

HOMENAJE

A

HANS Kelsen

1881 — 1961

---



HANS KELSEN

**HANS KELSEN**

## SECCION SEGUNDA

# HOMENAJE A HANS KELSEN

ESTUDIOS DE DERECHO, Organó de la Facultad de Derecho y Ciencias Polítimas de la Universidad de Antioquia, rinde Homenaje de admiración al eximio jurista vienés HANS KELSEN con motivo del octogésimo aniversario de su nacimiento.

Balance de la teoría pura del derecho de Kelsen.

Dr. Luis Recaséns Siches, profesor investigador de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Imperativo y norma en el derecho.

Dr. Cayetano Betancur, profesor de la Universidad Nacional de Colombia.

El principio de retribución y la ley de causalidad.

B. Mantilla Pineda.

Dr. Jairo Duque Pérez, profesor de la Universidad de Antioquia.

Superación de los dualismos jurídicos en Kelsen.

Carlos Gaviria Díaz, alumno de quinto año de la Facultad de Derecho de la U. de A.

Teoría comunista del derecho.

Fernando Mesa, alumno de cuarto año de la Facultad de Derecho de la U. de A.

Teoría comunista del Estado.

Luis Alfonso García, alumno de cuarto año de la Facultad de Derecho de la U. de A.

## **EPIGRAFES:**

Hans Kelsen "constituye incuestionablemente el principal jurista de la época".

**Roscoe Pound.**

"La teoría del Derecho y del Estado, en nuestra época, se ha producido y sigue elaborándose necesariamente en diálogo con Kelsen".

**Luis Recaséns Siches.**

"Hoy, en el mundo de las ideas jurídicas, se está con Kelsen o contra Kelsen. Tertium non datur".

**Enrique R. Aftalión.**

# BALANCE DE LA TEORIA PURA DEL DERECHO DE KELSEN

Dr. Luis Recasén Siches

## SUMARIO:

- 1—Justificación de la crítica.
- 2—El Derecho, obra humana, con forma de específica normatividad, orientado hacia unos valores.
- 3—El estudio de Kelsen sobre la normatividad jurídica.
- 4—Superación positiva de la teoría pura del Derecho. Los supuestos ontológicos del Derecho en la vida humana. Las finalidades funcionales del Derecho.
- 5—Balance final.

1. **Justificación de la crítica** - Exponer puntos de vista críticos sobre la teoría pura del Derecho de Hans Kelsen, la cual constituye uno de los acontecimientos de mayor importancia en la historia del pensamiento jurídico, no implica en modo alguno mengua en la alta estima que tengo por esa formidable producción del gran maestro austro-judío-norteamericano, ni tampoco debilitación por el afecto entrañable que le profeso desde que lo conocí en las aulas de la Universidad de Viena, afecto que ha permanecido inalterable hasta el presente. Diría que adoptar una posición crítica es precisamente ser fiel al espíritu de Kelsen, quien se ha destacado siempre por su devoción al examen crítico y a las superaciones que de éste puedan seguirse.

A este respecto querría dejar constancia de una anécdota en la cual fui uno de los participantes. En abril de 1.960 Hans Kelsen llegó a la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México para profesar en ella unas conferencias. La presencia de Kelsen en nuestra Universidad constituyó uno de los acontecimientos de mayor importancia en la historia de esta casa de estudios. Para escucharlo acudieron tres mi-

llares de personas, quienes estaban ávidas de verlo, de oír sus palabras, de establecer con él algún contacto personal. El auditorio de la Facultad de Derecho que se había destinado para el profesor Kelsen resultó insuficiente. Sobre la marcha tuvo que gestionarse la habilitación del Auditorio de la Facultad de Medicina, el más grande en la Ciudad Universitaria de México. Mientras dicho Auditorio de la Facultad de Medicina se hallase en disponibilidad, nos congregamos algunos profesores de la Facultad en la Dirección de ésta para acompañar a nuestro huésped. Kelsen, que se hallaba superlativamente conmovido y asombrado por la ingente magnitud del público que se había presentado para escuchar su primera conferencia me dijo: "Oiga usted Recásens, yo no puedo comprender que sea posible que en la Ciudad de México haya tres mil personas interesadas en la teoría pura del Derecho, producto intelectual bastante abstracto y áspero". A esto contesté: no se trata precisamente de eso, de que haya tres mil personas con un especial interés por la teoría pura del Derecho. Se trata de otra cosa: todos nuestros juristas y estudiantes en esta Facultad han encontrado las doctrinas de usted por lo menos cinco veces a lo largo de su carrera. Las han encontrado en la disciplina de Introducción al Estudio del Derecho, en la de Teoría General del Estado, en la de Derecho Constitucional, en la de Derecho Internacional Público, y en la de Filosofía del Derecho. Unas veces el profesor les ha expuesto con entusiasmo y devoción las teorías kelsenianas; otras veces las han analizado críticamente; también en no pocas ocasiones han dirigido contra las tesis de usted intentos de combate demoledor. Cabría decir, en términos generales, que los juristas de Hispanoamérica pueden ser clasificados en tres grupos, respecto de su actitud frente a las tesis de la teoría pura del Derecho. Hay un grupo de kelsenianos fanáticos, devotos integralmente, en un cien por ciento, de la teoría pura del Derecho, para los cuales esta doctrina representa la última palabra y la definitiva. Hay también muchos juristas y filósofos que le combaten a usted encarnizadamente, sin cuartel, considerándole como el espíritu maligno que hay que desterrar por entero en el campo de nuestros estudios; y tiene usted un nutrido grupo de discípulos críticos, que han aprendido mucho de usted, pero que aspiran a encontrar en algunos ángulos nuevos desde los cuales quepa superar alguna de las perspectivas de la teoría pura del Derecho. A esto añadí, que yo pertenezco a ese tercer grupo, el de los discípulos críticos. A esto Kelsen sonrió amistosamente, y después, con una expresión de fino humor, agregó: "sabe usted, que pensándolo bien, creo que yo pertenezco también a ese tercer grupo de discípulos críticos". Resultaba, pues, que por propia declaración. Kelsen se consideraba como perteneciente al grupo de las gentes que intentan, mediante análisis críticos, superar la obra kelseniana;

es decir, Kelsen se mostraba como discípulo crítico de sí mismo, como espíritu ávido que no es retiene en las conquistas logradas antaño, antes bien trata, progresivamente, de ir hacia adelante mediante nuevas y nuevas superaciones. No parece, pues, impertinente, que en mi contribución a este volumen en homenaje al Profesor Kelsen, me permita yo presentar algunos puntos de vista críticos sobre la significación y alcance de la teoría pura del Derecho. Tales puntos de vista críticos contienen, por una parte, un reconocimiento a los formidables logros que la teoría pura del Derecho ha conseguido. Por otra parte, se proponen aquilatar con precisión cuál pueda ser el alcance de la teoría pura del Derecho, y cuáles los complementos que ésta indispensablemente requiere.

2. **El Derecho, obra humana, con forma de específica normatividad, orientado hacia unos valores** - Entiendo que el Derecho constituye una **obra humana**, con forma **normativa**, y con el propósito de realizar determinados **valores** - la justicia y el séquito de los demás valores por ella implicados. Es decir, el Derecho tiene tres dimensiones esenciales cada una de ellas recíprocamente vinculada a las otras dos. El Derecho constituye una **obra humana**, un producto cultural, algo que los hombres fabrican, elaboran, estimulados por ciertas **necesidades** de su existencia social, como medio o instrumento para satisfacer determinados tipos de necesidades planteadas por la convivencia y la cooperación. Ahora bien, aunque el Derecho tenga su origen en la presión de esas necesidades, y pretenda constituir un instrumento para colmarlas, el Derecho trasciende las fronteras fácticas de la existencia humana concreta y pretende realizar unos ciertos **valores**. El Derecho es una función vital en la existencia del hombre, como la pueda ser la digestión o la respiración. Pero frente a las funciones puramente biológicas, el Derecho, al igual que todas las otras manifestaciones de la cultura, va más allá de los confines de la biología humana, proyectándose intencionalmente hacia la realización de unos valores, de unos valores cuya validez, probablemente, es objetiva. El Derecho es, por lo tanto, un producto humano, pero con trascendencia hacia un reino de valores. Pero no son estas dos dimensiones - obra humana e intencionalidad hacia un mundo de valores -, las únicas que integran al Derecho. Esa obra humana encaminada al logro de unos determinados valores tiene forma normativa. Y esa forma normativa constituye otra de las tres dimensiones esenciales de lo jurídico, dimensión normativa que posee un logos específico, el cual impone necesaria e inevitablemente un conjunto de conexiones, y que además permite la comprensión correcta de lo que el Derecho significa, precisamente en tanto que norma especial de conducta. No se puede separar de un modo tajante, absoluto, ninguna de esas tres dimensiones, frente a las otras dos. No se trata de un congló-

merado de tres dimensiones, no se trata de un cocktail con tres ingredientes. Se trata, por el contrario, de una **unidad de sentido complejo**, el cual contiene las tres dimensiones mencionadas: hecho humano, intencionalidad axiológica, forma normativa. Esas tres dimensiones se hallan recíprocamente intercaladas, mutuamente fundidas, esencialmente trabadas, cada una de ellas con las otras dos. Muchas de las características de esa obra humana que llamamos Derecho se **deben precisamente a que ella posee esencialmente una particular normatividad**, la normatividad que es típica del Derecho, normatividad hasta cierto punto diferente de las que corresponden a otras reglas de conducta, como por ejemplo, las religiones, las morales, etc. Los valores, que han de ser realizados por el Derecho, poseen unas características especiales, que se deben precisamente en cierta medida a las otras dos dimensiones, a la dimensión de obra humana y a la dimensión de la específica normatividad que caracteriza a este producto. La obra humana que el Derecho es, cobra notas especiales cabalmente por tratarse de una obra humana dotada de ese singular tipo de normatividad, de la normatividad jurídica, y, además, por pretender la consecución de unos ciertos valores, de los llamados valores jurídicos. El Derecho no es un simple hecho social, con notas particulares, ni es tampoco una mera norma con ciertas características especiales, ni es tampoco un valor puro. Derecho es una especial obra humana social (**hecho**), de forma **normativa** encaminada a la realización de unos **valores**. Sólo esa visión de conjunto, y a la vez debidamente articulada, puede darnos la auténtica manera de ser de eso que llamamos Derecho.

Aunque las tres dimensiones se hallan unidas inextinguiblemente por una triple reciprocidad, esto no hace imposible que el Derecho pueda ser estudiado desde tres puntos de vista. El Derecho puede ser estudiado como un conjunto de normas vigentes, con **un especial tipo de imperio**, diferente del tipo de imperio que caracteriza a las normas morales, o del que es propio de los llamados convencionalismos sociales, o del que es esencial a los preceptos religiosos, etc. 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.

Hay que advertir, sin embargo, que cada uno de estos tres tipos de estudios no puede adoptar su propio punto de vista de un modo absolu-

tamente exclusivo, es decir, prescindiendo por entero de los otros dos ángulos desde los cuales es no sólo posible sino también necesario estudiar el Derecho. Puede haber una relativa **autonomía** en cada uno de esos tres tipos de estudio. Pero de ninguna manera debe intentarse una total independencia entre esos tres puntos de vista. Por el contrario, siempre habrán de mediar **recíprocos enlaces** entre ellos.

La existencia de esos tres puntos de vista, (como valor, como norma y como hecho) ha dado origen a tres tipos diferentes de estudios jurídicos, cada uno de los cuales puede desenvolverse a su vez en dos distintos planos, en el plano filosófico o en el plano empírico positivo. Esto ha sido muy bien visto y expuesto por el eminente jusfilósofo brasileiro Miguel Reale.

El estudio del Derecho en cuanto a su normatividad específica - esto es, normatividad de **impositividad inexorable** - en el plano filosófico ha dado lugar a la **Teoría fundamental o general del Derecho**; y en el plano empírico o positivo origina la llamada **Ciencia dogmática o técnica del Derecho positivo**.

El estudio del Derecho como **valor**, en el plano filosófico, suscita la **Estimativa jurídica**, es decir, la consideración del tema tradicionalmente llamado del "Derecho natural"; y en el plano empírico suscita el establecimiento de directrices para la **Política del Derecho**, es decir, para la aplicación de los criterios axiológicos a la elaboración práctica del Derecho, legislativa y judicial.

El estudio del Derecho como una especial clase de hechos sociales, como una especial clase de obra humana, lleva en el plano filosófico a la elaboración de una **Culturología jurídica**, como la llama Miguel Reale, es decir, a una doctrina del Derecho como objeto cultural, como producto de vida humana objetivada; y en el plano empírico conduce, por una parte, a la **Historia del Derecho** (descripción de realidades jurídicas particulares en el pasado), y, por otra parte, conduce a la **Sociología del Derecho**, esto es, a la investigación sobre tipos y regularidades de los fenómenos jurídicos.

### 3. El estudio de Kelsen sobre la normatividad jurídica.

Aplicando la perspectiva que acabo de bosquejar, a la teoría pura del Derecho, se debiera decir lo siguiente: Kelsen ha producido el mejor estudio del Derecho desde el punto de vista de la normatividad jurídica. Su teoría pura del Derecho ha logrado calar con la máxima hondura en todas las estructuras lógicas y reales del Derecho en tanto que éste se halla integrado por un conjunto de normas con especiales características, entre ellas sobre todo por la característica de la impositividad inexorable.

Pero Kelsen ha olvidado que la normatividad del Derecho **es tan sólo la dimensión formal de lo jurídico**; y ha olvidado, por lo tanto, - al menos lo ha olvidado muchas veces - que esa normatividad jurídica no se halla en situación de pureza, en algo así como en un abstracto firmamento, antes bien, por el contrario, está íntimamente entrelazada, por una parte, con las inspiraciones axiológicas. Nadie antes ni después de Kelsen consiguió una visión tan profunda como la de éste, en las estructuras de la normatividad jurídica, en muchas dimensiones que son esenciales al Derecho, precisamente porque el Derecho se halla constituido por una serie de normas con específicos rasgos. Kelsen ha logrado explicar mejor que nadie la esencia formal de la norma jurídica; ha conseguido poner en evidencia la mayor parte de los conceptos jurídicos formales, es decir, de las nociones puras, que constituye el **a priori** de todo Derecho y que, por lo tanto, se hallan presentes en toda realidad jurídica, y son a la vez la condición de la posibilidad de todo conocimiento jurídico. En mi opinión, la inmensa mayoría de las tesis de la teoría pura del Derecho deben ser necesariamente incorporadas a toda teoría fundamental o general de lo jurídico. Esas tesis kelsenianas representan adquisiciones que me atrevería a calificar de definitivas en la teoría fundamental o general del Derecho.

Entre esas tesis kelsenianas de la teoría pura del Derecho querría destacar de modo especial las siguientes: el concepto de deber jurídico; el concepto de derecho subjetivo; el concepto de imputación normativa - probablemente una de las conquistas más grandes y de mayor importancia logradas por Kelsen -; el concepto jurídico de personalidad; el sistema graduado o escalonado del orden jurídico positivo; la idea de norma fundamental; el análisis de la estructura lógica del precepto jurídico; y la función creadora de toda decisión jurisdiccional.

Todas esas aportaciones de Kelsen y muchas otras suyas, han quedado incorporadas a la teoría general o fundamental del Derecho. Pero con ser esta contribución de largo alcance y básica, ella sin embargo no puede constituir la totalidad de la teoría fundamental del Derecho. Porque todos esos estudios kelsenianos iluminan, a veces con meridiana claridad, componentes esenciales de lo jurídico: aquellos componentes que constituyen el **a priori** formal del Derecho, es decir, aquellos conceptos esenciales que se hallan presentes en toda realidad jurídica, y, por ende, también en todo pensamiento jurídico. Tales componentes, sin embargo, no nos dan la totalidad de la esencia del Derecho. En esos conceptos aclarados por Kelsen no aparece el hecho radical, necesario, de que lo jurídico es una **función en la vida humana**, función suscitada por ciertos tipos de urgencias que se dan en la realidad social; ni tampoco aparece esa **aspiración axiológica**, esa mención estimativa, que es esencial a todo Derecho.

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.**

La mayor parte de las críticas que se han dirigido contra la teoría pura del Derecho muestran una incompreensión respecto del pensamiento de Kelsen, del sentido de ese pensamiento y de su alcance. Es relativamente fácil, incluso diría yo es algo obligado, criticar a Kelsen en el sentido de que su obra no abarca la totalidad de lo que una teoría fundamental del Derecho debe ser. En cambio, es muy difícil, las más de las veces imposible, criticar la aportación de Kelsen dentro del marco, es decir, dentro del área, que esta aportación cubre. O expresándolo con otras palabras es fácil subrayar aquello que Kelsen no ha estudiado, aquello que dejó fuera de su teoría pura del Derecho, aquello a lo que no dió la debida consideración. Pero, en cambio, no tiene sentido ni justificación criticar sus aportes positivos a cuenta de aquello que él dejó fuera de su obra. Ahora bien, resulta impropio criticar lo que Kelsen ha dicho, por virtud de aquello que no ha dicho: es injusto querer socavar su aportación positiva, por razón de lo que quedó fuera de su obra, es decir, fuera de la teoría pura del Derecho. Esto resulta tanto más injusto, cuanto que el propio Kelsen ha reconocido muchas veces, subrayándolo de modo muy enérgico, cuáles son los límites de su teoría pura del Derecho, y cuál es el propósito de ésta. Kelsen, en su teoría pura del Derecho ha dejado fuera de ella toda investigación sociológica y también toda referencia de carácter estimativo. Pero, en cambio, **no ha negado** ni la legitimidad de un estudio sociológico del Derecho, como una realidad social: **ni ha cerrado el camino** a la preocupación axiológica, a la problemática política, a los ideales jurídicos. Ciertamente que en cuanto a este segundo problema, Kelsen dice que su posición es relativista, casi lindante con el escepticismo dentro del campo puramente filosófico o científico, si bien tal cuestión, reconoce que pueda tener sentido en el ámbito de la metafísica o de la religión. Pero, en todo caso, **salva la legitimidad del problema axiológico**, bien que remitiéndolo a esas esferas metacientíficas de la metafísica y de la religión. Bien está subrayar que la teoría pura del Derecho no contiene una visión integral ni suficiente de lo jurídico, pero, en cambio, carece de sentido impugnar los esclarecimientos positivos suministrados por Kelsen en cuanto al **a priori** formal del Derecho, a título de que ese **a priori** formal no proporciona todos los puntos de vista y estudios necesarios dentro de una teoría fundamental del Derecho.

Claro que el problema no consiste sólo en la necesidad de una complementación de la teoría pura del Derecho mediante la **adición** a ésta de estudios de sociología jurídica y de axiología o estimativa. No se trata de

escribir solamente una especie de capítulos adicionales a la teoría pura del Derecho. El problema es de mayor profundidad. El problema consiste en que las otras dos dimensiones de lo jurídico, a saber, la dimensión de fáctica del derecho como obra humana, y la intencionalidad axiológica, **tienen necesariamente que reflejarse en alguna medida y de alguna manera** en la teoría de la normatividad jurídica. Como expresé ya antes, las tres dimensiones del Derecho no se dan superpuestas, antes bien, por el contrario, estrechamente entrelazadas. Aunque en el desarrollo de una teoría fundamental o general del Derecho se atiende principalmente a la forma normativa de éste, al hacerlo así, sin embargo, no cabe prescindir de tener a la vista que esa norma apunta a la realización de determinados valores, ni cabe tampoco olvidar que esa norma ha sido engendrada en una cierta realidad social y con el propósito de remodelar esta realidad.

Cuando la teoría general o fundamental de lo jurídico contempla el Derecho como un conjunto de normas humanas vigentes, con impositividad inexorable, apoyadas por el poder público, podrá dedicar a este aspecto un estudio más extenso y un examen más minucioso; pero tendrá que percatarse de que **este aspecto incluye en escorzo la referencia esencial a los hechos de los cuales brotaron tales normas y hacia los cuales ellas se encaminan**, así como también tendrá que percatarse de **la necesaria referencia a las valoraciones en que tales normas se inspiran**. En tal estudio podrá dedicarse atención preferente al aspecto normativo del orden jurídico; pero se deberá también aludir a los hechos en los cuales se gestan las normas y a las realidades sociales que las normas quieren regular. Por otra parte en ese estudio, de teoría general o fundamental del Derecho, no se podrá definir los valores jurídicos, pero sí deberá mencionarse ciertamente que es esencial a las normas jurídicas el **querer realizar** unos determinados valores, entre ellos la seguridad, la justicia - y las ideas materiales por ésta implicadas.

Los primeros análisis que Kelsen ofrece sobre la normatividad jurídica no son el estudio verdaderamente primero con el que debe iniciarse una teoría fundamental de lo jurídico. No constituyen el punto de partida radical, sencillamente porque Kelsen **deja a sus espaldas** la raíz que la normatividad jurídica tiene en la vida humana. La normatividad jurídica es una **forma de determinados productos que el hombre elabora en su existencia**. Por lo tanto, el auténtico comienzo de una teoría fundamental del Derecho debe enraizarse en un **estudio inicial sobre la existencia humana** dentro de la cual el Derecho se origina y se desenvuelve.

Ese no tomar en cuenta la realidad de la vida humana, dentro de la cual se produce el Derecho y para la cual éste está destinado, trae consigo graves lagunas en la teoría jurídica. En primer lugar nos encontramos con la

**omisión de un estudio sobre qué clase de ser o de realidad corresponda al Derecho**. Ese estudio queda indebidamente substituído por un mero análisis de la normatividad formal; pero esa normatividad formal aparece inopinadamente sin raíces y sin dirección, sin base y sin rumbo. La normatividad jurídica es una forma cuyo sentido radica precisamente en la función que el Derecho desempeña en la existencia social del hombre. Por otra parte, la normatividad jurídica cobra su sentido como propósito de implantar en la vida humana social, las consecuencias de unos principios axiológicos, los corolarios de unas ciertas ideas de valor, principalmente de la justicia y de las esencias materiales por ésta implicadas.

**4. Superación positiva de la teoría pura del Derecho. Los supuestos ontológicos del Derecho en la vida humana. Las finalidades funcionales del Derecho.**

El concepto formal o universal del Derecho proporcionado por Kelsen **nos permite ciertamente diferenciar la regulación jurídica de otras normaciones**, tales como la religiosa, la moral, la de las reglas del trato social, la de los mandatos arbitrarios. Ese concepto formal del Derecho suministrado por Kelsen nos ofrece una serie de características esenciales de lo jurídico que nos permiten distinguir el derecho de todos los otros productos de la vida humana. Pero, en cambio, no nos ilumina sobre cuáles sean las **funciones positivas que esencialmente trata de desempeñar el Derecho en la existencia colectiva de los hombres**. Precisamente el sentido esencial de la coercitividad o impositividad inexorable del Derecho, se aclara a la luz de las funciones positivas esenciales a lo jurídico.

Durante algunos decenios en el presente siglo hubo la preocupación de que como quiera que el concepto esencial o universal del Derecho debía ser aplicable a todos los Derechos que en el mundo han sido, a todos los que son, a todos los que puedan producirse en el futuro, por esta razón dicho concepto tenía que ser necesariamente formal, es decir, un mero trasunto de la forma jurídica, sin contenido de ninguna especie. Los testimonios más notables de esta preocupación así como las consecuencias de ella, los encontramos en las teorías jurídicas de Stammler y de Kelsen. También Del Vecchio sufrió en no pequeña medida esta preocupación, pero de un modo más limitado, pues dio cabida dentro de su concepto universal del Derecho a la **intencionalidad axiológica** de éste, a su esencial propósito de constituir una regulación justa - con independencia de que tal propósito tuviese éxito, o resultara, por el contrario frustrado. Así también Radbruch. Creo ciertamente que la noción esencial del Derecho ha de ser una noción universal, dentro de la que quepan todas las manifestaciones de lo jurídico. Seguimos manteniendo que el concepto universal del Derecho debe abarcar dentro de sí todas las manifestaciones reales

o posibles de lo jurídico. Este concepto debe darnos la **esencia de lo jurídico, pura y simplemente**, dejando a un lado todos los calificativos específicos e individuales que correspondan a las manifestaciones jurídicas de diversas clases. Debe ser un concepto que sirva lo mismo para el Derecho civil que para el penal, el procesal, el constitucional, etc.; que sea igualmente aplicable al ordenamiento de las instituciones de un pueblo primitivo y al Derecho complicado de un Estado civilizado de Occidente; valdero tanto para el antiguo como el medieval, el moderno y el contemporáneo. Y, por tanto, también que comprenda las normas jurídicas justas, como asimismo las normas jurídicas injustas. Hasta aquí de acuerdo con Stammler, Del Vecchio y Kelsen. Pero, en cambio, en discrepancia con esos autores, considero que **pertenecen al concepto esencial o universal del Derecho las funciones que constituyen el intrínseco propósito de éste**. Considero que para definir el Derecho no basta con delimitar éste frente a todo lo demás que no es Derecho; entiendo que es preciso averiguar lo que el Derecho sea específicamente, es decir, **su sentido propio**, o lo que es lo mismo **sus motivaciones radicales** en la vida humana, en la cual se da y para la cual se da. Incluir dentro de la esencia de lo jurídico las **finalidades funcionales** del Derecho, no mutila la universalidad del concepto. Stammler y Kelsen sostuvieron que dentro del concepto universal de lo jurídico no podía entrar ninguna idea de finalidad, pues decían que al incluir una idea de finalidad, como quiera que los fines son siempre particulares, propios de una determinada comunidad o momento, o propios de una doctrina valorativa, resultaría que ya obtendríamos un concepto absolutamente universal, sino tan sólo el concepto de determinados ordenamientos históricos, o de un determinado criterio estimativo; y tales autores decían que entonces ese concepto ya no podría aplicarse a todos los derechos que en el mundo han sido, son y serán. Pero este argumento en nada afecta mi propósito de incluir dentro del concepto esencial de lo jurídico los fines funcionales del Derecho. Efectivamente la inclusión de la referencia a un fin concreto invalidaría la universalidad del concepto, frustraría su pretendida esencialidad. Pero aquí no trato de propugnar que se incluya ninguna idea de fin concreto, antes bien tan sólo unas ideas de finalidades funcionales, las cuales son por entero formales, plenamente universales, y, por ende, pertenecientes a la esencia misma de lo jurídico. Lo que varía, en la historia y en las diversas doctrinas filosóficas y políticas, son los fines asegurados; pero en cambio es magnitud constante de todo derecho el propósito de cumplir determinadas funciones. Esas funciones son esenciales, por lo tanto, universales. Tales funciones se hallan presentes en todos los derechos históricos y en todos los pensamientos jurídicos.

Donde quiera que haya Derecho, reconocemos a éste por el propó-

sito de realizar las siguientes funciones. En **primer lugar**, por el propósito de certeza y seguridad; es decir, por el propósito de determinar de modo cierto y de establecer de modo seguro aquellas condiciones o fines que la sociedad reputa de indispensable realización. La seguridad puede establecerse respecto de los contenidos más dispares - como nos lo muestra la historia del Derecho; - pero donde quiera que haya Derecho, reconoce los de éste por constituir una función aseguradora de que determinadas conductas, independientemente de la voluntad hostil que puedan hallar serán impuestas y realizadas, y de que los comportamientos contrarios serán hechos efectivamente imposibles.

Por otra parte, si bien el Derecho desempeña una función de certeza y seguridad, también sirve a **otra función diferente**, casi diríamos relativamente opuesta a aquélla, a saber, **la función de encauzar el cambio social y los deseos de progreso**. De un lado, el Derecho pretende ser estable, mas por otro lado no puede permanecer invariable, sino que, por el contrario, debe ir cambiando al compás de las nuevas circunstancias y necesidades. Así, pues, el Derecho desempeña también una **función reguladora del cambio dentro de unos marcos de relativa seguridad**.

Otra de las dimensiones funcionales intrínsecas que todo Derecho tiene por esencia es la **resolución de los conflictos de intereses por medio de normas de imposición inexorable**. No hay más que dos procedimientos para zanjar los conflictos de intereses: o bien la **fuerza** - triunfo de quien sea más fuerte por su vigor muscular o por las armas que tenga, o por su astucia -, o bien una **regulación objetiva** (es decir, que no se derive de ninguna de las partes en conflicto, sino que proceda de una instancia imparcial) y que sea impuesta a ellas de modo igual), la cual sea obedecida por los antagonistas. Lo jurídico representa precisamente la adopción del segundo tipo de procedimiento para resolver los conflictos de intereses, es decir, el camino de una regulación objetiva que se imponga por un igual a las partes en oposición, con el fin de evitar que sea la fuerza la que decida tales conflictos. Los criterios que se adopten para la resolución de tales conflictos, el modo de operar a tal fin, serán diferentes en los diversos órdenes o sistemas jurídicos que han aparecido en la historia o que puedan darse en el futuro. Pero donde quiera que haya Derecho, éste posee como una de sus finalidades funcionales, la de resolver los conflictos de intereses, imponiéndose a las partes en oposición. Esta **finalidad funcional** de resolver los conflictos de intereses se halla intrínsecamente ligada a la nota de impositividad inexorable y contribuye a iluminar decisivamente el sentido de esta característica coercitiva del orden jurídico. Nótese que el Derecho trata de resolver o zanjar los conflictos de intereses, no de un modo teórico, sino de una manera **práctica, eficaz**, es decir,

de tal manera que la resolución que él da a tales conflictos sea **cumplida necesariamente, forzosamente**. Es decir, el Derecho impone sus soluciones, sus pautas, sus normas, de un modo inexorable, irrefragable, sin admitir la posibilidad de rebeldía. O expresando lo mismo con otros términos: las normas jurídicas son coercitivas, no admiten en principio libertad de dejarlas incumplidas: en caso de rebeldía, son impuestas, si fuese menester, mediante la violencia física.

Otras dos finalidades funcionales de lo jurídico son la **organización y la legitimación del poder político**. El Derecho para zanjar los conflictos de intereses necesita no solamente un criterio para resolver tales conflictos, sino que además precisa estar apoyado por el **poder social** que quiere ser **más fuerte que todos** los poderes sociales, es decir, por el **poder político**, o sea por el Estado. Ahora bien, el Derecho satisface asimismo la necesidad de **organizar** este poder político, esto es, el poder del Estado. El Derecho precisamente organiza la serie de órganos competentes que hablan y actúan en su nombre. Si, por una parte, el Derecho positivo vigente es realmente tal Derecho positivo vigente de un modo efectivo, porque y en tanto lo apoya el poder del Estado, por otra parte, acontece también que el poder del Estado está organizado y unguado por el Derecho, o dicho con otras palabras, el Derecho es uno de los ingredientes más importantes del poder del Estado. En efecto, el poder del Estado se apoya sobre una serie de hechos sociales; es poder estatal, precisamente porque es el resultado de los poderes sociales más fuertes; pero, a su vez, el Derecho da al poder del Estado su organización.

Adviértese además que el Derecho no sólo organiza el poder político, sino que también lo **legitima**. Los principios de legitimación del poder aparecen funcionando al mismo tiempo como principios inmediatos de la organización del Derecho.

Nótese, por fin, a este respecto, que la organización del poder por medio del Derecho implica asimismo una **limitación** de ese poder. En efecto, un poder no organizado, no sometido a determinadas formas, no especificado en una serie de competencias, sería un poder que llegaría tan lejos como llegase la influencia efectiva que ejerciera en cada momento sobre sus súbditos. La existencia de ese poder no organizado y su alcance en cada momento dependería exclusivamente de cuál fuese la influencia que de hecho ejerciera en cada instante en la conducta de las gentes sobre las cuales tratase de imperar. El alcance de tal poder no estaría limitado nada más que por los límites de su propia fuerza: llegaría en cada momento hasta donde llegase esa fuerza; en ocasiones sería tal vez abrumador, y carecería de límites; otras veces, cuando fallase total o parcialmente su influencia efectiva, o llegaría a no existir en aquel momento, o su alcance

vendría a ser muy corto, según comenta certeramente Francisco Ayala. La organización jurídica del poder dota a éste de una mayor estabilidad, de una mayor regularidad; pero al mismo tiempo limita el alcance de ese poder, porque tal alcance está definido, determinando, por el Derecho, y, consiguientemente no puede ir más lejos de lo establecido en el Derecho. Más allá de tales límites ya no sería poder jurídico sino que se convertiría en poder arbitrario.

Estas indicaciones que he presentado aquí, por vía de ejemplo, muestran que aun siendo posible estudiar cada una de las tres dimensiones de lo jurídico aparte de las otras dos, tal separación no puede ser en manera alguna tajante y absoluta. Por el contrario, al estudiar cada una de las tres dimensiones habrán de reflejarse en ella por vía de escorzo las otras dos dimensiones. Así, sucede que en el estudio de la normatividad jurídica desde el punto de vista formal, según lo ha desenvuelto genialmente Kelsen, hallamos la necesidad de referirnos en algunos puntos a componentes que están incluidos no dentro de la normatividad formal, antes bien en las características peculiares que el Derecho tiene, por una obra cultural cuyo sentido consiste en referirse intencionalmente a unos ciertos valores en el propósito de llevar a realización práctica algunas de las exigencias que emanan de dichos valores. Desde luego es correcto que al elaborar el concepto universal del Derecho, la noción esencial de lo jurídico, se prescindiera por completo de ingredientes particulares y concretos, los cuales si fuesen incluidos dentro de tal concepto arruinarían la universalidad de éste. Sin embargo, la formalización no debe llevarse al extremo máximo pretendido por Kelsen. Estamos de acuerdo en que el concepto del Derecho no puede albergar dentro de sí la idea de la justicia; pero ese concepto contiene ciertamente de modo necesario, de modo universal, **una intencionalidad hacia la justicia**. La experiencia histórica nos muestra que hay Derecho justo, menos justo, e incluso Derecho injusto. No obstante, por otra parte, es necesario reconocer que todo Derecho, lo mismo el logrado que el frustrado en cuanto a su relación con los valores, es un **propósito de Derecho justo**. Ese propósito conseguirá una medida mayor o menor de efectiva realización. En todo caso, si bien la idea de la justicia no pertenece al concepto del Derecho, sin embargo, la mención de la justicia, la dirección hacia la justicia, es un componente esencial de dicha noción. La noción universal del Derecho no puede albergar dentro de sí los criterios según los cuales se entienda que deben ser resueltos los conflictos de intereses, o las directrices para la organización, la legitimación y la limitación del poder político, pero en todo Derecho primitivo o ultracivilizado, antiguo, medioeval, moderno o contemporáneo, bien administrativo o bien penal, etc. desempeña esas funciones de certeza y

seguridad, de resolver conflictos de intereses, y de organizar, legitimar y además limitar el poder del Estado. Lo que se asegure, las ideas conforme a las cuales los conflictos de intereses sean resueltos, o el poder político sea organizado, limitado y legitimado, varían enormemente según los diversos pueblos y según los sucesivos períodos de la historia; pero donde quiera que haya Derecho, Derecho mejor o peor, hallamos las funciones enumeradas, y también especialmente la función de certeza y seguridad, la cual deba probablemente ser considerada como la raíz vital primaria, como el estímulo básico, en la realidad de la existencia humana, que lleva a la elaboración de Derecho.

### 5. Balance final.

Por una parte hay que subrayar esas amputaciones en la teoría pura del Derecho de Kelsen. Por otra parte es justo reconocer que una gran mayoría de los análisis kelsenianos deben ser incorporados a la teoría general o fundamental del Derecho. Y, aún más, hay que darse cuenta de que muchos de los resultados de la teoría pura del Derecho condicionan la posibilidad del estudio correcto desde el punto de vista sociológico, así como también desde el ángulo estimativo. Tales resultados de la teoría pura del Derecho no iluminan precisamente la raíz social del Derecho en la vida humana, ni tampoco ilustran sobre los ideales correctos desde el punto de vista estimativo; pero, en cambio, sirven para acortar correctamente el terreno, para delimitar áreas en esos otros dos planos de examen, en el sociológico y en el estimativo.