivo se le considera en relación con un orden superior —el derecho ideal o justo— entonces, dice Kelsen, estaríamos en plena ideología en su significado peyorativo. Contra estas tendencias se bate la *Teoría pura*, teoría que se distinguiría por su carácter marcadamente antiideológico, y que defiende el realismo propio del positivismo jurídico.

La *Teoría pura* rehúsa juzgar axiológicamente el derecho positivo, o ponerse al servicio de cualquier interés político, proveyéndolo de ideología. El mérito de ella sería impedir que se atribuya al derecho positivo un valor superior al que de hecho posee, o que se le niegue el valor que le corresponde al oponerlo a un derecho ideal. Por contraste con la ciencia jurídica tradicional, que a los ojos del creador de la *Teoría pura* siempre aparece revestida, más o menos conscientemente y en diversos grados, de un cariz ideológico, la doctrina kelseniana sobre el derecho reclama para sí el honor de ser verdadera ciencia que describe su objeto, sin transfigurarlos para su defensa o desfigurarlos para su ataque.

La ideología, de acuerdo con la rigurosa separación entre voluntad y razón, brotaría del querer. Por ende, su origen se halla en intereses distintos de aquel que guiaría de modo exclusivo a la *Teoría pura*: la verdad; aunque no se prejuzga sobre el valor o dignidad de esos intereses. Quizá —termina Kelsen— una ciencia del derecho libre de ideología se vea como inútil, tanto para quienes buscan mantener el orden establecido como para quienes luchan por derribarlo: la *Teoría pura*, en cualquier caso, no se preocupa de unos ni de otros.

Lo ideológico en sentido peyorativo viene a identificarse así con lo que excede del dominio de las ciencias positivas. Lo suprapositivo sería incognoscible. Todo supuesto conocimiento más allá de las fronteras estrictas de la experiencia caería en el terreno ideológico, debiendo atribuirse a la voluntad o a las emociones, según intereses distintos de la verdad. Esto implica una equiparación insostenible entre doctrinas muy diversas: puesto que, bajo un denominador común ideológico, se ponen lo mismo la metafísica y la religión que las más crasas desfiguraciones de la realidad llevadas a cabo

por ciertas ideologías políticas. Por una elemental exigencia de rigor, debería cuestionarse semejante equivalencia. Por lo demás, toda esta postura de Kelsen no es otra cosa que exacta aplicación de principios suyos, que ya hemos encontrado repetidamente en su obra.

Tras las ideologías, Kelsen acostumbra detectar intereses, muchos de ellos económicos, de un modo análogo a como el marxismo explica las superestructuras sobre la base de la realidad económica. Aunque este paralelismo se ha puesto repetidamente de relieve,<sup>301</sup> Kelsen lo rechaza, señalando que él concibe la relación entre la ideología y la realidad de un modo análogo a como se conectan lo psicológico y lo físico, y no a modo de alienaciones.<sup>302</sup> Kelsen, por cierto, no comparte de ninguna manera la ideología marxista, cuya teoría jurídica ha combatido tenazmente; tampoco puede considerársele un materialista: antes bien, desde su perspectiva neokantiana, cree en la razón como irreductible a materia.

---

<sup>301</sup> Véase Ebenstein, W., *op. cit.*, p. 36; Casaubon, J. A., *op. cit.*, p. 132.

<sup>302</sup> Kelsen, H., *The Communist Theory of Law*, Nueva York, Frederick A. Praeger Inc., 1955.

## CAPÍTULO CUARTO

# ESTÁTICA JURÍDICA Y DINÁMICA JURÍDICA

### *Sección I: Estática jurídica*

## XVI. LA SANCIÓN Y EL ILÍCITO<sup>303</sup>

En los tres primeros capítulos de la *Teoría pura*, su autor ha sentado las bases de todo su edificio doctrinal. A continuación, en los dos que siguen, presenta el núcleo de las conclusiones científico-jurídicas que caracterizan a su doctrina. A la luz de los principios que ha expuesto en los anteriores capítulos, más bien introductorios, Kelsen desarrolla sus tesis acerca de los principales conceptos e instituciones jurídicos. Conforme a la división que ya conocemos,<sup>304</sup> el primero de estos capítulos centrales se ocupa de la estática jurídica, y el otro se refiere a la dinámica. Aquí iniciamos propiamente la exposición de la teoría general del derecho según el método puro.

El derecho, desde el punto de vista estático, es decir, con independencia del problema de la producción de las normas, se define, en la *Teoría pura*, como norma coactiva. Todo este capítulo se apoya, de modo inmediato, en el normativismo y en la coactividad como esencia de lo jurídico. Se pasa revista a los conceptos jurídicos generales de mayor relevancia y se los enfoca en esa perspectiva.

El libro de 1960 aparece considerablemente ampliado en esta parte, incluyendo el análisis de nuevos conceptos que ni siquiera eran mencionados en las anteriores ediciones y extendiéndose más en el estudio detallado de aquellos que ya se trataban antes. A lo largo del capítulo se echa de ver su deseo de considerar, en el máximo grado posible, el conjunto de los fenómenos jurídicos. Por lo demás, ello es, asimismo, muy apreciable en el próximo capítulo sobre la nomodinámica. El mayor acercamiento a la realidad jurídica permite colegir una cierta modificación en el modo de concebir la tarea del jurista a nivel de teoría general, entendida más como inducción

<sup>303</sup> TP (2a. ed. al.), n. 27, pp. 123-129; TP (ed. fr.), pp. 87-89; TP (1a. ed. al.), n. 13, pp. 53-55.

<sup>304</sup> *Ibidem*, cap. III, n. 10.

de conceptos generales, a partir de la experiencia jurídica, que como investigación sobre las condiciones de posibilidad del conocimiento jurídico. Continúa, sin embargo, la tendencia, de claro sabor idealista, a reducir los conceptos jurídicos a meros aspectos de un concepto fundamental previamente diseñado: el derecho como norma coactiva.

Nuestra exposición se limitará a lo esencial, insistiendo en aquello que Kelsen llama “los resultados especialmente característicos de una doctrina jurídica pura”.<sup>305</sup> Procuraremos mostrar la conexión de estos resultados con las bases filosófico-jurídicas del sistema y, cuando sea oportuno, bosquejaremos a grandes líneas la evolución del pensamiento kelseniano sobre algunos puntos.

Respecto a la sanción, en realidad todo lo esencial está ya dicho.<sup>306</sup> Es muy lógico, por lo demás, que la estática kelseniana empiece por ella. Constituye, indudablemente, el concepto clave para la comprensión de todo lo que vendrá. En esta ocasión, tras recordar el lugar que le pertenece en el enunciado jurídico, como consecuencia (*Folge*), y su índole de especie dentro del género de los actos coactivos, se clasifican las sanciones existentes en los órdenes jurídicos positivos. En los de tipo estatal se distinguen las sanciones penales —penas en sentido estricto— y las sanciones civiles, que nuestro autor prácticamente reduce a la ejecución forzosa de bienes. Ambos tipos de sanciones convienen en ser privación coactiva de un bien. Lo que especifica a la sanción civil es el hecho de que ésta intenta reparar la ilicitud, restableciendo un estado de cosas conforme a derecho, el mismo que debió obtenerse mediante el comportamiento lícito que no se realizó. Por ejemplo, el no pago de una deuda autoriza para obtener su ejecución por la fuerza en los bienes del deudor. La circunstancia de que la suma que se obtiene como producto de esa ejecución sea destinada al patrimonio del perjudicado, y no a un fondo público —como pasa en las sanciones penales patrimoniales—, hace posible determinar una finalidad de reparación que se da generalmente en la sanción civil. En cambio, Kelsen considera imposible determinar el fin de la sanción penal (si es preventiva, retributiva, etcétera). Como ante tantos otros problemas jurídicos, la *Teoría pura* se apresura a reconocer sus limitaciones: ni en lo puramente empírico ni en su concepción del *Sollen* encuentra un criterio para asignar a las penas, en sentido estricto, una finalidad determinada. Por otra parte, enumera las sanciones propias del derecho internacional general: las represalias y la guerra.<sup>307</sup>

<sup>305</sup> TP (2a. ed. al.), prólogo a la 2a. ed., p. 13.

<sup>306</sup> *Ibidem*, cap. II, nn. 7 y 8.

<sup>307</sup> *Ibidem*, cap. V, n. 38.

Enseguida se ocupa de la noción de ilícito o delito en general (tanto penal como civil). La ilicitud concebida no como la negación del derecho, sino como una condición de éste, constituye una tesis fundamental en la doctrina kelseniana que ya se contiene en los *Problemas capitales*:<sup>308</sup>

Sólo porque una acción y omisión, determinadas por el orden jurídico, se convierten en condición de un acto coactivo estatuido por el orden jurídico, se las califica de ilicitud o delito; sólo porque un acto coactivo está estatuido por el orden jurídico como consecuencia de determinada acción u omisión, tiene ese acto coactivo el carácter de sanción o de consecuencia de un delito.<sup>309</sup>

Por tanto, según el jurista vienés, no es que una acción u omisión esté conectada con un acto coactivo como consecuencia de su ilicitud, sino que, justamente al revés, una acción u omisión es un acto ilícito o delito porque se ha conectado con un acto coactivo como su consecuencia. La ilicitud no es, de esta manera, ni una propiedad inmanente a determinadas acciones u omisiones ni es una relación con una norma trascendente al derecho positivo. Su esencia consistiría en ser condición de una sanción.<sup>310</sup>

Los conceptos de ilicitud y de sanción quedan, por tanto, desprovistos de todo elemento axiológico o moral, como corresponde a una posición relativista rigurosa como la kelseniana. Contra la distinción entre mala *in se* (ilícitos que lo serían por sí mismos, no por la prohibición de las normas positivas) y mala *prohibita* (en los que la ilicitud derivaría de la prohibición por las normas positivas), nuestro autor sostiene que sólo hay mala *prohibita*. Esa distinción supone la existencia de disvalores jurídicos inmanentes a la realidad, lo que, de acuerdo con su separación entre realidad y valor, rechaza

---

<sup>308</sup> *Hautprobleme der Staatsrechtslehre* (2a. ed.), *cit.*, pp. 33-51. De este tema tratan dos trabajos de la primera época: “Über Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt”, *Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwart*, 40, 1913, pp. 1-114; y “Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berücksichtigung von Vaihingers Philosophie des Als-Ob”, *Annalen der Philosophie*, 1, 1919, pp. 630-658, ambos incluidos en Klecatsky, H. *et al.*, *op. cit.*, I, pp. 957-1057, y II, pp. 1215-1242, respectivamente.

<sup>309</sup> TP (2a. ed. al.), n. 27b, p.125.

<sup>310</sup> Argumentando en favor de que el derecho sería solamente una reacción contra lo ilícito, cita en nt., 84, p. 126 de TP (2a. ed. al.), un texto de Santo Tomás de Aquino (*Suma Teológica*, I-II, q. 96, a. 5) según el cual sólo los malos estarían sujetos a la ley, en cuanto sólo a ellos alcanza su fuerza coactiva, Kelsen omite, sin embargo, el pasaje inmediatamente anterior al que cita, en que el Aquinate señala que todos los que están sometidos a una potestad, buenos y malos, se hallan sujetos a la ley en cuanto es regla de los actos humanos. Es evidente que, para Santo Tomás, la ley no se reduce a su coactividad.

con vehemencia. Para él, el principio *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* (donde ley quiere decir norma positiva en general) se erige en máxima absolutamente válida en todos los sectores del ordenamiento jurídico, y derivada de la misma esencia del derecho.

Las expresiones habituales con las que designamos las conductas que condicionan una sanción jurídica resultarían, por tanto, engañosas. “Ilícito”, “contrario a derecho”, “lesión jurídica”, etcétera, parecieran aludir a una negación del derecho, como si existiera contradicción lógica entre la norma que ordena una conducta y la conducta contraria a la ordenada. Mas no hay tal contradicción, porque la proposición conforme a la cual alguien debe actuar de determinada manera, y la que establece que de hecho realiza la conducta opuesta, pueden ser simultáneamente verdaderas. De aquí deduce que la conducta contraria no viola ni quebranta la norma. Lo ilícito sería la conducta condicionante del cumplimiento del derecho por medio de la aplicación del acto coactivo; y correlativamente, lo lícito o conforme a derecho se conceptúa como la conducta que evita la sanción.

Con esto queda esclarecido el sentido del ilícito si se acepta el concepto de derecho propugnado por Kelsen. El contraste con el sentir común es aquí más intenso que en otras ocasiones, pues el autor está obligado a confesar que la terminología habitual refleja una concepción diametralmente contraria a la de su doctrina, que sería la única científica, no primitiva ni ingenua. En cuanto a la argumentación que acabamos de reseñar, depende toda ella de un supuesto muy problemático: la identificación entre la oposición de una conducta a una norma, y la contradicción lógica entre ambas. Al expresar que un acto es transgresión de una norma, nadie piensa que exista una oposición lógica de contradicción, que haría imposible la coexistencia de la norma y el acto que la viola. Por otro lado, de modo algo sorprendente, el mismo Kelsen ve en este último un disvalor jurídico,<sup>311</sup> y se resigna a usar la pretendidamente tan confusa terminología habitual: “ilícito”, “contrario a derecho”, etcétera. Lo comprendemos bien: si donde decimos “ilícito” hubiera siempre que poner “condición de una sanción”, y si al aludir a lo “lícito” debiera escribirse “conducta que evita la sanción”, ello resultaría, tarde o temprano, francamente insoportable.

De conformidad con lo expuesto, lo ilícito no sería la negación del derecho ni algo exterior a éste que estuviera en contra suyo, sino algo interno al derecho, determinado por él.<sup>312</sup> Aquí sale al paso una cuestión que sólo

<sup>311</sup> *Ibidem*, cap. II, n. 6c.

<sup>312</sup> Kelsen plantea la siguiente analogía: la ciencia jurídica interpreta el delito como condición del derecho, de modo semejante a como una teología monoteísta entiende el mal

tiene sentido si se adopta el enfoque de Kelsen: ¿cómo distinguir el delito de otros hechos condicionantes de la sanción? La respuesta no nos viene dada por un acucioso análisis del enunciado jurídico esencial, sino por la más realista de las comprobaciones: el delito se determina como la conducta de aquel hombre contra el cual, o contra cuyos allegados, se dirige la sanción como consecuencia. La mención de los allegados —individuos que se hallan en cierta relación, determinada por el orden jurídico, con el delincuente— se introduce para contemplar el caso de la responsabilidad por la conducta ajena. De este modo, el concepto de ilicitud queda tan vacío de contenido que hasta corre peligro de no distinguirse de otras condiciones de la sanción, como son, por ejemplo, los actos legislativo y judicial que se refieren a ella. Un dato fenoménico —la identidad, física o moral, entre el delincuente y el sancionado— salva a Kelsen de la confusión.

## XVII. OBLIGACIÓN JURÍDICA Y RESPONSABILIDAD<sup>313</sup>

### 1. *Obligación jurídica*

El tema de la obligación jurídica (*Rechtspflicht*)<sup>314</sup> encontró desde el principio, y sin mayores variaciones, una explicación acorde con las bases de la *Teoría pura*.<sup>315</sup> Si el derecho es norma coactiva, la obligación jurídica habrá de encajar de alguna manera en la proposición que describe esa norma. Aquello que no cuadre será expulsado sin más miramientos, fuera del marco de la teoría jurídica, como no perteneciente al mundo del *Sollen* jurídico. En definitiva, la obligación se reducirá a pura norma positiva.

---

como una condición necesaria para la realización del bien. El que no pueda haber un creador del mal —porque éste último es formalmente carencia de bien, no ser— y el que de los males puedan provenir bienes, no conduce a la conclusión kelseniana de considerar el mal como condición necesaria del bien. Sobre el tema del mal: Tomás de Aquino, S., *Suma Teológica*, I, qq. 48 y 49.

<sup>313</sup> TP (2a. ed. al.), n. 28, pp. 129-138; TP (ed. fr.), pp. 79-80, 91-93; TP (1a. ed. al.), nn. 23-24a, pp. 76-78. Davy, Georges, “Le problème de l’obligation chez Duguit et chez Kelsen”, *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, 1-2, 1933, pp. 7-26; Legaz y Lacambra, L., “La obligatoriedad jurídica”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1, 195, pp. 5-89; y Kriele, Martin, “Rechtspflicht und die positivische Trennung von Recht und Moral”, en *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 16, 1966, pp. 413-429.

<sup>314</sup> Preferimos, con Vernengo, traducir *Pflicht* por “obligación” y no por “deber”, a fin de evitar las posibles confusiones con el *Sollen* o deber ser.

<sup>315</sup> *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (2a. ed.), cit. pp. 311-393; y *Teoría general del Estado*, cit., pp. 78-81.



La obligación de cumplir determinada conducta no constituye un contenido objetivo distinto de la conducta ordenada en la norma jurídica. Enunciar que un individuo está jurídicamente obligado a determinada conducta, es lo mismo que afirmar que una norma jurídica ordena determinada conducta de un individuo; y una norma jurídica ordena determinada conducta en tanto enlaza al comportamiento opuesto un acto coactivo como sanción.<sup>316</sup>

*...la obligación no es otra cosa que una norma jurídica positiva, que ordena la conducta de ese individuo al enlazar con el comportamiento contrario una sanción.*<sup>317</sup>

Por consiguiente, la obligación no es ni un impulso interno en el hombre ni algo exigido por normas distintas de las jurídico-positivas. Con arreglo a la definición de Kelsen, y tal como él anota, el individuo está obligado aunque la representación de la norma no suscite en él ningún impulso a cumplirla, y aunque ni siquiera conozca la norma, al menos en cuanto valga el principio de que la ignorancia del derecho no exime de las sanciones por él establecidas.

Existe, de este modo, una relación esencial, dentro del sistema kelseniano, entre los conceptos de obligatoriedad jurídica y de sanción. Jurídicamente obligado se halla el individuo que puede cometer el delito, dando así lugar a su consecuencia —la sanción—, y que es capaz de evitarla por medio de la conducta opuesta. En una palabra, el obligado es el delincuente potencial. Al realizar la conducta obligatoria no hay cumplimiento (*Anwendung*) de la norma. Esta expresión se reserva para la imposición de la sanción. Quien cumple la obligación, en la terminología del autor, ejecuta lo que se denomina “acatamiento” (*Befolgung*) de la norma. Tanto el cumplimiento como el acatamiento de las normas revelan la eficacia de un orden normativo.

Se insiste en que este concepto de obligación jurídica se relaciona exclusivamente con un orden jurídico positivo, y carece de cualquier implicación moral. Por su contenido, pueden o no coincidir una obligación jurídica y una moral, pero ambas serían radicalmente distintas en cuanto derivadas de órdenes normativos diversos.

En armonía con su concepción de los órdenes normativos en general, y en particular del derecho como orden coactivo, afirma que la función esencial y primaria del derecho es la de obligar. Se opone terminantemente a quienes sostienen que esa función consistiría en otorgar derechos.

<sup>316</sup> TP (2a. ed. al.), n. 28a, p. 129.

<sup>317</sup> *Ibidem*, n. 28a, p. 130. Las cursivas son nuestras.

Algunos autores han creído que el concepto kelseniano de obligación jurídica llevaría a un regreso al infinito.<sup>318</sup> En efecto, la obligación sólo se constituye si una norma establece una sanción ante la conducta opuesta. A su vez, esta sanción sólo es jurídicamente obligatoria para el órgano que ha de aplicarla, si, en caso de no hacerlo, existe otra sanción que afecta a ese órgano. Y así sucesivamente, de modo infinito. Como de hecho esta cadena infinita no se da ni puede darse, caería el concepto kelseniano.

Para escapar a esta objeción, el jurista de Viena acude a su concepto de *Sollen* como variable deóntica que comprende tanto el ordenar como el permitir o facultar la sanción.<sup>319</sup> De esta manera, una conducta es obligatoria cuando ante su contraria debe (*sollt*) aplicarse la sanción. Pero no es necesario que la sanción sea, a su turno, obligatoria, o sea, que esté ordenada. Puede ser que se halle sólo facultada o positivamente permitida. Esto significa que el órgano no está obligado jurídicamente a aplicarla, mas no afecta a la existencia de la obligación jurídica por parte del sujeto que con su conducta puede evitar o provocar la sanción. Nos parece que la admisión de las tres modalidades del deber ser, y de las tres funciones correlativas de la norma, obedece, en buena medida, al deseo de contestar a esa ya clásica objeción. Este es el resumen de la respuesta que ofrece el autor:

...si se dice que quien está jurídicamente obligado a determinada conducta, “debe” comportarse así en mérito al derecho, lo que así se expresa es el estar siendo debido —es decir, el estar positivamente permitido, el estar facultado, o el estar ordenado— el acto coactivo que funciona como sanción, en cuanto consecuencia de la conducta opuesta.<sup>320</sup>

El *Sollen*, en consecuencia, mira a la coacción y pertenece propiamente hablando a la norma independiente (por esta razón, lo entrecomilla cuando lo refiere a la norma dependiente que ordena la conducta opuesta a la sancionada); en cambio, la obligación (*Pflicht*) se relaciona con la norma dependiente que ordena la conducta contraria a la que es condición del acto coactivo. Todas estas explicaciones, que resultan un tanto laboriosas, responden a una intención muy determinada: la de mantener el concepto de derecho como norma coactiva y procurar armonizarlo con la compleja realidad jurídico-positiva.

<sup>318</sup> Ross, A., *Towards a Realistic Jurisprudence*, Copenhagen, 1946, p. 75; García Máynez, E., *op. cit.*, pp. 114-121 (atribuye el argumento a Petrasisky).

<sup>319</sup> Ya en *Teoría general del derecho y del Estado* pergeñaba una respuesta, aunque todavía no hacía explícita su ampliación de la noción del deber ser, como aparece en TP (ed. fr.), pp. 82-86, y en TP (2a. ed. al.).

<sup>320</sup> TP (2a. ed. al.), n. 28b, p. 133.

## 2. Responsabilidad

Junto al concepto de obligación, nos encontramos con el de responsabilidad (*Haftung*), aunque Kelsen pone énfasis en distinguirlos. El individuo contra el que se dirige la consecuencia del ilícito responde por el delito, es jurídicamente responsable de él. Puede que coincidan el individuo responsable con el individuo obligado, pero también es posible que difieran. Característica del sujeto obligado es que puede sustraerse a la sanción o suscitarse mediante su actuar. Sin embargo, no necesariamente sufre él mismo las consecuencias de su comportamiento contrario a derecho. El que padece la sanción es el individuo responsable, aunque, por su parte, no siempre sea él quien la provoca o evita. Cabe también la posibilidad de que haya varios sujetos obligados, de tal manera que si el primero incumple la obligación, un segundo sujeto pueda, a su vez, con su propio comportamiento, dar lugar a la sanción o escapar de ella.

La responsabilidad jurídica puede ser de diversas clases: personal o patrimonial, individual o colectiva, intencional o por el resultado. En cuanto a la responsabilidad colectiva, la *Teoría pura* describe dos situaciones distintas. Una tiene lugar en la responsabilidad por el hecho ajeno cuando entre el individuo obligado y el responsable hay una relación tal que los dos pertenecen a la misma colectividad, de forma que el infligir la sanción al responsable será también percibido como un mal por el individuo obligado. La otra hipótesis se presenta cuando la sanción se dirige no contra un único sujeto, sino contra muchos, o contra todos los del grupo al que pertenece el delincuente. Esta última situación la ve Kelsen como propia de órdenes jurídicos primitivos, entre los que coloca al actual derecho internacional general.

Si el acontecimiento sancionado ha sido buscado por el individuo, o por lo menos previsto, entonces hay responsabilidad intencional; si ha sido producido sin ninguna intención o previsión, estamos frente a la responsabilidad por el resultado. Kelsen concibe la responsabilidad por negligencia —que restringe al caso de culpa sin representación, o sea, cuando el sujeto no ha previsto aquello que debía prever— como un caso de responsabilidad por el resultado. Y considera la responsabilidad colectiva como responsabilidad por el resultado en los casos en que no hay ninguna relación interna entre el individuo responsable y el acontecimiento indeseable que provocó el acto coactivo.

Esta materia está tratada de modo estrictamente kelseniano. Se describen las variantes que pueden encontrarse en los derechos positivos, procurando dar un concepto general, que se pone en relación con el enunciado

jurídico general. No cabe así una valoración supra positiva de aquellas prescripciones de derecho positivo sobre la responsabilidad. Se niega toda relación esencial entre obligación y responsabilidad, y no se dice una palabra crítica en temas tan complejos, y de tanta trascendencia práctica, como la responsabilidad por el hecho ajeno o por el resultado. Habrá que atenerse a lo que establezca el derecho positivo, que las podrá extender tanto como se quiera o se pueda.

### 3. *El deber de reparar el daño*

El orden jurídico puede obligar a no ocasionar daños a otros sin establecer la obligación jurídica de reparar los daños ocasionados. Esto sucedería si la reparación del daño no permitiera evitar la sanción por el incumplimiento de la obligación de no dañar. No obstante, normalmente no sólo es obligatorio no ocasionar daños a terceros, sino que también hay obligación de repararlos si se han causado. Se trata, respectivamente, de una obligación principal y otra accesoria, que sustituye a la principal cuando ésta se ha incumplido. En tal caso, sólo si esta obligación accesoria tampoco se cumple aparece la sanción.

De aquí que el deber de reparar el daño no se conciba como una sanción ni, por tanto, como responsabilidad, sino como obligación accesoria. Asistimos a otra manifestación del interés por afinar los instrumentos conceptuales de la *Teoría pura*, para que reflejen más fielmente la vida jurídica real.<sup>321</sup>

## XVIII. EL DERECHO SUBJETIVO<sup>322</sup>

En este recorrido por los principales conceptos generales de la ciencia jurídica llegamos al controvertido tema del derecho subjetivo. El análisis kelseniano toma como punto de arranque el estado de la cuestión en la doctrina anterior, dividida en tres corrientes: la teoría del interés (*Ihering*), la teoría de la voluntad (*Windscheid, Arndts*), y las teorías mixtas (*Jellinek, Bernatzik*).<sup>323</sup> Según la primera, el derecho subjetivo sería el interés jurídicamente protegido; en

<sup>321</sup> Este punto no se trataba en las primeras ediciones de la *Teoría pura*; sí figuraba en *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., p. 81.

<sup>322</sup> TP (2a. ed. al.), n. 29, pp. 138-157, TP (ed. ir.), pp. 112-114, 116-118, 122-125; TP (1a. ed. al.), nn. 18-19, pp. 68-71, n. 21, pp. 72-74, n. 24b y c, pp. 78-83.

<sup>323</sup> Se examinan ampliamente en *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (2a. ed.), cit., pp. 567-618.

cambio, para los representantes de la teoría de la voluntad, consistiría en un poder volitivo o facultad otorgada por el orden jurídico; por fin, las teorías mixtas combinan ambos puntos de vista. Este es el horizonte doctrinal en el que se mueve la doctrina de Kelsen. Dejamos constancia, una vez más, de que en ese horizonte no halla cabida el concepto de derecho como objeto de la justicia, es decir, la misma cosa justa.<sup>324</sup>

La conclusión principal de nuestro autor en esta materia consiste en que el derecho subjetivo ha de ser reducido a puro derecho objetivo, esto es, a norma. Si el derecho es esencialmente norma, esta *reductio ad unum* del derecho como norma y el derecho subjetivo surge con una gran fuerza lógica. Con plena claridad la expuso en su trabajo *Rechtswissenschaft und Recht* (*Ciencia jurídica y derecho*) (1922).<sup>325</sup> Con el tiempo iría perfeccionando sistemáticamente su doctrina, pero siempre conservaría como idea central esta reducción, que implica oponerse a toda autonomía o entidad propia de los derechos subjetivos frente a las normas positivas.

Condensaremos la exposición de la segunda edición alemana, que enumera cinco significados diferentes del término “derecho subjetivo”: mero derecho reflejo de la correspondiente obligación; derecho subjetivo privado como poder jurídico, o derecho subjetivo en sentido técnico; derecho político; derecho o libertad fundamental, y permisión positiva administrativa. De nuevo se confirma el afán de adecuar los esquemas conceptuales a la multiforme realidad jurídico-positiva actual, lo que no impide, sin embargo, que esa variedad de “derechos subjetivos” acaben siempre absorbidos en la pura norma positiva, como aspectos o reflejos suyos.

### 1. *El derecho subjetivo como mero reflejo de la correspondiente obligación*

Con las palabras “derecho subjetivo” se designan situaciones muy diferentes entre sí. De ahí la dificultad de captar la esencia del derecho subjetivo. En todo caso, siempre se trata de un derecho con el que cuenta un sujeto.

Cuando se dice que un individuo tiene derecho a comportarse de determinada manera, a veces se alude sin más al hecho negativo de que esa con-

---

<sup>324</sup> Sobre la historia del concepto de *ius*, que va desde este derecho objetivo —la cosa justa— hasta la moderna noción de derecho subjetivo, se consultará con provecho Villey, Michel, *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Valparaíso, Universidad Católica de Valparaíso, 1976.

<sup>325</sup> Subtitulado *Erledigung eines Versuches zur Überwindung der “Rechtsdogmatik”*, Viena- Leipzig, F. Deuticke, 1922.

ducta no le está prohibida —es decir, le está negativamente permitida—. En otros casos se quiere significar, según Kelsen, que uno o más individuos están jurídicamente obligados a actuar de determinada manera con respecto al individuo que tiene el derecho subjetivo. En este supuesto el sujeto puede exigir la conducta a la que el otro está obligado. Contra quienes ponen el derecho subjetivo en primer plano subordinándole la obligación, Kelsen sostiene que “...*esta situación de hecho designada como «derecho» o pretensión jurídica de un individuo, no es otra cosa que la obligación del otro, o de los otros*”.<sup>326</sup> Sólo habría una situación jurídicamente relevante, que se describe exhaustivamente al expresar la obligación, puesto que la conducta correspondiente del individuo en cuyo respecto existe la obligación se halla determinada en la conducta que configura el contenido de la obligación. De este modo, por ejemplo, sólo se puede dar a otro lo que éste recibe.

“Si se designa la relación de un individuo que se encuentra obligado con respecto a otro a determinada conducta, como «derecho», entonces ese derecho no es sino *un reflejo de esa obligación*”.<sup>327</sup> Este concepto de derecho subjetivo, como mero reflejo de una obligación, podría utilizarse como un concepto auxiliar (*Hilfsbegriff*) para simplificar la exposición de una situación jurídica, pero, desde el punto de vista de una descripción científica exacta, tal como la concibe la *Teoría pura*, sería superfluo. A menudo veremos que Kelsen, tras haber operado estas reducciones —en este caso, del derecho a la obligación— concede al concepto “reducido” el modesto papel de concepto auxiliar. Por lo demás, advierte el autor, no en todos los casos de obligación jurídica se habla también de un derecho reflejo correspondiente. No se piensa, por ejemplo, en un derecho del delincuente correlativo a la obligación del órgano público que debe castigarle.

Este derecho reflejo se reduce a la obligación jurídica, la cual, por su parte, como ya veíamos, se reduce íntegramente a la norma que la establece. En la tesis opuesta, que considera al derecho como un objeto de conocimiento distinto de la obligación, incluso con prioridad sobre ésta, Kelsen percibe, con su agudo instinto positivista, un resto de iusnaturalismo, pues implicaría pensar que hay derechos anteriores al orden positivo que deben ser garantizados por éste, y tales derechos sólo tienen un nombre: naturales.

A este derecho subjetivo reflejo se refería la teoría del interés jurídicamente protegido, en la opinión del autor. Pero considera que esa teoría recoge el dualismo tradicional entre derecho subjetivo y derecho objetivo, representados, respectivamente, por el interés y la norma. La doctrina kelse-

<sup>326</sup> TP (2a. ed. al.), n. 29a, p. 140. Las cursivas son nuestras.

<sup>327</sup> *Idem*. Las cursivas son nuestras.

niana rechaza este dualismo, ante todo por, supuestamente, contradictorio en cuanto que no cabría subsumir bajo un concepto superior a ambos sentidos. “Desde el punto de vista de una consideración orientada al derecho como norma, o sistema de normas, el derecho subjetivo no puede ser un interés protegido por el derecho, sino solamente la protección de aquel interés que el derecho objetivo establezca”.<sup>328</sup> Esta protección consiste en enlazar a la lesión de ese interés una sanción, estatuyendo así la obligación jurídica de no lesionarlo.

Más adelante, al tratar los sujetos de derecho,<sup>329</sup> se extiende más en la explicación del sustrato ideológico que capta tras el dualismo derecho objetivo-derecho subjetivo. Dice que implicaría una contradicción lógica, dado que el derecho objetivo consiste esencialmente en una norma heterónoma que comporta obligaciones coactivas, mientras que la esencia de la subjetividad jurídica, tal como la entienden los partidarios del dualismo, residiría en la libertad en el sentido de autodeterminación o autonomía. En el fondo, tras esa contradicción habría una función ideológica: la defensa de la propiedad privada. Mediante la idea de sujeto de derecho como portador de un derecho subjetivo independiente de las normas positivas —concepto, éste de derecho subjetivo, que se habría recortado, en lo esencial, según el patrón del derecho de propiedad—, se buscaría poner un límite insuperable al orden jurídico positivo. La defensa de la libertad y la de la propiedad privada estarían así muy estrechamente ligadas. En contra de esta postura, Kelsen ha llegado a decir que el sujeto de un derecho reflejo no es propiamente sujeto, sino objeto de la conducta de quien ha de actuar: el sujeto obligado.

En un plano lógico, las observaciones anteriores muestran que el contexto de derecho no es unívoco, pero no obstan de ninguna manera a considerarlo como una noción análoga. El autor no tiene en cuenta esta posibilidad. Pero no puede hacerlo porque su planteamiento está condicionado por el punto de partida que elige: la concepción del derecho subjetivo teñida por la ideología individualista-liberal. Con ella resulta casi obligado contraponer norma y libertad, y, por ende, derecho objetivo y derecho subjetivo. Mas, fuera de esa concepción, ambos sentidos del derecho son más fácilmente armonizables, ya que la norma y la libertad rectamente entendidas no se contraponen de ninguna manera.<sup>330</sup> Urge liberar al derecho subjetivo de esas connotaciones ideológicas, para no dar lugar a esta clase de malentendidos.

<sup>328</sup> TP (2a. ed. al.), n. 29c, pp. 145 y 146.

<sup>329</sup> *Ibidem*, n. 33a, pp. 178-182.

<sup>330</sup> Hervada, J., *Introducción crítica al derecho natural*, Pamplona, EUNSA, 1982, pp. 163 y 164; aunque se refiere a la ley natural, sus observaciones son válidas para toda clase de normas.

Kelsen es maestro en la pesquisa de ocultas funciones ideológicas, como procedimiento que se presta para reivindicar la pureza de la *Teoría pura*. Es necesario ser muy consciente de los riesgos que entraña. La utilización ideológica de un concepto ha de verse, a nuestro juicio, caso por caso, autor por autor. Las generalizaciones son extremadamente peligrosas. Y como se habrá notado, estimamos que el concepto de derecho subjetivo puede concebirse al margen de connotaciones ideológicas: el propio Kelsen se esfuerza por lograrlo, aunque sea por el camino de negarlo en cuanto dotado de existencia propia.

Por otra parte, la argumentación kelseniana nos enseña, *a contrario sensu*, que si hay derechos subjetivos independientes de las normas positivas anteriores a ellas, que les marcan un límite infranqueable, entonces necesariamente esos derechos son naturales.

Tan amigo de superar dualismos,<sup>331</sup> denunciando su trasfondo ideológico, Kelsen se detiene a examinar la clásica división de los derechos en reales y personales. Señala que esta distinción lleva a error, ya que también el derecho sobre una cosa —el derecho real— es un derecho respecto de personas —derecho personal—. El primero, por ende, no consistiría más que en la obligación de los otros individuos a consentir los actos de disposición del sujeto sobre la cosa. La relación primaria siempre se da entre los hombres, y la relación con las cosas es de importancia secundaria, siendo útil sólo para determinar más de cerca la relación primaria. Expresa que definir la propiedad como una relación entre una persona y una cosa, pasando por alto la relación jurídicamente esencial, que es entre personas, serviría para ocultar la decisiva función socioeconómica, que consiste precisamente en la relación con los demás sujetos en cuanto excluidos de la apropiación de la cosa. Por consiguiente, la misma distinción entre derechos reales y derechos personales tendría un notorio carácter ideológico. A fin de no incurrir en tendencias ideológicas, Kelsen propone reemplazarla por otra, que dividiría los derechos reflejos en “relativos” y “absolutos”. En los primeros habría una relación entre individuos determinados, en tanto que en los otros existiría una relación de muchos con respecto a uno solo (con lo que, como reconoce él mismo, la terminología no es muy feliz, ya que los derechos reflejos “absolutos” también son, a la postre, relativos).

Esta propuesta de reemplazo de la distinción tradicional muestra claramente, en nuestro sentir, que las supuestas intenciones ideológicas de la distinción son enteramente separables del núcleo conceptual en que se apo-

---

<sup>331</sup> Gaviria Díaz, Carlos, “Superación de los dualismos jurídicos en Kelsen”, *Estudios de derecho*, 20, 1961, pp. 338-363.



ya el clásico distingo. La crítica kelseniana destaca un aspecto importante: todo derecho supone alteridad, o sea, se da en relación con otros, ante los que aparece como deuda. Pero esto no puede llevar a olvidar la relación primaria —en cierto sentido prejurídica— que existe entre el sujeto y lo que es suyo propio. Esta relación tiene prioridad lógica con respecto al carácter de debido que asume lo propio de cada uno frente a los demás. No obstante, esto implica situar el derecho en la realidad, e irse, por tanto, muy lejos de la *Teoría pura*.

## 2. *El derecho subjetivo como poder jurídico* (*derecho subjetivo en sentido técnico*)

Se trata de derecho como facultad o poder volitivo otorgado por el orden jurídico al que alude la teoría de la voluntad. Según el jurista vienés, estamos ante un objeto distinto del derecho reflejo del que se ocupa la teoría del interés.

Hablando de este poder jurídico, escribe: “Aparece cuando, entre las condiciones constituyentes de la sanción de una obligación jurídica, se encuentra una acción dirigida al órgano de aplicación, en forma de una demanda o querella, para obtener la ejecución de esa sanción, acción iniciada por el individuo en cuyo respecto existe la obligación”.<sup>332</sup> El órgano que ha de aplicar la norma general que corresponda —por medio de una norma jurídica individual que sancione el ilícito— sólo puede hacerlo cuando existe este derecho subjetivo como poder jurídico, si se presenta un pedido en tal sentido por parte del individuo facultado que, con la interposición de la demanda en la que ejercita la acción, pone en movimiento el proceso judicial. El derecho —o más exactamente la norma general— queda entonces a disposición de determinado individuo, normalmente aquel en cuyo respecto otro individuo está obligado a cumplir determinada conducta. El derecho objetivo pasa a ser “su” derecho. Si recurrimos al concepto auxiliar de derecho reflejo, diremos que el individuo tiene una potestad jurídica en relación con ese derecho reflejo para hacer valer la falta de cumplimiento de la obligación correspondiente mediante la acción o querella. Esta situación no queda descrita exhaustivamente si sólo se expone la correspondiente obligación, puesto que este poder jurídico de reclamar es un hecho diferente. El individuo titular del derecho reflejo —que desde ese punto de vista sólo aparecía como objeto—, al disponer de esta potestad, se transformaría en

---

<sup>332</sup> TP (2a. ed. al.), n. 29d, pp. 146 y 147.

un sujeto que puede actuar. Este sería el derecho subjetivo en sentido técnico que implica propiamente un ejercicio del derecho a una pretensión, esto es, la posibilidad de ejecutar un acto jurídicamente relevante.

Por supuesto que este derecho subjetivo en sentido técnico, al igual que la obligación, no se ve, en la doctrina pura, como algo independiente de la norma jurídica que concede el poder jurídico especial: “...la esencia del derecho subjetivo, cuando es más que el mero reflejo de una obligación jurídica, se encuentra en el hecho de que una norma jurídica otorga a un individuo el poder jurídico de reclamar, mediante una acción, por el incumplimiento de la obligación”.<sup>333</sup>

Todo derecho estatuye obligaciones jurídicas, pero, en cambio, no sería función esencial del derecho objetivo la de otorgar derechos subjetivos en sentido técnico; para Kelsen, se trata de una técnica particular, específica de lo que designa como “orden jurídico capitalista”. Este orden garantiza la propiedad privada, atendiendo en forma muy especial al interés individual. Incluso dentro de tal orden, esta técnica sólo se emplea en algunas partes del ordenamiento, sobre todo en el llamado derecho privado, y no en otras; por ejemplo, el derecho penal, en el cual generalmente el proceso se pone en movimiento no a instancia del afectado, sino por un órgano que es el acusador de oficio. Nótese que nuestro autor parece identificar los conceptos de orden capitalista y orden que admite la propiedad privada, lo que nos parece una simplificación poco esclarecedora. Viene a sostener que la propiedad privada sería un simple producto de un determinado régimen económico, negándole —por cierto— todo fundamento natural.

La noción kelseniana del derecho subjetivo como poder jurídico, aunque se sitúa en la estática, nos remite inequívocamente a la dinámica, puesto que es una participación en la producción de normas individuales en aplicación de las generales. Es un caso de facultad concedida por las normas para intervenir en el proceso de creación del derecho. Ahora bien, este proceso se encamina a la ejecución de la sanción. No es otro el fin del derecho subjetivo en sentido técnico que nos describe Kelsen. De esta manera, la estática y la dinámica se hallan muy trabadas en el sistema kelseniano.

Una última advertencia: este tipo de derecho subjetivo se identifica con la acción judicial (aunque también menciona la existencia de un poder análogo en el ámbito administrativo). La identificación no consiste, empero, en convertir a la acción en una puesta en movimiento del derecho —como hacen las teorías civilistas de la acción procesal—, sino que significa convertir el derecho en pura acción procesal —sin distinguirlos tampoco, como

<sup>333</sup> *Ibidem*, n. 29d, p. 148.

es propio de las teorías procesalistas—. Esto se confirma por el hecho de que la apelación, según la *Teoría pura*, quedaría comprendida en el derecho subjetivo en sentido técnico. En definitiva, el derecho subjetivo como poder pertenecería exclusivamente al ámbito procesal, y, por tanto, público.

### 3. *Los derechos políticos*

Otra especie de derechos subjetivos son los derechos políticos. Se suelen definir como una autorización para influir en la producción de normas jurídicas generales, participando, así, directa o indirectamente en la formación de las leyes, lo que constituye una característica esencial de la forma democrática de Estado. Estos derechos, según el jurista de Viena, cumplen la misma función jurídica que los derechos subjetivos privados en sentido técnico, ya que ambos importan una participación de los sometidos al derecho en la producción de éste. También los titulares de derechos subjetivos privados participarían en la constitución de la voluntad estatal, o sea, del ordenamiento jurídico estatal, sólo que lo harían a nivel de normas individuales, como son las sentencias judiciales, y con el objeto de hacer valer un reclamo respecto a una obligación jurídica pendiente. Pero si se definieran los derechos políticos como autorizaciones para participar en la producción de normas jurídicas, sin restringir éstas a las de tipo general, entonces también los derechos subjetivos privados en sentido técnico, y el derecho de elegir órganos ejecutivos o judiciales, deberían ser conceptualizados como derechos políticos, en cuanto implican participar más o menos directamente en el proceso de autogénesis del derecho. Es apreciable la tendencia a unificar lo público y lo privado, absorbiendo esto último en aquello.

### 4. *Los derechos o libertades fundamentales*

Dentro de los derechos políticos se acostumbra incluir los derechos o libertades fundamentales que las Constituciones de los Estados modernos regulan: igualdad ante la ley, inviolabilidad de la propiedad, libertad personal, de opinión, de creencias, etcétera. Para Kelsen estos derechos o libertades fundamentales no son ni derechos reflejos ni derechos en sentido técnico; son meras disposiciones de la Constitución que prohíben dictar leyes contrarias a esas garantías, y que prevén un procedimiento mediante el cual las leyes que violen esta prohibición pueden ser anuladas. En particular, la igualdad garantizada por la Constitución significa, o que la ley no puede

establecer ciertas discriminaciones que la propia Constitución determina, o bien, implica simplemente igualdad ante la ley, o sea, el principio inmanente a todo derecho, según el cual el órgano de aplicación sólo puede tener en cuenta las desigualdades legalmente contempladas (en este caso, la lesión de esta igualdad no sólo sería inconstitucional, sino también ilegal). En cuanto a la inviolabilidad de la propiedad, viene a significar que las leyes expropiatorias sin indemnización pueden ser eliminadas por inconstitucionalidad. Para que existan estas garantías, Kelsen recuerda que es necesario que la Constitución no pueda ser enmendada mediante la legislación ordinaria, sino sólo por un procedimiento especial bajo condiciones más severas. Además, la Constitución no ofrece garantías verdaderas mientras no impida que ellas sean limitadas por ley. Sólo habría garantía aparente en fórmulas de este tipo: “Todos tienen derecho a expresar públicamente sus opiniones dentro de los límites legales”.

El derecho o libertad fundamental sólo constituiría un derecho subjetivo, en sentido técnico, del individuo, cuando el orden jurídico otorga al sujeto que es afectado por la ley inconstitucional un poder jurídico para iniciar, con una queja, el procedimiento tendiente a la supresión, para el caso particular o en general, de la ley inconstitucional.

Las anteriores afirmaciones, acordes con el radical positivismo kelseniano que no admite derechos o libertades fundamentales que trasciendan a las normas positivas, tienen, no obstante, un valor técnico desde el punto de vista de la articulación de mecanismos eficaces para la protección de esos derechos y libertades. El principal artífice de la Constitución de Austria, experto en técnica constitucional, pone en manos del legislador instrumentos muy valiosos en la defensa de los derechos humanos, como, por ejemplo, el recurso de inconstitucionalidad, del que nos ocuparemos más adelante.<sup>334</sup> Vale la pena indicar que estas observaciones pertenecen, más bien, a la teoría dinámica, que es donde el contacto de la *Teoría pura* con la realidad jurídica es más intenso.

##### 5. *El derecho subjetivo como permisión administrativa positiva*

En un nuevo párrafo, que sólo se inserta en 1960, se acoge otra clase de “derechos subjetivos” que existirían cuando el orden jurídico condiciona determinada actividad —por ejemplo, el ejercicio de una profesión— a la concesión u otorgamiento de una licencia, es decir, cuando se requiere una

<sup>334</sup> *Ibidem*, cap. IV, n. 31.

permisión administrativa positiva. De faltar este permiso, el ejercicio de esa actividad está prohibido. Por tanto, no es una mera permisión negativa, por cuanto ha de existir un acto positivo de un órgano de la comunidad, en cuya virtud el sujeto beneficiado por la licencia tiene el respectivo derecho. Kelsen destaca la importancia de esta institución en el derecho administrativo moderno.

## XIX. CAPACIDAD JURÍDICA. COMPETENCIA. ÓRGANO<sup>335</sup>

La capacidad jurídica, uno de los nuevos conceptos analizados en la segunda edición alemana, se encuadra en la función de facultar que pueden desempeñar las normas jurídicas. Aquí se emplea un sentido muy lato del término “facultar”, no restringido a la capacidad de producir normas, sino extendido a la posibilidad de realizar una conducta que sea condición directa o indirecta del acto coactivo (la consecuencia jurídica), o que constituya en sí misma la ejecución del acto coactivo. En todos estos casos estaríamos frente a una capacidad conferida por el orden jurídico. Así, dentro del concepto de capacidad se incluyen la capacidad delictual —de poder suscitar mediante el propio comportamiento una sanción—, y la capacidad de hecho —o sea, de producir otras consecuencias jurídicas (que, a su vez, serán condición, más o menos remota, del acto coactivo)—, como serían la capacidad procesal y la de contratar, o la de cumplir las obligaciones.

Se echará de ver la impronta kelseniana de este análisis técnico, siempre conectado con el esquema de la proposición jurídica condicional, y limitado a la descripción de las posibilidades que registran los ordenamientos positivos.

La teoría tradicional —ese complejo al que tan a menudo alude Kelsen, queriendo significar toda la ciencia jurídica que le ha precedido— distingue entre la capacidad jurídica y la competencia o jurisdicción (estos dos últimos términos serían sinónimos). La competencia sería propia sobre todo de los órganos comunitarios, especialmente judiciales y administrativos, en tanto la capacidad se referiría a las personas privadas. Kelsen, por el contrario, resalta el parentesco esencial que existe entre todas estas funciones en la medida en que implican producción de normas jurídicas. De modo que el contenido de la función de celebrar un negocio jurídico sería, en esencia, el mismo que el de la de dictar una sentencia, o promulgar una ley, o

---

<sup>335</sup> TP (2a. ed. al.), n. 30, pp. 157-168; TP (ed. fr.), pp. 111 y 112; TP (1a. ed. al.), n. 25d, pp. 88 y 89.

interponer un recurso de apelación. Cabría preguntarnos, a su vez, si con esto no se ocultan las diferencias, también esenciales, existentes entre esas actividades jurídicas.

A continuación trata extensamente de la noción de órgano jurídico. Da la siguiente definición: “Órgano de una comunidad es aquel individuo que ejerce una función que puede ser *atribuida* a la comunidad, función, pues, de la que se dice que la comunidad, pensada como una persona, la ejerce a través del individuo que actúa como su órgano”.<sup>336</sup> La esencia de la función orgánica consiste, por tanto, en una atribución de una actividad a la comunidad. El jurista vienés usa en este contexto la palabra *Zuschreibung*, y aclara que ya no emplea aquí el término *Zurechnung*, reservado para el enlace normativo entre la consecuencia jurídica y la condición jurídica —o sea, entre dos hechos— dentro de la proposición jurídica. En castellano, pensamos que lo más práctico es convenir en traducir *Zuschreibung* por “atribución”, y *Zurechnung* por “imputación”.<sup>337</sup>

En *Problemas capitales* se utilizaba *Zurechnung* tanto para la relación entre dos hechos como para referir un hecho a una comunidad. La doctrina kelseniana se centraba, como siempre, en la primera relación, la decisiva según la *Teoría pura*, pero en su elaboración sobre la voluntad del Estado como punto final de imputación —que servía para explicar la unidad del orden jurídico— recurría, evidentemente, al segundo sentido de *Zurechnung*. Ya en 1916, en *La ciencia jurídica como ciencia normativa o cultural*, desarrolló este segundo sentido más explícitamente, como atribución de un acto a una comunidad. Y denominó “imputación periférica” a la relación entre hechos, e “imputación central” a la que existe entre una función y la comunidad a la que se atribuye. Por fin, en la segunda edición en alemán recurre a otra expresión, *Zuschreibung*, para designar la imputación central.

Por encima de esta cuestión terminológica, interesa penetrar en el sentido de la *Zuschreibung* o atribución kelseniana. Decíamos que es atribución de un hecho o de una función a la comunidad. Pero ¿qué es la comunidad para la *Teoría pura*? Aunque la cita sea larga, conviene transcribir un pasaje en el que se explica este tema con suma claridad, tocando también otros aspectos fundamentales para la comprensión de gran parte de las conclusiones de la doctrina kelseniana que nos restan por exponer.

Después de formular su definición de órgano, continúa su explicación de la siguiente manera:

<sup>336</sup> TP (2a. ed. al.), n. 30c, p. 161. Cursivas en el original.

<sup>337</sup> Vernengo, en su versión castellana de TP (2a. ed. al.), se atiene a esta diferenciación, pero a veces los emplea como sinónimos, p. 97.

Hay en esto una ficción puesto que no es la comunidad, sino un individuo humano el que ejerce la función. La comunidad consiste en el orden normativo que regula el comportamiento de una multiplicidad de individuos. Se dice, por lo tanto, que el orden constituye la comunidad. Pero orden y comunidad no son dos objetos distintos. La comunidad formada por individuos —es decir, lo que esos individuos tienen en común— se reduce solamente al orden que regula sus comportamientos. La conducta de un individuo puede solamente ser atribuida a la comunidad constituida por el orden normativo —y ello significa, sin incurrir en ficción: ser referida al orden normativo constitutivo de la comunidad— cuando ese comportamiento se encuentra determinado, como condición o consecuencia, en ese orden normativo. Justamente es mediante la conducta del individuo atribuida a la comunidad, interpretada como acción de una comunidad, que la comunidad es representada como un sujeto actuante, como una persona. Es decir, la atribución de una función determinada por un orden normativo y cumplida por un individuo la comunidad constituida por ese orden, implica la personificación de esa comunidad. Pero, con todo, en esa atribución personificadora, no se expresa sino que la conducta atribuida a la comunidad está determinada por el orden normativo constitutivo de ella, y en este sentido latísimo, autorizada por ella. Atribuir un acto de conducta humana a la comunidad, no significa otra cosa sino referir ese acto al orden constituyente de la comunidad, pensar el acto como un acto autorizado por el orden normativo (en el sentido más amplio de la palabra). De ahí que cualquiera conducta de un individuo, determinada por el orden normativo, y autorizada por éste en ese sentido amplio, pueda ser atribuida a la comunidad constituida por el orden normativo, e interpretada como función de la comunidad; y todo individuo, cuya conducta el orden normativo determine, y, en ese sentido, esté autorizada por aquél —es decir, todo miembro de la comunidad— puede ser considerado como órgano de la misma. Un individuo es órgano de una comunidad en tanto y en cuanto cumple una conducta atribuible a la comunidad; y una conducta es atribuible a la comunidad cuando se encuentra determinada, como condición o consecuencia, por el orden normativo constitutivo de la comunidad. Este es el concepto primario, básico, de la función “órgano”, de la función orgánica en el sentido más amplio de la palabra. Y es el concepto de función orgánica —no el de órgano— el que capta, especialmente en el terreno de la ciencia jurídica, la situación objetiva esencial. En el concepto de órgano aparece el sujeto, o el “portador” de la función, es decir, el elemento personal de la conducta, que es quien cumple la función, función que, como toda conducta humana, está integrada por un elemento personal y un elemento material, involucrando así al elemento personal. El concepto de órgano, como portador de una función distinta del portador, es un concepto sustancial, y en cuanto tal utilizable con conciencia de que, desde el punto de vista del conocimiento científico, la sustancia se reduce a la función. En el concepto de órgano, como porta-

dor de la función, el elemento personal es escindido del elemento material, e independizado, aunque aquél esté inseparablemente ligado a éste. Sólo con esa advertencia puede recurrirse al concepto de órgano, como un concepto auxiliar destinado a facilitar la exposición del tema.<sup>338</sup>

En este texto es patente la influencia de dos concepciones filosóficas: el ficcionismo de Vaihinger y el funcionalismo de Cassirer. En Vaihinger se inspira Kelsen cuando cree descubrir ficciones en el campo jurídico. En 1919 publicó un artículo que se titulaba “Acerca de la teoría de las ficciones jurídicas. Con especial consideración de la filosofía del «como si» (*Als-ob*) de Vaihinger”.<sup>339</sup> Este filósofo, en quien confluyen influencias muy variadas —kantismo, positivismo y pragmatismo—, concibe el pensamiento como una “función orgánica operante según fines”, es decir, no como un quehacer teórico preocupado por la realidad objetiva, sino como un proceso de ordenación del material sensible para fines utilitarios. Sobre esta base enuncia su tesis central: todo conocimiento humano consiste en ficciones o esquemas orientadores, teóricamente contradictorios, en los que los datos sensibles son alterados por necesidades utilitarias. Distingue estas ficciones de las hipótesis, puesto que con éstas se intenta explicar la realidad y son verificables. En cambio, las ficciones serían falsedades conscientes que se justifican sólo por su utilidad. Se dividen en semificciones (*semifiktionen*), que sólo contradicen a la realidad, y ficciones propias (*Vollfiktionen*) que, además de contradecir a la realidad, son en sí mismas contradictorias. A esta última clase pertenecerían todos los conceptos éticos y religiosos. Dado que estos errores son útiles para la ciencia y la vida, Vaihinger sostiene que hemos de vivir y obrar como si fueran verdaderos. En frase célebre sintetizó así su doctrina: “La verdad es la utilidad mayor del error; y éste, una ficción inútil”.<sup>340</sup>

Como se ve, estamos ante una teoría sustancialmente pragmática. Su debilidad intrínseca radica en que si todo conocimiento humano es ficticio, entonces esta misma afirmación que acabamos de formular es una ficción. O, desde otro ángulo, ¿cómo se puede afirmar, aceptando el postulado de Vaihinger, que las ficciones son contradictorias con la realidad si ésta resulta incognoscible? Kelsen, sin embargo, tomó esta filosofía, que desempeñaría una importante función en su doctrina acerca del órgano y de la persona, y, por tanto, del Estado, lo mismo que en su concepción tardía de la norma

<sup>338</sup> TP (2a. ed. al.), n. 30c, pp. 161 y 162.

<sup>339</sup> *Cit.*

<sup>340</sup> Seguimos la exposición de Urdanoz, T., *op. cit.*, VI, pp. 260 y 261. La obra más famosa de Vaihinger es *Die Philosophie des Als-Ob. System der theoretischen, praktischen und religiösen Fiktionen der Menschheit auf Grund eines idealistischen Positivismus*, Berlín, 1911.



básica. Como explica Legaz,<sup>341</sup> la aplicación de la filosofía del “como si” a la teoría jurídica kelseniana es un tanto peculiar. Desde luego, interesa aclarar que no se trata de ficciones del derecho, sino de la ciencia jurídica. El fin de tales ficciones, según el jurista vienés, consistiría en conocer el objeto en su generalidad. De este modo, la comunidad sería una ficción personificadora del conjunto del ordenamiento jurídico. Mientras se sea consciente de que ese concepto no es más que una ayuda del pensamiento para abarcar las normas en su globalidad, puede utilizarse por la ciencia jurídica, pero en cuanto se desdoblara, pensando esa comunidad como algo real, distinto del orden normativo, habría de eliminarse como inaceptable para la ciencia. Kelsen no parece compartir el aprecio de Vaihinger por la utilidad de los “como si”; más bien, se empeña en identificarlos y desterrarlos de su disciplina, admitiéndolos, a lo sumo, como meros recursos mentales auxiliares que facilitarían la exposición. El ficcionismo kelseniano, más que expresión de pragmatismo en el modo de concebir la tarea del jurista, resulta ser un expediente para expulsar de la ciencia jurídica todo aquello que no se aviene con la pureza del método. Todos los objetos que el jurista encuentra a su paso, y que no son reducibles a pura norma, son descartados como ficticios. Ficcionismo y pureza metódica, hija del neokantismo, se armonizan perfectamente en la doctrina de Kelsen.

En el texto transcrito también se aprecia la oposición de nuestro autor frente al concepto de sustancia. Su antisustancialismo, que corresponde a un funcionalismo, en cuanto reduce la sustancia a función, procede de Cassirer,<sup>342</sup> autor que, si bien perteneció a la Escuela de Marburgo, poseyó características peculiares dentro de ella. Estudió atentamente los conceptos de sustancia y función, y adoptó una postura netamente funcionalista. La naturaleza o esencia del hombre, por ejemplo, no sería más que una definición funcional. Este elemento se engarza con facilidad en la síntesis kelseniana, en cuanto ésta concibe lo real como puramente empírico. Negando la sustancia como un concepto metafísico, se la sustituye por mera función, y ésta última se salva porque de algún modo se relaciona con nuestro conocimiento y sus leyes trascendentales. La función orgánica, por ejemplo, es mera atribución hecha por nuestra razón de un acto a un orden normativo. Tanto lo atribuido —el acto como objeto de una norma— como su término —el orden normativo— y, por supuesto, la misma atribución en cuanto operación intelectual, son entes de razón en el sentido de que sólo existirían

<sup>341</sup> Legaz y Lacambra, L., *Kelsen..., cit.*, pp. 216 y 217, con bibliografía de comienzos del siglo sobre este tema.

<sup>342</sup> Lo afirma Ebenstein, W., *op. cit.*, p. 44. Véase, Urdanoz, T., *op. cit.*, VI, pp. 97-99.

en nuestro entendimiento, sin que pudieran darse en la realidad. Las relaciones constitutivas del orden social, lo mismo que las existentes entre ese orden y quienes lo representan como órganos, son entendidas como meras conexiones lógicas, sin consistencia extramental. Es la herencia del nominalismo, negación de la relación real, que sólo ve relaciones de razón. En suma, se procede a una cuidadosa eliminación tanto de la sustancia como de la relación real, quedándose, de una parte, con meros acontecimientos fácticos, sensorialmente captables, y de otra, con una red de relaciones exclusivamente de razón, con las que la ciencia organizaría un material fenoménico según determinadas leyes o esquemas del pensamiento.

Con estas premisas ficcionistas y funcionalistas ya está delineada toda la teoría kelseniana de la persona en el derecho y, en consecuencia, del Estado en cuanto persona jurídica. Bastará con aplicarlas estrictamente para obtener las correspondientes nociones “puras”.

La función orgánica, es decir, la atribución de una función en el orden jurídico a la comunidad constituida por ese orden, aparece como una operación siempre posible —en tanto esa función se halle determinada por las normas positivas, lo que constituiría una condición indispensable para realizarla—, pero de ninguna manera tendría un carácter necesario. Por esta razón, es posible que los usos lingüísticos jurídicos expresen en unos casos esa atribución, y no en otros. Estaríamos frente a un problema de mera convención del lenguaje. Kelsen expone una serie de restricciones habitualmente presentes al hablar de las funciones orgánicas que impiden, por ejemplo, decir que los sujetos que son partes de un contrato son órganos de la comunidad, en circunstancias de que también en tal caso se reunirían, según él, todos los requisitos esenciales para la existencia de la función orgánica, en particular se daría una función determinada por las normas jurídicas. Por lo pronto, no se suele efectuar una atribución a la comunidad cuando se trata de conductas prohibidas, es decir, delitos. Además, sólo se acostumbra llamar “órgano” a un individuo cuando éste se halla calificado de alguna manera, existiendo, por tanto, una división funcional del trabajo. En todo orden jurídico existe un mínimo de esta división, en cuanto se establecen ciertas condiciones para realizar algunas funciones, por ejemplo, para contratar. Pero el concepto de órgano usualmente empleado es aún más restringido porque requiere un nombramiento del individuo que desempeña la función, y se agrega la exigencia de un estatus personal de funcionario. El libro describe minuciosamente estas convenciones lingüísticas a las que, sin embargo, no concede más relevancia que la de simples usos acostumbrados en el lenguaje jurídico.

No aparece, en consecuencia, ningún criterio objetivo esencial para distinguir aquellas funciones que se ejercen en nombre de la comunidad con respecto al resto de las funciones jurídicas. Una vez más, las fronteras entre lo público y lo privado han sido borradas, sencillamente porque las realidades correspondientes —los individuos reales y la comunidad real formada por ellos— no tienen entrada en la doctrina pura. Dentro de la esfera lógica del deber ser no parece que haya ningún elemento que permita diferenciar ambos ámbitos.

## XX. CAPACIDAD DE DERECHO Y REPRESENTACIÓN<sup>343</sup>

En la síntesis de 1960 se ha añadido el análisis de los conceptos de capacidad de derecho y representación. Como es habitual, primero se expone la doctrina tradicional que distingue entre capacidad de derecho —de tener derechos y obligaciones— y capacidad de hecho —de actuar—. Según esta teoría, habría quienes gozan de capacidad de derecho sin poseer la de hecho, por lo que han de actuar mediante representantes.

Kelsen rechaza este planteamiento. Basándose en su concepto de obligación jurídica, sostiene que para ser capaz de obligarse hace falta ser capaz de cometer un delito y, por ende, tener capacidad de hecho. En consecuencia, los niños y los enfermos mentales no serían titulares de obligaciones jurídicas. Tampoco serían sujetos de derechos. Si se trata de simples derechos reflejos, es al representante a quien le corresponde la disposición de las cosas o la recepción de las prestaciones debidas. Si consideramos el derecho como poder jurídico, también pertenecería al representante, pues él es quien ha de ejercitarlo. Sin embargo, tanto los derechos reflejos como los derechos subjetivos en sentido técnico deben ejercerse por el representante con una limitación: el interés del incapaz representado. Esta limitación sería el motivo por el que la teoría tradicional atribuye obligaciones y derechos a los incapaces de hecho.

La atribución de tales obligaciones y derechos al incapaz —por tanto, la institución de la representación legal— sería una ficción, es decir, una interpretación de la realidad en la que se ve al incapaz de hecho como si, a través de otro individuo, pudiera ser titular de obligaciones y derechos, celebrar negocios jurídicos, etcétera. Prescindiendo de esta ficción, las obligaciones y derechos han de atribuirse, según el autor, al representante legal

---

<sup>343</sup> TP (2a. ed. al.), pp. 168-174. Omitimos su enfoque de la representación convencional por no ser especialmente característico de la *Teoría pura*.

que debe actuar en interés del incapaz que representa; o bien, si por esta última limitación se rechaza tal interpretación habrían de considerarse como obligaciones y derechos sin sujeto.

Estas conclusiones dependen por entero de los conceptos de derecho y obligación que ya hemos expuesto, los que, a su vez, como hemos procurado mostrar, se basan en los presupuestos filosófico-jurídicos del sistema entero. De este modo, los presupuestos condicionan la solución de cuestiones en apariencia tan puramente técnicas como es la de los derechos y obligaciones de los incapaces de hecho. Kelsen llega a concluir que estos, en realidad, son también incapaces de derecho, negándoles la titularidad de derechos y obligaciones jurídicos. Y no es precisamente una cuestión baladí: piénsese, por vía de ejemplo, en que según la *Teoría pura*, carece de sentido defender un derecho a la vida de los no nacidos, por la sencilla razón de que no podrían tener ningún derecho.

El derecho se ha separado por entero de su sustrato ontológico —la persona humana—, y nunca se daría como algo realmente existente en un individuo, sino como mero reflejo de una norma positiva. El único correlativo real que Kelsen tiene en mente a la hora de atribuir ese reflejo a uno u otro sujeto es la capacidad de actuar, o sea, lo que empíricamente puede captarse en el ejercicio de un derecho. Por este motivo no concibe la existencia de derechos en titulares que, por no poseer el grado de madurez suficiente, no son capaces de ejercerlos conscientemente o reclamarlos. Mucho menos puede atribuirles obligaciones jurídicas. Sin embargo, pensamos que Kelsen es bastante consecuente en la medida en que extrema la noción del derecho como facultad, desvinculándola de su objeto real —la cosa debida—. <sup>344</sup> Centrando la noción de derecho en la misma cosa justa, se explica mucho más fácilmente por qué los incapaces de hecho pueden tener cosas realmente suyas, que los demás les deben, sin que puedan ejercitar la respectiva facultad de gozarlas, defenderlas o reclamarlas, que se hallaría en ellos en potencia. Incluso se percibe mejor, en esa perspectiva, cómo pueden ser esos incapaces titulares de obligaciones jurídicas, aunque no puedan cumplirlas por sí mismos, ya que, en virtud de la exterioridad y alteridad de lo jurídico, dichas obligaciones —que satisfacen el derecho ajeno—, pueden cumplirse realmente por medio de otra persona que actúa en su nombre.

<sup>344</sup> *Ibidem*, cap. VIII, n. 48b, donde ponemos precisamente este ejemplo para mostrar la primacía del derecho como *ipsa res iusta* sobre el derecho-facultad.

XXI. LA RELACIÓN JURÍDICA<sup>345</sup>

En la compleja temática de las relaciones jurídicas, nuestro autor, según su proceder acostumbrado, critica lo que llama doctrina tradicional, y propone otra de acuerdo con los cánones del método puro. Sólo expondremos lo nuclear de su planteamiento.

“Desde el punto de vista de un conocimiento orientado al derecho, es decir, a las normas jurídicas, sólo son considerados relaciones entre normas jurídicas producidas o aplicadas por individuos, o relaciones entre hechos determinados por normas jurídicas, pero no relaciones entre individuos”.<sup>346</sup> Por tanto, no hay relaciones entre sujetos de derecho —puesto que ellas, pensamos nosotros, habrían de concebirse como reales—, sino sólo entre normas, o bien entre hechos en cuanto determinados por normas. Un ejemplo de esta última clase de relaciones jurídicas sería la existente entre la conducta que consiste en el ejercicio del poder jurídico (la acción) y la conducta contra la cual se dirige la sanción (el delito): la primera se encaminaría, en virtud de lo normativamente dispuesto, al castigo de la segunda: serían dos condiciones de la sanción. En cambio, entre una obligación jurídica y el derecho subjetivo no habría relación porque no serían dos fenómenos distintos jurídicamente relevantes.

Critica la teoría según la cual la relación jurídica es una relación existente con independencia del orden jurídico, es decir, una relación que se daría en el material social y que recibiría del derecho sólo su determinación externa. La relación jurídica, dice Kelsen, no es un contenido disfrazado bajo una forma jurídica, sino que es la forma jurídica misma, que se configura mediante las normas. Así, por ejemplo, el matrimonio, como institución jurídica, sólo consistiría en un conjunto de normas positivas, porque las relaciones que implica serían constituidas por esas normas y en el fondo se reducirían a ellas.

Estas afirmaciones se limitan a la aplicación de la óptica normativista tan propia de la *Teoría pura*. Las relaciones jurídicas sólo ligarían unas normas con otras, ya que los hechos sólo cuentan en cuanto determinados por las normas. Incluso la crítica a la concepción de las relaciones jurídicas como algo real se efectúa desde la perspectiva de completa separación entre lo jurídico y lo real. Captar lo jurídico en la realidad contradiría el principio clave de incomunicación *Sein-Sollen*. La respuesta kelseniana al arduo pro-

<sup>345</sup> TP (2a. ed. al.), n. 32, pp. 174-178; TP (ed. fr.), pp. 118-120; TP (1a. ed. al.), n. 22, pp. 74-76.

<sup>346</sup> TP (2a. ed. al.), n. 32, pp. 175 y 176.

blema de las relaciones entre la realidad social y su estructura jurídica se resume en una tajante separación entre ambas, lo que no le impide considerar la eficacia como condición de la validez de las normas.

## XXII. SUJETO DE DERECHO. LA PERSONA<sup>347</sup>

La *Teoría pura* gusta de presentarse en contraste con doctrinas opuestas a ella. En su introducción al tema de la persona en el derecho, o sea, de los sujetos de derecho, polemiza con quienes consideran a la subjetividad jurídica como algo independiente del orden jurídico. Para Kelsen, el mismo concepto de sujeto de derecho no sería más que una modificación del de derecho subjetivo, entendido como algo prioritario respecto a la obligación y como preexistente al orden jurídico positivo. En el fondo, en tal concepto estaría latente una postura ideológica que defiende la propiedad privada.

Al margen de esta perspectiva, ya suficientemente tratada al hablar del derecho subjetivo,<sup>348</sup> queremos subrayar lo que constituye la esencia de la personalidad jurídica según Kelsen.

La doctrina tradicional define a la persona en derecho como sujeto de derechos y obligaciones, y distingue dos clases de personas: físicas o naturales —los individuos humanos— y jurídicas —otras entidades—. Veamos brevemente la crítica kelseniana de esta concepción hasta dar con lo que el autor, desde su obra temprana *El problema de la soberanía*,<sup>349</sup> considera una de las conquistas de la *Teoría pura*: la concepción unitaria de la personalidad jurídica.

Se dice que la persona “tiene” derechos y obligaciones. Tanto las personas físicas como las personas jurídicas aparecen como portadores de los mismos derechos. Ahora bien, Kelsen afirma que la persona “es” esas obligaciones y derechos. La persona “...es un conjunto de obligaciones jurídicas y derechos subjetivos, cuya unidad se expresa metafóricamente en el concepto de «persona»”.<sup>350</sup> Como los derechos y obligaciones se reducen a las mismas normas jurídicas que las otorgan o establecen, resulta que la persona viene a ser un conjunto de normas. Este es el concepto unitario de personalidad jurídica que la *Teoría pura* propone, válido tanto para las personas naturales

<sup>347</sup> TP (2a. ed. al.), n. 33, pp. 178-200; TP (ed. fr.), pp. 115-118; TP (1a. ed. al.), nn. 20-21, pp. 71-74. Véase también Campagnolo, Umberto, “La notion de «personne juridique» dans la Doctrine pure du droit”, *Revue Internationale de la Théorie du Droit*, 11, 1937, pp. 215-228.

<sup>348</sup> *Ibidem*, n. 18a.

<sup>349</sup> *Cit.*

<sup>350</sup> TP (2a. ed. al.), n. 33b, p. 183.

como para las tradicionalmente denominadas “personas jurídicas”. Como es lógico, Kelsen insiste en que la persona física o natural no es nada físico o natural —nada real—, sino que es persona jurídica, o sea, unidad de un conjunto de normas. Por eso suele entrecomillar el calificativo de “jurídicas” con que se distinguen las personas no naturales: para él, toda persona en derecho sólo puede ser persona jurídica.

En la realidad, el autor no percibe sino acciones y omisiones realizadas por individuos concretos. Tales acciones y omisiones interesan a la ciencia pura del derecho sólo en cuanto se hallan determinadas por las normas jurídicas. Por tanto, no importarían en absoluto los individuos en cuanto tales, es decir, en sus dimensiones no reducibles a lo puramente jurídico. De esas dimensiones, Kelsen sólo acepta una como real: la empírica, accesible a nuestros sentidos. Las demás, y en primer término el concepto ontológico de persona con todas sus consecuencias, serían productos ideológicos. Pero sea que las considere como reales o ideológicas, la pureza metódica total le exige prescindir de ellas. De ahí que la persona termine siendo norma o conjunto de normas. En cuanto este orden normativo se concibe de modo personalizado, incurriríamos en una ficción, utilizable sólo si se es consciente de ella, como mero concepto auxiliar; ilegítima si se mira como una sustancia, en lugar de repararse en su condición de pura función normativa. Ficcionalismo y funcionalismo, dos elementos filosóficos que ya hemos expuesto,<sup>351</sup> completan la visión kelseniana de la personalidad jurídica.

Respecto a las personas físicas, Kelsen piensa que su característica distintiva reside en que el complejo de normas en que consistiría toda persona, encuentra su unidad en el hecho de que esas normas obligan y facultan a uno y el mismo hombre. El contenido de esas obligaciones y derechos es la conducta de un solo hombre. “La denominada persona física es, por lo tanto, no un hombre, sino la unidad personificada de las normas jurídicas, que obligan o facultan a uno y el mismo hombre”.<sup>352</sup> Por esta razón, la persona física sólo sería una construcción jurídica. Si pertenece al mundo del *sollen*, debe haberse depurado de todo lo que pudiera contaminarla con el *sein*. Sin embargo, obsérvese que la referencia a la realidad natural de un hombre termina siendo inevitable si se desea distinguirla de otras construcciones jurídicas.

Las personas jurídicas, distintas de las naturales, se conciben según el mismo esquema normativista. Kelsen examina sobre todo las asociaciones (*Körperschaft*) como caso típico de entidades a las que el orden jurídico im-

<sup>351</sup> *Ibidem*, n.19.

<sup>352</sup> TP (2a. ed. al.), n. 33b, p. 184.

pone obligaciones y otorga derechos que no pertenecerían a los hombres que las constituyen, sino a la asociación misma entendida como persona jurídica. También aquí hay un complejo de normas, un orden jurídico, que ficticiamente se personifica. La diferencia con las personas físicas estribaría en que este orden regula la conducta no de un solo individuo, sino de una pluralidad de hombres. Esta concepción, por lo demás, se aplica tanto a las asociaciones y otras entidades inferiores al Estado —que serían órdenes jurídicos parciales dentro del orden estatal— como al mismo Estado y a la comunidad internacional, que no serían otra cosa que personificaciones de órdenes jurídicos.

En la persona jurídica, con más facilidad que en la persona física, Kelsen sólo capta, de una parte, conducta humana de sujetos individuales regulada por normas, y de otra, una articulación de esa conducta desde el punto de vista de un orden jurídico parcial.

En su bastante extenso tratamiento sistemático de las personas jurídicas distingue dos aspectos: la actuación de ellas y su titularidad de derechos y obligaciones. En cuanto a la actuación, siempre nos encontramos con la actividad de un hombre determinado que es atribuida a la persona jurídica. De nuevo es éste un problema de atribución (*Zuschreibung*) igual que el ya visto a propósito de la noción de órgano en general.<sup>353</sup> En la asociación existe un orden jurídico particular —los estatutos—, que es constitutivo de la misma, y también hay, generalmente, una organización con división del trabajo. De esta suerte, se dan todas las condiciones para atribuir una conducta a la agrupación —en cuanto que esa conducta está determinada por el respectivo orden jurídico— y representarse a la asociación como persona activa. Pero no puede hipostasiarse lo que no sería más que un recurso mental.

En segundo lugar, se considera a la persona jurídica como sujeto de obligaciones y derechos. Habitualmente se distinguen las obligaciones y derechos de la asociación —sean establecidos por el orden jurídico estatal (externos) o por el propio estatuto social (internos)— de los que corresponden a sus miembros. Kelsen impugna este enfoque fundándose en que las obligaciones y derechos siempre corresponden a los individuos, puesto que las primeras sólo se cumplen mediante comportamientos humanos, y los segundos sólo pueden ejercerse a través de conductas igualmente humanas. En consecuencia, cuando se dice que el orden jurídico estatal impone obligaciones u otorga derechos a una persona jurídica, lo que acontecería es que ese orden determina únicamente el elemento material (el qué) de la conducta que es contenido de la obligación o derecho, dejando la determi-

<sup>353</sup> *Ibidem*, n. 19.



nación del elemento personal (el quién), es decir, del hombre que cumplirá la obligación o ejercerá el derecho, al orden jurídico parcial, que son los estatutos de la persona jurídica. En cambio, dice el autor, cuando el orden jurídico estatal se refiere a una persona física, determina a la vez el elemento personal y el material. Por otra parte, cuando se trata de obligaciones y derechos estatuidos por los mismos estatutos, éstos regulan también los dos elementos. Y, añadiríamos nosotros, ¿no es factible que el orden estatal determine también el elemento personal cuando se trata de personas jurídicas? Lo decisivo, en todo caso, es que los obligados o facultados vendrían a ser siempre los mismos individuos, ya sea de modo inmediato o mediato. Pueden ser atribuidas esas obligaciones y derechos —de modo ficticio— al orden jurídico en que consiste la persona jurídica, en la medida en que ese orden —los estatutos— determina la conducta, o al menos su elemento personal. Se trata de una mera operación intelectual, posible y no necesaria que, por tanto, siempre sería discrecional o, mejor, convencional. Por lo demás, también sería posible una atribución común a los miembros de la asociación, más realista, pero asimismo ficticia.

En la segunda edición en alemán Kelsen aplica más en detalle esta doctrina a diversos problemas en torno a la persona jurídica: su capacidad de obligarse y de delinquir, su responsabilidad —que concibe como por el hecho ajeno, cometido por el órgano—, y sus derechos subjetivos. Y termina reafirmando que la persona jurídica, igual que la persona natural, es una construcción de la ciencia del derecho, no del derecho mismo, ni menos es algo perteneciente a la realidad social. Evidentemente, la actividad creadora del derecho se puede servir de estas construcciones científicas. De esta manera, cuando el orden jurídico “concede personalidad jurídica”, sólo querría decir que establece obligaciones y derechos cuyo contenido es la conducta de seres humanos que son los órganos o miembros de la asociación constituida por los estatutos. Esta compleja situación puede ser descrita con ventaja, de modo relativamente más sencillo, mediante el concepto de persona jurídica. En fin, advierte Kelsen que cuando se distingue entre asociaciones con personalidad jurídica y otras que carecen de ella, se utilizaría un concepto más estricto de persona jurídica —también creado por la ciencia del derecho—, reservado para los casos en que el derecho dispone que los miembros sólo responden con el patrimonio colectivo —responsabilidad limitada— o responden con él en primer término.

Repetidas veces se ha alabado esta construcción teórica como un logro de primera magnitud. Ciertamente, se trata de un esfuerzo significativo por captar jurídicamente un tema tan debatido. Nos parece que la personalidad jurídica es formalmente una construcción técnico-jurídica. Pero todo el

análisis de la doctrina pura acaba en la negación de la personalidad jurídica tal cual se entiende habitualmente, ya que no admite titulares de derechos y obligaciones distintos de los individuos. A esta negación le impele su empirismo, que le torna incapaz de captar en la realidad lo que constituye el sustrato ontológico de las personas jurídicas: las relaciones humanas reales, que se dan en función de objetivos comunes que requieren la cooperación entre los hombres y una peculiar organización. Estas relaciones no son entidades de razón: pertenecen a la realidad y contienen en sí un núcleo de juridicidad anterior al derecho positivo. Esas situaciones reales exigen un tratamiento diferenciado donde se acentúe la independencia de la organización respecto a sus miembros, en vista de su práctica operatividad jurídica. Para esto pueden emplearse fórmulas jurídicas muy variadas, entre ellas la de persona jurídica. La personalidad jurídica se nos presenta como una formalización jurídica en cuya gestación puede haber influido la ciencia jurídica, pero en cuanto establecida positivamente no es ya mero recurso intelectual científico, sino que modifica la misma realidad reglada. Por otra parte, esa formalización no puede desconectarse de su base real, que fundamenta y condiciona toda configuración positiva de esta materia.

Estimamos que la tarea del jurista a nivel científico-técnico debería concentrarse aquí en el análisis de la utilidad práctica de instrumentos técnicos tan valiosos como la personalidad jurídica, al servicio de la implantación de un orden justo en la realidad misma.<sup>354</sup> En fin, respecto a la persona física, aunque es claro que ha de conceptualizarse jurídicamente en el ámbito de la ciencia del derecho, como explicaremos más tarde, su concepto jurídico no puede separarse del ser real de la persona humana. Por otra parte, nos parece acertado que, a nivel científico-técnico, se utilice un concepto unitario de persona jurídica, como una clase determinada —específicamente formalizada— dentro de la noción, también técnica, de sujeto de imputación de las diversas situaciones jurídicas.

### XXIII. LA TEORÍA DEL DERECHO COMO ANÁLISIS ESTRUCTURAL DEL DERECHO POSITIVO<sup>355</sup>

El método utilizado por Kelsen a lo largo de toda la estática jurídica ha sido siempre el mismo. Comienza por las definiciones tradicionales, generalmente

<sup>354</sup> Acerca de la persona jurídica en la ciencia del derecho, véase Castro, Federico de, *La persona jurídica*, Madrid, Civitas, 1981.

<sup>355</sup> TP (2a. ed. al.), n. 33g, pp. 199 y 200; TP (ed. Fr.) pp. 132-134; TP (1a ed. al.), n. 26, pp. 92-94.

expuestas en forma muy somera; las examina a la luz de sus presupuestos, achacándoles normalmente ocultas motivaciones ideológicas, y acaba reinterpretándolas en función de su concepción de lo jurídico. Los conceptos que mejor parados salen vienen a ser simples aspectos de la norma. El resto queda en la condición de ficciones y meros conceptos auxiliares.

En el párrafo conclusivo de este capítulo, Kelsen señala que su teoría consigue superar la actitud subjetivista hacia el derecho, que tiende a considerarlo desde el punto de vista de los intereses de las partes. La *Teoría pura*, por el contrario, sería plenamente objetivista y universalista. Apunta a la totalidad del derecho, entendido como un orden. Concibe cada fenómeno particular sólo en su relación sistemática con los demás, viendo en cada parte del derecho la función del todo jurídico. Todos los problemas jurídicos serían así planteados y solucionados como problemas del orden jurídico. “La teoría del derecho se convierte así en el análisis estructural más exacto posible, liberado de todo juicio de valor ético o político, del derecho positivo”.<sup>356</sup>

La conclusión de todo este análisis estático es muy sencilla: todo lo jurídico se reduce a norma positiva. Este es el principio explicativo que guía al autor en la diversidad de los problemas jurídicos. Todo lo no transformable en norma queda al margen de la ciencia jurídica. Y esta suerte le toca, ante todo, al gran protagonista del derecho: el hombre.

## *Sección II: Dinámica jurídica*

### XXIV. LA NORMA BÁSICA O FUNDAMENTAL (*GRUNDNORM*)<sup>357</sup>

#### *1. Introducción del elemento dinámico en la Teoría pura*

Junto a la estática jurídica, la *Teoría pura* contiene una dinámica en la que estudia el proceso jurídico de producción y aplicación del derecho, o sea, el derecho en movimiento. Con ello, sin embargo, no salimos fuera de las normas, ya que los actos por los que se produce y se aplica el derecho sólo interesan aquí en cuanto constituyen el contenido de normas jurídicas. Por tanto, también la teoría dinámica del derecho tiene por objeto el análisis de normas jurídicas, aquellas que regulan la génesis del derecho.

La introducción de la nomodinámica, como perspectiva complementaria de la nomoestática, constituye, en nuestra opinión, la mayor muta-

<sup>356</sup> TP (2a. ed. al.), n. 33g. p. 200.

<sup>357</sup> TP (2a. ed. al.), n. 34, pp. 200-232; TP (ed. fr.), pp. 135-146; TP (1a. ed. al.), nn. 27-30, pp. 94-107.

ción experimentada por la doctrina kelseniana. En *Problemas capitales* sólo aparecía la estática, aunque se insinuaba la posibilidad de la dinámica.<sup>358</sup> Al inicio de su carrera, Kelsen pensaba que la producción del derecho era una cuestión metajurídica y no había alcanzado la concepción de los actos jurídicos singulares como normas jurídicas individuales, de modo que la implantación e individualización del derecho también eran considerados como algo fuera del derecho —constituido sólo por las normas generales— que no podría ser objeto de la ciencia jurídica. Sin embargo, se reconocía que la voluntad del Estado también se manifestaba a través de actos individuales.<sup>359</sup>

¿Cómo se incorporó a la doctrina kelseniana el elemento dinámico? Nos parece que fue decisivo el tema de la unidad del orden jurídico. Al principio esta unidad se atribuía a la voluntad del Estado como punto final de imputación. Pero la unidad se fundaba así en un elemento ficticio y no explicaba los problemas de producción y aplicación de las normas. La nomodinámica fue apareciendo poco a poco como la base de la unidad del ordenamiento. Ya en 1913 hablaba del devenir de la norma,<sup>360</sup> y la norma básica haría su aparición al año siguiente en *Reichsgesetz und Landesgesetz nach der österreichischen Verfassung*,<sup>361</sup> siendo más ampliamente expuesta en *El problema de la soberanía* (1920).<sup>362</sup> En el prólogo a la segunda edición de *Problemas capitales* (1923) deja constancia de esta nueva perspectiva, que se abre en la *Teoría pura*,<sup>363</sup> y alude a una serie de artículos de Merkl, publicados entre 1917 y 1923, que influyeron determinadamente en esta materia, hasta el punto de que Kelsen calificó a su discípulo, como decíamos, de “cofundador” de la *Teoría pura*. A partir de entonces, el elemento dinámico cobra una siempre creciente importancia dentro del sistema, hasta ser probablemente lo más conocido de toda la doctrina. La famosa *Stufenbautheorie* (teoría de la construcción escalonada), aunque procede originariamente de Merkl, se ha difundido por todas partes como aspecto muy apreciado dentro de la doctrina kelseniana. Se le dan diversas denominaciones: teoría de la construcción escalonada del orden jurídico, o de la pirámide jurídica, o de la estructura

<sup>358</sup> *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (2a. ed.), cit., pp. 491 y ss.

<sup>359</sup> Losano, M. G., *Saggio introduttivo*, cit., pp. XXIV y ss.

<sup>360</sup> En su artículo “Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft”, cit.

<sup>361</sup> En *Archiv des öffentlichen Rechts*, 32, 1914, pp. 202-245, 390-438.

<sup>362</sup> Cit., pp. 99 y ss.

<sup>363</sup> *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (2a. ed.), cit. pp. 12-16. Véase también la abundante producción bibliográfica de Merkl en Métall, R. A., *Hans Kelsen, Leben und Werk*, cit., pp. 188 y 189.

jerárquica del ordenamiento. Dentro de ella ocupa un lugar relevante la teoría de la norma básica o fundamental (*Grundnorm*), siempre asociada inmediatamente al nombre de Kelsen. La norma básica constituye la piedra angular de toda la construcción.

El derecho tendría la peculiaridad de regular su propia producción. De ahí que una norma vale jurídicamente en tanto ha sido producida en la forma determinada por otra norma. Esta relación puede representarse mediante la imagen espacial de la supra y subordinación: la norma que regula la producción es superior; la norma producida conforme a esa determinación es inferior. El orden jurídico no sería un sistema de normas situadas en un mismo plano, sino una construcción escalonada de diversos niveles de normas. Su unidad está configurada por la relación resultante de que la validez de una norma reposa en la de otra hasta arribar a la *Grundnorm*.

La dinámica se introduce para responder al problema de la unidad del orden jurídico compuesto por una multiplicidad de normas. Al mismo tiempo, se atiende a otra cuestión que, en la mente del creador de la *Teoría pura*, aparece muy ligada a la de la unidad: la concerniente al fundamento de validez del derecho. Ambas interrogantes encontrarían en la nomodinámica una respuesta propiamente jurídica. El tema de la producción y aplicación del derecho deja de estimarse como algo meta jurídico y pasa a verse como algo jurídico, en cuanto regulado por normas. Esta sería la “autogénesis del derecho”.

Aparte de intentar solucionar los problemas de la unidad y del fundamento de validez, la *Teoría pura*, al incluir esta perspectiva dinámica, ha dado un paso importante de acercamiento a la realidad jurídica. En efecto, se parte de la comprobación de datos reales de los ordenamientos positivos: en ellos hay normas de diverso nivel que se subordinan entre sí; el problema de la producción de normas es materia de la regulación de las mismas normas positivas. La novedad de la *Teoría pura* no se encuentra en el descubrimiento de la jerarquía normativa, idea muy antigua en la vida del derecho, de la cual otros juristas, como Bierling, se habían ocupado ya ampliamente. Lo peculiar de la *Teoría pura* es la función que atribuye a esa jerarquía, tratándola de acuerdo con su enfoque formalista y en función de los problemas de la unidad y el fundamento de validez del derecho. De todos modos, pensamos que este capítulo de la *Teoría pura*, como se abre más a la vida práctica del derecho, es susceptible de recibir múltiples aplicaciones concretas, sobre todo en orden a asegurar una efectiva jerarquización entre las normas.

## 2. *La norma básica o fundamental como fundamento de validez de un orden normativo*

Si se concibe al derecho como un orden normativo, cabe preguntarse qué funda la unidad de la multiplicidad de normas y, en estrecha relación con esa interrogante, indagar cuál es el fundamento de validez de una norma, o sea, en qué se apoya su obligatoriedad o deber ser.

*El fundamento de validez de una norma sólo puede encontrarse en la validez de otra norma.* Esta tesis es un corolario de la separación entre ser y deber ser. Kelsen describe en estos términos lo que llama “silogismo normativo”, que expresa lógicamente la fundamentación de una norma en otra: la premisa mayor dice que debe obedecerse a tal autoridad (este enunciado deóntico expresa la *conditio per quam*); la premisa menor contiene el hecho de haber sido establecida una norma por esa autoridad (se trata de un enunciado fáctico, que recoge una *conditio sine qua non*); la conclusión es la norma cuyo fundamento de validez está expresado por la premisa mayor. En *Teoría general de las normas* matiza esta doctrina; como no cabría deducir la norma individual de la general, ya no habla de “silogismo normativo”, pero conserva la teoría de la fundamentación de la validez de una norma en otra norma, lo que sería expresado por medio de un “silogismo teórico”.<sup>364</sup>

Así, una norma siempre se basa en otra superior, según este esquema. Pero como en la búsqueda del fundamento de validez de una norma no puede proseguirse al infinito, hay que concluir en una norma última, suprema, que no es puesta —si lo fuera, habría que buscar, a su vez, su fundamento en otra norma—, sino presupuesta. Esta es la *Grundnorm*, traducida al castellano como “norma básica o fundamental”.<sup>365</sup> Esta norma fundamental sería la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un orden jurídico, y es lo que constituiría su unidad.

Kelsen distingue, según la índole del fundamento de validez, dos tipos diferentes de sistemas de normas: un tipo estático y otro dinámico. En el tipo estático, las normas se derivan mediante una inferencia lógica de lo

<sup>364</sup> *Allgemeine Theorie der Normen*, cit., pp. 203 y ss.

<sup>365</sup> Vernengo propone llamarla “norma fundante” con el objeto de evitar la connotación de importante que la palabra “fundamental” tiene en castellano, y para disminuir la tentación de confundirla con la Constitución positiva de un Estado (TP (2a. ed. al.), nota del traductor, p. 358). Preferimos atenernos al uso más extendido y hablar, por tanto, de “norma básica o fundamental”. Nadie negará la importancia de la *Grundnorm* en la *Teoría pura*, por lo que no parece haber necesidad de evitar esa connotación. Además, el adjetivo “fundante” puede aplicarse a toda norma en cuanto es superior respecto a otra, y no sería exclusivo de la norma suprema y última.

general a lo particular, y, por consiguiente, valen por su contenido. La norma fundamental de un orden estático prestaría a la vez el contenido y el fundamento de validez de las normas. Ejemplo de sistema estático sería la moral. Así, de la norma “se debe amar al prójimo”, se deducirían múltiples normas: “no se le debe ocasionar mal” y, más en especial, “no se debe matarlo ni herirlo”, etcétera. Pero una norma suprema de esta clase, dice Kelsen, debiera ser evidente, ya que de no serlo, tendría que fundarse en otra norma. Y para nuestro autor no existen normas evidentes conocidas por la razón: ellas provienen siempre de actos de voluntad empíricos. Por tanto, las normas de la moral también tendrían como fundamento último una norma presupuesta, según la cual habría que comportarse conforme a una autoridad sobrehumana o de acuerdo con la costumbre. Como esta norma fundamental no proporciona el contenido de la regulación, incluso en el orden moral se haría presente el elemento dinámico conforme al cual la *Grundnorm* sólo establece la forma de implantar las normas. Las normas pertenecen a un orden dinámico en cuanto han sido producidas de conformidad con la norma básica, no por su contenido. El contenido sería determinado por las autoridades facultadas para dictar normas. Kelsen advierte que, como en el caso visto de la moral, los dos principios —estático y dinámico— pueden estar presentes en un mismo sistema normativo.

Dentro de esta tipología, el sistema normativo jurídico tendría esencialmente un carácter dinámico. Por ende, una norma jurídica no valdría por su contenido sino por haber sido producida de acuerdo con la norma fundamental. “*De ahí que cualquier contenido que sea, puede ser derecho*”.<sup>366</sup> La *Grundnorm* del orden jurídico no es una norma material a partir de la cual se deducen normas. Éstas tienen que ser producidas por actos particulares de imposición. Son normas impuestas, vale decir, positivas.

La *Grundnorm* es el punto de partida del proceso de la producción del derecho positivo. Ella misma no es impuesta, sino supuesta. Kelsen diferencia nítidamente la norma básica como “constitución en sentido lógico-jurídico” de la “constitución en sentido jurídico-positivo”, lo que se llama normalmente la Constitución de un Estado.<sup>367</sup> La *Grundnorm* es el fundamento de validez de la Constitución y de todas las demás normas de un orden positivo.

Primeramente, nuestro autor aplica esta doctrina a los órdenes jurídicos estatales, haciendo abstracción del orden jurídico internacional. Cuando examinemos el derecho internacional, señalaremos de qué forma la *Stu-*

<sup>366</sup> TP (2a. ed. al.), n. 34c, p. 205. Las cursivas son nuestras.

<sup>367</sup> Por vez primera apareció esta distinción en Verdross, A., “Zum Problem der Recht-sunterworfenheit des Gesetzgebers”, *Juristische Blätter*, 1916, pp. 471 y ss.

*fentheorie* recibe aplicación.<sup>368</sup> En el orden nacional, el proceso lógico que conduce a la norma básica suele ser el siguiente: tenemos un acto coactivo —no se olvide la definición del derecho como norma coactiva—; su fundamento se halla en una norma jurídica individual (por ejemplo, una sentencia judicial), la cual se ha dictado de conformidad con una norma general, como puede ser una ley. Esta ley encuentra su apoyo en la Constitución, y ésta última, a su vez, o bien es la primera Constitución histórica (o ha sido implantada revolucionariamente, lo que sería equivalente), o a su turno, remite a una primera Constitución, de la cual provendría por vía de enmiendas. Si se renuncia a referir la validez de esta primera Constitución histórica a una norma establecida por la naturaleza o por Dios, entonces nos veríamos precisados a dar con algo presupuesto, que ha de ser una norma que permita interpretar el sentido subjetivo de todas las normas de un orden como su sentido objetivo. Dado que el derecho es, según Kelsen, un orden coactivo, nuestro autor propone, entre otros, el siguiente enunciado de la norma básica: “...los actos coactivos deben realizarse bajo las condiciones y en la manera que estatuyen la primera constitución histórica del Estado y las normas impuestas de conformidad con ella (en forma abreviada: uno debe comportarse como la constitución lo prescribe)”.<sup>369</sup>

La teoría de la norma fundamental, como toda la nomodinámica, pretende sobre todo entregar una solución al problema del fundamento de validez de las normas y de su unidad. Esta doctrina resulta de la confluencia de los siguientes elementos: la separación *Sein-Sollen*, con su consiguiente formalismo; el punto de vista dinámico en el análisis del derecho, y el principio aristotélico de que no cabe remontarse al infinito en una serie de causas. En virtud de la incomunicación entre el ser y el deber ser, no es posible, en la *Teoría pura*, fundamentar la validez de las normas en la realidad de un orden natural. Al mismo tiempo, tampoco cabe negar el problema de la validez, puesto que ello equivaldría a diluir el *Sollen* en el *Sein*, al dejar sin respuesta la pregunta del porqué del deber ser. La fundamentación de éste sólo podría situarse en una norma, pero como el problema se plantea respecto a toda norma positiva, es menester postular una norma no positiva.

La esencia de la norma básica en Kelsen queda así suficientemente descrita. Kelsen, no obstante, evolucionó en el modo de concebirla, aunque la esencia nos parece que permaneció incólume.

En *El problema de la soberanía* se conceptualiza como una aplicación del principio de la economía del pensamiento de Mach. Según este filósofo, tal

<sup>368</sup> *Ibidem*, cap. V, n. 38.

<sup>369</sup> TP (2a. ed. al.), n. 34c, p. 208.



principio debe regir la elaboración conceptual de la experiencia, reuniendo la rica variedad de las sensaciones referentes a un objeto en conceptos cada vez más universales. El hombre clasificaría los hechos mediante conceptos, y la ciencia sustituiría a la experiencia por representaciones mediante las cuales se haría más fácil manejar la misma experiencia.<sup>370</sup> Kelsen quiere llevar a cabo una economía del valor en el ámbito jurídico: así como los científicos de la naturaleza han de explicar la mayor cantidad posible de datos concretos con la más simple formulación posible, la *Grundnorm* debería comprender la mayor cantidad posible de *Sein* como conforme al *Sollen*, reduciendo así lo más posible la tensión *Sein-Sollen*, a la que aludiremos al tratar las relaciones entre la validez y la eficacia.

Por otra parte, Kelsen tiende a enfocar la norma básica como un presupuesto del conocimiento jurídico. Este punto de vista, aportado ya por su discípulo Pitamic en 1917,<sup>371</sup> se combina al comienzo con la anterior perspectiva de la economía del valor, pero a la larga primará sobre ella hasta desplazarla por completo. “Con la teoría de la norma fundamental —dice Kelsen en la primera edición de la *Teoría pura*— la «Teoría Pura del Derecho» sólo intenta poner al descubierto, mediante un análisis del proceder efectivo, las condiciones lógico-trascendentales del método del conocimiento positivo del Derecho que se practica desde tiempo inmemorial”.<sup>372</sup> A la vez se la califica de fundamento hipotético en el sentido de que “Bajo la suposición de que ella vale, vale también el orden jurídico que sobre ella descansa”.<sup>373</sup> Sólo con ese supuesto podría interpretarse el material empírico que se ofrece al jurista como un sistema de normas jurídicas, y no como un mero agregado de hechos.

En la edición de 1960 se le denomina “presupuesto lógico-trascendental”, conforme al cual es posible interpretar el sentido subjetivo de los actos jurídicos como su sentido objetivo, es decir, como normas jurídicas objetivamente válidas. Conecta expresamente esta doctrina con la teoría kantiana del conocimiento, pero contadas veces la califica de hipótesis, denominación que al fin abandonará del todo, quizá porque normalmente se asocia una hipótesis con la posibilidad de verificación en los hechos, que, tratán-

<sup>370</sup> La doctrina de Mach se contiene sobre todo en su libro *Erkenntnis und Irrtum* (*Conocimiento y error*), Leipzig, 1905. Urdanoz, T., *op. cit.*, V, pp. 396-399. Muy semejante a la postura de Mach es la de Avernarius.

<sup>371</sup> Pitamic, Leonidas, “Denkökonomische Voraussetzungen der Rechtswissenschaft”, *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 3 (1917), pp. 339-367 (incluido en Méall, R. A. (ed.), 33 *Beiträge, cit.*).

<sup>372</sup> TP (1a. ed. al.), n. 29, p. 100.

<sup>373</sup> *Ibidem*, n. 29, p. 99.

dose de la norma básica, entendida como supuesta por el pensamiento, no tiene sentido. Sin embargo, Kelsen es cada vez más consciente de que la norma fundamental no es el producto de una libre invención del jurista, sino que está condicionada por la existencia de un orden jurídico eficaz. No hay opción, por ende, entre diversas normas básicas, ya que la *Grundnormen* se refiere a unas normas positivas bien determinadas. La función de la norma básica sería la de permitir que se considere a un orden coactivo eficaz como válido, es decir, consistiría en conferirle el último fundamento de su validez. El material jurídico viene ya dado, con independencia del jurista; éste supone la *Grundnorm*, con el fin de interpretar ese material como derecho válido. De nuevo, la realidad jurídica se va imponiendo en la construcción del jurista de Viena.

En la segunda edición alemana, la norma fundamental aparecía como una norma pensada. Como no es el sentido subjetivo de un acto de voluntad de ninguna persona y, como por otro lado, es imprescindible para fundamentar la validez objetiva de las normas, Kelsen la concebía como una norma meramente pensada, no querida. Tres años más tarde ya descartaba esta doctrina: “La he abandonado al comprobar que una norma (*Sollen*) debe ser el correlativo de una voluntad (*Wollen*). Mi norma básica es una norma ficticia basada en un acto de voluntad ficticio. En la norma básica se concibe un acto de voluntad ficticio que realmente no existe”.<sup>374</sup> Un año más tarde insiste en que es una ficción, en el sentido de la filosofía del “como si” de Vaihinger, porque al pensar la norma básica hay que pensar, simultáneamente, en una autoridad imaginaria cuyo acto ficticio de voluntad tiene como sentido a la norma básica.<sup>375</sup> Similar doctrina sienta en la *Teoría general de las normas*.<sup>376</sup>

Estos vaivenes en la concepción de la *Grundnorm* no afectan a su núcleo. Como siempre, Kelsen oscila y busca compaginar el neokantismo con el empirismo positivista, manteniéndose, en todo caso, alejado de la metafísica. Acaba concibiendo a la norma básica como una ficción, con lo que pone al descubierto toda la flaqueza de la teoría.<sup>377</sup> El acto de voluntad que creara esa norma debería existir —para concebir el orden jurídico como válido—, pero de hecho no existe. Es importante reconocer, más claramente

<sup>374</sup> Kelsen, H., *Die Grundlage der Naturrechtslehre*, cit., pp. 199 y ss. Cursivas en el original.

<sup>375</sup> Kelsen, H., “Die Funktion der Verfassung”, *Verhandlungen des Zweiten österreichischen Juristentages*, Viena, Manz, 1964, II (7), pp. 65-76 (incluido en Klecatsky, H. et al., *op. cit.*, II, pp. 1971-1979).

<sup>376</sup> Cit., p. 206.

<sup>377</sup> Es comprensible que a Walter, tan fiel por lo general a Kelsen, no le convenza el término “ficción”, puesto que insinuaría la improbabilidad o imposibilidad de la suposición. Por eso prefiere decir “suposición”. Walter, R., “El estado actual de la teoría pura del derecho”, *Revista de Ciencias Sociales*, 6, 1974, pp. 342 y 343, nt. 44.

que nunca, que la *Grundnorm* es un ente de razón, mas no de aquellos que pertenecen a la esfera de la lógica —como los géneros y las especies—, sino de aquellos que se mueven en el mundo imaginario o ficticio —como el centauro o los dioses de la mitología—. Para comprender el sentido de toda esta doctrina, debe tenerse muy presente que la norma básica, según el jurista de Viena, no tiene ni puede tener ningún correlato real: sólo existe en la mente del jurista y de todo aquel que interprete el orden jurídico como dotado de validez. Su construcción, por otra parte, está determinada, como hemos procurado mostrar, por las mismas bases del sistema.

### 3. *Norma básica y derecho natural*

La norma básica ha sido objeto de las más variadas interpretaciones. Algunos autores, desde posiciones sociologistas o “realistas”, la han asimilado al reconocimiento de la mera existencia fáctica de un orden jurídico eficaz, desechando de la *Grundnorm* todo lo supra-empírico, como su carácter de fundamento de validez.<sup>378</sup> Otros se han esforzado para conectarla con el derecho natural.<sup>379</sup> El mismo Kelsen empleó un tiempo la expresión “derecho natural lógico-jurídico” para referirse a la norma fundamental, aunque luego se arrepintió de ello para no dar lugar a confusiones.

En la obra que seguimos compara abundantemente su posición acerca del fundamento de validez del derecho con la del iusnaturalismo. La norma básica no proporciona una justificación ética ni política al derecho, ni es un patrón para considerarlo justo o injusto ni, en consecuencia, válido o inválido, ya que de ella no deriva ningún contenido jurídico. “No se puede negar validez a ningún orden jurídico positivo por el contenido de sus normas. Este es un elemento esencial del positivismo jurídico...”.<sup>380</sup> La *Grundnorm* sólo da una interpretación científica posible, no necesaria, ya que siempre

<sup>378</sup> El reemplazo de la norma básica por la regla de reconocimiento en Hart obedece a un afán empirista de este tipo (cfr. Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, México, Editora Nacional, 1980, pp. 310 y 311).

<sup>379</sup> En esta línea se encuentran, aunque con grandes diferencias entre sí, dos autores austriacos que han tratado de utilizar la construcción de la *Grundnorm* en una perspectiva iusnaturalista: Verdross, que la ha desarrollado sobre todo en el derecho internacional público, y René Marcic, que la ha aplicado al derecho constitucional. Verdross, A., *Derecho internacional público*, Madrid, Aguilar, 1976, pp. 20-26; Marcic, R., “Das Naturrecht als Grundnorm der Verfassung”, *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 13, 1983, pp. 69-90. Otros simplemente reconocen una analogía con el derecho natural; por ejemplo, D’Entrevés, A. P., *Derecho natural*, Madrid, Aguilar, 1972, pp. 141.

<sup>380</sup> TP (2a. ed. al.), n. 34i), p. 228.

cabría también la interpretación sociológica, que sólo capta relaciones de poder. En cambio, la doctrina del derecho natural, que funda el derecho positivo en el derecho natural, determina con ello, de algún modo, el contenido del positivo. Si éste se opone al natural, dice Kelsen, sería inválido según el iusnaturalismo.

Según nuestro autor, el único punto en que coinciden las doctrinas iusnaturalistas y la *Teoría pura* consiste en recurrir a normas no positivas como fundamento de validez último de las positivas, pero en todo lo demás difieren por completo. El fundamento de validez que confiere la *Grundnorm* es condicional y relativo en cuanto que sólo si se supone, y ello no es necesario, resulta fundamentado el ordenamiento positivo. En cambio, el derecho natural otorgaría una fundamentación incondicionada y absoluta que no depende de una suposición, sino de una norma natural descubierta en la realidad. En esto último estriba efectivamente, a nuestro entender, la diferencia más profunda entre ambos fundamentos de validez. Además, el de la doctrina pura es sólo formal, en tanto que el de la doctrina del derecho natural afecta al contenido hasta el punto de que —como bien expresa Kelsen— son inválidas las normas opuestas.<sup>381</sup>

Pensamos que este paralelo trazado por el autor es en sustancia exacto, aunque sólo se refiere, como es obvio, al derecho natural en cuanto norma o regla. La *Grundnorm* tiene algo de común con la ley natural en aquella parte de ésta que se refiere a lo jurídico: el ser fundamento de validez del derecho positivo. Pero las diferencias son enormes, y de tanta profundidad, que desde el punto de vista de la doctrina del derecho natural la *Grundnorm* no presta, a nuestro juicio, la menor utilidad, ni siquiera en un plano científico-técnico. Lo que no obsta a reconocer que ella es una trasposición idealista de un aspecto de la ley natural: su carácter de fundamento de las normas jurídico-positivas.

#### 4. *Problemas immanentes de la teoría de la norma básica*

La literatura sobre la norma fundamental es abundantísima.<sup>382</sup> Aparte de las interpretaciones de que ha sido objeto desde posturas filosófico-jurí-

<sup>381</sup> Kelsen pretende que la separación entre el ser y el deber ser encuentre acogida en el ámbito de la ética y del derecho natural, de modo que siempre habría una norma presupuesta fundamental (TP (2a. ed. al.), n. 34d, pp. 210 y 211 y 34j, pp. 230-232). En verdad, la existencia de una ética auténtica y un derecho natural verdadero chocan frontalmente con el principio clave de la incomunicación entre el ser y el deber ser.

<sup>382</sup> Algunos trabajos específicos relativamente recientes: Vernengo, R. J., "La función sistemática de la norma fundamental", *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1960, pp. 3-21; Bindsch-

dicas distintas de la kelseniana, se han planteado múltiples cuestiones internas a la *Teoría pura*, es decir, intra-sistemáticas. Nos limitaremos a enunciar algunas de las que nos parecen más relevantes.

A menudo se insiste en la multiplicidad de funciones que se asignan a la norma básica en la doctrina kelseniana. Algunas de ellas serían: la de presupuesto necesario de la posibilidad de interpretar un material jurídico como derecho válido; el ser fundamento de validez de todas las normas positivas; la de factor de unidad del sistema jurídico; el conferir al acto del primer constituyente y a los demás actos en él basados, el poder de crear normas; la transformación del poder en derecho; el establecer la definición del derecho y la eficacia como condición de validez, etcétera.<sup>383</sup> Hay quienes se preguntan si acaso estas funciones son compatibles entre sí.<sup>384</sup>

Otro interrogante que asalta a no pocos seguidores de Kelsen se relaciona con el contenido de la norma básica. Según el jurista austriaco, cada orden jurídico tiene su propia norma básica. Pero si ésta se limita a habilitar la producción jurídica positiva —sin predeterminar contenido alguno—, ¿en qué se distinguen las *Grundnormen* de los diversos sistemas?<sup>385</sup>

Por otro lado, ¿cómo aplicar la distinción entre norma y proposición jurídica a la norma básica? En efecto, la doctrina de la *Grundnorm* se armoniza más fácilmente con la concepción de la norma como proposición hipotética que con la distinción entre norma y proposición.<sup>386</sup> Es muy lógico preguntarse si ella es norma propiamente dicha —como algo que el jurista se encuentra dado, limitándose a describirlo—, o bien, si ha de verse como

---

ler, Rudolf L., “Zum Problem der Grundnorm”, *Völkerrecht und rechtliches Weltbild. Festschrift für A. Verdross*, Viena, Springer Verlag, 1960, pp. 67-76; Giorgianni, Virgilio, “Il fondamento della validità del diritto nella teoria generale del Kelsen”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 39, 1962, pp. 102-109; Stone, Julius, “Mystery and Mystique in the Basic Norm”, *The Modern Law Review*, Londres, 1963 (motivó una réplica de Kelsen: “Professor Stone and the Pure Theory of Law”, *Stanford Law Review*, 17, 1965, pp. 1128-1157); Hughes, Graham, “Validez y norma básica”, *Revista de Ciencias Sociales*, 6, 1974, pp. 199-223; Raz, Joseph, “Kelsen’s Theory of the Basic Norm”, *American Journal of Jurisprudence*, 19, 1974, pp. 94-111; Peczenik, Aleksander, “On the Nature and Function of the Grundnorm”, *Rechtstheorie*, Beiheft, 2, 1981, pp. 279-296. En TP (2a. ed. al.), n. 34d, pp. 211-213, nt. 121, Kelsen rechaza interpretaciones de su construcción hechas por Engisch, Tammelo y Patterson.

<sup>383</sup> Las enumeraciones hechas por Kunz, J. L., *La teoría pura del derecho*, cit., p. 94, y Esquivel, J., *op. cit.*, pp. 136 y 137.

<sup>384</sup> Vernengo, en su artículo recién citado, inauguró esta problemática.

<sup>385</sup> Squella, Agustín, “Validez y eficacia del derecho en la teoría de Hans Kelsen”, *Revista de Ciencias Sociales*, 6, 1974, pp. 165 y ss.

<sup>386</sup> Cfr. Eikema, H., *op. cit.*, pp. 22 y 23.

enunciado científico-jurídico. Aunque nos inclinemos por esto último, no podemos olvidar que Kelsen continúa llamándola “norma”.<sup>387</sup>

Esta construcción, como se ve, crea no pocos problemas. Por eso no es raro que se proponga prescindir de ella quedándose con el resto del sistema.<sup>388</sup> Diríamos que la norma fundamental resuelve, dentro de la *Teoría pura*, algunas cuestiones, en la medida en que operan en ella restos de un fundamento de validez de índole realista, pero, al mismo tiempo, crea dificultades, incluso inmanentes a la doctrina kelseniana, en cuanto es un producto del método trascendental y del positivismo.

## XXV. LA UNIDAD DEL ORDEN JURÍDICO. CONFLICTOS NORMATIVOS<sup>389</sup>

Una de las funciones de la norma básica es dotar de unidad a un orden jurídico. El planteamiento del tema de la unidad en 1960 muestra un sustrato neokantiano muy patente. La unidad del derecho se concibe como unidad lógica. Su señal distintiva sería la ausencia de contradicciones entre las proposiciones jurídicas que describen las normas pertenecientes a un mismo orden.

En congruencia con su doctrina de esa época acerca de las relaciones entre derecho y lógica,<sup>390</sup> Kelsen interpretaba los conflictos entre normas como contradicciones, aunque sólo aparentes. Como un conflicto sería un sinsentido, y la ciencia jurídica ha de pensar su objeto como un todo dotado de sentido, sostenía entonces que los conflictos podían y debían ser disueltos por vía de interpretación.

<sup>387</sup> En su trabajo *Justicia y derecho natural*, cit., p. 162, sostenía que la *Grundnorm* no era *Rechtsnorm* ni *Rechtssatz*, sino *Soll-Satz*. Sin embargo, en la versión que figura como apéndice a TP (2a. ed. al.), p. 443, se suprimió esa afirmación y simplemente se habla de una norma supuesta. Kunz formula el siguiente dilema: o bien la *Grundnorm* es una presuposición del conocimiento jurídico, o lo es de la constitución del derecho como objeto de ese conocimiento (Kunz, J. L., *Die definitive Formulierung der Reinen Rechtslehre*, cit., p. 375). Walter, *El estado actual de la teoría pura del derecho*, cit., pp. 351 y 352, distingue entre la suposición de la norma básica y la norma básica misma que se supone. Por la suposición se realizaría un juicio, que constituye su objeto, dentro —claro está— de la más estricta inmanencia al propio conocimiento.

<sup>388</sup> Hughes, G., *op. cit.*, es partidario de esta línea.

<sup>389</sup> TP (2a. ed. al.), n. 34e, pp. 214-217; Engisch, Karl, *Die Einheit der Rechtsordnung*, Heidelberg, C. Winter, 1935; Hart, H. L. A., “Teoría de Kelsen sobre la unidad del derecho”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 7, 1974, pp. 105-140 (este trabajo trata sobre todo del problema de la unidad entre derecho internacional y nacional).

<sup>390</sup> *Ibidem*, cap. III, n. 11.

Indicaba los procedimientos a través de los cuales podía obtenerse tal disolución de las contradicciones, tratando por separado los conflictos entre normas del mismo nivel dentro de la estructura jerárquica y los que se plantean entre normas de distinto nivel. Entre normas del mismo nivel recurría al principio de que la ley posterior deroga la precedente, y en caso de simultaneidad entre normas contradictorias, las entendía como disyuntivas o mutuamente limitadas, o bien, como un absurdo equivalente a la inexistencia de norma válida. Más tarde examinaremos su célebre doctrina acerca de los conflictos entre normas de diverso nivel.<sup>391</sup>

Posteriormente, nuestro autor negó la posibilidad científica de eliminar los conflictos, ya no enfocados como contradicciones. Y dejó entregada su solución al mismo derecho positivo. De este modo, por ejemplo, la derogación sería una institución de derecho positivo.

En resumen —concluía su artículo *Derogación*— debe subrayarse con singular énfasis que los principios de derogación no son principios lógicos, y que los conflictos entre normas permanecen sin solución en ausencia de normas derogatorias expresamente estipuladas o presupuestas silenciosamente, y que la ciencia del derecho es tan incompetente para resolver por interpretación los conflictos existentes entre normas, o mejor, para revocar la validez de normas positivas, como lo es para crear normas jurídicas.<sup>392</sup>

Con ello se pone en tela de juicio la tan deseada unidad lógica del ordenamiento, con lo que queda comprometido el mismo ideal de derecho como sistema. La unidad del orden jurídico se reduciría a una común derivación formal a partir de la norma básica, lo que cuadra, en todo caso, con el formalismo kelseniano.

Es oportuno comentar que en esta viva comprobación de la existencia de conflictos entre normas positivas, que caracteriza al último Kelsen, importa reconocer el fracaso del planteamiento que cifra la unidad del derecho en la eliminación de los conflictos normativos. Tales conflictos no tienen por qué escandalizar o frustrar al jurista si éste, conforme a una visión realista del derecho, pone la unidad del orden jurídico en la común referencia de las normas a la misma realidad reglada. Los conflictos se derivan precisamente de esa común referencia —aspecto puesto de relieve por el jurista de Viena en sus últimos trabajos sobre esta materia—. Por consiguiente, en la misma

---

<sup>391</sup> *Ibidem*, n. 31.

<sup>392</sup> *Cit.*, p. 274. En *Allgemeine Theorie der Normen*, *cit.*, pp. 99 y 100, se recoge la tipología de conflictos —necesario y posible; total y parcial; unilateral y bilateral— ya presentada en *Derogación*.

realidad habrán de descubrirse, en definitiva, los criterios que permitan dilucidar las soluciones jurídicas correctas. La tarea del jurista no se reduce a armonizar lógicamente las normas positivas, sino que esta labor se inserta en la más amplia y esencial de colaborar con su ciencia a la realización de un orden jurídico digno de tal nombre en la realidad.

## XXVI. VALIDEZ Y EFICACIA<sup>393</sup>

A propósito de la norma básica en cuanto fundamento de validez, Kelsen se enfrenta con el tema de las relaciones entre la validez y la eficacia del derecho.

Ya conocemos el concepto kelseniano de validez —existencia específica de una norma—, lo mismo que su noción de eficacia, que incluye tanto la aplicación de las sanciones como el acatamiento de las normas mediante las conductas opuestas a aquellas que son objeto de sanciones. Ahora Kelsen enfoca al tema de las relaciones entre ambas propiedades de la norma. De partida, advierte que estamos ante uno de los problemas más importantes y difíciles en una teoría positivista del derecho. La importancia deriva de que si no se logra distinguirlas, y se entiende la validez como mera eficacia, se nos escapa la existencia específica del derecho; y la dificultad estriba, a nuestro juicio, en que una vez separada la validez con respecto a la realidad —en la que sólo se daría la eficacia—, acecha la tentación de desembarazarse de esa poca clara existencia ideal específica de la norma para instalarse derechamente en lo fáctico. En el fondo, aquí se toca, bajo un prisma especial, el problema fundamental de toda la *Teoría pura*: el de las relaciones entre ser y deber ser.

Según el autor, en la solución del problema debe buscarse una vía media entre dos extremos insostenibles: el de la teoría que llama “idealista”, según la cual no habría relación alguna entre validez y eficacia, y el de la teoría “realista”, que las considera idénticas.<sup>394</sup>

La *Teoría pura*, en cambio, ofrece la siguiente solución: a) del mismo modo como hay que distinguir entre la norma y el acto real que la instaure, debe afirmarse que la validez deóntica de una norma jurídica no es idéntica

<sup>393</sup> TP (2a. ed. al.), n. 34f y g, pp. 217-225; TP (ed. fr.), pp. 140-146; TP (1a. ed. al.), n. 30, pp. 100-107. Véase Fuchs, Albert, *Die Rechtsgeltung*, F. Deuticke, Leipzig-Viena, 1933; Gennaro, Antonio de, “Diritto e potere in H. Kelsen”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 43, 1966, pp. 124-134; Squella, A., *Validez y eficacia del derecho en la teoría de Hans Kelsen*, cit.; Santiago Nino, Carlos, “Some Confusions around Kelsen’s Concept of Validity”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 64, 1978, pp. 357-376; Bobbio, N., “Kelsen e il problema del potere”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 58, 1981, pp. 549-570.

<sup>394</sup> En la nt. 125 discute extensamente la tesis “realista” de Ross.



ca a su eficacia real; *b*) a la manera como el acto que implanta la norma es condición de ésta, la eficacia es condición de la validez, tanto si se trata de un orden jurídico en su conjunto como si se refiere el problema a una norma aislada dentro de ese orden, puesto que lo mismo el orden jurídico total que una norma aislada no son considerados válidos cuando han cesado de ser eficaces, y *c*) la eficacia no es el fundamento de validez de las normas. Esta función compete a la norma básica, que pone, o mejor dicho, supone, el acto de voluntad y la eficacia de las normas positivas como condiciones de la validez.

Como se ve, lo esencial de la solución kelseniana se apoya sobre la clásica distinción entre causa y condición. La eficacia no es causa de la validez, sino tan sólo *conditio sine qua non*, de modo semejante —dice Kelsen— a como el nacimiento es sólo condición y no causa de la vida. Esta postura implica un ligero cambio respecto a la contenida en la primera edición de la *Teoría pura*.<sup>395</sup> La relación entre validez y eficacia se veía entonces como una correspondencia que no podría sobrepasar un determinado máximo ni descender por debajo de un cierto mínimo. Por un lado, carece de sentido reglar, por normas jurídicas, aquello que debe acontecer necesariamente. La norma básica no podría estatuir “Debe ocurrir lo que de hecho ocurre”. Pero, por otro lado, la realidad habría de corresponder hasta un cierto grado con el orden normativo: la validez, por tanto, se halla en una cierta dependencia respecto de la eficacia. Este enfoque lo resumía figuradamente como una “tensión” entre el deber ser y el ser. Con el paso del tiempo, la realidad fáctica pesa más en la doctrina pura, y esta doctrina, en cierto modo, se simplifica —sin cambiar en lo esencial—, centrándose en que la eficacia es condición de la validez.

Kelsen distingue dos aspectos de este problema: el concerniente al orden jurídico como un todo y el que atañe a la norma jurídica aislada (*einzeln*).<sup>396</sup> En 1960 sus conclusiones se aplican por igual a ambas cuestiones. Tanto el orden jurídico total como la norma aislada dotados de validez pueden ser hasta cierto punto ineficaces —de hecho, las normas nacen válidas antes de poder ser aplicadas o acatadas, y no pierden su validez por el hecho de no ser eficaces en ciertos casos, siendo inevitable una cierta oposición—. Pero la ineficacia generalizada y duradera haría perecer la validez. Por tanto, la *desuetudo* o desuso, como una especie de costumbre ne-

<sup>395</sup> TP (1a. ed.al.), n. 30a, pp. 102 y 103.

<sup>396</sup> Nos parece más adecuado traducir *einzeln* por “aislada”, como hace Vernengo, que decir “singular” (1a. ed. al.) o “particular” (ed. fr.), ya que estos vocablos inducen a confusión con las normas individuales.

gativa que elimina la validez de la norma existente, siempre podría minar la validez, tanto de cada una de las normas como de su conjunto. Más aún:

Si la eficacia... es condición de validez, no sólo del orden jurídico como un todo, sino también de una norma jurídica aislada, entonces la función productora de derecho de la costumbre no puede ser excluida por la legislación escrita, por lo menos en la medida en que se tome en cuenta la función negativa de la desuetudo.<sup>397</sup>

Aquí encontramos un cambio sustancial respecto a las anteriores ediciones en lo que mira a la norma aislada. En ella sostenía, en principio, la independencia de la validez de aquella respecto a su eficacia, aunque admitía la posibilidad de que el desuso se introdujera como principio jurídico-positivo. Ahora le parece que el desuso pertenecería a la misma esencia del derecho y emanaría, por tanto, de la misma norma fundamental.

Esta cuestión, según Kelsen, puede plantearse en términos de relación entre derecho y poder. El derecho aparece como un determinado orden del poder, que no puede darse sin el poder, pero que se distingue de él. Comparando su doctrina con el iusnaturalismo, son famosas estas palabras suyas:

La pregunta a la cual tiende el derecho natural es la eterna pregunta por aquello que se esconde tras el derecho positivo. Y quien busque la respuesta no encontrará, me temo, ni la verdad absoluta de una metafísica, ni la justicia absoluta de un derecho natural. Quien sin cerrar sus ojos levante el velo, verá venir a su encuentro la mirada fija de la cabeza de la Gorgona del poder.<sup>398</sup>

Su descripción de los cambios constitucionales revolucionarios no es más que una aplicación de esta doctrina. Diferencia dos principios: el de legitimidad y el de efectividad. De acuerdo con el primero, las normas deben durar todo el tiempo que transcurra hasta que se ponga término a su validez de la manera determinada por el mismo orden jurídico. Pero este principio está limitado por el de efectividad. Cuando tiene lugar una revolución, se cambia la Constitución de un modo no previsto en la anteriormente vigente. Cambia, por ende, la *Grundnorm*, y con ella el fundamento de validez de todas las normas, aunque sean recibidas en el nuevo orden todas o algunas de las producidas conforme a la norma básica precedente. Esta modificación de la norma fundamental está condicionada por la modificación de los

<sup>397</sup> TP (2a. ed. al.), n. 34g, p. 224.

<sup>398</sup> Citadas por Métall, R. A., *Hans Kelsen. Vida y obra, cit.*, p. 37.

hechos. Así, el principio de efectividad exige la eficacia de la Constitución y de las normas promulgadas conforme a ella.

Todo este problema de las relaciones entre eficacia y validez depende, sobre todo, de cómo se conceptualice la validez. Para Kelsen, pertenece al mundo del *Sollen*, aunque se relaciona con el *Sein* de la eficacia en términos de condicionamiento. Correspondería a la existencia específica de las normas, como existencia de tipo ideal, no real. Si se repara en que esta validez, en un sistema dinámico como es el jurídico, depende de una norma supuesta, no parece muy descaminado opinar que la existencia específica de la norma es simplemente una existencia intramental en la consideración del que interpreta el material jurídico como derecho válido. Por otra parte, si el fundamento que da la norma básica es condicional, la misma validez de todas las normas será también algo condicional, relativo, no necesario, y optable.

¿Qué agrega la validez a la eficacia? Kelsen nos habla del sentido objetivo, de la obligatoriedad, de la vigencia de las normas, etcétera. Pero nadie sabe a ciencia cierta qué quieren decir esas expresiones en una *Teoría pura*, o sea, cómo se logra impedir que se resuelvan en otras tantas denominaciones “ideológicas” de la eficacia. ¿Puede ser considerado como derecho un orden eficaz que no se estime válido? El siguiente texto parece dar una respuesta afirmativa:

La función de la norma básica no es permitir que se considere como derecho a un orden coactivo que es en general eficaz, puesto que de acuerdo con la definición proporcionada por la *Teoría Pura*, un orden jurídico es un orden coercitivo que es en general eficaz; la función de la norma básica es permitir que se considere a este orden coercitivo como objetivamente válido.<sup>399</sup>

Entonces, normas no válidas podrían considerarse derecho. Imposible es no advertir una flagrante contradicción con la definición de validez como existencia específica de las normas.<sup>400</sup>

<sup>399</sup> Kelsen, H., *Contribuciones a la teoría pura del derecho* (colección de ensayos), Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1969, p. 70. Corresponde a la respuesta al artículo sobre la *Grundnorm*, de Stone.

<sup>400</sup> En esta insatisfacción ante el concepto kelseniano coinciden de algún modo los autores más dispares: desde un realista escandinavo como Ross (Esquivel, J., *op. cit.*, pp. 118 y 119), que sólo entiende la validez kelseniana como obligatoriedad moral —lo que para un positivista sería inadmisible—, hasta un tomista como Casaubon (*op. cit.*, pp. 141 y 142), que muestra igualmente la fragilidad de la construcción; “...sólo por un artificio epistemológico neokantiano consigue dificultosa y dudosamente Kelsen distinguir su teoría jurídica de una que redujera el derecho a mero hecho sociológico...”.

El elemento que puede servir para caracterizar la validez en la *Teoría pura* como algo distinto de la eficacia es la correspondencia de una norma con las normas superiores, la cual se reduce al aspecto puramente formal, referido a que la norma se produce por el órgano y conforme al procedimiento establecido por la norma situada en el nivel superior. Por eso, el tema de la validez pertenece a la dinámica. Así, llegamos a la norma básica, pero ésta sólo se supone cuando el sistema es eficaz.<sup>401</sup> La validez, por tanto, siempre termina por relacionarse con la eficacia, hasta el extremo de que es legítimo preguntarse si no se traiciona el principio de la separación *Sein-Sollen*.<sup>402</sup> Predomina el deseo de atenerse a los hechos, tan claro en la teoría de Kelsen, incluso por encima de la coherencia interna de la doctrina, otro anhelo característicamente kelseniano. Difícilmente uno consigue sustraerse a la impresión de que en la *Teoría pura* la eficacia es causa de la validez.

## XXVII. ESTRUCTURA JERÁRQUICA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO<sup>403</sup>

### 1. *La Constitución*

Después del estudio de la norma básica y de algunos problemas ligados directamente a ella, Kelsen describe la estructura jerárquica de las normas en los derechos estatales. Se trata de una descripción empírica del desplegarse dinámico del orden jurídico desde la Constitución positiva hasta los actos de aplicación, pasando por una serie de gradas o escalones dentro de los cuales pueden también existir normas de diversa clase pertenecientes a un mismo nivel. Evidentemente, el autor se refiere a los ordenamientos jurídicos estatales actualmente existentes, dejando constancia de que la estructura concreta de los órdenes jurídicos es algo variable y que, de hecho, presenta muchas variedades en los diversos derechos positivos del presente. Sólo nos detendremos en algunos puntos más específicos de la *Teoría pura*.

La Constitución<sup>404</sup> representa el estrato superior jurídico-positivo de un derecho estatal. Aquí se alude a la Constitución en sentido material, esto es,

<sup>401</sup> TP (2a. ed.al.), n. 6c, pp. 57 y ss.

<sup>402</sup> Así lo sostiene, por ejemplo, Eikema, *op. cit.*, pp. 24 y 25.

<sup>403</sup> TP (2a. ed. al.), n. 35, pp. 232-284; TP (ed. fr.) pp. 147-161; TP (1a. ed. al.), n. 31, pp. 108-126.

<sup>404</sup> Tamayo y Salmoran, Rolando, *La Constitución como parte de una teoría general del derecho*, México, UNAM, 1967, pp. 147-159; Giovanelli, Adriano, *Dottrina pura e teoria della Costituzione*

a las normas, legisladas o consuetudinarias, que regulan la producción de las normas jurídicas generales. En cambio, la Constitución en sentido formal se caracteriza por contener algunas disposiciones según las cuales las normas contenidas en la misma ley suprema no pueden ser derogadas o modificadas como simples leyes, sino solamente bajo condiciones más difíciles, mediante un procedimiento especial. Estas disposiciones configuran la “forma Constitución”, en la cual pueden incluirse no sólo las normas que Kelsen estima pertenecientes a la Constitución en sentido material, sino también otras que se refieren, como él señala, a objetivos políticamente relevantes. Siempre existe Constitución en sentido material, pero no siempre en sentido formal. Cuando ésta no se da, entonces las normas que componen la Constitución en sentido material pueden ser modificadas por simples leyes. Paradójicamente, la definición de Constitución en sentido material que da Kelsen se refiere exclusivamente a contenidos puramente formales, como son los modos de producción de las normas jurídicas del estrato inferior. La proclamación y defensa de los derechos humanos y de otros principios jurídicos fundamentales sería algo puramente accidental en las Constituciones.

Sin embargo, nuestro autor reconoce que la Constitución también puede determinar el contenido de las futuras leyes, prescribiéndolo o excluyéndolo. En el primer caso sólo habría una promesa de promulgación de leyes, sin que haya una obligación de hacerlo, puesto que es difícil enlazar a su incumplimiento una sanción. Más eficaz sería la exclusión de ciertos contenidos: es una tentativa de impedir que tales leyes lleguen a producirse. Para que tal tentativa pueda prosperar hace falta la existencia de formalidades constitucionales, y además debe haber un procedimiento para hacer efectiva la responsabilidad personal de los órganos que han producido las leyes inconstitucionales, o debe darse la posibilidad de cuestionarlas o anularlas. La *Stufentheorie* se torna más operativa cuando entra en consideración la correspondencia en cuanto al contenido, la que, no obstante, aparece como claramente secundaria respecto a la adecuación en cuanto a la forma, que es la que funda la validez dentro del sistema kelseniano.

## 2. Las normas generales

El nivel siguiente está constituido por las normas jurídicas generales, entre las que se cuentan la ley y la costumbre. Una novedad de la edición

---

in *Kelsen*, Milano, A. Giuffrè, 1979. Kelsen se dedicó mucho al campo del derecho constitucional positivo (Métall, R. A., *Hans Kelsen. Vida y obra, cit.*, pp. 112 y 113, donde figuran las principales publicaciones en esta especialidad).

que comentamos consiste en dedicar mayor atención a la costumbre, de tanta relevancia en el *Common Law*, ámbito jurídico que ya entonces era muy familiar a nuestro autor. La costumbre, como norma jurídica general producida de una manera descentralizada, queda en pie de igualdad respecto a la ley,<sup>405</sup> y la opción entre ambas dependerá de los órganos positivos. Incluso en cierto sentido prima sobre ella, como hemos visto al referirnos a las relaciones entre la validez y la eficacia, cuando se trata de la costumbre negativa o *desuetudo*,<sup>406</sup> pudiendo incluso derogar una norma de la Constitución en sentido formal.

La grada de producción general del derecho se encuentra generalmente dividida en dos o más escalones. Kelsen se detiene a examinar la distinción entre ley (*Gesetz*) y ordenanza reglamentaria o decreto general administrativo (*Verordnung*), mencionando también la hipótesis de los decretos con fuerza de ley dictados por la autoridad ejecutiva. Con ocasión de esto, expone su concepción de la “forma de ley”, expresión que prefiere a la de “ley en sentido formal”, en cuanto ésta se resiente de una ambigüedad, ya que puede referirse a las normas jurídicas generales que revisten forma de ley, o puede significar cualquier contenido que aparezca bajo tal forma. Ley en sentido material es, según Kelsen, toda norma jurídica general, con lo que no brinda un criterio material para distinguir la ley del reglamento administrativo. Por otra parte, la jerarquización entre la ley y los decretos generales constituye una manifestación del principio de legalidad en la actuación de la administración pública, que Kelsen defendió por motivos estrictamente jurídicos.<sup>407</sup>

Las normas generales que han de ser aplicadas por los órganos judiciales y administrativos desempeñan una doble función: determinan cuáles son esos órganos de aplicación y los procedimientos a que deben atenerse —es el derecho formal y procesal—, y también determinan el contenido de las normas individuales que han de producirse en esos procedimientos judiciales o administrativos —es el derecho sustantivo o material—. Ambas clases de derecho están inescindiblemente entrelazadas: sólo en su enlace orgánico configuran el derecho regulador de su propia producción y aplicación. El enunciado jurídico completo ha de contener tanto el derecho de forma como el de fondo.

<sup>405</sup> Thevenaz, Henri, “A propos de la coutume”, *Law, State and International Legal Order*, cit., pp. 317-327.

<sup>406</sup> TP (2a. ed. al.), n. 26.

<sup>407</sup> *Teoría general del Estado*, cit., pp. 114-117.

### 3. *Las normas individuales; la función judicial*

Mientras que la Constitución, por lo común, sólo determina formalmente a las normas jurídicas generales —sin entrar, salvo excepciones, en su Contenido—, las normas jurídicas generales habitualmente determinan, tanto material como formalmente, a las normas individuales que las aplican. Pero la relación en ambos casos sería esencialmente la misma.

Kelsen lleva a cabo un detallado análisis de la función judicial. Para él, la sentencia del juez constituye la norma individual, que, desde el punto de vista de la dinámica jurídica, se sitúa como una etapa intermedia entre las normas generales —aplicadas por ella— y la ejecución de la sanción. El proceso de autoproducción del derecho va, pues, de lo general o abstracto a lo individual o concreto, individualizándose siempre más.

Según nuestro autor, la generalidad no pertenece a la esencia de la norma. De ahí que los actos singulares, como una sentencia judicial, un decreto administrativo particular o un contrato privado, sean conceptualizados como normas de carácter individual. En *Problemas capitales*, esta tesis no había sido aún alcanzada por Kelsen, quien, en el prólogo a la segunda edición de su obra juvenil,<sup>408</sup> dejó constancia de ella como un significativo logro en la evolución de su doctrina, destinado a arrojar mucha luz en toda la dinámica jurídica, y en la identificación del derecho con el Estado.

De esta forma, la *Teoría pura* se opone a dos concepciones estrechas del derecho: la que lo reduce a las normas generales, y la que lo identifica con las sentencias judiciales. Aunque sea discutible la denominación de “norma” que nuestro autor aplica a todos los actos jurídicos singulares, su doctrina tiene el innegable mérito de superar esos dos reduccionismos, abriéndonos, además, a una consideración dinámica del derecho.

La *Teoría pura* es una decidida adversaria del positivismo meramente legalista. Según ella, *la sentencia judicial no tiene, como se suele suponer, un carácter meramente declarativo, sino que es siempre constitutiva*. Tanto al determinar la norma general aplicable (*quaestio iuris*) como al comprobar si se da el hecho previsto por la norma general (*quaestio facti*), lo mismo que al ordenar concretamente la sanción establecida de modo abstracto por la norma general, la sentencia cumple una función constitutiva. El acto jurisdiccional es, por tanto, continuación del proceso de producción del derecho, y no sería mera aplicación

---

<sup>408</sup> *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (2a. ed.), *cit.*, pp. XII y ss. Para un análisis de la distinción entre las normas individuales y generales, véase sobre el concepto de norma, *cit.*, pp. 210-213.

de normas generales. Con el acto del tribunal nace una nueva norma, antes no existente, a la vida del derecho.

Con ocasión de esta materia se expone la teoría de los hechos jurídicos, que puede sintetizarse así: *el hecho natural se convierte en hecho jurídico a través de la determinación concreta que realiza el órgano encargado de aplicar la norma general*, conforme al procedimiento establecido en esa norma general o determinado por el mismo órgano si ha recibido una delegación en tal sentido. El hecho jurídico adquiriría validez en virtud de esa determinación, y lo haría desde el instante que determina el mismo órgano aplicador. La condición estatuida por el orden jurídico, y expresada por la proposición jurídica, no sería el hecho en sí, sino el hecho jurídico. Por tanto, el que exista o no el hecho natural aparece como un problema irrelevante, como la mera opinión de terceros no competentes jurídicamente para efectuar la comprobación de los hechos jurídicos. “Si es que la norma jurídica debe ser aplicada, sólo puede valer una opinión”.<sup>409</sup>

Unida a esta teoría de los hechos jurídicos, y como un nuevo desarrollo introducido en 1960, aparece su concepción de la cosa juzgada. El sentido subjetivo del acto de la sentencia es, definitivamente, su sentido objetivo sólo cuando adquiere fuerza de cosa juzgada, vale decir, cuando ya no puede ser revocada por medio de ningún otro procedimiento. La comprobación procesal de un hecho es, a su vez, otro hecho sobre el que caben diversas opiniones acerca de si se ha realizado por el órgano competente y de acuerdo con el procedimiento prescrito. Por esto, la sentencia puede ser atacada en virtud de vicios procesales. Sin embargo, en opinión del autor, ese ataque no se diferencia esencialmente de las impugnaciones de fondo —sobre si se cometió o no el delito o sobre quién fue su autor—, ya que el proceso judicial mismo siempre es el que es objeto de otro proceso judicial ulterior. Cuando la sentencia ya no puede ser impugnada, tendría que aceptarse el caso límite de un último procedimiento judicial como hecho en sí, en lugar del cual ya no puede aparecer otro hecho consistente en la verificación del último proceso: en esto consistiría la esencia de la cosa juzgada.

Esta doctrina de los hechos jurídicos refleja muy bien la completa separación entre el ser y el deber ser que el jurista vienés se esmera en llevar a su extremo. Si bien resalta la necesidad de una conceptualización propiamente jurídica de la realidad, y el carácter decisorio de todo acto jurídico, tiene el grave inconveniente de desconectar la decisión con respecto a la realidad jurídica sobre la que versa. Se aprecia una tendencia a poner de relieve las exigencias derivadas de la índole práctica del derecho, pero se prescinde de

<sup>409</sup> TP (2a. ed. al.), n. 35g, p. 249.



la necesaria adecuación a la realidad que ha de ser la meta de todo esfuerzo de determinación jurídica. La tesis de la cosa juzgada como caso límite nos descubre, por lo demás, la intrínseca limitación de una construcción que desgaja el orden jurídico de la realidad social.

Kelsen se extiende en el examen de la relación entre la sentencia judicial y las normas generales aplicables.<sup>410</sup> Al referirnos a su doctrina de las lagunas en el derecho, tendremos oportunidad de mostrar en qué circunstancias, según Kelsen, el orden jurídico autorizaría al juez para producir una norma jurídica individual cuyo contenido no esté predeterminado por ninguna norma general de fondo. No obstante, remachando el carácter siempre constitutivo de la sentencia, Kelsen opina que esa situación no se distingue esencialmente de aquella en la que el órgano jurisdiccional aplica una norma general jurídica. Aunque en este caso la discrecionalidad sea menor, le interesa destacar que siempre la norma general constituiría un marco, más o menos amplio o estrecho, dentro del cual habría de moverse el juez.

En la última edición de la *Teoría pura* Kelsen trata también lo que llama “producción de normas jurídicas generales por los tribunales”, o sea, de aquellos casos en que el juez actúa como legislador. Así, se incorpora a la doctrina kelseniana una figura típica del ámbito jurídico anglosajón: los precedentes judiciales. Cuando la sentencia judicial dada para un caso concreto se convierte en obligatoria para la resolución de casos iguales, estaríamos en presencia de un nuevo derecho general de fondo creado por los tribunales. En la hipótesis de un ordenamiento jurídico en que funciona el sistema de precedentes judiciales, la función legislativa estaría descentralizada, lo que proporciona una gran flexibilidad a ese orden jurídico. En cambio, un ordenamiento con un único órgano legislativo compensa su falta de flexibilidad con la ventaja de la seguridad jurídica porque las decisiones judiciales son previsibles hasta cierto grado. Este principio de sujetarse a las normas generales producidas por un órgano legislativo central puede ampliarse a los órganos administrativos: es el principio llamado “Estado de derecho”, opuesto diametralmente al de libre creación del derecho, en que los tribunales y órganos administrativos resuelven los casos según su libre criterio. Para Kelsen, en este último sistema también los órganos aplicarían normas generales, aunque éstas no serían normas jurídicas positivas, sino ideales de justicia. Como es lógico, entre ambos sistemas extremos, que sólo son tipos ideales, se dan múltiples sistemas intermedios; por ejemplo, el de

---

<sup>410</sup> Barros, Enrique, “La relación entre la ley y la sentencia judicial y los principios de la teoría pura del derecho”, *Revista de Ciencias Sociales*, 6, 1974, pp. 255-298.

los precedentes judiciales que suelen unirse, como en el *Common Law*, a la aceptación de la costumbre, ya que —según Kelsen— la adecuación de las costumbres a las cambiantes circunstancias es particularmente difícil.

La teoría kelseniana sobre la función jurisdiccional tiene el mérito de haber contribuido a desterrar de la ciencia jurídica la idea de que la sentencia debiera ser mera declaración de las normas generales positivas conforme a un esquema rígidamente lógico-deductivo de subsunción del caso particular en la regla general. Sin embargo, debido a su neto voluntarismo y a su actitud positivista, deja la puerta abierta a cualquier arbitrariedad judicial sin que se tenga en cuenta el único y auténtico fin de esa función: hacer justicia, que, por cierto, no se reduce a la aplicación de actos coactivos.

#### 4. *El negocio jurídico*<sup>411</sup>

La *Teoría pura* también contiene una sucinta exposición acerca del negocio jurídico que se integra en la construcción escalonada del derecho, como hecho productor de derecho. El negocio jurídico típico es el contrato, en el que las partes acuerdan que deben comportarse de determinada manera. Este deber, que es el sentido subjetivo del contrato, constituye también su sentido objetivo en cuanto el orden jurídico otorgue a ese hecho la calidad de productor de derecho. Se la otorga en tanto hace de la realización del negocio jurídico —unido a una conducta contraria a él— una condición de la sanción civil. De este modo, el orden jurídico autorizaría a los individuos a regular, dentro del marco de las normas jurídicas generales, sus relaciones recíprocas mediante las normas que son producidas por el negocio jurídico. Como en éste no se estatuyen sanciones coactivas, sino una conducta cuyo opuesto es una condición de la sanción establecida por las normas jurídicas generales, las normas del negocio serían normas dependientes que sólo en relación con las normas sancionatorias constituirían normas jurídicas.

Toda esta concepción es una muestra exacta del método kelseniano. A partir de elementos doctrinales valiosos —como la consideración del contrato en cuanto *lex privata*—, el jurista vienés elabora su teoría del negocio jurídico en conformidad estricta con su concepto del derecho como norma coactiva, y con la *Stufenbautheorie*, según la cual la validez jurídica del acto privado se fundaría solamente en su carácter de delegación hecha por las normas jurídicas generales. En esta perspectiva, como es lógico, no cabe ha-

---

<sup>411</sup> Kelsen, H., *El contrato y el tratado. Analizados desde el punto de vista de la teoría pura del derecho*, México, Imprenta Universitaria, 1943.

blar de una auténtica autonomía privada: ésta sólo significaría que, dentro de ciertos límites, las normas superiores autorizan a los particulares para regular sus propias relaciones jurídicas, estableciendo derechos y obligaciones que normalmente sólo recaen sobre las partes contratantes. Pero no podría existir un ámbito en el que las normas generales del orden estatal no deberían inmiscuirse, puesto que toda la juridicidad de un acto o de una relación se explica en función de la adecuación a las normas superiores y, en último término, a la *Grundnorm*.

El autor trata en particular algunos problemas referentes a los contratos. Al abordar, por ejemplo, el tema de la discrepancia entre la voluntad efectiva de las partes y su expresión formal, señala que la ciencia del derecho es incapaz de determinar las consecuencias de tal situación, pronunciándose a favor de la real voluntad o de su manifestación externa. La elección debería realizarla el mismo orden jurídico, y dependería de ideales jurídico-políticos, como la seguridad de las transacciones o la libertad individual. Pensamos que, efectivamente, la *Teoría pura* no está en condiciones ni siquiera de entrar en esta cuestión, pues ello supondría salirse de su cometido predeterminado: la sola descripción de las normas positivas. Frente a esta materia y tantas otras de la mayor relevancia, la doctrina de Kelsen, en nombre de su concepción científica, nos deja en manos de las decisiones subjetivas arbitrarias.

## 5. *La administración estatal*

Sobre la administración del Estado, la *Teoría pura* trata de determinar cuál es su función jurídica. Sostiene que ella es, en buena parte, una función jurídica en sentido estricto, o sea, de producción y aplicación de normas jurídicas. Así, el órgano administrativo superior, el gobierno, participa en la legislación del modo que la Constitución señale, celebra tratados, promulga ordenanzas y resoluciones administrativas, tanto generales como individuales. Los organismos administrativos inferiores, por su parte, aplican normas jurídicas que estatuyen sanciones administrativas, las que sólo se diferenciarían de las penas aplicadas judicialmente, en virtud de un criterio orgánico. Sólo habría, en este aspecto de la administración, una diferencia funcional con la jurisdicción de los tribunales en aquellos actos coactivos administrativos que no constituyen sanciones, como son las expropiaciones o la intervención coactiva de enfermos.

Otro tipo de actividad administrativa esencialmente diferente es aquella que consiste en el cumplimiento de normas jurídicas por parte de indi-

viduos específicamente calificados, los funcionarios del Estado. Se trata de una actividad del mismo tipo que la actividad económica y cultural de los individuos privados: construir ferrocarriles, impartir enseñanza, etcétera. La diferencia sólo radicaría en que, cuando esas actividades son realizadas por funcionarios, ellas son atribuidas al Estado. Esta actividad es el contenido de obligaciones profesionales específicas, constituidas por normas que enlazan a su incumplimiento las penas específicas denominadas “sanciones disciplinarias”. Al Estado se atribuye sólo la función, mas no el deber profesional ni la sanción por su incumplimiento: al fin y al cabo, sería, como ya sabemos, una mera cuestión lingüística.

Kelsen distingue, en este contexto, dos conceptos de Estado. Uno, de carácter amplio, sería la personificación del orden jurídico total que regula el comportamiento de todos los individuos que viven en el territorio estatal. Otro, más estrecho y comprendido en el primero, constituiría la personificación del orden jurídico parcial que regula la función de los individuos calificados como funcionarios estatales.

Kelsen concluye este apartado sosteniendo que la distinción tradicional entre poder judicial y administración pública sólo expresa una diversidad de aparatos burocráticos explicable históricamente, pero no desde un punto de vista sistemático. En cambio, sí habría una diferencia de funciones entre los dos tipos de actividad de la administración que hemos descrito: aquella que, análogamente a las funciones legislativa y judicial, es de producción y aplicación de normas jurídicas, y aquella de cumplimiento del derecho. Partiendo del supuesto de que la finalidad del Estado es obtener conductas conformes a derecho, y que ambos tipos de actividad se atribuyen al Estado, nuestro autor propone hablar, respectivamente, de administración estatal “mediata” e “inmediata”.

Es encomiable este empeño por dilucidar jurídicamente la distinción entre las diversas funciones del Estado: legislativa, judicial y administrativa. Estimamos, sin embargo, que al no tener más en cuenta la realidad de esas funciones a la hora de analizarlas, la *Teoría pura* es incapaz de dar con su contenido esencial, y por tanto, con sus diferencias. Por esta razón, por ejemplo, el jurista vienés no puede encontrar una distinción material entre la función judicial y la llamada “administración mediata”. Tampoco está en condiciones de explicar en qué se diferencia, más allá del problema de lenguaje de la atribución y de la existencia de las obligaciones profesionales de los funcionarios, la administración inmediata con respecto a las actividades de los particulares. Quizá el gran ausente de todos estos análisis es el fin que realmente cumplen esas funciones, ante el cual el formalismo kelseniano debe guardar silencio.

## 6. Producción y aplicación del derecho

Como colofón de esta descripción de la pirámide jurídica estatal, hay que consignar la superación pugnada por Kelsen del dualismo entre producción y aplicación del derecho.<sup>412</sup> Expresa que es erróneo contraponer los actos que producen derecho con los que lo aplican, ya que, salvo la norma básica y la ejecución del acto coactivo, todos los actos jurídicos serían simultáneamente la aplicación de una norma superior, y la producción, determinada por esa norma superior, de una norma inferior. Sólo la *Grundnorm* se limitaría a determinar la producción de la Constitución sin ser aplicación de otra norma; y el acto coactivo, por el contrario, sería tan sólo de aplicación. Toda norma debe estar determinada en su producción por una norma superior, al menos en cuanto al órgano que la producirá. De otro modo, no podría valer como norma de un orden jurídico ni como acto de una comunidad jurídica, puesto que para que esta última interpretación sea posible es necesario que el individuo de que se trate esté autorizado por una norma del orden jurídico a ejercer esa función de producción. Kelsen sostiene que nunca la determinación de la producción del acto puede ser tan limitada que el acto no pueda considerarse ya aplicación del derecho, ni tan amplia que no pueda tenerse como acto de producción.

En el fondo, Kelsen aspira de esta manera a superar la antítesis entre legalismo y decisionismo, a través de una vía media. Pero esta vía media responde a todos y cada uno de los presupuestos fundamentales de la *Teoría pura*: positivismo, normativismo y estatismo.

## XXVIII. LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA AUTÉNTICA<sup>413</sup>

El tema de la interpretación jurídica en la *Teoría pura* se encuentra vinculado esencialmente a la dinámica jurídica. En efecto, los *Problemas capitales*, que

<sup>412</sup> Moor, J., “Creazione e applicazione del diritto”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 14, 1934, pp. 653-680.

<sup>413</sup> TP (2a. ed. al.), cap. VIII, nn. 45-47, pp. 349-356; TP (ed. Fr.), cap. X, pp. 163-178; TP (1a. ed. al.), cap. VI, nn. 32-39, pp. 126-145. Sobre esta materia véase Schreier, Fritz, *Die Interpretation van der Gesetzen und Rechtsgeschäfte*, Viena, 1927; Caiani, Luigi, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Padua, 1954; Gavazzi, Giacomo, “L'interpretazione giuridica in H. Kelsen”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 34, 1957, pp. 217-229; Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, Ariel, 1966, pp. 94-97; Losano, M. G., “Il problema dell'interpretazione in H. Kelsen”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 45, 1968, pp. 524-545; Ringhoffer, K., “Interpretation und Reine Rechtslehre”, *Festschrift für H. Kelsen zum 90. Geburtstag*, Viena, F. Deuticke, 1971, pp. 198-210; Troper, M., “Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique”, *Revue Internationale de Philosophie*, 35, 1981, pp. 518-529.

sólo enfocaban el derecho desde una perspectiva estática, pasaban completamente por alto esta temática. Ella aparecerá bastante más tarde, siendo analizada por las sucesivas ediciones de la *Teoría pura* en forma sustancialmente idéntica. En todas ellas se le dedica un capítulo específico. Nosotros, dada la brevedad del tratamiento kelseniano y su íntima conexión con la nomodinámica, hemos preferido incluirla aquí.

“La interpretación es un procedimiento espiritual que acompaña al proceso de aplicación del derecho, en su tránsito de una grada superior a una inferior”.<sup>414</sup> Por tanto, no se restringe a la ley, sino que se da respecto a cualquier norma, incluso las individuales, en cuanto han de ser aplicadas. Esta sería la interpretación auténtica, de la que trata nuestro autor en primer lugar, distinguiéndola cuidadosamente de la que realizan los individuos al acatar el derecho y de la que lleva a cabo la ciencia jurídica al describir un derecho positivo.

La norma superior suele determinar en su contenido a la inferior, o cuando llegamos a la última grada, a su acto de ejecución. Pero esta determinación nunca es completa o exhaustiva. La norma superior no puede determinar en todos los sentidos al acto mediante el cual se aplica. Siempre dejará un margen de discrecionalidad. Por consiguiente, siempre tendrá el carácter de marco respecto al acto de aplicación. Por ejemplo, no se puede prever, en una orden de arresto, cuándo y dónde se pondrá en prisión a un individuo.

La indeterminación del acto de aplicación puede ser intencional, es decir, haber sido establecida por voluntad del órgano que instauró la norma que ha de aplicarse —por ejemplo, todas las normas generales suponen a las individuales—; o bien, puede ser no intencional, cuando es una consecuencia no buscada que se deriva de la forma de ser de la norma que ha de aplicarse. Es lo que ocurre cuando la expresión lingüística de la norma es ambigua, o cuando —aceptándose esta posibilidad— discrepa esa expresión con respecto a la voluntad real, o cuando hay normas contradictorias con pretensión simultánea de validez.

En todo caso, siempre existen varias posibilidades en la aplicación del derecho, de tal modo que el derecho aplicable es un marco. Entre esas opciones, Kelsen sostiene que no existe una que pueda arrogarse la calidad de correcta o conforme al derecho positivo. El conocimiento del derecho existente sólo conduciría a la determinación de las varias alternativas que deja la norma aplicable, todas ellas en principio igualmente correctas. Sólo podría alcanzarse la determinación de la norma individual, dentro

---

<sup>414</sup> TP (2a. ed. al.), n. 45, p. 349.

del marco de la general, en cuanto tiene lugar un acto de voluntad del órgano de aplicación. Así, la función cognoscitiva jurídica se limitaría a la determinación del marco; la selección de la posibilidad sería una función exclusivamente volitiva en la que influirían criterios y normas extrajurídicos. El acto de voluntad es lo que distingue la interpretación auténtica que tiene lugar, a todos los niveles, dentro del proceso de producción y aplicación de las normas. Por ende, la interpretación auténtica, así entendida, crearía derecho. Nuestro autor advierte, además, que por vía de esta clase de interpretación no estaría excluido que se produzca una norma que esté enteramente fuera del marco que configura la norma aplicable. Cómo sea posible en este caso hablar de “interpretación” es algo que más de un autor se ha preguntado.<sup>415</sup>

La *Teoría pura* de la interpretación, en decidida oposición a todas las teorías tradicionales, opina que, desde el punto de vista del derecho positivo, no existe criterio alguno sobre cuya base pueda preferirse una posibilidad a las demás dentro del marco del derecho aplicable. Por ende, no existiría ningún método jurídico-positivo que permita resolver cuál de los sentidos de una norma es el correcto; ni se habría logrado solucionar —de modo objetivamente válido— el posible conflicto entre voluntad y expresión; ni cómo ha de procederse ante normas que se contradicen mutuamente, y los recursos interpretativos usuales, como el argumento *a contrario* y la analogía, conducirían a resultados contrapuestos, sin que se pudiera optar jurídicamente por uno u otro. Tampoco el principio de estimación de los intereses solucionaría el problema, porque precisamente en la medida en que la norma positiva necesita interpretación, ella no ha solucionado unívocamente el rango que ha de darse a los intereses en conflicto.

Esta interpretación “auténtica” de la que habla Kelsen encaja perfectamente en su visión dinámica y voluntarista de la norma. Cabría preguntarse hasta qué punto le conviene el mismo nombre de “interpretación” tal como ésta se entiende habitualmente, en cuanto operación intelectual dirigida a precisar el sentido de la norma en orden a su aplicación. La interpretación auténtica de Kelsen es esencialmente un acto del querer por el que se elige una posibilidad dentro del abanico que ofrece la norma superior, o incluso fuera de ese abanico, sin que se reconozca ningún criterio jurídico válido para efectuar esa opción. Más aún, sería conveniente plantearse la duda sobre qué criterios deberían utilizarse en la misma determinación del marco: Kelsen no nos dice nada al respecto.

---

<sup>415</sup> Losano, *op. cit.*, p. 531.

XXIX. LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA CIENTÍFICA<sup>416</sup>

Dentro de la interpretación no auténtica del derecho se sitúa la que es realizada por la ciencia jurídica. Kelsen la ve como pura determinación cognoscitiva de los diversos sentidos que tienen las normas jurídicas. Por ello, no produce derecho, del mismo modo que tampoco lo produce la interpretación del individuo que acata la norma, ya que su opción no es auténtica, no siendo obligatoria para el órgano que aplicará la norma en su respecto. Contra la llamada jurisprudencia de conceptos, Kelsen recalca que la interpretación científica no puede crear derecho nuevo ni colmar las llamadas lagunas del derecho. Por tanto, toda elección entre las varias posibilidades que deja la norma no sería función científico-jurídica, sino jurídico-política.

Según nuestro autor, la ficción de que una norma jurídica sólo la omite un sentido, que es el correcto, sirve para mantener el ideal de la seguridad jurídica. Aunque esta ficción tenga ventajas políticas, no podría mantenerse en una exposición científica del derecho positivo. La estricta interpretación científica, que expone todos los significados posibles incluidos en una norma, según su tenor literal, puede tener un efecto práctico —piensa Kelsen— mucho más ventajoso que esa ficción, en cuanto muestre cuánto falta para el ideal de formular el derecho del modo más unívoco posible.

Es curioso que, junto a esta descripción de la interpretación científica del derecho, Kelsen haya sostenido que también compete a la ciencia del derecho la eliminación de las contradicciones entre las normas para revelar que serían sólo aparentes.<sup>417</sup> No obstante, a la vista de su última posición en torno a las relaciones entre derecho y lógica, esta función armonizadora de la interpretación científica ha de ser negada. Se ha eliminado, por tanto, esta singular paradoja.

La parte cognoscitiva de la interpretación auténtica, según Kelsen, coincide enteramente con la tarea que él asigna a la interpretación del jurista: la determinación del marco de posibilidades. De nuevo, es oportuno resaltar que de la interpretación, tal como siempre se ha entendido en el saber jurídico, se nos ofrece una visión completa y radicalmente alterada: ya no se trataría de precisar el sentido correcto, sino de mostrar todos los sentidos posibles. Pensamos que nadie estimará concluido el proceso interpretativo con la sola apertura de la gama de alternativas que se ofrece al intérprete. Por el contrario, lo esencial de esa operación consiste, precisamente, en esforzarse por descubrir la opción correcta. El problema de la *Teoría pura* es

<sup>416</sup> TP (2a. ed. al.), n. 45, p. 349.

<sup>417</sup> De modo muy explícito lo decía en *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., p. 446.



que carece de medios para efectuar ese descubrimiento, por lo que termina rechazándolo como imposible. Su doctrina de la interpretación es, por tanto, fundamentalmente negativa: implica el rechazo de todos los métodos de interpretación que la ciencia jurídica se ha esforzado por afinar a lo largo de su existencia. Positivamente, la *Teoría pura* pareciera contentarse con decirnos: “ateneos a la literalidad del precepto, y procurad realizar un elenco, lo más completo posible, de todas las posibilidades que, ante la letra de la norma, se os ocurran”. Y causando gran perplejidad a ciertos estudiosos de la *Teoría pura*,<sup>418</sup> ella, tan decididamente contraria a toda prescripción efectuada por la ciencia jurídica, prescribe a los juristas, sin inmutarse, este modo de interpretar el derecho. Por lo demás, ni el mismo creador de la *Teoría pura* es capaz de atenerse rigurosamente a sus propios dictados.<sup>419</sup>

La mera selección de las posibilidades que caben en la interpretación de un texto ya implica contradecir el ideal de pureza kelseniano en cuanto necesariamente, al investigar qué quieren decir las palabras, ha de hacerse referencia a la realidad social que es materia de la regulación. La separación ser-deber ser es aquí completamente utópica. El intérprete está siempre condicionado por la realidad en función de la cual realiza su tarea de esclarecimiento de las normas. Por otra parte, sus instrumentos conceptuales, y los correspondientes presupuestos teóricos de los que parta, siempre influirán en su enfoque de las normas positivas, como lo prueba más que suficientemente el caso de Kelsen, tan ilusionado por encajar todos los fenómenos jurídicos dentro de sus conceptos puros. Por tanto, la pureza metódica total es un ideal completamente inalcanzable en sede de interpretación.

La doctrina kelseniana de la interpretación falla sobre todo en la medida en que olvida por completo el fin de esa operación intelectual, descono-

---

<sup>418</sup> También reflejado por Losano, *cit.*, pp. 539 y ss.

<sup>419</sup> Como ejemplo de interpretación de un texto realizada por el mismo Kelsen, puede consultarse su trabajo “El Proyecto de Declaración de los derechos y deberes de los Estados. Observaciones críticas”, *Revista de Ciencias Sociales*, 6, 1974, pp. 433-456. Son observaciones a un proyecto —no a un texto promulgado—, pero como ellas se efectúan desde un punto de vista que, para Kelsen, es estrictamente jurídico, permiten apreciar hasta qué punto se adaptan al método interpretativo puro. Señala, por ejemplo, que a su juicio sólo debiera hablarse de deberes (p. 441) en armonía con su concepción de los derechos como mero reflejo. Hace múltiples críticas desde los presupuestos de su teoría. *V. gr.*, frente al art. 8o.: “Todo Estado tiene el deber de arreglar sus controversias con otros Estados por medios pacíficos, de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz ni la seguridad internacionales ni la justicia”, objeta: “Establecer como deber de los Estados obrar con justicia no fortalece, sino más bien debilita, su deber de someterse al derecho, puesto que la justicia —o lo que los Estados consideran como justo— puede estar en conflicto con la legislación positiva. En tal evento, la estipulación es un bienvenido pretexto para no acatar el derecho”, p. 448.

ciendo la índole práctica de la ciencia jurídica, tendiente a colaborar en la implantación efectiva del derecho. Es cierto que muestra las inconsistencias del legalismo, pero viene a dar en una postura no demasiado alejada de la Escuela del derecho libre, como el mismo Kelsen reconociera.<sup>420</sup> Su afán por que no se abuse ideológicamente de la ciencia jurídica para fines personales, políticos o ideológicos no logra cuajar en la misma vida jurídica, que deja entregada a esos mismos fines que ha eliminado de la ciencia. Su concepción de la ciencia del derecho, limitada a las normas positivas y siempre deseosa de exactitud a toda costa, aleja su doctrina de aquello que la ciencia jurídica realmente es.<sup>421</sup> En definitiva, Kelsen muestra aquí como nunca la intrínseca limitación del positivismo jurídico.

### XXX. LAS LAGUNAS DEL DERECHO<sup>422</sup>

Bien conocida es la doctrina kelseniana sobre las lagunas del ordenamiento jurídico, incluida en las primeras ediciones de la *Teoría pura* dentro del capítulo dedicado a la interpretación, y trasladada, en la edición final, a la sección de la dinámica jurídica que se ocupa de la función judicial. Es una simple modificación sistemática sin consecuencias.

Primeramente se estudian las lagunas propiamente dichas o auténticas. Conforme a la teoría tradicional, tales lagunas se darían cuando no hay derecho válido aplicable a un caso concreto, es decir, cuando el caso no está comprendido en ninguna norma general positiva. El tribunal, para resolver el caso planteado, debería colmar la laguna mediante la producción de la correspondiente norma jurídica individual, que no sería aplicación de ninguna norma general de ese ordenamiento positivo.

Para Kelsen, esta doctrina es errada porque ignora el hecho de que cuando el orden jurídico no establece ninguna obligación el comportamiento de que se trate estará permitido. Por tanto, en las situaciones en las que la teoría tradicional supone una laguna, la aplicación del derecho sería perfectamente posible, y conduciría al rechazo de la demanda o a la absolución. El jurista de Viena explica que, a su juicio, la existencia de una laguna se admite cuando la falta de una cierta norma jurídica en el orden positivo es considerada, por el órgano de aplicación, como indeseable desde un punto

---

<sup>420</sup> Kelsen, H., *Juristischer Formalismus und reine Rechtslehre*, cit.

<sup>421</sup> *Idem*.

<sup>422</sup> TP (2a. ed. al.), n. 35g, pp. 254-258; TP (ed. fr.), pp. 172-178; TP (1a. ed. al.), nn. 40-42, pp. 138-145.

de vista jurídico-político. La aplicación del derecho válido —que conduciría a desestimar la acción— sería vista como insatisfactoria, de acuerdo con un juicio de valor sumamente relativo.

Sin embargo, la técnica de la legislación moderna echa mano de la ficción de las lagunas, según la cual se representa la falta de una norma deseable desde un punto de vista político-moral como si fuera una imposibilidad lógica de aplicación. Se recurre a esta ficción con el fin de limitar la autorización dada al tribunal en el sentido de resolver ciertos casos según su propia apreciación cuando la aplicación del orden jurídico existente resultaría insatisfactoria para la concepción moral-política del juez. Si esta autorización se formulara sin recurrir a la ficción de las lagunas —continúa Kelsen—, significaría otorgar al tribunal un poder demasiado extenso, que además alcanzaría el caso en que la norma jurídica impusiera obligaciones consideradas por él como insatisfactorias. No existiría otra vía de limitación de dicha autorización porque los casos no previstos por el legislador no pueden ser determinados por él: si lo pudiera hacer, los regularía positivamente. La suposición que efectúa el tribunal, de que ese caso no ha sido previsto y de que si se hubiera previsto se habría regulado de otra manera, reposa, a lo sumo, en una conjetura indemostrable, pues la intención del legislador sólo es captable con suficiente seguridad en la medida en que recibe expresión en el derecho que crea.

Esta limitación de la autorización de innovar el derecho sólo se consigue si el tribunal acepta el supuesto, teóricamente insostenible, de las lagunas, ya que el juez, sobre todo si es inferior, no se inclina fácilmente a tomar sobre sí la responsabilidad de una innovación creadora en el derecho. En cambio, si fuera consciente del carácter ficticio de la fórmula, ese efecto limitativo no se conseguiría: antes bien, descubierta la verdadera entidad de la fórmula, la pretendida limitación se autosuperaría y se abriría la vía de la más amplia no aplicación del derecho cuando el tribunal lo considera insatisfactorio.

En segundo término, trata de las lagunas técnicas, que tendrían lugar cuando el legislador omite reglar algo que debería haber regulado para que fuera posible, desde un punto de vista técnico, aplicar la ley. Tales lagunas, dice el autor, o serían auténticas —*v. gr.* si la ley no señalara, en el contrato de compraventa, quién corre con el riesgo de la pérdida de la cosa, seguiría en vigor la obligación del vendedor de entregar la cosa o reparar el daño, aunque ello apareciera como indeseable—; o bien, estaríamos en presencia de la indeterminación que proviene del carácter de marco que tiene toda norma —por ejemplo, si tratándose de un órgano que debe elegirse, no se especificara el procedimiento electivo—; o, en fin, cabría la hipótesis de que la ley prescribiera algo sin sentido, que resulta sencillamente inaplicable

—como si una asamblea sólo pudiera ser convocada por su presidente y éste sólo pudiera ser elegido por la asamblea convocada—.

Esta visión de las lagunas en el derecho combina el positivismo kelseniano con su tesis del mínimo de libertad —todo lo no prohibido está permitido—, y muestra todo el ingenio del autor para explicar la supuesta ficción de las lagunas por el orden jurídico positivo. En cierto modo opera aquí el ideal de la plenitud del ordenamiento positivo, tan típico del positivismo del siglo XIX. Aunque el precio consiste en reconocer que hay muchos conflictos que no pueden ser resueltos por las normas positivas, con lo cual queda cerrada toda vía de resolución jurídica, a menos que se contradiga el positivismo y se reconozca el papel del derecho natural en la aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico. Los jueces, al pensar que hay lagunas en el derecho positivo contenido en las normas generales, realmente no son víctimas de un engaño —como pretende Kelsen—: se dan cuenta de que el monismo jurídico positivista no concuerda con la realidad del derecho. Por esto, reconociendo la existencia de lagunas en el derecho, estimamos que Kelsen lleva razón en cierto sentido, en cuanto debe negarse la existencia de lagunas en el ordenamiento jurídico total, pues de otro modo no sería posible solucionar jurídicamente todos los casos que se planteen.

### XXXI. CONFLICTOS ENTRE NORMAS DE DIVERSO NIVEL<sup>423</sup>

Como una materia específica dentro del tema de la unidad lógica del orden jurídico, y de la consiguiente eliminación de las contradicciones, la edición de 1960, al igual que las precedentes, se extiende en el estudio de los conflictos entre normas jurídicas situadas en gradas o estratos diferentes de la estructura jerárquica. A la luz de las modificaciones que el autor introdujo al fin de su vida en su enfoque de las relaciones entre derecho y lógica, la exposición que enseguida sintetizaremos debe ser comprendida en una clave distinta. Ya no se trataría de principios lógicos de solución de los conflictos provenientes de la ciencia jurídica, sino de principios —expresos o tácitos— contenidos en el mismo derecho positivo. No obstante, Kelsen no abordó directamente este tema en *Teoría general de las normas*.

En todo este análisis opera la teoría de “la regla alternativa” (*Alternativ-Vorschrift*), cuyos antecedentes se sitúan en la doctrina del “cálculo de error” (*Fehlerskalkül*) elaborada por Merkl. Su sentido se aclarará una vez que ha-

<sup>423</sup> TP (2a. ed. al.), n. 35j, pp. 273-284; TP (ed. fr.), pp. 155-161; TP (1a. ed. al.), n. 31h, pp. 120-126.

yamos resumido las conclusiones de Kelsen sobre dos tipos específicos de conflictos entre normas de diferente nivel: la sentencia contra ley —cuyo examen constituye una novedad de la segunda edición en alemán—, y la ley inconstitucional, tema tan querido por Kelsen, orgulloso del sistema de control de la constitucionalidad que insertó en la carta fundamental austriaca, cooperando así de modo relevante al perfeccionamiento de la técnica constitucional contemporánea.<sup>424</sup>

Usualmente se habla de sentencias contrarias a la ley o de leyes inconstitucionales. Parece como si fuera posible la existencia de una norma contraria a otra norma, de un derecho antijurídico. Pero conforme a la concepción que entonces preconizaba el autor, ello se rechaza como imposible, en cuanto impediría la unidad del sistema normativo. Por consiguiente, la expresión “norma contraria a otra norma” sería una contradicción en los términos, puesto que, tratándose de normas de diverso nivel, si la norma inferior no correspondiera a la norma superior, aquella no podría considerarse como norma jurídica en ningún sentido. Si la validez le viene dada por su adecuación a la norma más elevada, sería imposible postular una norma válida que no se conforma con la norma que regula su producción.

Kelsen se enfrenta con el caso de una sentencia judicial que contraría en su contenido a la norma general aplicable. Esa sentencia puede ser anulada a través de los procedimientos previstos en el derecho. Pero como existe la cosa juzgada, es perfectamente posible que adquiera validez una norma individual cuyo contenido no se ajusta a la norma general. Con el fin de considerar a la norma individual contraria a la norma general como derivada de ésta última, Kelsen echa mano de la teoría de la regla alternativa. La norma general contendría una alternativa, conforme a la cual el órgano de aplicación estaría facultado para optar entre estas dos posibilidades: producir una norma individual cuyo contenido está predeterminado por la norma general, o bien, determinar él mismo el contenido de esa norma individual. Esta norma general alternativa existiría tanto para el tribunal supremo, siendo en tal caso definitiva, como para los tribunales inferiores, siendo entonces provisional, en cuanto caben recursos contra sus sentencias.

En suma, nunca habría conflicto entre una sentencia y las normas generales que el tribunal debe aplicar, ni siquiera cuando una sentencia judicial es revocable. El fundamento objetivo de la anulabilidad de la sentencia de primera instancia contraria al contenido de una ley no radicaría en la ilegalidad de la norma individual producida, sino en la posibilidad prevista por el orden jurídico de otorgar validez definitiva mediante un procedimiento

<sup>424</sup> Métall, R. A., *Hans Kelsen. Vida y obra, cit.*, p. 43.

*ad hoc* a la otra alternativa no realizada en la sentencia recurrida. Por tanto, no habría sentencias legales o ilegales, sino sólo recurribles o pasadas en autoridad de cosa juzgada, es decir, provisional o definitivamente válidas.

Similar análisis se lleva a cabo a propósito de la ley inconstitucional. Desde luego, esa expresión carecería de sentido, ya que una ley sólo puede serlo en virtud de fundarse en la Constitución. Si no, sería inexistente desde el punto de vista jurídico. Por tanto, “la ley inconstitucional” sería una ley válida que, sin embargo, puede ser derogada no sólo —como cualquier ley— mediante otra ley posterior, sino también por medio de un procedimiento especial previsto por la Constitución. Mientras no fuera derogada, sería perfectamente constitucional. Kelsen pasa revista con cierto detalle a las diversas posibilidades que caben respecto del control de la constitucionalidad de las leyes, según que exista un tribunal especial para pronunciarse sobre ello, o bien, todos los tribunales estén autorizados para hacerlo, o bien, a ninguno compete esa atribución. También contempla la hipótesis de responsabilizar personalmente a ciertas personas que hayan participado en la promulgación de la ley “inconstitucional”. En todo caso, estas mismas comillas con que acabamos de escribir el término “inconstitucional” expresan muy bien el núcleo de la solución kelseniana, que es, de nuevo, una simple aplicación de la doctrina de la regla alternativa. La ley contraria a la Constitución sería ley, en cuanto la Constitución la contemplaría como una posible alternativa, aunque articulara ciertos mecanismos tendientes a su eliminación. Por otro lado, el caso de la responsabilidad y sanciones dirigidas contra los órganos que han intervenido en la dictación de una ley que se opone al contenido de la Constitución proporciona a nuestro autor un argumento para combatir el carácter absoluto del tradicional principio según el cual *ex injuria ius non oritur*, puesto que en tal supuesto habría una ilicitud sancionada de la que, no obstante, emanaría derecho completamente válido.

Perfilando y generalizando su doctrina, Kelsen expresa que la cuestión relativa a la adecuación de un acto que se presenta con la pretensión de producir una norma, con la norma superior que regula su producción o su contenido, ha de ser resuelta por un órgano autorizado jurídicamente para ello. Pero respecto al acto de este último órgano se plantea, a su vez, el problema sobre si es el efectivamente competente, lo que ha de ser resuelto por un órgano superior. Por tanto, es necesario que existan órganos supremos sobre cuya competencia ya nadie puede resolver. Esos órganos supremos se revelarían como tales en cuanto las normas instauradas por ellos son eficaces en términos generales. En definitiva, entraría a jugar el principio de efectividad.

Al concebir la norma general como una alternativa en la que se comprende tanto la posibilidad de una norma individual adecuada en su contenido a la general como la de una norma individual totalmente opuesta, Kelsen priva de sentido a la norma general, pues ordenar cosas contradictorias como disyuntivas equivale a no ordenar nada. En el fondo, esta teoría pretende armonizar la doctrina dinámica pura con lo que de hecho sucede en los derechos positivos. Por eso predomina, en último término, el criterio de la eficacia: la norma inferior, como más inmediatamente operativa que consigue implantarse de modo efectivo, es siempre considerada una norma válida. Por lo demás, esta construcción lógica no satisface a casi ningún autor.<sup>425</sup>

### XXXII. NULIDAD Y ANULABILIDAD<sup>426</sup>

Para una mejor comprensión de la doctrina kelseniana resulta muy sugestiva su exposición acerca de la nulidad y la anulabilidad en el derecho. Su tesis central es la siguiente: dentro de un orden jurídico, una norma jurídica no puede ser nula, sino sólo anulable. No es que niegue la existencia de “normas” que sólo tienen la apariencia de tales, pero sostiene que ellas se sitúan fuera del dominio del derecho. Como hemos visto en relación con la sentencia *contra legem* o con la ley inconstitucional, la expresión “norma contraria a derecho” sería intrínsecamente contradictoria. Luego, tampoco tendría sentido hablar de una “norma nula”. En cambio, una norma válida puede ser anulada; en esto consistiría la anulabilidad.

Caben grados en esta anulabilidad: puede que sólo se suprima la norma en lo concerniente a sus efectos futuros, permaneciendo sin alteración los ya producidos; puede que estos últimos sean anulados con efecto retroactivo. Pero tampoco en este caso habría una nulidad *ab initio*, ni la sentencia respectiva sería declarativa, sino que habría, propiamente, anulación constitutiva. Lo que se llama “nulidad” constituye, para nuestro autor, sólo el grado superior de anulabilidad, caracterizada por sus efectos retroactivos. Aunque el orden jurídico establezca que una norma debe ser considerada como nula *a priori* —es decir, antes de lo que sería mera declaración de nulidad—, Kelsen observa que debe existir quien determine la presencia de las condiciones de la nulidad. Esta comprobación, conforme a su doctrina sobre los hechos jurídicos, tendrá necesariamente un carácter constitutivo. Por ende,

<sup>425</sup> Por ejemplo, Eikema, H., *op. cit.*, p. 19; Esquivel, J., *op. cit.*, p. 161.

<sup>426</sup> TP (2a. ed. al.), n. 35k, pp. 283-284; TP (ed. fr.), p. 158; TP (1a. ed. al.), n. 31h, p. 124.

habrá anulación de algo que hasta entonces era considerado válido. De este modo el derecho, cual rey Midas, convertiría en jurídico todo lo que toca. Si hubiera auténticas nulidades *a priori*, ellas escaparían del dominio de lo jurídico, dado que no es posible determinar jurídicamente las condiciones en que ellas tendrían lugar en concreto, y siempre habría que establecer un órgano que efectuara esa determinación. Es obvio que hay casos en que algo que aparece con la pretensión de ser una norma no requiere de ningún acto especial de anulación, como ocurre, por ejemplo, con una “ley” dictada por un loco en un manicomio. Pero tal acto escaparía del dominio jurídico y, apenas entrara en él, al ser considerado como supuestamente válido, estaríamos ya en presencia de la anulabilidad y no de la nulidad.

La noción kelseniana de validez se funda en el principio dinámico de autogénesis del derecho, entendido de modo formalista. La validez sería algo perteneciente al ámbito del *Sollen*, y se apoyaría en la correspondencia con una norma superior. Por tanto, la validez no sería algo real. Tampoco la correspondencia entre una norma y otra aparece como dada en la realidad, sino que sólo existe en cuanto un órgano, autorizado para comprobarla, realiza un acto que la constituye como hecho jurídico. Pero respecto de tal acto de comprobación, cuyo sentido es una norma, se replantea el problema de su validez. Para no incurrir en una cadena infinita, Kelsen recurre a su tesis de la cosa juzgada como caso límite y al principio de efectividad en la actuación de los órganos supremos. Con ello parece contradecir todo su anterior esfuerzo por distinguir los hechos naturales de los hechos jurídicos, la eficacia de la validez, el *Sein* del *Sollen*.

De acuerdo con esta concepción de lo válido, lo nulo sólo existiría en cuanto se establece por una norma, que lo constituye. No habría algo nulo “en sí”, como tampoco algo válido “en sí”, salvo los casos límites. Por este motivo no tiene sentido, dentro de la *Teoría pura*, resolver el problema de la nulidad recurriendo a la existencia de apariencias jurídicas, como si lo nulo fuera aparentemente válido y la sentencia de nulidad sólo fuera declarativa. Ello significaría concebir la nulidad y la validez como algo inserto en la realidad, lo que infringiría el principio de la separación *Sein-Sollen*.

En su análisis, el autor parece introducir implícitamente un principio de presunción de validez, en el sentido de que, desde el momento en que se plantea un caso de supuesta nulidad ante un órgano jurisdiccional, se partiría del presupuesto de la validez. Más aún: como lo ilustra muy bien la comparación con el rey Midas, apenas fuera cuestionada la validez de una norma ante un tribunal, ella se convertiría en jurídicamente válida, hasta que no fuera anulada por la sentencia. No alcanzamos a comprender cómo se compatibiliza este aspecto de la doctrina con la rígida separación entre



ser y deber ser. Nos parece que sería más lógico pensar que antes de la intervención del órgano no cabría sostener ni la validez ni la nulidad, sino que sólo existirían meras opiniones al respecto.

No podemos perder de vista que lo que realmente prima en toda esta construcción es la “descripción” de lo que de hecho acaece. Por ello, creemos que lo válido termina por confundirse con lo eficaz, y lo anulado, con lo ineficaz. Estamos ante otra muestra del precario éxito de la empresa kelseniana de fundar la validez y distinguirla de la eficacia, sobre la base de la autoproducción del derecho y la teoría de la *Stufenbau*.

## CAPÍTULO QUINTO

# DERECHO, ESTADO Y DERECHO INTERNACIONAL

### *Sección I: Derecho y Estado*

#### XXXIII. DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO<sup>427</sup>

El capítulo VI de la *Teoría pura* —titulado “Derecho y Estado”— desarrolla una de las tesis más características y polémicas de la doctrina kelseniana: la identificación completa entre el Estado y el derecho. El capítulo VII, por su parte, cuyo título es “Estado y derecho internacional”, contiene la teoría kelseniana sobre el orden jurídico internacional, en sí mismo y en su relación con los órdenes jurídicos nacionales. Ambos capítulos representan la aplicación de las tesis de la teoría general del derecho —expuestas sobre todo en la estática y dinámica jurídicas—, primero al ordenamiento estatal como un todo y luego al sistema jurídico internacional. Reseñaremos brevemente las principales conclusiones a que llega el jurista vienés en estos dos capítulos, agregando sus ideas acerca del derecho canónico, no recogidas en la *Teoría pura*, sino en la *Teoría general del Estado*. Al conocer esas ideas se comprenderá por qué nos parece este lugar sistemático como el más apropiado para darlas a conocer.

La exposición de la doctrina sobre “Derecho y Estado” se detiene al principio —tras un párrafo sobre las formas de Estado, que más adelante resumiremos— en lo que, para Kelsen, constituye la reducción de la falsa antinomia entre derecho público y derecho privado, tesis que, en su doctrina, apareció con anterioridad a la de la identificación del Estado con el derecho, preparando el camino para arribar a ésta última. A Weyr corresponde el haber criticado por primera vez en 1908, desde una perspectiva afín a la kelseniana, la antítesis entre ambas clases de derechos.<sup>428</sup> La superación de esa distinción ya fue recogida en los *Problemas capitales*.<sup>429</sup>

<sup>427</sup> TP (22 ed. al.), nn. 37-38, pp. 286-289; TP (ed. fr.), pp. 180-185; TP (1a. ed. al.), nn. 44-45, pp. 147-154. Véase Gusin, Arnold, “Öffentliches Recht und Privatrecht”, *Zeischrift für Öffentliches Recht*, 9, 1930, pp. 48-510; y Moor, Julius, “Öffentliches und privates Recht”, *Revue Internationale de la Théorie du Droit*, 12, 1938, pp. 9-21.

<sup>428</sup> Weyr, F., *Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystem*, cit.

<sup>429</sup> *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (2a. ed.), cit., pp. 629-655.

Como es su costumbre, Kelsen empieza por la exposición de la doctrina tradicional, que, habiéndose afanado mucho en esta cuestión, no ha sido capaz de resolverla de modo plenamente satisfactorio. La tesis más difundida se funda en una distinción de las relaciones jurídicas. Así, mientras el derecho privado relaciona sujetos con el mismo valor jurídico, el derecho público establece una relación en que uno de los sujetos tiene un mayor valor jurídico frente al otro. En tanto las primeras serían relaciones jurídicas propiamente dichas, las otras —como las existentes entre el Estado y sus súbditos— serían más bien de poder o de dominación, lo que supondría una contraposición entre derecho y fuerza no jurídica. Kelsen se pregunta en qué consiste el plus de valor que se concede a unos sujetos. Según él, sólo significaría que el orden jurídico otorga a unos sujetos, calificados como órganos o autoridades, la facultad de obligar a los súbditos mediante una manifestación unilateral de voluntad. El caso típico sería el de la orden administrativa. Se trata de una producción autocrática de normas en la que el obligado no tiene participación, opuesta a lo que el autor denomina “el método democrático de producción del derecho”, cuyo caso típico sería el contrato. De este modo, la distinción entre derecho público y derecho privado se relativiza. La *Teoría pura*, con su enfoque universalista, contempla tanto el negocio jurídico privado como la orden administrativa en cuanto hechos productores de derecho, igualmente atribuibles a la unidad del orden jurídico, pudiendo ser expresión de la así llamada “voluntad del Estado”. De extrasistemática —como distinción entre algo jurídico y algo no jurídico— la distinción se convertiría en intrasistemática, reduciéndose a una cuestión de método de producción de las normas.

Al mismo tiempo, nuestro autor sostiene que tras la distinción tradicional laten presupuestos ideológicos tendientes a dar libertad al gobierno y a los órganos administrativos frente al orden jurídico legal, de modo que primara el interés estatal o el bien público por encima del derecho estricto. Por otro lado, con tal dualismo se opondrían lo político y lo privado, ocultándose la evidencia de que el derecho privado es igualmente tan escenario del poder político como el derecho público producido por la legislación y la administración. El sistema de producción de normas jurídicas individuales basado en el principio de autodeterminación tiene un carácter democrático y, según Kelsen, correspondería a un sistema económico capitalista. Aunque nada impediría que un sistema de producción democrática de normas individuales fuera unido a uno autocrático respecto a las normas generales, o, al revés, uno democrático en cuanto a las generales podría darse junto a una producción autocrática de las normas individuales, propia de un sistema económico socialista.

La exposición de la doctrina tradicional, al igual que en tantas otras ocasiones, está simplificada al máximo, de manera que ya preanuncia la crítica kelseniana. En efecto, pensamos que, aun sosteniendo que tanto el derecho público como el derecho privado son verdaderamente derecho, se puede mantener la tesis de que la distinción va más allá de un mero recurso didáctico o de un simple problema de producción de las normas ligado a determinados sistemas económicos y políticos. Pero el formalismo kelseniano no puede penetrar más a fondo en esta compleja cuestión, sencillamente porque dentro de su objeto de estudio no entran la sociedad, la autoridad, las personas humanas, las agrupaciones formadas por éstas, etcétera, en cuanto realidades anteriores al orden jurídico positivo. Es muy lógico, por tanto, que no pueda captar lo que distingue realmente las relaciones de derecho público de las de derecho privado.

Algo que no suele destacarse al exponer la doctrina kelseniana es que su reducción se produce en una dirección bien precisa: hacia el derecho público. El derecho privado acaba transformado en derecho público. En efecto, las relaciones contractuales sólo tendrían valor jurídico en cuanto autorizadas o delegadas por las normas generales de un orden estatal. Por tanto, no puede haber en este esquema una auténtica autonomía privada. El derecho es norma, y ésta, a su vez, se identifica con la norma pública: estatal, preestatal u supraestatal. De ahí que un negocio jurídico privado sería una manifestación de la voluntad estatal. Pero en cierto sentido la *Teoría pura* ha tenido una influencia beneficiosa, al destacar que el derecho público es auténtico derecho, colaborando a la implantación del principio de legalidad del acto administrativo y a la articulación del contencioso-administrativo.

#### XXXIV. LA IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO Y EL ESTADO<sup>430</sup>

En *Problemas capitales*, Kelsen consideraba al derecho y al Estado como dos aspectos de un mismo fenómeno, aunque no estaba claro de qué fenómeno

---

<sup>430</sup> TP (2a. ed. al.), n. 36, pp. 285 y 286, nn. 39-41a, pp. 289-294, n. 41e, pp. 319-321; TP (ed. fr.), pp. 179 y 180, 187-198; TP (1a. ed. al.), n. 43, pp. 145-147, nn. 46-48, pp. 154-170. Véase Condorelli, Orazio, "Il rapporto fra Stato e diritto secondo il Kelsen", *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 3, 1923, pp. 307-315; Recaséns Siches, Luis, "Estado y derecho. El problema acerca de si son distintos o bien una sola e idéntica entidad", *Studi filosofico-giuridici dedicati al Prof. Giorgio Del Vecchio*, Modena, 1931, II, pp. 314-345; Rangel Frías, Raúl, *Identidad de Estado y derecho en la teoría jurídica pura de Hans Kelsen*, México, 1938; Leoni, Bruno, "Il concetto di «Stato» nella teoria kelseniana", *Scritti vari di Filosofia del Diritto*, Milán, Giuffrè, 1961, pp. 205-216.

se trataba.<sup>431</sup> Ya criticaba la visión del Estado como creador del derecho y la teoría de la autolimitación del Estado por el derecho elaborada por Jellinek. Sin embargo, no había alcanzado todavía la total identificación entre ambos conceptos, tal como la sostuvo más tarde, haciéndola objeto de un estudio específico —*Der soziologische und der juristische Staatsbegriff* (El concepto sociológico y jurídico de Estado) (1922)—,<sup>432</sup> convirtiéndola en el núcleo de su primera obra de síntesis, la *Teoría general del Estado*,<sup>433</sup> y manteniéndola invariablemente hasta el fin de sus días.

La incorporación de esta tesis a la *Teoría pura* resultó de la suma de diversas modificaciones o complementos que ella recibió durante el periodo vienés del quehacer científico del autor. En primer lugar, influyó muy decisivamente la inclusión del elemento dinámico, y sobre todo la consideración de los actos singulares estatales como normas individuales. En sus *Problemas capitales*, como el derecho se limitaba a las normas generales, y en cambio se reconocía que el Estado entraba en contacto con la sociedad, sobre todo a través de actos singulares, era inevitable afirmar que el derecho y el Estado no coincidían. Superada esa restricción del derecho a las normas generales, se allanaba el camino para identificar el derecho con el Estado. Dos elementos contribuyeron a fundamentar esta conclusión. Por una parte, la más consciente inspiración en el idealismo metódico de Cohen proporcionó una explicación epistemológica: considerar al Estado desde el punto de vista jurídico significa concebirlo como derecho, siendo un producto del método jurídico y, por tanto, nada distinto al derecho, que como tal no podría ser objeto del conocimiento del jurista. En segundo lugar, también influyó la teoría ficcionista de la personalidad jurídica, que ya hemos explicado.<sup>434</sup> El Estado sería la personificación ficticia de la unidad del conjunto de normas que forman un orden jurídico nacional. Y desde otro punto de vista, el propio Kelsen ha confesado que su doctrina se inspiró directamente en el Estado que conocía, el de la monarquía austro-húngara anterior a la Primera Guerra Mundial, formado por una amalgama sumamente heterogénea de nacionalidades y dotado de una unidad exclusivamente jurídica.<sup>435</sup>

---

<sup>431</sup> Losano, M. G., *Saggio introduttivo*, cit., pp. 28-32, a quien sigo en esta parte.

<sup>432</sup> *Cit.*

<sup>433</sup> Véase el prólogo de esta obra, pp. VII-X.

<sup>434</sup> Villey, Michel, *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Universidad Católica de Valparaíso, 1976.

<sup>435</sup> Métall, R. A., *Hans Kelsen. Vida y obra*, cit., p. 49. Kunz en *La teoría pura del derecho*, cit., pp. 10 y ss. y pp. 31-33, además de resaltar este aspecto específico, afirma que, en general, la *Teoría pura* sería un producto típicamente austríaco, por su universalismo, su oposición a los fanatismos ideológicos, etcétera.

Por lo demás, esta conclusión había sido, en cierto modo, preparada por el positivismo estatalista del siglo pasado. Una vez incorporada al sistema kelseniano, se aviene perfectamente con el principio clave de separación ser-deber ser, en cuanto la sociedad, en tanto perteneciente al *Sollen*, sólo sería norma o conjunto de normas. También cuadra con la concepción del derecho como norma coactiva, en especial con la doctrina del monopolio de la fuerza por el orden jurídico, así como con el afán por dotar de unidad al sistema de normas. En conclusión, estamos ante un punto de confluencia de múltiples presupuestos kelsenianos.

Recorramos sumariamente las explicaciones del autor, que no han experimentado cambios de relieve a través de las sucesivas ediciones de la *Teoría pura*. El lector ya estará acostumbrado a comenzar con la crítica de la doctrina tradicional, que, en este caso, corresponde a la teoría de la autolimitación del Estado propugnada por Jellinek.

Ya en la crítica de la oposición derecho privado-derecho público ha mostrado el dualismo tradicional entre derecho y Estado, que según nuestro autor, dominaría en la ciencia del derecho moderno y en todo el pensamiento social. Se contraponen, haciendo del Estado un ente distinto del derecho, que existiría con independencia del orden jurídico pero que a la vez se considera un ente jurídico, sujeto de derechos y obligaciones.

Paralelamente a lo que ocurre en la teoría del derecho privado, en que se afirma la personalidad jurídica del individuo como lógica y temporalmente anterior al derecho objetivo, aquí en la teoría del “Estado de derecho” se supone al Estado como independiente del derecho, e incluso existente antes de él. Pero se agrega que el Estado crea su derecho para luego autosometerse a él: es la teoría de Jellinek de las dos caras del Estado y de la autolimitación del Estado por el derecho que Kelsen rechaza como contradictoria.

El dualismo de Estado y derecho cumpliría una función ideológica, consistente en justificar al Estado y así reforzar su autoridad. Abandonada la legitimación religioso-metafísica del Estado —explica el autor—, esta teoría, por más contradictoria que sea, es la única posible justificación. La idea del autosometimiento sería absurda, en cuanto algo producido por el propio Estado sería lo que lo limitaría y lo justificaría. Pero Kelsen nos recuerda que para las ideologías no importan las contradicciones, porque ellas no aspiran a conocer la verdad, sino a determinar la voluntad.

Nuevamente, la presentación del adversario —la teoría tradicional— es no sólo demasiado sumaria, sino también muy unilateral, en cuanto elige precisamente una teoría tan débil como la del autosometimiento del Estado

al derecho creado por él mismo, pensando que así se supera toda doctrina que niegue la identificación del derecho y el Estado.

Luego pasa a desarrollar su propia tesis, que afirma la identidad del Estado con el derecho. ¿Qué es el Estado? Según el jurista austriaco, el Estado, para un conocimiento liberado de ideología, metafísica y mística, tendría las siguientes notas: *a)* ser un orden de la conducta humana; *b)* ser un orden coactivo y, por tanto, jurídico (dice que el adjetivo “político” sólo haría referencia a la coacción), y *c)* poseer un cierto grado de centralización, es decir, tener el carácter de una organización en sentido estricto, en la que hay órganos que funcionan con división del trabajo para la producción y aplicación de las normas que constituyen ese orden. De esta manera, no todo orden jurídico sería un Estado. La tercera característica enunciada sería la que diferencia al orden estatal del orden primitivo o preestatal, y del orden, supra o interestatal, del derecho internacional. En estos órdenes las normas jurídicas generales no son producidas por un órgano legislativo central, sino por la costumbre, por lo que el procedimiento de producción general del derecho está descentralizado. Por otra parte, en ambos rige la autodefensa, o sea, la justicia por propia mano. Los individuos que aplican las sanciones consuetudinarias, aunque actúan como órganos de derecho, no son órganos centrales que funcionan con división del trabajo.

Conforme a lo expresado, el Estado, como comunidad social, se constituye, según nuestro autor, mediante un orden normativo, y se identifica con éste. Como una comunidad sólo puede constituirse mediante un orden, el orden que constituye al Estado sólo podría ser el orden relativamente centralizado, que es el orden jurídico estatal. Como se puede apreciar, juega un papel decisivo la concepción de la unidad del orden jurídico.

Los elementos del Estado —población, territorio y poder— son explicados por Kelsen desde un punto de vista jurídico puro. De este modo, la teoría del Estado sería una parte de la teoría del derecho, parte que fue expuesta en la gran síntesis de la *Teoría general del Estado*. La población del Estado se entiende como el dominio de validez personal del orden jurídico estatal, dado que no existe otro criterio unificador de las personas que forman esa población. El territorio se identifica con el dominio territorial de validez del mismo orden jurídico, mientras que el poder del Estado vendría a ser la validez de un orden jurídico eficaz, ya que lo que diferencia al poder estatal de otras relaciones de poder es el hallarse jurídicamente regulado. La potencia del Estado no sería más que la eficacia del orden jurídico estatal. También agrega el elemento consistente en la existencia temporal del Estado, que simplemente equivaldría al dominio de validez temporal del orden estatal.

Así, llegamos a la definición kelseniana de Estado: “orden jurídico relativamente centralizado, limitado en su dominio de validez territorial y temporal, soberano e inmediatamente determinado por el derecho internacional (tema que abordaremos al tratar las relaciones entre ambos ordenamientos), eficaz en términos generales”.<sup>436</sup>

El Estado, para el derecho, por consiguiente, sólo sería derecho. Es exactamente lo mismo que nos ha dicho a propósito de la persona física, de la persona jurídica, de la obligación jurídica, del derecho subjetivo, etcétera. En definitiva, no es sino otra reducción de todo lo que existe en el mundo jurídico a pura norma positiva.

La proposición inversa —o sea, la que reduce el derecho a Estado— no es tan exacta en la *Teoría pura*, ya que se reconoce la existencia de órdenes jurídicos no estatales, otorgándose una clara preeminencia al concepto de derecho como norma coactiva, ya que el Estado no sería más que una personificación ficticia de un determinado conjunto de normas dotado de ciertas características. Por lo tanto, no es demasiado preciso el calificar a Kelsen de estatista, aunque sí puede llamársele “publicista” con todo rigor, puesto que todas las normas jurídicas, en su concepto, emanarían del poder social, más o menos centralizado o descentralizado.

A la ciencia del derecho kelseniana no le interesa más que la norma. Lo demás, por cierto, no se niega —al menos, por lo que atañe a la existencia de las relaciones de poder, y a la de las ideologías cuyo influjo social se reconoce muy significativo—, pero, en virtud de la pureza metódica total, no caería en un terreno jurídico. En todo este tema brilla por su ausencia toda consideración de la realidad social, y en particular, de la finalidad del Estado.

Por otra parte, la crítica a la teoría de Jellinek nos parece muy acertada y sumamente instructiva, en cuanto muestra que no puede haber auténtica limitación jurídica del poder estatal si se niega la existencia de un derecho suprapositivo. El positivismo kelseniano, con su lucidez habitual, presta así un valioso servicio a la doctrina del derecho natural.

Desde su perspectiva pura, el autor lleva a cabo una reinterpretación de algunas expresiones corrientes en la teoría jurídica sobre el Estado. Decir que el Estado crea el derecho sólo significaría que ciertos hombres, cuyos actos son atribuidos al Estado —como personificación del orden jurídico total limitado espacial y temporalmente, y que goza de una cierta descentralización—, producen el derecho. Es decir, querría decir simple-

<sup>436</sup> TP (2a. ed. al.), n. 41 a, p. 294.



mente que el derecho regula su propia producción, porque, como ya sabemos, la condición para efectuar esa operación intelectual de atribución consiste en que los actos de que se trate estén determinados por las normas jurídicas. La “obligación autoimpuesta del Estado”, por su parte, expresaría que las obligaciones y derechos que se atribuyen a la persona del Estado están establecidos justamente por el orden jurídico cuya personificación es el Estado. Pero no puede olvidarse que lo único existente como objeto del conocimiento jurídico sería el mismo derecho como norma coactiva: lo demás serían ficciones, conceptos auxiliares, operaciones mentales. También se detiene a explicar el significado del “Estado de derecho”. Ante todo, indica que un Estado no sujeto a derecho es impensable, ya que el Estado no es más que derecho. Por tanto, todo Estado sería Estado de derecho, y la expresión constituiría un pleonismo. Sin embargo, se emplea para aludir a cierto tipo de Estado: aquel que corresponde a las exigencias de la democracia y a la seguridad jurídica a través de ciertas instituciones, como son el principio de legalidad de los actos judiciales y administrativos, la dictación de las leyes por un parlamento elegido por el pueblo, la independencia de los tribunales, la garantía de ciertos derechos y libertades de los ciudadanos, etcétera. De este modo, Kelsen confiesa que desde el punto de un positivismo coherente, no tiene sentido, como distinción esencial, la expresión “Estado de derecho”. Él mismo señala que tras ella habría un prejuicio iusnaturalista.

El presente capítulo de la *Teoría pura* se cierra con la afirmación de que se ha logrado disolver críticamente otro dualismo, el de Estado y derecho. Este dualismo constituye, a juicio del autor, una de las duplicaciones que surgen cuando el conocimiento hipostasía la unidad que constituye su objeto, ya que el Estado no es otra cosa que la personificación, esto es, la expresión unitaria, del orden coactivo en que consiste el derecho. Traza un paralelo ampliamente desarrollado en *El concepto sociológico y jurídico del Estado*, comparando el dualismo Estado-derecho con el que existiría entre Dios y el mundo. Al igual que su doctrina ficcionista, su enfoque de las relaciones entre Dios y el mundo está tomado de Vaihinger.<sup>437</sup> He aquí los términos de la comparación: así como el poder y la voluntad serían la esencia de Dios, también el poder y la voluntad constituirían la esencia del Estado; de modo semejante a la simultánea trascendencia e inmanencia de Dios con respecto al mundo, se afirmarían la trascendencia y la inmanencia del Estado frente al derecho; igual que Dios se hace hombre, según lo que llama “el mito de la conversión”, el Estado se somete al derecho; por fin, ambos dualismos

<sup>437</sup> Vaihinger expone esta concepción en su libro *Die Philosophie des Als-Ob*, cit.

serían superados, respectivamente, a través del panteísmo y de la identificación entre el Estado y el derecho. Más allá del cúmulo de confusiones teológicas que este pasaje revela,<sup>438</sup> y del panteísmo que se ha visto en nuestro autor,<sup>439</sup> aflora aquí, sobre todo, la actitud agnóstica de Kelsen frente a todo lo trascendente. Para él, se trataría de un sugestivo paralelismo entre mitos teológicos y políticos cuyo objetivo sería combatir los intentos ideológicos de legitimación o justificación del Estado por el derecho.

La concepción kelseniana sobre las formas de Estado es un corolario de este planteamiento. Las formas de Estado —democracia, autocracia, república, monarquía— no serían más que distintas formas o métodos de producción del derecho, que se reducirían a dos: aquellos en los que el hombre obligado participa y aquellos que se realizan sin su intervención. Kelsen advierte que este problema no sólo se plantea respecto a la producción de normas generales, sino también en relación con las normas individuales.

### XXXV. EL ESTADO COMO PERSONA JURÍDICA<sup>440</sup>

La *Teoría pura* contiene una síntesis, bastante más ampliada en la edición última, sobre la teoría del Estado como persona jurídica. No es sino una aplicación de las tesis generales acerca de la persona jurídica al caso de la persona estatal.

El Estado, como toda persona jurídica, aparece como una sociedad constituida por un orden normativo que funciona con división del trabajo, estableciendo órganos. Su orden jurídico constitutivo es el orden jurídico nacional o estatal, y el Estado se encuentra situado en el orden jurídico internacional, que le impone derechos y obligaciones, por lo que, como en las demás personas jurídicas, también cabe distinguir entre obligaciones y derechos externos e internos, según sean estatuidos por el derecho internacional o por el orden jurídico estatal.

---

<sup>438</sup> Kelsen enfoca la fe y la teología cristiana desde su perspectiva, sin preocuparse por distinguir aquello que verdaderamente corresponde a la Revelación cristiana. Fiel a su voluntarismo, estima que el poder y la voluntad serían la esencia de Dios. Por otro lado, interpreta la presencia de Dios en el mundo como immanencia, y entiende el misterio de la Encarnación del Hijo de Dios como conversión de la naturaleza divina en humana, alejándose así completamente del mensaje revelado del Cristianismo, que afirma claramente la trascendencia de Dios respecto a lo creado, y la no confusión de las dos naturalezas en la única Persona divina del Verbo Encarnado.

<sup>439</sup> Ampliamente lo trata Legaz y Lacambra, L., *Kelsen, cit.*, pp. 192-209.

<sup>440</sup> TP (2a. ed. al.), n. 41b, pp. 295-314; TP (ed. fr.), pp. 191-194; TP (1a. ed. al.), n. 48b, pp. 160-165.

En primer lugar, trata del Estado como sujeto activo, sobre la base de su teoría del órgano jurídico, que ya conocemos suficientemente,<sup>441</sup> por lo que consideramos innecesario repetirla ahora. Recuerda también su distinción entre el concepto amplio y el concepto restringido de Estado —éste último correspondiente a aquel orden jurídico parcial que regula el comportamiento de los funcionarios—, y su diferenciación de los dos tipos de administración estatal —mediata e inmediata—, describiendo el paso histórico de lo que llama “Estado judicial”, limitado a las funciones de legislar, juzgar y ejecutar sanciones, al “Estado administrativo”, en que hay administración estatal directa.

La representación política es interpretada como otro caso de atribución, ya no a la persona del Estado —como en el caso de la actuación de los órganos estatales—, sino al pueblo. De este modo, el parlamento elegido por el pueblo lo representa; el dictador se dice también representante del pueblo, etcétera. Análogamente a la representación de los incapaces, esta atribución al pueblo se fundaría en que el órgano que lo representa debería, por una obligación jurídica o moral, actuar en interés del pueblo, es decir, de los individuos que constituyen la comunidad estatal. Rechaza otros enfoques de la representación, insistiendo en su doctrina sobre el uso de las ficciones en la ciencia del derecho.

Con cierta amplitud aborda el tema del Estado como sujeto de obligaciones y derechos internos, esto es, aquellos constituidos por el orden jurídico estatal. Sostiene que cuando se habla de obligaciones del Estado, por lo común no se trata de obligaciones propiamente jurídicas, sino sólo morales y políticas, ya que no se suele atribuir al mismo Estado la violación de esas obligaciones en cuanto jurídicas, o sea, no se le atribuyen delitos. Pero como la *Zuschreibung* es una simple operación mental posible, no habría inconveniente en que se refiriera al Estado la conducta que satisface la obligación sin hacer otro tanto con la que la incumple. Así, cabe sostener la hipótesis de que el Estado puede actuar jurídicamente, mas no es capaz de delinquir, lo que, respecto a un individuo, sería imposible, dado que siempre el obligado es el delincuente potencial. Pero tampoco hay ningún problema, según el autor, para atribuir delitos al Estado, y de hecho se le ve como autor de ilícitos civiles, aunque, para no incurrir en el absurdo de que el Estado dirigiera una sanción contra sí mismo, no se atribuiría el padecimiento del acto coactivo al mismo Estado, el cual sólo respondería con su patrimonio, adjudicándose la responsabilidad personal al órgano.

---

<sup>441</sup> *Teoría general del derecho y del Estado, cit.*

Asimismo, el autor analiza la atribución de derechos al Estado, y concluyen que ella es posible sobre el supuesto de que tales derechos no son ejercidos en el interés de los individuos que los hacen efectivos, sino en interés de la totalidad de los individuos que componen la comunidad jurídica.

Nada nuevo tenemos que agregar a cuanto ya comentáramos a propósito de la doctrina kelseniana acerca de la personalidad jurídica en general.<sup>442</sup> Sólo desearíamos resaltar la introducción de un elemento explicativo que nos parece poco “puro”: el interés de la colectividad. En definitiva, para distinguir ciertas situaciones estatales, Kelsen ha de fundar la atribución ficticia en una realidad: el bien común, lo que pone en peligro el formalismo a ultranza de la teoría.

### XXXVI. CENTRALIZACIÓN Y DESCENTRALIZACIÓN<sup>443</sup>

En relación con el problema de la articulación del Estado en provincias o en estados que conforman un Estado federal, se analiza desde un punto de vista estrictamente técnico-jurídico la cuestión más amplia de la centralización o descentralización del orden jurídico.

El autor distingue dos puntos de vista en esta materia; uno estático y otro dinámico. Desde una perspectiva estática, una comunidad jurídica centralizada sería, idealmente, aquella cuyo orden estuviera constituido sólo por normas válidas para todo el territorio jurídico. Una comunidad idealmente descentralizada sería, en cambio, aquella en que las normas sólo tuvieran validez para determinadas partes del territorio, sin que existiera ninguna norma positiva válida para todo ese territorio. Como este caso, en el que lo único común sería la norma básica, realmente no se da en la actualidad, Kelsen introduce un concepto más restringido de descentralización en que, como acontece en la comunidad jurídica internacional —el caso extremo actual— la unidad del territorio estatal no está sólo dada por la *Grundnorm*, sino también por algunas normas positivas. Desde este ángulo estático, el problema se referiría solamente a los dominios territoriales de validez de las normas, no al contenido material de las normas. Sin embargo, las diferencias reales existentes en el material que ha de ser jurídicamente regulado deben ser tenidas en cuenta, y darán lugar a una diferenciación territorial en cuanto al contenido normativo.

<sup>442</sup> Villey, Michel, *op. cit.*

<sup>443</sup> TP (2a. ed. al.), n. 41d, pp. 315-319. En las ediciones anteriores sólo está mencionado: TP (ed. fr.), p. 195; TP (1a. ed. al.), n. 48d, pp. 165 y 166. Lo trata más extensamente en *Teoría general del Estado*, *cit.*, pp. 214-237.

Junto a este punto de vista estático, Kelsen analiza el problema en su vertiente dinámica, distinta e independiente de la estática. Aquí atiende al modo de producción y aplicación de las normas, o, más en general, a la forma de realizarse las funciones jurídicas establecidas por el orden jurídico. Habría dos extremos ideales: la situación en que un único órgano realiza todas esas funciones, y aquella en la que todas son desempeñadas por todos los individuos sujetos al orden jurídico.

Kelsen, como es obvio, advierte que los Estados históricos no son ni totalmente centralizados ni plenamente descentralizados, sino que combinan ambas posibilidades en determinada proporción, aproximándose así a uno u otro tipo ideal.

Con esta teoría, Kelsen se limita a describir las diversas situaciones que pueden imaginarse, esforzándose por sistematizarlas conforme a las categorías de su doctrina. De acuerdo con sus principios positivistas, todos los grados de centralización o descentralización podrían ser igualmente jurídicos, según fueran adoptados por el derecho positivo. Elegir entre ellos sería una mera cuestión política, sin límites jurídicos.

### *Sección II: El derecho canónico*

## XXXVII. EL DERECHO CANÓNICO<sup>444</sup>

Hasta donde llegan nuestras informaciones, Kelsen, en su vasta producción bibliográfica, sólo abordó una vez el tema del derecho canónico: en su *Teoría general del Estado*, en un apéndice titulado “Estado e Iglesia”.

En el apéndice plantea el problema de las relaciones entre la Iglesia y el Estado, que considera análogo al que se presenta en las relaciones entre el Estado y el derecho internacional. Comienza definiendo a la Iglesia como un orden, es decir, una ordenación de la vida religiosa de los hombres. Como se puede observar, su definición de la Iglesia es de corte netamente normativista. Al igual que el Estado, diríamos que para Kelsen ella sería la personificación de un conjunto de normas que regulan la conducta humana en su aspecto religioso, abarcando todos los aspectos de la vida humana en cuanto se relacionan con la religión.

Mientras ese orden en que consistiría la Iglesia sólo estuviera constituido por normas ético-religiosas, es decir, en tanto no fuera jurídico —lo que

<sup>444</sup> *Teoría general del Estado*, cit., pp. 174-179. El único trabajo específico dedicado al tema que no hemos podido consultar es Busek, Bratislav, “Kelsen a právo cirkvení”, *Casopis učené Špo Lecnosti Safarikovy*, 1, 1927, pp. 68-73. El título significa: “Kelsen y el derecho canónico”.

para nuestro autor implica la coactividad—, no se plantea el problema de las relaciones entre la Iglesia y el Estado, ya que esas normas se encontrarían, frente al orden jurídico estatal, como se halla cualquier otro sistema moral, esto es, como un sistema social totalmente diverso y separado. En ese caso, no obstante, Kelsen dice que sería preferible hablar de “religión” en vez de “Iglesia”.

El “problema” de la relación entre la Iglesia y el estado surge en el momento en que el orden religioso se convierte en orden coactivo de la conducta humana, en el mismo sentido que el estado; y entonces se origina la cuestión acerca de qué manera será posible enlazar en un sistema unitario de Derecho esa zona jurídica. Con la de cada orden jurídico estatal y la del Derecho internacional.<sup>445</sup>

A continuación, sienta una tesis francamente polémica:

Si la Iglesia es un orden jurídico, es un Estado; tanto más si el orden eclesiástico funciona mediante órganos especializados para realizar los actos coactivos por él estatuidos. Pero es un Estado de naturaleza peculiar; un orden estatal que regula la conducta humana atendiendo de modo especial al momento religioso: el honor de Dios.<sup>446</sup>

Y refiriéndose al derecho canónico, escribe:

Partiendo de nuestro punto de vista fundamental, resulta que el llamado “derecho canónico” coincide con la Iglesia, considerada como orden jurídico; el derecho canónico no es —como insistentemente se afirma— un Derecho nacido y existente con independencia del “Estado”, porque también en este caso son idénticos los conceptos de orden jurídico y orden estatal; por tanto, sólo la restricción inadmisibles del concepto de Estado al orden jurídico que sirve única o principalmente a fines no religiosos suscita la apariencia de un derecho independiente del “Estado”, cuando en verdad se trata únicamente de un Derecho independiente de ese Estado que, a diferencia del que podríamos llamar “Estado religioso”, constituye el Estado civil.<sup>447</sup>

El autor sostiene que en la medida en que se atribuya a la Iglesia el carácter de orden jurídico, necesariamente se le reconoce la pretensión de articularse con las restantes zonas del derecho en un sistema unitario. En lo

---

<sup>445</sup> *Teoría general del Estado, cit.*, p. 174.

<sup>446</sup> *Idem.*

<sup>447</sup> *Ibidem*, p. 175.

que sigue, Kelsen estudia las relaciones entre el orden normativo eclesiástico y el orden normativo civil, de modo muy semejante a como lo hace a propósito de las relaciones entre el derecho nacional y el derecho internacional.<sup>448</sup> Rechaza la postura de los que creen que entre ambos sistemas de normas no podrían darse conflictos.

Pero lo cierto es que por constituir la Iglesia y el Estado órdenes jurídicos diversos que regulan total o parcialmente la conducta de los hombres, tienen que incurrir necesariamente en conflictos, y no por vía de excepción, sino en múltiples respectos, ya que el fin religioso tiene que determinar la totalidad de la conducta humana, desde el momento en que ese fin es el supremo para la Iglesia.<sup>449</sup>

Por tanto, debe haber un límite jurídico entre ambos órdenes. “Por eso es imposible la teoría de la coordinación de ambas potestades... según la cual, tanto el Estado como la Iglesia constituyen órdenes soberanos cada uno en su ámbito, es decir, no sometidos a ningún orden superior que los delimite jurídicamente”.<sup>450</sup> Rechaza, en consecuencia, una solución dualista y postula un monismo que podría conceder la primacía al orden jurídico de la Iglesia, o bien, al orden jurídico estatal. Conforme a tal enfoque monista, el orden al que se le atribuyera la supremacía aparecería como el orden total, mientras que el otro quedaría reducido a la condición de orden jurídico parcial subordinado. Como ejemplo de concepción que otorga la primacía a la Iglesia cita la doctrina de la potestad indirecta sobre lo temporal; y como caso de superioridad del orden estatal, describe diversas fórmulas en las que la Iglesia pasa a ser, dentro de un derecho estatal, una asociación o corporación sometida a ese orden jurídico.

El jurista vienés no duda del carácter propiamente jurídico del derecho canónico. Como se puede deducir de múltiples alusiones específicas, siempre tiene en mente, de modo muy primordial, el derecho de la Iglesia católica como prototipo de derecho canónico.

Su concepción de lo jurídico-canónico es un calco perfecto de su noción de derecho en general, como orden coactivo público. Es un simple traslado de los conceptos acuñados en el ámbito civil. Su reducción de la Iglesia a sistema normativo es estrictamente paralela a su tesis de la identificación entre el derecho y el Estado. El elemento decisivo de la juridicidad seguiría siendo la coactividad, sin que se preocupe de determinar cómo se da en el ámbito

<sup>448</sup> *Cfr. infra*, n. 39.

<sup>449</sup> *Teoría general del Estado*, cit., p. 176.

<sup>450</sup> *Idem.*

eclesiástico. El derecho canónico, como todo derecho, queda reducido a derecho positivo, y se concibe como norma emanada del poder de la Iglesia, es decir, norma pública por su fuente. Por consiguiente, todas las bases del sistema están presentes en esta concepción del derecho canónico.<sup>451</sup>

Con estas premisas no puede resultar demasiado sorprendente su afirmación de que la Iglesia en cuanto orden jurídico es un Estado, sobre todo en una época —como aquella en que apareció *Teoría general del Estado* (1928)— en que la doctrina kelseniana estaba volcada de modo predominante a los fenómenos jurídicos estatales. Si el derecho tiene una esencia única —orden coactivo—, y el Estado, jurídicamente considerado, no es más que derecho, entonces dondequiera que haya derecho —y además una organización relativamente centralizada— también habrá Estado. Desde un punto de vista estrictamente jurídico no habría criterios esenciales para distinguir el orden coactivo civil y el orden coactivo eclesiástico: sus peculiaridades quedarían fuera del ámbito del *Sollen*, en el cual coincidirían como órdenes coactivos de la conducta humana. La naturaleza de las relaciones regladas, el origen de las normas, los fines que cada ordenamiento persigue, etcétera, serían elementos del mundo del *Sein*, irrelevantes para el jurista.

Podría parecer que esta designación de la Iglesia como Estado es una cuestión terminológica. Sin duda alguna lo es: tal uso de la palabra “Estado” se sale completamente de lo común, con lo que no puede acarrear más que confusiones.<sup>452</sup> Pero la cuestión es más de fondo. Lo que verdaderamente importa es que Kelsen no capta en el derecho canónico más que lo que ha encontrado en el derecho civil. Esto equivale a sostener que la *Teoría pura* es aplicable al derecho de la Iglesia, como explícitamente lo han afirmado algunos.<sup>453</sup> En cuanto teoría general del derecho, provista de cierto instrumental de conceptos científico-técnicos, según Kelsen, su doctrina podría

<sup>451</sup> En cuanto al traslado de categorías elaboradas en el ámbito jurídico estatal al campo canónico, esta concepción recuerda los intentos llevados a cabo por los cultivadores del *Ius Publicum Ecclesiasticum*, que aplicaron nociones de teoría racionalista del derecho público a la Iglesia. Véase Hervada, J. y Lombardia, P., *El derecho del Pueblo de Dios*, Pamplona, EUNSA, 1970, I, pp. 201 y 202.

<sup>452</sup> Este punto llamó la atención de varios autores italianos, que coincidieron en reprochar a Kelsen un uso arbitrario de la palabra “Estado”. Balladore Pallieri, Giorgio, “Le dottrine di Hans Kelsene il problema dei rapporti fra diritto interno e diritto internazionale”, *Rivista di Diritto Internazionale*, 27, 1935, pp. 24-82; Checchini, Aldo, *Scritti Giuridici e Storico-Giuridici*, III. Diritto Ecclesiastico, Padua, Cedam, 1958, p. 6, nt. 6; Romano, Santi, *L' Ordinamento Giuridico* (2a. ed.), Sansoni, Florencia, 1951, 32, p. 137, nt. 94 *bis*.

<sup>453</sup> Por ejemplo, Silving, Helen, “The Lasting Value of Kelsenism”, *Law, State and International Legal Order*, *cit.*, p. 304. Señala que: “En todo caso, incluso un significado que históricamente pretende ser metafísico es traducible en términos de significación operacional kelse-



describir adecuadamente los fenómenos jurídico-positivos que se dan en la vida de la Iglesia. La posibilidad de esta aplicación de la *Teoría pura* al derecho canónico depende, ante todo, como es lógico, del valor intrínseco del sistema kelseniano como explicación científica del derecho en general.

Por otro lado, es claro que el enfoque kelseniano del problema de las relaciones entre derecho estatal y derecho canónico obedece a su postura trascendental-kantiana acerca de la unidad del derecho como orden totalizador y monopolizador del poder. Esta actitud, por lo demás, no cuadra demasiado con los resultados de las últimas investigaciones kelsenianas sobre las relaciones entre derecho y lógica que renuncian al prurito de eliminación de contradicciones entre normas, reconociendo la existencia de posibles normas contrapuestas, y por tanto, de preceptos igualmente jurídicos provenientes de diversos poderes.

### *Sección III: Estado y derecho internacional*

#### XXXVIII. LA ESENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL<sup>454</sup>

La introducción del derecho internacional en la *Teoría pura*, o quizá mejor dicho, la aplicación de ésta al derecho internacional, fue realizada primeramente por Verdross, en su artículo “Zur Konstruktion des Volkerrechts” (“Acerca de la construcción del derecho internacional”), publicado en 1914.<sup>455</sup> Sin embargo, el mismo Kelsen, ese mismo año, tomando ocasión de las relaciones entre leyes federales y leyes locales en el régimen austriaco de aquel tiempo, se había pronunciado acerca del tema de las relaciones entre dos complejos normativos, y había concluido que, por exigencias lógicas, entre ambos ór-

---

niana... Así, hasta el derecho de la Iglesia puede ser expresado muy adecuadamente en términos kelsenianos”.

<sup>454</sup> TP (2a. ed. al.), n. 42, pp. 323-330; TP (ed. fr.), pp. 199-224, TP (1a. ed. al.), n. 49, pp. 170-177. Existe abundantísima bibliografía sobre esta parte de la doctrina de Kelsen. Algunos trabajos generales son: Kunz, J. L., “El derecho internacional en la teoría kelseniana”, *Revista Trimestral de Cultura Moderna* (Universidad Nacional de Colombia), 5, 1946, pp. 241-265; Truyol, Antonio, “Le droit de gens dans le système de la «Théorie pure de droit»”, *Revue Générale de Droit International Public*, 55, 1951, pp. 23-35; Puente, Egidio J., *La teoría pura del derecho y la ciencia del derecho internacional*, Madrid, Instituto Francisco de Vitoria, 1962; Vial Armstrong, Agustín, *Estudio de la relación entre derecho natural y derecho internacional a la luz de la teoría pura del derecho de Hans Kelsen*, Santiago de Chile, Seminario de Derecho Público, 1965; Visscher, Paul de, “Observations sur la contribution de Hans Kelsen au droit international positif”, *Revue Internationale de Philosophie*, 35, 1981, pp. 530-538.

<sup>455</sup> Cít.

denes debía existir una jerarquía y una unidad.<sup>456</sup> Verdross, en aquel artículo aplicaba esta doctrina a las relaciones entre derecho internacional y derecho estatal, y concebía al ordenamiento jurídico estatal como subordinado al ordenamiento internacional. Kelsen, a su vez, tomó aquellos desarrollos de su discípulo en su primera obra dedicada temáticamente al ámbito jurídico internacional: *El problema de la soberanía y la teoría del derecho internacional* (1920), pero introdujo una corrección, en el sentido de que, según él, desde el punto de vista científico se puede defender tanto el primado del derecho internacional como el del derecho estatal. De allí en adelante, el estudio del derecho internacional figurará entre los principales capítulos de sus obras de síntesis, hasta dar lugar al capítulo VII de la edición final de la *Teoría pura*.

Al incluirse el derecho supraestatal, dada su descentralización característica, se le concebirá como derecho primitivo. De esta manera también ingresará a la *Teoría pura* el derecho preestatal, trasladándose el centro de gravedad de todo el sistema desde el Estado hacia el derecho en general.

Por otra parte, es obligado aludir a la intensa dedicación de Kelsen al derecho internacional positivo, que, desde su salida de Viena en 1930, podríamos decir que vino a sumarse, en cuanto campo de estudio jurídico-positivo, y al mismo tiempo, de prueba y afinamiento de los conceptos de su teoría general, al del derecho constitucional, que había sido dominante durante su permanencia en Austria.<sup>457</sup>

Kelsen, sobre la base del concepto usual de derecho internacional —como conjunto de normas que regulan la conducta recíproca de los Estados, que son sus sujetos específicos—, comienza por preguntarse si acaso es derecho en el mismo sentido que el derecho estatal, y en consecuencia, si puede ser objeto de una ciencia jurídica. A la luz de su definición del derecho, la pregunta decisiva viene a ser la siguiente: ¿estatuye el derecho internacional actos coactivos como sanciones? Para responderla analiza las dos clases de sanciones específicas que se atribuyen al derecho internacional: las represalias y la guerra. Respecto a las primeras, que suponen una intervención limitada de un Estado en la esfera de intereses de otro, es fácil de mostrar su carácter de sanción, ya que, estando prohibidas en otras circunstancias, son admisibles cuando se realizan como reacción frente a la violación de ciertos intereses protegidos por el derecho internacional precisamente en cuanto

<sup>456</sup> Kelsen, H., *Reichsgesetz und Landesgesetz*, cit.

<sup>457</sup> Métall, R. A., *Hans Kelsen. Vida y obra*, pp. 113 y 114, donde hay un elenco de las principales publicaciones de Kelsen en este terreno. Su libro de síntesis *Principles of International Law* (1952) está traducido al castellano: *Principios de derecho internacional público*, Buenos Aires, El Ateneo, 1965. Sigo en esta presentación de la evolución doctrinal de Kelsen a Losano M. G., *Saggio introduttivo*, cit., pp. 34 y 35.

autoriza las represalias. En lo que atañe a la guerra, que significaría una intervención ilimitada en la esfera de intereses de otro Estado, nuestro autor se adhiere a la teoría del *bellum iustum*, conforme a la cual ella sólo sería admisible como reacción contra ciertas violaciones de los intereses estatales, ante las cuales el orden internacional la autorizaría. Hay que advertir que, en este contexto, el término *bellum iustum* carece de connotaciones morales o iusnaturalistas: simplemente significa licitud de acuerdo con un orden jurídico positivo. De hecho, Kelsen piensa que ese principio según el cual la guerra no sería lícita en cualquier circunstancia está contenido en la Carta de las Naciones Unidas.

Las represalias y la guerra son, al igual que las sanciones del derecho estatal, privaciones coactivas de bienes, como la vida, la libertad, etcétera, que se ven como dirigidas contra el Estado en virtud de una atribución, ya que quienes efectivamente las sufren son los individuos. En tal atribución sólo se expresa —explica Kelsen— que esos hombres que las padecen pertenecen a ese Estado.

Como ya hemos dicho, el derecho internacional, en la concepción kelseniana, muestra cierta semejanza con el derecho de las sociedades primitivas, pues no establece, por lo menos como derecho general que obligue a todos los Estados, ningún órgano que funcione con división del trabajo. Se halla en una etapa de amplia descentralización, como la que caracterizó a los inicios del derecho estatal. Tanto la formación de las normas generales, a través de la costumbre o de los tratados, como su aplicación, efectuada por el propio Estado que se estima lesionado y que dirige contra el agresor una sanción jurídica, no son realizadas por órganos centralizados, legislativos o judiciales.

Por otra parte, Kelsen aplica la *Stufenbautheorie* al derecho internacional en los siguientes términos: las normas del derecho internacional general son producidas por vía de costumbre, es decir, por actos de los Estados —o, mejor dicho, de los órganos competentes al respecto, conforme a los órdenes jurídicos de cada Estado—, que originan ese derecho consuetudinario. Entre las normas consuetudinarias tiene especial importancia la que habitualmente se formula como *pacta sunt servanda* (hay que atenerse a lo convenido), que faculta a los sujetos del derecho internacional para regular mediante tratados el comportamiento recíproco de sus órganos y súbditos. Este derecho internacional convencional, salvo excepciones, en la actualidad tiene un carácter exclusivamente particular, o sea, sus normas sólo valen para cierto grupo, mayor o menor, de Estados. Como el fundamento de este derecho convencional particular se encuentra en una norma del derecho consuetudinario general —el *pacta sunt servanda*—, el derecho convencional se halla

subordinado a la costumbre internacional, y constituye una grada inferior del ordenamiento internacional. Existe una tercera grada, constituida por las normas producidas por tribunales y otros órganos internacionales, cuyas funciones se fundamentan en tratados. Por último, en la cúspide habrá una *Grundnorm* del derecho internacional, una norma que establezca a la costumbre internacional como hecho productor del derecho. Kelsen advierte que esta *Grundnorm* no es el principio *pacta sunt servanda*, si bien él mismo lo estimó así durante un tiempo, y esa opinión suya pasó a ser lugar común en muchas exposiciones divulgativas de la *Teoría pura*. El jurista vienés la rechaza, dado que supondría recurrir a la ficción de que la costumbre estatal es un contrato tácito.

En el capítulo sobre la dinámica jurídica<sup>458</sup> ha descrito cómo quedaría la estructura jerárquica del orden jurídico total —que comprende el derecho internacional y los derechos nacionales—, según se adopte la hipótesis del primado del orden jurídico estatal, o bien, se recurra a la de la primacía del orden internacional. Conforme a la primera, la norma básica de todo el sistema seguiría siendo la misma del orden estatal, referida a la Constitución vigente, en la cual, a su vez, se fundamentaría el derecho internacional, ya que éste se tendría por válido en la medida en que fuera reconocido por la Constitución. Si, en cambio, se parte de la primacía del derecho internacional, entonces el fundamento de validez de los órdenes jurídicos estatales ya no es una *Grundnorm* propia de cada uno de ellos, sino que es una norma positiva perteneciente al sistema normativo internacional: es aquella norma que legitima el orden coactivo fácticamente eficaz en un territorio, como orden jurídico válido, y a la comunidad constituida mediante ese orden como un Estado en el sentido del derecho internacional. En esta hipótesis el problema de la norma básica se desplaza; partiendo de esa norma positiva internacional —que Kelsen conoce como principio de efectividad—, se sube en la estructura jerárquica hasta llegar a la *Grundnorm* del orden internacional, que también lo sería de todos los derechos estatales. Propone la siguiente formulación de tal norma básica: “los Estados —es decir, los gobiernos estatales— deben comportarse en sus relaciones recíprocas, o bien la coacción de un Estado contra otro, debe ejercerse bajo las condiciones y en la manera que corresponda conforme a una costumbre interestatal dada”.<sup>459</sup>

La *Teoría pura* prosigue la descripción del orden jurídico interestatal con arreglo a las categorías jurídicas kelsenianas. Así, expresa que ese orden

<sup>458</sup> TP (2a. ed. al.), n. 34h, pp. 225-228; TP (ed. fr.), pp. 143, 145, 154 y 155; TP (1a. ed. al.), n. 50c, pp. 181-183, y g, pp. 192-195.

<sup>459</sup> TP (2a. ed. al.), n. 34h, p. 227.

obliga a los Estados en cuanto enlaza a la conducta contraria las sanciones vistas, prohibiendo esa conducta como delito y ordenando la contraria. La elección entre ambas sanciones —represalias o guerra— queda entregada al Estado lesionado en su derecho, el cual está facultado —no obligado— a recurrir a una de ellas. De esta manera, el derecho reflejo de ese Estado, idéntico a la obligación del otro, está provisto de un derecho subjetivo que consiste en el facultamiento para decidir y ejecutar las sanciones contra el otro.

Todo ello no significa, en su opinión, que el derecho internacional no obligue ni faculte a seres humanos individuales. Reitera que todo derecho es regulación de conducta humana, y por eso ningún deber jurídico ni derecho subjetivo pueden tener otro contenido que no sea conducta humana u otros hechos en conexión con ella. Por esta razón, al decir que el derecho internacional obliga y faculta a los Estados, se querría significar que los seres humanos son obligados y facultados no inmediatamente —como acontece en los órdenes jurídicos estatales—, sino sólo mediatamente, por intermedio del orden estatal, de modo semejante a lo que veíamos a propósito de las personas jurídicas inferiores al orden estatal. Las normas internacionales sólo determinarían el elemento material —lo que debe hacerse u omitirse—, delegando la determinación del elemento personal —quién lo debe hacer u omitir— en el orden jurídico nacional. De este modo, la conducta del individuo que se halla ordenada o prohibida por el derecho internacional es atribuida al Estado, en cuanto esa conducta es determinada por el orden jurídico estatal como una función que desempeña tal individuo como órgano en razón de la división del trabajo. La atribución al Estado de una conducta prohibida por el derecho internacional no entrañaría ninguna dificultad, ya que el orden jurídico estatal podría facultar, y aun obligar, a una conducta prohibida por el orden internacional, como veremos al tratar de las relaciones entre ambos derechos. Como las sanciones son efectivamente sufridas por individuos que pertenecen al Estado, Kelsen describe la situación como un caso de responsabilidad colectiva de los miembros del Estado por los delitos internacionales, dado que el hecho ilícito no ha sido producido por los individuos contra los cuales se dirige la sanción.

Aunque la obligación y facultamiento mediato a los individuos constituya la regla general en el derecho internacional, hay excepciones en las que ese orden jurídico obliga inmediatamente a un individuo determinando también el “quién”. Tales obligaciones, empero, no se constituyen a través de las sanciones específicas del derecho internacional, sino por medio de las sanciones civiles y penales que se dan en los ordenamientos nacionales,

las que pueden ser inmediatamente estatuidas por el derecho internacional, dejando su aplicación a un tribunal internacional, o pueden ser delegadas en cuanto a su establecimiento y ejecución, en un orden jurídico estatal. El derecho internacional va ampliando estas excepciones, adentrándose en materias hasta ahora reservadas a los derechos de los Estados. Junto a ello, nuestro autor observa, dentro de comunidades particulares del derecho internacional, la constitución de órganos centrales destinados a la producción y ejecución de normas, tendiendo ante todo a la formación de una justicia internacional, en forma enteramente semejante a la evolución jurídica de los Estados particulares.

Todas las afirmaciones anteriores son una exacta trasposición de las categorías puras al ámbito del derecho internacional. Como desde el punto de vista de la teoría general del derecho ellas no contienen ninguna novedad, y como un enjuiciamiento de estos desarrollos desde el punto de vista específico del derecho internacional escapa a los límites de este trabajo, nos abstenemos de comentarios y consideraciones críticas: basta trasladar a este contexto los que ya hemos hecho con carácter genérico. Las limitaciones de la metodología kelseniana no se superarán por su simple traslación a otro campo de estudio, que, siendo, a nuestro juicio, igualmente jurídico, se verá igualmente reducido y distorsionado al encajar en las coordenadas de la *Teoría pura*.

### XXXIX. LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO ESTATAL<sup>460</sup>

A pesar de que se aprecia una tendencia a la progresiva centralización del derecho, es decir, a la constitución de un Estado mundial en que se borrarían las líneas divisorias entre el derecho internacional y los derechos nacionales, por el momento —comienza expresando el autor— no cabe hablar sino de una unidad epistemológica de todo el derecho. Cabe concebir al derecho internacional, junto a los derechos estatales, como un sistema unitario de normas. Para el jurista vienés la tesis tradicional del dualismo, que los ve como sistemas normativos independientes, sería insostenible desde un punto de vista estrictamente lógico. Si tanto las normas de uno como de otro han de ser enfocadas como normas jurídicas válidas, entonces ha de existir un solo

---

<sup>460</sup> TP (2a. ed. al.), n. 43, pp. 330-345; TP (ed. fr.), pp. 204-224; TP (1a. ed. al.), n. 50, pp. 177-200. Cfr. Balladore Pallieri, G., *op. cit.*, y Hart, H. L. A., *Teoría de Kelsen sobre la unidad del derecho*, cit.

sistema de normas. Por tanto, Kelsen se adhiere a una posición claramente monista respecto al problema de las relaciones entre derecho internacional y derechos estatales. El criterio negativo de esa unidad epistemológica sería, conforme a todas las ediciones de la *Teoría pura*, la falta de contradicción entre las normas de los diversos órdenes que integran el sistema unitario. No podrían darse conflictos insolubles entre el derecho estatal y el derecho internacional, pues si los hubiera sólo uno debería ser considerado como derecho. Según sabemos, este planteamiento debe entenderse totalmente cuestionado por los últimos desarrollos del autor sobre la aplicación de los principios lógicos al derecho, que le llevaron a admitir la posibilidad de auténticos conflictos entre normas válidas insolubles para la ciencia jurídica.

Acudiendo a su doctrina sobre los conflictos entre normas jurídicas de diverso nivel y a la construcción de la regla alternativa, explica cómo solucionar los aparentes conflictos entre el derecho internacional y el derecho estatal. Así, pretende combatir la teoría dualista, que se apoyaría precisamente en la existencia de conflictos. Las normas internacionales determinarían el contenido de las normas estatales de un modo alternativo no excluyendo la posibilidad de un contenido distinto del prescrito, que fuera acogido por la norma inferior estatal. Aunque en este caso se configure un delito internacional, ello no daría lugar a ninguna dificultad especial, puesto que, al enfocarse el delito no como negación del derecho sino como condición del mismo, sería perfectamente posible que un acto calificado como delictivo produjera normas válidas. El autor advierte, además, que el derecho internacional no prevé ningún procedimiento para la anulación de ese acto, aunque sí lo convierte en delictivo en cuanto condición de sus sanciones específicas.

Dentro de la postura monista caben dos alternativas: la que otorga la primacía al orden estatal y la que se le concede al derecho internacional. Los discípulos de Kelsen más dedicados al derecho internacional, como Verdross o Kunz, siempre han optado por este último enfoque como el único científicamente válido. Sin embargo, su maestro, desde el principio de su carrera hasta el fin, se empeñó en considerarlas como dos hipótesis igualmente válidas para la ciencia del derecho. Más aún, como veremos, en los últimos años acentuó esta postura relativista.

En primer término, se expone la construcción que da la primacía al orden jurídico estatal, en la cual el derecho internacional sólo valdría en cuanto reconocido por el Estado como obligatorio para él. Su fundamento de validez sería, por ende, la misma *Grundnorm* del orden estatal. Dentro del derecho estatal, el derecho internacional no se caracterizaría por su

objeto —ya que no sólo regula relaciones con otros Estados—, sino por su modo de producción, a través de costumbres internacionales, tratados, etcétera.<sup>461</sup>

Enseguida explica la otra hipótesis, que otorga la primacía al orden internacional. Se parte aquí de la validez del derecho internacional y se funda en ella la validez del orden jurídico estatal. Ya hemos explicado cómo quedaría entonces configurada la pirámide jurídica, conectándose ambos órdenes a través del “principio de efectividad”. También esa norma del principio de efectividad determinaría los dominios de validez territorial, personal y temporal de los órdenes estatales. En esta hipótesis el único orden soberano sería el internacional: el orden estatal sólo lo sería en cuanto subordinado al internacional y dependiente inmediatamente de él.

Por último, realiza una comparación entre ambas hipótesis. A este respecto, se observa una clara modificación en las tesis de Kelsen. En 1934 señalaba que la construcción que otorga el primado al derecho estatal desnaturalizaría al derecho internacional, al ser incluido en el orden estatal y no poder, por tanto, cumplir su función esencial, que sería la equiparación de todos los Estados entre sí. Aunque pensaba que ambas hipótesis eran igualmente posibles, decía que si esas consecuencias de la que otorga el primado al derecho estatal querían evitarse, era indispensable adoptar la otra postura. Sólo conforme a ésta última aparecía el Estado como órgano de la comunidad internacional. Y terminaba el capítulo con una frase que mostraba claramente su preferencia por la construcción de la primacía del orden internacional. Considerado como uno de los resultados más importantes de su doctrina el de la disolución teórica del dogma de la soberanía, afirmaba: “En ese sentido puede decirse que la *Teoría Pura del Derecho*, al asegurar la unidad gnoseológica de todo derecho por la relativización del concepto de Estado, proporciona un supuesto no insignificante para la unidad organizada de un orden jurídico mundial centralizado”,<sup>462</sup> aunque se trataría, por supuesto, de una evolución político-jurídica ante la cual no tomaría partido la *Teoría pura*. En la *Teoría general del derecho y del Estado*, si bien continuaba afirmando la relatividad de ambas hipótesis para el científico del derecho, toda su teoría se exponía en clave de prioridad del derecho supraestatal.<sup>463</sup>

Pero ya en 1953, lo mismo que en 1960, se ha superado esta curiosa tensión entre la indiferencia científica ante ambas posibilidades y la no disi-

<sup>461</sup> Esta afirmación importa un cambio respecto de TP (ed. fr.), pp. 208 y 209 y TP (1a. ed. al.), n. 34d, p. 184, y e, p. 187, donde se concebía, en tal hipótesis, al derecho internacional como “derecho político externo”, que regula la conducta con otros Estados.

<sup>462</sup> TP (la. ed. al.), n. 50i, p. 200.

<sup>463</sup> Así lo hacía notar Kunz, J. L., *La teoría pura del derecho*, cit., p. 69.



mulada preferencia por una de ellas. En efecto, se afirma que la diferencia entre ambas construcciones monistas no concierne en absoluto al contenido del derecho, sino sólo a su fundamento de validez. Por tanto, en ambas el derecho internacional cumpliría las mismas funciones, como es la de determinar a través del principio de efectividad el fundamento de validez y el dominio de validez de los órdenes jurídicos estatales.

Kelsen se esmera en mostrar cómo es compatible esto último con la hipótesis de la primacía del orden estatal, que considera al derecho internacional como parte integrante del derecho del Estado. Lo hace mediante su distinción entre el orden jurídico estatal en sentido estricto y el orden jurídico estatal en sentido lato. El primero estaría constituido por las normas de la Constitución y las producidas conforme a ella. El segundo —que es el punto de partida de toda la construcción— comprendería además las normas del derecho internacional reconocido, dentro del cual está incluido el principio de efectividad, que determina no sólo el fundamento de validez de los órdenes jurídicos estatales que no son el punto de partida de la construcción, sino también el del orden jurídico del que se parte, tomado en sentido estricto. Así, el orden jurídico estatal en sentido lato tiene dos partes: el derecho internacional reconocido y el orden jurídico estatal en sentido estricto, encontrándose esta segunda parte subordinada a la primera. Es lo que se expresaría metafóricamente al decir que el Estado que reconoce el derecho internacional se somete al mismo. Pero el último fundamento de validez del orden jurídico estatal en sentido estricto no sería el principio de efectividad del derecho internacional, sino la *Grundnorm* del orden jurídico estatal en sentido lato, que es también el fundamento de validez del derecho internacional convertido en parte integrante suya. Por tanto, la primacía del derecho estatal sólo se referiría al orden jurídico estatal en sentido lato.

Por consiguiente, en ambas construcciones se mantendrían incólumes tanto el contenido del derecho internacional como el del derecho estatal. Se abusa de estas construcciones, según Kelsen, cuando se pretende sacar de ellas conclusiones que sólo podrían extraerse del derecho internacional positivo. Por ejemplo, de la hipótesis de la primacía del orden internacional no podría deducirse que la norma estatal contraria es nula, en circunstancias de que, conforme al derecho internacional positivo en vigor, ni siquiera sería anulable. Otro ejemplo: la construcción de la primacía del derecho estatal sería perfectamente compatible con la existencia de una posible organización jurídica mundial eficaz, ya que el Estado que ha reconocido el derecho internacional puede limitar así su soberanía. Tratar de desprender esa suerte de conclusiones implicaría una utilización ideológica —pacifista o imperialista— de esas construcciones científicas. Kelsen denuncia en

este propósito la ambigüedad del concepto de soberanía, que favorecería su utilización ideológica por parte del imperialismo. Se confunden, explica, la soberanía como primacía del orden jurídico estatal —según una de las hipótesis desarrolladas— con la soberanía como libertad de acción respecto al derecho internacional, libertad que no se deduce de esa hipótesis, puesto que el Estado puede limitarse a sí mismo al reconocer el derecho internacional.<sup>464</sup>

Su exposición del derecho internacional se cierra con un parangón de ambas construcciones monistas con dos concepciones del mundo. La tesis de la primacía del derecho estatal correspondería a una concepción subjetivista y solipsista del mundo, mientras que la otra postura sería paralela a una concepción objetivista. También las compara, respectivamente, con la imagen tolemáica y copernicana del mundo, lo que supondría, conforme a la teoría de la relatividad, un mero cambio del sistema de referencias. Así, llega a la conclusión de que ambas construcciones son igualmente correctas y justificadas. Sería imposible decidir entre ellas por argumentos científico-jurídicos. La decisión sólo podría tomarse por consideraciones políticas, según se estime valiosa la idea de la soberanía, o bien, se sea favorable al ideal de una organización jurídica internacional. Pero la fundamentación científica de ambas opciones sería falaz. Cuando la *Teoría pura* pone de manifiesto estas falacias, dejaría la vía abierta a cualquiera de ambas opciones, permaneciendo ella misma en la más total indiferencia.

Esta última presentación de la materia trasluce el deseo de demostrar —incluso echando mano de una construcción lógica tan típicamente kelseniana, como la que distingue entre orden jurídico estatal en sentido estricto y en sentido lato— que ambas hipótesis son igualmente viables desde el punto de vista jurídico, y que no afectan a los contenidos empíricos que ellas pretenden interpretar. Como en ambas alternativas nuestro autor descubre connotaciones ideológicas, puede sostenerse que esta acentuación de la posición relativista de la *Teoría pura* en este punto se debe, en definitiva, al constante anhelo de “pureza” que la caracterizó siempre.

---

<sup>464</sup> Cohen, Hyman Ezra, *Recent Theories of Sovereignty*, Chicago, Chicago University Press, 1937, pp. 57-79.

## CAPÍTULO SEXTO

### EL PROBLEMA DE LA JUSTICIA Y EL DERECHO NATURAL

#### XL. LA CRÍTICA DE LA JUSTICIA Y EL DERECHO NATURAL EN Kelsen<sup>465</sup>

El positivismo kelseniano está esencialmente vinculado con su rechazo del derecho natural y de la justicia, en cuanto temas que serían completamente ajenos a la ciencia jurídica. Si bien en *Problemas capitales* las referencias a esta materia eran escasas, ya estaba implícita la actitud fundamental del autor —su repulsa—, puesto que suscribía un claro monismo jurídico conforme al cual el derecho se reduciría al derecho positivo.

Pronto, sin embargo, la crítica al iusnaturalismo se introdujo en la doctrina kelseniana de forma temática, incluyéndose en publicaciones dedicadas a diversos problemas de teoría jurídica<sup>466</sup> o haciéndola objeto de trabajos monográficos. Los primeros artículos específicos sobre este asunto se remontan a los años 1927 y 1928.<sup>467</sup> El escrito más extenso de esa primera

---

<sup>465</sup> Sobre esta materia véase Moor, J., “Reine Rechtslehre, Naturrecht und Rechtspositivismus”, *Gesellschaft, Staat und Recht. Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre*, cit., pp. 58-105; Englis, Karel, “Hans Kelsens Lehre von der Gerechtigkeit. Ein Beitrag zur Theorie der gesellschaftsordnungen”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 47, 1961, pp. 301-332; Utz, A. F., “Die Gerechtigkeit, der Prüfstein naturrechtlichen Denkens. Zur neuesten Naturrechtscritik von Hans Kelsen”, *Die Neue Ordnung*, 15, 1961, pp. 187-194; Lalaguna, Enrique, “La posición de Kelsen en el renacimiento del derecho natural”, *Ius Canonicum*, 2, 1962, pp. 585-594; Azpurua Ayala, R., *El derecho natural y la idea de justicia en la obra de Hans Kelsen*, Caracas, 1964; Quintana, Fernando, “El problema de la justicia en Kelsen”, *Revista de Ciencias Sociales*, 6, 1974, pp. 93-139.

<sup>466</sup> Ya desde su artículo *Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft*, cit., en 1913.

<sup>467</sup> Kelsen, H., “Die Idee des Naturrechtes”, *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 7 (1927-1928), pp. 221-250; y “Naturrecht und positives Recht. Eine Untersuchungen ihres gegenseitigen Verhältnisses”, *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts*, 2, 1927-1928, pp. 71-94. Del primero existe traducción castellana: “La idea del derecho natural”, en el volumen del mismo nombre, Losada, Buenos Aires, 1946, pp. 13-52; y está incluido en Klecatsky, H., *et al.*, cit., I, pp. 245-280.

época acerca de este problema es *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus* (Los fundamentos filosóficos de la doctrina del derecho natural y del positivismo jurídico) (1928).<sup>468</sup> La preocupación de Kelsen por este tema continuará, de manera casi ininterrumpida, hasta el fin de su vida. De entre sus múltiples trabajos en este campo<sup>469</sup> nos parece que los siguientes son especialmente dignos de destacar: *The Metamorphoses of the Idea of Justice* (Las metamorfosis de la idea de justicia) (1947);<sup>470</sup> *The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science* (La doctrina del derecho natural ante el tribunal de la ciencia) (1949);<sup>471</sup> *Was ist Gerechtigkeit?* (¿Qué es justicia?) (1953);<sup>472</sup> la colección de ensayos en inglés también titulada *What is Justice?* (¿Qué es justicia?) (1957),<sup>473</sup> *Justice et Droit Naturel* (1959),<sup>474</sup> incluido luego como apéndice de la segunda edición alemana de *Teoría pura*, con el nombre de *Das Problem der Gerechtigkeit* (El problema de la justicia) (1960), y su último escrito de cierta extensión sobre estos temas: *Die Grundlage der Naturrechtslehre* (El fundamento de la doctrina del derecho natural) (1963),<sup>475</sup> centrado en la tesis de que el derecho natural ha de tener, necesariamente, un fundamento teológico. En nuestra exposición seguiremos, en líneas generales, el contenido del apéndice sobre el problema de la justicia que figura en la última edición de la *Teoría pura*. Nos atendremos a la traducción castellana —*Justicia y derecho natural*—<sup>476</sup> hecha sobre la base de la versión francesa de 1959. Las variaciones con respecto a la edición alemana del año siguiente son de escasa monta. Por dos razones hemos elegido esta síntesis como pauta de nuestra exposición: porque, por voluntad de Kelsen, se incluyó como

<sup>468</sup> Cit.

<sup>469</sup> La enumeración de los principales en Métall, R. A., *Hans Kelsen. Vida y obra*, cit., pp. 114 y 115. Kelsen escribió trabajos especializados sobre las doctrinas de Platón, Aristóteles, la sagrada Escritura y el teólogo protestante Emil Brunner.

<sup>470</sup> *Interpretations of Modern Legal Philosophies. Essays in Honor of Roscoe Pound*, Nueva York, Oxford University Press, 1947, pp. 390-418.

<sup>471</sup> *The Western Political Quarterly*, 2, 1949, pp. 481-513, Hay versión castellana en “¿Qué es Justicia?”, pp. 64-112.

<sup>472</sup> Viena, F. Deuticke, 1953.

<sup>473</sup> Se subtítulo *Justice, Law and Politics in the Mirror of Science. Collected Essays*, Berkeley-Los Angeles, University of California Press, 1957 (trad. ¿Qué es justicia?, cit.).

<sup>474</sup> Cit.

<sup>475</sup> Cit. Es el texto de una ponencia presentada por Kelsen en un coloquio con iusnaturalistas que tuvo lugar en Salzburgo en 1962. Un resumen, que recoge la exposición oral de aquella ocasión, se encontrará en *Ius Canonicum*, 2, 1962, pp. 577-584, bajo el título “Bases de la teoría del derecho natural”.

<sup>476</sup> Cit. Para referirnos a esta traducción usaremos la abreviatura JDN. Indicaremos, además de las páginas, el número del párrafo para facilitar la búsqueda del pasaje en otras ediciones.

apéndice de su obra principal —*Teoría pura del derecho*—, al hilo de la cual hemos estructurado todo el presente trabajo, y debido a que corresponde al último tratamiento completo de esta problemática dentro de la bibliografía kelseniana.

Hans Kelsen es, tal vez, el más decidido y perseverante adversario del derecho natural en nuestro siglo. Demostró un afán constante por criticarlo a fondo, con el ánimo siempre renovado de desterrarlo del quehacer científico de los juristas. Siempre estimó esta parte de su labor como íntimamente unida a la construcción positiva de su teoría jurídica,<sup>477</sup> como lo manifiesta el hecho de que en sus obras de ciencia del derecho haga constantes referencias al derecho natural y a la justicia, y de que en sus escritos sobre estas cuestiones aluda con frecuencia a las conclusiones de su *Teoría pura*.

En las primeras ediciones de la *Teoría pura* el autor trataba de la justicia y el derecho natural en el cuerpo del libro.<sup>478</sup> En 1960, fuera de que lo toca varias veces a lo largo de los diversos capítulos,<sup>479</sup> le consagra el extenso apéndice mencionado. Cabría preguntarse cuál es el significado de este cambio sistemático. Pensamos que no reviste particular relevancia: la vinculación entre el positivismo puro y la crítica del iusnaturalismo permanece intacta. Quizá la misma amplitud con que en esta ocasión nuestro autor ha querido desarrollar esta temática le haya inducido a trasladarla a un anexo. Por lo demás, puede que influya el deseo de resaltar la diversidad de niveles epistemológicos que media entre su quehacer como artífice de la *Teoría pura* —situado en los dominios de la ciencia del derecho en sentido estricto—, y su tarea de crítico del derecho natural —encuadrada, conforme a su opinión, en el terreno de la filosofía jurídica—. <sup>480</sup> En *Justicia y derecho natural* Kelsen declara, sin embargo, que su labor de crítica pretende ser científica: en efecto, su filosofía jurídica es netamente negativa, ya que en nombre de la ciencia rechaza un conocimiento racional de objetos no captables por las ciencias positivas.

En todos sus trabajos sobre la doctrina del derecho natural se encuentran las mismas ideas de fondo, aunque formuladas de muchos modos diversos y apoyadas en una amplia variedad de argumentaciones. Lo central de su pensamiento a este respecto es una combativa negación, consecuencia inmediata de la “pureza”: el derecho natural no es derecho. No obstante,

<sup>477</sup> Métall, R. A., *Hans Kelsen. Vida y Obra, cit.*, pp. 73 y 114 ss.

<sup>478</sup> TP (ed. fr.), pp. 55-69, y 101-112; TP (1a. ed. al.), nn. 8-11, pp. 37-51.

<sup>479</sup> TP (2a. ed. al.), nn. 10-13, pp. 76-82; n. 34 i y j, pp. 228-232, además de otras muchas alusiones más circunstanciales.

<sup>480</sup> *Qu'est-ce que la philosophie du droit?*, cit.

como labor previa e indispensable, Kelsen examina con detalle las doctrinas iusnaturalistas, y de este estudio pueden extraerse interesantes conclusiones en torno a lo que podría llamarse la idea kelseniana del derecho natural. Este capítulo de nuestro trabajo procurará, sobre todo, avanzar algo en esa dirección, que, a nuestro juicio, permite sacar valiosas enseñanzas.

De acuerdo con la sistemática de *Justicia y derecho natural*, dividiremos nuestra exposición en dos partes. En la primera analizaremos la crítica kelseniana de la justicia, procurando mostrar la peculiar noción que nuestro autor maneja e intentando una valoración de sus desarrollos acerca de las “normas de justicia”. La segunda parte estará destinada al derecho natural, y se subdividirá en dos apartados: uno sobre el concepto de derecho natural en Kelsen, y otro que resumirá las razones de su rechazo del iusnaturalismo. Conviene advertir que, en la obra del autor, las expresiones “justicia” y “derecho natural” vienen a ser casi sinónimas, como quedará de manifiesto una vez que se conozca cómo las interpreta. Sin embargo, puede decirse que la doctrina del derecho natural, para Kelsen, aparece como una de las teorías que propugnan la existencia de normas absolutas de justicia: sería aquella que hace derivar dichas normas a partir de la naturaleza.<sup>481</sup> Pero indudablemente siempre la considera como la más importante de esas teorías, y por ello el derecho natural aparece también a menudo en la sección concerniente a la justicia. De ahí que la división hecha por el autor no corresponde tanto a una diversidad en la materia tratada, sino más bien a una doble vía crítica que recorre el jurista vienés: por un lado, pretende mostrar la vaciedad de las formulaciones en que se expresan las “normas de justicia”, y por otro, impugna las bases de la doctrina del derecho natural, comparándolas con las de la *Teoría pura*. Como es obvio, ambas vías son convergentes en cuanto le llevan a desechar, como no jurídico, todo aquello que no cabe en los estrictos moldes del iuspositivismo.

## XLI. LA JUSTICIA<sup>482</sup>

### 1. *La concepción kelseniana de la justicia*

La justicia es una propiedad que puede aplicarse a objetos diversos y, en primer lugar, a los seres humanos. Se dice así de un hombre, en particular de un legislador o de un juez, que es justo o injusto. En este sentido, la justicia se manifiesta como una virtud humana. La virtud de la justicia, como toda vir-

<sup>481</sup> JDN, n. 30, pp. 102 y 103.

<sup>482</sup> *Ibidem*, A. “Las Normas de Justicia”, nn. 1-27, pp. 29-98.

tud, constituye una categoría de carácter moral y bajo este aspecto pertenece, pues, al campo de la ética.<sup>483</sup>

Así comienza la primera parte de *Justicia y derecho natural*. Como se ve, Kelsen considera a la justicia, ante todo, como virtud, con lo que modifica su enfoque anterior, que la veía primariamente como cualidad de un orden social que regula las relaciones mutuas entre los hombres, y sólo secundariamente como virtud.<sup>484</sup> Sin embargo, esta modificación no conlleva ninguna transformación en la noción de justicia que utiliza el autor. En efecto, inmediatamente después describe lo que llama la “norma de justicia”, y se centra, de allí en adelante, en una perspectiva netamente normativista, hasta el punto de que el título de toda la primera sección es, precisamente, “Las normas de justicia”.

Observemos cómo pasa de la virtud a la norma, mostrándonos que, incluso en cuanto virtud, la justicia sería primordialmente adecuación a la norma:

Ahora bien, la cualidad o virtud de la justicia que se atribuye a un hombre es algo que se manifiesta en su comportamiento, concretamente en su comportamiento con respecto a los demás hombres, es decir, en su comportamiento social. Este comportamiento social del hombre será justo cuando sea conforme a una norma que lo prescribe; es decir, que lo instaure como deber. Será injusto, en cambio, cuando sea contrario a una norma que prescribe un determinado comportamiento que, a causa de ello, ha adquirido valor de justicia. La justicia de un hombre es la justicia de su comportamiento social. Y la justicia de su comportamiento social consiste en que es conforme a una norma que constituye el valor de justicia. Esta norma puede ser, pues, denominada norma de justicia. Dado que las normas de la moral son normas sociales, es decir, normas que regulan el comportamiento de determinados hombres con respecto a otros, resulta que la norma de justicia es una norma moral; en consecuencia, también desde este punto de vista la noción de justicia pertenece igualmente al campo de la moral.<sup>485</sup>

Dentro de la moral, concebida de modo esencialmente social, Kelsen acota el sector de la justicia en razón de referirse al trato con respecto a los demás. Lo aclara con un ejemplo: la norma “nadie debe darse muerte a sí

<sup>483</sup> *Ibidem*, n. 1, p. 29.

<sup>484</sup> ¿*Qué es justicia?*, cit., pp. 35 y 36. Sobre la justicia como virtud se consultará con provecho la excelente obra de Pieper, Josef, *Las virtudes fundamentales*, Madrid, Rialp, 1976, pp. 83 y ss.

<sup>485</sup> JDN, n. 1, pp. 29 y 30.

mismo” puede ser norma de una moral, que prohíbe semejante conducta a causa de sus efectos perniciosos sobre la sociedad, mas no podría ser norma de justicia, porque no mira al trato que ha de darse a otro. En cambio, castigar o no la tentativa de suicidio sí que es un problema de justicia, ya que está en juego un determinado tratamiento que debe aplicarse a los hombres. Por tanto, para Kelsen, toda norma moral que regule un comportamiento humano que se refiere a otro ser humano constituiría una norma de justicia. Basta la nota de alteridad para que, en su opinión, estemos ante un problema de justicia. Toda alusión al derecho como objeto de la justicia brilla aquí por su más completa ausencia.

Enseguida se refiere a la justicia como norma y criterio de la realidad. Como toda norma, la justicia aparece como patrón valorativo de lo real, o sea, del comportamiento humano calificado como justo o injusto. Kelsen mantiene fielmente su rígida incomunicación entre realidad y valor. Una acción, por ende, no sería justa o injusta en sí misma sino en relación con una norma de justicia con la que se confronta. La realidad es así *valorada* por la norma, de modo positivo o negativo.

Lo expuesto hasta ahora no plantea especiales problemas para el jurista de Viena. Se trata simplemente de la existencia de normas morales de un determinado tipo, entendidas como parte de un sistema social diverso y completamente separado del orden jurídico.<sup>486</sup> El problema surge cuando se pretende que esas normas morales de justicia sirvan como criterio de valoración, ya no de las conductas humanas, sino también de las normas de un orden jurídico positivo. De esta manera, se podría juzgar al derecho positivo como justo o injusto, bueno o malo, lo cual implicaría la posibilidad de valorar una norma por medio de otra norma.

Supone esto —explica el autor— que ambas, la norma de justicia y la norma de derecho positivo, son consideradas simultáneamente como válidas, cosa que resulta imposible cuando las normas son contradictorias. En este supuesto, sólo una de las dos puede ser considerada válida. Así tenemos: frente a una norma de justicia que se supone válida, una norma de derecho positivo que la contradiga no puede ser considerada válida; o en caso contrario: frente a una norma de derecho positivo que se supone válida, una norma de justicia que la contradiga no puede ser considerada válida.<sup>487</sup>

Aunque esta formulación no se avenga con las últimas posiciones de Kelsen en el tema de la aplicación del principio de contradicción a las nor-

<sup>486</sup> TP (2a. ed. al), n. 9.

<sup>487</sup> JDN, n. 3, pp. 31 y 32.



mas, pensamos que incluso en este postrer contexto, el núcleo de la argumentación continúa siendo válido dentro de la *Teoría pura*: en el fondo, es una afirmación de rigurosa separación entre derecho y moral. Por eso desde un enfoque iusnaturalista no podrá haber normas válidas de derecho positivo que se opongan al derecho natural. Tales normas serían inválidas y, por tanto, inexistentes como normas. Más aún:

Si la norma de derecho positivo no es válida sino en la medida en que corresponde a la norma de justicia, se deriva de aquí que el elemento válido de la norma de derecho positivo no es otro sino la norma de justicia... Ello viene a significar que, en esta teoría, sólo se supone validez al derecho natural, es decir, a la norma de justicia y no al derecho positivo en cuanto tal.<sup>488</sup>

En consecuencia, nuestro autor no admite un dualismo entre el derecho natural y el derecho positivo que los considere como dos órdenes normativos simultáneamente válidos. Para él, ese dualismo debe disolverse en alguna dirección: o bien hacia un monismo iusnaturalista —que supondría negar la validez intrínseca del derecho positivo—, o bien, como él lo hace, hacia un monismo puramente positivista. Lo que de ninguna manera podría darse es una valoración de normas por otras normas, ya que ello sería absurdo: “¿Cómo una norma que constituye un valor (y toda norma válida constituye un valor), cómo el valor mismo puede ser valorado?... Un valor dotado de valor, una norma conforme a la norma es un pleonismo; un valor extraño a todo valor, una norma contraria a la norma constituye una contradicción interna”.<sup>489</sup>

Llegamos así a lo que, para Kelsen, constituye la clave de la distinción entre iusnaturalismo y positivismo jurídico: “*La validez del derecho positivo es independiente de su relación con una norma de justicia*”: esta afirmación constituye la diferencia esencial entre la teoría del derecho natural y el positivismo jurídico”.<sup>490</sup> Caracterizando al positivismo, insiste en distinguir y separar el valor jurídico de las normas —o sea, su validez, tal como se concibe en la *Teoría pura*—, y su valor de justicia, que, como no afectaría a la validez de la norma, se atribuye directamente no a la norma misma, sino al acto que la crea. Por consiguiente, al sostener que una norma de derecho positivo es injusta, se querría decir que el acto que la produjo se valora, conforme a determinada norma de justicia, como injusto, pero ello carecería de repercusiones jurídicas.

<sup>488</sup> *Ibidem*, n. 3, p. 32.

<sup>489</sup> *Ibidem*, n. 3, pp. 32 y 33.

<sup>490</sup> *Ibidem*, n. 4, p. 33. Las cursivas son nuestras.

Como se puede apreciar, en la concepción del creador de la *Teoría pura*, la norma de justicia —si se aceptase como válida— no sería un mero ideal o idea del derecho, al margen de los cuales el derecho positivo podría seguir siendo considerado como derecho. Por el contrario, la norma de justicia aparece como auténtica norma jurídica, superior al derecho positivo, y de la que dependería el valor de toda norma positiva.

A continuación afirma el carácter necesariamente general inherente a toda norma de justicia. “Una norma es general cuando su validez (es decir, la obligación de seguirla y aplicarla) no se da solamente, como en la norma individual, para un único caso, sino para un número *a priori* indefinido de casos iguales”.<sup>491</sup> En este aspecto —señala Kelsen— se parece al concepto abstracto, pero inmediatamente recuerda su distinción entre este último, como función del conocimiento, y la norma, en cuanto función de nuestro deseo o voluntad. Por eso no cabría deducir una norma a partir de un concepto: implicaría el tránsito indebido entre lo que es y lo que debe ser.

De las normas generales de justicia —usando el plural del que, conforme a su relativismo, nuestro autor gusta sobremanera— se deducirían normas individuales, en virtud de lo que llama el “silogismo normativo”. Su premisa mayor enuncia la norma general, mientras que en la premisa menor se contiene el supuesto fáctico correspondiente, y en la conclusión la respectiva norma individual. Por ejemplo: “si todos los hombres deben decir la verdad, y yo soy hombre, luego yo debo decir la verdad”.<sup>492</sup>

Reitera su concepción de la norma fundamental, que habría de existir en todo sistema normativo, y, por tanto, también en las normas de justicia. La norma de justicia siempre debería encontrar su fundamento de validez en otra norma superior, no en la realidad, y como este proceso de justificación normativa ha de tener un fin, se llega a la correspondiente *Grundnorm*. Y termina esta parte de su exposición con las siguientes palabras:

La justicia es así, en última instancia, la propiedad de una norma suprema que no puede ser a su vez deducida, es decir, que no puede ser legitimada por nada diferente de ella misma y que se presupone objetivamente válida, una norma, pues, que prescribe un determinado trato que los hombres deben aplicar a los demás y que constituye de este modo un valor específico, el valor de justicia.<sup>493</sup>

<sup>491</sup> *Ibidem*, n. 5, p. 37.

<sup>492</sup> *Allgemeine Theorie der Normen*, cit., pp. 203 y ss, donde se reformula esta doctrina en armonía con sus últimos desarrollos sobre derecho y lógica: resalta que no hay deducción entre norma general e individual. Pero sí una fundamentación de validez que puede ser expresada en un silogismo teórico, no normativo.

<sup>493</sup> JDN, n. 7, pp. 40 y 41.

Antes de pasar adelante, conviene hacerse cargo de las peculiaridades de la precedente definición de la justicia. El método más sencillo para ello consiste en compararla con la clásica definición: virtud que inclina a la voluntad a dar a cada uno lo suyo, esto es, su derecho. De entrada, se nota que el enfoque kelseniano se aparta de la consideración de la virtud, que atiende a la real existencia de un hábito humano, centrándose exclusivamente en la norma. Además, la justicia kelseniana se desconecta enteramente del concepto de “lo suyo”, es decir, del objeto que especifica a la justicia como virtud. Es muy lógico, por tanto, que el campo regido por las “normas de justicia” se extienda —en la exposición de nuestro autor— a todo aquello que podría denominarse “moral social”, sin que sea posible distinguir, por ejemplo, entre obligaciones de justicia y otro tipo de obligaciones sociales, como las de caridad.

Por otra parte, la noción manejada por el autor está condicionada en forma muy inmediata por todos y cada uno de los presupuestos que le han servido para la construcción de su *Teoría pura*. En primer lugar, es patente su aplicación del principio de separación *Sein-Sollen*: la justicia se relega al ámbito del *Sollen*, y se niega una conexión con el *Sein* que pudiera llevar a concebir acciones injustas en sí, o a captar exigencias de justicia derivadas de la misma realidad social. A la vez, se traslada la teoría de la *Grundnorm* al campo de las normas de justicia, lo que en definitiva constituye también una aplicación de la separación entre el ser y el deber ser que impide fundar una norma en la realidad. El positivismo, y su corolario relativista, cumplen asimismo una destacada función a la hora de intentar una simple descripción empírica de “las normas de justicia” que de hecho regulan la convivencia humana, y una cabal desvinculación de éstas con respecto a todo cuanto excede una percepción a través de los sentidos: la naturaleza humana, los fines naturales del hombre, etcétera.

En fin, para darse cuenta del alcance del concepto que nos presenta el autor, no es menos decisivo percatarse del “deductivismo” que le induce a conceptualizar la moral como un elenco o catálogo de preceptos que se aplicarían en cada caso mediante simple razonamiento silogístico. Como hemos visto al tratar del tipo “estático” de sistemas normativos, Kelsen piensa que también las relaciones entre las normas morales serían reconducibles a esquemas de inferencia deductiva, sin perjuicio de que se acuda a una voluntad positiva que implanta las normas y de que, en último término, haya necesidad de presuponer una norma básica de cada orden moral. No obstante, a la luz de su obra póstuma *Teoría general de las normas*, en la que

sostiene que el principio de inferencia es inaplicable a las normas,<sup>494</sup> este deductivismo no correspondería a la visión kelseniana de la moral, sino que habría de atribuirse sólo a las doctrinas morales que el autor pretende criticar. En todo caso, este elemento pertenece, indudablemente, al concepto kelseniano de la justicia y del derecho natural.

De este modo, están ya puestas las bases sobre las cuales Kelsen desenvolverá su crítica disolvente de la justicia. El valor de todo su esfuerzo, como es evidente, depende de la solidez de tales presupuestos.

## 2. *El contenido de las diversas normas de justicia*

Para el establecimiento de normas fundamentales válidas se presupone, en efecto, una pluralidad de normas de justicia diferentes y contradictorias. Un examen científico del problema de la justicia debe partir de estas normas fundamentales, es decir, de las representaciones y de los conceptos que los hombres han dado efectivamente, tanto en el presente como en el pasado, de eso que denominan “justo”, de eso que califican de justicia. Su objetivo es analizar las diversas normas que los hombres, juzgando una cosa “justa”, presuponen válidas, debiendo hacer este análisis de manera objetiva, es decir, sin realizar juicios de valor, sin presuponer ya como válida una de esas normas.<sup>495</sup>

Por ello, la ciencia debe limitarse, en opinión de Kelsen, a describir las normas de justicia fácticamente dadas, sin pronunciarse sobre lo que es justo, renunciando a prescribir el trato que ha de darse a los hombres.

Junto a esa descripción, Kelsen también asigna a la ciencia el cometido de intentar encontrar en las diferentes normas de justicia un elemento común, para llegar así a un concepto general de justicia. De entrada anuncia el resultado de su investigación: ese concepto general “...será el concepto de una norma esencialmente general que prescribe que en unas circunstancias dadas debe ser aplicado a los hombres un determinado trato sin afirmar nada en absoluto sobre las modalidades de dicho trato: será, pues, a este respecto algo completamente vacío”.<sup>496</sup>

El resto de la primera parte del ensayo analiza con cierto detenimiento las que, a juicio del autor, son las principales normas de justicia. El elenco propuesto por Kelsen se atiene, en general, al elaborado por Chaïm Perel-

<sup>494</sup> Cfr. *Allgemeine Theorie der Normen*, cit., pp. 185-191.

<sup>495</sup> JDN, n. 8, p. 259.

<sup>496</sup> *Idem*, n. 8, pp. 259 y 260.

man en su obra *De la justice*,<sup>497</sup> si bien las conclusiones en las que desembocan ambos autores son opuestas, ya que Perelman piensa que existe una noción común de justicia cuyo contenido sería, ante todo, la igualdad.

Las normas de justicia se dividen en dos clases: las de tipo metafísico y las de tipo racional. Las primeras se caracterizan por su origen, en cuanto se presentan como emanadas de una instancia trascendente, y por su contenido, en la medida en que no pueden ser comprendidas por la razón humana. Presuponen, por ende, una creencia tanto en la existencia de dicha instancia trascendente como en la justicia que ellas contienen. Las normas de justicia de tipo racional, en cambio, no postularían ninguna creencia, sino que pueden presentarse como establecidas por actos humanos empíricos y susceptibles de comprensión racional. Sin embargo, por lo que atañe a su origen, ellas pueden también concebirse como provenientes de una instancia trascendente.

En primer término analiza las normas de carácter racional, entre las que incluye la norma de dar a cada uno lo suyo (*suum cuique*); la regla que manda no hacer a los demás lo que no se quiera que ellos le hagan a uno; el imperativo categórico kantiano; el principio “haz el bien y evita el mal”; la justicia de la costumbre; el justo medio (*mesotes*) aristotélico; el principio de retribución; la norma que ordena dar a cada cual según su trabajo, es decir, el salario justo, lo mismo que la que prescribe pagar el justo precio; el principio comunista de la justicia: de cada cual según su capacidad, a cada cual según sus necesidades; la justicia de la caridad; el principio de justicia de la total inversión de lo terrenal; el ideal de justicia de la libertad; la justicia de la democracia; y el principio de justicia de la igualdad, según el cual a todos los hombres debe aplicarse igual trato. Entre las normas de justicia de índole metafísico se estudian la justicia en la idea platónica del bien absoluto y la justicia del amor de Dios en el Evangelio.

La sola lectura del anterior elenco permite darse cuenta de la variedad de normas y principios que nuestro autor encuadra dentro de su concepto genérico de “norma de justicia”. Ello no resulta demasiado sorprendente si se tiene presente ese concepto, tal como hemos procurado describirlo antes. Se advierte una concepción de la justicia que tiende a verla como equivalente al conjunto de la moralidad que se refiere al trato respecto a otras personas, es decir, como sinónimo de moral social.

La exposición detallada del análisis kelseniano sería una tarea muy extensa. Por otra parte, una valoración crítica de sus conclusiones nos obligaría a penetrar en muchos campos, a menudo bastante distantes del saber

<sup>497</sup> Bruselas, 1945. La cita varias veces Kelsen en JDN, en notas a pie de página.

jurídico: desde la teología y la filosofía hasta la ciencia política, debiendo recorrer una buena parte de la historia del pensamiento occidental, de los griegos al marxismo. A pesar de que un estudio detenido de esta parte de *Justicia y derecho natural* tendría indudable interés, sobre todo en cuanto permite conocer el característico enfoque de nuestro autor cuando se enfrenta con doctrinas y teorías distintas de la suya —enfoque que con frecuencia resulta apriorístico y atento casi únicamente a aquellos puntos que, desconectados del conjunto, se prestan a una crítica fácil—,<sup>498</sup> nos parece más oportuno prescindir de un esfuerzo crítico, cuyos frutos se nos antojan muy escasos. Nos limitaremos a examinar aquellas partes de la obra que nos parecen más directamente relacionadas con el clásico concepto de justicia que

---

<sup>498</sup> Véase, como botón de muestra, el n. 21, “El principio de justicia de la total inversión de lo terrenal”. Allí analiza las enseñanzas de Jesucristo acerca de la relación entre las situaciones terrenales, de éxito o fracaso, y la situación definitiva cuando haya tenido lugar el juicio de Dios. Su enfoque trasunta claramente la mentalidad racionalista de Kelsen, que no logra penetrar en el auténtico significado de las palabras de la Sagrada Escritura, y encuentra en ella, por tanto, múltiples contradicciones. Sobre la base de las enseñanzas aludidas, extrapola un principio de total inversión de lo terreno, interpretado en clave gnóstico-maniquea, o sea, en términos de triunfo de los eones del bien o del mal. Estima que tal principio se concilia difícilmente con la caridad, y que no es más que la expresión del resentimiento de los no favorecidos por el destino. Pero quien lea los textos de la Biblia citados por el autor, y en particular los Evangelios, en su conjunto, con una actitud diversa, descubrirá que nada hay más ajeno al espíritu cristiano que este supuesto resentimiento; que el Reino de los Cielos ya se incoa en este mundo, al cual debe transformar, haciendo felices, incluso aquí, a quienes lo acojan; y que la justicia divina se anuda con su misericordia, de acuerdo con la voluntad salvífica universal de Dios. En ocasiones, Kelsen no tiene en cuenta el contexto de una manera demasiado patente. Por ejemplo, comentando el pasaje de la *Ética a Nicómaco* de Aristóteles (1133b), en el que se expresa que el comportamiento justo es un medio entre cometer y sufrir una injusticia, observa que: “La fórmula que afirma «la virtud es el punto medio entre dos vicios» no tiene sentido aquí ni siquiera como metáfora: la injusticia que se comete y la injusticia que se sufre no son dos vicios o dos males, sino una sola y misma injusticia que uno comete y otro, en consecuencia, sufre por: la acción del primero” (JDN, n. 15, p. 57). Realmente sorprende que no haga ver lo que Aristóteles, en el lugar citado, expresa inmediatamente antes: “...la justicia consiste en un medio: no según el modo de las demás virtudes antedichas...”, texto comentado por Santo Tomás en el sentido de que la justicia precisamente no se establece como medio entre dos *malitas* o vicios, puesto que el sufrir una injusticia no es un vicio, sino una pena o mal que se sufre. Como indica el Aquinate (cfr. *Suma Teológica*, II-II, q. 58, a. 10), esta peculiaridad de la justicia halla cumplida explicación en el hecho de que el medio en ella no es un *medium rationis* que se dé en el mismo sujeto en cuanto conoce prácticamente lo que debe obrar con rectitud, sino que es un *medium rei*, o sea, un medio que consiste en la misma cosa justa, por oposición a dos extremos reales desordenados: el tener más de lo que en justicia se debe —por haberse inferido una injusticia al prójimo— y el tener menos de cuanto corresponde, por haber padecido una injusticia ajena. No se trata, por lo tanto, de dos vicios ni tampoco de una sola y misma injusticia que uno realiza y otro padece, sino de dos situaciones exteriores reales que obedecen a dos injusticias contrapuestas.

es patrimonio común de la cultura occidental: la virtud de dar a cada uno su derecho.

Kelsen da comienzo a su análisis precisamente con lo que denomina la fórmula del *suum cuique*. Reproducimos íntegramente su crítica, que es el paradigma de casi todas las demás que le seguirán:

La fórmula de justicia más corrientemente empleada es la célebre del *suum cuique*, norma que prescribe dar a cada uno lo que le corresponde, es decir lo que se le debe, aquello que puede pretender, aquello a lo que tiene derecho. Resulta fácil descubrir cuál es la cuestión decisiva para la aplicación de esta norma: qué sea “lo suyo”, lo que le es debido, ese derecho, es algo que no viene resuelto por esta norma. Dado que lo debido a cada uno es precisamente lo que se le debe dar, la fórmula del *suum cuique* resulta no ser sino una vana tautología: debe darse a cada uno lo que se le debe dar. La aplicación de esta norma de justicia presupone la validez de un orden normativo que define lo que para cada uno es “lo suyo”, es decir, lo que le es debido, aquello a lo que tiene derecho en cuanto que, de acuerdo con este orden, otros tienen respecto de él un deber correspondiente. Ahora bien, esto significa que todo orden de este tipo, y en particular todo orden jurídico positivo, cualesquiera que sean los deberes y los derechos que establezca, puede ser justificado, considerado como justo por la norma del *suum cuique*. En esta función conservadora reside precisamente su significación histórica. El valor de justicia que esta norma constituye es idéntico al valor o a los valores que están constituidos por el orden, sobre todo por el orden jurídico, que se presupone cuando se aplican estos valores.<sup>499</sup>

El pasaje transcrito contiene tres típicas objeciones kelsenianas: la vacuidad de la fórmula, en cuanto ella no determinaría qué es lo suyo; su carácter tautológico, puesto que equivaldría a ordenar que debe darse lo que debe darse, y la acusación de conservadurismo. Examinémoslas brevemente.

Cuando Kelsen sostiene que el *suum cuique* es vacío, no se refiere simplemente al hecho de que, como todo concepto universal, es abstracto, lo cual es obvio. Para entender el sentido de la objeción, es preciso recordar la noción común de justicia que el autor utiliza. De acuerdo con ella, pretende que la fórmula funcione como una norma general fundamental, de la cual se deduzcan los comportamientos adecuados al modo como se despliega la geometría a partir de sus axiomas, postulados y definiciones. Evidentemente, esta función no puede cumplirla el *suum cuique*, que no es una suerte de *a priori* racional que sirve para determinar, por silogismos de-

<sup>499</sup> JDN, n. 10, pp. 43 y 44.

mostrativos, qué es lo suyo en cada caso concreto. De lo cual se concluye, una vez más, que la auténtica justicia no puede ser aquello que el jurista vienés imagina. Además, este reproche de vacío es enteramente lógico si se arranca de un positivismo como el kelseniano. Cuando se ha negado por principio todo lo suprapositivo en el terreno normativo, toda norma que pretenda situarse más allá del orden positivo no podrá tener ninguna validez como tal norma; a lo sumo, constituirá una justificación ideológica de tipo conservador o revolucionario.

Según Kelsen, la fórmula de la justicia sería además tautológica. Cedámosle la palabra a Hervada, que, refiriéndose justamente al texto que estamos comentando, expresa lo siguiente:

...Kelsen llega a la tautología por cambiar la fórmula y la cambia porque confunde la virtud con la norma. La fórmula no dice —ni equivale a ello— que debe darse, sino dar; esto es, no designa un imperativo sino un acto. Y con razón, porque se refiere a una virtud e indica cuál es el acto de esa virtud, no la ley o norma de la que depende la virtud. Toda virtud consiste en una disposición de las potencias del sujeto o hábito; no es norma (*Sollen*) sino hecho (una cualidad) (*Sein*). Consecuentemente la justicia, siendo una disposición de la voluntad, no es una norma (*Sollen*), sino una cualidad, un hecho (*Sein*). ¿Disposición a qué? Disposición a actos, en concreto al acto de dar. Como las virtudes se definen por sus actos, el “dar a cada uno lo suyo” designa un acto, una acción (*dar*), no un precepto ni un deber (*debe darse*). Y es que en tema de justicia hay que distinguir claramente tres cosas: la virtud, el precepto y la cosa suya (la cosa justa, el ius o derecho). La virtud de la justicia es una disposición habitual de la voluntad; el precepto es la ley o norma; y lo suyo (el derecho o lo justo) es una cosa (la cosa debida). El “debe darse” no radica primariamente en la justicia —que es una disposición del sujeto, es un hecho—, sino en la cosa justa —en “lo suyo”— en cuanto que es debido (exigible). Nos encontramos aquí con un caso particular de lo que es general en la moralidad: la relación entre la virtud y la ley o precepto. Las virtudes son disposiciones a cumplir con la ley, con lo debido. Si decimos que las virtudes obligan y hablamos de un deber de justicia, de templanza, de fortaleza, etc., no queremos decir con ello —si hablamos con precisión— que las virtudes sean normas o preceptos.<sup>500</sup>

En suma, por medio del *Sein* del acto justo se realiza efectivamente el *Sollen* de la norma, el cual se basa en el *Sein* de “lo suyo”. El *Sollen* de la norma jurídica se halla, por tanto, doblemente relacionado con el *Sein*, en cuanto

<sup>500</sup> Hervada, J., *Introducción crítica al derecho natural*, cit., pp. 32 y 33. Las cursivas están en el original.



se funda en él, y a él tiende. Esta doble conexión está expresada en la tradicional fórmula de la justicia, y nos revela la riqueza del contenido de ésta.

Por supuesto, todo este análisis supone una concepción diversa de la justicia —como virtud, no como norma—, que comporta una clara infracción de la separación entre el *Sein* y el *Sollen*. Si, en cambio, nos movemos con categorías kelsenianas, la tautología parece inevitable, aunque la referencia al ser que todo deber ser conlleva, se manifiesta en la atribución de un papel conservador a esta definición de la justicia. Esta función de mantención del orden social establecido corresponde a un enfoque positivista, según el cual lo debido sólo se hallaría determinado por las normas positivas. “Lo suyo” se muestra en el texto citado como algo extrínsecamente atribuido por esas normas, y como el simple reflejo de una obligación que, en la *Teoría pura*, a su vez se reduce a la norma coactiva. Si en “lo suyo” se comprende, ante todo, aquello que corresponde realmente a cada uno por exigencias que se sitúan más allá de las leyes positivas, entonces cae por tierra esa supuesta función conservadora que sólo tiene sentido si se adoptan las premisas de nuestro autor.

En su recorrido multifacético, Kelsen examina el principio “haz el bien y evita el mal”, recogiendo en nota<sup>501</sup> el pasaje en el que santo Tomás de Aquino lo califica de primer precepto de la ley natural, sobre el cual se fundan todos los demás preceptos de dicha ley. Nos interesa recoger la crítica kelseniana, por cuanto se trata del primer principio de toda la ley natural, una de cuyas partes es el derecho natural, entendido como norma. El análisis del autor sigue los derroteros habituales a lo largo de todo su ensayo. Se limita a considerarla una fórmula vacía que sólo sería aplicable si se presupone un orden normativo dado o por crear. Y agrega: “...pero entonces resulta posible aplicarla presuponiendo cualquier orden de ese tipo, en la medida en que no se supone, como Santo Tomás de Aquino, la validez de un bien absoluto, definido por Dios, y la de un orden divino de justicia”.<sup>502</sup>

Nuevamente pensamos que Kelsen esperaría de este principio un funcionamiento cuasimatemático, que lo convertiría en el punto de partida de una cadena de raciocinios que darían lugar a un sistema moral completo. Bajo este presupuesto, la acusación que le dirige es completamente legítima. Pero este modo de entender el *bonum faciendum*, *malum vitandum* no tiene nada que ver con la mente de santo Tomás de Aquino, ni con su genuino significado en una concepción realista de la ley natural. Basta percatarse de que el Aquinate, en el mismo lugar de su *Suma Teológica* traído a colación por el

<sup>501</sup> JDN, n. 13, p. 54, nt. 19. El texto de Santo Tomás es *Suma Teológica*, I-II, q. 94, a. 2.

<sup>502</sup> JDN, *cit.*

autor, a la hora de fijar lo bueno y lo malo, dirige su mirada a la naturaleza del hombre, tal como ésta se revela en sus inclinaciones naturales. En cuanto al modo como los demás preceptos de la ley natural se fundan en este primer principio, explica que “...todo aquello que la razón práctica naturalmente aprehende como bienes humanos, pertenece, como algo que debe hacerse o evitarse, a los preceptos de la ley natural”.<sup>503</sup> Esta aprehensión de lo que es bueno para la naturaleza humana de ninguna manera puede ser entendida como una mera deducción lógica del principio en examen, como si se tratara de un principio abstracto *a priori* del cual pudiera derivarse el sistema del derecho natural, según los esquemas del racionalismo. En cambio, un conocimiento integral de la naturaleza humana y de las relaciones esenciales del hombre —conocimiento en el que predomina la aprehensión inmediata o por vía de evidencia— muestra la fundamentación del deber ser de los preceptos de la ley natural en el ser del hombre. El principio que analizamos contiene el llamado a la acción que procede del bien moral así conocido, la obligatoriedad de éste, su vocación a hacerse acto gracias al libre obrar humano.

Desde otra perspectiva, se podría decir que este principio es tan poco vacío como aquel que constituye la base del entero sistema kelseniano: el de separación entre el ser y el deber ser. En efecto, “haz el bien y evita el mal” es un punto de partida que consagra la fundamentación del deber ser —“haz”, “evita”— en el ser, puesto que, de conformidad con la metafísica realista en que se apoya, el bien se convierte con el ser —es el mismo ser en cuanto apetecible— y el mal con el no ser. Así como las virtualidades del aislamiento *Sein-Sollen* han sido suficientemente puestas de relieve en el edificio de la *Teoría pura*, basta abrir la *Suma Teológica*, en su segunda parte dedicada a la moral, para advertir cuán fecundo resulta, incluso en el plano jurídico, basar el deber ser en el ser.

La idea de justicia suele asociarse vulgarmente con la idea de igualdad. Queremos, por ello, detenernos en la crítica de Kelsen a lo que designa como “el principio de justicia de la igualdad”. “Este principio se expresa en la forma siguiente: a todos los hombres debe aplicárseles igual trato”.<sup>504</sup> Esta norma exigiría que en el modo de tratar a los hombres no se tenga en cuenta ninguna posible desigualdad. Pero nuestro autor añade: “Afirmar que todos los hombres son iguales significa contradecir manifiestamente los hechos”.<sup>505</sup> De ahí que lo que esta norma prescribiría es no considerar las desigualdades reales que separan a los hombres.

<sup>503</sup> *Suma Teológica*, cit.

<sup>504</sup> JDN, n. 24, p. 79.

<sup>505</sup> *Ibidem*, n. 24, pp. 79 y 80.

No olvidemos, pues, que los hombres, al igual que las circunstancias externas, son iguales o desiguales sólo de manera relativa; es decir, bajo ciertos aspectos, en relación con determinadas cualidades, como serían, por ejemplo, entre los hombres, el sexo, la raza, el color de la piel, etcétera: no lo son de manera absoluta, bajo cualquier aspecto o en relación con todas sus cualidades. Significa esto que cabe prescindir no de todas las diferencias, sino solamente de algunas de ellas: hay que tener necesariamente en cuenta las diferencias de edad, sexo, salud mental, etcétera.<sup>506</sup>

Conviene hacer notar que la idea de una naturaleza humana que en todos los hombres se realiza igualmente, es rechazada por Kelsen como propia de la teoría del derecho natural. Señala que esa concepción presupone que todos los hombres son buenos por naturaleza o que han sido creados buenos por Dios.<sup>507</sup> Al margen de la confusión entre bondad ontológica (por el hecho de ser) y bondad moral (por el recto obrar) que la anterior afirmación entraña, es patente que al jurista de Viena, en virtud de su positivismo antimetafísico, le está vedado concebir una igual naturaleza humana que se daría en todo hombre, lo cual no le impide hablar continuamente del hombre, como si siempre los miembros de la especie humana estuvieran dotados de idéntica esencia. Esta negación de las esencias como algo real, tan típica del nominalismo —antecedente claro del positivismo—, no le permite diferenciar, sobre la base de la realidad humana, aquello en que debe darse igual trato a todo hombre por una exigencia dimanante de su igual naturaleza, y aquello en lo que ha de dispensarse un trato desigual en atención a otros factores diferenciadores también reales. Aunque debe reconocerse, al mismo tiempo, que Kelsen refuta un igualitarismo a ultranza, por parecerle absurdo e irrealizable. No resulta posible no tener en cuenta ninguna desigualdad. A esta conclusión le fuerzan los datos empíricos. Pero para determinar cuándo debe darse un trato igual o desigual, no acude a la realidad, sino sólo a lo que dispongan los ordenamientos sociales positivos.

En el extremo opuesto a esta norma del trato igualitario para todos se sitúa lo que califica de “principio de justicia de la desigualdad”, con arreglo al cual cada uno debe recibir un trato diferente, o sea, habría que tomar en consideración todas las desigualdades. Reitera, a este propósito, su doctrina de la seguridad jurídica, que provendría de un régimen de normas generales que habilitan a los individuos para prever el tratamiento que recibirán por parte de los órganos aplicadores del derecho; en contraposición a la

<sup>506</sup> *Ibidem*, n. 24, p. 80.

<sup>507</sup> Hervada, J. *Introducción crítica...*, *cit.*

flexibilidad jurídica, ligada a un orden compuesto sólo por normas individuales.<sup>508</sup> En este último sistema, propugnado por la Escuela del derecho libre, operaría precisamente lo que ha llamado el principio de justicia de la desigualdad.

Entre ambos extremos aparece la norma según la cual “sólo los hombres iguales deben recibir igual trato”. Como el principio que exige un trato siempre igualitario es inaplicable en la realidad social —ningún sistema establece que debe tratarse igual a los niños que a los adultos, a los enfermos mentales que a los psíquicamente sanos, etcétera—, ese principio sería sustituido por otro que exige que se tengan en cuenta ciertas desigualdades y que no se atienda a otras. “Una norma que sea conforme a este principio debe determinar, pues, necesariamente y de modo expreso, las cualidades respecto de las que hay que tener en cuenta posibles desigualdades prescindiendo, por tanto, de desigualdades relativas a otras cualidades para que quepa así hablar de individuos iguales”.<sup>509</sup> Esto acontece, por ejemplo, cuando se regulan los requisitos para tener derecho a voto: los individuos que cumplen todos los requisitos son iguales en este sentido relativo y desiguales en relación con los que no los reúnen. En cambio, hay otras cualidades —aquellas que no se requieren para tener derecho a votar— cuya igualdad o desigualdad no interesa. Kelsen deja constancia de que este principio intermedio no consagra sólo la igualdad, sino también las diferencias. Y, con su afán característico de rigor, plantea el caso de que sólo haya un sujeto que reúna las cualidades exigidas, supuesto en el que no cabría hablar de igualdad, porque no habría otro término de comparación. Por estas razones indica que es inexacto considerar este principio intermedio como aplicación de la “justicia de la igualdad”.

Avanzando ya hacia el término de su análisis crítico, sostiene que

En realidad, visto desde más cerca el principio “trato igual para los iguales, diferente para los desiguales” se revela como exigencia, no de la justicia, sino de la lógica. Es, en efecto, únicamente la consecuencia lógica del carácter general de la norma quien prescribe que individuos determinados deban ser tratados de manera determinada en circunstancias también determinadas, o expresado en una fórmula más general, cuando prescribe que bajo una condición determinada debe producirse una determinada consecuencia y en particular un determinado trato. Este carácter general de una norma que prescribe que bajo una condición determinada debe producirse una determinada consecuencia radica, como ya hemos señalado, en el hecho de que la

<sup>508</sup> TP (2a. ed. al.), n. 27c.

<sup>509</sup> JDN, n. 24b, nn. 83 y 84.

norma, según su intención, debe ser aplicada no solamente en un caso único, sino también en un número *a priori* indeterminado de casos.<sup>510</sup>

Esta observación crítica ya ha sido varias veces formulada por el autor cuando se ha ocupado de diversas normas que establecían alguna clase de proporcionalidad, como el principio de retribución, del justo salario, etcétera. En definitiva, las condiciones a las que debe atenerse para otorgar un trato igual o diferente a los seres humanos procederían sólo de las normas positivas. Incluso el hecho de que las normas de justicia se apliquen sólo a los hombres sería, según Kelsen, una de las condiciones determinadas positivamente por la norma, puesto que en sociedades primitivas se aplicaba, por ejemplo, el principio de retribución a los animales.

Kelsen busca mostrar que todas las normas de justicia poseen un carácter general, que consiste simplemente en prescribir que, en condiciones determinadas, los hombres deben ser tratados de un modo determinado. La esencia de la injusticia no sería, por tanto, la desigualdad. Por ejemplo, cuando una norma castiga el delito de robo con pena de prisión y un juez de hecho aplica esa pena, mientras otro sanciona otro robo con pena de muerte, ambas penas son desiguales, pero sólo una es injusta, aquella que no se atiene a la norma. En consecuencia, lo que siempre ha de darse es la igualdad ante la ley o norma general, no necesariamente la igualdad en la ley, que se verificaría cuando la norma mande dar un trato igual en todos los casos. La igualdad ante la ley no significa más que aplicación correcta de la ley, aun cuando ésta consagre la desigualdad. Por ende, no es igualdad, sino conformidad a la norma, corrección lógica, que no tiene nada que ver con la justicia, en particular con la justicia de la igualdad.

Frente a un concepto general de justicia como igualdad (Perelman), que sería sólo propio de la llamada “justicia de la igualdad”, Kelsen opone el de justicia como conformidad con la norma, que sí constituiría el elemento común a todas las normas de justicia. En cuanto al trato prescrito por las normas de justicia, no habría ningún elemento común; por el contrario, cabrían conflictos entre ellas, por ejemplo, entre la “justicia de la libertad” y las restantes normas de justicia. El elemento común vendría a consistir “...en el hecho de que todas ellas son normas generales que en condiciones determinadas —determinadas de maneras muy diversas por las diferentes normas de justicia— prescriben un trato determinado —determinado de maneras muy diversas por las diferentes normas de justicia—”.<sup>511</sup> Así, ante

<sup>510</sup> *Ibidem*, n. 24c, pp. 85 y 86.

<sup>511</sup> *Ibidem*, n. 24 e, p. 92.

la cuestión de cómo debe tratarse a los hombres, la noción general de justicia sería algo “completamente vacío y carente de toda significación”.<sup>512</sup>

Como se habrá notado, el autor utiliza el término “justicia” en dos sentidos diferentes sin advertirlo expresamente. Por un lado, cuando afirma que “...el principio «trato igual para los iguales, diferente para los desiguales» se revela como exigencia, no de la justicia, sino de la lógica”,<sup>513</sup> lo usa como equivalente a igualdad absoluta. En cambio, al sostener que “la justicia... es la propiedad de una norma que prescribe que un determinado trato debe ser aplicado a los hombres”,<sup>514</sup> identifica justicia con aplicación correcta de la norma general. Entonces, el núcleo de su tesis estriba en que la justicia en el segundo sentido —“la noción general de justicia”— no es la justicia en el primer sentido. No explica por qué, para enfrentar su noción de justicia como exigencia de la lógica, elige esa otra noción de justicia como igualdad absoluta. Seguramente parte de la opinión muy generalizada que tiende a cifrar la justicia en la simple igualdad, en la óptica del igualitarismo social.

Vale la pena examinar, aunque sea con suma brevedad, las relaciones entre la justicia y la igualdad. La justicia como igualdad tiene un significado completamente diverso al que le dan los propugnadores de esta ideología igualitarista tan extendida como simplista. Ante todo, conviene advertir que la igualdad, en el contexto de la justicia como virtud, tiene distintos significados, como muy bien lo anota Hervada, a quien seguiremos en el análisis de este punto.<sup>515</sup> En primer término, se alude a la igualdad, presente en todo acto de justicia, que se da entre lo debido y lo efectivamente dado. Esta igualdad puede revestir diversas formas: identidad —por ejemplo, cuando se devuelve el mismo objeto que se había recibido en préstamo—, igualdad en sentido restringido, cuando, por ejemplo, se ha prestado una cantidad de dinero y se restituye ese mismo valor con otros billetes o monedas; e igualdad de proporcionalidad, que, concebida de modo realista, implica, en los repartos o distribuciones, el regirlos por la proporción que existe entre los distintos sujetos y los bienes repartidos. Es lógico que esta concepción realista de la proporcionalidad no se avenga en absoluto con el positivismo kelseniano y con su neta separación entre el mundo del ser y el del deber ser. Kelsen ve en las proporciones la simple aplicación reiterada de un principio positivamente establecido por la norma. Así, cuando se dice que el salario debe ser proporcional al trabajo realizado, él no ve más que una consecuen-

---

<sup>512</sup> *Idem.*

<sup>513</sup> *Ibidem*, n. 24 c, p. 85.

<sup>514</sup> *Ibidem*, n. 24 e, p. 91.

<sup>515</sup> Hervada, J., *Introducción crítica al derecho natural*, cit., pp. 46, 47, 50 y 51.

cia del carácter general de la regla que establece que determinada unidad de trabajo deberá pagarse con determinada cantidad de dinero, regla que se aplicará el número de veces que en cada caso corresponda. Del trabajo realizado no emanaría, en su opinión, ninguna exigencia real de retribución proporcionada.

Por otro lado, se dice que las relaciones de estricta justicia sólo se dan entre sujetos iguales, es decir, entre aquellos que están en condiciones de satisfacer la deuda. Esta igualdad es la que, por vía de ejemplo, no existe entre padres e hijos en cuanto tales, ya que siempre es más lo que los padres han dado a sus hijos que lo que éstos pueden devolverles al honrarlos y socorrerlos.

Por último, otra igualdad en la justicia es la que se traduce en la no discriminación, esto es, en el igual reconocimiento de los derechos de todos. Pero con esto no se mantiene la opinión de que todos los hombres tengan idénticos derechos, como pretende el igualitarismo, que no distingue entre aquellos derechos que corresponden a todo hombre, en cuanto dotado de naturaleza humana, y aquellos en los que existe legítima diversidad.

El hecho de que Kelsen conciba la noción general de justicia a modo de principio de carácter lógico-formal es simple consecuencia de los presupuestos de su análisis. Si se pretende descubrir la esencia de la justicia a partir de lo que es elemento común a las “normas de justicia”, denominación bajo la que caen los más diversos principios de todo orden con alguna implicación social, y si además se ha afirmado que cada una de esas normas es realmente una fórmula vacía, la conclusión de semejante investigación sólo puede ser la que señala el autor: una formulación lógica de tipo genérico, tan vacía como la de cada una de las normas de justicia. En este sentido, Kelsen viene a situarse en una postura que recuerda el formalismo moral kantiano, para el cual el imperativo categórico expresa de manera absoluta el carácter general de una norma.<sup>516</sup>

Tras algunas páginas sobre las normas metafísicas de justicia, en las que casi se limita a declararlas incognoscibles, aunando elementos filosóficos y teológicos en ese género común de lo irracional que es la metafísica según Kelsen, y como colofón de toda la primera parte de su estudio, se conecta el tema de la justicia con el de la felicidad, al igual que lo hacía en su trabajo *¿Qué es justicia?*<sup>517</sup>

De hecho —dice en *Justicia y derecho natural*—, si el problema de la justicia posee una significación tan fundamental para la vida de los hombres en sociedad, si el afán de justicia es algo tan profundamente arraigado en el corazón

<sup>516</sup> Así lo insinúa el propio autor en JDN, n. 24e, p. 93, nt. 38.

<sup>517</sup> *Cit.*, pp. 35 y ss.

humano, se debe a que en el fondo responde al irreprimible deseo de felicidad de éstos. Una justicia puramente relativa, comprensible por la razón humana, no proporciona más que una satisfacción muy parcial. La justicia que el mundo invoca a gritos, “la justicia” por excelencia es, pues, la justicia absoluta. Se trata de un ideal irracional que no puede emanar sino de una autoridad trascendente, solamente de Dios. La fuente de la justicia y, por tanto, también su realización, viene, pues, necesariamente trasplantada del mundo terreno a un mundo del más allá: aquí, sobre la tierra, hay que contentarse con una justicia puramente relativa, que se encuentra en todo orden jurídico y en el estado de paz y seguridad que, en mayor o menor grado, crea y mantiene. La felicidad terrenal, en cuyo nombre se exige con tanta pasión la justicia, felicidad que la justicia puramente terrenal y relativa no puede garantizar, se sustituye así por la felicidad supraterebral, la beatitud celestial que la justicia absoluta de Dios promete a quienes creen en Él, y, por consiguiente, en ella. Este es el ardid de esta eterna ilusión.<sup>518</sup>

Deben traerse a la memoria, para completar la exposición de su pensamiento, aquellas famosas palabras con las que se concluye *¿Qué es justicia?* Después de haber impugnado todas las posibles soluciones al problema de la justicia como anhelo de felicidad individual o colectiva, ya que todas ellas serían sólo relativas, y subjetivamente válidas para el sujeto que las defiende, nos hace una especie de íntima confesión:

Verdaderamente, no sé si puedo afirmar qué es la Justicia, la Justicia absoluta que la humanidad ansía alcanzar. Sólo puedo estar de acuerdo en que existe una Justicia relativa y puedo afirmar qué es la Justicia para mí. Dado que la Ciencia es mi profesión y, por tanto, lo más importante en mi vida, la Justicia para mí, se da en aquel orden social bajo cuya protección puede progresar la búsqueda de la verdad. *Mi* Justicia, en definitiva, es la de la libertad, la de la paz; la Justicia de la democracia, la de la tolerancia.<sup>519</sup>

En resumen, nos parece que la concepción kelseniana de la justicia puede encerrarse en tres tesis: *a)* la justicia, racionalmente estudiada, se reduce a una propiedad lógica de ciertas normas sociales que consiste en su generalidad; *b)* sin embargo, la justicia se sitúa más allá de esa comprensión racional, en cuanto lo que, en último término, la caracteriza es su relación con el problema humano de la felicidad absoluta; o sea, la justicia es un ideal irracional, necesariamente metafísico o religioso, y *c)* en nombre del relativismo axiológico y del positivismo, sólo cabe afirmar la existencia de

<sup>518</sup> JDN, n. 27, pp. 97 y 98.

<sup>519</sup> *Cit.*, p. 63. Las cursivas pertenecen al original.



justicias relativas, subjetivas, condicionadas por las emociones o deseos de cada individuo.

Nos contentaremos con un par de observaciones críticas muy elementales, pero que creemos decisivas para contribuir a arrojar un poco de luz en esta materia. La primera: sólo es posible identificar el problema de la justicia con el de la felicidad si se adopta un concepto de justicia que se aleja por completo del que ha manejado la tradición jurídica desde los juristas romanos. La justicia en el ámbito jurídico siempre ha significado una actitud de respeto al derecho, que se circunscribe a un campo muy determinado de las relaciones sociales —el de las relaciones propiamente jurídicas en que existe un débito estricto con las clásicas notas de alteridad, exterioridad y exigibilidad—. La justicia así entendida podrá ser —y de hecho lo es— condición necesaria de la felicidad humana en este mundo —en cuanto todo hombre, para ser feliz, ha de ser justo—, pero de ningún modo asegura, ni mucho menos es la culminación, de ese estado de dicha que todo hombre trata de conseguir, y esto no sólo en cuanto la consecución de ese estado trasciende la vida terrena, sino también en la medida, siempre relativa, en que puede lograrse la felicidad durante nuestro paso por este mundo: la sola observancia de las obligaciones de justicia jamás es suficiente para hacer al hombre feliz. Por lo tanto, si desde la perspectiva propia del saber jurídico se desea conseguir alguna claridad en este tema, se impone de entrada concentrarse en el análisis de la justicia en su dimensión estrictamente jurídica, relegando a un segundo plano el examen de su incidencia en esa plenificación del hombre que engendra su gozo más completo.

Por lo que respecta al tema de la felicidad, Kelsen nos enseña que el irreprimible anhelo de beatitud —que él se apresura a reconocer en todo hombre— carece de explicación si se pretende entenderlo desde un punto de vista meramente empírico. Las paradojas insolubles de unas ansias que nunca pueden satisfacerse por completo en esta vida, y que los sujetos y las colectividades refieren a objetos diversos y hasta contradictorios, confirman a nuestro autor en su neto relativismo escéptico. Nada más lógico: estamos ante una clara confirmación de que con las herramientas de las ciencias positivas no podremos abrirnos camino en esta decisiva cuestión vital. Nunca ellas estarán en condiciones de mostrarnos la felicidad como un estado subjetivo que corresponde necesariamente a un estado objetivo: el logro del último fin a que tiende nuestro ser ineluctablemente. Ni mucho menos podrán decirnos dónde se sitúa realmente ese fin en congruencia con nuestra naturaleza, ni explicarnos cómo es posible que ese fin pueda hallarse asumido por un fin superior, sobrenatural, que defina el sentido de todo nuestro caminar terreno. La posición de nuestro autor, fiel a sus premisas, trasunta

una profunda desilusión; la propia de quien piensa que ese cuadro de una auténtica felicidad humana que acabamos de esbozar es sólo una ilusión, y la que emana de su arraigado convencimiento de que el problema de la felicidad conduce forzosamente a plantearse las cuestiones últimas sobre el origen y destino del ser humano, ante las cuales nuestro autor testimonia su más radical impotencia. Con este trasfondo hondamente pesimista, ¿qué significa esa proclamación encendida de sus ideales subjetivos de tolerancia, libertad y paz? La respuesta, como siempre, nos la ofrece el mismo Kelsen: esos ideales constituyen la defensa indispensable de su propio vivir, como hombre entregado a un quehacer científico. Pero ¿puede una labor científica, por amplia y fecunda que sea, colmar los deseos de felicidad que anidan en el corazón humano? Decidida y rotundamente no: la misma sed de verdad, de la que nos habla insistentemente el jurista de Viena, nos impulsa mucho más allá de las estrechas fronteras de las ciencias positivas, cuya creciente humildad y autoconciencia de sus límites son una de las más sólidas conquistas del espíritu contemporáneo.

## XLII. EL DERECHO NATURAL<sup>520</sup>

### 1. *La noción de derecho natural según Kelsen*

#### A. *El derecho natural como conjunto de doctrinas ideológicas*

La segunda sección de *Justicia y derecho natural* está dedicada temáticamente al derecho natural. Del mismo modo que en la primera parte, Kelsen resume las conclusiones de sus múltiples trabajos anteriores sobre el tema, y las desarrolla engarzándolas en una nueva presentación sistemática. Nos atendremos a esta exposición, aunque optaremos por una ordenación de la materia distinta de la del autor e incluiremos desarrollos contenidos en otras obras. La sistemática que seguimos tiende a poner de relieve dos aspectos de singular importancia en la captación de la crítica kelseniana: a) la noción de derecho natural que maneja, y b) las razones de su rechazo del mismo.

El derecho natural aparece en los escritos kelsenianos ante todo como una teoría o doctrina, no como una realidad.<sup>521</sup> Este dato se corresponde con la declaración de iuspositivismo que encabeza la *Teoría pura del derecho*.<sup>522</sup>

<sup>520</sup> JDN, B., "*El derecho natural*", nn. 28-52, pp. 98-163.

<sup>521</sup> *Idem*, loc. cit.

<sup>522</sup> TP (2a. ed. al.), n. 1, p. 15.

En la doctrina kelseniana el derecho realmente existente se reduce al derecho positivo. Si hubiera otra realidad jurídica, ella caería en el campo de la teoría general del derecho que la *Teoría pura* pretende ser. Por lo tanto, si la *Teoría pura* reduce su objeto al derecho positivo, su crítica del derecho natural tratará de demostrar que éste no es derecho, sino una mera teoría. Además, como esta teoría tendría un objeto realmente inexistente —el derecho natural— y tendería a desfigurar el derecho positivo —indicando no como éste es, sino como debiera ser—, Kelsen no duda en incluirla entre las ideologías que oscurecen o desfiguran la realidad con determinadas finalidades y que obedecen a opciones emocionales o volitivas sin base racional alguna. Tras esas ideologías, en sentido peyorativo, estarían siempre latentes determinados intereses inconfesados.

Desde el punto de vista de la teoría kantiana del conocimiento, el derecho natural aparece como una idea que no corresponde a ningún correlato sensible realmente dado, es decir —en el contexto de la distinción de Kant entre conocimiento y pensamiento—, como algo que sólo puede ser pensado, mas no conocido. Esto se adecua perfectamente con el positivismo kelseniano. El derecho natural, al situarse más allá de lo empíricamente captable, esto es, de lo sensorialmente perceptible, no podría ser objeto de una ciencia jurídica, la cual debería limitarse a la explicación del material jurídico fenoménico. En nombre de la crítica de la razón pura, Kelsen refuta toda aproximación trascendental al derecho natural. En efecto, el derecho natural sería como un “derecho en sí”, incognoscible y, al igual que toda “cosa en sí”, es rechazado con energía por el neocriticismo alemán al que se adhiere Kelsen.<sup>523</sup> Se explica, por tanto, que moteje de “idealista” a la teoría iusnaturalista, en cuanto se referiría a algo ideal, no real.<sup>524</sup> Desde otro ángulo, la definición del derecho como orden coactivo parece condicionar también esta postura. Lo real en el derecho se reduciría al ejercicio coactivo del poder. No es posible encontrar una coacción jurídica distinta de la del derecho positivo. Luego, concluiríamos con nuestro autor, el derecho natural no es derecho.

Como a lo largo de la historia se han sucedido diversas teorías acerca del derecho natural, Kelsen precisa que más que de la doctrina del derecho natural, conviene hablar de las doctrinas iusnaturalistas.<sup>525</sup> No obstante, preconiza una cierta unidad de “la idea del derecho natural”. Las diversas

---

<sup>523</sup> Véanse a este respecto los artículos de 1927 y 1928 mencionados *supra*, en Kelsen, H. “Die idee des Naturrechtes...”, *cit.*

<sup>524</sup> JDN, n. 30, p. 102.

<sup>525</sup> *V. gr., ibidem*, n. 32, pp. 104 y ss., y n. 50b, p. 152.

posiciones sobre éste le parecen más o menos coherentes en la medida en que se adecúan o realizan mejor o peor esa idea. Existiría, de esa forma, algo así como la idea auténtica del derecho natural. A base de ella se efectúa la crítica interna de los distintos iusnaturalismos.

En las páginas siguientes intentaremos ofrecer una aproximación a la idea del derecho natural que Kelsen hace suya en su crítica, y procuraremos averiguar sus fuentes inspiradoras.

*B. El derecho natural como orden normativo distinto  
y paralelo al derecho positivo*

Dado que para la *Teoría pura* el derecho es norma o conjunto de normas, el derecho natural, lógicamente, es visto como un orden normativo. Por este motivo, al aludir al contenido del derecho natural, se usa continuamente la expresión “norma de justicia”. Este dato, tan sencillo y conocido, nos parece decisivo a la hora de explicar la posición del jurista austriaco sobre toda esta materia. El normativismo, situado en ese núcleo de concepciones indiscutidas para el maestro de Viena, condiciona gran parte del resto de las características que asigna a lo que sería la genuina noción del derecho natural.

Las normas del derecho natural constituirían un orden ideal enteramente diferente del conformado por las normas del derecho positivo.

Se llega así, por tanto, a un dualismo característico: por una parte, un orden ideal trascendente no creado por los hombres y superior a cualquier otro; por otra, un orden real creado por los hombres, es decir, positivo... La teoría idealista del derecho, contrariamente a la teoría realista, posee un carácter dualista. Esta es monista en cuanto que, a diferencia de la primera, ignora la coexistencia de un derecho ideal no creado por los hombres, sino derivado de una autoridad trascendente, y un derecho real, creado por los hombres; la teoría realista reconoce sólo *un* derecho: el derecho positivo creado por los hombres.<sup>526</sup>

Como se habrá echado de ver, la teoría monista y realista no es sino la *Teoría pura*. En cambio, los partidarios del iusnaturalismo serían, amén de idealistas, dualistas. Este modo de concebir la doctrina del derecho natural asume también un relevante papel en la crítica kelseniana. Nuestro autor, además, piensa que el iusnaturalismo conduciría, por fuerza lógica interna, a un monismo de signo idealista.

<sup>526</sup> *Ibidem*, n. 28, p. 100. Cursivas en el original.

De la idea del Derecho natural como orden del comportamiento humano, orden immanente a la naturaleza y deducible de ella, cabría concluir que el derecho positivo, creado artificialmente por los hombres, es algo completamente superfluo y que el intento de crear un derecho de este tipo es algo siempre pernicioso en cuanto que puede llevar a un apartamiento con respecto al Derecho natural que es el único justo.<sup>527</sup>

Pero se apresura a dejar constancia de que ningún teórico del derecho natural ha sacado tal consecuencia.

Las relaciones entre ambos sistemas de normas —el natural y el positivo— se plantearían, conforme a *Justicia y derecho natural*, en función de la validez del derecho positivo. Escuchemos la nítida explicación de este punto que se nos brinda:

La relación que se reconoce existe entre justicia y derecho desempeña un decisivo papel en la cuestión de saber si el derecho es válido, es decir, si sus normas deben ser aplicadas y observadas. Con respecto a este punto existen dos concepciones diametralmente opuestas. Para la primera, un derecho positivo sólo puede ser considerado válido en el supuesto y en la medida en que haya sido creado en conformidad con las exigencias de la justicia: el derecho válido es el derecho justo: un ordenamiento injusto del comportamiento humano carece de validez; no puede ser considerado como derecho en cuanto que éste significa precisamente ordenamiento válido. O sea que la validez de la norma de justicia constituye el fundamento de validez del derecho positivo. Para la segunda concepción, la validez del derecho positivo no depende de la validez de la norma de justicia. Un derecho positivo es válido incluso si es injusto. Significa esto que... no cabe presuponer como válida una norma de justicia si se considera válida una norma de derecho positivo cuya creación no corresponde a la norma de justicia. Esta es la consecuencia del positivismo jurídico, es decir, de una teoría positivista o realista del derecho contrapuesta a una teoría idealista.<sup>528</sup>

Por consiguiente, la norma de justicia está dotada, de acuerdo con la presentación kelseniana del iusnaturalismo, de una pretensión de validez absoluta, que la erigiría en fundamento de validez del derecho positivo y en límite de esta validez. Se recordará el paralelo que se traza entre la *Grundnorm* y el derecho natural, como diversos fundamentos de validez del derecho positivo.<sup>529</sup> Esta confrontación reaparece al fin de la monografía

<sup>527</sup> *Ibidem*, n. 50a, p. 151.

<sup>528</sup> *Ibidem*, n. 28, p. 99.

<sup>529</sup> TP (2a. ed. al.), n. 24c.

que analizamos.<sup>530</sup> Lo que diferencia a ambos es que el derecho natural constituiría un fundamento categórico e incondicional, y que afectaría al contenido, en cuanto una norma positiva contraria se reputa inválida. En cambio, la *Teoría pura* remite a un fundamento hipotético o ficticio, de carácter puramente formal, que no atañe de ninguna manera al contenido del orden jurídico. Además —y quizá sea la más significativa diferencia entre ambos tipos de fundamentación de lo jurídico, tal como los ve el autor—: “La norma fundamental no es un derecho diferente del derecho positivo, es solamente su fundamento de validez, la condición lógica trascendental de su validez”.<sup>531</sup> Por el contrario, el derecho natural, en clave kelseniana, siempre se muestra como un derecho distinto del positivo, conforme a un esquema dualista.

### C. *El derecho natural como moral social*

En cuanto al contenido de las normas jurídicas naturales, se trataría de aquellas normas de justicia que se consideran como provenientes de la naturaleza.

Lo que se conviene en llamar teoría iusnaturalista constituye una teoría idealista, es decir, dualista, del derecho... Como su nombre indica, se distingue de otras teorías idealistas y dualistas por el hecho de considerar a la “naturaleza” como fuente de donde emanan las normas del derecho ideal y justo. La naturaleza, a saber, la naturaleza en general o la naturaleza del hombre en particular, desempeña el papel de autoridad normativa, es decir, creadora de normas. Quien cumple sus mandatos obra justamente. Estos mandamientos, estas normas del comportamiento justo son immanentes a la naturaleza. Pueden ser deducidas de la naturaleza a través de un atento análisis, o sea, encontradas, o, por así decir, descubiertas y conocidas en ella. No se trata, pues, de normas que, como las del derecho positivo, sean creadas a través de actos humanos de voluntad, dependientes del arbitrio del hombre y, por consiguiente, variables. Son, por el contrario, normas dadas en la naturaleza con anterioridad incluso a toda posibilidad del acto humano de voluntad que las crea: son, por esencia, invariables e inmutables.<sup>532</sup>

Para conocer la crítica que nuestro autor formula respecto al contenido de las normas de justicia naturales, es menester revisar la primera par-

<sup>530</sup> JDN, n. 52, pp. 161-163.

<sup>531</sup> *Ibidem*, n. 52, p. 163.

<sup>532</sup> *Ibidem*, n. 30, pp. 102 y 103.

te de su trabajo, que hemos reseñado en el número anterior. Estimamos que todas esas normas allí examinadas pueden ser consideradas como de derecho natural, según Kelsen, en cuanto se vean como derivadas de la naturaleza.

Por otra parte, conviene hacer notar que el autor no distingue las normas de justicia que conciernen al ámbito jurídico propiamente dicho, de aquellas que miran a otros campos de la vida de relación social. En su concepción del derecho natural entran por igual las normas generalmente consideradas como parte integrante de un orden jurídico —como las que ordenan respetar los derechos ajenos o las que se refieren a la imposición de penas por parte de la sociedad— y las normas comúnmente ubicadas en el terreno de la moral social que excede lo estrictamente jurídico —como las exigencias de la caridad—. Su denominador común consistiría en que son normas que prescriben determinado trato respecto a los demás.<sup>533</sup> Por tanto, el derecho natural es conceptualizado, de manera inequívoca, como una moral social, o sea, como aquella parte de la moral que regula los comportamientos que han de observar los hombres en sus relaciones mutuas. Este rasgo de lo que cabría designar como “el derecho natural kelseniano” se confirma al comprobar la exégesis de los textos de santo Tomás sobre la ley natural, llevada a cabo por nuestro autor. Con arreglo a su interpretación, en santo Tomás coincidirían la ley natural y el derecho natural, hasta el punto de que donde el Aquinate trata de la primera, Kelsen no vacila en traducir *lex naturae* por *Naturrecht* (derecho natural).<sup>534</sup> Lo mismo sucede cuando se refiere a la doctrina estoica acerca de la ley natural.<sup>535</sup> Nosotros, al exponer a Kelsen, obviamente no distinguiremos donde él no distingue, sin perjuicio de que a nivel de crítica evitemos esta confusión.

#### D. *El fundamento teológico del derecho natural*

Así como la separación entre valor y realidad es una consecuencia primaria del postulado kelseniano de la separación entre el deber ser y el ser, la tesis de la inmanencia del valor en lo real es otra pieza clave en la versión de la doctrina iusnaturalista que ofrece el jurista vienés. La inmanencia de las normas, y de los correspondientes valores, en la naturaleza, conduciría a una interpretación teleológica de la naturaleza.

<sup>533</sup> *Ibidem*, n. 1, p. 30.

<sup>534</sup> *Ibidem*, n. 32, p. 107.

<sup>535</sup> *Ibidem*, n. 50c, pp. 152, y ss.

Si las normas immanentes a la naturaleza vienen representadas como fines objetivos asignados a dicha naturaleza, es decir, si la naturaleza viene interpretada como un todo ordenado según fines, si se advierte un orden finalístico immanente a la naturaleza, entonces la teoría del derecho natural adquiere carácter teleológico. Ahora bien, una interpretación teleológica de la naturaleza no se distingue de una interpretación normativa más que en la terminología. El fin en sentido objetivo es aquello que debe ser realizado. El objetivo en ese sentido es aquello que una norma presenta como deber (*gesollt*).<sup>536</sup>

Importa mucho resaltar que para Kelsen estas concepciones tienen un origen religioso y metafísico:

...como fundamento suyo se encuentra la idea de que la realidad de la naturaleza es creada por una autoridad trascendente que encarna el valor moral absoluto y que dirige los hechos concretos de esa realidad; la naturaleza está sometida a leyes y estas leyes son mandatos, normas, de la autoridad trascendente: esta es la idea que especialmente sirve de base a la teología cristiana. Solamente si se piensa que la naturaleza es creada o gobernada por Dios cabe admitir que las leyes de esta naturaleza son normas: solamente entonces cabe encontrar en esta naturaleza el derecho justo, solamente entonces puede deducirse éste de aquélla. Todo ello aparece todavía mucho más claramente en una teoría teleológica del Derecho natural. Solamente cabe interpretar la naturaleza como un todo ordenado según fines cuando se supone que una voluntad trascendente impone esos fines a los hechos naturales. Sólo una teoría teológica del Derecho Natural podrá ser teleológica.<sup>537</sup>

La última publicación de cierta envergadura que Kelsen destinó al tema del derecho natural se titula *Die Grundlage der Naturrechtslehre* (La base de la teoría del derecho natural).<sup>538</sup> Toda ella es un encendido alegato en favor de la tesis de que un auténtico derecho natural descansa necesariamente sobre el presupuesto de la existencia de Dios. En apoyo de esta posición, el autor recorre algunos hitos significativos de la historia doctrinal sobre este asunto, desde la antigüedad hasta nuestros días, para reafirmarse en la convicción que lo llevó a autocalificarse de *advocatus Dei*, como ardiente defensor de la imprescindible base teológica de todo derecho natural. Evidentemente, esto lo coloca en actitud polémica ante el moderno iusnaturalismo racionalista, y, en particular, lo enfrenta con la conocida tesis de Grocio, conforme a la

<sup>536</sup> *Ibidem*, n. 32, p. 104.

<sup>537</sup> *Ibidem*, n. 32, p. 105.

<sup>538</sup> *Cit.*



cual aunque Dios no existiera o no se preocupara de las cosas humanas, existiría el derecho natural.<sup>539</sup>

Grocio afirma que el Derecho natural por él expuesto continuaría siendo válido incluso admitiendo la no existencia de Dios, cosa que no obstante, añade, no puede admitirse sin incurrir en el más grave pecado. Grocio era un cristiano convencido, como lo eran todos los partidarios de la teoría clásica del Derecho natural, si bien no se daba aparentemente cuenta de que, si no se cree en una naturaleza creada por un Dios justo, no resulta lógicamente posible admitir la existencia de un derecho justo inmanente a esa naturaleza.<sup>540</sup>

Kelsen advierte que la afirmación de que el derecho natural se funda en último término en Dios, es susceptible de diversas interpretaciones que dependen de la postura más o menos voluntarista o intelectualista que se adopte respecto de la cuestión acerca de la esencia de la ley. Expone, en concreto, la doctrina tomista, muy alejada del voluntarismo, para la cual la ley natural no es fruto del arbitrio divino, sino que constituye una participación de la ley eterna de Dios —que es, según santo Tomás, “razón de la divina sabiduría en cuanto dirige todos los actos y movimientos”—<sup>541</sup> en la creatura racional. Esto no implica en modo alguno concebir a la ley natural como un producto inmanente de la razón humana: antes bien, conlleva el reconocimiento de que la obligatoriedad de esa ley pende en definitiva de la ley eterna y, por tanto, de Dios mismo.

Con todo, Kelsen da a entender su preferencia por una solución de tipo voluntarista, en cuanto estima problemática la conciliación de esa concepción intelectualista con la omnipotencia divina, lo que —comentaríamos por nuestra parte— equivale a sostener que es difícil hacer compatible el enfoque del intelectualismo con la visión voluntarista de la omnipotencia divina, lo cual es obvio. Además, su misma exposición de la postura intelectualista se realiza con moldes voluntaristas; por esto, reduce el alcance de esa postura a la tesis de que Dios no podría querer nada que esté en contra de su esencia, sin explicar el papel que, dentro de esa concepción, cumple el entendimiento divino, idéntico al mismo ser de Dios.

El voluntarismo, o sea la tesis de la primacía de la voluntad sobre la razón, se traduce, en el dominio de la ética, en la afirmación de que el bien y el mal morales proceden del mandato o la prohibición divinas, de modo que no cabría hablar de bienes y males en sí, como adecuados o dis-

<sup>539</sup> Grocio, H., *De Iure Belli ac Pacis libri tres*, proleg., nn. 11 y 12.

<sup>540</sup> JDN, n. 32, pp. 107 y 108.

<sup>541</sup> *Suma Teológica*, I-II, q. 93, a. 1.

conformes con la naturaleza humana. El voluntarismo, en cuanto niega la existencia de una bondad o maldad *per se*, o niega la existencia del derecho natural o lo interpreta, de alguna manera, como mero querer divino, por lo que su carácter obligatorio dependería exclusivamente de su ser querido por Dios. Se incurre, casi inevitablemente, en esta última versión, en una confusión entre el derecho natural y el derecho divino positivo, es decir, aquel promulgado positivamente por Dios en la historia. Esto es lo que acontece en Kelsen —cuyo voluntarismo en la concepción de la norma nos es ya bien conocido—: tiende a identificar el derecho natural con un conjunto de normas positivamente imperadas por el legislador divino.<sup>542</sup>

En esta misma línea de confusiones, el derecho natural aparece como algo conocido por medio de una creencia o fe. Refiriéndose al presupuesto de la doctrina del derecho natural, señala que “Dicho presupuesto es —como intentaré mostrar— la *creencia en una Divinidad justa...* Discutir sobre la certeza de esta creencia es cosa totalmente inútil. Ni el que tiene esa creencia ni el que no la tiene pueden ser convencidos de lo contrario mediante argumentos racionales”.<sup>543</sup> “Una teoría científica del derecho se contentará con constatar que no creyendo en una naturaleza creada por un Dios justo, no cabe *lógicamente* admitir la existencia de un derecho justo inmanente a la naturaleza”.<sup>544</sup> Para nuestro autor, cuanto excede el ámbito de lo empírico-positivo se declara radicalmente incognoscible. Lo supraempírico es considerado indiscriminadamente como objeto de una creencia, como elemento irracional —metafísico o religioso— sin que Kelsen se esfuerce por distinguir estos dos términos. Esta reducción del alcance de la razón humana cuadra muy bien con el voluntarismo kelseniano —en lo inaccesible a la razón, sólo entra la voluntad— y con el hiato entre fe y razón —la fe como algo no sólo superracional, sino irracional—, que constituyen elementos típicos de la teología de los reformadores protestantes,<sup>545</sup> ya presentes en la escolástica tardía, particularmente en Ockham.<sup>546</sup>

### E. *El derecho natural como algo ajeno a la historia*

El derecho que cabe deducir de las tendencias naturales inculcadas al hombre por Dios es el Derecho natural: su origen es divino. Es, por esta sola razón,

<sup>542</sup> Véase, por ejemplo, su interpretación de un pasaje de Cathrein, en Kelsen, H., *Bases de la teoría del derecho natural*, cit., p. 582.

<sup>543</sup> *Ibidem*, p. 577. Cursivas en el original.

<sup>544</sup> JDN, n. 32, p. 109. Cursivas en el original.

<sup>545</sup> Lalaguna, *op. cit.*, *passim*.

<sup>546</sup> Sancho Izquierdo, M. y Hervada, J., *Compendio de derecho natural*, cit., I, pp. 225-227.

absolutamente válido y, por consiguiente, invariable. Esta validez absoluta e invariable constituye un elemento esencial del Derecho natural; se trata, al igual que su inmanencia con respecto a la naturaleza, de una mera consecuencia de su origen divino.<sup>547</sup>

El derecho natural ha de ser inmutable: es otro rasgo característico de la idea del derecho natural propia de nuestro autor. Kelsen concibe esta inmutabilidad como la que corresponde a un sistema de normas universales, válidas en todo tiempo y lugar y en todas las circunstancias. Para percibir el alcance de esta caracterización hace falta tener presente el dualismo que preside toda la concepción de nuestro autor en esta temática: se trata de la inmutabilidad de un orden normativo paralelo al del derecho positivo, el orden natural, que sería, en sí mismo, completo y apto para regular por sí solo la vida social. El derecho natural, sistema ideal, estaría, por lo tanto, enteramente desligado de contacto con las variaciones de la historia humana. La inmutabilidad de este derecho natural no es sólo la permanencia de una misma ley natural, que corresponde a la persistencia de una misma naturaleza humana en todos los hombres de las diversas épocas, sino que implica, además, la negación terminante de que la dimensión histórica del hombre tenga alguna influencia en la aplicación de esa ley, o sea, que los cambios en la realidad histórica de individuos y comunidades humanas traigan consigo alguna modificación del enjuiciamiento de esa realidad a la luz del derecho natural.

Sin embargo, Kelsen es consciente de los esfuerzos que el iusnaturalismo ha realizado para explicar esa posible repercusión de las circunstancias y situaciones sociales sobre los contenidos de derecho natural. Describe ese empeño de la siguiente manera:

La teoría iusnaturalista se ha mostrado hasta ahora incapaz de formular normas para el comportamiento justo, es decir, normas universales, válidas en todo tiempo y lugar y en todas las circunstancias: se ha mostrado, pues, incapaz de constatar la existencia de un Derecho natural “inmutable”; esta objeción irrefutable ha llevado a la formulación de la teoría de un Derecho natural variable. Se concede que las reglas del comportamiento social de los hombres sobre las cuales puede fundarse un Derecho natural no son inmutables como las leyes físicas formuladas por las ciencias de la naturaleza, sino que, al contrario, varían de acuerdo con las transformaciones de la vida social y de las circunstancias políticas y económicas. Esto significa que la naturaleza humana, tal como se manifiesta en sus reacciones ante la evolución de las cir-

---

<sup>547</sup> JDN, n. 32, p. 107.

cunstancias políticas y sociales, es también variable y que, por tanto, no hay en modo alguno naturaleza humana inmutable ni, en consecuencia, Derecho natural inmutable que se deduciría de esa naturaleza: así, pues, el Derecho natural será variable, es decir diferente según las épocas y las sociedades. Esta es la versión radical de la teoría de un Derecho natural variable. Pero esta teoría puede también significar solamente que, junto a la naturaleza inmutable del hombre, existe también una naturaleza variable y que cabe deducir de ésta un Derecho natural variable al igual que se deduce de aquella un Derecho natural inmutable.<sup>548</sup>

La primera de esas versiones del “derecho natural variable” es criticada por nuestro autor no solamente por las mismas razones que en su opinión se oponen a todo iusnaturalismo, sino sobre todo en cuanto, a su juicio, implica apartarse de la auténtica noción del derecho natural, abdicando a favor del positivismo.

Si la naturaleza del hombre no es inmutable, si no cabe deducir de ella normas invariables... que prescriban un comportamiento justo, resulta que no podrá haber tampoco *un solo* Derecho natural que sirva de criterio absoluto para juzgar la elaboración de un derecho positivo; habrá, por el contrario, necesariamente Derechos naturales diferentes, eventualmente contradictorios, es decir, normas de justicia que no constituyen sino valores relativos. Este es el punto de vista del positivismo relativista.<sup>549</sup>

Kelsen cita en nota a Coing, pero nos parece indudable que también está pensando en Stammler con su célebre doctrina del “derecho natural de contenido variable”. La argumentación de Kelsen, tan de sentido común, demuestra que en esa clase de formulaciones se ha desdibujado considerablemente la esencia del derecho natural como algo necesariamente exigido por la naturaleza del hombre.

Enseguida expone y critica la segunda versión del “derecho natural variable”. A la vista del fracaso de la primera, escribe:

Se comprende, por tanto, que el Derecho natural variable sea presentado la mayor parte de las veces como sistema de normas paralelo o subordinado al Derecho natural inmutable: se distingue entonces dos naturalezas del hombre o dos capas en la naturaleza humana, una inmutable y otra variable, fundándose sobre una el Derecho natural inmutable y sobre otra el derecho variable.<sup>550</sup>

<sup>548</sup> *Ibidem*, n. 46, pp. 142-143.

<sup>549</sup> *Ibidem*, n. 46, pp. 143 y 144. Cursivas en el original.

<sup>550</sup> *Ibidem*, n. 47, pp. 144 y 145.

Como ejemplo de esta corriente menciona a Utz en su interpretación de santo Tomás.<sup>551</sup> Utz afirma claramente la inmutabilidad del derecho natural, y al mismo tiempo resalta la importancia del dato concreto, del supuesto de hecho o materia de la regulación, cuando se trata de discernir lo que es de derecho natural en una situación determinada. Es lo que, tras algunas consideraciones tendentes a poner de manifiesto que la atención al caso concreto debe ir unida a la aplicación de normas generales, el propio Kelsen reconoce como verdadero sentido de la doctrina de Utz: “El Derecho natural variable —expresa con su acendrado normativismo, que le impide concebir que se preste atención alguna a la realidad objeto de la norma— es, pues, el conjunto de normas individuales con ayuda de las cuales se resuelven los casos concretos *aplicando las normas generales del Derecho natural inmutable*”.<sup>552</sup> Pero si es la simple aplicación mudable de algo inmutable, ¿por qué hablar de derecho natural y de naturaleza mudables? Es evidente que estas expresiones, al menos como las entiende nuestro autor, no cuadran en absoluto con el pensamiento de Utz ni con el de santo Tomás. Son esquemas preconcebidos que Kelsen les aplica, aunque él mismo es el primero que los impugna como inadecuados a la verdadera idea del derecho natural. A idéntico proceso crítico somete un texto de Pío XII, en el que el papa se refiere a la incidencia de las transformaciones de las circunstancias económicas, sociales y políticas en su regulación de conformidad con el derecho natural, subrayando la permanencia de las exigencias fundamentales de la naturaleza humana. Primero nuestro autor señala que ese texto invocaría la teoría que distingue dos estratos en la naturaleza humana, e inmediatamente —como si se tratara de una crítica al texto pontificio, cuando en verdad es una refutación de la interpretación que él mismo ha propuesto— hace ver, como se desprende del discurso del papa, que sólo puede haber un derecho natural y que éste sería necesariamente inmutable.

Con estas críticas se reafirma Kelsen en su concepción rígida y ahistórica del derecho natural. Ello resulta muy explicable dados los principios de su doctrina: cualquier intento de considerar la realidad de las diversas situaciones humanas en la aplicación del derecho natural supondría violar la completa incomunicación que él establece entre esa realidad y el mundo de las normas.

---

<sup>551</sup> Nos parece indudable que ésta es fiel a los principios de la filosofía tomista, ya desarrollados en este sentido por autores de la Escuela española del derecho natural, como Molina y Suárez (*cf.* Sancho Izquierdo, M. y Hervada, J., *Compendio de derecho natural*, cit., II, pp. 280 y 292).

<sup>552</sup> JDN, n. 47, p. 147. Las cursivas son nuestras.

### F. La “función conservadora” del derecho natural

Para completar este análisis de la noción kelseniana del derecho natural, es indispensable hacerse cargo del carácter conservador que atribuye a la doctrina iusnaturalista. Nos previene, ante todo, que al hablar de función conservadora, reformista o revolucionaria, no está introduciendo un juicio de valor, como si la conservación de un orden, o su modificación o suplantación por otro, significara un bien o un mal, una mayor o menor justicia o injusticia. Simplemente procura realizar una comprobación fáctica acerca de la función histórica de las diferentes teorías iusnaturalistas para determinar si han contribuido a mantener el orden positivo establecido, o bien, han ayudado a cambiarlo.

Dicha investigación muestra que las teorías iusnaturalistas, tal como han sido presentadas por sus partidarios más calificados, han servido en lo esencial para justificar los ordenamientos jurídicos establecidos y sus principales instituciones políticas y económicas, considerándolas conformes al Derecho natural: han tenido, pues, un carácter totalmente conservador. Revela esa investigación que la idea del Derecho natural no ha realizado una función reformadora ni revolucionaria más que de modo excepcional y que cuando a fines del siglo XVIII en América y en Francia se produce esa situación, rápidamente surge un movimiento intelectual dirigido contra dicha teoría del Derecho natural reformador, movimiento que ha encontrado su expresión característica en la “Escuela histórica del derecho” precursora del positivismo jurídico en el siglo XIX. El carácter primariamente conservador de la teoría del Derecho natural es consecuencia de la actitud adoptada por la mayor parte de sus defensores, y, en particular, por los representantes clásicos del iusnaturalismo frente a un problema decisivo para toda la teoría: el problema de la relación entre Derecho natural y derecho positivo.<sup>553</sup>

Como ya señalábamos al tratar del supuesto dualismo de la doctrina del derecho natural, la idea de éste, en su pureza originaria, debería conducir a la conclusión —según nuestro autor— de que el derecho positivo está de más. Todo podría ser regulado por el derecho natural, y cualquier normativa positiva acarrearía el peligro de contradecir lo justo natural, por lo que sería perniciosa. Sin embargo, recuerda que ninguno de los teóricos importantes del derecho natural ha extraído semejante conclusión, y que, antes bien, ellos subrayan con fuerza la necesidad del derecho positivo.<sup>554</sup>

<sup>553</sup> *Ibidem*, n. 50, pp. 150 y 151. Sobre este problema, más detalladamente, *cf.* Kelsen, “Die Idee des Naturrechtes...”, *cit.*

<sup>554</sup> En JDN, n. 50a, p. 151, nt. 118, alude a la doctrina de santo Tomás, fijándose sólo en un aspecto de la necesidad del derecho positivo —el establecimiento de sanciones—, sin to-

Admitida la necesidad del derecho positivo, los partidarios del orden natural sostienen que cuando aquel se opone a éste, es inválido.

...no obstante, presentan al mismo tiempo argumentos tendentes a hacer absolutamente imposible o al menos muy improbable el conflicto entre Derecho natural y derecho positivo, intentando asegurar, incluso en aquellos casos, la validez del derecho positivo. Para lograr este objetivo se convierte el derecho positivo en un delegado del derecho natural y se deduce de la naturaleza la norma que exige la obediencia al derecho positivo. Este derecho positivo viene más o menos identificado al Derecho natural, con lo cual se suprimen o, al menos, se reducen al *mínimum* las posibilidades de un conflicto entre ellos. Esta tendencia se manifiesta muy claramente en la teoría estoica del Derecho natural y en la teoría iusnaturalista de la teología cristiana que está profundamente influida por el estoicismo.<sup>555</sup>

Al estoicismo corresponde el mérito de haber elaborado, por primera vez, una doctrina sobre la ley natural que ha llegado, con muchos desarrollos y depuraciones, hasta la actualidad. Kelsen expone sumariamente la doctrina estoica, que al tiempo que identifica la ley natural con lo que prescribe la recta razón humana, liga esta última con la razón divina. Nuestro autor sostiene que los estoicos admiten dos naturalezas humanas, y, por consiguiente, dos derechos naturales: uno perfecto y otro imperfecto. Mientras que según el primero —propio de una edad dorada— no había diferencias sociales ni propiedad privada ni esclavitud, sí existirían estas instituciones en el derecho natural imperfecto —vigente—, como consecuencia de la corrupción de la naturaleza humana. Pero este derecho natural imperfecto sería el mismo derecho positivo, y su función —en cuanto supuesto derecho natural— sólo consistiría en justificar el orden establecido, lo que se explicaría por el hecho de haber sido el estoicismo una filosofía de la clase privilegiada.

Prescindimos de una valoración filosófica o histórica de las anteriores aseveraciones, típicas del genio simplificador de Kelsen, para fijarnos en su exposición de lo que denomina “la teoría del doble derecho natural en la Iglesia”. “La Iglesia cristiana ha tomado del estoicismo la teoría de las dos naturalezas humanas y del doble Derecho natural”.<sup>556</sup> Sobre la base de las

---

mar en consideración la fundamental doctrina tomista de la derivación de las leyes humanas de la ley natural por vía de conclusión y determinación (*cfr. Suma teológica*, I-II, q. 95, a. 2).

<sup>555</sup> JDN, n. 50b, p. 152.

<sup>556</sup> *Ibidem*, n. 50d, p. 154.

conclusiones del teólogo y filósofo protestante Ernst Troeltsch,<sup>557</sup> Kelsen presenta este “doble derecho natural de la Iglesia” en los siguientes términos: en los primeros tiempos de la Iglesia, que habría sido una religión de clases inferiores no propietarias, no había lugar para un derecho natural que justificara el orden establecido. Por el contrario, el mundo aparecía para los cristianos como algo malo, y ante él se adoptaría una actitud de total hostilidad. No obstante, Kelsen dice que al irse convirtiendo el cristianismo en religión de las clases propietarias, se habría modificado esa actitud de repulsa. Aceptándose la teoría estoica del derecho natural, ésta penetraría a través de lo que, para nuestro autor, constituye “el mito bíblico del Paraíso perdido”.<sup>558</sup> Así, habría un derecho natural perfecto anterior al pecado original, y un derecho natural imperfecto posterior a la caída, que correspondería a una naturaleza humana que se habría vuelto mala. “El derecho positivo, por el cual se expresa el Derecho natural imperfecto, es la consecuencia, querida por Dios, del pecado original, y al mismo tiempo el castigo impuesto por Él”.<sup>559</sup> Y en esta teoría de nuevo encuentra una función de mantención del orden existente.

Esta interpretación responde a un conglomerado de puntos de vista *a priori*. Desde luego, está impregnada por el más radical agnosticismo, para el cual lo que está en juego serían sólo posturas ideológicas al servicio de intereses ocultos, sin que se vea en el cristianismo el menor asomo de lo sobrenatural. La historia del cristianismo en clave sociopolítica, la exégesis bíblica que ve mitos doquiera aparece lo que excede a la razón humana, la concepción luterana del pecado original como corrupción de la naturaleza, su interpretación del estoicismo —que también parece fundamentarse en Troeltsch—, la visión de la ascética cristiana con categorías maniqueas, son puntos de partida indemostrados que impiden la adecuada captación de la ley natural en la Sagrada Escritura y en la tradición cristiana, así como la valoración de la influencia del estoicismo en la teología cristiana, y en general, un tratamiento científicamente correcto de esta materia. Por ello, Kelsen pasa por alto la decisiva influencia del cristianismo en la historia de la doctrina del derecho natural.<sup>560</sup>

---

<sup>557</sup> Al que cita en *idem*, n. 50d, p. 155. En el análisis que lleva a cabo este autor tiene considerable importancia el traslado del modelo histórico de la iglesia luterana sometida al poder temporal de los príncipes, a la comprensión de la historia de la Iglesia en los primeros tiempos.

<sup>558</sup> *Ibidem*, n. 50d, p. 154.

<sup>559</sup> *Ibidem*, n. 50d, p. 155.

<sup>560</sup> Sobre la influencia del estoicismo en la patristica, véase Spanneut, M., *Le stoïcisme des Pères de l'Eglise*, París, 1957. En cuanto a la importancia del cristianismo en la historia de la



En esta prueba de la función predominantemente conservadora del iusnaturalismo, Kelsen aborda la doctrina de los representantes de la Escuela racionalista. Destaca que, para Hobbes, la obediencia al derecho positivo es una exigencia del derecho natural, por lo que sería imposible una contradicción entre ambos. Según Pufendorf, tal conflicto podría darse en teoría, pero en la práctica sería una hipótesis absurda, ya que sólo un soberano loco o deseoso de disgregar la comunidad podría crear normas contrarias al derecho natural. De este modo, ante un derecho positivo en vigor se presume su conformidad con el derecho natural. Otra vía por la cual se fortalecería el derecho positivo es la de atribuir la interpretación del derecho positivo al mismo creador de ese derecho, por lo que él determinaría cuándo se opone al derecho natural. Y aunque los iusnaturalistas enseñan que debe negarse obediencia a un derecho contrario al derecho natural, atenuarían esta exigencia en cuanto esa actitud no sería obligatoria si la negativa a obedecer llevara consigo un escándalo o peligro. Después de mencionar la teoría que explícitamente asegura la validez del derecho positivo cuando contraría al derecho natural, en cuanto reduce el derecho natural a una simple idea crítica normativa —tendencia presente en la concepción de los reformadores protestantes—, reitera su conclusión ya proclamada al principio: “De cuanto venimos diciendo se deduce que la teoría del Derecho natural que, teóricamente, según su concepción, niega toda validez al derecho positivo en cuanto tal, conduce en la práctica, es decir, en su manera de presentar efectivamente las cosas, a un gran fortalecimiento del poder de ese derecho positivo”.<sup>561</sup>

Junto a los autores racionalistas, y sin distinguirlo de ellos, Kelsen acude varias veces a diversos textos de santo Tomás en abono de su tesis. En ningún momento, sin embargo, deja constancia del primer dato clave para una recta inteligencia de la doctrina tomista: la ley injusta no es ley.<sup>562</sup> Tampoco hace notar que el caso de una obligatoriedad accidental de una ley injusta,

---

doctrina iusnaturalista, véase Sancho Izquierdo, M., Hervada, J., *Compendio de derecho natural*, cit., I, pp. 122-130. Para desmontar todo este esquema hermenéutico, basta leer tres textos del Nuevo Testamento: respecto a la actitud del cristiano ante el mundo, Jesús reza así a su Padre celestial: “No te pido que los saques del mundo, sino que los preserves del mal” (Io. XVII, 15); en lo concerniente a la obediencia a las autoridades, san Pablo escribe: “Toda persona esté sujeta a las potencias superiores: porque no hay potestad que no provenga de Dios” (Rom. XIII, 1); y en lo que respecta a la concepción cristiana de la ley natural, es decisivo el texto, también de san Pablo, que dice: “En efecto, cuando los gentiles, que no tienen ley [se refiere a la ley escrita], hacen por razón natural lo que manda la ley, esos tales no teniendo ley, son para sí mismos ley; y ellos hacen ver que lo que la ley ordena está escrito en sus corazones, como se lo atestigua su propia conciencia” (Rom. II, 14-15).

<sup>561</sup> JDN, n. 50f, p. 159.

<sup>562</sup> *Suma Teológica*, I-II, q. 52, a. 2.

para evitar males mayores, sólo se da, según santo Tomás, cuando se trata de una ley humana que sólo se opone al bien humano —por ejemplo, imponiendo cargas no requeridas por el bien común—, y no directamente a la ley divina, donde entraría todo lo que se opone directamente a la ley natural.<sup>563</sup> El tratamiento equilibrado del Aquinate es distorsionado por el molde crítico a que lo somete el autor.

Respecto a la pretendida función conservadora del derecho natural en la historia, advirtamos, en primer lugar, que sólo tiene sentido para el que reduce el derecho natural a ideología. En efecto, si el derecho natural es una realidad, un hecho, entonces no corresponde calificarlo de ese modo.<sup>564</sup> Si una situación es injusta, por derecho natural ha de cambiarse; si es justa, deberá mantenerse, mas no por un prurito de conservadurismo, sino porque su alteración conduciría a la injusticia, sin que ello implique poner coto al auténtico progreso. Cuestión diversa es la de la importancia de los usos y costumbres en un orden jurídico, pero su defensa —en tanto no frene la vida social, sino que oriente mejor las transformaciones sociales— no será una cuestión de derecho natural, sino de política social y legislativa, supuesto que ni el orden establecido ni su modificación lesione el derecho natural.

### G. *Las fuentes de inspiración de la noción kelseniana*

Resumamos las principales características del derecho natural en la idea de él que Kelsen tiene en mente: se trata de diversas teorías que afirman un orden normativo ideal, distinto y paralelo al del derecho positivo, constituido por normas de justicia que miran al comportamiento social (moral social). Este orden debería fundarse, lógicamente, en la creencia en la voluntad de Dios, que lo ha implantado en la naturaleza; aparece como un sistema normativo inmutable, en el sentido de ahistórico e independiente de las transformaciones fácticas en la sociedad; y a lo largo de la historia su defensa ha cumplido predominantemente una función justificadora del

<sup>563</sup> *Ibidem*, I-II, q. 96, a. 4. También es muy poco fiel al Aquinate la interpretación kelseniana acerca de quién decide la adecuación de la ley humana a la divina: parece aplicar la doctrina contenida en *idem*, I-II, q. 96, a. 6 —que se refiere al caso de una ley que es en general justa, pero que se torna injusta en un caso concreto— al supuesto de una ley en sí misma injusta.

<sup>564</sup> “Una afirmación de derecho natural, tomada como reivindicación o slogan políticos puede parecer revolucionaria o conservadora, pero eso es una apreciación subjetiva, pues de por sí no es otra cosa que *justa*. Si a alguien le parece revolucionaria es que está instalado en un sistema injusto; si la aprecia como conservadora es que está intentando introducir la injusticia” (Hervada, J., *Introducción crítica al derecho natural*, *cit.*, p. 191. Cursivas en el original).

orden dado, o sea, ha tenido una función conservadora. Otros rasgos serán indicados y analizados más adelante, al recoger la argumentación kelseniana en contra de esta doctrina. Para una captación suficientemente precisa de la noción de Kelsen, bastan las características que hasta ahora hemos estudiado.

Una exigencia de elemental rigor histórico-filosófico lleva a preguntarse por las fuentes de esta concepción del derecho natural sustentada por el autor, incluso defendida por él contra posibles desviaciones. No estamos en condiciones de emprender una indagación detallada de este relevante problema, pero pensamos que podemos aproximarnos a una respuesta bastante segura.

Para comenzar, de esas fuentes deben descartarse todas las corrientes iusnaturalistas contemporáneas que, aunque usen el término “derecho natural”, no lo conciben como derecho propiamente dicho, sino como un valor, una idea directriz, un postulado ético sin consecuencias jurídicas, o algo por el estilo. No cabe duda de que, para Kelsen, el derecho natural —de existir— sería verdadero derecho, de tal modo que el derecho positivo que lo contradijera no podría ser válido.

Retrocediendo históricamente, nos encontramos con la Escuela racionalista moderna del derecho natural. ¿Qué relación tiene la noción kelseniana con las posturas de Grocio, Pufendorf, Thomasio o Wolff? A primera vista, hay datos que parecen marcar una apreciable distancia entre estos autores y el concepto de Kelsen. Éste insiste en el fundamento teológico necesario del derecho natural, mientras que el intento de reivindicar la autonomía del saber racional frente a la fe y a la teología es una acusada nota del iusnaturalismo racionalista.

A nuestro juicio, sin embargo, ese contraste no obsta a la comprobación de que el derecho natural que el jurista vienés maneja —y, por ende, el que analiza y ataca— es, en sustancia, el derecho natural del racionalismo moderno. Las coincidencias son muy significativas y afectan a la misma esencia del derecho natural. Nos limitaremos a enumerar los puntos de contacto, pues su presencia en la obra kelseniana ya ha sido mostrada en las páginas precedentes, y su pertenencia al ámbito de las ideas de la Escuela moderna es de sobra conocida.<sup>565</sup> Al tratar de la justicia, vimos que Kelsen concibe al derecho natural como un sistema de normas lógicamente derivadas, por vía de deducción silogística, a partir de unos pocos principios *a priori*, hasta cubrir la regulación de la entera vida social. En íntima conexión con este

---

<sup>565</sup> Para una caracterización elemental, véase Sancho Izquierdo, M. y Hervada, J., *Compendio de derecho natural*, cit., II, pp. 299-313.

presupuesto, el derecho natural y el derecho positivo aparecen como dos órdenes normativos distintos. Estas dos notas separan nítidamente la idea kelseniana del derecho natural con respecto a la concepción clásica, ajena al deductivismo apriorístico y al dualismo de órdenes normativos. Pero los puntos en común entre la noción kelseniana y las concepciones de los iusnaturalistas del racionalismo no terminan ahí: al igual que ellos, Kelsen convierte al derecho natural en algo rígido, sin contacto con las realidades mudables de la historia humana, y coincide también con ellos al entender al derecho natural como una moral social que traspasa los límites de lo estrictamente jurídico. Por lo demás, nuestro autor ha heredado otros elementos de la Escuela racionalista: la incorporación de la coacción a la esencia del derecho y, como veremos dentro de poco, la interpretación empírica de la naturaleza humana.

En suma, estamos ciertos de que hay aspectos muy relevantes que Kelsen ha tomado del iusnaturalismo moderno a la hora de presentar su concepción del derecho natural. Como es obvio, ello condiciona radicalmente el alcance de sus críticas. No cabe duda de que con gran frecuencia el autor acude a otros autores —desde los filósofos griegos hasta tomistas contemporáneos—, y que reserva en sus citas un puesto muy relevante a santo Tomás de Aquino. Pero tenemos la impresión de que el vienés interpreta estas otras doctrinas con esquemas procedentes de la Escuela racionalista, que lo inhabilitan, por ejemplo, para una cabal comprensión de la noción clásica del derecho natural. De este modo, Kelsen considera los principios morales y jurídicos en santo Tomás como si fueran premisas *a priori* con las cuales, por simples razonamientos, se podría levantar un sistema completo de derecho natural; asimismo, se demuestra incapaz de captar el sentido de las elaboraciones sobre el tema de las relaciones entre derecho natural e historicidad del hombre, que los autores tomistas han llevado a cabo; de igual modo, interpreta el derecho natural en la Iglesia según esquemas dualistas; también atribuye el normativismo a santo Tomás, al identificar en él *lex naturae* y *ius naturale*, etcétera.

Aventuramos una comparación histórica que estimamos sugestiva: del mismo modo que la crítica kantiana de la metafísica tuvo por objeto la metafísica racionalista de Wolff, la crítica kelseniana del derecho natural sólo alcanza al derecho natural del iusnaturalismo racionalista, entre otros del propio Wolff. Así como Kant nos enseña, con su crítica de la metafísica en Wolff, que una vía *a priori* para abrirse paso a la metafísica es imposible, Kelsen nos ayuda a darnos cuenta de que es menester superar los rasgos del derecho natural que se concibió en esa Escuela racionalista. Kelsen pretende haber sepultado al derecho natural, al igual que Kant pensaba haberlo

hecho con la metafísica. Pero lo que han enterrado es sólo una deformación de la metafísica y del derecho natural. La crítica, aunque no alcanza al auténtico derecho natural, tiene el mérito de prevenirnos de recaer en esas desviaciones del racionalismo.

## *2. Las razones del rechazo kelseniano del derecho natural*

### *A. Los principales argumentos kelsenianos*

Llega el momento de hacerse cargo de la crítica kelseniana del derecho natural, que tanta mella ha causado en numerosos juristas contemporáneos. Conociendo su idea del derecho natural, lo mismo que los principios de su *Teoría pura*, será tarea más bien sencilla la de comprender y valorar las razones que avalan el positivismo kelseniano.

Kelsen combate declaradamente y sin cuartel la existencia de un derecho distinto del positivo, e incluso la posibilidad lógica de concebirlo. A nuestro entender, los variados argumentos que afloran por todas partes en sus escritos pueden resumirse en seis objeciones principales que miran a los mismos principios del iusnaturalismo, a las que se agregan otras refutaciones por reducción al absurdo.

La separación entre ser y deber ser (formulada en ocasiones como separación entre naturaleza y norma, o entre realidad y valor), la separación entre razón y voluntad, el positivismo jurídico en cuanto teoría monista del derecho, el relativismo axiológico, el agnosticismo metafísico y religioso, y la limitación del conocimiento racional al ámbito de lo sensible, según los postulados del empirismo, son puntos de partida que nos resultan muy familiares. Sobre ellos monta el autor sus argumentaciones contra el derecho natural, de un modo muy simple y coherente con esos principios. Por otro lado, añade que el iusnaturalismo de muchos autores sería intrínsecamente contradictorio, llevaría a conclusiones contradictorias en los diferentes autores, y trabajaría con fórmulas vacías. No volveremos sobre esto último —la supuesta vacuidad de las normas naturales—, ya suficientemente expuesto y comentado al tratar de la crítica de la justicia, y nos contentaremos con presentar lo esencial de las restantes razones, dado que su trasfondo filosófico en la doctrina de Kelsen ya ha sido examinado. Por lo demás, múltiples variantes de estos argumentos, e incluso otros ángulos de la crítica, no serán recogidos, por no agregar nada sustancial para el objeto de este trabajo.

### B. *La separación entre el ser y el deber ser*

El argumento central tendente a demostrar la imposibilidad lógica del concepto del derecho natural nos conduce una vez más a la piedra angular del sistema kelseniano: la separación entre *Sein* y *Sollen*, o, para usar otras expresiones que en el vocabulario del autor son sinónimas, entre naturaleza y norma, entre realidad y valor. Bajo el título “el error lógico de la teoría iusnaturalista”, Kelsen desarrolla su raciocinio favorito en contra del derecho natural:

Entendiendo por “naturaleza” la realidad empírica de los hechos concretos en general o la naturaleza particular tal como viene dada en el comportamiento concreto —interior o exterior— de los hombres, resultará que una teoría que pretende poder deducir de la naturaleza las normas descansa sobre un error lógico fundamental. Esta naturaleza es, en efecto, un conjunto de hechos conexionados entre sí en virtud del principio de causalidad, es decir, como causa y efecto: esa naturaleza es, pues, un ser (*Sein*). Ahora bien, de un ser no puede deducirse un deber (*Sollen*), de un hecho no puede deducirse una norma: ningún deber puede ser inmanente al ser, ninguna norma a un hecho, ningún valor a la realidad empírica. Solamente aplicando desde el exterior un deber (*Sollen*) al ser (*Sein*), unas normas a los hechos, cabe juzgar a éstos como conformes a la norma, o sea buenos y justos, o como contrarios a ella, o sea malos e injustos; solamente así cabe valorar la realidad y calificarla como algo dotado o carente de valor. Imaginar que cabe descubrir o reconocer las normas en los hechos, los valores en la realidad, significa ser víctima de una ilusión. Para poder deducir esas normas desde los hechos lo que se hace es proyectar, incluso de manera inconsciente, sobre esa realidad fáctica las normas que se proponen y que constituyen los valores. La realidad y los valores pertenecen a dos campos distintos.<sup>566</sup>

Nótese que la ilusión que descubre en el iusnaturalismo resulta de la aplicación de su propio principio de dicotomía realidad-valores. O sea, no es más que otra formulación, ingeniosa y polémica, de idéntico principio. Como bien se recordará, la separación entre ser y deber ser se eleva en la *Teoría pura* al rango de axioma, dotado de evidencia. Por tanto, en vano se buscarán razones que justifiquen lo que es un principio que se considera indemostrable. Por otra parte, nos parece oportuno insistir en que, para su correcta comprensión, es necesario tener en cuenta qué significan, en Kelsen, ser, deber ser, norma, naturaleza, valor y realidad.<sup>567</sup> Por lo demás, el pasaje

<sup>566</sup> JDN, n. 31, p. 103.

<sup>567</sup> TP (1a. ed. al.), Kelsen, H., “Science and Politics”, *cit.*

transcrito manifiesta claramente que se parte de una concepción empírica de la naturaleza, en cuanto conjunto de hechos ligados por el principio de causalidad, tal como lo conceptualiza nuestro autor.<sup>568</sup>

En *Justicia y derecho natural* se dedica un buen número de páginas a la impugnación de los intentos de fundar el derecho en la naturaleza, y especialmente en la naturaleza humana.

Esta naturaleza del hombre —explica el autor— es esencialmente su naturaleza psíquica, es decir, su constitución “interna”, y no su naturaleza física. Pero deberán igualmente tenerse en cuenta las circunstancias externas en las cuales la naturaleza interna del hombre se manifiesta al exterior y ante las cuales el hombre, en virtud de su naturaleza interior, reacciona con un comportamiento exterior. Teniendo en cuenta estas circunstancias exteriores, se habla de una “naturaleza de las cosas”, permaneciendo, no obstante, como factor determinante la naturaleza del hombre colocado en circunstancias exteriores y actuando en su comportamiento externo con sus instintos, su razón o sus sentimientos. Contra los intentos realizados por deducir de la naturaleza del hombre las normas del comportamiento justo, cabe primeramente formular la siguiente objeción central que se dirige a la teoría del derecho natural en general: del ser no puede deducirse un deber ser, de los hechos no pueden deducirse normas.<sup>569</sup>

Por consiguiente, de la naturaleza empírica del hombre —tal cual resulta de su comportamiento externo e interno, como puede ser observado en la realidad de la existencia social— no podría deducirse cómo el hombre debe comportarse. Si se pretende llevar a cabo esa inferencia, no sólo se incurrirá en un sofisma lógico, sino que se llegará a resultados contradictorios entre sí, lo que, conforme a la visión lógico-trascendental del Kelsen de 1960, se opondría a la unidad del orden que así se tratara de establecer. En efecto, el autor hace notar que, por lo que atañe a los instintos, éstos con frecuencia se hallan en conflicto entre sí, tanto en el individuo aislado como en las relaciones entre los hombres.

En toda esta materia está totalmente ausente la más remota alusión a la naturaleza humana metafísicamente entendida, como esencia del hombre, en cuanto que es principio de sus operaciones. La única naturaleza humana que Kelsen considera es la que resulta de la observación empírica de las tendencias del hombre. En consecuencia, todas sus razones en contra de la posibilidad de fundamentar un derecho natural sobre la naturaleza demues-

<sup>568</sup> TP (2a. ed. al.), n. 12.

<sup>569</sup> JDN, n. 33, pp. 109 y 110.

tran sólo esto: tal fundamentación es imposible si se parte de la naturaleza empírica del hombre.

Se detiene a examinar el paralelismo entre los preceptos de la ley natural y las inclinaciones naturales del hombre que santo Tomás expone en un conocido pasaje de la *Suma Teológica*.<sup>570</sup> Kelsen entiende esas inclinaciones naturales como instintos, y piensa que de los instintos los iusnaturalistas pretenden deducir las normas de derecho natural. De acuerdo con su determinismo, advierte, en primer término, que una ley que ordene comportarse conforme a los instintos es superflua, ya que la conducta humana estaría determinada inexorablemente por las fuerzas instintivas. Resalta, además, la existencia de conflictos entre los instintos. Poniendo el ejemplo del instinto de conservación, expresa que no hay motivo para considerarlo más natural que su contrario, el instinto de autodestrucción, manifestado en los suicidios. Y, desde luego —observa—, el instinto de conservación de uno puede entrar en oposición con el de otro: de tales instintos en contraste no se podría obtener ninguna norma que solucione semejante problema. Por otro lado, junto a la existencia de instintos altruistas, deja constancia de que hay otros de tipo egoísta, como el de agresión. La teoría iusnaturalista, enfrentada a esa variedad de tendencias innatas, distingue —según Kelsen— entre aquellas que son buenas —de las cuales se deduciría la norma correspondiente que prescribe atenerse a ellas— y las que son malas —y que, por ende, no deberían seguirse—. Si para efectuar esta distinción se recurre a los fines del hombre, que el iusnaturalismo cree encontrar en la naturaleza humana, ocurre que ellos “...no podrán ser sino fines objetivos impuestos a los hechos naturales por una autoridad trascendente, es decir que no podrán ser sino normas presupuestas por la teoría del Derecho natural”.<sup>571</sup> Esta presuposición de normas es la que permite, según nuestro autor, establecer la diferencia entre naturaleza “natural” y naturaleza “no natural”.

Significa esto que el sentido de la noción de naturaleza sufre una transformación radical. La naturaleza real, la naturaleza tal como *es*, cede su puesto a una naturaleza ideal, a la naturaleza como *debe ser* según el Derecho natural. Resulta así que cuando la teoría del Derecho natural deduce de la naturaleza las normas de un derecho ideal, que se llama Derecho natural, lo que en realidad hace es deducir una naturaleza ideal desde un derecho que se llama natural, derecho que dicha teoría presupone como un derecho ideal y que está

<sup>570</sup> *Cit.* I-II, q. 94, a. 2.

<sup>571</sup> JDN, n. 35, p. 115.



en todo caso obligada a presuponer para llegar a su noción de naturaleza, a la noción de la naturaleza buena y divina del hombre.<sup>572</sup>

Tampoco satisface a Kelsen el intento de concebir lo natural como el comportamiento “normal”, como la conducta de la mayor parte de los hombres. La regularidad en las costumbres sólo se verifica —argumenta— en grupos reducidos y en periodos de tiempo breves. Pero incluso aunque se diera una tal normalidad común a todos los hombres, no podría de allí extraerse una regla del deber ser. Si se hace tal derivación, se estaría implícitamente presuponiendo una de las tantas normas de justicia, la que ordena portarse como la mayoría. Esta norma trasunta, en el sentir de nuestro autor, un optimismo que para sostenerse ha de fundarse sobre base teológica “...pero no faltan los teólogos pesimistas —comenta a renglón seguido— que hablan de la corrupción de la naturaleza humana por la culpa original”, tesis que se inspiraría en san Agustín, o mejor, diríamos nosotros, en una interpretación —típica del luteranismo— de san Agustín.

Todo este esfuerzo crítico está condicionado por la noción de naturaleza que maneja Kelsen, la única, por lo demás, que en atención a su empirismo de principio está en condiciones de usar. Se comprende que, sobre esa base, sea imposible un análisis de las tendencias del hombre que conduzca más allá de la simple descripción de las conductas fácticas. Si se niegan los fines objetivos que convienen al hombre según su esencia, si no se acepta una noción metafísica de su esencia o naturaleza, si no se percibe el alcance ontológico del bien, si se reducen las tendencias humanas a puros instintos, si se niega la libertad humana y se piensa que el hombre está determinado a actuar por sus instintos, y además se enfoca todo el problema desde el presupuesto de la separación *Sein-Sollen*, el intento de descubrir las inclinaciones auténticamente naturales del hombre carece de sentido. No hay acuerdo en los mismos términos del problema. Formulado éste del modo como lo encara Kelsen, sus conclusiones serían respaldadas fervorosamente por cualquier iusnaturalista: es aberrante pensar que, de los simples datos empíricos del comportamiento humano, estadísticamente ordenados, pueda obtenerse información acerca de cuáles han de ser las normas a las que ha de adecuarse el actuar humano. No nos parece que sea válido este esquema en la interpretación del mencionado pasaje de la *Suma Teológica*; para santo Tomás, las tendencias son manifestaciones de los fines del hombre, manifestaciones que en cuanto tales no se captan con una pura visión empirista.

<sup>572</sup> *Ibidem*, n. 36, pp. 115 y 116. Las cursivas son del original.

### C. *La separación entre razón y voluntad*

Bien conocida nos es ya la rigurosa separación entre la razón y la voluntad que caracteriza el pensamiento kelseniano. En ella descansa otra objeción clave, encaminada a mostrar el carácter intrínsecamente contradictorio que, según nuestro autor, tendría el concepto de razón práctica, a la que se atribuye el conocimiento de los preceptos naturales. Incluso en su obra póstuma, *Teoría general de las normas*,<sup>573</sup> volverá a extenderse sobre este particular, con relación a la doctrina kantiana.

Así introduce el tema:

Una de las más relevantes tendencias de la teoría del Derecho natural es la que se acostumbra a denominar “racionalista”. Sus representantes buscan la naturaleza del hombre en su razón y, en consecuencia, intentan deducir de la razón las normas de un derecho justo. Consideran que esas normas son inmanentes a la razón o que, llegándose con ello al mismo resultado, la razón en cuanto autoridad creadora de normas, o sea en cuanto legislador, prescribe al hombre el comportamiento correcto, es decir, justo. Este Derecho natural se presenta como *derecho de razón*. Es justo lo que es natural porque es razonable. Considerada desde el punto de vista de la psicología empírica, la función específica de la razón es conocer los objetos que le son dados. Llamamos razón a la función de conocimiento del hombre. Pero crear normas, legislar, no es una función del conocimiento. Crear una norma no significa conocer cómo es un objeto ya dado, sino exigir algo que debe ser. En este sentido, crear normas es una función de la voluntad, no del conocimiento. Una razón que crea normas es una razón que conoce y al mismo tiempo que quiere, es a la vez conocer y querer. Esta es la noción contradictoria de la *razón práctica* que desempeña un papel decisivo no solamente en la teoría del Derecho natural, donde se presenta como teoría del derecho de razón, sino también además en la ética.<sup>574</sup>

Antes de pasar adelante, conviene poner de relieve una circunstancia que permite situar todo el análisis crítico desplegado por el autor. Aquello que considera en su crítica es el concepto de razón práctica propio del racionalismo, como expresamente lo declara. Por esta razón, sólo alude a dos alternativas en lo que concierne a la explicación de las relaciones entre la razón y las normas: o bien las normas son inmanentes a la razón, o bien, la razón es creadora de ellas. Una tercera alternativa —de una razón que conoce las normas y que basa este conocimiento en la misma realidad— no

<sup>573</sup> *Cit.*, pp. 62 y 63.

<sup>574</sup> JDN, nn. 38 y 39, p. 119. Cursivas en el original.

entra en el horizonte de la crítica kelseniana. Sin embargo, antes de examinar el concepto de razón práctica en Kant, dirigirá su atención a Cicerón y a santo Tomás.

Al mismo tiempo, hay que tener presente el concepto empirista de razón con el que se mueve nuestro autor. La razón tendría por objeto el conocimiento de la realidad, pero esta realidad, en Kelsen, sólo abarca lo sensorialmente perceptible. De ahí que nuestra razón estaría por principio incapacitada para trascender de lo sensible, más allá de la famosa experiencia posible de Kant. Es obvio que en esta realidad, así circunscrita, difícilmente se capta la existencia de normas naturales. De este modo, la impugnación de la razón práctica ya está prefigurada en el mismo concepto de razón que aquí se maneja.

Toda esta exposición, por lo demás, no es sino una vertiente polémica del voluntarismo kelseniano. Las normas, según el jurista de Viena, son sentido de actos de voluntad, y como sólo cabría tener en cuenta los actos de voluntad empíricos, no habría más normas que las arbitrariamente puestas por los hombres. En cambio:

Si las normas que constituyen el valor moral y en particular el valor de justicia emanan de la razón, y no de una facultad humana diferente de la razón como es la voluntad, entonces los juicios del deber (*Soll-Urteil*)... podrán tener una validez tan objetiva, es decir, tan independiente del arbitrio humano como los juicios del ser (*Seins-Urteil*) que emanan de la razón teórica...<sup>575</sup>

Repárese, además, en que en el mismo concepto de razón práctica, al menos entendido de modo realista, se halla implícita la posibilidad de conocer el deber ser sobre la base del ser, lo que se opone al primer principio de la doctrina kelseniana.

“Ya Cicerón define el Derecho natural como producto de la «recta razón» (*recta ratio*); al hacer esto distingue muy claramente una recta razón, es decir, dirigida hacia el bien, de una razón no recta o torcida, razón que es la encaminada hacia el mal”.<sup>576</sup> Así, la recta razón no sería la razón empírica, sino la razón tal cual debe ser. No olvidemos, de paso, que en cierto modo la razón que concibe Kelsen puede ser también calificada de razón que debe ser, puesto que debe limitarse a lo sensible, y a su interpretación trascendental. Desde su propia perspectiva, admite implícitamente la falibilidad de nuestra razón, que puede intentar —y de hecho parece obstinarse en

<sup>575</sup> *Ibidem*, n. 42, p. 125.

<sup>576</sup> *Ibidem*, n. 39, p. 120.

ello— saltar por encima de las barreras que Kelsen, con todo el positivismo, se empeña en oponerle.

Continuando la exposición crítica de Cicerón, añade:

...define el derecho como la “recta razón en armonía con la naturaleza” (*De Republica*, III, XXII, 33). Ahora bien, Cicerón identifica esta naturaleza con Dios, afirmando que Dios es el creador de este derecho eterno e inmutable (*ibid.*). De hecho, las normas de justicia absolutamente válidas sólo pueden ser inmanentes a la razón divina; solamente con respecto a la razón divina cabe mantenerse esa noción contradictoria de ser al mismo tiempo función del conocimiento y función de la voluntad, en cuanto que el principio lógico que excluye la contradicción no tiene aplicación para las afirmaciones relativas a las propiedades de Dios. Sólo la razón divina puede ser razón “práctica”, es decir, conocimiento legislador: hablando de Dios conocimiento y voluntad forman un todo único.<sup>577</sup>

Con ello, Kelsen se hace eco de una de las posiciones teológicas elaboradas con relación a este problema de la conciliación de las diversas perfecciones divinas con la simplicidad de Dios. Corresponden sus afirmaciones a aquella línea que, imbuida de nominalismo y en aras de la defensa de la simplicidad, llega a sostener que entre esas perfecciones sólo mediaría una distinción verbal. Así, podría afirmarse, por ejemplo, que Dios castiga por su misericordia. Como de acuerdo con esta teoría nuestros conceptos, al aplicarse a las realidades divinas, se tornarían equívocos, podríamos afirmarlo todo de Dios —lo que, bien mirado, importa, es decir que nada podríamos sostener con certeza—, yendo a parar en un cabal agnosticismo. Por esto, la teología tomista rechaza esa solución, y afirmando la real identificación de las perfecciones en Dios, defiende su distinción de razón con fundamento en la realidad divina, lo que se armoniza con la predicación analógica de esas perfecciones respecto de Dios y las criaturas.<sup>578</sup>

Respecto a la razón práctica en santo Tomás, Kelsen destaca dos aspectos: el que ella sería la razón divina en el hombre —lo deduce de la conocida definición tomista de la ley natural como participación de la ley eterna en la criatura racional<sup>579</sup>— y el que, como el imperio (*imperium*) es acto propio de la razón práctica,<sup>580</sup> ésta cumpliría, en la doctrina de santo Tomás, a

<sup>577</sup> *Ibidem*, n. 39, pp. 120 y 121.

<sup>578</sup> González Álvarez, Ángel, *Tratado de metafísica. Teología natural*, Madrid, Gredos, 1968, pp. 360-371.

<sup>579</sup> *Suma Teológica*, I-II, q. 91, a. 2.

<sup>580</sup> *Ibidem*, I-II, q. 17, a. 1. La expresión *voluntas, quae est in ratione*, en *ibidem*, II-II, q. 58, a. 4, lleva a pensar a Kelsen que santo Tomás afirmaría la inmanencia de la voluntad en la

la vez una función de voluntad y de conocimiento, ya que el imperio implicaría la creación de normas. En consecuencia, la razón práctica sería, en las formulaciones del Aquinate, una noción contradictoria.

En cuanto al primero de los puntos resaltados, para ser fieles a las posturas tomistas, habría que comenzar por eliminar cualquier resabio panteísta de expresiones como “la razón divina en el hombre”.<sup>581</sup> la noción de participación en santo Tomás no los consiente en absoluto. Y por lo que atañe al segundo aspecto —la acusación de confusionismo entre voluntad y razón—, estamos seguros de que, de una lectura aun superficial de las obras de santo Tomás, se saca una conclusión muy distinta. Es una doctrina que se esmera en distinguir ambas facultades, estableciendo, claro está, sus mutuas conexiones, tal como se dan realmente en la unidad del vivir humano.<sup>582</sup> Pero la interpretación kelseniana se explica muy sencillamente. Es fruto de un arraigado voluntarismo que, en el fondo, hunde sus raíces en una suerte de autonomía de la voluntad al modo kantiano —aunque nuestro autor rechace esta última en la concepción de la moral—;<sup>583</sup> sin embargo, la voluntad del que pone las normas se concibe en su obra de modo paradigmáticamente autónomo. De esta forma, cuando santo Tomás sostiene que imperar es propio de la razón, Kelsen no puede concebir un imperio que no sea acto del puro querer, y piensa que el Aquinate está diciendo que un acto de la voluntad es acto de la razón. No acierta a ver un acto de imperio que no equivale al establecimiento o creación de leyes por el hombre. Aunque el mismo Kelsen, apoyado en otros textos de santo Tomás,<sup>584</sup> se ve obligado a reconocer que la razón práctica humana en

---

razón, por lo que las confundiría. Pero esta deducción es improcedente, ya que la expresión ha de entenderse, precisamente, a la luz de la distinción entre ambas potencias del hombre: el artículo está consagrado a mostrar que la virtud de la justicia no es de la razón, sino de la voluntad.

<sup>581</sup> Kelsen sostiene: “La teoría del Derecho natural inspirada en la teología de Santo Tomás de Aquino da, pues, simplemente prueba de lógica cuando afirma que el Derecho natural —que no es creado por Dios, pero que está al menos contenido en la esencia de Dios y es immanente a la razón divina— viene conocido por medio de un proceso que se denomina «conocimiento de Dios por sí mismo»...” (JDN, n. 41, p. 124); y cita el siguiente texto de Utz en apoyo de su aserto: “El ser divino y el conocimiento de Dios por sí mismo constituyen el fundamento íntimo del carácter racional del Derecho natural” (JDN, n. 32, p. 109). Como se advertirá, mientras Utz se refiere al fundamento del derecho natural en Dios, Kelsen traslada su afirmación al ámbito del conocimiento humano de ese derecho, por lo que su interpretación adolece de un tinte claramente panteísta.

<sup>582</sup> *Suma Teológica*, I-II, qq. 8-17 y 58.

<sup>583</sup> *Allgemeine Theorie der Normen*, cit., pp. 62 y ss.

<sup>584</sup> *Suma Teológica*, I-II, q. 91, a. 3.

santo Tomás no crea la norma natural, sino que la conoce. Pero ello no lo hace modificar su interpretación del *imperare*, sino que lo lleva a suponer una contradicción en santo Tomás. Por al contrario, éste propugna lo que se ha designado, quizá no muy acertadamente, como un “intelectualismo moderado” que ve el imperio —y por consiguiente, la ley— como acto de la razón, pero reconoce, al tiempo, la decisiva intervención de la voluntad, cuyo acto está presupuesto en el de imperio. Si la razón al imperar mueve, es en virtud de ese acto del querer que se presupone. Pero como es obvio, todo esto no se aviene con la rígida incomunicación entre ambas facultades que preconiza el autor. Esta incomunicación tal vez esté condicionada por las mismas nociones de tipo empírico que Kelsen utiliza al estudiar estas facultades espirituales del hombre, cuya conceptualización reclama una penetración ontológica en el ser del hombre.

Quiere verse con frecuencia en la facultad de distinguir el bien del mal la esencia de la razón práctica. Esta interpretación hace remontar esta idea hasta el mito del árbol de la ciencia. El fruto de este árbol da el conocimiento del bien y del mal a quien, a pesar de la prohibición de Dios, come de él (Gen. II, 9, 16, 17). La serpiente dijo a la mujer: “Dios sabe que el día que de él comáis se os abrirán los ojos y seréis como Dios, conocedores del bien y del mal” (Gen. II, 4, 5). La esencia de Dios radica en que sabe lo que es el bien y el mal. Por el hecho de saberlo, quiere también que el bien sea hecho y el mal evitado. Su saber es su querer. Su razón es una razón práctica. En el pecado original el hombre se apropia esta razón divina.<sup>585</sup>

Ya no extrañará ninguna de estas afirmaciones: la calificación de mito que otorga al pecado original —conforme a su agnosticismo teológico—, su adopción del punto de vista del nominalismo en cuanto a las relaciones entre las perfecciones divinas. Pero quizá llamarán algo más la atención estas dos tesis teológicas que responden a la conveniencia de la interpretación kelseniana: “La esencia de Dios radica en que sabe lo que es el bien y el mal”, y “En el pecado original el hombre se apropia de esta razón divina”. Desde luego, el agnosticismo no es terreno propicio para disputar sobre la esencia de Dios ni sobre el pecado original...

A la teoría kantiana sobre la razón práctica se consagra una meticulosa investigación. “Se trataba para Kant —dice Kelsen, al introducir el tema— de salvar con ayuda de la razón práctica el dogma teológico de la libertad de la voluntad que no podía hacer subsistir con la sola razón teórica”.<sup>586</sup> A con-

<sup>585</sup> JDN, n. 41, pp. 124 y 125.

<sup>586</sup> *Ibidem*, n. 43, p. 126.

tinuación, se resumen las principales tesis kantianas acerca de este punto: la razón práctica como legisladora según el principio de autonomía de la voluntad —de modo poco compatible con el postulado kantiano de la existencia de Dios, como hace notar Kelsen—; la razón práctica identificada con la voluntad, pero, a la vez, concebida como una facultad idéntica a la razón pura —dando lugar a otra dificultad interna del kantismo que nuestro autor resalta—; la libertad que se atribuye a la “cosa en sí”, la que, por otra parte, aparece como incognoscible; el primado de la razón práctica, etcétera. Sostiene, en particular, que “El concepto de razón práctica es, pues, el resultado de la mezcla inadmisible de dos facultades humanas, esencialmente diferentes una de otra y que Kant mismo distingue”.<sup>587</sup> Tras este recorrido, que abunda en citas literales de las obras del filósofo de Königsberg, ya sabemos dónde se dan verdaderamente las supuestas confusiones entre razón y voluntad que el autor achaca a santo Tomás.

Descartada la razón práctica como base del conocimiento del derecho natural, se somete a examen la doctrina de Coing, que, recurriendo a ciertas ideas de Scheler y Hartmann, ha intentado poner el sentimiento del derecho (*Rechtsgefühl*) como aquello que permitiría captar el derecho natural. La argumentación crítica de Kelsen insiste en que ninguna norma de justicia puede deducirse de los sentimientos, tan diversos y cambiantes, incluso en un mismo individuo. Estimamos que la crítica que se desarrolla, si bien contiene elementos valiosos, no da con el núcleo de la cuestión, o sea, no explica por qué las emociones o sentimientos no pueden ofrecernos un criterio valorativo absoluto y seguro. En efecto, la razón decisiva no es tanto la versatilidad de los sentimientos humanos, cuanto que a ellos, sea que se conciban como actos de la voluntad o de los apetitos sensibles, de ninguna manera les compete una función de conocimiento.

#### D. *El monismo iuspositivista*

Otra vía a través de la cual Kelsen se opone a la idea del derecho natural toma como punto de partida el carácter dualista que, en su opinión, sería distintivo de todo iusnaturalismo. Realiza una crítica interna de tal dualismo en los siguientes términos:

Supone esto que ambas, la norma de justicia y la norma de derecho positivo, son consideradas simultáneamente como válidas, cosa que resulta imposible cuando las dos normas son contradictorias. En este supuesto, sólo una de las

<sup>587</sup> *Ibidem*, n. 43, p. 133.

dos puede ser considerada válida. Así tenemos: frente a una norma de justicia que se supone válida, una norma de derecho positivo que la contradiga no puede ser considerada válida; o en caso contrario: frente a una norma de derecho positivo que se supone válida, una norma de justicia que la contradiga no puede ser considerada válida.<sup>588</sup>

Por esta razón, en definitiva, ese dualismo abocaría en un monismo iusnaturalista. Al afirmarse la validez del derecho natural por encima de la del derecho positivo, de modo que si éste se opusiera a aquel sería inválido, ello vendría a significar que se reconoce validez tan sólo al derecho natural, y no al derecho positivo en cuanto tal: la validez de éste no descansaría más que en su adecuación a la norma de justicia.

Teniendo a la vista los restantes argumentos contra el derecho natural, es evidente que este monismo de signo iusnaturalista le parece insostenible al jurista vienés. De hecho, la *Teoría pura* es, de principio a fin, una rotunda defensa del monismo positivista. Su punto de vista se expresa muy claramente en un texto que se refiere a una posible contradicción entre una norma de derecho natural y una norma positiva.

Esto significa que según las normas jurídicas positivas dichos actos deben ser realizados, pero que en virtud de la norma de justicia no deben serlo. Ahora bien, no resulta posible que un acto deba y no deba a la vez ser realizado: no cabe aplicar sino una u otra de las dos normas. Es preciso por este motivo que, cuando se supone que una norma de derecho positivo es válida, no se tenga en cuenta la validez de la norma de justicia que pueda encontrarse tanto en armonía como en contradicción con aquélla.<sup>589</sup>

Como toda la *Teoría pura* se apoya sobre la suposición de validez del derecho positivo, al margen de su posible contenido y a condición de que sea eficaz, ella excluye, adecuándose estrictamente a sus propios principios, la existencia de un orden normativo jurídico suprapositivo. Debe tenerse en cuenta, además, hasta qué grado influye la concepción dualista que nuestro autor se ha forjado respecto a las relaciones entre el derecho natural y el derecho positivo. No concibe a ambos derechos como formando una unidad, un sistema unitario. Por eso, si se afirma la existencia del derecho natural, sostiene que sería lógico excluir, como superfluo y dañino, al derecho positivo. En fin, quizá sea también oportuno considerar aquí las últimas posiciones del autor sobre la existencia de conflictos en el mismo derecho positivo, que no podrían ser eliminados por la ciencia jurídica. Este nuevo enfoque

<sup>588</sup> *Ibidem*, n. 3, pp. 31 y 32.

<sup>589</sup> *Ibidem*, n. 4, pp. 35 y 36.



tal vez requeriría una revisión de estas argumentaciones, tan fundadas en la unidad lógica del ordenamiento jurídico, si bien su rechazo del derecho natural no sufrió la más leve atenuación en los años finales de su vida, tal como lo demuestra su *Teoría general de las normas*.<sup>590</sup> Lo esencial que, en todo caso, ha de retenerse, es que, en virtud de su positivismo monista, el derecho natural puede ser, para nuestro autor, cualquier cosa... menos derecho válido realmente existente.

### E. *El relativismo de los valores*

El relativismo axiológico excluye también, de raíz, cualquier intento de considerar al derecho natural como fundamento de validez del derecho positivo. Nuevamente el autor nos lo explica con su acostumbrada claridad:

Una teoría positivista del derecho, y con ello quiere decirse realista, no pretende negar la existencia de la justicia —es preciso insistir siempre en esto—, sino únicamente afirmar que de hecho se presuponen un gran número de normas de justicia diferentes y contradictorias. No niega que la elaboración de un ordenamiento jurídico positivo pueda estar determinada, y de hecho lo está generalmente por la representación de una cualquiera de esas normas de justicia. No niega que todo ordenamiento jurídico positivo, y los actos a través de los cuales se crean estas normas, pueden ser valorados en virtud de una de esas numerosas normas de justicia y calificados, por tanto, de justos o injustos. Lo que sostiene esta teoría es que esos criterios de valoración no poseen sino un carácter relativo y que, en consecuencia, los actos creadores del ordenamiento jurídico positivo pueden venir legitimados como justos si se les valora con un determinado criterio y, al mismo tiempo, condenados como injustos si el criterio de valoración elegido es otro: un ordenamiento jurídico positivo, concluye, sería, por tanto, respecto a su validez, independiente de la norma de justicia en virtud de la cual son valorados los actos creadores de las normas positivas.<sup>591</sup>

En defensa de su posición, escribe:

No cabe justificar la actitud de oposición al positivismo jurídico y de defensa del iusnaturalismo diciendo que el positivismo, contrariamente al Derecho natural, no dispone de criterios que permitan juzgar al derecho positivo y que, por consiguiente, no nos sirve de ayuda cuando se plantea la cuestión

---

<sup>590</sup> V. gr. *Allgemeine Theorie der Normen*, cit., p. 56.

<sup>591</sup> JDN, n. 29, pp. 101 y 102.

decisiva de saber si un derecho positivo debe ser mantenido, reformado, o eliminado por la fuerza. En cuanto teoría relativista de los valores, el positivismo aporta también criterios que permiten juzgar al derecho positivo, pero con la única restricción de que dichos criterios poseen un carácter relativo. Decir que este relativismo “no nos sirve de ayuda” significa que nos hace tomar conciencia del siguiente hecho: es a nosotros a quienes incumbe solucionar la cuestión, porque, cuando se trata de saber lo que es justo o injusto, la decisión depende de la elección de las normas de justicia que tomamos como fundamento de nuestro juicio de valor, pudiendo, por tanto, ser la respuesta muy diferente; esta elección, sólo nosotros mismos, cada uno de nosotros puede hacerla, nadie más, ni Dios, ni la naturaleza, ni siquiera la razón en cuanto autoridad objetiva, puede hacerlo por nosotros... Ahora bien, las teorías iusnaturalistas dan al hombre la ilusión de que la norma de justicia por él escogida procede de Dios, de la naturaleza o de la razón y que, por tanto, es absolutamente válida, no resultando así posible considerar válida ninguna otra norma de justicia opuesta a aquella; y muchos compran esta ilusión al precio de cualquier “*sacrificium intellectus*”.<sup>592</sup>

Este pretendido sacrificio del entendimiento es el recurso polémico del que se sirve el autor para ocultar el real sacrificio de fondo que, respecto al alcance de nuestra inteligencia, es consumado por su actitud empiritista, que restringe nuestras fuerzas racionales al plano de lo directamente sensible. La ilusión que ve en el iusnaturalismo, y en toda postura metafísica o religiosa, es el reverso de su completo desencanto, fruto de un pesimismo y escepticismo que están en la base de su relativismo de los valores. Por último, ¿qué sentido tiene seguir hablando de valores, de justicia e injusticia, de bien y mal, cuando se adopta una actitud relativista y subjetivista como la que nuestro autor defiende? Su recurso a una elección autónoma del individuo —por lo demás difícilmente conciliable con su concepción última, de corte netamente social, de la moral— se muestra, ante el más elemental sentido común, como incapaz de fundar una auténtica moralidad humana o de ser la base de verdaderos juicios de valor.<sup>593</sup>

#### F. *El agnosticismo metafísico y teológico*

En la base del relativismo kelseniano, según testimonio del propio autor, se halla una postura agnóstica frente a todo lo absoluto.

<sup>592</sup> *Ibidem*, n. 51, pp. 160 y 161.

<sup>593</sup> Una interesante crítica inmanente del relativismo de Kelsen ha sido llevada a cabo por Recaséns Siches (Panorama, *cit.*, I, pp. 213 y ss.), aunque no compartimos su enfoque de la axiología.

La negativa a admitir, desde el punto de vista del conocimiento científico, la existencia de un ser trascendente situado por encima de toda posible experiencia humana, es decir, la oposición a la existencia de lo absoluto en general y de valores absolutos en particular, conduce, desde el punto de vista de una teoría científica del derecho, a la afirmación de que la validez del derecho positivo no puede depender de su relación con la justicia. Semejante dependencia no podría, en efecto, existir más que si la justicia fuese un valor absoluto, es decir, si se supone la validez de una norma de justicia que excluye la validez de cualquier otra norma que no esté conforme con aquélla.<sup>594</sup>

No se trata de una afirmación aislada, sino de una constante en toda su crítica del derecho natural. Ya hemos tenido oportunidad de comprobar cuánta importancia atribuye Kelsen a su idea de que todo derecho natural debe tener, en último término, una base teológica. La separación entre realidad y valor, que no es sino una inmediata consecuencia del dualismo capital ser-deber ser, también se conecta estrechamente con el agnosticismo kelseniano, en cuanto la inmanencia del valor en la realidad conduciría a absolutizar el valor. Cuando hemos expuesto su crítica a las nociones de naturaleza y de razón práctica en el iusnaturalismo, hemos encontrado también la idea recurrente de que ellas remiten a un fundamento divino. Y las referencias teológicas de la *Teoría pura del derecho* son numerosas: baste recordar las que salen a propósito del principio de causalidad y el de imputación, o con ocasión del análisis del ilícito. En la edición francesa de esa obra formulaba, desde un punto de vista histórico, esta observación: “En correlación estrecha con el progreso de las ciencias experimentales y con el análisis crítico de la ideología religiosa, la ciencia burguesa del derecho abandona el derecho natural y se vuelve hacia el positivismo”.<sup>595</sup> El derecho natural, por otra parte, siempre le pareció a Kelsen un producto de la interpretación religiosa-social-normativa de la naturaleza. Por eso la historia de la doctrina del derecho natural la concebía como una sociología de la creencia en el alma, dado que veía en el animismo el comienzo de lo religioso.<sup>596</sup>

Para comprender el papel que desempeña el agnosticismo de Kelsen en esta materia, nos parecen muy ilustrativas estas palabras con las que comenzó su intervención en el coloquio con iusnaturalistas en Salzburgo, en 1962:

---

<sup>594</sup> JDN, n. 29, p. 100.

<sup>595</sup> TP (ed. fr.), p. 65.

<sup>596</sup> Métall, R. A., *Hans Kelsen. Vida y obra, cit.*, p. 73. Esta interpretación de la historia de las religiones no calza de ninguna manera con los más modernos resultados de la etnología (Guerra, M., *cit.*).

Al aceptar la invitación para hablar del Derecho Natural en este círculo de partidarios de la Teoría del Derecho Natural, no lo he hecho, naturalmente, con la intención de convertir a ustedes a mi idea de que, desde un punto de vista científico racional, no se puede admitir la validez de un Derecho Natural, pues tengo por imposible tal conversión. Y ello por una razón, que brota precisamente del tema sobre el que quiero hablarles: la base de la Teoría del Derecho Natural. Pues se trata de la respuesta que hay que dar a la pregunta de bajo qué presupuesto se puede únicamente aceptar la validez de un Derecho eterno, inmutable, immanente a la naturaleza; de tal manera que quien, como yo, cree no poder aceptar ese presupuesto, tampoco puede aceptar su consecuencia. Dicho presupuesto es —como intentaré mostrar— *la creencia en una Divinidad justa...* Discutir sobre la certeza de esta creencia es cosa totalmente inútil. Ni el que tiene esta creencia ni el que no la tiene pueden ser convencidos de lo contrario mediante argumentos racionales. Pero al sustentar yo la opinión de que esta creencia es el presupuesto esencial e ineludible de una verdadera Teoría del Derecho Natural, me encuentro, frente a aquellos de ustedes que a pesar de hacer suya dicha creencia participan de la extendida opinión según la cual la validez del Derecho Natural es independiente de la voluntad de una Divinidad omnipotente y de bondad infinita, en una extraña posición. Aparezco así aquí no —como ustedes quizá me suponen— cual un *advocatus diaboli*, sino, todo lo contrario, como un *advocatus Dei*.<sup>597</sup>

Para Kelsen, el problema no es racional, sino de fe. En virtud de su visión empirista de nuestra razón, estima imposible que ella alcance lo absoluto. No cabría ningún conocimiento racional de Dios. Sólo podría llegarse a Él por la fe, por una fe que, lógicamente, aparece como irracional, en cuanto fruto de una arbitraria elección. La separación entre fe y razón que ello implica, unida a un concepto del acto de fe como dimanante del puro querer (muy en la línea de la fe fiducial), nos permite atisbar el ambiente teológico protestante de donde se nutren sus concepciones en esta materia. En todo caso, el agnosticismo de nuestro autor se extiende tanto a un acceso racional a Dios por un conocimiento metafísico como a una vía sobrenatural a través de la fe.

Pero más importante es resaltar ahora la índole fundamental de esta razón del positivismo kelseniano. Quizá la separación *Sein-Sollen*, o el monismo positivista, constituyen motivos más inmediatos en su rechazo del derecho natural. Sin embargo, todas esas razones remiten a una base última que Kelsen, lejos de esconder, proclama con total sinceridad: su negación de Dios. Poniendo entre paréntesis la posible connotación militante que el término “ateo” conlleva —connotación que no cuadra con el indiferentis-

<sup>597</sup> *Bases de la teoría del derecho natural*, cit., pp. 577 y 578. Cursivas en el texto original.

mo kelseniano—, se puede decir, en fórmula que quizá sorprenda pero que se atiene con rigor a la mente del jurista de Viena: la razón última del positivismo kelseniano es su ateísmo.

Ello no significa, obviamente, que toda adhesión a la *Teoría pura* provenga de una actitud atea ni implica tomar algún partido, por ahora, en la controvertida cuestión de las relaciones entre los fundamentos ideológicos de la doctrina pura y los resultados teórico-jurídicos que alcanza. Es, simplemente, una afirmación que se ciñe a la verdad histórica, tal cual se manifiesta explícitamente en las formulaciones del autor.

Pero es una verdad que al jurista, interesado en la *Teoría pura*, debe hacerle reflexionar: un sentido crítico muy primario obliga a tener muy presentes, a la hora de valorar una doctrina, sus fundamentos tal como los da a conocer el mismo autor. En cualquier caso, quien tiene el peso de la prueba es el que aspire a demostrar que el positivismo kelseniano puede conciliarse con una postura abierta a la trascendencia. No se trata, sin embargo, de estigmatizar *a priori* y en su conjunto a la *Teoría pura* como atea,<sup>598</sup> pero sí de tener en cuenta un dato muy relevante que afecta sus mismos cimientos.

A la vez, queda abierta una interrogante decisiva: si las mismas bases del positivismo kelseniano —en particular la separación entre ser y deber ser que se defiende como una evidencia— se hallan tan ligadas con determinadas actitudes frente a las cuestiones últimas que el hombre siempre se ha planteado —sobre su origen y destino, sobre la existencia de Dios, etcétera—, ¿no hay motivo para desconfiar de la supuesta pureza de toda la teoría? La negación de Dios, que conduce a apartar de la ciencia todo lo que de algún modo podría conectarse con su existencia y sus operaciones respecto al mundo, entraña un supuesto metafísico y religioso que no por ser negativo deja de situarse en un plano distinto y superior al de las ciencias fenoménicas. Parece que la tesis agnóstica influye realmente sobre el sistema kelseniano hasta el extremo de condicionar la misma posibilidad de su construcción. Pero esa tesis agnóstica no se deriva de la misma ciencia jurídica según las exigencias del método puro. Luego, la ciencia jurídica, para ser fiel a la pureza total —tal como Kelsen la entiende— ha de asentarse sobre un fundamento que ya no es tan puro. He aquí la paradoja: la *Teoría pura*, para ser pura, requiere dejar de serlo. Estamos ante un camino de crítica inmanente que ya se nos insinuó cuando comprobamos que Kelsen, rehusando admitir conclusiones provenientes de ciencias distintas de la jurídica como

---

<sup>598</sup> TP (2a. ed. al.), prólogo a la 1a. ed., p. 11, donde Kelsen considera que esta crítica de su teoría sería ideológica, y por eso la descarta. Pero es el propio Kelsen quien nos enseña que su postura en materia de metafísica y religión condiciona todo su edificio doctrinal.

premisas de su doctrina, sí recurría a una filosofía que, por lo demás, está hermanada indisolublemente con este agnosticismo que tan importante se nos revela en la crítica del iusnaturalismo, y, por lo tanto, en la fundamentación del positivismo.

### *G. La concepción positivista del saber*

El relativismo axiológico y el agnosticismo se corresponden con una concepción positivista de la ciencia, y con la negación de la metafísica, sobre lo que ya hemos insistido frecuentemente a lo largo de este trabajo. Kelsen confía sólo en las ciencias particulares que se atienen al nivel fenoménico-experimental, y veda a la razón del hombre todo intento de acceder más allá de las fronteras de las ciencias positivas. De nuevo, lo mejor es atender a nuestro autor, que así defiende polémicamente su posición:

La justificación de la teoría del Derecho natural que intenta resolver el problema de una justicia absoluta, ha pretendido también lograrse alegando que el problema existe y que el positivismo jurídico relativista no es capaz de resolverlo. No negaremos nosotros que el problema de una justicia absoluta existe en el sentido de que los hombres sienten y sentirán sin duda siempre la necesidad de justificar su comportamiento declarando que es absolutamente bueno y justo; tampoco negaremos la tesis de que el positivismo jurídico relativista no es capaz de suministrar semejante justificación. Ahora bien, de la existencia de una necesidad no cabe concluir que dicha necesidad pueda ser satisfecha por medio del conocimiento racional, ni que el problema pueda ser resuelto de esa manera. Por el contrario, la ciencia puede mostrar que el problema no puede ser resuelto así, porque no hay y no puede haber justicia absoluta para un conocimiento humano: hay, pues, que excluir este problema del ámbito del conocimiento. La misión del conocimiento científico no consiste solamente en responder a las preguntas que nosotros le dirigimos, sino también en enseñarnos qué preguntas podemos juiciosamente dirigirle.<sup>599</sup>

Kelsen piensa, como veíamos, que cada uno debe escoger la norma de justicia, de modo que esta restricción de las posibilidades de nuestro conocer le dejaría abierta una vía, incluso más auténtica —en cuanto no pretende apoyarse en justificaciones que serían imposibles— para actuar en el terreno moral. Este irracionalismo, que es escepticismo —puesto que impide hablar racionalmente de estos temas, salvo para describir lo que cada uno elige— imposibilita cualquier fundamentación cognoscitiva de la mo-

<sup>599</sup> JDN, 11. 51, pp. 159 y 160.

ral. Conviene hacer notar que de sus opciones subjetivas —en pro de la paz, la tolerancia, etcétera—, Kelsen se esfuerza por no extraer la más mínima consecuencia en el terreno de la ciencia del derecho, por lo que muestra los resultados de esta actitud cientificista en esta disciplina, tal como los hemos expuesto en este estudio. Por otra parte, la necesidad de justificar moralmente el comportamiento humano de que nos habla Kelsen, que se funda en el mismo ser racional y libre del hombre, queda completamente insatisfecha en el planteamiento kelseniano.

#### H. *Las contradicciones del iusnaturalismo según Kelsen*

Por último, nos resta hacernos eco de algunos argumentos por reducción al absurdo que utiliza Kelsen. Por una parte, reprocha a los iusnaturalistas el que incurren en contradicciones internas.<sup>600</sup> Se trata, sobre todo, de la actitud que adoptan frente al problema de las relaciones entre el derecho natural y el derecho positivo, tema en el que, contra lo que Kelsen esperaría, parecen conceder demasiada relevancia el derecho positivo, hasta convertir el derecho natural casi en un mero instrumento para fortalecer el derecho positivo. También se fija en lo contradictorio que es admitir el derecho natural sin reconocer la necesidad de su fundamentación teológica.

Puesto que sobre tales contradicciones internas de los iusnaturalistas ya nos hemos explayado en páginas anteriores, basta ahora aludir a lo que Kelsen llama “resultados contradictorios de las diferentes teorías iusnaturalistas”.<sup>601</sup>

El objetivo de la teoría iusnaturalista es la justicia, las normas del Derecho justo; no hay, como imaginan los partidarios de esta teoría, una sola sino muy numerosas normas de justicia diferentes y opuestas; si las normas de justicia no son como quieren los teóricos del Derecho natural, immanentes a la naturaleza, entonces no podrán ser encontradas o deducidas en la naturaleza, sino que en realidad lo que ocurre es que vienen presupuestas por dichos teóricos: por todas estas razones cada uno de éstos llega, según la norma de justicia por él propuesta, a resultados muy diferentes y contradictorios.<sup>602</sup> La historia de la teoría del Derecho natural confirma este hecho que siempre se ha manifestado como algo contrario a ella misma. No resulta difícil comprender que la teoría del Derecho natural conduce necesariamente a un fracaso en relación con los grandes problemas de justicia, decisivos en nuestra época: la

<sup>600</sup> TP (ed. fr.), pp. 105-109.

<sup>601</sup> JDN, n. 45, p. 141.

<sup>602</sup> Este tema está más desarrollado en *The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science*, cit.

alternativa democracia o autocracia y la alternativa economía libre (capitalismo) o economía planificada (socialismo). Si se cree encontrar en la naturaleza, porque se parte de esa hipótesis, la norma de justicia de la libertad (autodeterminación), se declarará que la democracia y su sistema de economía libre que garantice la propiedad individual son el único orden social natural, es decir, justo. Si se cree encontrar en la naturaleza, partiendo de esa hipótesis, la norma de justicia que reclama la satisfacción de las necesidades económicas de todos y de seguridad económica, entonces se considerará natural, es decir, justo, y se defenderá el orden social, que realiza ese ideal, incluso si, o precisamente porque, este orden sólo alcanza su objetivo a través de métodos autocráticos y de economía planificada, declarando que los medios de producción son de propiedad colectiva. En efecto, Locke ha deducido de la naturaleza la democracia, Filmer la autocracia, Cumberland la propiedad individual y Morelly la propiedad colectiva. Con los métodos de la teoría del Derecho natural, y en lo que se refiere a la justicia, se puede probar todo, y por lo tanto, no se prueba nada.<sup>603</sup>

Es el argumento característico del escepticismo a través de todos los tiempos: el escándalo ante las contradicciones de los filósofos. En Kelsen toma un cariz especial, en cuanto ello significaría oponerse al derecho como orden. “En efecto, las normas así obtenidas estarán necesariamente en contradicción unas con otras, no pudiendo, pues, representar un orden justo del comportamiento humano, en cuanto que las normas que están en conflicto unas con otras resultan incapaces de formar un «orden normativo»”.<sup>604</sup> Al fin de su existencia —a pesar de su abandono del ideal lógico del orden como ausencia de conflictos entre las normas—, su pensamiento sigue los mismos cauces: “Esta es la teoría del derecho natural o racional, opuesta al positivismo jurídico, la cual, de aplicarse realmente, tendría que conducir a la anarquía total”.<sup>605</sup> Con razón ha sostenido Villey que la idea de orden juega un destacado papel en la *Teoría pura*. “Kelsen adora la *coherencia*, a la que ofrece en holocausto la justicia y la verdad”.<sup>606</sup>

Kelsen quiere que toda nuestra labor como juristas esté dedicada al orden; ni siquiera a un ideal de fuerte cohesión social, que supondría una preferencia por los regímenes autoritarios; sino —cosa curiosa— a un valor *intelectual*, trasladado de su dominio propio, el de la ciencia, al gobierno de

<sup>603</sup> JDN, n. 45, pp. 141 y 142.

<sup>604</sup> *Ibidem*, n. 33, p. 110.

<sup>605</sup> Sobre el concepto de norma, *cit.*, p. 212.

<sup>606</sup> Villey, M., *Leçons d'histoire de la Philosophie du Droit*, Dalloz, París, 1962, p. 291. Cursivas en el original.



la vida activa... El sistema de Kelsen no es neutro y “objetivo” más que en apariencia.<sup>607</sup>

“De este modo —expresa Ebenstein— el ideal de justicia se reduce al principio de «unidad sistemática»; el ideal lógico reemplaza al ético”.<sup>608</sup> Y hace notar que esto se inscribe en la tradición germánica del “más bien haré la injusticia que sufriré el caos” de un Goethe, o del imperativo categórico —“actúa de acuerdo con una regla que al mismo tiempo pueda ser universal”— de un Kant. Tenemos ante nuestros ojos un nuevo motivo para sospechar de la ilimitada pureza de la *Teoría pura*.

Como Kelsen ya ha rechazado de plano el derecho natural, no se molesta en sopesar críticamente las diversas concepciones contradictorias que señala —labor que, desde su punto de vista, sería imposible, porque para él ninguna de esas conclusiones puede ser verdadera—. Ni se le ocurre la posibilidad de que en los temas que menciona como ejemplos no quepa dar una respuesta única desde la perspectiva del derecho natural. Es muy significativo que esos ejemplos se sitúen en el ámbito de los que tradicionalmente se han entendido como principios más secundarios del derecho natural. Efectivamente, resulta muy aventurado pretender que un único sistema económico o político sea el adecuado a la naturaleza humana, sin perjuicio de que haya un núcleo de derecho natural en estos temas. Por lo demás, las contraposiciones autoridad *versus* participación del pueblo, satisfacción de las necesidades económicas *versus* libertad, no resisten el menor análisis crítico.

Llegados al fin a esta presentación de los argumentos kelsenianos contra el derecho natural, quisiéramos sólo recalcar que ellos se limitan a aplicar los principios básicos de la entera *Teoría pura*. La trama argumental que hemos recorrido es el revés —laboriosamente construido, por cierto—. De la faz positiva que representa la misma doctrina general de Kelsen sobre el derecho. Por consiguiente, nos parece que pocas empresas hay más problemáticas que la de aislar el positivismo kelseniano de su actitud frente al derecho natural. Con mucha razón, Métall sostiene: “En estrecho contacto con los trabajos de Kelsen en el ámbito de la teoría general del derecho se encuentran sus escritos filosófico-jurídicos”;<sup>609</sup> comprenden bajo esta última denominación los textos dedicados a la justicia y al derecho natural.

<sup>607</sup> *Ibidem*, p. 292. Cursivas en el original.

<sup>608</sup> Ebenstein, W., *op. cit.*, p. 121.

<sup>609</sup> Métall, R. A., *Hans Kelsen. Vida y obra, cit.*, p. 114.

## CAPÍTULO SÉPTIMO

### DIVERSAS POSICIONES ANTE LA *TEORÍA PURA*; UNIDAD Y COHERENCIA DEL SISTEMA KELSENIANO

#### XLIII. DIVERSAS POSICIONES ANTE LA *TEORÍA PURA*

Antes de proceder al examen crítico de la *Teoría pura*, conviene dar un vistazo a las principales posiciones que los autores han adoptado frente a ella. Como se advertirá, ese abanico de actitudes nos situará ante una cuestión sumamente controvertida —la coherencia interna de la doctrina en Estudio, sobre todo entre sus conclusiones a nivel de ciencia jurídica y sus presupuestos filosóficos—, que exigirá nuestra atención, como un problema previo al análisis de las principales bases filosófico-jurídicas de la doctrina pura, tema del siguiente capítulo.

Al inicio de este trabajo dejábamos constancia de la amplia difusión de la *Teoría pura* en todo el mundo. Aunque no pocas veces se la ha acogido de modo casi irrestricto y fidelísimo, esa misma divulgación ha suscitado toda clase de reacciones. Ha dado lugar a lo que Kunz llama una “discusión mundial”,<sup>610</sup> que continúa hasta el presente, contenida en una inabarcable bibliografía que no cesa de multiplicarse, como ha ocurrido, por ejemplo, en 1981 con motivo del primer centenario del nacimiento de Hans Kelsen.<sup>611</sup> Dar cuenta de las repercusiones en el plano científico que ha provocado, informar sobre las polémicas que su autor sostuvo en vida, y sobre las que siguen librándose entre sus mismos partidarios, y entre éstos y sus críticos, son tareas muy extensas que requerirán un vasto esfuerzo de investigación, y que obviamente no estamos en condiciones de acometer ni siquiera en parte. Menos aún pretendemos apreciar en detalle hasta dónde alcanza la

---

<sup>610</sup> Kunz, J. L., *La teoría pura del derecho*, cit., p. 115.

<sup>611</sup> Algunos volúmenes conmemorativos: AA.VV., “Kelsen et le positivisme juridique”, *Revue Internationale de Philosophie*, 35, 1981, n. 138; AA.VV., “Apreciación crítica de la teoría pura del derecho”, cit.; AA.VV., “Die Reine Rechtslehre in wissenschaftlichen Diskussion”, cit.; AA.VV., “Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen”, Krawietz, W., Topisch, E. y Koller, P. (eds.), Berlín, Duncker und Humblot, 1982.

influencia de la doctrina kelseniana entre los juristas y filósofos del derecho ni dilucidar cuáles de sus aportaciones habrían de considerarse como definitivamente incorporadas a la ciencia jurídica. Basta reiterar aquí lo que de un modo tópico se ha expresado hasta la saciedad: Kelsen es uno de los juristas más relevantes de nuestro siglo, y su huella es, indudablemente, muy honda. Para precisar y fundamentar debidamente este juicio, es menester que transcurra el tiempo hasta contar con la suficiente perspectiva histórica.

Sólo nos interesa mostrar, de manera muy sumaria, las principales actitudes que los autores han tomado ante la teoría, para una valoración crítica como la que intentamos realizar.

A nuestro juicio, las variadas posturas respecto a la *Teoría pura* pueden clasificarse, de modo aproximado, en tres grupos: las sustancialmente favorables a ella en su conjunto, correspondientes a los autores que suelen conocerse como “kelsenianos”; las que entrañan una más o menos radical oposición a sus planteamientos globales, y las que se caracterizan por distinguir en la doctrina de Kelsen dos componentes: sus presupuestos filosóficos —habitualmente rechazados por los representantes de este tercer sector— y sus tesis científico-jurídicas, generalmente aceptadas por ellos.

Lógicamente, dentro de cada grupo hay múltiples subdivisiones. Mencionaremos algunas especialmente importantes. Entre quienes hacen suya la *Teoría pura* casi íntegramente se cuentan tanto discípulos directos de Kelsen —algunos ya nombrados en el capítulo primero de este libro— como otros partidarios que han recibido sólo las enseñanzas escritas del maestro de Viena. Vale la pena anotar que, contra cuanto cabría esperar, los discípulos directos han resultado a menudo más críticos que el resto de sus seguidores. Vienen a la mente los nombres de Verdross, Kunz, Legaz y Lacambra, Recaséns Siches, que encabezan la lista de los autores del tercero de los grupos que hemos descrito.

Los autores que componen el primer sector se adhieren tanto a las bases filosóficas kelsenianas como a sus resultados jurídicos. Y consideran que ambos aspectos están muy ligados. Es la línea de la más estricta fidelidad a Kelsen, en la que, como era de esperar, no hay unanimidad en todo: se discute la más exacta interpretación de Kelsen, se rechazan algunas tesis aisladas, o se presta una adhesión limitada a determinados presupuestos, pero —y esto es lo que importa— cada autor se mueve de modo casi exclusivo dentro de las coordenadas kelsenianas, sin que logre demasiada amplitud de movimiento, dado el acotamiento preciso del sistema de referencia elegido. En este grupo pondríamos a Merkl, Pitamic, Métall, y en el presente, como ejemplo característico, a Robert Walter, uno de los administradores

del Instituto Hans Kelsen. Pero éste último confiesa el escaso desarrollo de esta línea de profundización y extensión de la doctrina pura efectuada desde sus mismos presupuestos y con su misma metodología.<sup>612</sup> No es extraño que así suceda. Cuando entre los problemas teóricos del derecho se debate, por ejemplo, la conciliación de las diversas funciones de la *Grundnorm*,<sup>613</sup> o cómo relacionar las nociones estática y dinámica de la norma,<sup>614</sup> viene la tentación de compartir estas palabras de Villey, dichas con su estilo característico, en las que alude a este grupo de autores: "...la secta de los kelsenianos prisioneros en su laberinto de construcciones idealistas".<sup>615</sup> Las figuras de primera magnitud escasean en este sector de leales continuadores de la obra kelseniana. Nos atrevemos a insinuar un motivo: da la impresión de que el genio lógico-sistemático del maestro ha virtualmente agotado las posibilidades de desarrollo de la *Teoría pura*. Es demasiado estrecho el espacio especulativo que deja a sus discípulos, y los mismos límites metodológicos de la "pureza" cierran casi todas las posibles vías de apertura de sus estudios.

Enumerar a quienes han criticado a Kelsen desde principios teóricos diferentes —es decir, a sus adversarios— sería una labor inacabable puesto que, precisamente por su grado de difusión, casi no existe jurista ni filósofo del derecho, de cualquier tendencia, que no se crea obligado a contrastar sus conclusiones con las del jurista vienés, emprendiendo, por tanto, una crítica de la doctrina kelseniana. Aquí entran una multitud de autores cuyo único rasgo común es su rechazo del conjunto de las tesis de la *Teoría pura*. Esta actitud no prejuzga sobre la importancia que esos autores atribuyan a Kelsen ni sobre lo que ellos crean poder aprender de él, ni sobre su afinidad en determinados aspectos. En efecto, muchos críticos encaran a Kelsen con respeto y estiman que de su obra pueden obtenerse valiosas lecciones, y se apresuran a reconocerle aciertos parciales. Las críticas apasionadas, de descalificación absoluta y *a priori*, que solían enrostrar a la doctrina kelseniana todo tipo de intenciones ideológico-políticas, parecen ya pertenecer al pasado. Hubo, sobre todo en la época entre ambas guerras mundiales, una amplia gama de acusaciones ideológicas.<sup>616</sup> Pero éste ya no es el ambiente de los críticos de la *Teoría pura*; en consecuencia, ya no parece muy adecuado seguir insistiendo en el carácter ideológico-político de las actitudes

<sup>612</sup> Walter, R., *El estado actual de la teoría pura del derecho*, cit., p. 332.

<sup>613</sup> Vernengo, R. J., *La función sistemática de la norma fundamental*, cit.

<sup>614</sup> Walter, R., *Der Aufbau der Rechtsordnung*, cit.

<sup>615</sup> Villey, Michel, *Compendio de filosofía del derecho*, Pamplona, EUNSA, 1979, II, p. 243.

<sup>616</sup> A ellas aluden, por ejemplo, Kunz, J. L., *La teoría pura del derecho*, cit., pp. 115 y ss.; y Bobbio, N., "La teoría pura del derecho y sus críticos", *Revista de Ciencias Sociales*, 6, 1974, pp. 299-326.

críticas, como suele oírse decir a los kelsenianos. Para no dar ocasión a este reproche, es oportuno evitar todo lo que implique la búsqueda de propósitos ocultos en las doctrinas de nuestro autor. Tal clase de indagación es, por lo general, tan arriesgada como apriorística. Es preferible atenerse rigurosamente a las afirmaciones escuetas de Kelsen, que, por lo demás, siempre nos manifiestan, con precisión y sinceridad ejemplares, las bases filosóficas que le inspiran.

La *Teoría pura* se autodistingue especialmente en dos direcciones: frente al sociologismo y frente al iusnaturalismo. Las críticas, por tanto, provienen de ambos campos del pensamiento jurídico y responden a la inmensa variedad de doctrinas que pueden ubicarse bajo esas tan holgadas denominaciones.

Por otro lado, las críticas podrían dividirse en dos tipos: las que miran a las conclusiones científico-jurídicas y las que apuntan a los presupuestos de fondo de tales conclusiones. Las primeras pertenecen al terreno de la ciencia del derecho en sentido estricto, en tanto las otras corresponden a un debate de tipo más bien filosófico. Aunque, como es lógico, ambos tipos de crítica se entrecruzan a menudo, sobre todo porque muchas veces el motivo del rechazo de las conclusiones a nivel científico-técnico se encuentra en los presupuestos filosóficos sobre los que descansan.

Esta tipología de las críticas nos lleva a plantear un problema que suele enfrentar a los autores, pero que no hemos visto analizado con cierta profundidad: la *Teoría pura* ¿es ciencia o filosofía del derecho? Sin duda, el mismo planteamiento de la cuestión resulta problemático. A este respecto, nos contentamos con indicar que aceptamos la existencia y la necesidad de una “ciencia” del derecho, no en el sentido tradicional de conocimiento cierto y causal —conforme al cual también la filosofía es ciencia, y aun lo es de un modo más eminente—, sino con arreglo a la acepción moderna del término, que lo restringe a los saberes particulares de tipo positivo o fenoménico.<sup>617</sup>

Muchos consideran a Kelsen un filósofo del derecho, a pesar de que él mismo declara que, en cuanto artífice de una teoría general del derecho, no lo es.<sup>618</sup> Según ellos, la *Teoría pura* sería una gnoseología jurídica, en cuanto trata del método y de las condiciones del conocimiento del derecho, o bien, constituiría —copulativa o disyuntivamente con su índole epistemológica— una ontología de lo jurídico, en cuanto se ocuparía del ser universal del de-

---

<sup>617</sup> Martínez Doral, José María, *La estructura del conocimiento jurídico*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1963.

<sup>618</sup> Kelsen, H., *Qu'est-ce que la philosophie du droit?*, cit.

recho.<sup>619</sup> No faltan, sin embargo, quienes se oponen con vehemencia a este punto de vista, y defienden que Kelsen es, ante todo, un jurista, considerándolo un filósofo de escasa categoría.<sup>620</sup>

Compartimos este último enfoque, por ser más fiel no sólo a la autocalificación de su labor científica hecha por Kelsen, sino al sentido inmanente de su teoría general del derecho. Nos parece que cuando se le tilda de filósofo del derecho, hay de por medio un equívoco y un presupuesto implícito. El equívoco consiste en confundir una teoría que tiene bases filosóficas —cosa que nadie disputa en el caso de la *Teoría pura*— con una teoría filosófica. La *Teoría pura* se mueve en el nivel de las causas próximas, fenoménicas, empíricamente captables, de lo jurídico, no en el ámbito de las causas últimas, ontológicas, supraempíricas. Repetidamente su autor la llama “ciencia empírica”, que tiene por objeto la descripción de las normas jurídicas.<sup>621</sup> Pero aquí topamos con el presupuesto implícito en la calificación de nuestro autor como filósofo del derecho. Pensamos que quienes lo formulan consideran imposible, o al menos muy problemático, llevar a cabo una especulación filosófico-jurídica como la que acabamos de describir, esto es, que alcance las causas remotas y ontológicas de lo jurídico. Filosofía, para ellos, sólo sería una teorización generalizadora del contenido de las ciencias. De modo que una teoría general del derecho sería, por ello mismo, filosofía del derecho. No dudamos de que la *Teoría pura* se asiente sobre fundamentos filosóficos propiamente dichos, ni de que su autor los haya defendido mediante una crítica de los principios opuestos. Por esto, cuando examina el derecho natural y la justicia sí nos parece que está en un terreno filosófico-jurídico.<sup>622</sup> Pero de esta investigación filosófica Kelsen extrae una consecuencia negativa: sobre el derecho no cabría más perspectiva de conocimiento racional que la científica, aferrada al dato empírico. Su filosofía del derecho es, por lo tanto, decididamente negativa, esencialmente crítica. Esto no le impide apoyar sus tesis en una filosofía —sobre todo en el neokantismo—, pero se trata de una filosofía que reniega de la metafísica —aunque, como es obvio, sus propios postulados sean supraempíricos y, en cierto sentido “metafísicos”—. Sin embargo, en Kelsen esta filosofía es un punto de apoyo, todo lo decisivo que se quiera, pero no del todo uniforme y claro, y nunca desarrollado cabalmente como tal. Así, la *Teoría pura* no se

<sup>619</sup> Por ejemplo, Rivacoba, Manuel, “Proyecciones de la teoría pura en el pensamiento penal”, en AA.VV., *Apreciación crítica de la teoría pura del derecho*, cit., p. 192.

<sup>620</sup> Por ejemplo, Fassó, G., *op. cit.*, III, pp. 344 y 345.

<sup>621</sup> TP (2a. ed. al.), n. 7, p. 71. *Ibidem*, prólogo a la 2a. ed., p. 13.

<sup>622</sup> En este mismo sentido, Métall, R. A., *Hans Kelsen. Vida y obra*, cit., p. 114.

ha dedicado al establecimiento trascendental de las condiciones generales del conocimiento jurídico, sino a una tarea bien distinta: la búsqueda de los conceptos fundamentales del derecho, aunque ellos puedan ser captados en clave trascendental.

Al filo de esta cuestión entra en escena el tercer grupo de autores, de orientaciones diversas, pero coincidentes en una tesis central: la separabilidad de la *Teoría pura* respecto a las bases filosóficas que le ha asignado su creador. Se intenta el aislamiento de sus formulaciones teóricas, aplaudidas casi íntegramente por estos autores, y con singular entusiasmo —como conquistas imperecederas de la ciencia del derecho— con respecto a su sustrato filosófico, que se impugna con no menor rotundidad y convicción. Estos autores piensan que la *Teoría pura* ha supuesto un notable avance del pensamiento jurídico, y procuran asimilarla como parte integrante de sus doctrinas, pero evitan comprometerse con el neokantismo o, como es aún más frecuente, con el relativismo axiológico. A este último oponen una doctrina más o menos objetivista de los valores, o incluso un abierto iusnaturalismo, de modo que suelen aspirar a completar o complementar la perspectiva propia de la *Teoría pura* con el estudio de los ángulos de la realidad jurídica que esa perspectiva no tendría en cuenta: el valorativo y el sociológico o fáctico. Esta suerte de integración superadora calza con la difundida concepción tridimensional del derecho propugnada por muchos, señaladamente por Miguel Reale.

Lo expuesto sólo configura una dirección o tendencia de la especulación filosófico-jurídica contemporánea; no corresponde, en cambio, a una doctrina precisa, ya que dentro de ella caben múltiples variantes. Ante todo, se impone distinguir con claridad dos problemas principales diferentes: el de las relaciones de la *Teoría pura* con el neokantismo y el de su conexión con el relativismo. Si bien no faltan autores que, a la vez, sostienen la separabilidad de la *Teoría pura* respecto del neokantismo y del relativismo —como Kunz, Recaséns y Legaz—, hay quienes entienden que son temas distintos, y describen la *Teoría pura* con esquemas trascendentales, al tiempo que rehúsan compartir su relativismo.<sup>623</sup>

El problema del nexo con la filosofía neokantiana atañe a lo que podría llamarse la clave filosófica de lectura de la *Teoría pura*. En cuanto a la posibilidad de fundar los resultados teóricos de la doctrina de Kelsen sobre un sustrato filosófico diferente al del neokantismo, hubo en el seno de la Escuela de Viena una corriente, formada por Schreier y Kaufmann, que echó mano

---

<sup>623</sup> Es la actitud de Millas, Jorge, “Los determinantes epistemológicos de la teoría pura del derecho”, en AA.VV., *Apreciación crítica de la teoría pura del derecho*, cit., pp. 31-63.

de la fenomenología de Husserl.<sup>624</sup> Sin que postulara una base filosófica claramente alternativa, Kunz sostuvo que, de hecho, la *Teoría pura* no utiliza el método trascendental: no sería una teoría del conocimiento jurídico, sino una teoría sobre el derecho mismo, y esto sobre todo a partir de la estancia de Kelsen en Estados Unidos.<sup>625</sup> En un extremo opuesto, la teoría egológica de Carlos Cossio ve en la *Teoría pura* una lógica formal de lo normativo que se articularía en el resto de la teoría egológica, centrada en la conducta, como aquella parte que se ocupa del pensamiento jurídico. El mismo Kelsen rechazó esta interpretación, sosteniendo que su doctrina es mucho más que una lógica formal porque es una teoría sobre el derecho mismo.<sup>626</sup> Otros, como el colombiano Nieto Arteta,<sup>627</sup> la han interpretado como una lógica trascendental en sentido kantiano, posición no muy lejana de aquellos que, aun reconociendo que ella contiene una teoría sobre el derecho, estiman que gravita sobre todo en torno al problema epistemológico.<sup>628</sup>

En cambio, no faltan quienes, habiendo experimentado una gran influencia del positivismo kelseniano, se esfuerzan en quitarle su trasfondo neokantiano en aras de posiciones más “realistas”. La nota característica de estos autores es que rehúsan la noción kelseniana de validez de la norma jurídica, y la identifican con la eficacia. Aquí militan autores tan conocidos como Ross y Hart. En las antípodas están los que buscan llevarse las aguas de la *Teoría pura* al molino del iusnaturalismo. Suelen acudir a la *Grundnorm*, transformándola en norma de contenido ético o de derecho natural. Es el caso de Verdross y Marcic.<sup>629</sup>

Íntimamente unido al problema de la interpretación filosófica de la *Teoría pura* se plantea la pregunta que, a nuestro entender, es más decisiva: ¿se pueden compartir sus resultados teóricos sin sostener su relativismo agnóstico en el terreno valorativo? Éste es uno de los puntos más difíciles en el enjuiciamiento crítico de la *Teoría pura*.

Esboцemos los términos del problema tal como de hecho se ha planteado. Por una parte, la doctrina de Kelsen parece haber alcanzado éxitos apreciables en la ciencia jurídica; por ejemplo, su concepto jurídico de los sujetos

<sup>624</sup> Recaséns Siches, L., *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, cit., I, pp. 265-267.

<sup>625</sup> Kunz, J. L., *La teoría pura del derecho*, cit., pp. 46 y ss.

<sup>626</sup> Kelsen, H., “Teoría pura del derecho y teoría egológica. Respuesta al artículo de Carlos Cossio: Teoría egológica y teoría pura del derecho. Balance provisional de la visita de Kelsen a la Argentina”, en *Revista de Estudios Políticos*, 71, 1953, pp. 3-39.

<sup>627</sup> Recaséns Siches, L., *Panorama*, cit., I, p. 478, donde da cuenta del contenido de la obra de Nieto Arteta, Luis Eduardo, *La interpretación exacta de la teoría pura del derecho*, 1982.

<sup>628</sup> Así, por ejemplo, Millas, J., *op. cit.*, pp. 49 y ss.

<sup>629</sup> TP (2a. ed. al.) n. 78.



de derecho, su construcción escalonada del orden jurídico, su tesis de las normas individuales, etcétera. Lo más estimado en la opinión común de muchos juristas es la pureza metódica que lleva a defender la autonomía de la ciencia del derecho. Debe añadirse, no obstante, que no todas las conclusiones de Kelsen han tenido igual fortuna. Su identificación de Estado y derecho, o su actitud relativista en el tema de las relaciones entre derecho internacional y derecho estatal, ejemplifican ese tipo de posturas extremas que la mayoría se resiste a asimilar. Pero ellas no empañan, en el concepto de muchos, la admiración que causa el edificio kelseniano.

Por otro lado, el relativismo axiológico resulta insatisfactorio para esos mismos juristas, o bien, porque se espera elaborar una concepción científica sobre el valor,<sup>630</sup> o porque se es partidario de un objetivismo de los valores —en un sentido más o menos próximo a la filosofía de los valores de Hartmann o de Scheler—, o porque se adhiere al iusnaturalismo en alguna de sus variedades. Verdross, Kunz, Legaz, Recaséns, García Máynez, etcétera,<sup>631</sup> testimonian con su indiscutible prestigio la aparente viabilidad de esta reacción ante la doctrina kelseniana. Algunos de ellos parten de construcciones de la propia *Teoría pura* —sobre todo de la *Grundnorm*—;<sup>632</sup> otros quieren unirle aspectos que ella deja fuera, sobre todo el análisis del valor jurídico.

Tomemos como ejemplo el caso característico de Recaséns. Transcribimos a continuación algunas afirmaciones suyas que caracterizan perfectamente este enfoque.

El pensamiento de Kelsen acerca de los problemas axiológicos no guarda una necesaria solidaridad con su doctrina jurídica pura. Puede uno disentir diametralmente del relativismo kelseniano en materia de valores sin que esta radical discrepancia afecte en lo más mínimo la validez que uno pueda reco-

<sup>630</sup> Bobbio propugna esto: véase la exposición de su doctrina en Recaséns Siches, L., *Panorama*, cit., II, pp. 994 ss.

<sup>631</sup> Verdross, A., “Die allgemeinen Rechtgrundsätze als Völkerrechtsquelle. Zugleich ein Beitrag zum Problem der Grundnorm des positiven Völkerrechts”, AA.VV., *Gesellschaft, Staat und Recht. Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre*, cit., pp. 354-365. Refiriéndose a la *Grundnorm*, sostiene que: “Su cabeza se eleva hacia el mundo del valor, del que sólo puede derivar su validez normativa; sus pies están plantados en el firme campo sociológico de la real conducta humana” (p. 357). Véase también Kunz, J. L., *La teoría pura del derecho*, cit., pp. 115 y ss.; Legaz y Lacambra, Luis, *Kelsen*, cit., pp. 229 y ss.; Recaséns Siches, L., *Panorama*, cit., I, pp. 185-221; García Máynez, *op. cit.*

<sup>632</sup> Otros estiman que, más allá de la norma básica —que es jurídica— hay una norma extrajurídica axiológica. Véase Millas, J., *Sobre los fundamentos reales del orden lógico-formal del derecho*, Santiago de Chile, 1956, resumido en Recaséns Siches, L., *Panorama*, cit., I, pp. 425-431.

nocer a muchas de las tesis de la teoría jurídica pura del eminente maestro austroamericano.<sup>633</sup>

“Estimo que los supuestos neokantianos sobre los cuales Kelsen construyó su *Teoría Pura del derecho y del Estado* han caducado por virtud de los nuevos progresos de la filosofía en el siglo XX”.<sup>634</sup> Después de señalar que el neokantismo fue una especie de trampolín para retornar, tras la era positivista, a una problemática auténticamente filosófica, escribe:

Lo más fecundamente creador producido en el siglo XX en materia de filosofía fue realizado precisamente por pensadores que, habiendo sido educados en escuelas neo-kantianas, abandonan éstas casi en desbandada; por ejemplo: Husserl, Scheler, Nicolai Hartmann, Ortega y Gasset, Morente, Heidegger, etcétera.<sup>635</sup>

Y sostiene que algo semejante ha ocurrido en el ámbito filosófico-jurídico, ya que el impulso en este campo se debió en este siglo a neocriticistas como Stammler, Del Vecchio, Kelsen, Radbruch, etcétera, pero pasando a través de ellos, la filosofía del derecho los ha superado.

La normatividad del Derecho, de la cual parte Kelsen, y de la cual ha sacado todas las consecuencias hasta el último extremo, es sin duda una de las dimensiones esenciales del derecho pero no la única dimensión de él. Hay otras dimensiones también esenciales. Desde otro punto de vista, el Derecho puede ser estudiado como un especial *hecho social*, como un fenómeno que representa una *obra humana* —resultado de múltiples y diversos factores—, como un producto con el cual se trata de satisfacer determinadas urgencias, en suma como una obra cultural. El Derecho puede ser estudiado también como valor, es decir, desde el punto de vista de la axiología, desde el punto de vista de cuáles son los valores que mediante el Derecho se trata de realizar, de cuáles son las directrices estimativas para el enjuiciamiento de éste y, a la vez, para proponerse su mejora progresiva.<sup>636</sup>

Tras aludir a Reale y su teoría tridimensional del derecho, que procura conjugar los tres puntos de vista descritos, dice que “Kelsen ha producido el mejor estudio del Derecho desde el punto de vista de la normatividad jurídica”.<sup>637</sup> A la vez, insiste en que esos tres tipos de estudio —del derecho

<sup>633</sup> Recaséns Siches, L., *Panorama*, cit., p. 189.

<sup>634</sup> *Ibidem*, I, p. 196.

<sup>635</sup> *Idem*.

<sup>636</sup> *Ibidem*, I, pp. 196 y 197. Las cursivas vienen en el original.

<sup>637</sup> *Ibidem*, I, p. 197.

como norma, como hecho social y como valor—, aun gozando de relativa autonomía, deben estar entrelazados. Los tres tipos de análisis podrían desenvolverse tanto en el plano filosófico como en el empírico-positivo. Abunda ampliamente en esta concepción tridimensional, sosteniendo que no se trata simplemente de complementar la *Teoría pura* con estudios de sociología y de axiología o estimativa jurídica. “El problema es de mayor profundidad. El problema consiste en que las otras dos dimensiones de lo jurídico, a saber, la dimensión de fáctica que tiene el Derecho como obra humana, y la intencionalidad axiológica, *tienen necesariamente que reflejarse en alguna medida y de alguna manera, en la normatividad jurídica*”.<sup>638</sup> Por eso, poco antes ha expresado: “Resulta, pues, que a pesar del rango genial que el análisis kelseniano tiene, éste *no nos ofrece una visión íntegra de la esencia, del sentido, y de la realidad del Derecho*”.<sup>639</sup> Luego critica, en particular, la identificación kelseniana de Estado y derecho, y el relativismo axiológico, por su subjetivismo e irracionalismo en el tema de los valores.

Quisiéramos recordar que Kelsen, de manera muy congruente con su pensamiento, que se atiene exclusivamente a la dimensión normativa, rechaza la empresa del tridimensionalismo en un pasaje de la segunda edición de la *Teoría pura*:

...no cabe afirmar, como a veces se dice, que el derecho no es únicamente norma (o imperativo), sino que constituye un valor o lo incorpora —afirmación que también sólo tiene sentido pleno suponiendo un valor absoluto divino—. Puesto que justamente el derecho constituye un valor en cuanto es norma; constituye el *valor jurídico* que, de consuno —es un valor moral relativo; con lo cual no se dice otra cosa, sino que el derecho es norma—. <sup>640</sup>

La tesis de las tres dimensiones del derecho es sencilla y de fácil aceptación. Todo el mundo echa de ver la existencia de esos tres aspectos en lo jurídico. La clave de la superación de la *Teoría pura* no reside, sin embargo, en el simple reconocimiento de esa tridimensionalidad. En el mismo Kelsen, los autores tridimensionalistas reconocen que la tricotomía norma-hecho-valor está implícita.<sup>641</sup> Tampoco estimamos que todo sea cuestión de interrelacionar los tres puntos de vista. Antes bien, sostenemos que la tesis de la tridimensionalidad suele asumir, más o menos explícitamente, algunas posturas kelsenianas que urgiría reconsiderar, o, en todo caso, esa tesis no propor-

<sup>638</sup> *Ibidem*, I, p. 199. Cursivas en el original.

<sup>639</sup> *Idem*. Las cursivas pertenecen al autor.

<sup>640</sup> TP (2a. ed. al.), n. 11, p. 78. Las cursivas figuran en el original.

<sup>641</sup> Reale, Miguel, *Filosofia do direito*, San Paulo, Saraiva, 1965, p. 418.

ción una solución positiva para superarlas. En efecto, aunque se integren a la noción de derecho elementos correspondientes a la dimensión fáctico-humana y valorativa, lo cierto es que se sigue pensando que el derecho es formalmente norma. El normativismo sigue campeando en forma indiscutida. Y la norma —ésta es quizá una de las más graves deficiencias de estos intentos tridimensionales— se sigue reduciendo a la norma jurídica positiva.

Por otra parte, el valor al que se echa mano suele proceder de una fenomenología, como la de Scheler, que pretende superar el materialismo empirista y el formalismo ético, pero que no logra desprenderse del lastre del principio de inmanencia.<sup>642</sup> El valor sigue desconectado de la realidad, y ésta a menudo sigue reducida a lo empírico. Con la axiología se persigue retornar de alguna manera al iusnaturalismo, superando el positivismo formalista, y así se pretende rehumanizar la ciencia del derecho, conectándola con el mundo de los valores. Pero el derecho natural no se reencuentra por este camino por una razón muy sencilla: los valores podrán ser lo que se quiera, pero no son derecho en sentido propio y estricto. Por esta causa estos autores, ante el clásico problema de la ley injusta —disvaliosa— no se atreven a concluir que no es ley, es decir, que no es derecho. Los valores comportarían exigencias éticas, humanas, axiológicas, etcétera, mas no propiamente jurídicas.

Nos parece que con la teoría tridimensional superamos el positivismo formalista para ir a parar en lo que, de un modo algo crudo, llamaríamos un positivismo más refinado, más atento a las reales conductas humanas en toda su complejidad personal y social, y al apasionante mundo de los valores éticos, culturales y aun ontológicos, pero que no consigue abrirse paso hacia el auténtico derecho natural realmente existente como derecho.

Para ir más allá de Kelsen no basta con la tesis de la tridimensionalidad. En el fondo, al ser interpretadas esas dimensiones sobre la base de filosofías poco realistas, no se logra —por más que se intente— una superación del principio clave de Kelsen: la separación entre el ser y el deber ser. El ser sigue situado, para esos autores, en lo empírico; el deber ser continúa instalado en una esfera inmanente al hombre. Se procura establecer una conexión entre ambos, pero no suele pasar de la afirmación de un condicionamiento de lo valorativo por lo real.<sup>643</sup> Además, suelen seguir gravitando la noción kelseniana de obligación jurídica, su reducción de lo jurídico a lo público, etcétera, que son tesis de corte netamente positivista.

---

<sup>642</sup> Derisi, Octavio Nicolás, *Max Scheler: ética material de los valores*, Madrid, Magisterio Español, 1979.

<sup>643</sup> Recaséns Siches, L., *Panorama*, cit., I, pp. 522 y ss.

Se comprueba, por consiguiente, la ineficacia de este intento, por lo demás muy bien intencionado y muy sugerente en sus planteamientos iniciales. La raíz de esa ineficacia está, a nuestro juicio, en el eclecticismo subyacente que combina productos doctrinales heterogéneos: el normativismo positivista, el empirismo y la moderna filosofía de los valores, y logra un conglomerado sugestivo, pero infecundo. El derecho no es una especie de suma o combinación de perspectivas, sino una realidad que, por supuesto, puede ser enfocada de distintas maneras. Pero el tridimensionalismo no atina con la esencia del derecho: éste es, tal vez, su fallo fundamental.

Desde una perspectiva kelseniana, Agustín Squella, en su libro *Derecho, desobediencia y justicia*,<sup>644</sup> ha sometido a crítica la teoría tridimensional. Reconociendo la existencia de los tres elementos habitualmente indicados por los tridimensionalistas, Squella se resiste a ver el derecho como un agregado de norma, conducta y valor. Subraya, en cambio, conforme a la doctrina de Kelsen, que el derecho es constitutivamente norma positiva coactiva, y no conducta o valor. Sin embargo, procura mostrar cómo, dentro del normativismo kelseniano, se presta atención a lo fáctico —en cuanto la norma sería el sentido del acto que la crea y, por otra parte, la eficacia, tanto por vía de obediencia como de aplicación, sería condición de la validez—. También destaca la consideración de las valoraciones que se contiene en las tesis de Kelsen acerca de las relaciones entre la norma y el valor, y en la apreciación del influjo de las valoraciones socialmente dominantes sobre la eficacia del derecho. Squella ha contribuido así a resaltar la distancia que media entre la *Teoría pura* y los enfoques tridimensionales.

A través de este somero examen del tridimensionalismo nos hemos introducido en una cuestión más general, que será objeto del siguiente apartado: se trata de la unidad interna de la doctrina pura como sistema de ideas.

#### XLIV. UNIDAD Y COHERENCIA INTERNA DEL SISTEMA KELSENIANO

Antes de tomar posición frente a la *Reine Rechtslehre*, es indispensable aquilatar el grado de unidad interna que ella presenta, procurando discernir la coherencia de sus conclusiones con sus presupuestos. Mientras partidarios y adversarios ponen de relieve su carácter unitario, los críticos que pretenden separar lo aprovechable de lo caduco detectan alguna fisura que justifique esa operación, o al menos afirman la independencia de algunas de las tesis que en Kelsen se presentan tan monóticamente cohesionadas.

---

<sup>644</sup> *Cit.*

Tomar partido a este respecto no es asunto fácil. Exige un extenso y detallado examen de todas las tesis que distinguen a la *Teoría pura* y de la relación que las liga con sus fundamentos doctrinales. Y desde luego, es cuestión muy opinable, en la que es necesario matizar con cuidado las conclusiones a las que se llegue.

Sin embargo, confiamos haber aportado, en el curso de este estudio, suficientes elementos del juicio como para aventurar una respuesta seriamente fundada. A propósito de cada tema hemos procurado sopesar la armonía del tratamiento kelseniano con sus presupuestos. Casi siempre hemos apreciado un elevado índice de trabazón lógica.

Kelsen es, generalmente, muy consecuente consigo mismo. Hay muchos datos que avalan esta aseveración. A las pocas páginas de una lectura atenta se percibe el implacable rigor de quien se cuida de no dar el menor paso en falso. Al introducirse en una nueva materia, todos los presupuestos ya establecidos y las conclusiones logradas acuden dócilmente a la estructuración de la materia en clave kelseniana. Las oraciones condicionales se prestan perfectamente a este proceder deductivo, de avance lento y reiterado, que también conoce el estudioso de la *Teoría pura*. De Kelsen puede decirse con verdad que jamás habla sino como kelseniano.

Sabe crear una atmósfera de precisión de seriedad científica y claridad. Nada amigo de eclecticismos ni de planteamientos problemáticos de los temas, expone sus conclusiones con la fuerza de lo demostrado, con ese carácter irredargüible de un teorema matemático.

Este estilo, que se corresponde con el afán científico de crear una “geometría del fenómeno jurídico”, ha sido visto, con toda razón, como una de las claves del éxito de Kelsen. La mente humana se siente muy a gusto cuando se conjugan la nitidez de las nociones con la seguridad de los raciocinios, y cuando, además, entra en juego el prestigio de las ciencias naturales exactas como modelo de conocimiento. Es el secreto del atractivo que hasta el más convencido aniversario experimenta en la lectura de la *Teoría pura*. Más que en ideas muy revolucionarias, la fuerza de atracción de la *Teoría pura* reside en la lógica estricta con que desenvuelve las premisas del positivismo jurídico.

Sin embargo, la unidad de la *Teoría pura* es más profunda. No se limita a ser un vínculo lógico que une los principios con las conclusiones, sino que existe además una estrecha conexión entre los principios adoptados que prefigura el carácter unitario de los resultados. Los distintos presupuestos teóricos de los que arranca se iluminan y se sostienen mutuamente. Cada uno cumple una función en orden al fin de toda la construcción. Intentaremos describir la arquitectura de la *Teoría pura*, a la que con justicia puede darse el calificativo de sistema general del derecho.

Como todo sistema armónico, obedece a unos pocos principios bien determinados. Como dice Balmes en *El criterio*:

...los genios superiores no se distinguen por la mucha abundancia de ideas, sino en que están en posesión de algunas, capitales, anchurosas, donde hacen caber al mundo... Si bien se observa, toda cuestión y hasta toda ciencia tiene uno o pocos puntos capitales, a los que se refieren los demás. En situándonos en ellos, todo se presenta sencillo y llano; de otra suerte, no se ven más que detalles y nunca el conjunto.<sup>645</sup>

Para nosotros estas ideas directrices en el sistema kelseniano son las siguientes: la separación entre ser y deber ser, el método trascendental kantiano, el positivismo y el consiguiente relativismo, y el concepto de derecho como norma coactiva autogenética pública. Cada uno de estos elementos conceptuales cumple un papel bien preciso en el edificio de la *Teoría pura*.

A fin de determinar esa función, tenemos que descubrir previamente cuál es el objetivo de todo el esfuerzo constructivo de Kelsen. Sin discutir a fondo este apasionante problema, nos inclinamos por atenernos al mismo autor, cuando nos declara que se dirige hacia la creación de una teoría general a nivel científico sobre el derecho. Pensamos que la *Teoría pura* no es filosofía del derecho ni epistemología o lógica trascendental, ni menos lógica formal de lo jurídico. Tendemos, en ésta como en no pocas cuestiones, a preferir la auto-calificación del autor a las opiniones de los intérpretes. Ya hemos expresado por qué no estimamos adecuado concebir a la *Teoría pura* como filosofía del derecho. Poco más adelante, al referirnos a la función del método trascendental en su doctrina, procuraremos dilucidar las razones que nos inclinan a no considerar a la *Teoría pura* como una doctrina prioritariamente epistemológica.

La meta del afán científico de Kelsen fue la construcción de una teoría general acerca del derecho. Pero esta meta tiene una cualificación muy precisa, claramente expresada por el adjetivo “pura”; aspira a ser una teoría pura, en el sentido en que hemos descrito la pureza en el capítulo segundo de este trabajo.<sup>646</sup>

¿Cómo contribuyó cada uno de los presupuestos enumerados a la consecución de esta finalidad? Es lo que intentaremos averiguar.

Por lo pronto, la distinción e incomunicación entre el *Sein* y el *Sollen* asume una postura privilegiada en el sistema. Sus polifacéticas funciones lo hacen acreedor al rango de primer principio de la *Teoría pura*, piedra angular

<sup>645</sup> Balmes, Jaime, *El criterio*, Madrid, Ibéricas, 1940, pp. 130 y 131.

<sup>646</sup> *Cf. supra*, cap. II, n. 4.

de toda la construcción. Antes que nada, delimita lo que es jurídico según Kelsen; el derecho se sitúa en el ámbito del *Sollen*, y sólo en él. A la vez, por contraste, da a conocer lo no jurídico: lo que pertenece al *Sein*. Y, en tercer lugar, garantiza la pureza al impedir que se franquee la valla lógicamente insalvable que separa ambos campos, o que ellos resulten confundidos, como ocurriría, respectivamente, en el iusnaturalismo y en el sociologismo. De ahí que este principio funcione también como arma crítica principal en los ataques que Kelsen hace a otras corrientes jurídicas.

El método trascendental kantiano, por su parte, apunala epistemológicamente la separación de las dos esferas. Causalidad e imputación como leyes del pensar; lo natural y lo normativo como productos de dos métodos diversos: el del científico natural y el del jurista: he aquí la fundamentación gnoseológica del dualismo, que sería mucho más problemático si se prescindiera de este enfoque trascendental, puesto que el realismo tiende a la unidad de todo lo existente. En cambio, trasladado el deber ser a un mundo ideal, es más fácil defender su absoluta separación del ser, en cuanto ambos serían esquemas de interpretación que nuestro pensamiento proyecta sobre los fenómenos. Por esto mismo, en la conceptualización de la validez como existencia específica de la norma que impide disolverla en mera eficacia, hay que acudir también al esquema neokantiano. En efecto, es el jurista quien, según nuestro autor, gracias a la suposición de la norma fundamental, concibe la norma como válida, y el deber ser como su sentido objetivo. Y no se olvide que esa suposición de la *Grundnorm*, aunque conlleve la ficción de un acto de voluntad, y aunque esté condicionada por la realidad fáctica, es esencialmente un acto del pensamiento jurídico. En suma, con el método trascendental se respalda el principio de separación *Sein-Sollen* y se procura defender nada menos que la existencia específica del derecho como algo no reducible a puro hecho.

El positivismo, a su turno, marca los límites de la utilización del método trascendental y delimita así los ámbitos del ser y del deber ser. Conforme al postulado antimetafísico del kantismo, que cierra el acceso a cuanto se encuentra más allá de toda experiencia posible, este positivismo confine la aplicación de las leyes del ser y del deber ser al ámbito de lo empírico. En muchas ocasiones a lo largo de este trabajo no hemos precisado si nos referíamos al positivismo como corriente filosófica, o bien, al positivismo jurídico propiamente dicho. Hemos estimado innecesaria esa precisión por cuanto el positivismo jurídico viene a ser una simple traslación al terreno jurídico de esa actitud filosófica. En cambio, sí es decisivo hacerse cargo de que Kelsen conecta con el positivismo jurídico formalista, para el cual el dato empírico de la ciencia jurídica es la norma jurídica, no la conducta



humana. Esta opción por la norma, sin embargo, acaba demostrándose más problemática desde el punto de vista empírico, en cuanto para mantenerse tiene que apelar a algo metapositivo, como es la norma fundamental, e incluso la misma noción de validez. Aquí se revela una de las fisuras principales de la *Teoría pura*, que dentro de poco analizaremos. En todo caso, este positivismo que mira muy directamente a la crítica del derecho natural se liga estrechamente con el método trascendental, en la medida en que éste, precisamente, quiere ser una explicación crítica del proceder de las ciencias positivas. Ambos se aúnan en contra de la metafísica.

A nuestro juicio, el positivismo kelseniano no puede escindirse de su relativismo axiológico. Kelsen, como positivista, se atiene a las normas positivas que son sentido de actos de voluntad humana. Por este motivo, y dado que razón y voluntad se separarían rigurosamente, las normas positivas son necesariamente arbitrarias, de acuerdo con el sentir del jurista austriaco. Podrán influir en su creación ciertos valores con pretensión de absoluto, pero lo decisivo, desde la perspectiva jurídica “pura”, es que la norma jurídica crea el valor jurídico, y esta creación no está determinada, y ni siquiera condicionada, por valores anteriores a la misma norma. Nos parece que el positivismo y el relativismo se unen, en Kelsen, a través del voluntarismo. Los valores serían fruto del querer, ya sea un querer normativo —los valores objetivos— o meramente emocional —valores subjetivos—. Desde otro ángulo, la negación del derecho natural deja sin viabilidad alguna todo intento de hallar algo absoluto en los valores, puesto que ello sería supraempírico. Y, por otra parte, la misma separación entre el ser y el deber ser lleva a nuestro autor al relativismo, dado que el único modo que él considera apto para superar este último consistiría en fundar el deber ser en el ser. En conclusión, el relativismo se nos presenta más como una consecuencia que como un principio autónomo en el levantamiento del edificio kelseniano, sin perjuicio de su influencia, que puede ser muy primordial en la mente de su autor.

El derecho, según Kelsen, es en esencia un conjunto de normas coactivas, autogenéticas y públicas. En esta tesis confluyen todos los anteriores presupuestos. Como perteneciente a la esfera del deber ser, el derecho es norma. La coactividad como algo esencial a la norma jurídica nos parece una consecuencia del positivismo, ya que no se hallaría otro elemento diferenciador de lo jurídico en el material fenoménico. Por lo demás, en la noción del ilícito como condición de la sanción está presente la separación entre el ser y el deber ser, pues si el ilícito lo fuera en sí, ello implicaría hacer inmanente al ser un deber ser. Este derecho como norma coactiva es el núcleo de toda la estática jurídica.

La teoría de la autoproducción del derecho, a su vez, corresponde a la nomodinámica, que culmina en la norma básica. Esta parte de la doctrina kelseniana obedece a razones más complejas. En nuestra opinión, al incorporar el elemento dinámico a su concepción del derecho, Kelsen se basa primariamente en datos que le proporciona la misma realidad normativa de los Estados modernos. Pero ese elemento está llamado a cumplir una relevante función en la estructuración de la *Teoría pura*. Comparando la doctrina de Kelsen antes y después de la introducción de este punto de vista, es decir, confrontando la elaboración de los *Problemas capitales* con la de la *Teoría general del Estado*, advertimos los siguientes cambios: se ha alcanzado una nueva visión de la unidad y del fundamento de validez del orden jurídico, muy concordante con el formalismo puro —ello ha ocurrido gracias, sobre todo, a la *Grundnorm*, en la que también se reflejan la separación ser-deber ser y el método trascendental—; se ha logrado hacer entrar en el mundo de lo jurídico a los actos singulares, en virtud de la noción de norma individual; se ha configurado un concepto unitario de persona jurídica; se ha afirmado la identificación del Estado y el derecho, y se ha incorporado el derecho internacional, y con él también el derecho primitivo, a la construcción. Todas estas modificaciones constituyen el cambio más profundo que experimentara la *Teoría pura*.<sup>647</sup> A nuestro entender, se conectan muy estrechamente con la dinámica jurídica, que desempeña, por tanto, misiones muy variadas.

Por último, el carácter público del derecho, denominación con la que queremos aludir a la reducción de las normas a las estatales, internacionales o preestatales, y la consiguiente negación de todo auténtico derecho privado, responde a la tradición del positivismo jurídico formalista, y viene a precisar el contenido de éste. Influyen en este punto el afán trascendental de concebir unitariamente al derecho; y una visión empírica que mira a la fuerza como el sustrato fenoménico de lo jurídico, y por tanto, percibe siempre relaciones de poder tras las relaciones jurídicas, concibiendo el derecho como un monopolio de la fuerza. A su turno, esta concepción “publicista” permite lograr que la construcción escalonada del derecho dé cuenta de todos los fenómenos jurídicos, y se aviene muy bien con la noción “estática” del derecho como norma esencialmente coactiva.

De cuanto se ha expuesto puede deducirse que ninguno de los elementos cuya función hemos tratado de precisar puede sustraerse del sistema sin que éste sea hondamente alterado. A la vez, como prueba adicional de la solidez de la construcción, pueden fácilmente descubrirse una serie de relaciones entre esos elementos, de modo que ellos se sostienen e iluminan entre

<sup>647</sup> Losano, M. G., *Saggio introduttivo*, cit., pp. 24-35.

sí. Manifestaciones externas de esta singular unidad interna es el hecho de que, con gran frecuencia, al tratar Kelsen un determinado tema, trae a colación los principios de la *Teoría pura*, y acaba casi ofreciendo una exposición de conjunto de ella.<sup>648</sup>

No obstante, a la doctrina kelseniana sobre el derecho pueden formularse variados reparos en una perspectiva crítica de tipo interno. Entendemos que la mayoría de las “oscuridades e incongruencias”<sup>649</sup> corresponden a la existencia de dos fisuras o grietas principales.

En primer lugar, estimamos, como Kunz,<sup>650</sup> que el nexo de la *Teoría pura* con la filosofía kantiana del conocimiento no es tan claro como lo creía Kelsen. Existe un alejamiento progresivo con respecto a esa filosofía trascendental que afecta incluso al modo de concebir la tarea del jurista, ya no como descripción de las condiciones *a priori* —válidas independientemente de la experiencia— del conocimiento jurídico, sino como inducción de conceptos generales a partir del análisis comparativo de los diferentes órdenes jurídicos positivos. La síntesis de 1960 revela un constante empeño por aprehender los fenómenos jurídicos en toda su creciente complejidad, como se expresa en el mismo prólogo de la obra.<sup>651</sup> Se tiende a dejar espacio a un análisis *a posteriori* ligado a la experiencia jurídica.

Esta tendencia, que significa un vuelco progresivo a la realidad, comenzó con la inclusión del elemento dinámico y se acentuó en los últimos años con una serie de nuevos desarrollos, como los siguientes: la afirmación de la norma como contenido significativo de un acto real de voluntad, la distinción de los diversos sentidos del deber ser, la distinción entre norma y proposición jurídica con los nuevos planteamientos sobre lógica jurídica, las diversas acepciones del derecho subjetivo, la aceptación de actos coactivos que no son sanciones, el reconocimiento de que la suposición de la norma fundamental está condicionada por los hechos, la doctrina sobre las relaciones entre validez y eficacia, la teoría de la cosa juzgada como caso límite, la inclusión del elemento interés en el tratamiento de los incapaces y de la representación política, etcétera.

Pensamos que esta dirección marca el sentido principal de la evolución de la doctrina con posterioridad a la *Teoría general del Estado*, de modo análogo a como la introducción de la dinámica jurídica determinó el rumbo del

<sup>648</sup> Para confirmar esta impresión basta recorrer los ensayos incluidos en *¿Qué es justicia?*, cit.

<sup>649</sup> Es la expresión que usa Leoni, Bruno, “Oscurità ed incongruenze nella dottrina kelseniana del diritto”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 37, 1960, pp. 165-179.

<sup>650</sup> Kunz, J. L., *La teoría pura del derecho*, cit., pp. 45 y ss.

<sup>651</sup> TP (2a. ed. al.), prólogo a la 2a. ed., p. 13

proceso que condujo desde los *Problemas capitales* hasta esa primera presentación sistemática de la doctrina. Es efectivo, no obstante, que no todos los cambios se explican en función de esta tendencia de prestar más atención a los fenómenos jurídicos. En efecto, sigue presente el afán fundamental de pureza que conduce, a nuestro juicio, a excluir el término “técnica social”, a matizar el tema de las relaciones entre derecho y paz, o a intentar desarrollar mejor la hipótesis de primacía del orden estatal sobre el orden internacional para apoyar su tesis relativista ante esa cuestión. Por otro lado, se capta una preocupación cada vez mayor por la teoría general de las normas, que lleva consigo una cierta adaptación de la moral a los moldes de la norma jurídica kelseniana. Sin embargo, pensamos que estas vías evolutivas no son tan decisivas como la primera que hemos consignado, e incluso tienen con ella un fondo común de índole empirista, de manera que no contrapezan la progresiva apertura de la primera fisura que estamos describiendo, entre el método trascendental y un empirismo más atento a los fenómenos jurídicos.

Tal vez la misma tendencia empirista ha contribuido a acentuar otras críticas internas muy repetidamente esgrimidas contra la *Teoría pura*, centradas en la concepción de la validez de la norma jurídica.<sup>652</sup> La oscuridad e incertidumbre de esta noción, siempre en peligro próximo de confundirse con la eficacia, son lugares comunes de la crítica. A la vez, se experimenta un generalizado malestar ante toda la problemática en torno a la *Grundnorm*. Por otra parte, las distinciones entre norma y proposición jurídica —así como entre sentido prescriptivo y descriptivo del *Sollen*— parecen haber agregado motivos de perplejidad, en lugar de ayudar a una mejor inteligencia de la *Teoría pura*. Además, la imposibilidad de aplicar el principio de contradicción y de inferencia a las normas jurídicas aparece, ante muchos, como el explícito reconocimiento del fracaso del anhelo kelseniano en pos de un sistema científico sobre el derecho. Pareciera negada la función unificadora de la ciencia jurídica, tan importante para una visión trascendental. Todas estas observaciones de crítica inmanente responden a la primera grieta de la *Teoría pura*. Ella intenta concebir el derecho como deber ser, distinto y separado del ser, y para lograrlo recurre, como hemos procurado mostrar, al neokantismo, asentado el dualismo ser-deber ser en el método criticista. Pero estas objeciones que hemos recordado nos muestran hasta qué punto es problemático el éxito de tal empresa. Para avanzar en la comprensión del derecho, la *Teoría pura* ha de dirigirse a la realidad de los ordenamientos positivos. En esa misma medida se aparta de las sen-

<sup>652</sup> Esquivel, J., *op. cit.*, y Eikema, H., *op. cit.*

das trascendentales y parece aproximarse al neopositivismo lógico y a sus postulados de verificabilidad empírica. Pero con el objeto de reivindicar lo propio y distintivo del derecho, e impedir que la *Teoría pura* aparezca como sociología jurídica, sigue fundándose en el dualismo *Sein-Sollen* entendido en clave neokantiana.

Casaubon describe esta tensión interna de la *Teoría pura* en los siguientes términos: "...oscila así sin coherencia entre un realismo empírico rudimentario y un idealismo epistemológico de factura neokantiana muy someramente tratado y desarrollado".<sup>653</sup> Aunque parece discutible que sea una postura verdaderamente realista o vecina al realismo, lo cierto es que la doctrina de Kelsen se vuelca progresivamente a los hechos de la vida jurídica para de ahí inducir sus conceptos, muy ligados a la experiencia. Por eso es lógica la conclusión a la que llega Esquivel en su comparación entre el "realismo" de Ross y el "formalismo" de Kelsen: la diferencia entre ambos no es tan decisiva a la hora de los resultados que alcanzan.<sup>654</sup> La actitud empirista tiende incluso a primar al fin de la carrera de Kelsen, pues las principales correcciones a la doctrina pura se sitúan en esa línea, incluso la concepción de la *Grundnorm* como ficción. No hay que perder de vista, sin embargo, que el neokantismo se concilia muy bien con el empirismo, en cuanto éste último se entiende simplemente como reducción del campo científico al ámbito de la experiencia.

Las últimas fases de la evolución del pensamiento kelseniano nos inclinan a sostener que el centro de gravedad de su teoría no es epistemológico-crítico. La pregunta decisiva ya no es tanto ¿cómo es posible conocer el derecho?, sino ¿qué es el derecho? Hay que subrayar, no obstante, que la preocupación por el tema crítico continúa muy presente, y que muchos de los grandes principios y tesis siguen siendo claramente tributarios del idealismo neokantiano. La antítesis ser-deber ser, el modo de entender la pureza de la ciencia jurídica. La identificación entre derecho y Estado son algunas pruebas de la persistencia de esta orientación. Por esta causa creemos que el neokantismo sigue siendo un componente esencial de la *Teoría pura*; en su función de explicar la peculiar modalidad del deber ser no ha sido reemplazado por ningún otro factor. Pero Kelsen, especialmente en el último periodo, no ha dedicado su quehacer científico a una profundización de las categorías *a priori* del derecho —aun cuando sí se ha ocupado de problemas de lógica formal jurídica—, sino que se ha aplicado a la descripción más de-

<sup>653</sup> Casaubon, J. A., *op. cit.*, p. 141.

<sup>654</sup> Esquivel, J., *op. cit.*

tallada y exacta de la realidad jurídica, conceptualizada, claro está, dentro de los esquemas tan típicos de su modo de pensar.

El segundo desajuste importante ya ha sido puesto de relieve al abordar el tema del derecho natural.<sup>655</sup> La pureza kelseniana, como ideal metódico, exigiría prescindir de la influencia, en la teoría jurídica, de cualquier disciplina distinta de la ciencia del derecho. Pero esta autosuficiencia de la ciencia jurídica se ve puesta en tela de juicio por un simple hecho inicial: precisamente para afirmarse como tal independencia absoluta ha de asentarse sobre una muy determinada fundamentación filosófica: el neokantismo. Este neokantismo “contamina” de raíz todo el trabajo científico de Kelsen, sobre todo en cuanto le cierra el acceso a la metafísica y a toda trascendencia. No sorprende, en esas condiciones, encontrarnos al agnosticismo como una razón del positivismo kelseniano. Tampoco es demasiado extraño, como veremos,<sup>656</sup> que ciertas tesis propiamente metafísicas, como el voluntarismo en la concepción de la norma, se introduzcan sin mayores explicaciones en el armazón doctrinal. Ni que, cuando se trate de defender la existencia del derecho, se apele implícitamente al ideal de orden social como opuesto a la anarquía. La pureza, ya no sólo en cuanto ligada a la gnoseología kantiana (de tipo *apriorístico*), sino también en cuanto negación de la entrada de contenidos no jurídicos en la ciencia jurídica, parece ser bastante problemática.

Estas dos fisuras internas que hemos delineado quizá no amenazan seriamente la unidad del sistema, pero son indicios que revelan las debilidades del mismo. Sin embargo, donde de veras se hallan estas debilidades es en los cimientos doctrinales de la *Teoría pura*, tal como intentaremos mostrar en el siguiente capítulo.

Concluyamos insistiendo en que la *Teoría pura* está dotada de un alto grado de consistencia interna, lo que se debe a una lógica derivación a partir de unos pocos principios capitales y a la íntima armonía entre éstos. De ahí la belleza que por momentos alcanza esta doctrina como producto doctrinal sólidamente construido.

Consciente de este aspecto que tanto ha contribuido a la entusiasta recepción de la *Teoría pura*, Kelsen decía en 1925:

Considero que mi misión consiste en desenvolver los objetos tratados hasta ahora bajo el nombre de *Teoría general del Estado* partiendo de un principio fundamental único: la idea del Estado como orden coactivo de la conducta humana. En tanto que he logrado este propósito, paréceme que he establecido

<sup>655</sup> JDN, n. 24, *cit.*

<sup>656</sup> *Infra*, cap. VIII, n. 46b.

un sistema natural en lugar de uno artificial, y que en lugar de un complejo de cuestiones sólo exteriormente enlazadas entre sí, he creado una conexión real interior y, por tanto, verdaderamente sistemática. Pero, al mismo tiempo, el descubrimiento de esta conexión confirma la verdad del mencionado principio fundamental: la idea normativa se comprueba en su virtualidad sistemática.<sup>657</sup>

Pensamos, sin embargo, que esta virtualidad no es prueba suficiente de la verdad de los principios de la doctrina de Kelsen. La historia del pensamiento enseña demasiado a menudo hasta dónde alcanza la asombrosa capacidad de nuestra inteligencia para organizar e interpretar, en torno a unos pocos principios, una inmensa cantidad de datos. En muchas ocasiones brilla el engarce sistemático y la armonía interna justamente donde se echa en falta lo único que es capaz de satisfacer las ansias de nuestro entendimiento: la verdad, como adecuación del intelecto a la realidad. Kelsen es, sin duda, un gran genio sistemático. Pero ello no basta. El problema ha de trasladarse al examen de los principios que ha escogido para fundar su teoría. Por lo demás, el mismo Kelsen sabía perfectamente que la *Teoría pura* sólo podía superarse desde fuera. Así lo confirma este texto, en el que se respira, por otra parte, un hondo escepticismo:

La certeza de que los contrastes entre teorías jurídicas son, en último análisis, contrastes ideológicos (*Weltanschauungsgegensätze*) me lleva a la convicción conciliadora... de que los contrastes en recíproca oposición son necesarios, de que no sólo el propio punto de vista, sino también el adversario —con tal de que esté lógicamente deducido de las premisas opuestas— tiene la misma pretensión de validez.<sup>658</sup>

<sup>657</sup> *Teoría general del Estado*, cit., prólogo, p. VIII.

<sup>658</sup> *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, prólogo, p. X. Acerca de la congruencia de la doctrina de Kelsen, referida al tema de la justicia, véase Soaje Ramos, Guido, “Contexto sistemático de las preguntas filosóficas sobre la justicia. Algunas observaciones”, *Ethos. Revista de Filosofía Práctica*, 9, 1981, pp. 103-137.

## CAPÍTULO OCTAVO

### CRÍTICA DE LOS PRINCIPALES PRESUPUESTOS FILOSÓFICO-JURÍDICOS DE LA *TEORÍA PURA*

#### XLV. PLANTEAMIENTO DE NUESTRA CRÍTICA

La crítica verdaderamente fructífera de la *Teoría pura* tiene que encaminarse a las bases de toda la doctrina. Estas bases no yacen ocultas, como acontece en otros sistemas de ideas, sino que es el mismo Kelsen quien se encarga de pregonarlas repetidamente y de remachar su importancia. La crítica interna, sin duda, es muy instructiva, en cuanto nos indica puntos neurálgicos en los que es menester ahondar. Pero no nos ofrece las auténticas vías de superación. Por otra parte, la discusión sobre cada una de las tesis kelsenianas nos remite invariablemente a unos pocos fundamentos. El punto de vista decisivo en la crítica a la *Teoría pura* es, por tanto, de índole externa y general, es decir, consiste en mostrar otros principios distintos de carácter fundamental, de los que cabe partir en la construcción de toda la ciencia jurídica, y con los cuales se puede ir más lejos que el jurista de Viena y sus seguidores.

Lo anterior no significa que nada se pueda aprender de la *Teoría pura* ni que ésta no contenga ningún elemento valioso. Un esfuerzo tan coherente y de largo alcance como el emprendido por Kelsen posee, ante todo, la virtud de extremar las tesis al llevarlas hasta sus últimas consecuencias. Este procedimiento es muy eficaz para hacer resplandecer la verdad, o por el contrario, descubrir el error. Por ende, la lógica de la doctrina pura tiene el mérito indiscutible de permitirnos valorar todo el alcance de sus presupuestos. Esta es la causa por la que ofrece tantos argumentos por reducción al absurdo a quienes nos fundamos en otros principios.

Además, el penetrante talento crítico de nuestro autor deja al descubierto los fallos y debilidades de múltiples planteamientos muy extendidos en la ciencia del derecho, como hemos comprobado a propósito, por ejemplo, de la concepción rígidamente lógico-deductiva de la sentencia judicial, o de la tesis de la autolimitación jurídica del Estado, o de la idea racionalista del de-



recho natural. Los irrefutables argumentos de Kelsen contra esas posiciones son del más palmario sentido común.

Y, como no podía ser de otra manera, en la teoría de Kelsen hay indudablemente una parte de verdad. En sus mismos principios existe siempre un ángulo certero que da razón del atractivo intelectual que ejercen. Por otro lado, ella contiene elementos conceptuales que no dependen de sus principios, y que son perfectamente asimilables en una doctrina jurídica construida sobre sustratos muy distintos. Así ocurre, por ejemplo, con la teoría de la pirámide jurídica.

En este capítulo examinaremos los más decisivos presupuestos de la *Teoría pura* y los contrastaremos con los principios de los que consideramos que ha de partir una ciencia jurídica que busque ser lo más fiel posible a su objeto: el derecho. No volveremos a revisar las funciones que cada uno de esos presupuestos cumple en la doctrina kelseniana —tema ya esbozado en el capítulo precedente—, ni mucho menos examinaremos las múltiples consecuencias que se desprenden de ellos —puesto que ya han quedado suficientemente mostradas en la parte expositiva—. Tampoco nos haremos cargo de las conclusiones que de los principios opuestos se seguirían: esa tarea es el desafío de toda la ciencia del derecho, por lo demás ya encarado con éxito por una amplia tradición de juristas desde el derecho romano, cuyo empeño ha de proseguirse incansablemente, sin que sea posible darlo jamás por concluido.

Como es natural, destacaremos más aquellos principios de la ciencia jurídica en los que inciden directamente los presupuestos de la *Teoría pura*. Nuestra labor crítica quiere ser eminentemente positiva: desea dialogar con Kelsen y aprender de él, aunque a menudo no sea más que por el camino —bien estimable, en todo caso— del contraste.<sup>659</sup>

---

<sup>659</sup> Algunos trabajos especializados que critican la *Teoría pura* desde posiciones sustancialmente semejantes a la nuestra, o que llevan a cabo una comparación de sus presupuestos con los de una filosofía jurídica de inspiración tomista, son: Uprimny, Leopoldo, “La coercibilidad del derecho, una doctrina tomista”, *Revista del Colegio Mayor de Ntra. Sra. del Rosario*, 35, 1940, pp. 267-282; Mulligan, R. W., “Hans Kelsen and the Problem of Relativism in the Law”, *American Catholic Philosophical Association. Proceedings for the Year of 1947*, 22, 1947, pp. 176-189; Schaller, Leodegar M., *Der Rechtsphilosophie. Ein Vergleich zweier Systeme des Rechtsdenkens*, Kanisiusdruckerei, Friburgo, 1949; Ojea Quintana, Julio M., “La filosofía jurídica de Hans Kelsen”, *Sapientia. Revista Tomista de Filosofía*, 5, 1950, pp. 112-135; Casaubon, J. A., *op. cit.*; Utz, A. F., *op. cit.*; Villey, M., *Leçons d'Histoire de la Philosophie du Droit*, *cit.*, pp. 285-293; Lewis, John Underwood, “Kelsen and Aquinas: A Conflict over the Nature of Law and Legal Obligation”, *The Jurist*, 34, 1974, pp. 94-106; Lewis, J. U., “Aquinas and Professor Kelsen: Their Differing Conceptions of Legal Science”, *Proceedings of the American Catholic Philosophical Association*, 48, 1974, pp. 248-258; Gray, Christopher Berry, “Specification of Norm in the Ju-

XLVI. PRINCIPIOS DE GNOSEOLOGÍA JURÍDICA<sup>660</sup>1. *Idealismo y realismo en el conocimiento jurídico*

La *Teoría pura* se fundamenta sobre premisas gnoseológico-jurídicas muy definidas: la tesis kantiana de que la ciencia crea su objeto, interpretada conforme al idealismo metódico de Cohen; la imposibilidad de conocer lo supraempírico; el ideal de pureza metódica total; y la concepción de la ciencia jurídica como ciencia especulativa que aspira a constituirse en “geometría del fenómeno jurídico”.<sup>661</sup>

Estas premisas trascienden el ámbito de la gnoseología jurídica, pues son aplicación al campo del conocimiento del derecho, de posturas filosóficas sobre el conocimiento en general. Su análisis pertenece, por consiguiente, a una teoría filosófica general del conocer. Pero esto no nos dispensa de examinarlas, recogiendo las conclusiones de la gnoseología general, y procurando ver cómo se reflejan en la gnoseología jurídica, ya que, de otro modo, no atinaríamos con la explicación última de las conclusiones de Kelsen.

Lo primero que reclama nuestra atención es el dilema capital de toda la teoría del conocimiento: realismo e idealismo. Dado que estas expresiones se emplean en muy variados sentidos —por ejemplo, Kelsen califica a su doctrina de “realista”, en cuanto no acoge al derecho natural, cuya doctrina sería “idealista”—<sup>662</sup>, es menester precisar a qué queremos aludir con esas palabras; simplemente deseamos referirnos a las dos concepciones fundamentales y antitéticas sobre el conocimiento humano: el idealismo, entendido como aquella doctrina que, conforme al principio de inmanencia, sostiene que es imposible conocer algo que exista en sí, fuera del pensamiento o de la conciencia, de modo que el sujeto y el objeto serían sólo definibles por su relación mutua, que es el conocimiento; y el realismo, según el cual el conocimiento es captación de la realidad, de modo que su objeto existe con independencia del sujeto cognoscente humano.<sup>663</sup>

---

risprudence of Aquinas, Austin and Kelsen”, *Aquinas*, 23, 1980, pp. 79-92. Asimismo, Legaz habla del “diálogo con Kelsen”, y lo defiende como necesario en todo avance de la ciencia jurídica (Legaz y Lacambra, L., “Notas sobre el valor actual de la *Teoría pura del derecho*”, *La Ley*, Buenos Aires, 5-IX-1944, pp. 1-5).

<sup>660</sup> Véanse sobre este tema dos trabajos de mucha calidad: Ferrer Arellano, Joaquín, *Filosofía de las relaciones jurídicas*, Madrid, Rialp, 1963, Introducción gnoseológica; y Martínez Doral, J. M., *op. cit.*

<sup>661</sup> *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (2a. ed.), *cit.*, p. 93.

<sup>662</sup> JDN, n. 29, pp. 101 y 102.

<sup>663</sup> El excelente libro de Gilson, Etienne, *El realismo metódico*, Madrid, Rialp, 1974.

Kelsen no duda en prestar su adhesión al idealismo en la versión kantiana. Presenta una visión muy tosca del realismo, como si éste mantuviera una actitud simplista e inadecuada a la complejidad de los problemas epistemológicos. Para él, el sujeto que conoce crea su propio mundo y, por tanto, es libre al hacerlo, aunque esta libertad no implique arbitrariedad, ya que habría unas leyes objetivas que gobiernan el proceso por el cual el caos de percepciones sensoriales se transforma en un cosmos racional con carácter objetivo. Esta “epistemología relativista”, como la llama nuestro autor, tendría, en su opinión, dos peligros. Por un lado, el del “solipsismo”, con arreglo al cual sólo existe el *ego*; y por otro, el “pluralismo”, que afirmaría tantos mundos como sujetos de conocimiento. Para evitar estos peligros recurre a la presuposición, confirmada por la conducta externa de los individuos, de que los distintos procesos de conocimiento y sus respectivos objetos sean iguales en los diferentes sujetos.<sup>664</sup>

Vemos aquí reflejada la idea kantiana de subjetividad o sujeto trascendental, que permite explicar la validez universal de un enunciado, fundada en la universalidad de las estructuras de objetivación racional. Es un reconocimiento, tortuoso e hipotético debido al punto de partida escogido, de que el espíritu humano no es naturalmente idealista. El realismo es una evidencia primaria que sólo puede negarse a base de complejas construcciones que intentan colmar las ansias de autosatisfacción intelectual del cognoscente humano, erigido en artífice de su propio universo.<sup>665</sup> Incluso, una vez que se ha aceptado el postulado idealista, nuestra inteligencia, tan pronto olvida su esquema inmanentista, empezará a funcionar de acuerdo con la evidencia realista, aunque la esconda bajo las apariencias de la objetividad del proceso cognoscitivo o de la hipótesis de la igualdad de ese proceso en los diversos sujetos. Y en lo que concierne a la actividad externa, no habrá más remedio que adecuarse al presupuesto realista si no se desea ser objeto de la mofa que despiertan los ilusos o de la compasión que causan los dementes.

La *Teoría pura* está hondamente afectada por la óptica inmanentista. Afirma la creatividad del jurista en su labor científica, de modo que la conceptualización jurídica de la realidad —en la que el realismo, por supuesto, reconoce el papel activo de nuestro intelecto— se comprende como una auténtica producción epistemológica de lo jurídico. El derecho, rigurosamente

<sup>664</sup> Kelsen, H., “Absolutismo y relativismo en filosofía y en política”, *¿Qué es justicia?*, cit., pp. 115 y 116 (es un artículo publicado en inglés: “Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics”, *American Political Science Review*, 42, 1948, pp. 906-914).

<sup>665</sup> Véase el testimonio de Métaul sobre el proceso intelectual del joven Kelsen en *Hans Kelsen. Vida y obra*, cit., p. 12.

hablando, sólo existiría en nuestro pensamiento según la ley trascendental de la imputación y el presupuesto gnoseológico de la norma básica.

Empezar por la defensa a ultranza de la pureza metódica total es un rasgo típico de lo que Gilson denomina “las falsas ciencias nacidas del idealismo”.

Un sabio no comienza nunca por definir el método de la ciencia que va a fundar, incluso éste es el rasgo por el que con más seguridad se reconocen las falsas ciencias: que se hacen preceder por sus métodos; porque el método se deduce de la ciencia, no la ciencia del método. Por eso ningún realista ha escrito jamás un *Discours de la Méthode*; el realista no puede saber de qué manera se conocen las cosas antes de haberlas conocido, ni cómo se conoce cada orden de cosas sino después de conocerlo.<sup>666</sup>

El rigor lógico que exhibe la doctrina kelseniana es, asimismo, una característica habitual en las ciencias transidas de idealismo.

Toda la fuerza del idealismo nace de la coherencia con que desarrolla consecuencias de su error inicial. Se equivocan, pues, los que para refutarlo le reprochan su falta de lógica; es, por el contrario, una doctrina que sólo puede vivir de la lógica, puesto que, en ella, el orden y la conexión de las ideas reemplazan al orden y conexión de las cosas. El *saltus mortal* que precipita a la doctrina en el abismo de sus consecuencias es anterior a la doctrina misma, y el idealismo puede justificarlo todo con su método, excepto a sí mismo, porque la causa del idealismo no es idealista, ni está siquiera en la teoría del conocimiento: está en la moral.<sup>667</sup>

No renegamos con esto de la necesidad de la lógica en el discurso científico: sencillamente sostenemos que, a base de buscar sus inconsecuencias, jamás se supera el idealismo.

Repetidas veces hemos resaltado la tendencia a separarse del idealismo neokantiano que es tan propia del último Kelsen. La norma fundamental como una ficción, o *als ob* (como si) —que debería ser real—, la imposibilidad lógica de suprimir las contradicciones entre las normas: son sólo dos ejemplos del creciente respeto de nuestro autor por las estructuras reales de lo jurídico. En la misma línea, el avance científico —o sea, el mayor afinamiento y desarrollo de las conclusiones de su teoría general del derecho— se lleva a cabo desde una perspectiva cada vez más atenta a lo real.

<sup>666</sup> Gilson, E., *op. cit.*, p. 179.

<sup>667</sup> *Ibidem*, p. 177.

Al mismo tiempo, el mayor número de dificultades internas de la *Teoría pura* se sitúa precisamente en aquellos elementos que siguen dependiendo, en algún grado, del idealismo trascendental; sobre todo acontece esto con el concepto de validez de las normas y con su fundamento supuesto, la *Grundnorm*. El método trascendental se revela incapaz de dar sólido fundamento a los conceptos capitales de la ciencia jurídica. El idealismo no está en condiciones —así lo atestigua el caso de la doctrina kelseniana— de comprender los fenómenos jurídicos, impidiendo que éstos se identifiquen sin más con lo simplemente fáctico.

Para lograr que el pensamiento jurídico salga del círculo de ideas en que lo colocan los kelsenianos no hay otra senda que la del retorno a la realidad. La falta de realismo es la primera crítica, y la más de fondo, que ha de formularse a la *Teoría pura*. Por eso mismo son infructíferos los intentos de superarla que se basan en una axiología de tipo inmanentista. Si los valores están separados del ser, en un mundo ideal —por muy objetivos, absolutos y jerarquizados que se quiera— estamos todavía lejos del realismo. La solución, sin embargo, tampoco puede ser la de seguir la corriente del llamado “realismo jurídico”, nórdico o norteamericano, porque nos entrega una visión recortada, puramente empirista, del derecho, y esa visión, como tan bien lo captó Kelsen, no explica ni remotamente la esencia de lo jurídico.

El realismo implica una gran libertad de espíritu que impulsa a no sujetarse más que a la realidad, y a procurar describirla en su integridad sin cercenarla *a priori*. Es todo lo contrario al sometimiento de lo real a nuestros propios esquemas de pensar, característico del idealismo. El realista no intenta ajustar el objeto de su conocer a un tipo de conocimiento o a un método arbitrariamente escogidos de antemano, sino que adecua la índole de sus instrumentos conceptuales y metodológicos a las exigencias objetivas de lo real. Una actitud realista requiere un espíritu de amoroso y humilde respeto por la realidad, que preexiste a nosotros y no se deja aferrar exhaustivamente por nuestros conceptos, sino que permanece con un velo de misterio, de incitación a proseguir esa búsqueda apasionada de la verdad de la que solía hablar el jurista vienés.

## 2. Elementos metafísicos en la ciencia del derecho

El conocimiento jurídico, para ser digno de este nombre, ha de atenerse a la realidad jurídica sin desfigurar su objeto. Pero esta realidad no es captable íntegramente si uno se adhiere al postulado, también kantiano, según el cual no es posible que nuestra inteligencia se remonte más allá de

la experiencia fenoménica de lo que aparece. Este postulado empirista, y su consecuencia inmediata, que es la condenación de todo saber metafísico u ontológico —situado más allá de esos límites—, asume un decisivo papel en la doctrina de Kelsen. El positivismo jurídico es una aplicación inmediata de ese postulado. El conocer jurídico queda reducido al ámbito fenoménico y a la explicación de éste en virtud de causas igualmente fenoménicas, según categorías de nuestro pensamiento trascendental.

La *Teoría pura* lucha por excluir de la ciencia jurídica todo elemento o concepción que pueda tener algo que ver con la metafísica. Sus nociones de ser y deber ser, sus teorías acerca de la obligación jurídica y del ilícito, su impugnación del derecho natural, su pretendida eliminación del concepto de sustancia —sustituido por el de función—, son otras tantas muestras de su postura antimetafísica.

Para Kelsen, el rechazo de la metafísica es un corolario del idealismo trascendental.<sup>668</sup> Por consiguiente, cuando se trata de enjuiciar esta materia en la doctrina pura, es menester acudir a Kant.<sup>669</sup> Como es bien sabido, el autor de la *Crítica de la razón pura*, al referirse a la metafísica, aludía a la de corte racionalista, paradigmáticamente a la de Wolff. Era una metafísica que, acorde con el espíritu del racionalismo, no descendía a la realidad ni prestaba atención a la experiencia, sino que tendía a permanecer enclaustrada en el limbo de los principios *a priori* de una razón que aspiraba, con ellos, a dar cuenta, deductiva y exactamente, de todo cuanto existe. Con este modo de entender la metafísica, que calza perfectamente con el estilo del racionalismo jurídico, no podemos estar de acuerdo. Su defecto principal estriba en el olvido de una verdad muy sencilla respecto a nuestro modo natural de conocer. El conocimiento humano natural parte siempre de la experiencia, de aquello que captamos a través de nuestros sentidos. Este es el aspecto de verdad que se encierra en la crítica kantiana de la ontología wolffiana.

Sin embargo, esta crítica no toma en cuenta la posibilidad de que haya un auténtico conocimiento metafísico, es decir, un conocimiento apoyado sobre la experiencia sensible, pero que se eleva por encima de ella. Esta es,

---

<sup>668</sup> *Absolutismo y relativismo, cit.*, pp. 113 y ss. Allí califica a su doctrina como “relativismo filosófico”, que combina la epistemología kantiana con el más decidido empirismo antimetafísico, y la opone a lo que llama “absolutismo filosófico”. Así sintetiza su posición: “El relativismo filosófico aboga por la doctrina empírica según la cual la realidad sólo existe dentro de los límites del conocimiento humano, y la realidad, como objeto del conocimiento, depende del sujeto cognoscitivo. El absoluto, la cosa en sí misma, sobrepasa la experiencia humana; es inaccesible al conocimiento humano y, por tanto, incognoscible” (p. 114).

<sup>669</sup> Verneaux, R., *Immanuel Kant: crítica de la razón pura*, Madrid, Magisterio Español, 1978.

precisamente, la auténtica metafísica, la única posible en el hombre, la que iniciaron los griegos; cuajó gracias al genio aristotélico, ha dado pasos decisivos por obra de tantos filósofos —entre los que descuella santo Tomás de Aquino—, y continúa viva, inmune a los ataques de tantos, singularmente a los de Kant, porque éstos no le afectan, en cuanto se dirigen exclusivamente contra la metafísica del racionalismo.

Sostenemos que la inteligencia humana puede captar en la realidad aspectos que escapan a los sentidos. Puede iluminar zonas no sensibles, sino inteligibles —igualmente reales que las sensorialmente perceptibles—. Lo que Kant, y Kelsen en su seguimiento, desconocen por completo es esta capacidad de abstraer que distingue nuestra facultad intelectual de conocer. No nos limitamos a la generalización de los datos empíricos, sino que podemos aprehender las esencias reales de los seres abstrayéndolas a partir de lo sensible. Y podemos, remontándonos a un nivel metafísico de abstracción —más allá de todo lo sensible—, llegar al conocimiento del ser hasta alcanzar, siempre por vías racionales, la existencia de la Causa última de todo ser: Dios en cuanto autor de la creación.

Todo este recorrido está vedado por principio si se acepta el punto de partida empirista que Kelsen adopta. No obstante, en su pensamiento se observa, una vez más, que la tendencia metafísica del espíritu humano es irrepresible. Aunque se reniegue de la metafísica, ésta se introduce, sin previo aviso, por los lugares más insospechados, hasta en la tan purificada teoría kelseniana. En efecto, los principales conceptos y principios que ella utiliza responden a un trasfondo filosófico que entraña la aceptación de puntos de vista que exceden con mucho el alcance de los datos fenoménicos, y trasuntan una visión metaempírica de la realidad que contradice el ideal positivista.

Si examinamos, por ejemplo, el principio de la separación entre ser y deber ser, salta a la vista que la noción del deber ser no parece tener un correlato sensible, y que, por ende, su distinción y aislamiento del ser es un presupuesto suprasensible que, sin embargo, resulta evidente para Kelsen. Ciertamente, en los últimos años el autor tendió a conectar cada vez más a las normas con la realidad del material jurídico positivo —en cuanto las normas serían sentido de actos reales de voluntad—, y a diferenciarlas de la elaboración científica —que las describe mediante proposiciones jurídicas—. Pero también el concepto de derecho como norma nos lleva más allá de lo sensorial. La norma ostenta una supuesta existencia ideal, que se contrapone a la existencia real, que según Kelsen es propia exclusivamente de lo sensible. ¿Se reduce la norma y su deber ser a una categoría, entendida al

modo kantiano? Quizá, pero de ser ello efectivo, no se comprende por qué conceptualiza la norma como contenido significativo de un acto de voluntad fáctico. Por otro lado, si reducimos lo normativo a lo fáctico nos hemos quedado sin la esencia de lo jurídico.

Otro ejemplo: el voluntarismo en la concepción de la norma, que tan relevante es en toda la construcción, ¿es la mera comprobación de algo empírico? Nos parece que no, porque comporta una doctrina netamente metafísica. La polémica intelectualismo-voluntarismo en lo que se refiere a la concepción de la ley no puede ser comprendida ni enjuiciada si uno no se coloca en una perspectiva situada por encima de lo sensiblemente captable.

No sólo los conceptos y presupuestos kelsenianos respiran una más o menos latente metafísica, sino que también ésta penetra en sus mismas conclusiones y elaboraciones científico-jurídicas. Por ejemplo, en la *Grundnorm*. El problema capital que se quiere solucionar con la teoría de la norma básica es la fundamentación de la validez del derecho, es decir, el porqué de la misma existencia específica de la norma. Si bien la respuesta de Kelsen está imbuida de una gnoseología más o menos kantiana, la cuestión que se trata de encarar presenta una insoslayable carga ontológica. Se trata de elevarse hasta las últimas causas del derecho. Ya que éstas no se encuentran en la realidad —tal como la concibe nuestro autor—, se echa mano de una ficción que supone intelectualmente el jurista: la *Grundnorm*. En la misma precariedad de la solución, que se resalta al decir que es sólo una ficción —pero que siempre ha sido perceptible, en la medida en que la norma básica sólo ofrecería una fundamentación supuesta, condicional y meramente formal del derecho—, se descubre la presencia de un problema metafísico, y se toma conciencia de que, con los condicionamientos empírico-idealistas de la *Teoría pura*, no puede hallar cabal respuesta. Por lo mismo, en la noción de la norma fundamental se encuentran, en clave trascendental, ciertas funciones de la ley natural, con lo que indudablemente trascendemos el plano de lo sensible. Lo trascendental viene a ser un sustituto immanentista de lo metafísico.

La presencia de la metafísica en la obra del jurista austriaco se ha puesto a menudo de relieve.<sup>670</sup> Nos parece que ésta es una excelente prueba de que un conocimiento integral del derecho requiere la existencia de un nivel propiamente ontológico. Por lo tanto, la metafísica es una exigencia del verdadero realismo jurídico que pretende ser fiel al derecho en toda su real complejidad y hondura.

---

<sup>670</sup> Rodríguez, Guillermo Héctor, *El metafisicismo de Kelsen*, México, 1947; Zampetti, Pier Luigi, *Metafisica e Scienza del Diritto nel Kelsen*, Milán, Giuffrè, 1956.



### 3. *Ciencia y filosofía del derecho*

Lo anterior nos introduce en el tema, de gran relieve dentro de la gno-seología jurídica, del nivel o niveles en que se sitúa el saber jurídico. Ese saber ¿es ciencia, filosofía, prudencia o arte?

La contestación de Kelsen es bien sencilla. Sólo es ciencia; el derecho se capta racionalmente sólo a nivel científico. Por consiguiente, no cabría un conocimiento jurídico racional de tipo metafísico —se desconoce todo valor cognoscitivo a la metafísica— y, de otra parte, también se rechaza la posibilidad de que nuestra inteligencia pueda servirnos para determinar las soluciones jurídicas en el proceso de producción y aplicación del derecho positivo. El conocimiento jurídico es recortado sobre un patrón muy definido: el de las ciencias positivas de la naturaleza, entre las que ocupan el lugar de privilegio las físico-matemáticas. Lo que no encaja en ese patrón es expulsado fuera del ámbito del saber, y va a parar al terreno de las ideologías desfiguradoras de la realidad o al de la creación arbitraria de las normas inferiores. Allí no tendría acceso la razón.

Veamos la primera de estas negaciones, la del conocimiento metafísico del derecho. Ante todo, hay que recordar que Kelsen atribuye un papel relevante a la filosofía en la fundamentación de su teoría jurídica. La filosofía recibe el honroso título de “fructífero centro de todo conocimiento”.<sup>671</sup> Esto, de por sí, pone en entredicho la pureza metódica total en cuanto significa relacionar el quehacer de la ciencia jurídica con los principios o conclusiones de un saber distinto, en este caso el filosófico. La pretendida autosuficiencia del conocer científico-jurídico no se sostiene en pie: lo revelan las mismas palabras de su principal propugnador.

Pero lo anterior no basta, ya que esa filosofía a la que Kelsen acude en demanda de auxilio para su empresa científica es radicalmente antimetafísica. Sin embargo, acabamos de mostrar que la metafísica, a pesar de todo, se hace presente —aunque pueda pesarle a los kelsenianos— en la misma *Teoría pura*. La indagación trascendental no avanza sino en cuanto construye una metafísica traspuesta a la tonalidad idealista. Este lastre —lastre porque se ansía desembarazarse de él— resulta ineliminable.

Desde una perspectiva realista y abierta a la metafísica del ser, tal estado de cosas es insostenible. Urge hacerse cargo de los elementos metafísicos que se contienen en la ciencia positiva del derecho. Es preciso reconocer que, desde el concepto de derecho hasta los más remotos rincones de la teoría jurídica, todo su avance está condicionado por ciertas posturas metafísicas.

<sup>671</sup> *Teoría general del Estado*, cit., prólogo, p. VIII.

Hemos comprobado cómo ello también sucede en la doctrina de Kelsen: los restos de la negada metafísica consiguen abrirse paso. No obstante, la actitud negativa ante la metafísica influye en mucho mayor medida en las tesis de su teoría. Por eso, aceptada la metafísica, hace falta un esfuerzo positivo por acercarse a ese fructífero centro de todo conocimiento —usando la expresión kelseniana— con el fin de vivificar la ciencia jurídica.

Esos elementos metafísicos que la ciencia del derecho maneja reclaman un estudio filosófico realista. Estamos en un nivel ontológico o fundamental dentro del saber jurídico. Son los dominios de la filosofía del derecho, con sus diversas partes: ontología, gnoseología, axiología, etcétera.

La *Teoría pura* ha puesto el acento sobre la necesidad de unos principios filosóficos en orden a una adecuada constitución y desenvolvimiento de la ciencia del derecho. En este sentido, se suele comentar que ha dejado atrás lo que suele llamarse un “positivismo ingenuo”, tan típico de los cultivadores de la *Allgemeine Rechtslehre*, que intentaba expulsar completamente a la filosofía, sustituyéndola por la teoría general del derecho. Tenemos la convicción de que en esto lleva mucha razón Kelsen: no cabe prescindir de la filosofía. Sólo que esta filosofía no puede ser la puramente positivista —como el mismo Kelsen lo ha puesto de relieve— ni la neokantiana —que, sembrando dificultades y oscuridades, no ha acertado a dar con la esencia del derecho—. Debemos retornar a una filosofía realista y auténticamente metafísica, que, para Kelsen como para tantos en las edades moderna y contemporánea, ha sido una ilustre desconocida, ya que incluso las referencias que de ella ha tenido siempre han estado distorsionadas por una interpretación que tendía a enfocarlas de modo racionalista, como apartadas de la realidad.<sup>672</sup>

Este retorno a la filosofía del derecho puede conllevar una tentación: la de negar toda validez al intento de construir una ciencia jurídica a nivel fenoménico, sobre todo como teoría general. La tentación es comprensible cuando se contempla el panorama del positivismo jurídico más elaborado y de mayores pretensiones —como lo es el kelseniano, casi por antonomasia— desde un enfoque realista e iusnaturalista. Confinados en lo positivo no parece haber otro camino que el de la *Teoría pura*, y se perciben agudamente todas sus insuficiencias.

Pero la misma *Teoría pura*, al enseñarnos el papel preponderante que desempeña en ella la filosofía, nos proporciona una pista para librarnos de ese escollo. Se pone así, en primer plano, una noción muy tradicional en la teoría de las ciencias: la de subordinación entre las distintas ramas del

<sup>672</sup> Buen ejemplo son sus críticas a la filosofía del derecho tomista en JDN, *passim*.

saber humano. Una disciplina científica puede recibir información que le viene dada por otras ciencias, de tal modo que se halle subordinada a éstas. Basándose en principios que ella misma, a su propio nivel epistemológico y con sus propios métodos, no puede alcanzar, se abre de ese modo a las aportaciones que proceden de otros campos del conocimiento, y a su vez, utilizando esas aportaciones con su propia perspectiva y su característica metodología, llega a conclusiones que en esos otros terrenos —de donde provinieron esos datos que le sirvieron de principios— no podrían haberse conseguido. La subordinación, así entendida, no comporta una pérdida de legítima autonomía: tanto la ciencia que recibe esos principios como aquella de la cual proceden siguen siendo distintas, en virtud de su diverso objeto formal o perspectiva de conceptualización. No se identifican ni se confunden; lo que una realiza no puede efectuarlo la otra. Simplemente una ayuda a la otra, o como suele ocurrir, ambas se auxilian mutuamente. Por lo demás, es la concepción latente en los modernos estudios interdisciplinarios.

Esta relación entre ciencias, clásicamente llamada “subalternación”, sólo tiene sentido si ambas se aplican a un mismo objeto. Nos encontramos así con la distinción entre objeto formal y objeto material de las ciencias. El primero es el que propiamente las define —es la perspectiva desde la cual se conceptualiza la realidad en ese concreto dominio del saber, y da lugar a la correspondiente metodología, específica de cada tipo de conocimiento—, mientras que el objeto material alude al tema o parte de la realidad que es abordada por cada clase de estudios, y que puede ser común a diversas disciplinas, dando así lugar a la posible complementariedad entre ellas. La afirmación de un objeto material común a diversos tipos de saber se fundamenta en una visión realista. Sólo si la realidad antecede y trasciende al conocer del hombre, es posible que ella se capte desde diversas perspectivas y que éstas puedan iluminarse recíprocamente. Si, en cambio, se parte del idealismo, es la ciencia la que produce su objeto, y no es de extrañar que se rechace, en principio, toda subalternación, como si fuera sinónima de sincretismo metódico o de confusión de campos científicos.

La defensa de la pureza metódica total de la ciencia jurídica supone no acoger la doctrina que venimos exponiendo. Así procede Kelsen hasta donde le es posible, y por ello todas las deficiencias y limitaciones de su formalismo se reconducen a este presupuesto epistemológico, que aísla a la ciencia jurídica de cualquier contacto con otras disciplinas, como si esas relaciones la contaminaran y la pusieran al servicio de inconfesadas ideologías. Pero la porfiada realidad se impone, y la noción de interdependencia de los terrenos del saber entra en la *Teoría pura*, tanto porque se reconoce la influencia

de la filosofía como porque, al referirse a la sociología jurídica, se afirma que tiene el mismo objeto material que la ciencia del derecho.<sup>673</sup>

Aplicado esto a las relaciones entre la filosofía del derecho y la ciencia jurídica, o sea, a las conexiones entre el nivel ontológico y el fenómeno dentro del conocer jurídico, la subordinación puede verse en ambos sentidos. Por un lado, la filosofía del derecho es incapaz de operar en su ámbito si no cuenta con los datos empíricos suficientemente elaborados por la ciencia jurídica. Desconectada de la vida jurídica, estaría condenada al fracaso, a unas abstrusas especulaciones privadas de todo sustrato real. Pero por otro lado, la ciencia jurídica ha de conectarse con la filosofía, recibiendo de ella ciertas nociones y principios fundamentales que, a su vez, deberá hacer operativos a su propio nivel.

Esto último es lo que explica la posibilidad de una ciencia positiva del derecho que no sea positivista. Esta aparente paradoja se supera gracias a la idea de subalternación. Así, la captación de la esencia y de las causas últimas del derecho excede el ámbito de la ciencia fenoménica de lo jurídico. Pero esa captación determina, en su misma base, toda la labor del jurista a nivel científico-técnico. Una consecuencia, sobre la que volveremos más adelante, es que, por cierto, la ciencia del derecho estudiará sólo el derecho positivo, pero incluirá el derecho natural precisamente en cuanto positivado.

Como expresábamos hace poco, la subordinación no significa pérdida o disminución de la autonomía que legítimamente compete a la ciencia del derecho como ciencia particular de lo fenoménico. No se trata de convertir al jurista, que hace ciencia positiva en filósofo del derecho. No es tampoco cuestión de que la teoría general del derecho agregue, como en un capítulo aparte, consideraciones de índole filosófica. Más bien se trata de una recepción de datos aportados desde fuera, pero orgánicamente incorporados a la propia labor intelectual, conceptualizados al modo de la ciencia jurídica, de forma que ellos den vida a las tareas del jurista, le descubran horizontes más amplios, y le presten un efectivo servicio en su labor de sistematización e interpretación del ordenamiento jurídico. Aunque se base en concepciones filosóficas inadecuadas, que más bien cierran el panorama científico del derecho, Kelsen, con su sistema de ideas, ha dado un magnífico ejemplo del papel preponderante que están llamados a cumplir los fundamentos filosóficos en la ciencia del derecho.

El caso del concepto de persona es muy ilustrativo a este respecto. La doctrina kelseniana se empeña en negar toda concepción ontológica de la perso-

---

<sup>673</sup> Así en *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., p. 212, aunque obviamente no se emplea la terminología que hemos usado.

na, vale decir, en expulsar toda conceptualización (de la misma que pareciera exceder de lo estrictamente científico-jurídico). Procediendo de esta manera, nos ofrece a cambio una idea de persona como expresión de la unidad de una pluralidad de deberes y derechos, que a su vez se reducen a las normas positivas que los establecen. Por lo tanto, lleva a cabo una auténtica disolución del concepto de persona que vendría a ser una noción auxiliar, no indispensable, que facilita la exposición del derecho. Tras esa disolución, ya no tiene sentido preguntarse quiénes son personas en derecho —al fin y al cabo la “persona jurídica” sería un puro artificio lógico: serán personas aquellas unidades normativas que se quiera representar de ese modo—, ni es posible pretender que la noción de persona desempeñe función alguna en la ciencia jurídica —salvo la de recurso para hacer más sencilla la exposición de los fenómenos jurídicos—. Estas consecuencias —y en ello radica su gravedad— implican desconectar el derecho de la realidad del hombre y de sus relaciones sociales. Es una cabal deshumanización del derecho, que, como sistema normativo social, podría regular las conductas humanas en cualquier sentido sin que haya jamás una razón —fundada en la realidad de la persona humana y de sus relaciones sociales— para rehusar el calificativo de jurídica a esa regulación, siempre que ésta sea formalmente válida, lo que, en definitiva, como sabemos, claramente sólo significa eficaz.

Si se desea no incurrir en este vano formalismo, y se quiere traer nuevamente a la persona humana a la escena de la ciencia jurídica, no hay otra vía que la de acoger una noción que permita entender por qué la persona es sujeto titular de derechos y obligaciones, es decir, en virtud de qué la persona tiene una dimensión jurídica. Tal concepto sólo puede provenir de una filosofía abierta a la entera realidad del hombre, que no se puede aprehender al solo nivel empírico.

No obstante, la ciencia jurídica, una vez que ha hecho suyo ese punto de partida, no puede renunciar a concebirlo desde su propio punto de vista, pues de otro modo no le sería factible operar con él en su terreno. Por eso ha de ver a la persona en su dimensión jurídica como sujeto de derecho. Esto justifica una noción unitaria de la personalidad jurídica —nota que ostenta la noción kelseniana—, que abarque tanto las personas humanas físicas como otros entes dotados de personalidad jurídica. Así se abre el camino para el manejo de una noción científico-técnica de la persona como sujeto de imputación de diversas situaciones jurídicas. Pero se impide echar al olvido el sustrato real de tales sujetos de imputación, de manera que no se tenga en cuenta la realidad de la persona humana en toda su riqueza ontológica —tal como ésta se refleja en el campo jurídico—, y de las corporaciones u

otras personas jurídicas —en cuanto también están dotadas de una existencia extramental, aunque no sea sustancial, sino relacional—.

#### 4. *La ciencia del derecho como ciencia especulativo-práctica*

Antes hacíamos alusión a otra postura gnoseológica que caracteriza a Kelsen: la negación de la racionalidad del proceso de creación y aplicación del derecho. Sabemos cuán tenazmente impugnó el concepto de razón práctica como si fuera intrínsecamente contradictorio. Según él, la razón humana sólo tendría funciones especulativas, limitándose a conocer sus objetos, sin que fuera concebible un saber práctico encaminado a dirigir la acción. De aquí no sólo se deduciría la inexistencia de un saber prudencial —esto es, la negación de un tercer nivel del conocimiento jurídico, de tipo inmediatamente práctico, directamente dirigido a iluminar la decisión jurídica—, sino que se desprende una concepción de la teoría jurídica, a nivel científico, como disciplina especulativa, no práctica.

Todo el quehacer científico de Kelsen se encuentra dominado por esta idea. Ya en el prólogo a la primera edición de sus *Problemas capitales* declara: “Mi trabajo sirve solamente a necesidades teóricas, no prácticas...”<sup>674</sup> Cualquier otra posición le parece como un desviacionismo anticientífico que llevaría al arbitrario mundo de la política, del que aspira a mantenerse lo más alejado posible con su ciencia pura.

Sorprende, sin embargo, que el mismo Kelsen parezca esperar ciertos frutos que pudieran provenir de la *Teoría pura*. En el prólogo a la primera edición de la *Teoría pura del derecho* decía:

Si la Ciencia Natural fue capaz de lograr su independencia respecto de la política, fue debido a que existía un poderoso interés social en esa victoria: el interés por el progreso de la técnica, que sólo una libre investigación puede garantizar. Pero no hay un camino tan directo, tan inmediatamente visible que desde la teoría social conduzca a un progreso de la técnica social que permita ventajas indiscutibles, como el que lleva desde la Física y la Química a las conquistas de la construcción de máquinas y a la Terapéutica. Todavía se carece frente a las ciencias sociales —y no en última instancia a causa de su situación aún no desarrollada— de una fuerza social que pudiera contrarrestar el interés preponderante que tienen tanto los que se conservan en el poder como los que a él aspiran, en una teoría complaciente a sus deseos, es decir, en una ideología social.<sup>675</sup>

<sup>674</sup> *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, cit., prólogo, p. X.

<sup>675</sup> TP (1a. ed. al.), prólogo, p. 22.

Parece, pues, que habría de aguardarse una técnica que sería fruto de la *Teoría pura del derecho*; es como si la acusación de inutilidad hiciera cierta mella incluso en el ánimo del jurista vienés.

Otro dato significativo es que el mismo deber ser, por oposición al ser, por más que sea un puro nexo lógico, indiscutiblemente tiene una orientación a la práctica, a ponerse por obra: la nomodinámica tiende al acto de ejecución de la sanción. Así, incluso en la *Teoría pura*, el derecho tiende a realizarse prácticamente en el caso singular. Sin embargo, la aplicación de la norma —según Kelsen— se realiza mediante un acto que se atribuye enteramente a la voluntad.

Repetidamente, y desde variados puntos de vista, se han lamentado las consecuencias de esta postura gnoseológica de Kelsen. Por una parte, se experimenta la sensación de que si bien la *Teoría pura* ha elaborado construcciones lógicas atractivas y en sí coherentes, sin embargo, no ha sabido responder a los requerimientos de la vida jurídica.<sup>676</sup> Se comprueba que sus teorías no han rendido fruto en las ciencias jurídicas particulares.<sup>677</sup> Se pone énfasis en su alejamiento de la metodología práctica de la vida judicial.<sup>678</sup> En fin, se ha dicho que “El intento de limpiar asépticamente todo este arsenal conceptual de sus contenidos prácticos —positivos y negativos— que influyen en las deliberaciones y en las decisiones, no parece haber logrado el éxito que esperaban sus propagadores, entre los cuales se cuentan Kelsen y Ross”.<sup>679</sup>

Una vez más se impone sacar otra consecuencia del realismo. La caracterización científica del saber jurídico no puede efectuarse *a priori*, como lo hace Kelsen.

El tipo de ciencia que corresponde al ideal del positivismo es el de las modernas ciencias fisicomatemáticas. Por tanto, a ese tipo de ciencias perfectas habrían de adecuarse todas las disciplinas si quieren aspirar al codiciado rótulo de científicas. Para un realista esto es inadmisibile. No se puede determinar el estatuto epistemológico de la ciencia jurídica sin haber investigado previamente la realidad jurídica. Es ésta la que indica el método que se empleará.

El derecho no es un objeto puramente especulativo, sino que es esencialmente un “operable”. De cualquier modo que se conciba, el orden ju-

<sup>676</sup> Larenz, K., *op. cit.*, p. 84: “...la *Teoría pura del Derecho*, es, como teoría, sugestiva en alto grado, pero escaso su rendimiento para la práctica”.

<sup>677</sup> *Cfr.*, v. gr., De Rivacoba, M., *ibidem*.

<sup>678</sup> Perelman, Ch., “La théorie pure du droit et l’argumentation”, AA.VV., *Law, State and International Legal Order*, cit., pp. 225-232.

<sup>679</sup> Esquivel, J., *op. cit.*, p. 185.

rídico tiende a realizarse en los hechos. Todas las realidades jurídicas están traspasadas de esta orientación práctica. La norma regula las conductas; por el derecho subjetivo se exigen de otro ciertos comportamientos; la sentencia judicial dirime controversias concretas; todo lo que entra en el mundo jurídico no es puro dato, completamente dado, sino que está indisolublemente ligado al obrar humano.

Si el derecho no es un objeto puramente especulativo, entonces —en una teoría realista del conocimiento— no tiene sentido sostener que la ciencia jurídica deba ser un saber exclusivamente teórico. Pero la negación de la función práctica del entendimiento, unida al voluntarismo en la explicación del proceso de creación y aplicación del derecho, cierra a nuestro autor toda posibilidad de concebir un saber de tipo práctico. Le parece que no es sino la cobertura de ciertos intereses o actitudes emocionales. Al ocuparnos de las relaciones entre razón y voluntad, habrá ocasión de profundizar en este aspecto.

Por el momento, basta anotar que si el conocimiento jurídico ha de ser necesariamente práctico, entonces su finalidad no es el puro conocer, sino que se dirige en forma más o menos inmediata, a la realización efectiva del orden jurídico, que consiste, conforme a la tradicional expresión, en dar a cada uno lo suyo, su derecho. Esto supone introducir en el conocimiento jurídico una finalidad, cuya cabal comprensión sólo pertenece a la filosofía del derecho, y cuya directa realización únicamente compete a la prudencia jurídica; pero ello no significa eximir el nivel científico de esa dirección teleológica: todo conocimiento jurídico ha de respetar ese rasgo esencial de su objeto, desde la filosofía del derecho hasta la prudencia jurídica, pasando por la ciencia del derecho.

El sistema de conocimientos que la ciencia del derecho aspira a elaborar no puede estar desvinculado de las exigencias de la justicia. En definitiva, todo conocimiento jurídico tiene sentido en cuanto se encamina a posibilitar la construcción de un orden jurídico digno de ese nombre, es decir, justo. Al margen de esta intención práctica, nos parece injustificable la misma existencia de la ciencia jurídica en cuanto jurídica. Y, por otra parte, precisamente el hecho de que ella sea necesaria con vistas a tal fin. Es lo que le asegura un puesto destacado en la estructura del conocer jurídico. Por ende, el esfuerzo de conceptualización científica, de afinamiento de los instrumentos técnicos, no puede explicarse en la ciencia jurídica sobre la base de un prurito de mera exquisitez científica, de puro conocer exacto y puntilloso. Más aún, sólo podrán lograrse avances verdaderos tanto en el rigor como en la penetración y en la extensión de la ciencia del derecho, si se tiene muy en cuenta la realidad de su objeto, y su finalidad como saber



determinado por esa realidad. De otro modo, sólo nos encontraremos con conceptos formales y vacíos.

Desde otro punto de vista, este tener en cuenta la finalidad del derecho, y por consiguiente la de todo conocer jurídico, es una nueva faceta de la subordinación de la ciencia jurídica a un conocimiento ontológico de lo jurídico. En efecto, esa finalidad no se capta esencialmente a nivel fenoménico, pero debe ser respetada y acogida por la ciencia, de modo que sus construcciones, su empeño exegético y todas sus conquistas se orienten al único objetivo que da la razón de ser de todo conocimiento jurídico: la implantación real de un orden justo. Superar a la *Teoría pura* en este punto implica hacer ver que no toda finalidad es ideológica, en el sentido peyorativo del término.

La ciencia jurídica es, pues, una disciplina que entra en la categoría de las tradicionalmente denominadas “especulativo-prácticas”. A diferencia de la prudencia jurídica, que es un saber inmediatamente operativo, el objetivo directo de la ciencia del derecho no es guiar las acciones que inciden en la vida jurídica. O sea, conocer cómo se ha de legislar sobre determinada materia, o cómo se ha de fallar un pleito concreto. Su fin inmediato, por el contrario, es conocer las realidades jurídicas por sus causas aparentes. No se halla, por tanto, al servicio de ningún interés concreto, individual o colectivo, sino que, como quiere el mismo Kelsen, sólo le interesa la verdad, pero una verdad que, para ser adecuación de nuestra inteligencia con la cosa conocida, ha de atender a la realidad de ésta. Ya vimos que el objeto de la ciencia jurídica es esencialmente práctico. Por tanto, la verdad en cuyo descubrimiento se empeña el jurista es una verdad práctica. La ciencia del derecho se ordena, por ende, de modo mediato, a la iluminación del obrar concreto de los agentes jurídicos. La ciencia jurídica es, en suma, especulativa en virtud de su misma condición formal de ciencia —así se distingue del arte o prudencia del derecho—, y es práctica desde un punto de vista material, esto es, en cuanto su objeto es práctico, y en cuanto posee, en consecuencia, una finalidad última de índole operativa.

El problema verdaderamente central en esta materia consiste en la misma existencia de la verdad práctica. Cuando Kelsen ataca el concepto de razón práctica, en el fondo lo que niega es la posibilidad de que nuestro intelecto pueda ofrecernos pautas verdaderas de comportamiento. Como él declara incognoscible todo lo que traspasa lo empírico, niega la existencia de fines esenciales en el ser humano, que le corresponden por su misma naturaleza humana. Desde este planteamiento, la vertiente práctica del saber del hombre aparece como pura técnica, que puede servir para la obtención de cualquier fin. En este orden de ideas, Kelsen solía hablar del derecho como “técnica social específica”, la cual podía dirigirse a los más dispares objeti-

vos sin contrariar por ello su esencia de medio para lograr un orden social. Esta función enteramente pragmática —que el autor cuida de presentar como no perteneciente a la esencia del derecho, lo que se refleja incluso en el abandono de la expresión “técnica social”— está en las antípodas de la concepción de una genuina verdad práctica. Ésta conlleva la existencia de fines naturales del hombre, y la posibilidad de juzgar las diversas conductas, de una manera objetiva, en cuanto conducen o apartan de esos fines.

### 5. *La certeza en la ciencia jurídica*

Muchas consecuencias pueden deducirse de la anterior caracterización de la ciencia jurídica como ciencia práctica. Estimamos especialmente conveniente insistir en una, acerca de la clase de certeza a que puede aspirar el jurista en su labor científica. Kelsen propugna el ideal de la certeza matemática. Indudablemente nuestra razón experimenta una gran seguridad y una íntima satisfacción cuando se mueve en el terreno de las matemáticas. A partir de unos pocos axiomas, postulados y definiciones, asistimos a un sorprendente espectáculo: multitud de conclusiones emergen rigurosamente demostradas; los teoremas y corolarios se articulan en amplios sistemas, sólidamente trabados; los problemas encuentran una exacta solución; y para colmo de dichas, las matemáticas asumen una función instrumental, muy importante en las ciencias de la naturaleza, las cuales rinden frutos de apreciable progreso social.

Trasladar todo este admirable cuadro al ámbito de las ciencias sociales es un sueño acariciado por muchos. Kelsen, que, según nos narra su biógrafo, hubiera deseado estudiar matemáticas,<sup>680</sup> y que, como decía al principio de su carrera, trataba de crear una “geometría del fenómeno jurídico”, buscó siempre afanosamente la nitidez en los conceptos, la precisión en los razonamientos, la armonía interna del sistema y la iluminación de todos los campos de la ciencia jurídica desde unos pocos principios, anhelando lograr una certeza cuasimatemática.

Esta empresa de toda una vida nos deja valiosas lecciones que todo jurista debe meditar. Hay que aplicarse al estudio de los objetos con seriedad intelectual, con la mente libre de prejuicios, con rigor y espíritu crítico bien entendido. Sobre todo, lo jurídico debe tratarse jurídicamente: es la gran enseñanza de la pureza metódica que, liberada de su inútil obsesión de autosuficiencia, se erige en elemental exigencia de la labor científico-jurídica.

---

<sup>680</sup> Métall, R. A., *Hans Kelsen. Vida y obra, cit.*, p. 12.

Se trata de una pureza metódica formal —no total— que consiste en atenerse siempre a la perspectiva o enfoque y a la metodología propios de cada ciencia. Con Kelsen hemos de repudiar enérgicamente los sincretismos metódicos, la apresurada utilización de conceptos no jurídicos por parte de la ciencia del derecho y la falta de límites claros con otras disciplinas, como la ética o la sociología.

Pero más allá de Kelsen, no puede confundirse el afán de rigor con la búsqueda de la certeza matemática, o, en general, con el ideal de las ciencias positivas de la naturaleza. Sencillamente porque ello significaría olvidar un dato muy elemental: que el objeto de la ciencia jurídica no es matemático ni físico. Nuevamente el realismo con que hemos iniciado este análisis de la gnoseología kelseniana nos impele al respeto del ser que es objeto de nuestras especulaciones. Si ansiamos otro tipo de certeza, nada obsta a que nos dediquemos a otra ciencia. Pero es hora de renunciar a la utopía de la “matematización” de la ciencia jurídica, cuya esterilidad a los ojos de muchos es ya manifiesta. No hace falta sino mirar los inútiles esfuerzos de los kelsenianos por desarrollar y continuar la aventura intelectual de la *Teoría pura*. El mismo rigor de Kelsen, que con su genio ha procurado ir hasta el límite posible en la purificación de la ciencia jurídica, ha terminado por cerrar, a nuestro juicio, todas las vías de un posible desenvolvimiento interno de su teoría. Los intentos en este sentido se suelen reducir a discusiones eruditas —sobre qué quiso decir el jurista vienés—, o se pierden en disquisiciones lógicas de dudoso interés. Cuando se quiere avanzar de veras, es preciso, por lo menos, poner un pie fuera de la *Teoría pura*.

A la índole práctica del objeto de la ciencia jurídica corresponde otro tipo de certeza, que podríamos llamar simplemente certeza científico-jurídica. Cuando se trata de ayudar a decidir, aunque ello sea indirectamente, entre determinadas opciones en el comportamiento de los hombres en cuanto se relacionan jurídicamente, no puede pretenderse que la contribución del jurista consista en un conjunto de reglas exactas que habrían de aplicarse sin más en todos los casos. De esto era sumamente consciente el jurista de Viena, como se refleja en su doctrina de las normas individuales. La complejidad de los hechos sociales, el tratarse de acciones humanas libres, y las limitaciones de nuestra inteligencia abstractiva, son factores que impiden la obtención de semejante ideal. Pero ello no puede llevar a abdicar en favor de la arbitrariedad de quienes determinan efectivamente el curso del tráfico jurídico. El jurista tiene mucho que aportar —siempre que se reconozca la existencia de una verdad práctica, con todo lo que ello significa—. El reconocimiento de que sus conclusiones no poseen la aplicabilidad meramente deductiva que puede tener un teorema matemático en la resolución

de un problema no ha de llevarnos a una falsa modestia ni a una especie de complejo de inferioridad frente a las ciencias de la naturaleza. Son ciencias distintas, cada una con su propio estatuto epistemológico. Y no olvidemos que, precisamente en virtud de su estatuto de ciencia práctica, la ciencia jurídica puede gloriarse de desempeñar una función muy importante en la vida social, la de ayudar intelectualmente en el logro de un orden jurídico conforme con la naturaleza y la dignidad del ser humano.

## XLVII. SER Y DEBER SER

### 1. *La parte de verdad de la antítesis kelseniana*

El dualismo ser (*Sein*)-deber ser (*Sollen*) es pieza capital en el edificio levantado por Kelsen. La clave de su correcta comprensión y superación, como adelantábamos, debe localizarse en el significado que nuestro autor atribuye a los términos en que se plantea la antítesis. Sobre este significado ya hemos señalado cuanto nos parecía esencial.<sup>681</sup> En cambio, a la luz de ese sentido, es hora de enjuiciar críticamente el dualismo ser-deber ser. Ante todo, pensamos que, muy a menudo, el lector de Kelsen que carece de una cierta preparación filosófica no se hace cargo, al menos de entrada, de lo que se oculta bajo tan lógica y sencilla distinción. La fórmula está dotada de un aire inocente que quizá explica, en parte, su fuerza cautivadora. Esta fuerza, por lo demás, se acrecienta al contemplar el empleo tan eficaz y rotundo que de ella hace el autor cuando se enfrenta con los diversos problemas de la disciplina.

Debe reconocerse el talento de Kelsen en la elección de un principio tan simple y de tanta virtualidad, justamente lo que era necesario para proceder a esa transmutación de la ciencia jurídica que tanto le interesaba.

¿Cómo explicar el papel tan decisivo que este presupuesto juega en la *Teoría pura*? La explicación ha de ir a buscarse en el amplio trasfondo que subyace al casi perogrullesco enunciado. La sinonimia kelseniana nos permite asomarnos a ese panorama latente que el autor acierta a sintetizar en la separación entre el ser y el deber ser. En efecto, ella equivale a la separación entre realidad y valor, entre naturaleza y sociedad (o norma), e implica la incomunicación entre causalidad e imputación, y, por consiguiente, entre ciencias naturales y ciencias normativas.

Debe ser, valor, sociedad (norma), imputación —y, por consiguiente, libertad—: son expresiones que aluden a un mundo específicamente humano,

<sup>681</sup> Cfr. *supra*, cap. II, n. 5.

en especial al ámbito del comportamiento, en el que se inscriben la moral y el derecho. El principio kelseniano, en última instancia, distingue y, lo que es más importante, separa, aísla —de modo extremo, con la fuerza de la lógica— este mundo humano con respecto al mundo del ser, de la realidad, de la naturaleza y la causalidad. Poco importa ahora si se trata de dos mundos o, mejor, de dos esferas de sentido, como parece más exacto según la interpretación neokantiana. Lo decisivo es que hay dos órdenes comunicados: el no humano y el humano. En el fondo, opera aquí la distinción cartesiana entre la *res extensa*, la materia, y la *res cogitans*, el pensamiento, y todas las secuelas que esa concepción trajo en la historia de la filosofía.

En lo que respecta al conocimiento del derecho y de la moral, este principio consagra su separación con respecto a todo conocimiento de la naturaleza, ya sea por la metafísica —que es, por lo demás, negada— o por las ciencias naturales positivas. Rechazada la metafísica, como acontece en Kant, esta separación entre ciencias que se refieren a lo específicamente humano y ciencias que se ocupan de la naturaleza, se facilita mucho, ya que, como veremos, la única fundamentación natural que puede darse a tales saberes humanos es de índole metafísica.

La crítica de este dualismo ha de tener en cuenta, primeramente, su aspecto de verdad. Siempre es éste un buen procedimiento en un enfoque desapasionado de las doctrinas tendente a su valoración y eventual superación.

Si se entiende, como Kelsen, el ser como lo empíricamente perceptible, y se sostiene que el deber ser no puede confundirse con el ser así conceptualizado, estamos ante una palmaria evidencia. Sólo cabe negar esta evidencia si se niega el mismo deber ser.

Desde este punto de vista, la distinción kelseniana lleva a refutar todos los intentos de reducir lo jurídico a puro hecho. El derecho se resiste a ser abarcado por las ciencias naturales. Mejor dicho, la ciencia adecuada a lo jurídico no es ni puede ser una ciencia natural, como la física o la biología. No queremos adentrarnos en la delicada cuestión acerca del estatuto epistemológico de la sociología. Sólo remachamos, junto a Kelsen, que la ciencia del derecho, en virtud de su misma esencia, no puede ser sociología jurídica, aunque quepan mutuas y fructuosas relaciones. Por tanto, la validez del derecho no puede identificarse con su eficacia. Si hay deber ser, es decir, si es posible afirmar una necesidad distinta de la necesidad física —en virtud de la cual alguien debe comportarse de determinado modo—, entonces este deber ser no puede disolverse en comprobación fáctica del comportamiento humano.

En el sentido expuesto, no sólo concordamos con la distinción, sino que también nos adherimos a la separación, si se plantea en los términos en

que la formula Kelsen. En efecto, el deber ser propio del derecho no puede deducirse del ser fáctico de lo que acaece socialmente. Habría un salto lógico inadmisible. El derecho no puede derivarse ni de la fuerza ni de las estadísticas.

En estrecha relación con esta materia, surge el problema de las relaciones entre la validez y la eficacia de las normas. Kelsen afirma que la eficacia —perteneciente al plano del *Sein*— es condición *sine qua non* de la validez —que se da en el ámbito del *Sollen*—, y que ambas se distinguen netamente. Concedamos, por un momento, que la eficacia es condición de la validez, aunque pensamos que esta tesis es sumamente simplista, ya que puede existir un derecho válido ineficaz. Así, el derecho natural es siempre válido, aunque a veces resulta ineficaz, por no ser reconocido por la ley positiva, por no cumplirse, etcétera. Entonces, ¿cuál es la causa de la validez? Nuestro autor contesta, en última instancia, que el conocimiento jurídico, al suponer la *Grundnorm*, es causa de la validez de todas las normas jurídicas. Pero esta causa sólo la pone si existe la condición de la generalizada eficacia de un orden jurídico. Por tanto, no existiría una causa *real* de la validez, porque la realidad sólo aportaría un condicionamiento, mas no una causa. Solucionar un problema real —el fundamento de la validez— con una construcción mental —como la norma básica— es, para una postura realista, completamente insatisfactorio. Por lo demás, el mismo Kelsen resuelve ese problema de un modo real en los niveles inferiores al de la norma fundamental, aunque, llegado a éste, no duda en reconocer que debería haber una solución real —una auténtica norma con su correspondiente acto humano de voluntad—, pero que él ha de contentarse con una ficción, ya que no encuentra tal norma última en la realidad. Más aún: esta norma suprema, según la propia teoría kelseniana, jamás puede encontrarse en la realidad, puesto que, de existir, ya no podría ser la norma básica, y habría que remontarse más allá, hasta alcanzar la ficción de la auténtica *Grundnorm*. Por otra parte, si la cuestión que examinamos es real, y la eficacia parece ser el único elemento real en su solución, se abre la vía más fácil de considerar la eficacia como causa de la validez, o de identificarlas.

Esto demuestra la insuficiencia del enfoque de Kelsen en esta materia. A muy pocos convence su distinción entre eficacia y validez, y suele asaltar a sus seguidores la tentación de echar a rodar la validez, y con ella el deber ser y toda la ilusión de Kelsen por una ciencia positiva que explique lo específico o peculiar del derecho.

En resumen, la distinción y separación entre ser y deber ser, tal como la propone Kelsen, soluciona una parte del problema —el de las relaciones entre el ser empíricamente captado y el deber ser—, pero incluso en esta

parte resulta poco convincente, en cuanto no logra distinguir debidamente la validez de la eficacia, convertida indiscriminadamente en una *conditio sine qua non* de la primera.

## 2. *Las limitaciones del planteamiento kelseniano*

El dualismo *Sein-Sollen*, en los términos de Kelsen, da lugar a una rígida distinción y separación entre dos mundos o esferas. Esto acarrea, entre otras muchas, las siguientes consecuencias: el deber ser pertenece a un ámbito ideal, no real; no es posible pasar del ser al deber ser, ni viceversa; y por tanto, el deber ser no puede fundamentarse en el ser ni ser exigido por éste ni tender a él, lo que importaría la negación de la posibilidad, incluso lógica, de que haya derecho natural.

Todos estos corolarios dejan a la ciencia jurídica en una situación de completa desconexión con la realidad, y, en primer término, con el ser del hombre. Dentro de tal esquema, la captación de las realidades humanas deja de tener interés para el jurista. Situado el deber ser en un terreno ideal —en el fondo, concebido como un ente de razón que sólo puede existir en la mente del que supone la norma básica— se aísla por completo de la persona humana realmente existente y de sus relaciones sociales. Por eso cabe hablar de una deshumanización del objeto de la ciencia jurídica.

Para tomar conciencia del alcance de este proceso kelseniano de purificación —que implica, como decimos, una deshumanización—, piénsese en dos problemas centrales que cobran particular relieve en nuestro mundo contemporáneo: el de los derechos humanos y el de la relación entre la realidad social y la estructura jurídica que le corresponde.

Sobre la base del dualismo kelseniano, carece del menor sentido propugnar la existencia de derechos inherentes a la persona humana con anterioridad a las normas positivas e independientemente de ellas. Todo intento de este tipo es ajeno a la *Teoría pura*, que lo tachará —y nos parece que con toda razón— de iusnaturalista. Toda fundamentación de un deber ser en el ser del hombre contradice el primer principio del sistema. E incluso más: bien vistas las cosas, ni siquiera cabe hablar en rigor de derechos humanos positivos, ya que éstos se diluyen en meros poderes de reclamar —de tipo procesal— o en reflejos de las respectivas obligaciones, y, a su turno, tanto esos poderes como esas obligaciones se reducen a las puras normas positivas.

En el tema de las relaciones entre la realidad social y su estructura jurídica, Kelsen se limita a sostener que la realidad social puede ser regulada —sólo piensa en el derecho como norma de conducta— en cualquier senti-

do, sin que haya el menor rastro de un orden jurídico incoado o ni siquiera insinuado en esa realidad, y sin que el examen de ésta pueda proporcionar el más mínimo indicio sobre esa regulación. Por otra parte, la separación *Sein-Sollen* se opone frontalmente a toda valoración del derecho positivo a la luz de criterios dimanantes de la realidad.

Así, toda arbitrariedad en el uso de la fuerza entre los hombres, con tal de que pueda ser descrita a base de proposiciones jurídicas esenciales que unen un acto coactivo con sus condiciones, merece, según Kelsen, el nombre de derecho. Se dirá que el autor, conforme a su tesis de la neutralidad valorativa de la ciencia jurídica, no justifica cualquier arbitrariedad, sino que se limita a describirla. Pero ¿no nos enseña el sentido común que la sola atribución del nombre de “derecho” a una realidad entraña una justificación?

Pensamos que este alejamiento del ser humano, este desgajar el derecho de su protagonista —el hombre— es una de las principales causas de la insatisfacción que muchos experimentamos ante la *Teoría pura*. La vemos incapaz de explicarnos el sentido del derecho en la vida humana. Ella misma se proclama, casi con orgullo de ciencia que nace y que reconoce lealmente sus limitaciones, impotente para ayudar a proteger a los hombres en su dignidad y libertad. Ni siquiera acierta a proporcionarnos algún elemento de juicio que nos permita calificar a determinada institución o norma como abusiva o inhumana. Esta impotencia hiere ese afán, tan distintivo de nuestra época, de respeto y promoción de todos los valores humanos en el ámbito jurídico.

La antítesis *Sein-Sollen*, según hemos comprobado, fundamenta una de las críticas principales de Kelsen contra la doctrina del derecho natural. Como esa antítesis, por otra parte, desliga al derecho de sus sujetos existenciales, los hombres, tal vez hemos dado con un indicio muy elocuente en el sentido de que el elemento humanizador por excelencia del derecho reside precisamente en el derecho natural. Si Kelsen llega, en su empeño formalista, a intentar impedir que la ciencia jurídica dirija su mirada al hombre, y si, por otro lado, se enfrenta tan tenazmente con el derecho natural, nos parece que la conjunción de ambos datos nos coloca en la pista de una verdadera humanización de la ciencia jurídica, a través de la reintroducción del derecho natural en su horizonte intelectual.

### 3. *El pretendido error lógico de la doctrina del derecho natural*

El tránsito del ser al deber ser, de una proposición sobre la realidad a una sobre el derecho, configuraría —según los analíticos— la llamada “falacia



naturalista”, en la que incurriría señaladamente el iusnaturalismo. ¿Qué decir ante esta objeción de principio que nos impediría irremediablemente toda tentativa de traspasar el ámbito del derecho positivo?

Antes que nada, conviene descubrir dónde reside la fuerza del argumento kelseniano, que ha convencido a tan ilustres pensadores. Estimamos que su poder de convicción descansa en estos dos elementos: la significación que se atribuye al ser, como lo fáctico y sensorial, y su rechazo de una deducción apriorística del deber ser.

En efecto, estamos de acuerdo en que, si se restringe el ser a aquellos aspectos que son sensibles y que son objeto de las ciencias naturales positivas, no hay modo alguno de fundar en él nada que se relacione con el mundo jurídico. En segundo lugar, cuando Kelsen impugna la posibilidad de deducir el deber ser a partir del ser, su crítica es acertada en cuanto las normas del deber ser basadas en el ser (el derecho natural) no son un sistema deductivo de reglas lógicas procedentes de un concepto o principio abstracto —una idea *a priori* del ser del hombre—. Pero ello no puede llevar a negar que el deber ser del derecho natural se funde en el ser del hombre, en su naturaleza y en sus relaciones esenciales, realidad rica y compleja cuya captación integral da a conocer la existencia del deber ser. Para conocer los preceptos de la ley natural —que se corresponden con los fines naturales del hombre— es menester profundizar en las exigencias de nuestra naturaleza a través de un proceso en el que predomina la aprehensión inmediata de esas exigencias naturales, que, a la luz del primer principio de la razón práctica —haz el bien y evita el mal— aparecen como obligatorias. Compete, en fin, a la prudencia la tarea de aplicar esos preceptos a las situaciones concretas, habida cuenta de las circunstancias de cada caso.

Por consiguiente, el principio kelseniano de la separación, si bien contiene una parte de la verdad, es radicalmente insuficiente —puesto que se limita a considerar el ser empírico—, y en cuanto utilizado contra el derecho natural, resulta falso, ya que, al impugnar la solución del racionalismo, cree haber imposibilitado todo iusnaturalismo.

El ser o la realidad a la que la ciencia jurídica se dirige no puede ser aquello que captan las ciencias empírico-matemáticas. Kelsen, por su parte, atribuye toda la realidad al objeto de las ciencias naturales —el *Sein*—, y envía el objeto de las ciencias normativas a un mundo ajeno a lo real (*ideal*). El realismo del que hemos arrancado nos lleva a impugnar este enfoque. La ciencia jurídica posee un objeto real, el derecho, enraizado en el ser del hombre. Sólo que la dimensión jurídica de la vida humana no puede aprehenderse con los métodos científico-naturales. Sólo una aprehensión ontológica de la naturaleza humana puede dar una base de sustentación real

a la ciencia del derecho. Por esto, si al jurista como científico le importa el hombre, con su dignidad y sus derechos, necesariamente debe acudir a un saber superior, metafísico, que le ilustre acerca de las realidades humanas.

Además, el principio de separación, en cuanto argumento contra el iusnaturalismo, se revela como falso. Nos parece que la recurrente objeción kelseniana —la doctrina del derecho natural sería falaz, ya que contradiría la comunicación lógica entre *Sein* y *Sollen*— viene a ser ella misma engañosa, y por partida doble. En primer lugar, reprocha a los iusnaturalistas una fundamentación realista del derecho, y basa este reproche en la imposibilidad de pasar del ser empírico al deber ser. Gustosamente concedemos esto último, pero afirmamos que ello no viene al caso, sencillamente porque no es eso lo que procura realizar el iusnaturalismo realista. La objeción vale quizá contra muchos intentos de la Escuela racionalista que recurrían a la naturaleza empírica del hombre, en particular a las diversas tendencias psicológicas existentes en él, tantas veces opuestas entre sí.<sup>682</sup> Pero la argumentación no prueba nada contra el derecho natural basado en la naturaleza metafísica del hombre. Por supuesto que Kelsen reniega de todo lo metafísico, pero lo que aquí interesa resaltar es que su objeción no da en el blanco —refuta algo distinto de lo que sostienen los iusnaturalistas inspirados en el realismo metafísico—, y que, en cuanto pretende echar por tierra todo derecho natural, resulta falaz.

La objeción kelseniana encierra otro sofisma. Señala que la teoría del derecho natural pretende “deducir”<sup>683</sup> de la naturaleza el deber ser. Indudablemente, Kelsen tiene en mente la postura racionalista, que considera los preceptos de derecho natural como un conjunto de conclusiones derivadas de un concepto o principio abstracto. Pero, como hemos puesto de relieve, éste no es el auténtico camino por el cual nuestra razón descubre esos preceptos, que se captan mediante una profundización en el ser del hombre, en la que prima el conocimiento por vía de evidencia. Bien sabe Kelsen que es posible este tipo de conocimiento: él, por ejemplo, considera el dualismo *Sein-Sollen* como evidente.<sup>684</sup>

Es lo que sucede con los primeros principios: es el modo de captar el primer principio de la razón práctica —haz el bien y evita el mal—, que conecta el ser y el no ser —que en cuanto apetecible o rechazable se llaman respectivamente bien y mal— con el deber ser positivo o negativo. No se puede llegar a esos principios por un razonamiento deductivo: si ello fuera

<sup>682</sup> Sancho Izquierdo, M., Hervada, J., *Compendio de derecho natural*, cit., II, p. 312.

<sup>683</sup> Por ejemplo, JDN, n. 31, p. 103.

<sup>684</sup> TP (2a. ed. al.), n. 4b, p. 19.

viable, dejarían de ser primeros principios. Volveremos dentro de poco sobre esto. De momento hay que subrayar la ineficacia de los embates lógicos que dirige Kelsen contra el derecho natural, porque ellos no aciertan a dar en el clavo. Muestra, por contraste, que el ser al que apunta la ciencia jurídica no puede identificarse con el de las ciencias naturales y que la captación de las relaciones entre el ser y el deber ser ha de situarse principalmente en el ámbito de las evidencias.<sup>685</sup>

#### 4. *Ser y deber ser en óptica realista*<sup>686</sup>

El *Sein* kelseniano se ha reducido a dato científico-experimental o a interpretación trascendental de ese dato, vaciándose de cuanto escape a ese enfoque: esencia, fines, valores, etcétera. El *Sollen*, por su parte, también ha sido desvinculado de todo elemento metafísico o moral, y se presenta como un nexó lógico dentro de una peculiar esfera de sentido.

En virtud del realismo y de la consiguiente apertura a la metafísica que hemos expuesto en páginas anteriores, ambos conceptos kelsenianos nos parecen ajenos a una auténtica ciencia de lo jurídico, y, por tanto, inútiles para ella. Además, el *Sollen* del que habla nuestro autor, precisamente debido a su extremada depuración de todo lo no jurídico —entendido el derecho al modo “puro”—, termina siendo una noción singularmente oscura<sup>687</sup> sobre la que el mismo Kelsen no ha dado mucha luz. Esta oscuridad del “deber ser” en la *Teoría pura* no nos extraña: diríamos que es la inevitable consecuencia de su “purificación”, que, al intentar despojarlo de elementos esenciales, obtiene un producto sin sentido que se define primordialmente de un modo negativo, por oposición al deber ser moral de carácter absoluto —que sería sólo ideológico—.

La manera de escapar a este entramado tan laboriosamente construido consiste en recurrir a otros conceptos del ser y del deber ser que permitan un esclarecimiento de sus relaciones en el ámbito jurídico.

A la ciencia jurídica no le compete el estudio de estas nociones en toda su extensión, ya que ello excede no sólo sus cometidos como ciencia positiva, sino también el ámbito de las tareas del saber jurídico, incluso filosófico.

<sup>685</sup> Piñón, Antonio T., “Is it Possible to Derive a “Moral” Ought from a Statement of Fact?”, *Persona y Derecho*, 5, 1978, pp. 615-626.

<sup>686</sup> Derisi, O. N., *Los fundamentos metafísicos del orden moral*, Madrid, C. S. I. C., 1969.

<sup>687</sup> Leoni, B., *op. cit.*, y el trabajo de Reyes Soto, Nelson, “El concepto de deber jurídico en la teoría pura del derecho”, AA.VV., *Apreciación crítica de la teoría pura del derecho*, *cit.*, pp. 135-152.

Pero esto no obsta al hecho de que se deba partir de una concepción filosófica sobre tan decisiva materia, ya que ello condicionará todo el saber jurídico no sólo a nivel fundamental, sino también a nivel estrictamente científico. La mejor prueba de esto último es echar una ojeada a lo que acontece en la doctrina de Kelsen: comprobar las innumerables y aparentemente tan técnicas consecuencias que de tan remoto principio, como es el de la separación *Sein-Sollen*, pueden provenir.

Un análisis filosófico del ser y el deber ser excede, con mucho, los límites de este trabajo. Por este motivo sólo destacaremos algunos rasgos que nos parecen de especial importancia a la hora de cimentar la ciencia jurídica sobre sólida base filosófica. Queremos también dejar constancia, para evitar equívocos, de que al hablar del ser lo tomamos como sustantivo, esto es, como sinónimo de ente. No nos referimos a lo que en metafísica se denomina el acto de ser.

En primer término, hay que destacar que ser y deber ser son nociones metafísicas. Por consiguiente, no se pueden entender a nivel puramente científico-positivo. Y no son nociones lógicas, como las de género, especie, silogismo, etcétera; ni tampoco son meras categorías gnoseológicas. Son conceptos a través de los cuales aprehendemos la realidad. Por consiguiente, ser y deber ser se dan en la realidad, y son conocidos —como realmente existentes— por nuestra inteligencia. Estas afirmaciones, obviamente, suponen apartarse sustancialmente de los presupuestos imanentistas o trascendental-lógicos de Kelsen.

Sin embargo, parece que lo anterior es más difícil de comprender en el caso del deber ser. Efectivamente, lo que debe ser aún no es. Luego, cabría pensar que no se da en la realidad, sino en un mundo ideal, distinto y separado de lo real. Para contestar a esta dificultad, es imprescindible situarse en un plano metafísico, que es el adecuado a todo este tema. Si algo *debe* ser, ello supone —fuera de otras condiciones que de momento no nos interesan— que ese algo puede ser, o sea, que está en potencia de ser. No es en acto, pero puede pasar a ser de un modo actual (o bien, puede continuar siendo tal como ya es, lo que supone la posibilidad de que deje de ser así). De este modo, nos salen al paso las nociones metafísicas, de raigambre aristotélica, de acto y potencia, en las que ahora no necesitamos adentrarnos mayormente. Solamente quisiéramos resaltar que en el realismo filosófico que se remonta a Aristóteles, la potencia es una realidad, aunque imperfecta y ordenada al acto. No es una simple posibilidad lógica, sino algo inherente a todo ser limitado, que no es acto puro. Por esta razón, se puede decir que hay un ser del deber ser aunque ese ser sólo sea potencia.

Por otra parte, el ser que interesa a la ciencia jurídica no es, de modo inmediato, el ser en toda su amplitud —objeto de la metafísica, como parte principal de la filosofía—. Las realidades que preocupan al jurista son humanas. De ahí que su mirada se oriente ante todo al ser del hombre. La ciencia jurídica ha de contar con unos puntos de partida firmes acerca de la naturaleza humana, sus propiedades, operaciones y fines naturales. También habrán de preocuparle otras zonas de la realidad —a las que a menudo se alude con la expresión “naturaleza de la cosa”—, pero ellas le importan tan sólo en la medida en que se relacionan con el hombre en su dimensión jurídica.

La antropología filosófica estudia el ser del hombre o nivel ontológico. Como todas las ramas de la filosofía, ella se subordina a la metafísica. A su vez, de la antropología filosófica recibe la filosofía del derecho sus principios sobre esta materia, y la ciencia jurídica opera sobre la base inmediata de las conclusiones iusfilosóficas acerca del hombre.

A continuación, esbozaremos algunos aspectos centrales del ser del hombre, a cuya luz podremos mostrar en qué consiste su deber ser. Nos ceñiremos a dos puntos: el hombre tiene fines naturales, y es un ser personal y, en consecuencia, libre.

La primera de las afirmaciones enunciadas se funda en la existencia de una naturaleza humana, es decir, de una esencia que todo individuo humano realiza, y que es principio de unas operaciones específicas. Esto implica negar que el hombre se disuelva en un puro fluir histórico. No podemos entrar ahora en la fundamentación de esta tesis; baste decir que el sentido común se resiste a pensar que al referirnos al hombre sólo aludimos a un nombre o a una convención del lenguaje, sin que captemos una esencia siempre presente, más allá del vaivén de los tiempos y de las circunstancias.

Como ser dotado de una esencia que permanece inalterada en cuanto tal a través de la historia de la humanidad y en la existencia de cada individuo, al hombre le competen determinadas operaciones, sobre todo las que derivan de la racionalidad que le distingue en el mundo de los seres vivientes: pensar y querer. El hombre se nos muestra no como un ser acabado, que posea desde el principio de su vida todo aquello que puede alcanzar. Al revés, es un ser en trance permanente de perfeccionamiento a través de su obrar. No es acto puro, sino mezcla de acto y potencia. Ahora bien, sus actuaciones tienen un sentido que se ilumina precisamente desde una consideración ontológica de la naturaleza humana. Esta es la naturaleza de un ser finito, abierto a una gama de posibilidades existenciales —que no cambian, por cierto, su estatuto ontológico esencial—. Esas posibilidades no son indiferentes ni se sitúan todas al mismo nivel. Se distinguen radicalmente entre

sí aquellas que perfeccionan al hombre, según su naturaleza, de aquellas que, también conforme a su condición humana, le degradan o disminuyen. No da lo mismo, por ejemplo, colaborar constructivamente con el propio quehacer profesional en la vida social, que contribuir a sembrar el caos mediante una lucha armada sin justificación. Lo uno enriquece al mismo hombre —además de todos los efectos sociales beneficiosos que acarree—; lo otro, fuera del daño que causa, empobrece al sujeto, y en cierto sentido, lo deshumaniza. De este modo, en la misma naturaleza están inscritas determinadas tendencias, cuya actualización redundaría en un acabamiento perfectivo del ser humano. Sin entrar en la cuestión capital sobre el fin último del hombre, lo dicho equivale a sostener que hay fines que le convienen según su naturaleza, que le son esencialmente propios, los que van desde la conservación de la vida biológica hasta el conocimiento de la verdad a la que se ordena su inteligencia, incluyendo una serie de tendencias que dimanarían de la socialidad que le es connatural.

Al mismo tiempo, el hombre es un ser personal y, por ende, libre. Todo hombre, dotado en virtud de su naturaleza de esa facultad que llamamos razón, es persona. La excelencia del ser personal tiene múltiples manifestaciones. Aquí destacaremos tan sólo una: cada hombre —ser único e irrepetible— es dueño de sus propios actos, lo que se funda en un radical señorío de sí mismo, aunque este autodomínio esté limitado por la índole de su misma naturaleza finita y creada. Relacionando este dato antropológico con el de la existencia de fines naturales, vemos que caracteriza al hombre el poder dirigirse por sí mismo hacia la consecución de esos fines. Ellos no se le presentan con una necesidad inexorable ni como impuestos desde fuera. Es el hombre mismo quien, conociéndolos y queriéndolos, ha de obtenerlos. Surge así este rasgo decisivo de nuestro modo de ser: la libertad, como una realidad que forma parte de nuestra condición ontológica. Toda actuación, para merecer el calificativo de humana, ha de ser libre. Por esto, hasta el mismo jurista vienés, tan convencido determinista, echa mano de esta palabra —“libertad”— para explicar la posibilidad de imputación.<sup>688</sup> Esta libertad no puede desvincularse de la naturaleza y de los fines naturales del hombre. De ahí que connote una responsabilidad: la persona humana, dueña de sí, da cuenta de sí y de sus actos. El dominio sobre sí tiene una orientación finalística. Si actúa libremente de acuerdo con su fin, alcanza su progresiva plenitud en cuanto hombre; de otro modo, se deteriora a sí mismo.

En este contexto ha de colocarse el problema de las relaciones entre el ser y el deber ser. Hemos atisbado un poco de la riqueza del ser humano,

<sup>688</sup> *Supra*, cap. III, n. 13.

lo suficiente como para aproximarnos con nuevas luces a la solución que buscamos.

Si el hombre es un ser finito, o sea, en el que coexisten acto y potencia, es un ser que, siendo esencialmente lo que es, puede ser de múltiples maneras. Esa es la primera pieza conceptual del deber ser: el poder ser. En segundo lugar, de entre esos variados “poder ser”, los hay que son congruentes con los fines naturales del hombre, como igualmente existen otros que le apartan de tales fines. Y el ser humano tiene la capacidad de realizar libremente esos diversos “poder ser”, escogiendo entre ellos. Como esta libertad no puede disociarse de su finalidad, aquellos “poder ser” que lo conducen a la perfección adecuada a su esencia se le presentan como “deber ser”, puesto que su realización —exigida por los fines naturales— es fruto de su libre obrar, y cabe la posibilidad de defección respecto a esas exigencias de su ser así finalizado.<sup>689</sup>

En suma, el ser del hombre es de tal naturaleza que funda un deber ser. La finitud, la finalidad y la libertad son tres datos metafísicos que nos abren el camino de esa fundamentación. El hombre es un ser finito, que a la vez ya es, y aún no es: al contrario del Ser infinito, que sólo es y no necesita llegar a ser, porque ya realiza todo el ser posible con la máxima perfección. En ese “ya es” del hombre está inscrita una exigencia de ser aquello que todavía no es.

Este parcial *aún no* se manifiesta en las tendencias e inclinaciones naturales a obtener unos fines, cuya consecución constituye su realización o plenitud de ser. Pero el ser del hombre llama a su plenitud. La realización o plenitud de ser; no es una mera posibilidad, es una llamada del ser, porque el ser inicial reclama la realización perfectiva, como algo que está contenido potencialmente en él y que le corresponde por su misma condición de ser personal, pues la persona reclama... el acto de ser. En el ser mismo del hombre está su plenitud de ser como *deber-ser*. El ser personal del hombre se presenta como *exigente*. Como exigente ante sí mismo (deber-ser de orden moral) y como exigente ante los demás (deber-ser de orden jurídico). El imperativo racional representa la captación de una exigencia ontológica.<sup>690</sup>

Y como esta exigencia ha de realizarse por medio del conocer y del querer, aparece propiamente como deber.

En suma, el ser del hombre funda su deber ser, y este deber ser tiende al ser, ya que su sentido, como tal deber, implica una teleología que se consu-

<sup>689</sup> Hervada, J., *Introducción crítica al derecho natural*, cit., pp. 146 y ss.

<sup>690</sup> *Ibidem*, pp. 149 y 150. Cursivas en el original.

ma al realizarse en acto. Por tanto, el puente que une el ser con el deber ser es el hombre.<sup>691</sup> Aunque tal vez convenga renunciar a la imagen del puente, en cuanto implica una separación previa que no se justifica en absoluto.

### 5. *Deber ser jurídico y deber ser moral*

A estas alturas, y con toda razón, ya se habrá planteado el lector un interrogante clave para la crítica de la *Teoría pura*: ¿qué ocurre, en esta concepción realista que hemos descrito, con el deber ser jurídico?, porque, al fin y al cabo, éste es el que reclama nuestra atención, y cuanto llevamos dicho pareciera referirse sólo al deber ser moral.

Concedemos que las consideraciones precedentes se aplican ante todo al deber moral. El hombre tiene un fin último —decisivo para fundar la moralidad—, al cual se subordinan todas sus finalidades secundarias. El valor moral de sus actos depende de su orientación con respecto a esa finalidad última.

Pero ¿en qué medida alcanzan al deber ser jurídico esos planteamientos sobre el ser y el deber ser que hemos perfilado? Para procurar encontrar una respuesta hemos de formularnos una pregunta previa, sobre qué es el deber ser jurídico.

Para Kelsen, el deber ser jurídico es el deber ser de la sanción o, más en general, del acto coactivo. Como sabemos, entiende la obligación jurídica de un sujeto como “...una norma jurídica positiva, que ordena la conducta de ese individuo, al enlazar con el comportamiento contrario una sanción”.<sup>692</sup> Como el deber ser es atribuido por nuestro autor al ser debido del acto coactivo, en rigor —dentro de la doctrina kelseniana— no se puede afirmar que el *Sollen* corresponda al sujeto que ha de actuar, o sea, a aquel que puede cometer o evitar el ilícito con su conducta. Tampoco Kelsen atribuye el deber ser a la conducta del sujeto que ha de aplicar la sanción. En efecto, aunque la aplicación del acto coactivo sea para él sólo facultativa o le esté positivamente permitida, Kelsen hablará del *Sollen* de la sanción. Por supuesto que el sujeto que aplica la pena puede encontrarse obligado a hacerlo, pero ello no será sino una consecuencia de la existencia de otra sanción prevista para el evento de que no se aplique la primera. Por consiguiente, el deber ser kelseniano no atañe a ningún ser humano, no es

<sup>691</sup> Lachance, Louis, *Le Droit et les droits de l'homme*, París, Presses Universitaires de France, 1959, p. 3, donde enfoca al hombre como el nexo que une la naturaleza con la cultura, y que ha escapado a la visión de los positivistas.

<sup>692</sup> TP (2a. ed. al.), n. 28a, p. 130.



imperativo que recaiga sobre un individuo. Es, por el contrario, pura conexión lógica que en el mundo ideal de la norma liga el acto coactivo con sus condiciones. Aunque no puede olvidarse que el último Kelsen conecta la norma con actos reales del querer y que los diversos sentidos del deber ser aparecen primariamente como sentido subjetivo de esos actos; este sentido continúa afectando primariamente a los actos coactivos.

Esta concepción del deber ser jurídico, que lleva al extremo la identificación entre derecho y coacción, trata de separar el *Sollen* jurídico con respecto al *Sollen* moral absoluto,<sup>693</sup> sin perjuicio de que hasta el deber ser moral empírico se termine concibiendo, hasta cierto punto, según el esquema coactivista.

Este enfoque kelseniano es irreal y, por tanto, profundamente desacertado. Ante todo, porque desvincula de los sujetos humanos el deber ser. Para construir una doctrina pura del derecho, Kelsen ha recurrido a un concepto ideal, que ha intentado desligar al máximo de aquello que todo el mundo entiende por deber. Desde luego, su *Sollen* es un deber de nadie, que no corresponde a ningún hombre (al sujeto le corresponderá, si es el caso, el *Pflicht*, obligación jurídica, que ocupa un lugar secundario en la construcción). Por ende, al deshumanizarse, el deber ser se ha tornado irreal. Es una entidad puramente de razón a la que sólo puede corresponder una existencia intramental. No es extraño, por este motivo, que la crítica se esfuerce por dilucidar qué significa el *Sollen* kelseniano, y que esos esfuerzos no tengan como meta la realidad, sino la mente del creador de la *Teoría pura*.

A este inconveniente fundamental del deber ser puro se añade el de su conexión esencial con la sanción en el derecho. Por ahora, es suficiente una consideración muy simple: la sanción sólo se explica en razón del acto sancionado. El propio Kelsen, al referirse a las funciones psicológico-sociológicas del derecho, no puede menos de reconocer que lo que se persigue con el derecho es un orden social determinado, y que las conductas son sancionadas porque se oponen a ese orden. ¿Por qué esta perspectiva se limitaría a la sociología, sin valer también para la ciencia jurídica? En el marco de la *Teoría pura* la respuesta es clara: porque de aceptarse ese enfoque, centrado en lo que se manda y no en la sanción, ya no tendríamos modo —según Kelsen— de separar el deber ser jurídico del deber ser moral, y, en consecuencia, acabaríamos concibiendo el ilícito como algo real, y echando por tierra hasta la separación *Sein-Sollen*.

Pero a nosotros no nos importan estas secuelas si ellas son impuestas por la realidad. Y es precisamente el caso: el deber ser de la sanción sólo se

<sup>693</sup> TP (2a. ed. al.), n. 28b, pp. 131 y ss.

explica en función del incumplimiento del deber del sujeto que ha de ser sancionado. Éste último es el deber ser primario, sobre el que tiene que recaer fundamentalmente nuestra atención como juristas.

Sobre la base del concepto de derecho como cosa justa, que más adelante explicaremos, sostenemos que el deber ser jurídico primordial es el que corresponde a cada ser humano ante los derechos de los demás hombres y de las colectividades. Estos derechos pertenecen a cada titular, como algo propio, suyo, y que, en tanto se relaciona con los demás, aparece como debido. El deber ser jurídico es deber de respetar los derechos ajenos y, si se hubieran violado, llevar a cabo la correspondiente restitución o reparación. Los derechos se caracterizan por su exigibilidad ante los otros sujetos. Así, el deber ser de orden jurídico tiene rasgos peculiares: es un deber ser hacia los demás en cuanto estos son titulares de derechos —como corresponde a la nota de alteridad de lo jurídico—; es un deber que mira a cosas o acciones exteriores, que son las únicas que pueden deberse jurídicamente a otros y ser reclamadas por estos en justicia; puede satisfacerse externamente con cualquier ánimo subjetivo, incluso por la fuerza, etcétera.

No obstante estos rasgos distintivos, el deber ser jurídico, en tanto deber ser, se conecta, igual que el deber ser moral, con las exigencias que proceden de los fines del hombre y, por tanto, de su mismo ser. Su fundamentación ontológica se encuentra en las mismas realidades que sirven de base a todo deber ser humano (finitud, finalidad, libertad), aunque se distinga con rasgos típicos derivados de sus notas de alteridad, exigibilidad social y exterioridad. Sería inoportuno emprender aquí una más detallada discusión del complejo problema de las relaciones entre deber ser jurídico y deber ser moral. En todo caso, la *Teoría pura* enseña con gran claridad que toda tentativa de escindir radicalmente ambas clases de deber ser está condenada al fracaso. Privado de fundamentación en el ser humano y en su moralidad, el deber ser jurídico es una construcción irreal y sin sentido.

## 6. *La captación del deber ser*

En varias oportunidades hemos aludido a la rígida separación que Kelsen establece entre la razón y la voluntad. A la primera toca sólo la función cognoscitiva, que no podría traspasar la barrera de lo empírico. En cambio, las normas se relacionarían con actos de la voluntad, constituyendo el contenido significativo de estos. En el secular debate entre intelectualistas y voluntaristas respecto a la noción de ley, nuestro autor toma partido entre los últimos, hasta el extremo de que no concede ninguna participación esencial

a la razón en la creación de las normas. A la vez, piensa que la captación de las normas naturales por una razón práctica supondría acudir a una facultad intrínsecamente contradictoria. La razón práctica, en efecto, importaría una inaceptable confusión entre lo cognoscitivo y lo volitivo. Por tanto, el deber ser sería el sentido de un acto del querer, no de un acto intelectual, aunque —obviamente— puede conocerse el deber ser una vez que ha sido producido por la voluntad.

Antes de criticar este enfoque, conviene percatarse de sus limitaciones inmanentes, elocuente indicio de su falsedad. Con su postura voluntarista, el entero proceso de producción y aplicación de normas jurídicas queda librado a la más total arbitrariedad. En el marco de las opciones que deja la norma superior, quien la aplica podría escoger a su antojo, y siempre escogerá en forma jurídicamente correcta, según nuestro autor. Más aún, puede optar por salirse del marco, y si tal opción se impone en los hechos, nada objetaría Kelsen. Quien posea un mínimo de sentido jurídico rechazará esta solución, como opuesta a la esencia de la vocación del jurista: contribuir a iluminar, desde su punto de vista científico, el concreto panorama de la vida jurídica. En los últimos años, por otra parte, Kelsen sostuvo la impotencia de la ciencia jurídica para solucionar los conflictos planteados entre normas. A esta posición fue llevado por la fuerza interna de su voluntarismo y de su rígida incomunicación entre querer y saber. De las normas sólo podría predicarse la validez o la nulidad; no la verdad o la falsedad. Por tanto, expresándose rigurosamente desde la perspectiva del último Kelsen, no habría normas contradictorias, y ni siquiera respecto a las proposiciones jurídicas que las describen cabría hablar de contradicción. Los conflictos normativos se asemejarían a choques entre fuerzas opuestas. Es el irracionalismo llevado al extremo, hasta poner en peligro la misma intención sistemática y de ordenación social que traspasa la obra kelseniana. Tras esto, la ciencia jurídica, en el sistema de la *Teoría pura*, parece perder gran parte de su sentido.

Estos resultados tan poco halagüeños nos llevan a meditar sobre las mismas bases de la cuestión en examen. Sólo formularemos algunas indicaciones acerca del camino que estimamos correcto en esta materia. En el fondo retomaremos, desde otro ángulo, un tema que ya hemos abordado repetidamente: la verdad práctica.

Razón y voluntad son facultades distintas que tienen un sujeto común, el hombre. Nos parece inobjetable la distinción entre ambas, que se da primariamente entre sus objetos: el ser y el bien. Así, no puede decirse que el hombre conozca a través de su voluntad, ni que quiera por medio de su razón.

Ello no obsta a la existencia de una íntima correlación entre ambas potencias. Del lado del sujeto, esta correlación se explica por la unidad de

la persona que actúa: no es la voluntad ni la inteligencia la que realiza los actos apetitivos o cognoscitivos, sino que es la persona la que, a través de esas potencias, quiere o conoce. Ello explica la posibilidad de que ambas facultades, en el concreto obrar libre y racional del hombre, se hallen estrechamente vinculadas, como vemos que ocurre realmente, en cuanto para conocer hace falta querer conocer, y para querer es necesario saber qué se quiere. Por otro lado, desde el ángulo del objeto la interrelación es también muy clara. Se funda en dos principios de la más clásica metafísica: el ser y el bien se convierten; y el bien tiene razón de fin. El bien no es algo ajeno al ser, sino que es el mismo ser en cuanto apetecible, esto es, en cuanto por su perfección puede suscitar la tendencia apetitiva. Y ese bien tiene razón de fin, puesto que la tendencia —dimensión propia de la causa final— se orienta a lo apetecible.

¿Qué papel desempeña la razón en el comportamiento humano? Kelsen, al impugnar el concepto de razón práctica, respondería que ese comportamiento proviene íntegramente de los impulsos apetitivos del hombre, sin que quepa una regulación racional de esos impulsos. En el ámbito práctico, la razón podría tener alguna intervención en la gestación de las ideologías, esas desfiguraciones de la realidad que con tanto ardor combate nuestro autor, si bien ellas, en definitiva, procederían de los intereses y de las correspondientes emociones subjetivas. Consecuente con esta visión, la apelación del jurista austriaco a ciertos valores —como la tolerancia o la libertad—, a los que declara prestar su adhesión, sería puramente emotiva e irracional.

En primer lugar, no porque Kant haya confundido a menudo la razón práctica con la voluntad,<sup>694</sup> concluiremos de allí que esa confusión sea insoslayable. La tesis, opuesta a esa identificación —enunciada, por lo demás, por el mismo Kant en repetidas ocasiones—, es exacta: la razón práctica no es una facultad distinta de la razón especulativa. Son sólo dos funciones de una misma facultad: la razón. La función práctica es aquella que se ejerce en el terreno de la actuación concreta del hombre. Por consiguiente, la razón práctica, al igual que la especulativa, se distingue netamente de la voluntad.

Lo anterior supone que podemos conocer, en el ser del hombre y en su situación de cada instante, determinadas exigencias, provenientes de la misma realidad, que afectan al sentido de la conducta humana. A este propósito basta recordar cuanto expresamos acerca del deber ser, en cuanto fundado en el ser.

<sup>694</sup> Verneaux, R., *Le Vocabulaire de Kant*, París, Aubier-Montaigne, 1967-1973, II, pp. 169 y ss.

Pero ¿no interviene la voluntad en el proceso de captación del deber ser? Por supuesto que le corresponde una participación en ese proceso. De otra manera, no podría explicarse por qué tantos autores se han adherido al voluntarismo, apoyados en el convencimiento de que la voluntad no es aquí ajena.

“La aprehensión del bien —explica Derisi— supone una referencia al apetito correspondiente. Únicamente con referencia a él se constituye como bien o valor... pero no es el apetito mismo quien lo aprehende como tal: como bien, sino el conocimiento, refiriendo el ser objetivo al apetito...”.<sup>695</sup>

Describamos sumariamente la estructura de nuestro conocimiento del deber ser, en cuanto guía que ilumina nuestro obrar humano para que sea adecuado a nuestros fines naturales. Como punto de partida, nos encontramos con el primer principio de la razón práctica: “Haz el bien y evita el mal”, que se conoce por evidencia. Como ya hacíamos notar, la captación de la relación entre ser y deber ser no es fruto de un razonamiento, sino de una aprehensión inmediata. Esa captación supone una intervención de nuestra facultad volitiva que tiende a su objeto propio: el bien. Sin esa intervención, el ser no podría aparecer como apetecible. Pero ello no significa que el conocimiento del bien, y por consiguiente de su carácter exigitivo respecto a nuestro actuar —el deber ser— haya de atribuirse a la voluntad. Esto sí que implica una auténtica confusión entre saber y querer. Si hay verdaderos bienes, ellos deberán ser captados por nuestra inteligencia, por cuanto no cabe que el apetito ejerza funciones cognoscitivas: dejaría de ser apetito para convertirse en facultad intelectual. ¿Por qué Kelsen, por su parte, insiste en conectar los bienes o valores con las tendencias apetitivas? Nos parece que la contestación ha de buscarse en su relativismo, que, como ya lo hemos puesto de relieve, no le permite concebir la existencia de auténticos valores que puedan ser captados. Los valores, en Kelsen, son, por el contrario, creados por el apetito sin una base racional. Pero ello conduce irremediablemente a la disolución de los valores, que, como lo aprecia el más elemental sentido común, al ser concebidos de esa manera dejan de tener sentido precisamente en cuanto valores. En última instancia, lo valioso, o es lo realmente valioso, o es un nombre vacío, que esconde puras reacciones subjetivas arbitrarias y volubles.

Aplicando ese primer principio, nuestra razón práctica capta los bienes que el hombre debe alcanzar —sus fines naturales— como prescripciones o enunciados obligatorios que mandan hacer tal bien o evitar su contrario: estos son los preceptos de la ley natural. Ahora bien, lo decisivo para captar

<sup>695</sup> Derisi, O. N., *Max Sheler...*, cit., p. 165.

tales preceptos es conocer la naturaleza humana y sus fines propios. Ello ha de lograrse sobre todo por medio de una profundización en las exigencias de nuestra naturaleza, teniendo a la vista las reales circunstancias existentes. Por tanto, este conocimiento del deber ser no es cuestión de raciocinios deductivos, sino que entraña un proceso mucho más complejo, en el que predomina la aprehensión inmediata que presenta como obligatorias las exigencias derivadas de nuestra naturaleza. Por último, los preceptos naturales, a su vez, han de ser aplicados mediante la prudencia a cada situación concreta, llegando así al nivel inmediatamente operativo de nuestro saber práctico.

El hombre es, por consiguiente, capaz de conocer el deber ser como fundado en el ser. Si se nos pregunta cómo es ello posible desde el punto de vista lógico, simplemente tendremos que preguntarle a nuestro interlocutor si acaso juzga determinadas acciones como buenas o malas, y si ese juicio le parece racional. Si obtenemos dos respuestas afirmativas, habremos mostrado que nuestra razón realmente puede tener acceso al conocimiento del auténtico bien y mal, y podremos luego explicar el proceso cognoscitivo que nos permite arribar a esa captación de la verdad práctica sobre el deber ser del hombre. Si, por el contrario, nos salen al paso dos abruptas negativas, comprobaremos que esa persona ha logrado —al menos en apariencia— adherirse a ciertas convicciones que la apartan de cuanto, en el sentir del hombre común, da sentido a la vida humana. Precisamente porque el problema se remonta a los principios, y estos no son demostrables, en vano trataremos de convencerla mediante argumentos lógico-deductivos. El camino realmente eficaz consistirá en apelar a su querer, que así como condiciona la captación racional del bien, puede impedir esa captación y dejarnos en el más completo escepticismo frente a los problemas fundamentales de nuestra existencia.

## XLVIII. EL CONCEPTO DE DERECHO

### 1. *Las reducciones kelsenianas del concepto de derecho*

El problema central de una teoría jurídica, tanto a nivel filosófico como científico, consiste en determinar qué es el derecho. De la respuesta que se ofrezca a este interrogante capital dependen, en gran medida, todos los demás desarrollos teóricos a ambos niveles.

Según la definición de Kelsen, el derecho es norma coactiva o, si se considera el conjunto de normas, orden coactivo. Estos son los dos primeros

elementos de la aproximación kelseniana: el derecho es norma y el derecho es coactividad. Casi agregaríamos que ambos elementos se funden en uno solo, pues la específica normatividad jurídica consistiría en la coactividad.

Para completar esta descripción, es oportuno añadir dos elementos distintivos de la idea kelseniana del derecho. El primero procede de la inclusión del punto de vista dinámico en la teoría jurídica. En virtud de este elemento, el derecho aparece como autogénético, es decir, la producción de una norma jurídica se basaría siempre en otra norma jurídica: el derecho es creado por el derecho. Nótese que, con el fin de reducir todas las normas al patrón de la norma coactiva, Kelsen recurre al punto de vista dinámico. Así, por ejemplo, las normas que facultan, aunque no se refieren en algunos casos de modo directo al acto coactivo, otorgan el poder de participar en el proceso normativo que siempre conduce, según el esquema de nuestro autor, a la aplicación en concreto de la sanción.

Otra nota esencial en la concepción kelseniana es, por lo que concierne al origen o fuente de las normas, lo que podría llamarse el carácter público de todo derecho. Kelsen eliminó la supuestamente falsa antinomia entre derecho público y derecho privado. De este modo, las manifestaciones de la autonomía privada, como el negocio jurídico privado, pasan a ser actos del Estado, o sea, hechos productores de derecho, atribuibles a la unidad del orden jurídico cuya personificación es el Estado. En el fondo, en Kelsen pesa mucho el problema de la unidad del derecho. Para lograrla echa mano de la construcción escalonada, conforme a la cual la juridicidad de las relaciones privadas de derecho provendría de su dependencia con respecto a las normas emanadas de la autoridad pública o de la costumbre, que darían a los actos de los particulares su carácter jurídico. Un ejemplo lo aclara: “Que el intercambio de cartas... signifique haber celebrado un contrato, proviene exclusiva y únicamente de que esa situación fáctica encaja en ciertas disposiciones del código civil”.<sup>696</sup> Por tanto, todas las normas serían estatales, preestatales —si no se ha alcanzado el suficiente grado de centralización— o supraestatales. La esfera privada, en consecuencia, se ve como un escenario de fuerzas políticas. En suma, todo derecho tendría un origen público —procedería de un sistema normativo unitario omnipresente en su ámbito—. Con independencia de tal sistema normativo —que corresponde a un monopolio del poder—, no cabe ni siquiera hablar de derecho. Sin embargo, puede ser que la concepción final de Kelsen sobre los conflictos normativos haya atenuado esta visión monopólica del poder al admitir normas válidas que se oponen entre sí.

<sup>696</sup> TP (2a. ed. a.l.), n. 4a, p. 18.

Tenemos así las cuatro notas esenciales del concepto de derecho en Kelsen: normatividad, coactividad, autogénesis y, en el sentido precisado, carácter público. Estas características corresponden a la esencia del derecho, tal como lo capta la *Teoría pura*. Ellas implican, en nuestra opinión, reducciones significativas del concepto de derecho tomado en toda su amplitud y profundidad. Enseguida pasamos a examinar cada una de estas reducciones. Advertimos que queda fuera de este apartado lo que constituye la reducción más importante que efectúa Kelsen: la identificación entre derecho y derecho positivo. Pero ella será objeto del número siguiente.

## 2. *El derecho ¿norma, facultad o cosa justa?*

Al exponer la doctrina de Kelsen, nos referíamos brevemente a las distintas acepciones del término “derecho” en el lenguaje, tanto común como científico. Para enjuiciar el concepto kelseniano, conviene preguntarse cuál es el sentido primario o principal de la palabra “derecho”, es decir, cuál de esas acepciones corresponde más directamente a la esencia del derecho.

De antemano despejemos un posible malentendido. Privilegiar uno de los significados del derecho, en términos de sostener que éste recoge el núcleo esencial de lo jurídico, más directa y propiamente que los demás, no significa negar la posibilidad lógica de los restantes. Puede ocurrir que con una misma expresión se designen diversos conceptos relacionados entre sí. Es lo que acontece con los conceptos análogos. Nos parece claro que, en el caso del derecho, tanto la norma jurídica como la facultad de exigir lo debido y el objeto de esa facultad son derecho en un sentido analógico, no equívoco ni unívoco. Sin embargo, nos interesa determinar cuál es aquella realidad que merece primariamente y en sí misma el nombre de “derecho” (lo que, en terminología clásica, se llama el analogado principal).

Cabría pensar que ésta es una mera disquisición lógica, carente de interés para el jurista. Para desechar esta prevención, téngase a la vista la posición de Kelsen sobre esta materia, y se advertirán cuántas consecuencias se derivan del enfoque que adopta. Según el fundador de la Escuela de Viena, el derecho es esencialmente norma. Su concepción normativista, o como también se dice, normológica, es tan extremada que, aun cuando siga hablando de “derechos subjetivos”, niega que estos posean una entidad distinta de la que corresponde a las normas. Su ser es completamente absorbido en el mundo ideal normativo. Es lo que Kelsen llama la disolución del derecho subjetivo en el derecho objetivo. Esta postura se enfrenta polémicamente con la de los que atribuyen la primacía al derecho subjetivo como



facultad, tesis que, para nuestro autor, está viciada por el iusnaturalismo<sup>697</sup> y por su subjetivismo, es decir, por hallarse al servicio de intereses individuales.<sup>698</sup> Kelsen, por otra parte, pasa enteramente por alto la misma existencia de una tercera posición en esta materia, que ve en lo propio de cada uno como debido por los demás, o sea, en la misma cosa justa, aquello que primordialmente recibe la denominación de derecho. Si se le hubiera propuesto esta tesis, seguramente la habría descartado de entrada, por atribuir el derecho a una realidad, infringiendo el principio de exclusiva pertenencia de lo jurídico al mundo del *Sollen*.

El problema entraña, pues, la búsqueda de un enfoque que condiciona el desarrollo de toda la teoría del derecho. Valgámonos de un ejemplo para procurar aclarar el sentido de la cuestión. ¿Qué es el derecho a la vida? Las tres respuestas fundamentales serían: para un normativista es, ante todo, una norma que manda respetar la vida; en una concepción del derecho como facultad, equivale a poder exigir ante los demás ese respeto; en fin, para una postura no normativista, pero objetivista —que ve el derecho como la cosa justa, que es objeto de la facultad de exigir—, el derecho a la vida es la misma vida de cada hombre, en cuanto ha de ser respetada por los demás.

Nos inclinamos por la tercera solución que acabamos de esclarecer con un ejemplo.<sup>699</sup> Por un lado, estimamos que es la que corresponde a un enfoque realista del derecho. No queremos decir con esto que una perspectiva normativista tenga necesariamente que ser idealista o estar impregnada por el dualismo kelseniano ser-deber ser. Pero pensamos que el derecho debe ser concebido como algo inserto en la misma trama de las relaciones reales entre los hombres, de acuerdo con el concepto de *ius*, tal como fue entendido en la tradición romana y medieval; esto es, como una realidad justa. Si, en cambio, se atribuye la prioridad a la norma o regla, resulta problemático aferrar lo jurídico como perteneciente a la realidad social. Es fácil, en ese caso, ceder a la tentación de concebir la norma como mero esquema de interpretación de los hechos. En particular, se torna difícil la conceptualización de las normas naturales, preexistentes al querer humano, que han de

---

<sup>697</sup> TP (2a. ed. al.), n. 29a, pp. 142 y 143.

<sup>698</sup> *Ibidem*, n. 33g, pp. 199 y 200.

<sup>699</sup> Por lo que respecta a un análisis histórico, Villey, M., *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, cit.; sobre la noción en santo Tomás, Graneris, Giuseppe, *Contributi tomistici alla Filosofia del Diritto*, Turín, Sicietà Editrice Internazionale, 1949. Para un esbozo de filosofía jurídica sobre la base de este planteamiento, Villey, M., *Compendio de filosofía del derecho*, cit.; y como aplicación a la temática del derecho natural, Hervada, J., *Introducción crítica al derecho natural*, cit.

ser captadas como exigencias del ser humano. La misma teoría kelseniana nos enseña la más fácil armonización de una postura normativista con un positivismo jurídico no sociologista. Ello se explica porque se suele pensar ante todo en la norma positiva, y trasladar el concepto de ésta a las normas no positivas es siempre arriesgado.

Si se parte de la norma, se dificulta llegar a un poder jurídico que no se identifique con un mero aspecto de esa norma, y a una relación jurídica existente con independencia de esa norma. Si se reconoce la existencia de normas no positivas, probablemente estos inconvenientes serán más o menos salvables, pero de todos modos la realidad reglada parece pasar a segundo plano. Siempre da la impresión de que, en el enfoque normativista, la realidad se transforma en jurídica en cuanto se halla reglada.

En cambio, si se centra la mirada en el derecho como lo propio de un titular —lo suyo—, y que ante los demás aparece como debido, es muy sencillo conectar este derecho con la correspondiente facultad de exigirlo frente a los demás —el moderno derecho subjetivo, que ha venido a desplazar a lo que parece el primigenio sentido del *ius*—, ya que la exigibilidad le es connatural. Y a su vez, la norma se concibe como la regla o medida del derecho. Esta perspectiva aclara, además, el porqué del interés del jurista en las normas y su limitación al aspecto jurídico de éstas, es decir, a ellas en cuanto regulan los derechos y deberes de los individuos y agrupaciones humanas. Con esto no se niega que podamos atribuir legítimamente el nombre de derecho tanto a la facultad como a la norma; pero se insiste en que se trata de un uso analógico de la expresión que puede designar también esos analogados secundarios en cuanto dicen relación al principal, la cosa justa.

La perspectiva realista que venimos describiendo nos ayuda a una más precisa captación jurídica de las normas. Frente a una concepción que liga la norma de modo necesario con una autoridad o poder superior a los destinatarios, al que éstos deben obediencia, el enfoque que hemos hecho nuestro permite entender mejor la existencia de normas de derecho que no proceden del poder socialmente constituido, sino de la costumbre existente en un grupo social o de la autonomía privada de individuos y agrupaciones o de la misma naturaleza humana. El elemento común a todas estas normas consiste en que estas regulan o miden las realidades jurídicas.<sup>700</sup> Ésta es, por lo demás, una posición con antecedentes muy clásicos, por ejemplo, en la teoría del contrato como *lex privata*.

La concepción kelseniana de la norma jurídica aporta elementos valiosos en este sentido. Kelsen no conecta la normatividad con la generalidad,

<sup>700</sup> Hervada, J., *Introducción crítica al derecho natural*, pp. 131-138.

sino que incorpora a su teoría la noción de norma individual. Dejando al margen la carga de voluntarismo que penetra toda su doctrina acerca de las relaciones entre normas de diverso nivel, la conceptualización como normas jurídicas de la sentencia judicial, el acto administrativo singular, el negocio privado o el tratado internacional, aunque pueda ser discutible desde otros puntos de vista —por ejemplo, en cuanto al aspecto de innovación que pertenece a las normas—, es válida en la medida en que nos revela un rasgo común a todas estas instituciones: el ser medida de derechos y deberes. La voluntad real con la que nuestro autor conecta las normas no es siempre la de quienes detentan el poder político, sino que puede ser el consentimiento popular —en el caso de la costumbre— o el querer de los individuos que celebran un negocio jurídico.

Sin embargo, debido a la preocupación de Kelsen por el tema de la unidad del orden jurídico, el aspecto positivo que acabamos de comentar se ve contrapesado por una concepción del derecho que relaciona cada norma con las normas superiores, de modo que la validez jurídica de las normas siempre provendría de su adecuación formal con las normas situadas más arriba en la pirámide jurídica. De esta manera, por ejemplo, un contrato sería regla jurídica sólo en tanto se prevé en el código civil respectivo. Su normatividad procedería de una delegación de las normas superiores. Con ese rigor lógico que ante nada se detiene, Kelsen no teme decir que el contrato viene a ser, por tanto, un acto del Estado. Dentro de poco intentaremos dilucidar el porqué de esta posición estatista que impide, a nuestro juicio, que la teoría kelseniana de la norma individual arroje frutos más positivos. La vía a través de la cual Kelsen extiende el concepto de norma a todo tipo de reglas jurídicas de conducta, aunque no emanen directamente del poder social constituido, equivale, en última instancia, a concebir todas esas normas como dimanantes de un orden jurídico positivo total, que encuentra su primera expresión normativo-positiva en la Constitución, y que nos remite a una *Grundnorm*, que sería su fundamento y explicaría su unidad. Se puede afirmar que el jurista vienés conecta todas las normas con el poder social entendido no sólo como conjunto de autoridades establecidas, sino, más ampliamente, como situación fáctica de predominio de ciertas fuerzas sociales. Tras la norma, para nuestro autor, siempre está una organización eficaz del poder, ya que la eficacia es condición indispensable de la validez, y por consiguiente, de la suposición de la norma básica.

Una perspectiva realista habilita, por otro lado, para comprender mejor que las funciones de la norma no se agotan en la regulación de conductas. Al incluir la función derogatoria, el mismo Kelsen abandona parcialmente su exclusivismo. Pero hace falta ir mucho más allá. La regulación del dere-

cho-cosa justa por la norma no se reduce a un conjunto de prescripciones obligatorias, facultativas o permisivas. Ante todo, entraña una atribución de lo suyo a cada uno, o sea, de derechos a individuos y colectividades; así se originan los correspondientes deberes jurídicos, en cuanto esos derechos son para los demás algo debido, una deuda. Pero este atribuir derechos y deberes jurídicos implica un proceso complejo de normalización del derecho que Hervada describe en estos términos:

Un sistema jurídico ya formado no es sólo un conjunto disperso y confuso de distintos factores jurídicos; hay en él principios directivos o informadores, normas de diverso tipo y fuerza, mecanismos de aplicación de las leyes, formas de aparición de cada uno de los actos que inciden en él, exigencia de requisitos para la validez de los distintos elementos que integran el sistema jurídico o para el otorgamiento a ellos de un valor determinado, etc. Se trata de un sistema técnicamente estructurado que condiciona y modaliza, a través de sus mecanismos técnicos, la vigencia y la aplicación del derecho. En suma, un sistema jurídico ya formado es un sistema *formalizado*. ¿En qué consiste la *formalización*? Consiste en la tecnificación de los distintos factores y elementos que integran el derecho, mediante el recurso de darles una forma, atribuirles una precisa eficacia, en sí mismos y en relación con los demás, prever los instrumentos técnicos para realizar y garantizar su eficacia, establecer las condiciones y requisitos para que sean válidos o eficaces, etc. Con ello, se tiende a garantizar con seguridad y certeza la función y el valor de cada factor o elemento jurídico en el contexto de un sistema concreto.<sup>701</sup>

Así, el derecho, visto en clave normativa, aparece como una estructura ordenadora de la sociedad, en la que, junto a las normas que prescriben comportamientos, están aquellas que constituyen u organizan la vida jurídica, regulando, por ejemplo, los aspectos enumerados en la cita precedente, creando sociedades u órganos jurídicos, delimitando competencias, estableciendo sistemas de tutela de los derechos, etcétera.<sup>702</sup>

La primera reducción kelseniana —del derecho a pura norma— nos parece que ha de superarse mediante una concepción que, centrada en la realidad de la cosa justa, permita además captar mejor el mismo papel de la norma jurídica. Por lo demás, el último Kelsen, cuando reconoce la diversidad de funciones de las normas o cuando confecciona su elenco de

<sup>701</sup> *Ibidem*, p. 180. Las cursivas pertenecen al original.

<sup>702</sup> Hervada, J., *El ordenamiento canónico, I. Aspectos centrales de la construcción del concepto*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1966. Aunque se refiere al derecho canónico, muchas de sus observaciones nos parecen válidas para cualquier orden jurídico.

normas dependientes, da una buena muestra de ser muy consciente de las estrecheces del esquema que utiliza, al que, no obstante, continúa aferrado, porque sus presupuestos le impiden salir de él a través de un enfoque realista.

Por otro lado, a través de la *Teoría pura* puede también ponerse de relieve la primacía del derecho como objeto de la justicia, sobre el derecho como poder o facultad. La doctrina kelseniana sobre los incapaces de hecho proporciona una vía apta para mostrarlo.<sup>703</sup>

Como se recordará, nuestro autor sostiene que los incapaces de hecho no son titulares de derechos subjetivos, sencillamente porque entiende el derecho subjetivo como el poder jurídico de actuar reclamando un derecho, y lo que define al incapaz de hecho es justamente su incapacidad de actuar. El titular del derecho, en tal caso —si se quiere buscar un titular— sería el representante legal del incapaz, quien debe ejercer el derecho en interés del incapaz.

Pensamos que el modo más eficaz de escapar a esa visión consiste en someter a examen el mismo concepto de derecho subjetivo del que parte Kelsen. Si nos fijamos, como él, ante todo en el poder de actuar, se plantea la cuestión decisiva: ¿cuál es el objeto de ese poder de actuar? Según el jurista de Viena, ese objeto consistiría en hacer valer en derecho el incumplimiento de una obligación jurídica que otro individuo tiene respecto al titular del derecho subjetivo (o sea, de la acción). Este hacer valer el incumplimiento quiere decir participar en el proceso que lleva a la aplicación de la sanción. Centrémonos en el caso de la sanción civil, por ejemplo, una indemnización de perjuicios. Si nos preguntamos por qué razón un sujeto debe indemnizar a otro, y por qué el tribunal ha de condenarlo en tal sentido, Kelsen respondería que ello tiene lugar porque la ley lo establece así. Pero si le interrogásemos acerca del fundamento con el que prescribe esto la norma, se limitaría a decirnos que se trata del sentido del acto de voluntad del legislador, que tiene un sentido objetivo de norma válida en tanto el acto se ha llevado a cabo de conformidad con la Constitución y, en último término, con la *Grundnorm*. Pero ¿cuál es el fundamento real de esta disposición legislativa? El que dirigiera esta pregunta a Kelsen daría una buena prueba de no estar muy al tanto de los principios de la *Teoría pura*, que cierran toda posibilidad de darle respuesta. Situados fuera de esos principios, nos parece evidente que el fundamento de la acción debe encontrarse en un derecho realmente existente —aunque no esté técnicamente conceptualizado como derecho—. Este derecho es el que ha sido violado mediante el acto que causó los perjuicios. El derecho subjetivo, como facultad, tiene como objeto

<sup>703</sup> TP (2a. ed., al.), n. 31, pp. 168 y ss.

una realidad a la que también designamos como derecho. Es el derecho por cuya infracción se reclama, el cual fundamenta la facultad correspondiente de exigir la indemnización: éste es el derecho como cosa justa.

Descubierto este sentido del derecho, es relativamente fácil explicar la situación de los incapaces de hecho. Estos tienen derechos: repugna el negarles la titularidad de ellos, y en primer lugar de los derechos naturales de todo hombre. Pero ya sea por razones naturales o positivas, no pueden actuar por sí mismos ejerciendo esos derechos o defendiéndolos. En este contexto, resulta más claro atribuirles incluso la facultad de exigir el respeto a sus derechos —el derecho subjetivo—, aunque no les corresponda el ejercicio de esa facultad. Si el derecho es una realidad que tienen como suya, como propia, y que es una deuda para los demás, en esa realidad se funda la capacidad de utilizar los medios de tutela jurídica que brinda el ordenamiento. Así, al igual que los hombres tenemos inteligencia y voluntad antes de llegar al uso de razón —sólo que no podemos valernos de esas facultades—, el incapaz tiene derechos, y también facultad de exigir la conducta debida de los demás, aunque no pueda poner en práctica esa facultad.

### 3. *La coacción en el derecho*

El derecho como sistema social se distingue, según Kelsen, por ser coactivo. La coactividad vendría a ser la nota característica del derecho frente a los demás sistemas sociales. La existencia de sanciones socialmente organizadas, con el posible recurso a la fuerza física en caso de resistencia, aparece ante la mirada del jurista vienes como una realidad empírica. Se trata de fenómenos que acompañan a todo orden jurídico positivo, al menos a los derechos estatales del presente.

Sin embargo, el principal problema de fondo que, a nuestro entender, plantea en esta materia la *Teoría pura* no se refiere tanto al tipo o clase de sanciones propias del derecho —o sea, la cuestión específica de la coactividad—, sino que atañe, más bien, a la función que, en general, cumple la sanción en la norma, puesto que Kelsen sostiene que las normas jurídicas ordenarían una conducta sólo en cuanto sancionan su contraria. De ahí que la proposición normativa esencial, que describe la norma independiente, se referiría a la imposición del acto coactivo bajo las condiciones estatuidas por la misma norma.

A pesar de esto, Kelsen no puede negar la existencia de normas dependientes que ordenan la conducta opuesta a la sancionada. Incluso, con cierta frecuencia —por ejemplo, al tratar de las normas categóricas, de las rela-

ciones entre norma y valor, o de la eficacia de las normas— parece olvidar su postura, y pasa a centrarse, sin previo aviso, en las normas dependientes, casi como si ellas fueran las principales.

Ello demuestra que ni siquiera Kelsen, con todo su rigor metodológico, es capaz de permanecer fiel a ese planteamiento, que identifica lo jurídicamente ordenado con lo sancionado coactivamente. Se explica fácilmente este deslizarse hacia la “norma dependiente” si se analiza muy someramente el concepto de sanción.

Sanción, entendida aquí en su sentido más lato, es toda reacción que en determinado ordenamiento normativo se prevé ante determinados actos o situaciones, ya sea invalidándolos o haciéndolos ineficaces, o bien, para restaurar un estado de cosas indebidamente inalterado, o para recompensar o castigar de algún modo a quienes los realizaron. Esta aproximación a la noción de sanción sólo procura resaltar un elemento común, esencial a toda sanción: su referencia a un determinado acto o supuesto. La sanción es, por su misma esencia, una re-acción. No sólo supone un acto humano como una de sus condiciones —lo que gustosamente concede Kelsen—, sino que todo su sentido sancionatorio sólo se explica en relación con ese acto. De otro modo, carece de sentido en cuanto sanción. El fundamento y medida de la sanción reside en el supuesto al que se aplica.

Kelsen da un giro, cuyas motivaciones de purificación ya nos son conocidas: para él, la sanción es la que da sentido al acto sancionado; en concreto, el ilícito es tal, sólo en cuanto es condición de un acto coactivo. Este giro contraría una elemental evidencia acerca de la naturaleza de la relación ilícito-sanción, conforme a la cual el *prius* corresponde al ilícito, y el *posterius*, a la sanción.

La inversión operada por Kelsen se mueve en el trasfondo de la separación entre ser y deber ser, que lo lleva a oponerse a la existencia real de la licitud o ilicitud. Las nociones de licitud o ilicitud, de juridicidad y antijuridicidad sufren una profunda mutación. Lícito sería lo no sancionado, e ilícito, lo sancionado. Se rechaza un criterio distinto, en el cual nuestro autor descubre huellas del iusnaturalismo.

Ante estas conclusiones, pensamos que se experimenta una natural repugnancia. Ellas se corresponden muy bien con la completa deshumanización del ámbito jurídico, y la cabal indefensión jurídica frente a cualquier exceso de quien, con una normativa positiva eficaz, detente el uso de la fuerza, rasgos tan propios del positivismo kelseniano. Para evitar estas consecuencias, el rigor lógico del creador de la *Teoría pura* nos ha dejado abierta sólo una vía, la más coherente: ver en lo lícito y en lo ilícito algo real, no meramente lógico. Este realismo, como es obvio, se aviene perfectamente

con la existencia de realidades jurídicas anteriores e independientes a las normas positivas.

En esta materia, como en tantas otras, hemos de manifestar nuestra gratitud a Kelsen por haber llevado al límite las tesis que se venían incubando en el positivismo jurídico dieciochesco, y así haber dejado al descubierto toda su insuficiencia para una captación verdadera de los fenómenos jurídicos. El prejuicio antiusnaturalista conduce a concepciones forzadas, a las que nuestra mente sólo se adapta gracias a un esfuerzo lógico sostenido, sin que lleguen nunca a acostumbrarse del todo.

El sistema de sanciones jurídicas, en óptica realista, no crea la juridicidad, sino que la garantiza. Supone la existencia de derechos, y la posibilidad de su violación, y pretende, ante la realidad o la posibilidad de lo antijurídico, conseguir la efectividad del derecho. No se nos oculta que aquí subyacen graves y complejos problemas, y que debieran efectuarse múltiples precisiones, distinguiendo entre los diversos tipos de sanciones. Pero sólo nos importa ahora recalcar que en toda sanción siempre está en juego el respeto y la protección de ciertos valores jurídicos que preexisten a la sanción, y le confieren su razón de ser y sus límites. A la vez, como lógica consecuencia de lo anterior, la falta de aplicación de las sanciones no trae como efecto la desaparición del derecho. Echando mano de la distinción kelseniana entre validez y eficacia, la ineficacia no acarrea de por sí la invalidez, y jamás puede dar lugar a esta última cuando se trata de una juridicidad independiente de las normas positivas. El derecho sigue siendo derecho, aunque no cuente con la garantía de efectividad de un sistema positivo de sanciones.

Por tanto, la sanción no pertenece al núcleo esencial del derecho. No es, por supuesto, su constitutivo formal, como lo pretende Kelsen. Más aún, ni siquiera es algo que dimane necesariamente de su esencia. Es sólo un recurso al que, dadas ciertas hipótesis, se echa mano para velar por la eficacia del orden jurídico. Puede decirse que la posibilidad de la sanción es una propiedad esencial de lo jurídico. Pero la ausencia de su real actualización —ya fuera porque no se dieran los casos de incumplimiento del orden jurídico, o porque las garantías previstas no funcionasen— no afecta en lo más mínimo a la índole jurídica o antijurídica de los actos o situaciones.

En cuanto a la fuerza, el mismo Kelsen la ve como un recurso extremo que no acompaña siempre a la sanción jurídica. Por eso habla de coactividad, como posibilidad de llegar a la violencia, en caso de resistencia. Creemos que ni siquiera esta posibilidad forma parte de la esencia de la sanción jurídica. No por el hecho de que en un orden jurídico no se recurriera a la fuerza física —quizá porque las sanciones fueran de otro orden, como acontece en el derecho canónico— dejarían de existir sanciones propiamente



jurídicas. Su naturaleza jurídica no procede del eventual recurso a la fuerza, sino del hecho de ser reacciones previstas por el ordenamiento frente a ciertas situaciones jurídicas o antijurídicas. Lógicamente, como corresponde a toda realidad jurídica, las sanciones de un ordenamiento de derecho tienen siempre un carácter externo y social, aunque no sean necesariamente violentas.

#### 4. *La estructura jerárquica del ordenamiento jurídico*

La teoría de la *Stufenbau* ocupa un lugar preeminente en la construcción del jurista vienés. Partiendo de fenómenos positivos, elabora una doctrina que, en su sistema, sirve a variados fines; sobre todo, le proporciona una base sobre la cual explicar la unidad y la validez de las normas.

Quisiéramos investigar brevemente la naturaleza de la llamada estructura jerárquica del orden jurídico y valorar su puesto en la doctrina kelseniana.

Las normas positivas, al menos las estatales, están actualmente jerarquizadas entre sí: éste es un hecho. Cualquiera que sea la influencia histórica de la *Teoría pura* en los derechos positivos actuales respecto a esta materia —que no negamos, por supuesto—, se aprecia una tendencia a la articulación de una cada vez más efectiva jerarquía normativa en los ordenamientos positivos. A la vez, se introducen mecanismos técnicos que aseguren la relación jerárquica entre las normas, concediendo, por ejemplo, la posibilidad de impugnar mediante recursos las normas inferiores contrarias a las superiores. Es muy legítima la satisfacción de Kelsen, al haber incorporado a la Constitución austriaca el control de la constitucionalidad de la legislación, en términos de consagrar, mediante la declaración de un tribunal especial, la nulidad general, es decir, para todos los casos, de una ley inconstitucional.<sup>704</sup> Con esto, sin duda, ha aportado un instrumento técnico muy valioso en el derecho constitucional moderno. Por otra parte, tal vez la *Teoría pura* haya influido bastante en la implantación del principio de legalidad en la actuación de la administración del Estado, que constituye otra aplicación de la jerarquía normativa.

Esta realidad innegable recibe una peculiar interpretación dentro del sistema kelseniano. Por un lado, la jerarquía, puesta en relación con el principio de separación entre el ser y el deber ser, abre paso a la *Grundnorm* y

<sup>704</sup> Métall dice que el capítulo de la Constitución austriaca en el que Kelsen estaba más interesado, y al que consideraba con orgullo su obra personal, era el del control de la constitucionalidad (cf: *Hans Kelsen. Vida y obra, cit.*, p. 43).

permite ofrecer una respuesta al problema de la validez y unidad del orden normativo. Pensamos que estos aspectos del enfoque kelseniano no son constitucionales a una teoría científico-técnica de la pirámide jurídica. Ya hemos criticado la separación entre ser y deber ser, y próximamente diremos algo acerca de la unidad y validez del orden jurídico.

Pero, por otro lado, la *Stufenbautheorie* permite lograr una visión pluralista de lo jurídico,<sup>705</sup> es decir, que se resiste a identificar lo jurídico sólo con las normas generales o sólo con las sentencias de los jueces —dos típicos enfoques monistas—, y aspira a integrar los componentes dinámicos en la concepción del derecho. Aquí vemos el principal mérito de la doctrina kelseniana de la construcción escalonada. Nos insinúa un camino sistemático que, distinguiendo una estática y una dinámica jurídica, guarda cierta similitud —en este preciso aspecto— con la distinción entre elementos y momentos del derecho tal como la ha propuesto Hervada.<sup>706</sup>

El tratamiento kelseniano de esta materia, sin embargo, no entrega demasiados frutos. El autor piensa que la relación entre normas de diverso nivel es principalmente una relación formal, no de contenido. La validez dependería de un vínculo de subordinación formal que se refiere a la determinación —por parte de la norma superior— del órgano que puede o debe producir la norma inferior, y eventualmente incluye también la fijación del procedimiento con arreglo al cual se producirá esa norma. También Kelsen reconoce la posible existencia de una determinación del contenido de la norma inferior; pero este aspecto es secundario en su doctrina. Es más: a través de la teoría de las determinaciones alternativas —que reconoce validez a la norma inferior materialmente contraria a la superior— la dependencia en cuanto al contenido es seriamente contradicha, y el recurso respectivo se concibe como la anulación de una norma previamente válida. A fin de cuentas, lo que prima, por encima de la jerarquía entre las normas, es la eficacia de la norma que realmente se aplica.

Con esto creemos que Kelsen ha amenazado la principal importancia práctica de la jerarquía normativa. Nos parece que aquello que los ordenamientos buscan primariamente tutelar mediante la pirámide jurídica no es tanto la coherencia meramente formal del orden jurídico, sino el respeto y vigencia, en todo el ordenamiento, de algunas normas y principios recogidos en las gradas superiores del sistema. Éste es, a nuestro juicio, el sentido más relevante de las exigencias de constitucionalidad o legalidad. Una

---

<sup>705</sup> Ebenstein, W., *op. cit.*, cap. IV.

<sup>706</sup> Hervada, J., “Sugerencias acerca de los componentes del derecho”, *Ius Canonicum*, 6, 1966, pp. 53-110.

doctrina científica sobre la pirámide jurídica consecuente con esta función práctica ha de afirmar la preeminencia de la norma superior y, en principio, la nulidad de la inferior que se opone a ella.

¿Cuál es el sentido de la jerarquía normativa? Nos parece que consiste en proporcionar un instrumental técnico al servicio de la efectividad de ciertos valores jurídicos especialmente relevantes en un orden social; por ejemplo, la defensa de los llamados derechos fundamentales recogidos en las Constituciones. Por ende, la jerarquía normativa no es algo que forme parte de la esencia del derecho, como de algún modo Kelsen sostiene, puesto que si bien reconoce que todas las gradas intermedias pueden no darse y que caben múltiples variedades en la arquitectura de los diversos órdenes normativos —tanto a nivel vertical como horizontal, es decir, en los distintos niveles o en los distintos tipos de normas a un mismo nivel—, sin embargo mantiene siempre el nivel supremo suprapositivo —la *Grundnorm*— y el nivel ínfimo de la aplicación del acto coactivo. Es lógico que la doctrina kelseniana siempre mantenga esta estructura jerárquica, aunque sea tan embrionaria, ya que, como hemos repetidamente dicho, la *Stufenbautheorie* desempeña funciones de gran importancia en su sistema de ideas. Pero si se reinterpreta toda esta materia sobre la base de una concepción realista del derecho, aunque no podremos gloriarnos de haber hallado la esencial “autoproducción del derecho por el derecho”, tendremos entre manos una realidad más modesta, pero mucho más relevante para el jurista: una serie de recursos técnicos que se ordenan al logro de la vigencia efectiva del orden jurídico, y que se fundan sobre una comprobación muy elemental: los preceptos jurídicos tienen entre sí desigual valor. Los hay que contienen normas y principios fundamentales de un ordenamiento; los hay que desarrollan y especifican esas normas; los hay que simplemente las aplican a los casos concretos. Por su naturaleza, estos diversos preceptos reclaman un tratamiento técnico que formalice la jerarquía normativa. La jerarquización de las normas es, por consiguiente, un tipo de formalización de las realidades jurídicas que se funda en un hecho —el distinto rango material de las normas—, y que tiende a una precisa finalidad: contribuir a la implantación efectiva del orden jurídico, de modo que desde las grandes líneas del sistema hasta la solución de los casos singulares, reine la armonía que es inseparable de la justicia.

## 5. *Derecho y Estado*

La norma jurídica en la *Teoría pura* se reduce a la norma positiva estatal, preestatal o internacional. Por lo que concierne al positivismo, nos remiti-

mos al próximo número, dedicado a ese tema. En cambio, nos corresponde ocuparnos ahora de la reducción de las normas a las de carácter público, que configura otro elemento esencial del concepto kelseniano de derecho. Primero consideraremos el problema en el ámbito de los derechos nacionales, y a continuación en el campo del derecho internacional.

Por lo pronto, la reducción de todas las normas existentes en una sociedad territorialmente limitada a normas estatales no implica que nuestro autor niegue la existencia de normas emanadas de corporaciones o entidades distintas del Estado o de los mismos individuos en sus negocios privados. No obstante, todas esas normas se entienden como estatales. ¿Por qué esta afirmación tan rotunda?

Estimamos que Kelsen, al atribuir todas las normas a la unidad del orden jurídico personificada por el Estado, está dominado por una preocupación sistemática muy típica del positivismo: la búsqueda del principio de unidad del orden jurídico, que fundamenta, a la vez, la validez de las normas y su pertenencia a un orden determinado. Por eso todas las normas se articulan en una gradación que descende desde la norma básica hasta los actos de ejecución, unificándose gracias a la teoría de la construcción escalonada y atribuyéndose todas a la unidad del ordenamiento.

Por otra parte, la norma estatal ocupa un lugar privilegiado en el positivismo de la *allgemeine Rechtstheorie* del siglo XIX. El estatismo constituye un punto de partida de Kelsen nunca discutido a fondo por él. No niega que haya normas que no provienen de lo que llama el Estado como aparato burocrático de funcionarios. Pero insiste en atribuir tales normas al Estado como orden jurídico nacional. En Kelsen se trata, ciertamente, de un problema lógico de atribución, pero esta atribución descansa en el presupuesto de que esas normas inferiores de alguna manera están determinadas por el orden jurídico total constitutivo de la sociedad estatal.

En consecuencia, y éste es el punto clave en nuestra opinión, la juridicidad provendría, por así decirlo, “desde arriba”, o sea, desde las normas superiores hacia las inferiores. Éstas últimas serían jurídicamente válidas en la medida en que se integran en esa unidad de orden que elabora la sistemática kelseniana.

En contradicción con la pretendida universalidad del concepto de derecho en la *Teoría pura*, este enfoque —además de sus defectos en cuanto normativista y positivista— lleva a concebir todas las normas según el patrón de la norma dimanante del poder social, y entiende la juridicidad de las normas como derivada de su pertenencia a un orden nacional total, es decir, como una consecuencia de la estatalidad. En definitiva, tras lo jurídico siempre estaría el poder social, disperso o reunido, más o menos compar-

tido o monopolizado, pero siempre poder social dotado de cierta unidad. El carácter jurídico de una norma provendría de su entronque formal en un sistema efectivamente vigente que funciona según las peculiaridades del fenómeno conocido como derecho. La norma no aparece como jurídica en cuanto atribuye y regula derechos y deberes —solución que nos parece la más acertada desde el punto de vista del realismo—, sino en cuanto, al amparo del monopolio de la fuerza que es propio de todo orden de derecho según Kelsen, regula las conductas coactivamente. La juridicidad de la norma, en suma, no procedería de la misma materia de la regulación, sino de su conexión con un orden jurídico único en su territorio, que va unido al uso de la fuerza.

La concepción kelseniana acoge, pues, un estatismo, todo lo refinado que se quiera, mas al fin y al cabo estatismo. De ahí deriva una serie de repercusiones a nivel científico-jurídico. En la visión de la *Teoría pura*, por ejemplo, no puede sostenerse que haya una pluralidad de ordenamientos jurídicos coexistentes en un mismo territorio. Con un trasfondo claramente idealista-trascendental, y quizá con un latente ideal de orden y armonía sociales, Kelsen siempre se esfuerza por unificar todos los órdenes jurídicos existentes en un único orden total. Aunque este afán unificador se halle gravemente comprometido por sus desarrollos finales en torno a los conflictos normativos, persiste en nuestro autor un vehemente deseo de asegurar un sistema social unitario. Tal vez esa preocupación sólo nazca de un interés científico-metodológico; tal vez haya otras motivaciones subrepticamente ideológicas que se han colado en la doctrina pura. No nos atrevemos a dar una respuesta, toda vez que, de intentarlo, seríamos infieles a nuestra premisa de no embarcarnos en tal género de suposiciones. Es preferible contentarse con recoger la conclusión teórico-jurídica que el autor desprende conforme a este enfoque: no cabe hablar de órdenes jurídicos inferiores al Estado que sean autónomos respecto al orden jurídico estatal. La ciencia jurídica, por ende, habría de conceptualizar esos órdenes inferiores como derivaciones o delegaciones de ese orden total, al margen de la realidad de su posible existencia anterior o independiente del Estado. Si no pudieran ser entroncados en la pirámide jurídica, como aplicación de normas estatales, no podrían ser calificados de órdenes jurídicos, y por lo tanto, no serían derecho.

La autonomía jurídica de las entidades y personas no tiene cabida en este esquema. La capacidad de reglar las propias relaciones jurídicas se mira como simple concesión del orden estatal, o sea, como una participación en el sistema de monopolio del poder. No hay un ámbito de libertad en la autorregulación de las propias relaciones jurídicas que signifique un límite a la

potestad reguladora estatal, la cual podría llegar tan lejos como desee o sea capaz. Así, caemos en la cuenta, una vez más, de que la *Teoría pura* nos deja a merced del poder. Un kelseniano contestaría: tan a merced como antes, sólo que habiéndose despojado a la ciencia jurídica de lastres ideológicos. Y le replicaríamos que, de hecho, nos hallaremos expuestos a las mismas arbitrariedades y abusos —si éstos realmente se dan—, pero podremos llamarlos así con razón, y evitaremos revestirlos de la nobleza civilizadora y humana que encierra el nombre del derecho, sabiendo, además, que, en nombre del derecho, podremos legítimamente resistirnos y oponernos a esas tropelías. Y a quien estime esto como una desfiguración ideológica de la realidad, habríamos de decirle que la *Teoría pura* es la que verdaderamente distorsiona el ser del derecho, como se muestra por el hecho de que sólo lo percibe cuando va ligado al poder.

En cuanto a la identificación de Estado y derecho, pensamos que es una tesis polémica y audaz que contribuye, por su misma rotundidad, a poner en guardia ante los extremos a que lleva la lógica kelseniana. Sin embargo, nos parece que no añade nada nuevo al sistema de la *Teoría pura*, salvo una vía de crítica sencilla abierta a ciertos críticos más bien superficiales que se escandalizan cuando ven dónde va a parar el jurista vienés, pero no descienden al análisis de los principios que inspiran tales desarrollos. En efecto, una vez aceptada la pureza metódica total, apoyada en la antítesis ser-deber ser y en el idealismo neokantiano, y acogido el estatismo que inspira la construcción, debemos confesar que no vemos cómo pueda evitarse la disolución del Estado en derecho, y del derecho en Estado. Examinemos brevemente la primera de estas disoluciones: el Estado reducido a derecho.

El Estado, en la *Teoría pura*, es un orden jurídico. En esa tesis hay una parte indudablemente acertada: al jurista sólo le interesa el Estado en su dimensión jurídica. La ciencia del derecho concibe jurídicamente las relaciones estatales. Incluso más: podemos sostener que el Estado es algo primordialmente jurídico, es decir, que el derecho juega un papel preponderante en la misma configuración de un Estado como tal. Pero media una gran distancia entre estas tesis y las que defiende Kelsen, para quien el Estado sólo poseería una dimensión —la jurídica—, siendo, en el fondo, un concepto auxiliar producido por la ciencia jurídica para mentar la unidad del orden jurídico relativamente centralizado, y limitado a un determinado territorio y tiempo. Como toda construcción en la esfera del *Sollen*, estaría separado de la realidad social, en la que, por lo que afecta a este problema, Kelsen no descubre sino fenómenos de poder. Por tanto, no interesaría al jurista ese complejo de relaciones humanas de tan diversa índole —políticas, económicas, culturales, etcétera— que, desde una perspectiva realista, se descubren

en la realidad del Estado. Menos aún podría sostenerse, desde la *Teoría pura*, que en esas relaciones existe un núcleo de juridicidad anterior a las normas positivas estatales. Para evitar estas conclusiones el mismo Kelsen nos señaló, de algún modo, el camino cuando criticó la teoría de las dos caras del Estado y del Estado de derecho limitado al derecho positivo: hay que volver a un realismo iusnaturalista que nos permita redescubrir al Estado como realidad humana. Contra el prejuicio nominalista que concibe a todas las relaciones como entidades de razón, una auténtica metafísica del ser nos permite ver la realidad de esa trama de relaciones humanas que configuran el Estado, a la luz del fin —el bien común—, que constituye su razón de ser y que marca sus consustanciales limitaciones. Esta perspectiva también habilita para comprender mejor que lo jurídico en el Estado es sólo una dimensión, aunque sea esencial y quizá la más decisiva en su constitución como tal. Sólo con esa dimensión ha de enfrentarse el hombre de derecho, pero al hallarse existencialmente ligada a las demás, deberá tener en cuenta el conjunto de la realidad social estatal en toda su complejidad, ya que en su ser descubrirá su deber ser jurídico. En fin, esa dimensión jurídica del Estado aparecerá como real, trascendiendo no sólo el conocimiento del jurista, sino también la normativa estatal positiva.

Por otra parte, el derecho, al menos en el ámbito nacional, según Kelsen, se reduce a Estado. Ya hemos explicado suficientemente esta vertiente de la identificación entre derecho y Estado. Resta tan sólo aludir a las conclusiones de la *Teoría pura* en relación con lo que ella concibe como derecho positivo extraestatal.

El Estado, para Kelsen, es un orden jurídico relativamente centralizado. Aquellos órdenes jurídicos que tienen esta característica se llaman Estado, sin que nuestro autor, como hemos visto, exceptúe el derecho de la Iglesia. En cambio, los órdenes jurídicos predominantemente descentralizados, como el de la sociedad primitiva o el orden internacional actual, no son Estados. Dejemos de lado la discusión sobre esta definición del Estado: disputar acerca de si los órdenes jurídicos primitivos son o no estatales parece no ser más que una cuestión terminológica sobre qué se entiende por Estado. Nos interesa, en cambio, considerar algunos rasgos del tratamiento kelseniano de los derechos extraestatales.

En primer término, Kelsen extiende a todo orden jurídico las mismas concepciones elaboradas por él para el orden estatal, tanto las estáticas como las dinámicas. Si algo es derecho —piensa el autor— habrá de poder ser interpretado conforme a esos esquemas trazados en la nomoestática y en la nomodinámica. Por consiguiente, aunque es deseable un examen específico de las aplicaciones de la *Teoría pura* a los ámbitos no estatales, dado

el carácter general de este trabajo, podemos dispensarnos de esa tarea más especializada y limitarnos a sostener que todas las críticas generales que hemos hecho a la *Teoría pura* afectan lógicamente a lo que no pasan de ser sencillamente sus aplicaciones.

Por otra parte, al insertar esos órdenes en su visión del derecho, Kelsen sigue movido por el mismo afán de unidad que detectábamos en su enfoque del orden jurídico nacional. Impugna tenazmente la posibilidad de una pluralidad coordinada de ordenamientos jurídicos independientes entre sí. Tanto en su conocido análisis de las relaciones entre derecho nacional e internacional como en su examen de la posición correlativa que ocupan el derecho secular y el derecho canónico, se impone esta tendencia monista. Le interesa concebir a todos los órdenes jurídicos como partes de una unidad, de un orden jurídico total que todo lo abarcaría, al que se subordinarían todos los demás. En la raíz de esta actitud está la misma mentalidad que lo llevaba a unificar todos los órdenes jurídicos de un ámbito nacional en el ordenamiento estatal. La juridicidad de la norma siempre procedería de su adecuación a normas superiores, de modo que todas las normas formaran parte de un sistema jurídico unitario, con una sola norma básica y un solo poder sustentador aunque se halle más o menos repartido. Las limitaciones de este planteamiento ya se pusieron de relieve cuando tratamos el problema a nivel estatal.

Por estas extensiones de su teoría jurídica al terreno de las normas extraestatales cabría sostener que la norma jurídica en Kelsen se recorta siempre sobre el modelo por él elaborado de norma estatal, y que su concepción de la juridicidad de toda norma está traspasada por una visión que calificaríamos de “publicista”, en cuanto se entiende la validez como una propiedad que deriva de las normas superiores que rigen la convivencia total.

Quisiéramos, por último, manifestar que, en nuestra opinión, el problema teórico de las relaciones entre órdenes jurídicos tiene relevancia, pero que desde una perspectiva realista deja de revestir ese carácter trascendental —conste que aquí usamos esta palabra en su sentido más vulgar— que muestra en la doctrina pura. En efecto, los conflictos normativos —que son precisamente los que suscitan toda la cuestión— no se solucionan a base de aplicar mecánicamente una jerarquía normativa, ni menos negando la existencia de conflictos mediante el expediente de las determinaciones alternativas, sino que han de abordarse con la mira que define toda la labor del jurista: hacer justicia, o sea, dar a cada uno lo suyo. La subordinación o coordinación de distintos órdenes jurídicos es una conceptualización científico-jurídica al servicio de ese objetivo capital, aunque lógicamente ese instrumento ha de elaborarse conforme a las exigencias de la misma rea-



lidad. Esta realidad nos lleva, ante todo, a reconocer la existencia de una pluralidad de órdenes jurídicos y a renunciar al monismo kelseniano. Esto se aclara cuando se trata el problema de la unidad del derecho en un contexto realista.

## XLIX. DERECHO NATURAL Y DERECHO POSITIVO<sup>707</sup>

Al igual que en las demás partes de este capítulo, no intentaremos llevar a cabo un estudio sistemático de la materia, en este caso del derecho natural y de sus relaciones con el derecho positivo. Deseamos solamente emitir un juicio sobre las conclusiones de Kelsen a este respecto. Dado que en el capítulo destinado a la exposición del problema de la justicia y el derecho natural ya valoramos la mayor parte de los argumentos kelsenianos contra el derecho natural, ahora nos limitaremos a señalar algo de lo que a nuestro juicio un iusnaturalista puede aprender, o confirmar, tras la lectura de Kelsen.

Como nuestro autor siempre refiere la expresión “derecho natural” a la norma natural, hemos considerado aconsejable imitarlo en esta parte de nuestro trabajo, para evitar posibles confusiones, sin perjuicio de que estimemos esta acepción como secundaria, ya que el derecho natural —como todo derecho— nos parece que es, ante todo, la misma cosa justa, y en este caso, aquella que es naturalmente justa. Sin embargo, al hablar del derecho natural aludiremos a aquella parte de la ley natural que es regla jurídica. Adoptamos este enfoque, por lo demás en sí válido, para atenernos al uso kelseniano. Con todo, el contexto permitirá distinguir las ocasiones en las que, obviamente, usamos la palabra “derecho” en otro sentido.

### 1. *El fundamento de validez del derecho positivo*

La búsqueda del fundamento último de la validez de las normas jurídicas positivas termina en algo metapositivo. Kelsen recurre a la *Grundnorm* como fundante de la validez de todo el sistema normativo. Pero ahora no viene a cuento recordar las peculiaridades y consiguientes insuficiencias de la fundamentación kelseniana del derecho. Interesa destacar que Kelsen reconoce la existencia del problema —¿por qué vale la norma jurídica?, ¿de dónde procede su fuerza obligatoria? —, y que, al procurar resolverlo, recurre a una construcción —la *Grundnorm*— que hemos calificado de tras-

<sup>707</sup> Casaubon, J. A., *op. cit.*, pp. 213-223, donde responde a todas las objeciones kelsenianas formuladas en TP (ed. fr.), pp. 101 y ss.

posición idealista de una de las funciones de la norma natural, aquella que consiste, precisamente, en servir de base sustentadora, justificadora y limitante de la norma positiva. No hay mejor prueba de este último aserto que el empleo, por Kelsen, durante un tiempo, de la expresión “derecho natural lógico-jurídico”.<sup>708</sup>

Nos encontramos ante una de las numerosas formas que adopta la insoslayable aporía de todo positivismo jurídico a la que se refiere Hervada.<sup>709</sup> Para concebir el derecho positivo como verdadero derecho, es decir, como algo irreducible a los puros hechos, la *Teoría pura* se ve precisada a suponer algo que no es derecho positivo. Como conviene a su idealismo, esta suposición es intramental, de razón, sencillamente porque su empirismo no le permite hallar un correlato de la *Grundnorm* en la esfera del *Sein*. Pero cualquiera que sea el valor que haya de concederse la construcción kelseniana, observamos que el positivismo jurídico más elaborado se ve obligado, en virtud de su misma lógica interna, a recurrir a un elemento no positivo con objeto de impedir que el mundo del derecho sea absorbido por el de la fuerza bruta. Repárese, además, en que la doctrina de Kelsen, al concebir la norma fundamental, le aplica el esquema de toda norma jurídica. Por ello la llama “norma”, y al fin termina denominándola “ficción” porque su carácter normativo reclamaría un acto de real voluntad como su fuente. Por tanto, el fundamento del derecho positivo, según la *Teoría pura*, es una entidad que, aun situada en el puro ámbito de la razón —sin un correlato sensible—, comparte los rasgos esenciales de las normas jurídicas positivas concebidas del modo kelseniano.

En resumen, se podría afirmar que el positivismo, para ser jurídico, ha de renunciar a ser puramente positivista. Esto ya de por sí es un contundente argumento en favor de la existencia de lo no positivo en el derecho. Ahora bien, cuando se toma conciencia de que una fundamentación meramente supuesta o ficticia sólo es capaz de sustentar una validez igualmente supuesta o ficticia —ya que es imposible que la validez de una norma positiva, fundamentada en la *Grundnorm*, sobrepase la firmeza de su mismo fundamento—, y cuando a ello se agrega el carácter meramente formal de esa fundamentación, si aún se piensa que el problema del fundamento de la validez del derecho merece ser abordado, de seguro que se intentará emprender un camino distinto al de la *Teoría pura*.

<sup>708</sup> A menudo se ha puesto de relieve este aspecto, *cf.* Messner, Johannes, *Ética social, política y económica a la luz del derecho natural*, Madrid, Rialp, 1967, pp. 306 y 408; D' Entreves, A. P., *op. cit.*

<sup>709</sup> Hervada, J., *Introducción crítica al derecho natural*, pp. 86 y 87.

La base de la validez de las normas positivas no puede ser la mera fuerza, ni una suposición condicionada por la existencia de la fuerza. La fuerza de las leyes no tiene nada que ver con las leyes de la fuerza. La obligatoriedad de las normas positivas encuentra su fundamento en la misma realidad del hombre y de sus fines naturales. El derecho natural es precisamente la medida de la adecuación de los actos del hombre a los fines naturales en su vertiente jurídica. El derecho positivo está llamado a determinar, en el orden de los medios, aquellas reglas necesarias para una mejor obtención de los fines naturales. Como es de sentido común, los medios deben ser conformes con el fin. De ahí que las normas positivas han de conformarse con las normas naturales, recibiendo de ellas todo su vigor o validez. Desconectadas de las normas naturales, aquellas carecen de sentido, ya que estarían desvinculadas de los fines esenciales del hombre y, por consiguiente, de las exigencias que dimanarían del ser del hombre. Y si contrarían a las reglas naturales, las normas positivas carecen de todo valor.

De paso, la *Teoría pura* nos enseña que una norma natural que fundamenta la validez de las normas positivas ha de ser propiamente una norma jurídica, en cuanto ha de gozar de un valor normativo en el orden jurídico, de tal manera que invalide las normas positivas contrarias. Si hay derecho natural, entonces es derecho, o sea, norma jurídica realmente vigente, aunque en ocasiones sea ineficaz o inoperante en los hechos. Con razón Kelsen consideraba que ésta es una postura más consecuente que aquella que concibe las normas naturales como meras normas éticas —o ni siquiera las ve como normas, sino como simples ideas o modelos—, incapaces de invalidar, en el plano jurídico, a las normas opuestas. Los autores que propugnan doctrinas de esta clase capitulan, en definitiva, en favor del iuspositivismo que afirma la validez de las normas positivas —siempre que cumplan ciertos requisitos formales o mientras sean eficaces—, cualquiera que sea su relación con los fines naturales del hombre y con las normas consiguientes de derecho natural.

Por lo tanto, el derecho natural no es una suerte de moral social, y ello por dos razones: primero, porque una moral social comprende relaciones que escapan a la justicia; por ejemplo, las de caridad, y segundo, porque el alcance del derecho natural no es sólo moral, sino propiamente jurídico, es decir, los actos contrarios al derecho natural —aunque se revistan del ropaje formal de lo jurídico-positivo— no sólo son malos en cuanto contradicen las exigencias éticas del actuar del hombre en orden a su último fin, sino también son específicamente injustos en cuanto violan estrictos derechos ajenos, y por ello carecen de valor para alterar esos derechos, con todas las conse-

cuencias sociales que de allí se siguen: invalidez jurídica del acto, obligación de restituir o reparar, etcétera.

2. *Unidad entre el derecho natural y el derecho positivo:  
la unidad del derecho*

En sus andanadas contra las teorías del derecho natural, el jurista vienesés siempre ha tenido en mente, de manera muy especial, el iusnaturalismo racionalista. Kelsen critica particularmente una concepción dualista del derecho natural y del derecho positivo como sistemas normativos distintos y paralelos, dotados en principio de igual alcance y extensión en sus preceptos. A esta concepción, tan propia del iusnaturalismo racionalista, Kelsen opone su rígido monismo positivista.

Ambas soluciones son insatisfactorias. La primera —del dualismo— por una razón muy sencilla: el derecho natural no es un código detallado de preceptos que pretenden regular todas las relaciones jurídicas de manera exhaustiva. No existe tal código natural; de los solos principios y preceptos naturales no pueden derivarse de modo necesario y unívoco todas las concreciones que la vida jurídica necesita. El derecho positivo es exigencia del mismo derecho natural. Pero no por ello ha de renunciarse al derecho natural como si implicara una amenaza contra la validez de las normas positivas legítimas. Lejos de ser una amenaza, es su cimiento, y es lo que funda su función humanizadora y su obligatoriedad. Por supuesto que esto significa la posibilidad de declarar inválidas determinadas normas positivas cuando se opongan al derecho natural, pero esto no es un factor de desorden social, sino justamente al revés: es un resorte de reordenación de una situación cuyo orden natural no ha sido respetado. Sin embargo, nuestro autor no puede compartir esta visión, entre otras razones porque se resiste a pensar que haya un orden natural. Cuando se habla de éste, piensa en innumerables opiniones discordantes, y ante la ingrata posibilidad de quedar entregado a ese vaivén de posturas, prefiere apostar por el orden y la seguridad de un derecho positivo.

Ciertamente, hay ámbitos —como el de las relaciones jurídicas más estrechamente ligadas a la corporeidad y la sexualidad— en los que, por venir el orden natural casi totalmente “dado” por la sola naturaleza, existen preceptos muy concretos de derecho natural. Piénsese, por ejemplo, en la unidad e indisolubilidad del matrimonio. En cambio, en el terreno sociopolítico el orden jurídico es, en cierto sentido, más “construido” que “dado”. De ahí que muchas veces no pueda esperarse en ese campo una solución

univoca de derecho natural, sino sólo unos principios y preceptos fundamentales que marcan el fin al que deben dirigirse las soluciones jurídicas positivas —opinables en sí, pero avaladas por la decisión de la autoridad que ha elegido entre ellas—, y que determinan los límites dentro de los cuales deben moverse esas soluciones, más allá de los cuales se opondrían al derecho natural. Así ocurre, por ejemplo, con las formas políticas de gobierno y con muchos aspectos técnicos de la vida económica.

Por lo demás, todo este problema se ilumina considerablemente si se traslada el punto de mira desde la norma a la realidad reglada, y se vuelve a situar el derecho en la misma realidad de las relaciones humanas justas. Así se evita más fácilmente el posible inconveniente de tender a concebir la norma natural según el esquema de la norma positiva, atribuyéndole la pretensión de exhaustividad en la regulación. Esta pretensión no es sostenible ni respecto al derecho natural ni respecto al derecho positivo. Éste último necesita, como veíamos, una fundamentación en el derecho natural que le confiere su sentido y le prescribe sus límites. Además, el solo derecho positivo, tal como nos lo muestra la *Teoría pura*, es incapaz de regular concretamente toda la vida jurídica: a la hora de interpretar y aplicar las normas no basta lo positivo.

Así llegamos a una tercera solución, distinta del dualismo y del monismo positivista. Pensamos que Kelsen no la tiene en cuenta, en la medida en que siempre pareciera estar recurriendo al esquema dualista del racionalismo, sea cual sea la doctrina iusnaturalista que examine. Más que rotular esta tercera vía, esforcémonos por describirla en líneas generales.

El derecho natural y el derecho positivo se integran en un sistema unitario, único. Esta es la primera idea clave de este planteamiento. Como tan bien ha intuido el jurista de Viena, el orden jurídico debe estar dotado de unidad. Gran parte de las elaboraciones de la doctrina pura responden a este interés de unificación, pero buscan la unidad del derecho desde presupuestos idealistas de tipo lógico: el gran signo de la unidad del orden jurídico sería la ausencia de contradicciones insalvables entre las normas jurídicas. El propio Kelsen tuvo que reconocer, en los años finales de su vida, que esta eliminación de los conflictos es imposible para una ciencia jurídica positivista. En efecto, carece de criterios apropiados que permitan encarar esos conflictos. ¿Dónde hallar esos criterios? En vano recurriremos a los artificios lógicos y a los razonamientos sutiles. Kelsen ha probado esta senda con todo rigor y ha confesado que era impracticable. El criterio principal para resolver los problemas jurídicos sólo puede encontrarse en la misma realidad jurídica, o sea, en la materia sometida a la regulación. El manejo de los textos positivos, la localización y jerarquización de las fuentes, la solución de

problemas de competencia, etcétera, resultan indispensables al enfrentarse con un determinado problema jurídico, dada la formalización del orden jurídico. Pero el elemento decisivo, que se revela en toda su importancia cuando los anteriores caminos se muestran insuficientes, aunque siempre ha de estar presente —incluso ante cuestiones muy técnicas—, reside en el núcleo de juridicidad que pertenece a la misma realidad social, ya que este núcleo prefigura y orienta cualquier regulación positiva.

La unidad del orden jurídico no puede cifrarse en la ausencia de contradicciones entre normas positivas. Tampoco puede atribuirse a una única fuente —una sola voluntad— de la que procederían todas las normas. En la *Stufenbautheorie*, de algún modo y aunque sólo sea en un plano ideal o lógico, se persigue una unidad de este tipo. Pero este principio de unificación es perfectamente inexistente: las normas se originan de múltiples modos, y por lo tanto, provienen de múltiples voluntades. Si caben normas en conflicto, entonces también este intento de búsqueda de la unidad de fuente se ve seriamente comprometido en el último Kelsen.

Sólo nos queda la vía realista. ¿Por qué el orden jurídico ha de ser único? Sencillamente porque la realidad regulada está dotada de unidad. A cada realidad social debe corresponder una ordenación jurídica. De otro modo, no habría ordenación, sino desorden. Si hubiera una pluralidad de ordenaciones, o bien, ellas coinciden —y no hay problema— o se contradicen —y entonces hay que optar por una—, o se complementan formando una unidad de orden: es el caso del derecho natural y el derecho positivo. Compartimos la preocupación de Kelsen para lograr un orden jurídico. El derecho es esencialmente un principio de ordenación de la realidad social. Pero contra el positivismo kelseniano no identificamos el orden jurídico con el orden positivo. El auténtico orden jurídico se basa en el orden natural, que articulado con el orden positivo conforma una unidad: un solo orden. El orden positivo contrario al natural no es más que orden aparente: tiene el profundo desorden de cuanto aparta al hombre de sus fines esenciales. No nos parece, por tanto, muy acertada la contraposición entre las exigencias del orden y la seguridad, y las de la justicia. La justicia es virtud que precisamente lleva a respetar el orden jurídico, incluido, por supuesto, su elemento o factor positivo.

Necesariamente el derecho natural y el derecho positivo han de formar un todo unitario, un ordenamiento o sistema único. El derecho que regula a una sociedad y el derecho que resuelve un conflicto deben ser unitarios; si no, no habría regulación ni solución. En esa unidad entran tanto los elementos naturales como los elementos positivos. Ambos, como hemos comprobado, son indispensables. Los elementos positivos se subordinan a los

elementos naturales, y si contradicen a estos ha de negarse su pertenencia al orden jurídico integral. En caso de conflicto entre los elementos positivos, el recurso último y decisivo consiste en acudir a los elementos naturales. De esta forma, ni el derecho natural ni el derecho positivo son principios totales de ordenación jurídica: ambos se requieren mutuamente, y confluyen armónica y jerárquicamente en la ordenación social justa. Por otra parte, lógicamente habrá una pluralidad de órdenes de acuerdo con la pluralidad de realidades sociales.

Esta unidad entre las normas naturales y las normas positivas trae múltiples consecuencias de gran importancia teórica y práctica. En el siguiente apartado expondremos el modo como influye en la determinación del objeto de la ciencia jurídica. Pero antes desearíamos detenernos en dos aspectos que se iluminan considerablemente si se tiene presente la tesis que venimos sustentando.

El primero de ellos se refiere a las sanciones del derecho natural. Como éste no constituye un sistema aparte del derecho positivo, y dado que, por otra parte, el derecho positivo se justifica en cuanto derivación suya, afirmamos, con Hervada,<sup>710</sup> que en el plano jurídico el sistema de sanciones o de garantías de eficacia del derecho natural es exactamente el mismo que el del derecho positivo. Desde el punto de vista jurídico —en el que se coloca el jurista— no interesan otro tipo de sanciones extrajurídicas que indudablemente se siguen de las infracciones al derecho natural. Con esas violaciones del orden impuesto por su misma naturaleza, el hombre se perjudica a sí mismo, experimenta el reproche de su conciencia, etcétera, por atenernos al solo plano de las sanciones naturales. Pero esas sanciones no pertenecen al ámbito jurídico. Las sanciones jurídicas miran la acción contraria al orden natural sólo en cuanto lesiona derechos ajenos, de otros individuos o colectividades, y se encaminan a la defensa o restauración de ese orden jurídico. Este sistema de garantías del orden jurídico, en el plano jurídico, necesita ser instituido positivamente mediante la creación de tribunales, procesos, penas, mecanismos de ejecución, etcétera. A falta de tales instituciones positivas, evidentemente basadas en exigencias que brotan de la misma condición natural del hombre con las modalidades que presenta en cada tiempo, sólo cabría el recurso a la autodefensa individual o colectiva. Pero como este sistema está lleno de peligros, una mejor ordenación jurídica reclama el establecimiento de otros medios de amparo de la justicia, que tutelen el orden jurídico en su conjunto, tanto en sus elementos naturales como positivos.

---

<sup>710</sup> Hervada, J., *Introducción crítica al derecho natural*, pp. 181-183.

La unidad del ordenamiento jurídico arroja también mucha luz en materia de interpretación jurídica. Todo el quehacer jurídico, según veíamos, se ordena a la práctica instauración del orden jurídico en la sociedad real, lo que consiste en el reconocimiento y tutela de los derechos de cada uno. Por eso, el problema jurídico por excelencia es aquel que consiste en determinar cuál sea el derecho de cada uno en un caso dado: es el clásico “decir el derecho”. La interpretación de las normas, operación tan delicada y compleja, sólo se entiende y se lleva a cabo correctamente si se conecta con su verdadero norte: descubrir lo justo en cada situación. Para lograr este objetivo, el jurista ha de tener a la vista el orden jurídico global que se refiere a determinada materia. Los elementos o factores de derecho natural habrán de tomarse necesariamente en cuenta. Por la misma índole de la relación entre derecho natural y derecho positivo —que es equiparable a la relación entre fines y medios—, las reglas positivas deberán ser interpretadas conforme a las reglas naturales. Otro modo de proceder deja privada de sentido a la labor interpretativa del ordenamiento positivo. Para comprobar esto, que acaso a alguno le parezca excesivo, basta abrir el capítulo VIII de la *Teoría pura del derecho* (2a. ed. al.) y contemplar la respuesta kelseniana al gran problema de la interpretación jurídica, tan central en la labor del jurista. Esa respuesta, formulada en nombre del más extremado y coherente de los positivismos, equivale a un temeroso silencio. Kelsen no se arriesga a proporcionar el menor indicio metodológico al intérprete, por no incurrir en la tacha de no científico e ideológico. Ni siquiera nos ofrece el modo de dilucidar cuáles son las posibilidades que integran el marco de la norma general, y hasta nos abre las puertas para salir, a voluntad, fuera de ese marco. Por todo esto, no sería demasiado aventurado resumir la actitud de la *Teoría pura* en esta materia como un “¡Haz lo que quieras!”.

¿Cómo superar la teoría interpretativa de Kelsen? El mismo autor señala con toda claridad cuál es el recto camino, precisamente en cuanto nos enseña que con el solo derecho positivo es imposible encontrar una solución correcta en cada caso. Así aprendemos que, para tener esperanza de alcanzar esa solución, hay que recurrir al derecho natural. Obviamente la solución jurídica correcta no es comparable al resultado exacto de una operación matemática. Resolver ecuaciones algebraicas tiene bien poco que ver con la misión de hacer justicia. Pero el carácter prudencial inherente a toda decisión no obsta a la existencia de una verdad práctica. Ésta será más o menos difícil de desvelar, pero, fuera de ella, la interpretación es un sinsentido. Interpretar no es abrir una gama de posibilidades ante los ojos del que opera en la vida jurídica. Hay razón para esperar algo más de parte del científico del derecho.



### 3. *El derecho natural en la ciencia del derecho*

Si el derecho, en su unidad, es en parte positivo y en parte natural, entonces la ciencia del derecho ha de estar abierta no sólo al derecho positivo, sino también al derecho natural. Limitada al solo derecho positivo, la disciplina dejaría de plegarse integralmente a la misma realidad de su objeto. Por esto, el realismo gnoseológico nos impulsa a rechazar el prejuicio de quienes recortan la tarea del jurista que hace ciencia al ámbito del solo derecho positivo. Esta experiencia limitante, cuyo paladín indiscutido es Kelsen, es suficientemente desalentadora. Ya hemos recordado la solución de la *Teoría pura* —o, mejor dicho, la ausencia de solución— frente al problema de la interpretación. Con ese solo fracaso bastaría, pero hay otros muchos sobre los cuales hemos procurado llamar la atención en la primera parte de este trabajo: múltiples cuestiones ante las que la *Teoría pura* se encierra en un cauteloso silencio, o que prefiere esquivar. Quizá la postura kelseniana ante las lagunas en el derecho sea una de aquellas en las que más “brilla por su ausencia” el derecho natural.

Nuestro autor niega la posibilidad de las lagunas jurídicas que llama auténticas, es decir, la hipótesis en que un caso jurídico no podría resolverse por medio del solo derecho positivo. En los supuestos habitualmente considerados como lacunosos, Kelsen opta por la “libertad”, es decir, por sostener que el derecho positivo no estatuye, en tal evento, no previsto, ninguna obligación ni derecho. Por ende, el juez habría de rechazar toda demanda que pretendiera ver en tales situaciones no reguladas positivamente la existencia de un derecho perturbado o una obligación incumplida. Estaríamos ante un conflicto no resuelto jurídicamente. Pero de hecho los ordenamientos positivos regulan las lagunas. Ya conocemos la interpretación que nuestro autor da a este hecho. Él sostiene que los jueces serían víctimas de un engaño institucionalizado por parte de los legisladores, los que, para asegurar una mayor observancia del derecho positivo, les harían creer que los casos en que los jueces no aplican el derecho positivo serían supuestos en los que lógicamente sería imposible esa aplicación. Pero Kelsen, en todo este ingenioso desarrollo, parte de un supuesto: de hecho los tribunales, en algunas ocasiones, resuelven los casos que se les presentan de acuerdo con normas o principios no contenidos en las normas positivas aplicables. Incluso más, el mismo Kelsen atestigua que, en las circunstancias ordinarias, para determinar la solución concreta dentro del marco establecido por las normas positivas generales, echan mano de normas que no pertenecen al derecho positivo.<sup>711</sup>

<sup>711</sup> TP (2a. ed. al.), n. 46, p. 354.

Con ello, Kelsen se opone a un positivismo puramente legalista y a su idea de la plenitud del ordenamiento jurídico, dando entrada en el proceso de producción del derecho a elementos no positivos. Llegados a este punto, si no se quiere caer en la arbitrariedad judicial en la que nos deja el jurista vienés —al concebir esas normas y principios no positivos como puramente subjetivos y relativos—, sólo hay una solución coherente: reconocer que esos elementos no positivos, en cuanto regulan situaciones y problemas jurídicos, han de ser también jurídicos, y, en cuanto proceden de la misma realidad con independencia de las normas positivas, deben ser naturales. Esto implica abrir paso al derecho natural en la actividad jurídico-práctica y, al mismo tiempo, dejarle un sitio —y muy destacado— en la misma ciencia del derecho que aspira, con sus conceptos y teorías, a prestar un auxilio a esa actividad práctica.

Si se reconoce que el derecho natural es derecho realmente vigente, la *Teoría pura* ya le ha previsto un ancho campo dentro de la ciencia jurídica. Este es un servicio inestimable al iusnaturalismo realista que debemos agradecer a Kelsen, quien ha contribuido significativamente a desterrar la ingenuidad del positivismo legalista. El tan denigrado derecho natural se “infiltra” en la vida jurídica de todos los días y hasta la más pura de las doctrinas jurídicas no puede dejar de tomar nota de la “infiltración”. ¿Cómo podrá renunciar la ciencia jurídica al estudio de esos elementos no positivos? Pedirle que prescinda de ellos, ¿no es solicitarle que deje de abarcar la realidad jurídica en su conjunto, en toda su riqueza y complejidad?

La presencia del derecho natural en los estudios jurídicos a nivel científico suscita una dificultad de principio. De acuerdo con una mentalidad muy arraigada, la ciencia del derecho debiera limitarse al derecho positivo, quedando reservado el derecho natural para la filosofía jurídica. Precisamente por ser ciencia positiva —es decir, en el sentido más restringido de la palabra, un conocimiento fenoménico, por las causas próximas o aparentes— pareciera lógico que se ciñera al estudio del derecho positivo. Según su estatuto epistemológico, esta restricción de su objeto parecería inevitable.

¿Cómo una ciencia positiva podría ocuparse de algo no positivo? La explicación de esta paradoja requiere algunas puntualizaciones. Por una parte, una captación esencial del derecho natural necesariamente ha de realizarse en un plano ontológico. Más aún, la misma conceptualización esencial del derecho en general también corresponde a ese nivel. Por eso, no es oficio del jurista a nivel científico el preguntarse qué es el derecho. La pregunta que le define es otra: ¿cuál es el derecho?, aunque se formula de modo general, sin descender al caso concreto, dominio de la prudencia jurídica.

Para saber cuál es el derecho, el jurista necesariamente ha de tener en cuenta los componentes naturales del orden jurídico. No se dedicará a su análisis filosófico, sino que buscará hacerlos más operativos en la vida jurídica, para una mejor ordenación de ésta. Aquí nos presta un gran servicio la vieja noción de subordinación entre las ciencias: la ciencia jurídica toma ciertas conclusiones que exceden su propio ámbito, y utiliza esas conclusiones —procedentes sobre todo de la filosofía del derecho— como principios de sus propios razonamientos a nivel de ciencia especulativo-práctica positiva. Así procede científicamente en lo que concierne al derecho natural.

No puede olvidarse el carácter esencialmente práctico de todo conocimiento jurídico. La ciencia jurídica no está en un mundo aparte de la realidad jurídica. Por eso ha de referirse al derecho natural en cuanto positivado. Así se salva el escollo epistemológico que se nos oponía. Hervada, que ha concebido la noción de positivación para explicar esta materia, se expresa así:

El derecho pertenece al orden práctico de la vida humana y es objeto de un arte o ciencia práctica. Para que algo sea practicable debe ser conocido; mientras sea desconocido permanece impracticable. Esto supuesto, parece claro que el derecho natural requiere ser conocido para que esté integrado en el sistema jurídico aplicable en cada momento histórico (*vigencia histórica* del derecho natural). En tanto que existe la persona humana, el derecho natural es un derecho *válido*, esto es, su contravención constituye de suyo una injusticia. Pero no es menos cierto que, en la medida en que unos factores de derecho natural (normas, derechos, principios, etcétera) no son conocidos, no podrán estar integrados en el sistema jurídico aplicable en cada momento histórico. Pues bien, denominamos *positivación* al paso a la *vigencia histórica* (integración en el sistema jurídico aplicable) de una norma natural de derecho o de un derecho natural.<sup>712</sup>

Entre los modos de positivación —todos ellos enlazados con el sistema de fuentes del derecho: ley, costumbre, jurisprudencia, conciencia jurídica de la comunidad, etcétera— ocupa un lugar importante la misma doctrina jurídica —también fuente de derecho—, que no puede adoptar, en este problema del derecho natural, una actitud pasiva, limitándose a dejar constancia de los datos de derecho natural ya integrados en las demás fuentes. Su postura es activa: ha de discernir, en primer lugar, lo que es de derecho natural y lo que es de derecho positivo en esas regulaciones, en las que ambos factores están inextricablemente unidos. Este discernimiento, por cier-

<sup>712</sup> Hervada, J., *Introducción crítica al derecho natural*, cit., p. 177. Cursivas en el original.

to, es en ocasiones especialmente difícil. Y en sus tareas de sistematización y exégesis del derecho a nivel científico deberá estar iluminada por aquellos principios, criterios y datos que recibe de un saber propiamente ontológico acerca del derecho. Nos parece importante poner de relieve la importancia de la tarea de los juristas en esta labor de positivación progresiva del derecho natural: en efecto, sus teorías, sus interpretaciones, etcétera, repercuten de modo considerable en la regulación positiva de la vida jurídica, y en las decisiones jurídicas concretas.

La contribución del jurista no se agota en la positivación del derecho natural, sino que se manifiesta también en la formalización de éste último. El sistema jurídico necesita una adecuada formalización técnica que garantice su operatividad práctica. Los elementos naturales no escapan a estos requerimientos del sistema jurídico. El jurista debe esforzarse por contribuir al perfeccionamiento de las técnicas que hagan más efectiva la vigencia del derecho natural. Piénsese, por ejemplo, cuánto ayuda una adecuada técnica constitucional en orden a una mejor defensa de los derechos fundamentales de la persona humana. Analícese la relación entre el principio de autonomía privada y el principio de legalidad en la actuación de la administración pública, y se caerá en la cuenta de que éste último formaliza de alguna manera la exigencia natural de que la administración respete la legítima autonomía de las entidades no estatales y de los particulares. Ella sólo podrá intervenir si cuenta con una autorización legal, la que, a su vez, tiene ciertos límites constitucionales que se fundan sobre todo en la existencia de derechos humanos naturales, resguardándose estos principios de legalidad y constitucionalidad mediante los correspondientes recursos administrativos y judiciales.

#### 4. *El fundamento trascendente del derecho natural*

Kelsen sostiene que el derecho natural reclama, por necesidad intrínseca esencial, un fundamento trascendente, divino. El derecho natural debe basarse en la existencia de Dios. De ahí que rechace terminantemente el célebre *etsi Deus non daretur* de Grocio, es decir, la posibilidad de que el derecho natural existiera aunque no hubiera Dios o no se preocupara de las cosas humanas.

Desde su positivismo a ultranza, Kelsen lleva a cabo lo que podría denominarse una crítica inmanente del iusnaturalismo racionalista. El punto de partida de esa crítica es su postura voluntarista respecto a la noción de norma. Como la norma sería esencialmente el sentido de un acto de volun-

tad, la afirmación de que hay normas naturales, independientes del querer humano, debería proceder, en buena lógica, de la afirmación de una voluntad suprahumana, la voluntad de Dios. De esta manera, el reproche a Grocio —que concibe el derecho natural como emanado autónomamente de los solos principios internos de la naturaleza humana— se realiza desde la perspectiva del voluntarismo que el propio autor holandés comparte, demostrando así que el *etsi Deus* es rigurosamente contradictorio con el voluntarismo.<sup>713</sup>

A la luz de esta crítica interna del iusnaturalismo moderno, Kelsen nos declara cuál es una de las más poderosas razones —si no la más— que le impiden ser partidario del derecho natural: su agnosticismo en materia metafísica y religiosa. Si el derecho natural supone la existencia de Dios, y se niega al hombre todo tipo de conocimiento sobre Dios, entonces —razona el autor— tampoco puede haber ningún conocimiento acerca del derecho natural.

De esta posición kelseniana nos parece que podemos extraer valiosas enseñanzas, siempre que la hayamos depurado de una serie de elementos insostenibles.

En primer lugar, el argumento de Kelsen contra Grocio supone el voluntarismo en la concepción de la norma o ley. Sin desconocer la intervención de la voluntad en la producción de la ley, nos parece que la tesis tomista del intelectualismo moderado responde mucho mejor a la realidad de la norma como configuradora de un orden, y por tanto, de una disposición de las cosas hacia un fin. La ley es, pues, fruto de la razón práctica, aunque supone necesariamente la participación de la voluntad, en cuanto a ésta le corresponde tender hacia el fin. Kelsen es consciente de una de las consecuencias que esta doctrina intelectualista acarrea, en el sentido de que Dios no puede no querer la ley natural, porque el bien y el mal no dependen de la libertad divina, sino que, conocidos por su sabiduría, dependen de su mismo ser, infinitamente bueno. Sin embargo, nuestro autor interpreta a los autores intelectualistas con esquemas voluntaristas.<sup>714</sup> Su voluntarismo irracionalista se nos presenta como el primer elemento que debemos descartar si aspiramos a calar mejor en esta cuestión.

El jurista vienés, por otra parte, considera que el derecho natural se apoya sobre la creencia en la existencia de Dios. Como agnóstico convencido, sólo se imagina una fe irracional, o sea, una fe completamente separada de la razón, y que se opone a los resultados del conocimiento científico.

<sup>713</sup> Sancho Izquierdo, M., Hervada, J., *Compendio de derecho natural*, cit., II, pp. 317-319.

<sup>714</sup> Kelsen, H., *Bases de la teoría del derecho natural*, cit., pp. 581 y ss.

Niega, pues, todo camino de conocimiento racional de Dios. Esta mentalidad, tan característica en múltiples pensadores modernos, corresponde a un rechazo de la metafísica. Si renunciamos al postulado antimetafísico, nuestra razón se abre al ser, y puede alcanzar su última causa eficiente y final —Dios— a partir del conocimiento de las realidades finitas. En el plano del conocimiento racional se puede elaborar una metafísica y coronarla con una teología natural, como lo ha llevado a cabo paradigmáticamente santo Tomás de Aquino. De este modo, la fe, aunque vaya más allá de la razón, no se separa ni se opone a ésta, y se advierte una perfecta armonía entre ambas. El fideísmo constituye, por tanto, la segunda pieza del análisis kelseniano de la que hemos de prescindir.

Muy en dependencia del voluntarismo y del fideísmo, Kelsen tiende a confundir el derecho natural con el derecho divino-positivo, es decir, con la ley promulgada positivamente por Dios en el Antiguo y el Nuevo Testamento. Si el derecho natural depende sólo del querer divino, y si sólo puede conocerse mediante la fe, resulta muy explicable que se lo conciba según los cánones del derecho divino-positivo, que, como parte de la revelación sobrenatural, sólo es cognoscible a la luz de la fe. Por supuesto que el derecho divino-positivo recoge el contenido del derecho natural, promulgándolo para facilitar su conocimiento por los hombres, que tan a menudo experimentamos la dificultad de un acceso racional al mismo. Pero la confusión entre ambos implica la negación del derecho natural, en cuanto parte de la ley natural, captada por la razón como exigencia de la misma naturaleza del hombre.

Sin embargo, al margen de sus posturas fideístas y voluntaristas, y aclarada la confusión entre derecho natural y derecho divino-positivo, el planteamiento de nuestro autor nos recuerda una gran verdad: la ley natural —y, dentro de ella, el derecho natural— presupone lógicamente el concepto de Dios-legislador, y ontológicamente la existencia de Dios. Si bien el hombre puede sentir una obligación moral concreta, como, por ejemplo, el deber de educar a sus hijos, sin conocer a Dios o sin pensar en Él, la obligatoriedad absoluta de ese deber y de cualquier otro no puede ser justificada sin recurrir a Dios. En otros términos, aunque el conocimiento de la existencia de Dios-legislador no sea un presupuesto epistemológico imprescindible para advertir que algo es bueno y debe hacerse, esa verdad es un presupuesto lógico y ontológico de la existencia y obligatoriedad de la ley natural.

Mostremos ahora brevemente cómo la ley moral natural se funda ontológicamente en la existencia de Dios.<sup>715</sup> Esta vía para llegar a Dios se fun-

---

<sup>715</sup> González Álvarez, A., *op. cit.*, pp. 295-303.

da en un dato que el mismo Kelsen, a pesar de su voluntarismo, intuye en cierto modo. Nos referimos al hecho de que la ley natural se nos presenta como dada con la naturaleza humana, no como creación de la propia razón humana. El hombre no es su propio legislador en lo que concierne a la ley natural. Por eso, ésta reclama una causa eficiente que explique metafísicamente su ser, y así llegamos a una razón y voluntad superiores al hombre, que producen una ordenación legal sin sujetarse, a su vez, a una regulación superior (aquí está presente también el principio de no regreso al infinito, que Kelsen utiliza en su construcción de la *Grundnorm*). Tal norma suprema es lo que tradicionalmente se conoce como ley eterna de Dios. La ley natural aparece así como participación de la ley eterna en el hombre, según la famosa definición del Aquinate.<sup>716</sup> Por lo demás, también se puede emprender una vía semejante si se parte de la existencia de auténticos valores, no elegidos por el hombre sino dados en lo real: el relativismo no es conciliable con la existencia de Dios.

Así, se evitan otros dos malentendidos que pueden originarse en la lectura de Kelsen. El primero consiste en la no distinción entre el orden de nuestro conocimiento y el orden de la realidad. Según nuestro modo natural de conocer, primero captamos la ley natural, y ella nos proporciona un camino de acceso racional a Dios. En la realidad, obviamente, es al revés: primero Dios, al crear nuestra naturaleza, nos da la ley natural, y luego nosotros podemos conocer esa ley recibida de Dios. La segunda confusión puede provenir del olvido de la noción de participación, olvido tan notorio cuando Kelsen trata de la razón práctica,<sup>717</sup> puesto que interpreta la participación con un esquema panteísta que contradice la trascendencia de Dios sobre lo creado. Por el contrario, debe afirmarse la neta distinción entre la ley natural y la ley eterna: la una pertenece al mundo finito creado; la otra se identifica realmente con el mismo Dios.

A pesar de tantas precisiones como hemos debido introducir en el tratamiento kelseniano de esta materia, decíamos al comenzar que de él podíamos obtener enseñanzas de valor. La más importante consiste en percatarse de que cuando la hipótesis “si Dios no existiera” se toma como tesis, puede que quizá se sostenga por un tiempo la existencia de normas naturales, pero se termina negándolas, porque si Dios no existe, la ley natural no puede ser verdadera ley, ni cabe pensar en una obligatoriedad ni en una culpabilidad auténticas. Derribada así la ley natural, en el fondo también caen las leyes humanas, que pasan a ser meros recursos formales del poder organizado.

<sup>716</sup> *Suma Teológica*, I-II, q. 101, a. 2.

<sup>717</sup> JDN, n. 40, pp. 121 y ss.

El ejemplo de la *Teoría pura* es muy elocuente en este sentido. Con razón Kelsen sostiene que su relativismo axiológico es inseparable de su positivismo, y funda ambos en la negación de Dios. La superación de la *Teoría pura* requiere la apertura de la mente del hombre a la más decisiva y radical de las verdades: la existencia de Dios.



## EPÍLOGO

### L. BALANCE CRÍTICO DE LA *TEORÍA PURA DEL DERECHO*

1. La *Teoría pura del derecho* ha procurado construir una teoría general del derecho a nivel científico, es decir, una ciencia sobre el derecho en general. Éste ha sido el principal objetivo de Kelsen durante su dilatada existencia. Estimamos que este empeño vital de nuestro autor es válido, es decir, que no sólo es posible, sino también necesario en orden a un conocimiento integral de lo jurídico. Por consiguiente, la primordial crítica de la *Teoría pura* consiste en contrastar los resultados obtenidos por ella con la meta que se propuso. A continuación, intentaremos resumir y conectar, desde este preciso ángulo crítico, algunas de las conclusiones que en el curso de este estudio hemos alcanzado.

La ciencia del derecho tiene por objeto el derecho, y éste no puede disolverse en puro hecho, en lo que efectivamente acontece. En esto coincidimos plenamente con el jurista vienés, en contra de tantas propuestas sociologistas y “realistas” que, reduciendo el objeto de la ciencia jurídica a simples datos empíricos y fácticos, acaban negando la misma esencia del derecho. Por el contrario, con Kelsen estimamos que los problemas acerca de la validez del derecho y de su fundamento de validez son ineludibles para el teórico del derecho.

A fin de impedir la reducción del derecho a lo meramente fáctico, nuestro autor recurrió a la filosofía. Su positivismo se distingue por el afán de hallar una sólida fundamentación filosófica. La separación entre el ser (*Sein*) y el deber ser (*Sollen*), entendida en clave trascendental neokantiana, constituye el cimiento filosófico central de su edificio científico.

2. Durante este estudio hemos tratado de mostrar hasta qué punto esas bases filosóficas sirvieron a esa finalidad de sustentar lo específico del derecho y evitar su identificación con los hechos, con la fuerza bruta. No es menester insistir en lo precario de los resultados conseguidos por Kelsen en este sentido: un oscuro concepto de validez, una norma básica que acaba en ficción, y sobre todo una continua oscilación entre un positivismo empirista y la filosofía neocriticista, que se refleja —por no citar sino el ejemplo

quizá más característico— en el problemático deslinde entre la validez y la eficacia de la norma.

La filosofía trascendental kantiana se ha mostrado incapaz de llevar a cabo la misión para la que Kelsen la había convocado. La razón de esta incapacidad reside, a nuestro juicio, en su falta de realismo y en su actitud de rechazo de la metafísica. En efecto, nuestro autor quiere captar lo peculiar del derecho, y piensa que ello no puede lograrse si se lo sitúa en el ámbito del *Sein*, en el mundo de la naturaleza. Pero el presupuesto kantiano de que nuestro conocimiento no está en condiciones de trascender la experiencia posible lleva a considerar que lo real es sólo lo fáctico y sensorialmente perceptible. Por tanto, lo específicamente jurídico habría de ubicarse en una esfera de sentido —las normas—, cuya existencia es ideal, con un fundamento —la *Grundnorm*— igualmente trascendental, esto es, intramental y no real. Como, por otro lado, la indagación en el pensar jurídico puro es radicalmente infructuosa —a lo sumo traspondrá en clave inmanentista algunos contenidos de la realidad jurídica—, Kelsen prefiere no embarcarse mayormente en las vías trascendentales, y, en forma poco armónica con su adhesión al método kantiano, destina progresivamente sus energías a la explicación más empírica de los fenómenos jurídicos, poniendo en tela de juicio su anhelo de construir una ciencia que logre reivindicar lo jurídico en tanto irreductible a lo fáctico.

Esto nos coloca frente a un dilema muy poco halagüeño: o adherirse al método trascendental con la rigurosa separación *Sein-Sollen*, y entonces todo avance de la ciencia jurídica se torna en extremo difícil, o bien, recurrir a un empirismo atenido a lo fáctico, y en ese caso lo propiamente jurídico parece irsenos de las manos. ¿Cómo escapar de esta alternativa?

3. Al igual que el jurista de Viena, pensamos que los principios filosóficos desempeñan un papel decisivo en toda la orientación de la labor científico-jurídica. Por este motivo, para evitar los escollos de la *Teoría pura*, es preciso sustentar la ciencia del derecho sobre otros fundamentos. Nos parece que Kelsen ha explotado casi al máximo las virtualidades de los puntos de partida de su sistema. Las fisuras intrasistemáticas que hemos encontrado en él no derivan, en nuestra opinión, de una falta de lógica en el desenvolvimiento y aplicación de los planteamientos kelsenianos a los problemas de la teoría general del derecho. Creemos que esas fisuras son, más bien, un signo de la debilidad de los mismos presupuestos filosóficos de la teoría. En nuestro autor, por cierto, brilla la lógica de un sistema unitario, muy bien trabado. Pero por esto mismo, la superación de sus tesis reclama la búsqueda de una nueva fundamentación filosófico-jurídica, precisamente en aras

del afán kelseniano de una ciencia del derecho sumamente fiel a sus datos, a lo propio del derecho.

4. Esta fidelidad al objeto no puede lograrse por vías idealistas. Recorriendo estas vías hasta donde le fue posible, con su postulado de la pureza metódica total, Kelsen redujo el derecho a norma positiva, y la norma a coacción; procuró encajar en su construcción la realidad de la estructura jerárquica de las normas, y nos entregó un concepto “publicista” de lo jurídico. El derecho, tan puro y formal, acaba desconectado de la realidad, sobre todo del hombre, de su naturaleza y de sus fines, de sus relaciones sociales tal como realmente existen. Se olvidan, por falta de sentido realista, todas las consecuencias de este hecho tan sencillo: el derecho es algo enraizado en el ser humano. Por eso el deber ser jurídico ha de fundarse en el ser del hombre.

El presente trabajo ha procurado poner de manifiesto la gran coherencia de la obra kelseniana, mostrando hasta qué punto todas sus insuficiencias en la captación del derecho provienen de sus mismos postulados de base. A la vez, hemos tratado de desarrollar otros principios sobre los cuales pueda edificarse mejor la teoría general del derecho, de modo que se adecue más a la riqueza y complejidad del mundo jurídico. De paso, hemos examinado y desechado aquellos intentos de integrar el sistema de Kelsen en una visión más amplia del derecho, que tuviera en cuenta los factores fácticos y axiológicos: reconociendo su laudable inspiración, los hemos abandonado en cuanto, debido a su tendencial eclecticismo, no logran liberarse por completo de los mismos postulados de la *Teoría pura*.

La ciencia jurídica, en consecuencia, ha de levantarse sobre otros cimientos. Antes que nada, debe abrirse a la íntegra realidad de lo jurídico, no porque a ella competa estudiarla desde todos los puntos de vista y a todos los niveles epistemológicos, sino porque el examen de su objeto desde su propia perspectiva —de ciencia particular o positiva atendida a lo fenoménico— requiere la abierta y agradecida recepción de aquellas aportaciones que pueden provenir de otras ramas del saber, singularmente de parte del nivel ontológico o filosófico del conocimiento jurídico.

5. Quizá una de las principales enseñanzas que nos lega Kelsen consista en la de darnos cuenta de que la ciencia jurídica requiere una fundamentación filosófica que no pone en peligro su propio estatuto gnoseológico de ciencia en el sentido estricto del término. A pesar de su ideal de pureza metódica total, la doctrina pura —tal como de hecho se desenvuelve— es una elocuente demostración de cuán inaccesible es ese ideal de independencia total.

Se ha dicho que Kelsen no es un gran filósofo del derecho, que su obra tiene escaso vuelo filosófico. Estamos de acuerdo, pero —desde el punto

de vista que ahora nos interesa destacar— más bien hemos de felicitarnos por ello. El mérito principal del jurista vienés no estriba en sus trabajos —o digresiones— propiamente filosóficos, generalmente poco felices, sino en haber mostrado que, partiendo de unos principios filosóficos y aplicándolos rigurosamente a la propia tarea científico-jurídica, se obtienen multitud de resultados muy concretos, incluso muy técnicos. Kelsen nos ha indicado, como pocos, el grado de dependencia de las soluciones técnico-jurídicas con respecto a las bases filosóficas que presiden el trabajo del jurista.

Es hora de asimilar esta fecunda lección. Estamos ante un desafío al que han de enfrentarse los juristas que se adhieren a otra visión del mundo que la sustentada por nuestro autor. Ojalá acierten a encauzar sus esfuerzos intelectuales —en tanto que juristas, a nivel científico— hacia una aplicación verdaderamente operativa de los principios filosóficos adecuados en el vasto horizonte de la problemática jurídica, de modo particular en la teoría general del derecho.

No se trata de realizar una *inventio* superadora, en actitud polémica y de autodistinción frente a todo lo anterior. Más bien hace falta proseguir, con el tesón modesto e ilusionado del genuino hombre de ciencia, la ruta ya abierta por una incontable serie de juristas desde el derecho romano clásico hasta nuestros días, atentos a dar una solución verdaderamente humana a los problemas jurídicos de cada época. Conviene, sin embargo, que posean una más aguda percepción de la necesidad de abrirse —por ansias de adecuarse a su objeto de estudio— a aquellos datos que advienen desde fuera de la ciencia jurídica, especialmente desde la filosofía del derecho. Esto no significa renunciar a la pureza metódica formal que corresponde al modo de conceptualizar propio de la ciencia del derecho, la cual, ateniéndose a los datos positivos, ha de procurar que sus tareas específicas —de exégesis y sistematización— respondan a la finalidad práctico-operativa que la distingue como saber jurídico.

6. Describamos algunas de las características que la ciencia del derecho ha de poseer, en la medida en que se asiente en los principios filosófico-jurídicos en los que hemos basado nuestra crítica de la *Teoría pura*.

La ciencia jurídica, liberada del kantismo y del empirismo, debe abrirse a la realidad integral del derecho. Este realismo comporta dos exigencias íntimamente unidas entre sí: la subordinación de la ciencia jurídica a la metafísica, que, lejos de atentar en contra de su legítima autonomía científica, posibilite un mejor cumplimiento de los cometidos que corresponden a su nivel dentro de la estructura del saber jurídico, colaborando más eficazmente a la solución de las graves cuestiones jurídicas de nuestro tiempo; y, como consecuencia inmediata de esa apertura a la metafísica, el acoger en

su horizonte no sólo los elementos positivos del derecho, sino también los naturales, es decir, el derecho natural, que, aunque captado ontológicamente a nivel filosófico, será también objeto de la ciencia jurídica. Lo jurídico-natural es una parte esencial del orden jurídico, que al positivarse se integra en los concretos sistemas jurídicos históricamente vigentes, pudiendo así ser asequible a la perspectiva del científico del derecho.

7. La ciencia del derecho, de acuerdo con el ser de su objeto, debe ser consciente de su índole de saber especulativo-práctico, conforme al carácter operable de lo jurídico. Ha de proclamar, sin temor a acusaciones que la tachen de ideológica o interesada, que ella se encuentra, en definitiva, al servicio de la justicia, o sea, de la implantación de un orden jurídico que realmente sea digno de tal nombre. Abandonadas las vanas pretensiones de asemejarse a las ciencias físico-matemáticas, canalizará su empeño intelectual hacia sus labores propias de conceptualización e interpretación del orden jurídico, para hacer posible que se dé a cada uno su derecho, que se respeten y favorezcan los derechos del hombre.

El derecho natural, al que tantos han querido expulsar de la ciencia del derecho, ha de reintroducirse en ella como un factor imprescindible en todo problema jurídico, sea teórico o práctico. Kelsen, combatiendo el positivismo legalista, ha contribuido a mostrar el espacio operativo tan amplio en la vida jurídica, que si no se desea atribuir a la pura arbitrariedad, ha de confiarse al derecho natural.

Además, heredamos del jurista vienés valiosas enseñanzas respecto a la concepción del derecho natural: de él se aprende, sobre todo, que las ideas del iusnaturalismo racionalista, y los residuos de ellas que aún puedan gravitar en el pensamiento jurídico, son insostenibles. Un supuesto derecho natural paralelo al derecho positivo, según un esquema dualista, rígido y ajeno a las transformaciones históricas, concebido como sistema lógico-deductivo que regula todas las relaciones sociales a base de precisos ratiocinios fundados en unos cuantos principios *a priori*, contradice frontalmente la realidad jurídica, y no puede significar ningún beneficio —antes bien, un estorbo— para la ciencia jurídica. En cambio, el derecho natural ha de verse —tal como realmente está— integrado en el sistema jurídico unitario del que también forma parte el derecho positivo; como algo que corresponde a las exigencias de la inmutable naturaleza humana en las circunstancias concretas de cada tiempo y lugar, es decir, de acuerdo con la historicidad del hombre, y que se conoce sobre todo mediante un progresivo ahondar en las exigencias de la naturaleza humana. Este es el verdadero derecho natural, el que —en cuanto positivado— la ciencia jurídica no puede olvidar en su tarea cada día.

También Kelsen nos ha recordado que el derecho natural reclama un fundamento trascendente: su existencia nos remite a la misma existencia de Dios. Nos ha confesado que, como base de positivismo jurídico, yace un completo agnosticismo. Aunque el tema excede con creces el ámbito del saber jurídico, nos parece un dato relevante que nos habla de una exigencia de apertura a lo Absoluto si se quiere captar el derecho en toda su real integridad.

8. El legado de Kelsen a la ciencia jurídica incluye, por último, algunas construcciones técnicas muy valiosas que deben ponerse al servicio de la vigencia efectiva del contenido de los órdenes jurídicos. Así, su teoría de la estructura jerárquica del ordenamiento, su concepto técnico de los sujetos de imputación y su noción de norma individual son, por ejemplo, elementos teóricos que, si bien han de ser reinterpretados a la luz de principios distintos de los kelsenianos, son de gran utilidad en los dominios científico-jurídicos, permitiendo que el aporte de la ciencia del derecho sea más eficaz en función del establecimiento de un orden jurídico genuinamente humano.

9. En suma, el balance crítico de la *Teoría pura del derecho* podría sintetizarse así: no obstante sus aciertos técnicos parciales y las valiosas enseñanzas que se desprenden de su estudio, su mérito principal consiste en haber llevado al extremo el positivismo jurídico, y así haber mostrado que, sobre sus presupuestos de fondo, no es posible llevar a feliz término su objetivo primordial: una teoría general sobre el derecho que logre ser cabalmente fiel al ser del derecho.

## BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., Gesellschaft, *Apreciación crítica de la teoría pura del derecho*, Valparaíso, Edeval, 1982.
- AA.VV., Gesellschaft, *Die Einfluss der Reinen Rechtslehre auf die Rechtstheorie in verschieden Ländern*, Schriftenreihe der Hans Kelsen-Instituts Band 2, Viena, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1978.
- AA.VV., Gesellschaft, *Die Reine Rechtglehre in wissenschaftlicher Diskussion*, Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts Band 7, Viena, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1982.
- AA.VV., Gesellschaft, *Festschrift für Hans Kelsen zum 90. Geburtstag*, Viena, Franz Deuticke Verlag, 1971.
- AA.VV., Gesellschaft, *Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, Berlin, Duncker und Humblot, 1982.
- AA.VV., Gesellschaft, *Law, State and International Legal Order. Essays in Honor of H. Kelsen*, Knoxville, University of Tennessee Press, 1964.
- AA.VV., Gesellschaft, *Staat und Recht. Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre*, Festschrift für Hans Kelsen zum 50. Geburtstag, Viena, Julius Springer, 1931.
- ACHERMANN, Franz, *Das Verhältnis von Sein und Sollen als ein Grundproblem des Rechts*, Zürich, PG. Keller, 1955.
- AMATO, S., “Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del Novecento”, *Rivista Internazionale di Filosofia dil Diritto Milano*, vol. 58, 1981.
- AZPURUA AYALA, Ricardo, *El derecho natural y la idea de justicia en la obra de Hans Kelsen*, Caracas, 1964.
- AZPURUA AYALA, Ricardo, “Kelsen y su posición frente al positivismo y la dirección neokantiana”, *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 6, 1974.
- BALMES, Jaime, *El criterio*, Madrid, Ibéricas, 1940.
- BARROS, Enrique, “La relación entre la ley y la sentencia judicial en la teoría pura del derecho”, *RSC*, núm. 6, 1974.
- BERGMANN, Gustav y ZERBY, Lewis, “The Formalism in Kelsen’s Pure Theory of Law”, *Ethics*, vol. 55, 1945.

- BINDSCHEDLER, Rudolf L., "Zum Problem der Grundnorm", *Völkerrecht und rechtliches Weltbild. Festschrift für Alfred Verdross*, Viena, Springer Verlag, 1960.
- BLOUSTEIN, Edward Jerome, *The Legal Philosophy of Hans Kelsen. Philosophische Dissertation*, Cornell University, 1954.
- BOBBIO, Norberto, "Kelsen e il problema del potere", *RIFD*, vol. 58, 1981.
- BOBBIO, Norberto, "La teoría pura del derecho y sus críticos", *RSC*, vol. 6, 1974.
- BONDY, Otto, "Hans Kelsen's Relativistic Approach to Ethics", en AA.VV, *Law, State, and International Legal Order*, Knoxville, University of Tennessee Press, 1964.
- BONDY, Otto, "Zum Problem der Rechtssatzformulierung", *ζOR*, vol. 9, 1930.
- BUSEK, Vratislav, "Kelsen a právo církevní", *Casopis ucene spolecnosti Safarikovy*, vol. 1, 1927.
- CAIANI, Luigi, *I Giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Padua, Cedam, 1954.
- CAMPAGNOLO, Umberto, "La notion de «personne juridique» dans la «Doctrine pure du droit»", *RITD*, vol. 11, 1937.
- CASAUBON, Juan Alfredo, "Hans Kelsen y la teoría pura del derecho", *Revista de Estudios Teológicos y Filosóficos. Revista de los padres Dominicanos Argentinos*, Buenos Aires, vol. 3, 1961.
- CASAUBON, Juan Alfredo, *Hans Kelsen: la teoría pura del derecho*, Madrid, Magisterio Español, 1986.
- CASTRO, Federico de, *La persona jurídica*, Madrid, Civitas, 1981.
- CHECCHINI, Aldo, *Scritti Giuridici e Storico-Giuridici, III. Diritto Ecclesiastico*, Padua, Cedam, 1958.
- COHEN, Hermann, *Ethik des reinen Willens*, Berlín, H. Cassirer, 1904.
- COHEN, Hymen Ezra, *Recent Theories of Sovereignty*, Chicago, Chicago University Press, 1937.
- CONDORELLI, Orazio, "Il rapporto fra Stato e diritto secondo il Kelsen", *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, vol. 3, 1923.
- CONTE, Amadeo G., "In margine a l'Ultimo Kelsen", *Studia Ghisleriana*, Pavía, 1967.
- CONTE, Amadeo G., *Primi argomenti per una critica del normativismo*, Pavía, Università di Pavia, 1968.
- CORREA SAAVEDRA, Mario, *Intimidad y ruta del pensamiento kelseniano*, Santiago de Chile, 1966.



- D'ENTREVES, Alexander Passerin, *Derecho natural*, Madrid, Aguilar, 1972.
- DAVY, Georges, "Le problème de l'obligation chez Duguit et chez Kelsen", *Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, núm. 1-2, 1933.
- DE VISSCHER, Paul, "Observations sur la contribution de Hans Kelsen au droit international positif", *RIPH*, vol. 35, 1981.
- DELLA RATTA-RINALDI, Antonio, *Oggetto, metodo e natura della giurisprudenza nella Reine Rechtslehre*, Nápoles, Liguori, 1979.
- DERISI, Octavio Nicolás, *Los fundamentos metafísicos del orden moral*, Madrid, Consejo Superior Investigaciones Científicas, 1969.
- DERISI, Octavio Nicolás, *Max Scheler: ética material de los valores*, Madrid, Magisterio Español, 1979.
- EBENSTEIN, William, *La teoría pura del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1947.
- EIKEMA HOMMES, Hendrik, "La evolución del concepto kelseniano de norma jurídica", *Persona y Derecho*, vol. 10, 1983.
- EISENMANN, Charles, "Science du droit et sociologie dans la pensée de Kelsen", *Annales de la Faculté de Droit et de Sciences Politiques et Economiques de Strasbourg*, vol. 5, 1958.
- EISENMANN, Charles, "Sur la théorie Kelsenienne du Domaine de Validité des Normes Juridiques", en AA. VV., *Gesellschaft, Law, State and International Legal Order. Essays in Honor of H. Kelsen*, Knoxville, University of Tennessee Press, 1964.
- ENGISCH, Karl, *Die Einheit der Rechtsordnung*, Heidelberg, C. Winter, 1935.
- ENGLIS, Karel, "Hans Kelsens Lehre von der Gerechtigkeit. Ein Beitrag zur Theorie der Gesellschaftsordnungen", *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, vol. 47, núm. 2, 1961.
- ESQUIVEL PÉREZ, Javier, *Kelsen y Ross, formalismo y realismo en la teoría del derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1980.
- EWALD, Oskar, "Die deutsche Philosophie im Jahre 1911", *Kant-Studien*, vol. 17, 1912.
- FASSÓ, G., *Storia della filosofia del diritto*, vol. III, Boloña, Società editrice il Mulino, 1972.
- FERRER ARELLANO, Joaquín, *Filosofía de las relaciones jurídicas*, Madrid, Rialp, 1963.
- FRAGUEIRO, Alfredo, *Aberraciones teóricas del normativismo jurídico de H. Kelsen*, Buenos Aires, Espasa Calpe, 1943.
- FUCHS, Albert, *Die Rechtsgeltung*, Leipzig-Viena, F. Deuticke, 1933.

- GALLI, Pasquale, "L'indagine giuridica e la purezza del metodo", *Studi in onore di Federico Cammeo*, Padua, Cedam, 1932.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Algunos aspectos de la doctrina kelseniana*, México, Porrúa, 1978.
- GAVAZZI, Giacomo, "L'interpretazione giuridica in H. Kelsen", *RIFD*, vol. 34, 1957.
- GAVIRIA DIAZ, Carlos, "Superación de los dualismos jurídicos en Kelsen", *Estudios de Derecho*, Colombia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, vol. 20, 1961.
- GENNARO, Antonio de, "Diritto e Potere in Hans Kelsen", *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, vol. 43, núm. 1, 1966.
- GIL CREMADES, Juan José, "Bibliografía sobre Hans Kelsen (1964-1968)", *Anuario de Filosofia del Derecho*, vol. 14, 1969.
- GIL CREMADES, Juan José, "Paz y «Teoría pura» del Derecho", *Derecho y Paz. Actas del Primer Congreso de Filosofia del Derecho*, Madrid, Instituto de Estudios Jurídicos y C. S. I. C., 1964.
- GILSON, Etienne, *El realismo metódico*, Madrid, Rialp, 1974.
- GIORGIANI, Virgilio, "Il fondamento della validità del diritto nella teoria generale del Kelsen", *RIFD*, vol. 39, 1962.
- GIORGIANI, Virgilio, *Neopositivismo e Scienza del diritto*, Roma, Fratelli Bocca Editori, 1956.
- GIOVANELLI, Adriano, *Dottrina pura e teoria della Costituzione in Kelsen*, Milan, A. Giuffrè, 1979.
- GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Ángel, *Tratado de metafísica. Teología natural*, Madrid, Gredos, 1968.
- GOYARD-FABRE, Simone, "L'inspiration kantienne de Hans Kelsen", *Revue de Métaphysique et de Morale*, vol. 83, 1978.
- GRANERIS, Giuseppe, *Contributi tomistici al la Filosofia del Diritto*, Turín, Società Editrice Internazionale, 1949.
- GRAY, Berry, "Specification of Norm in the Jurisprudence of Aquinas, Austin and Kelsen", *Aquinas. Rivista de Filosofia Roma*, vol. 23, núm. 1, 1980.
- GROCIO, Hugo, *De Iure Belli ac Pacis*, libri tres.
- GUERRA GÓMEZ, Juan Manuel, *Historia de las religiones*, Pamplona, EUNSA, 1980.
- GYSIN, Arnold, "Öffentliches Rechts und Privatrecht", *ŽOR*, vol. 9, 1930.
- HART, Herbert Lionel Adolphus, "Kelsen Visited", *U. C. L. A. Law Review*, vol. 10, 1963.

- HART, Herbert Lionel Adolphus, "Positivism and the Separation of Law and Morals", *Harvard Law Review*, vol. 71, núm. 4, 1958.
- HART, Herbert Lionel Adolphus, "Teoría de Kelsen sobre la unidad del derecho", *BMDC*, vol. 21, 1974.
- HART, Herbert Lionel Adolphus, *El concepto de derecho*, México, Editora Nacional, 1980.
- HERRERA FIGUEROA, Miguel, "Kelsen y los valores jurídicos", *Norte*, núm. 1, Tucumán, 1951.
- HERVADA, Javier y LOMBARDIA, Pedro, *El derecho del Pueblo de Dios*, Pamplona, EUNSA, 1970.
- HERVADA, Javier, "Sugerencias acerca de los componentes del derecho", *Ius Canonicum*, vol. 6, núm. 11, 1966.
- HERVADA, Javier, *El ordenamiento canónico. I. Aspectos centrales de la construcción del concepto*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1966.
- HERVADA, Javier, *Introducción crítica al derecho natural*, Pamplona, EUNSA, 1982.
- HUGHES, Graham, "Validez y norma básica", *RSC*, vol. 6, 1974.
- HUME, David, *Treatise of Human Nature*, L. S. Selby-Bigges, 1978.
- KALINOWSKI, Georges, "Une mise en question de la logique des normes. En réponse aux objections de Hans Kelsen", *Archives de Philosophie du Droit*, vol. 25, 1980.
- KANT, Immanuel, *Crítica de la razón práctica*, 1788.
- KANT, Immanuel, *Crítica de la razón pura*, 1781.
- KANT, Immanuel, *Fundamentos de la metafísica de las costumbres*, 1785.
- KANT, Immanuel, *Metafísica de las costumbres*, 1797.
- KELSEN, Hans y KLUG, Ulrich, *Rechtsnormen und logische Analyse* (correspondencia epistolar entre 1959 y 1965 Deuticke, Viena, 1981).
- KELSEN, Hans, *¿Que es la teoría pura del derecho?*, Argentina, Imprenta de la Universidad de Córdoba, 1958.
- KELSEN, Hans, "Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics", *¿Qué es justicia?*, CALSAMIGLIA, Alberto (ed.), Barcelona, Ariel, 1982.
- KELSEN, Hans, "Adolf Merkl zu seinem siebzigsten Geburtstag am 23. März 1960", *OZOR*, vol. 10, 1960.
- KELSEN, Hans, "Bases de la teoría del derecho natural", *Ius Canonicum*, vol. 2, 1962.
- KELSEN, Hans, "Contribuciones a la teoría pura del derecho", *Colección de Ensayos*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1969.

- KELSEN, Hans, "Derecho y lógica", *BMDC*, vol. 21, 1974.
- KELSEN, Hans, "Derogation", *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, Indianapolis-Nueva York, The Bobb-Merrill Co., 1962.
- KELSEN, Hans, "Die Entstehung des Kausalgesetzes aus dem Vergütungsprinzip", *La idea del derecho natural y otros ensayos*, México, Ediciones Coyoacán, 2010.
- KELSEN, Hans, "Die Funktion der Verfassung", *Verhandlungen des Zweiten österreichischen Juristentages*, Viena, Manz, vol. II, núm.7, 1964.
- KELSEN, Hans, "Die Grundlage der Naturrechtslehre", en AA.VV., *Das Naturrecht in der Politischen Theorie*, Viena, Springer Verlag, 1963.
- KELSEN, Hans, "Die Idee des Naturrechtes", *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Losada, 1946.
- KELSEN, Hans, "Die Rechtswissenschaft als Norm- oder Kulturwissenschaft. Eine methoden- Kritische Untersuchung", *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche*, vol. 40, 1916.
- KELSEN, Hans, "El Proyecto de Declaración de los derechos y deberes de los Estados. Observaciones críticas", *RCS*, vol. 6, 1974.
- KELSEN, Hans, "Juristischer Formalismus und Reine Rechtslehre", *Juristische Wochenschrift*, vol. 58, 1929.
- KELSEN, Hans, "Justicia y derecho natural", *Crítica del derecho natural*, Madrid, Taurus, 1966.
- KELSEN, Hans, "Naturrecht und positives Recht. Eine Untersuchung ihres gegenseitigen Verhältnisses", *RITD*, vol. 2, 1927-1928.
- KELSEN, Hans, "Professor Stone and the Pure Theory of Law", *Stanford Law Review*, vol. 17, 1965.
- KELSEN, Hans, "Que'est-ce que la philosophie du droit?", *Archives de Philosophie du Droit*, vol. 7, 1962.
- KELSEN, Hans, "Rechts und Logik", *Forum*, Viena, vol. 12, 1965.
- KELSEN, Hans, "Science and Politics", *¿Qué es justicia?*, CALSAMIGLIA, Alberto (ed.), Barcelona, Ariel, 1982.
- KELSEN, Hans, "Sobre el concepto de norma", *BMDC*, vol. 21, 1974.
- KELSEN, Hans, "Teoría pura del derecho y teoría egológica. Respuesta al artículo de Carlos Cossio: Teoría egológica y teoría pura del derecho. Balance provisional de la visita de Kelsen a la Argentina", *Revista de Estudios Políticos*, vol. 71, 1953.
- KELSEN, Hans, "The Law as a Specific Social Technique", *¿Qué es la justicia?*, CALSAMIGLIA, Alberto (ed.), Barcelona, Ariel, 1982.

- KELSEN, Hans, "The Metamorphoses of the Idea of Justice", *Interpretations of Modern Legal Philosophies. Essays in Honnor of Roscoe Pound*, Nueva York, Oxford University Press, 1947.
- KELSEN, Hans, "The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science", *¿Qué es justicia?*, CALSAMIGLIA, Alberto (ed.), Barcelona, Ariel, 1982.
- KELSEN, Hans, "The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence", *La idea del derecho natural y otros ensayos*, México, Ediciones Coyoacán, 2010.
- KELSEN, Hans, "Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode", *Revista de la Facultad de Derecho*, México, vol. 19, 1969.
- KELSEN, Hans, "Über Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktstfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt", *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*, vol. 40, 1913.
- KELSEN, Hans, "Value Judgements in the Science of Law", *¿Qué es justicia?*, CALSAMIGLIA, Alberto (ed.), Barcelona, Ariel, 1982.
- KELSEN, Hans, "What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science", *¿Qué es justicia?*, Barcelona, Ariel, 1982.
- KELSEN, Hans, "Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft", *Archiv des öffentlichen Recht*, vol. 31, 1913.
- KELSEN, Hans, "Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berücksichtigung van Vaihingers Philosophie des Als Ob", *Annalen der Philosophie*, vol. 1, 1919.
- KELSEN, Hans, *Allgemeine Staatslehre. Teoría del Estado*, México, Editora Nacional, 1979.
- KELSEN, Hans, *Allgemeine Theorie der Normen*, Viena, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1979.
- KELSEN, Hans, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechtes. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*, Aalen, Scientia Verlag, 1960.
- KELSEN, Hans, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses zwischen Staat und Recht*, 2a. ed., Aalen, Scientia Verlag, 1981.
- KELSEN, Hans, *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, Charlottenburg, Pan-Verlag Rolf Heise, 1928.
- KELSEN, Hans, *El contrato y el tratado. Analizados desde el punto de vista de la teoría pura del derecho*, México, Imprenta Universitaria, 1943.
- KELSEN, Hans, *El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del derecho*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1933.
- KELSEN, Hans, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre von Rechtssatz*, 2a. ed., Aalen, Scientia Verlag, 1960.

- KELSEN, Hans, *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Losada, 1946.
- KELSEN, Hans, *La teoría pura del derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1979.
- KELSEN, Hans, *Principios de derecho internacional público*, Buenos Aires, El Ateneo, 1965.
- KELSEN, Hans, *Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuches zur Überwindung der "Rechtsdogmatik"*, Viena-Leipzig, F. Deuticke, 1922.
- KELSEN, Hans, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die Rechtswissenschaftliche problematik*, reimp., México, Editora Nacional, 1974.
- KELSEN, Hans, *Sociedad y naturaleza*, Buenos Aires, Depalma, 1945.
- KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1979.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho*, Buenos Aires, EUDEBA, 1975.
- KELSEN, Hans, *The Communist Theory of Law*, Nueva York, Frederick A. Praeger Inc., 1955.
- KELSEN, Hans, *Vergeltung und Kausalität. Eine soziologische Untersuchung*, La Haya, W. P. van Stockum, 1939.
- KELSEN, Hans, *Was ist Gerechtigkeit?*, Viena, F. Deuticke, 1953.
- KLECATSKY, Hans et al. (eds.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, Viena, Europa Verlag, 1968.
- KLENNER, Hermann, "Kelsens Kant", *Revue Internationale de Philosophie*, vol. 35, 1981.
- KRIELE, M., "Rechtsflicht und die positivische Trennung Von Recht und Moral", *OZOR*, vol. 16, 1966.
- KUNZ, Josef L., "Die definitive Formulierung der Reinen Rechtslehre", *OZOR*, vol. 11, 1961.
- KUNZ, Josef L., "El derecho internacional en la teoría kelseniana", *Revista Trimestral de Cultura Moderna*, Universidad Nacional de Colombia, vol. 5, 1946.
- KUNZ, Josef L., *La teoría pura del derecho*, México, Imprenta Universitaria, 1948.
- LACHANCE, Louis, *Le Droit et les droits de l'homme*, París, Presses Universitaires de France, 1959.
- LACLAU, Martín, "Relación entre lógica y derecho en el último periodo de Kelsen", en AA.VV., *Gesellschaft, Apreciación crítica de la teoría pura del derecho*, Valparaíso, Edeval, 1982.

- LALAGUNA, Enrique, "Bemerkungen zum II. Kapitel der Reinen Rechtslehre Hans Kelsens", *ARS*, vol. 54, 1968.
- LALAGUNA, Enrique, "La posición de Kelsen en el renacimiento del derecho natural", *Ius Canonicum*, vol. 2, 1962.
- LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, Ariel, 1966.
- LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, "La influencia de la doctrina de Kelsen en la ciencia jurídica española", *Revista de Estudios Políticos*, vol. 96, 1957.
- LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, "La obligatoriedad jurídica", *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. 1, 1953.
- LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, "Notas sobre el valor de la teoría pura del derecho", *La Ley*, Buenos Aires, 5-IX, 1944.
- LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *Kelsen. Estudio crítico de la teoría pura del derecho y del estado de la Escuela de Viena*, Barcelona, Lib. Bosch, 1933.
- LEONI, Bruno, "Il concetto di «Stato» nella teoria kelseniana", *Scritti vari di Filosofia del Diritto*, Milán, Giuffrè, 1961.
- LEONI, Bruno, "Oscurità ed incongruenze nella dottrina kelseniana del diritto", *RIFD*, vol. 37, 1960.
- LEWIS, John U., "Aquinas and Professor Kelsen: Their Differing Conceptions of Legal Science", *Proceedings of the American Catholic Philosophical Association*, vol. 48, 1974.
- LEWIS, John U., "Kelsen and Aquinas: A Conflict over the Nature of Law and Legal Obligation", *The Jurist*, vol. 34, 1974.
- LOSANO, Mario G., "Diritto e logica in H. Kelsen", *Il Politico*, vol. 4, 1966.
- LOSANO, Mario G., "Il problema della interpretazione in H. Kelsen", *RIFD*, vol. 45, 1968.
- LOSANO, Mario G., "Per un' analisi di Sollen in H. Kelsen", *RIFD*, vol. 44, 1967.
- LOSANO, Mario G., *Forma e realtà in Kelsen*, Milán, Ed. di Comunità, 1981.
- LOSANO, Mario G., *Saggio introduttivo, a Kelsen, H., La dottrina pura del diritto*, Turín, Giulio Einaudi, 1966.
- LUÑO PEÑA, Enrique, *Historia de la filosofía del derecho*, Barcelona, La Hormiga de Oro, 1955.
- MACHADO PINTO, Marília M., "A distinção proposições jurídicas/ normas de direito na nova teoria pura", *Revista Brasileira de Filosofia*, vol. 27, 1977.
- MANTILLA PINEDA, Benigno, "El principio de retribución y la ley de causalidad", *Estudios de Derecho*, Antioquia, Colombia, vol. 22, 1961.



- MARCIC, René, “Das Naturrecht als Grundnorm der Verfassung”, *OZOR*, vol. 13, 1963.
- MARTÍN OVIEDO, José María, *Los supuestos filosóficos del método puro del derecho*, Madrid, Reus, 1968.
- MARTÍNEZ DORAL, José M., *La estructura del conocimiento jurídico*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1963.
- MESSNER, Johannes, *Ética social, política y económica a la luz del derecho natural*, Madrid, Rialp, 1967.
- MÉTALL, Rudolph Aladár (ed.), *33 Beiträge zur Reinen Rechtslehre*, Viena, Europa Verlag, 1974.
- MÉTALL, Rudolph Aladár, “Hans Kelsen y su Escuela vienesa de la teoría del derecho”, en *RCS*, vol. 6, 1974.
- MÉTALL, Rudolph Aladár, *Hans Kelsen. Vida y obra*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1976.
- MILLAS, Jorge, “Los determinantes epistemológicos de la teoría pura del derecho”, en AA.VV., *Gesellschaft, Apreciación crítica de la teoría pura del derecho*, Valparaíso, Edeval, 1982.
- MILLAS, Jorge, Sobre los fundamentos reales del orden lógico-formal del derecho, *Revista de Filosofía. Universidad de Chile*, vol. 3, 1956.
- MOOR, Julius, “Creazione e applicazione del diritto”, *RIFD*, vol. 14, 1934.
- MOOR, Julius, “Öffentliches und privates Recht”, *RITD*, vol. 12, 1938.
- MOOR, Julius, “Reine Rechtslehre Naturrecht und Rechtspositivismus”, en AA.VV., *Gesellschaft, Staat und Recht. Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre*, Festschrift für Hans Kelsen zum 50. Geburtstag, Viena, Julius Springer, 1931.
- MULLIGAN, R. W., “Hans Kelsen and the Problem of Relativism in the Law”, *American Catholic Philosophical Association. Proceedings for the Year of 1947*, vol. 22, 1947.
- NIETO ARTETA, Luis Eduardo, *La interpretación exacta de la teoría pura del derecho*, Medellín, Universidad de Antioquia, 1952.
- OFSTAD, Helene, “The Descriptive Definition of the Concept of «Legal Norm» Proposed by H. Kelsen”, *Theoria*, vol. 16, 1950.
- OJEA QUINTANA, Julio M., “La filosofía jurídica de Hans Kelsen”, *Sapientia. Revista Tomista de Filosofía*, vol. 5, 1950.
- OPALEK, Kazimierz, *Überlegungen zu Hans Kelsens “Allgemeine Theorie der Normen”*, Schriftenreihe des Hans Kelsen- Instituts Band 4., Viena, Manzsche Verlags- und Universitäts- buchhandlung, 1980.



- ORLANDO, C., *Formalismo giuridico e valori in H. Kelsen*, Roma, La Goliardica, 1967.
- PACHECO GÓMEZ, Máximo, *Las tendencias actuales de la filosofía jurídica*, Concepción, Revista Ateneo, 1959.
- PALLIERI, Giorgio B., “Le dottrine di Hans Kelsen e il problema dei rapporti fra diritto interno e diritto internazionale”, *Rivista di Diritto Internazionale*, núm. 27, 1935.
- PAULSON, Stanley L., “Material and Formal Authorisation in Kelsen’s Pure Theory”, *Cambridge Law Journal*, vol. 19, núm. 1, 1980.
- PECZENIK, Aleksander, “On the Nature and function of the Grundnorm”, *Rechtstheorie Beiheft*, vol. 2, 1981.
- PERELMAN, Chaïm, “La théorie pure du droit et l’argumentation”, en AA.VV. *Gesellschaft, Law, State and International Legal Order. Essays in Honor of H. Kelsen*, Knoxville, University of Tennessee Press, 1964.
- PERELMAN, Chaïm, *De la justice*, Bruselas, Université Libre de Bruxelles, 1945.
- PIEPER, Josef, *Las virtudes fundamentales*, Madrid, Rialp, 1976.
- PINO MUÑOZ, Jacinto, *Estudios sobre la teoría pura del derecho. Algunos aspectos de la doctrina kelseniana*, Chile, Universidad de Concepción, 1959.
- PIÑÓN, Antonio T., “Is it Possible to Derive a «Moral» ought from a Statement of Fact?”, *Persona y Derecho*, vol. 5, 1978.
- PITAMIC, L., “Denkōnomische Voraussetzungen der Rechtswissenschaft”, *OZOR*, vol. 3, 1917.
- PORTINARI, P. P., “La teoria generale delle norme nell’opus posthumum di Hans Kelsen”, *Nuovi Studi Politici*, vol. 11, 1981.
- PUENTE E., José, *La teoría pura del derecho y la ciencia del derecho internacional*, Madrid, Instituto Francisco de Vitoria, 1962.
- QUINTANA BRAVO, Fernando, “El problema de la justicia en Kelsen”, *RCS*, vol. 6, 1974.
- RANGEL FRÍAS, Raúl, *Identidad de Estado y derecho en la teoría jurídica pura de Hans Kelsen*, México, 1938.
- RAZ, Joseph, “Kelsen’s Theory of the Basic Norm”, *American Journal of Jurisprudence*, Notre Dame, vol. 19, 1974.
- RAZ, Joseph, “The Purity of the Pure Theory”, *RIPH*, vol. 35, 1981.
- REALE, Miguel, *Filosofia do direito*, San Paulo, Saraiva, 1965.
- RECASÉNS SICHES, Luis, “Estado y derecho. El problema acerca de si son distintos o bien una sola e idéntica entidad”, *Studi filosofico giuridici dedicati al Prof. Giorgio Del Vecchio*, Modena, vol. 2, 1931.

- RECASÉNS SICHES, Luis, *Concepto lógico-genérico del derecho. La nota de coactividad*, Madrid, Reus, 1924.
- RECASÉNS SICHES, Luis, *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, 2 vols., México, Porrúa, 1963.
- REYES SOTO, Nelson, "El concepto de deber jurídico en la teoría pura del derecho", en AA.VV. Gesellschaft, *Apreciación crítica de la teoría pura del derecho*, Valparaíso, Edeval, 1982.
- RINGHOFER, Kurt, "Interpretation und Reine Rechtslehre", en AA.VV., Gesellschaft, *Festschrift für Hans Kelsen zum 90. Geburtstag*, Viena, Franz Deuticke Verlag, 1971.
- RIVACOBÁ, Manuel, "Proyecciones de la teoría pura del derecho en el pensamiento penal", en AA.VV. Gesellschaft, *Apreciación crítica de la teoría pura del derecho*, Valparaíso, Edeval, 1982.
- RODRÍGUEZ, Guillermo, *El metafisicismo de Kelsen*, México, 1947.
- ROMANO, Santi, *L' Ordinamento Giuridico*, 2a. ed., Florencia, Sansoni, 1951.
- ROSS, Alf, *Towards a Realistic Jurisprudence*, Copenhagen, E. Munksgaard, 1946.
- SANCHO IZQUIERDO, Miguel y HERVADA, Javier, *Compendio de derecho natural*, 2 vols., Pamplona, EUNSA, 1981.
- SANTIAGO NINO, Carlos, "Some Confusions around Kelsen's Concept of Validity", *ARS*, vol. 64, 1978.
- SCARPELLI, Uberto, "Società e natura nel pensiero di H. Kelsen", *RIFD*, vol. 31, 1954.
- SCHALLER, P. Leodegar M., *Der Rechtsformalismus Kelsens und die thomistische Rechtsphilosophie. Ein Vergleich zweier Systeme des Rechtsdenkens*, Friburgo, Suiza, Kanisiusdruckerei, 1949.
- SCHREIER, Fritz, *Die Interpretation von der Gesetzen und Rechtsgeschäfte*, F. Deuticke, Viena 1927.
- SILVING, Helen, "The Lasting Value of Kelsenism", en AA.VV. Gesellschaft, *Law, State and International Legal Order. Essays in Honor of H. Kelsen*, Knoxville, University of Tennessee Press, 1964.
- SOAJE RAMOS, Guido, "Contexto sistemático de las preguntas filosóficas sobre la justicia. Algunas observaciones", *Ethos. Revista de Filosofía Práctica*, Buenos Aires, vol. 9, 1981.
- SPANNEUT, Michel, *Le stoicisme des Pères de l'Eglise*, París, Éditions du Seuil, 1957.
- SQUELLA, Agustín, "Validez y eficacia del derecho en la teoría de Hans Kelsen", *RCS*, vol. 6, 1974.

- SQUELLA, Agustín, *Derecho. Desobediencia y justicia*, Valparaíso, Edeval, 1977.
- STOCKHAMMER, Morris, "Kausalität und Zurechnung", *Kant- Studien*, vol. 61, 1970.
- STONE, Julius, "Mystery and Mystique in the Basic Norm", *The Modern Law Review*, vol. 26, núm. 1, 1963.
- STRANZINGER, Rudolf, "Der Normbegriff bei Hans Kelsen", *ARS*, vol. 63, 1977.
- TAMAYO Y SALMORAN, Rolando E., *La Constitución como parte de una teoría general del derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1967.
- TARANGUL, F., "Le sincrétisme des méthodes et la théorie pure du droit", *RITD*, vol. 1, 1939.
- TASIC, G., "Le réalisme et le normativisme dans la science juridique", *RITD*, vol. 1, 1926.
- THEVENAZ, H., "A propos de la coutume", en AA.VV. Gesellschaft, *Law, State and International Legal Order. Essays in Honor of H. Kelsen*, Knoxville, University of Tennessee Press, 1964.
- TOMÁS DE AQUINO, S., *Suma Teológica*.
- TREVES, Renato, "El fundamento filosófico de la teoría pura del derecho de Hans Kelsen", *La Justicia*, vol. 30, 1971.
- TREVES, Renato, "Intorno alla concezione del diritto di H. Kelsen", *RIFD*, vol. 29, 1952.
- TROPER, Michel, "Kelsen. La théorie de l'interpretation et la structure de l'ordre juridique", *RIPH*, vol. 35, 1981.
- TRUYOL, Antonio "Le droit des gens dans le système de la «Théorie pure de droit» de Hans Kelsen", *Revue Générale de droit International Public*, vol. 55, 1951.
- UPRIMNY, Leopoldo, "La coercibilidad del derecho, una doctrina tomista", *Revista del Colegio de Ntra Sra. del Rosario*, Colombia, vol. 35, 1940.
- URDANOZ, Teófilo, *Historia de la filosofía*, vol. V y vol. VI, Madrid, BAC, 1975.
- UTZ, Arthur F., "Die Gerechtigkeit der Prüfsteirn naturrechtlichen Denkens. Zur neuesten Naturrechtlskritik von Hans Kelsen", *Die Neue Ordnung*, vol. 15, 1961.
- VAIHINGER, Hans, *Die Philosophie des Als-Ob. System der theoretischen, praktischen und religiösen Fiktionen der Menschheit auf Grund eines idealistischen Positivismus*, Berlín, 1911.

- VERDROSS, Alfred, "Die allgemeinen Rechtsgrundsätze als Völkerrechtsquelle. Zugleich ein Beitrag zum. Problem der Grundnorm des positiven Völkerrechts", en AA.VV., Gesellschaft, *Staat und Recht. Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre*, Festschrift für Hans Kelsen zum 50. Geburtstag, Viena, Julius Springer, 1931.
- VERDROSS, Alfred, "Zum Problem der Rechtsunterworfenheit des Gesetzgebers", *Juristische Blätter*, vol. 45, 1916.
- VERDROSS, Alfred, "Zur Konstruktion des Völkerrechts", *Zeitschrift für Völkerrecht*, vol. 8, 1914.
- VERDROSS, Alfred, *Derecho internacional público*, Madrid, Aguilar, 1976.
- VERNEAUX, Roger, *Historia de la filosofía moderna*, Barcelona, Herder, 1969.
- VERNEAUX, Roger, *Immanuel Kant: crítica de la razón pura*, colección Crítica Filosófica, Madrid, Magisterio Español, 1978.
- VERNEAUX, Roger, *Le Vocabulaire de Kant*, París, Aubier-Montaigne, 1967-1973.
- VERNENGO, Roberto J., "La función sistemática de la norma fundamental", *Revista Jurídica de Buenos Aires*, vol. 1, 1960.
- VIAL ARMSTRONG, Agustín, *Estudio de la relación entre derecho natural y derecho internacional a la luz de la teoría pura del derecho de Hans Kelsen*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1965.
- VILLEY, Michel, *Compendio de filosofía del derecho*, Pamplona, EUNSA, 1979.
- VILLEY, Michel, *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Valparaíso, Universidad Católica, 1976.
- VILLEY, Michel, *Leçons d'Histoire de la Philosophie du Droit*, París, Dalloz, 1962.
- WALTER, Robert, "Das Lebenswerk Hans Kelsens: Die Reine Rechtslehre", en AA.VV. Gesellschaft, *Staat und Recht. Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre*, Festschrift für Hans Kelsen zum 50. Geburtstag, Viena, Julius Springer, 1931.
- WALTER, Robert, "Das Problem des Verhältnisses von Recht und Logik in der reinen Rechtslehre", *Rechtstheorie*, vol. 11, 1980.
- WALTER, Robert, "El estado actual de la teoría pura del derecho", *RCS*, vol. 6, 1974.
- WALTER, Robert, "Logik und Rechts", *Neues Forum*, Viena, vol. 13, 1966.
- WALTER, Robert, *Der Aufbau der Rechtsordnung. Eine rechtstheoretische Untersuchung auf Grundlage der Reinen Rechtslehre*, Viena, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1974.

- WEINBERGER, Ota, *Normentheorie als Grundlage der Jurisprudenz und Ethik: eine Auseinandersetzung mit Hans Kelsens Theorie der Normen*, Berlín, Duncker und Humblot, 1981.
- WEYR, Franz, “Die Rechtswissenschaft als Wissenschaft von Unterschieden”, *ARS*, vol. 28, 1935.
- WEYR, Franz, “Natur und Norm”, *RITD*, vol. 6, 1932.
- WEYR, Franz, “Rechtsphilosophie und Rechtswissenschaft”, *ŽOR*, vol. 2, 1921.
- WEYR, Franz, “Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystem”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 23, 1908.
- WIELINGER, George, “Rechtstheorie in Österreich. Hans Kelsen und die Wiener rechtstheoretische Schule”, *Conceptus*, vol. 11, 1977.
- WROBLEWSKI, Jerzy, “Kelsen, The is-ought Dichotomy and Naturalistic Fallacy”, *RIPH*, vol. 35, núm. 138, 1981.
- ZAMPETTI, Pier Luigi, *Metafisica e Scienza del Diritto nel Kelsen*, Milán, Giuffrè, 1956.

*La teoría pura del derecho de Hans Kelsen. Visión crítica*, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se publicó en versión electrónica el 30 de mayo de 2025. En su composición tipográfica se utilizó tipo *Baskerville* en 9, 10 y 11 puntos.

## LA APARICIÓN DE LA *TEORÍA PURA DEL DERECHO* (*Reine Rechtslehre*)

de Hans Kelsen constituye uno de los acontecimientos más relevantes en la ciencia jurídica de nuestro tiempo. Kelsen es el máximo representante del positivismo jurídico; es quien ha desarrollado su lógica interna con mayor rigor. Por esta razón, el estudio y valoración crítica de su doctrina es un desafío de primera magnitud para todo jurista, que permite acrisolar las propias convicciones, aunque éstas sean de signo completamente opuesto a las del autor vienés. Esta obra pretende ser una toma de contacto con la *Teoría pura* en su conjunto, y una propuesta de líneas de superación crítica que, aprovechando cuanto de valioso se encierra en las ideas kelsenianas, nos haga posible avanzar en la elaboración de una auténtica teoría científica general acerca del derecho.

ISBN 978-607-30-9512-9



9 786073 095129 >



JU  
RÍD  
CA