

# SUPERACION DE LOS DUALISMOS JURIDICOS EN KELSEN

Carlos Gaviria Díaz

## PARTE I

### Introductoría.

Quizá no registre la historia del pensamiento jurídico el caso de una conciencia tan lúcida, de una inteligencia tan bien provista como la de Hans Kelsen, empeñada en la espléndida aventura de construir una ciencia del derecho autónoma. Tal empresa, de suyo, es ya ocurrencia audaz, con entera prescindencia del éxito que en ella se alcance. Pero si además se logran resultados positivos y se arriba a conclusiones sistemáticas (así sean éstas tan cuestionables como los postulados de que manan), se transponen entonces los ámbitos de la audacia y se pisa en dominios de la genialidad. Porque a ningún teórico del derecho, así sea el más incansable combatiente y detractor de las doctrinas formalistas, se le ocurrirá negar, sin comprometer su buena fé, que el sistema kelseniano ha arrojado luz en más de una ocasión sobre los más intrincados problemas jurídicos, y que sus formulaciones ponen de presente un rigor lógico admirable.

Al subrayar inicialmente el propósito de Kelsen de estructurar una **ciencia jurídica autónoma**, no hemos querido terciar en la discusión, estéril a nuestro juicio, acerca del encuadramiento que más conviene a la Teoría Pura del Derecho. En otras palabras: si ésta es ubicable dentro de la filosofía jurídica o dentro de la ciencia del derecho. Hemos hablado de ciencia jurídica autónoma para significar la elaboración de un objeto - el derecho - mediante la aplicación rigurosa de un método - en este caso el apriorístico - a partir de ciertos principios constantes y estrictamente jurídicos. Pero si la investigación sistemática sobre los conceptos jurídicos fundamentales implica ya una filosofía del derecho, lato sensu, si es filosofía toda tarea de escudriñamiento metódico, de esclarecimiento concep-

tual, no hay ningún inconveniente en hablar de una filosofía del derecho dentro del sistema de Kelsen. No cabe hablar de ella si al hacerlo se piensa en una ontología o en una axiología, como muy bien lo anota Josef L. Kunz, pues, "por voluntaria limitación" las especulaciones del maestro de Viena se han cuidado de invadir esas regiones de la filosofía jurídica y han permanecido circunscritas en el campo de la investigación puramente formal (1). El propio Kelsen ha declarado enfáticamente que la Teoría Pura del Derecho "quiere mantenerse como teoría y limitarse a conocer única y exclusivamente su objeto. Procura determinar qué es y cómo se forma el derecho, sin preguntarse cómo debería ser y cómo debería formarse" (2). Y ha manifestado asimismo que su obra sólo tiene las pretensiones de una teoría general del derecho positivo, equidistante de la filosofía y de la ciencia.

Al afirmar que la Teoría Pura del Derecho ha sido elaborada con elementos estrictamente jurídicos, y sólo con ellos, libre de toda atadura con las ciencias afines - no jurídicas -, hemos destacado el primer rasgo singular de la empresa kelseniana: **la pureza metódica**. Kelsen se subleva contra la ciencia jurídica tradicional de los siglos XIX y XX que, "con absoluta carencia de sentido crítico" se ha entretenido en dilucidar problemas de psicología, de sociología, de política y moral, dejando a la verdadera ciencia del derecho cada día más flaca y arruinada. Pero es preciso no incurrir en confusiones: no se trata, en manera alguna, de negar el valor de tales disciplinas como auxiliares del jurista, ni mucho menos de condenar a éste a una especie de ignorancia forzosa en beneficio del derecho; muy al contrario, tales lucubraciones son provechosas y necesarias si no se pierde el sentido de su valor, si no se confunde lo que es rigurosamente jurídico con la metajurídico en detrimento de la ciencia del derecho, que se convierte entonces en un acervo amorfo y asistemático de proposiciones eclécticas. Kelsen mismo ha sido cultor fecundo y desvelado de la sociología y de la ciencia política en cuyos campos han hecho irrupción victoriosa trabajos suyos de inusitada altura y brillantez: "Sociedad y Naturaleza" y "Esencia y valor de la democracia", dan fé de lo afirmado. Dueño como es de una inmensa cultura, su equilibrio y su ponderación mental lo llevan siempre a encuadrar sus investigaciones en el sitio justo que les corresponde, sin dejarse arrastrar de un campo para otro por la corriente desbordante de su erudición. Eliminar el sincretismo es trabajo que se ha impuesto para lograr la pureza metódica: "Por pureza del método se entiende el principio lógico o epistemológico de evitación del sincretismo", son palabras suyas (3).

Pero no se agota allí la labor de purificación. No basta eliminar los supuestos científicos extrajurídicos para conseguir el fin anhelado. Es

preciso descubrir otros elementos extraños que hacen su aparición en el terreno del derecho disfrazados con el ropaje de teorías jurídicas para encubrir sus verdaderos objetivos: se trata de las **ideologías**, es decir, de ciertos prejuicios axiológicos - especialmente de orden político - que determinan anticipadamente el contenido de los juicios jurídicos, presentando como verdad indiscutible lo que es mera apreciación valorativa. Para el ideólogo, es **verdadero** todo lo que se mueve en el mismo sentido de los intereses que él sirve y **falso** todo cuanto se les opone. El prejuicio interesado es su único criterio de verdad. "El ligamen de la ideología con los hechos no es real, sino un ligamen de sus representaciones psicológicas por un acto de voluntad; por eso la ideología se proyecta como un marco de comparación donde se hace recostar a la experiencia como en un lecho de Procusto, sin que importe lo que a ésta sobre o falte para llenar el marco", ha escrito con inigualable precisión el ilustre jusfilósofo Carlos Cosío (4). Modelar el programa político con perfiles de sistema científico es audaz estratagema para lograr su aceptación. Kelsen recaba la dignidad de la ciencia jurídica insurgiéndose en forma vehemente contra quienes han querido reducirla a un estado de servilismo, en provecho de intereses políticos. Aquí y allá arranca el antifaz a los pretensos juristas dejando al descubierto sus verdaderos rostros de ideólogos. Con esta actitud no sólo pone a salvo la pureza y la autonomía de la ciencia del derecho, sino que además estampa en su sistema el sello de una segunda cualidad: el **afán de objetividad**.

Este rasgo del sistema kelseniano le da cierta nota de exotismo en nuestro tiempo, cuando todos los problemas son enfocados y analizados desde perspectivas eminentemente subjetivas, a través de actos de preferencia, de juicios de valor, con prescindencia casi absoluta del puro examen formal, de la consideración objetiva, todo lo cual es síntoma inequívoco de un estadio de crisis histórica. Con su habitual agudeza apuntaba Nieto Arteta: "Las épocas de crisis histórica son épocas de desenfundada subjetividad. En ellas la unidad interna del hombre queda destruída en virtud de los graves problemas que lo angustian y lo desazonan. Próxima una profunda transformación, es apenas natural que todo pretenda analizarse a través y desde las perspectivas de determinadas posiciones subjetivas". Y más adelante añadía: "Vivimos una de esas épocas, y posiblemente, la de más desgarradora subjetividad. Ello explica que ante la concepción del mundo jurídico explicada y definida por Hans Kelsen y sus discípulos, se hayan asumido determinadas posiciones políticas, carentes realmente de auténtica significación científica y filosófica" (5). Y es que es apenas natural que en un momento - como el actual -, de marcado predominio ideológico, cuando se han trabado en el más descarnado

combate unos valores que tratan de imponerse y otros que pugnan angustiosamente por sobrevivir a la hecatombe (la profecía de Spengler amenaza cumplirse), se sospeche de una doctrina friamente científica, que permanece alejada de ese terreno en ascuas, enteramente dueña de sí misma. En semejante época no puede entenderse una actitud libre de compromiso; todas las fuerzas en pugna ven tras ella a su enemigo y la combaten por simple juego de estrategia. No puede esgrimirse una prueba mejor de que ha sabido conservar su objetividad y su pureza.

Entre la ideología y la ciencia media la misma distinción que entre la voluntad y el conocimiento. El científico sólo sirve el interés de la verdad y, como tal, no puede tomar partido en pro o en contra del orden vigente, pues el compromiso implica ya un acto de voluntad. De esto tiene Kelsen plena conciencia. Otra cosa es que no siempre acierte al calificar de **meras ideologías** a ciertas doctrinas jurídicas contrarias a la Teoría Pura, lo que es simple corolario de su indeclinable formalismo. Pero por sobre todo hay que reconocer que su posición científica es absolutamente honesta.

Un tercer rasgo queremos destacar en el sistema de Kelsen: su irrevocable tendencia a la unidad, la que es inherente a toda auténtica elaboración científica. Se trata de estructurar un mundo jurídico coherente que se dé al conocimiento como un todo armónico y unitario, pues "conocer un objeto es ya conocerlo en su unidad". La cristalización de este ideal comporta un doble problema: en primer término hay que buscar el fundamento de validez del orden jurídico, es decir, el principio que determine la juridicidad de las normas de dicho orden, o de otro modo, que dé significación normativa a los hechos que lo integran. Kelsen descarta el derecho natural y entroniza en cambio la **norma fundamental** o constitución en sentido lógico-jurídico. Tal norma no ha sido creada conforme a un procedimiento jurídico sino **supuesta** como hipótesis básica. La ciencia del derecho no afirma su validez; simplemente declara que si se presupone válida la norma fundamental, los actos que en virtud de ella se cumplan, son igualmente válidos. De ella extrae su legitimidad la **constitución en sentido jurídico positivo**, primer Acto Legislativo mediante el cual se establecen normas reguladoras de la legislación misma. La significación normativa de un acto depende de su conformidad con esos preceptos. De esta manera Kelsen permanece fiel a los postulados formalistas. El criterio de juridicidad es, pues, la forma y no el contenido.

En segundo lugar, Kelsen se ha propuesto eliminar los dualismos, tan arraigados en la ciencia del derecho, por considerar que sólo obedecen a resabios ideológicos y que multiplican inútilmente el objeto del conocimiento jurídico. Aunque es éste propiamente el tema de nuestro en-

sayo, no hemos podido eludir la necesidad de referir a la pureza y al afán de objetividad científica de la teoría kelseniana, por considerar que constituyen rasgos esenciales ligados de manera inconsútil a ese deseo de unidad destacado en último término y que éste no puede pensarse sino enlazado a aquéllos.

Trataremos de analizar a continuación los principales dualismos jurídicos cuya superación intenta Kelsen.

## PARTE II

### Temática.

**DERECHO NATURAL - DERECHO POSITIVO** - La discusión milenaria acerca del derecho natural no lleva aún las de concluir. Después de su triple elaboración histórica, cada una de cuyas fases - naturalista, teológica y racional - ofrece un sinnúmero de matices a tono con las preferencias del autor, puede afirmarse, sin temor a errar, que nadie ha dicho la última palabra sobre asunto tan espinoso. Ese trabajo de milenios condensa los esfuerzos de la humanidad por encontrar un principio de validez material del derecho, es decir, por dotar a éste de un contenido valioso. A partir de Aristóteles, y aún antes de él, no ha habido jurista o filósofo que no se ocupe del problema jusnaturalista, si es que no ha sido éste el único objeto de sus meditaciones. La idea del derecho natural es rectora indiscutible del pensamiento jurídico en el medioevo (Santo Tomás de Aquino, Duns Escoto y Guillermo de Ockham) y espina dorsal de las primeras sistematizaciones modernas (Hobbes, Locke, Grocio y Pufendorf). Sólo con la aparición del criticismo kantiano y con el historicismo jurídico inaugurado por Savigny, comienza a desquiciarse el prestigio del derecho natural y empiezan a ponerse en cuestión sus títulos regios y sus pretensiones jurídicas. En el sistema gnoseológico de Kant, los conocimientos y valoraciones resultan de aplicar la razón a un material dado, a unos determinados datos. Sólo por la recepción de una materia determinada pueden las categorías de la razón ofrecernos juicios de un contenido cierto. Si el conocimiento no es el producto de la **razón pura** sino que está determinado por los datos que se les suministren a las formas de la razón, su validez no puede ser general sino solamente validez para esos datos. De esa manera el derecho natural se ve despojado de su más preciosa nota distintiva, a saber: su validez universal. Sus formulaciones sólo valen para un estado social históricamente delimitado. Por ese camino llega Stammler a la teoría del "derecho natural de contenido variable" (6).

Para el historicismo jurídico, en cambio, el derecho vive en la costumbre, expresión directa de la conciencia jurídica popular. Como la moral, el arte y el lenguaje, el derecho es un reflejo, un producto inmediato del **espíritu del pueblo**. La labor de los juristas es la de simples técnicos que elaboran lo que está dado en el alma popular. La tarea del legislador es enteramente secundaria, como que se limita a constatar aquello que existe ya como derecho en la conciencia del pueblo, incorporándolo en cánones, es decir, dándole forma. Es ocioso investigar si tal derecho es o no justo. Al excluir toda especulación sobre el ideal de justicia, haciendo coincidir lo real con lo ideal, adopta la escuela histórica una actitud pasiva, más aún negativa, como que elimina la conciencia crítica y renuncia a toda posibilidad de progreso (7).

Después de Savigny, el derecho natural ha sido acremente censurado por el positivismo en sus distintas modalidades, y aun por juristas ubicados dentro de otras vertientes. De otro lado, los jusnaturalistas han cedido terreno asumiendo posiciones menos radicales, buscando soluciones de equilibrio o cambiando de rótulo a sus especulaciones sobre el problema ético-jurídico y aun (admitida la positividad como momento esencial del derecho) conviniendo en que el **derecho natural** es un elemento ideal-normativo pero debe abdicar de sus pretensiones jurídicas. Es sólo una parte del concepto del derecho y no todo él.

La crítica del derecho natural emprendida por Kelsen ha puesto de relieve una vez más el mágico poder de análisis y la hondura conceptual del jurista vienés. "Nos satisfaga o no la solución de Kelsen, debe reconocerse que penetra con mayor profundidad en la general complejidad filosófica, metafísica y psicológica del tema. Lo cierto es que su manera de tratar la oposición del derecho natural y el positivo, no tiene paralelo en la literatura", ha escrito con todo acierto William Ebenstein (8). Expondremos enseguida los principios vertebrales del análisis crítico de Kelsen, con las limitaciones impuestas por la naturaleza de este trabajo.

Parte Kelsen de la escisión categorial (heredada de Kant) ser-deber ser, que implica ya la oposición naturaleza-justicia. Si la justicia, como deber ser, es lo contrario de la naturaleza, cómo puede pretenderse que el orden justo sea el natural? Si el deber ser no deriva del ser, cómo pueden identificarse realidad y valor? Como a lo natural se opone lo artificial, al orden justo - que tiene su fuente en la naturaleza - se opone el que es mero producto de la voluntad humana. Ahí está dado el dualismo derecho natural-derecho positivo, impugnado por Kelsen. Solamente del análisis comparado de esos dos órdenes puede extraerse la esencia de uno y otro. Se trata de establecer el contraste entre un principio de validez material y otro de validez puramente formal.

La norma de derecho positivo tiene la forma de un **juicio hipotético** que enlaza un hecho condicionante, una cierta conducta humana, con un acto coactivo que se le imputa como consecuencia, mediante el **deber ser\*** como cópula. Ahora bien: la coacción que **debe** seguirse como consecuencia del hecho condicionante, caracteriza no simplemente la conducta de un hombre sino cuando menos la de dos: la de aquél contra quien se dirige el acto coactivo y la de otro que debe aplicarlo. Es decir, que la existencia de la norma positiva implica la necesidad de un **órgano**, de un ejecutor, llámase juez, funcionario, etc. De allí que la forma perfecta del derecho positivo sólo pueda darse en el Estado (9).

También las normas de derecho natural se presentan como juicios hipotéticos de deber ser, es decir, ofrecen una estructura idéntica a la de las normas positivas; pero en aquéllas la consecuencia imputada al hecho condicionante no es un acto coactivo, sino que es la conducta misma que debe observar el hombre bajo determinadas condiciones, la que es **evidente** a todas luces según la idea jusnaturalista. Cada cual conoce la consecuencia que sigue (o mejor, que debe seguir) a la producción del hecho condicionante. No se observa determinado comportamiento por la amenaza de una coacción, sino porque se sabe **evidentemente** que caracteriza una conducta debida. Aquí la consecuencia sólo estatuye, pues, la conducta de un hombre - el obligado - quien no está sujeto a padecer un acto coactivo impuesto desde afuera, lo que hace inútil la existencia del órgano. De allí concluye Kelsen que mientras el derecho positivo presupone la necesidad de una **organización coactiva** (Estado), el derecho natural conduce a la **anarquía**, o mejor aún, es una ordenación anárquica. En el lenguaje de Kelsen anarquía no significa ausencia de todo orden sino falta de organización estatal, carencia del aparato coactivo. En este sentido toda teoría jusnaturalista lleva al anarquismo y viceversa (10). Tal concepción del derecho positivo, apunta a un monismo jurídico-estatal.

Empero, debe hacerse una aclaración para evitar todo equívoco: entre el deber ser del derecho natural y el del derecho positivo media la misma distinción que entre los principios de validez de uno y otro. El primero es emanación de una idea suprema (Naturaleza, Dios, Razón), esto es, **vale** materialmente y por ende su deber ser es absoluto. El segundo, en cambio, deriva la legitimidad de un postulado puramente formal (amoldamiento a las reglas que rigen su institución) y no de la coincidencia de sus normas con valores absolutos. Su deber ser es relativo, hipotético.

(\*) Este **deber ser** es una categoría de la lógica trascendental y por ende está desprovisto de toda significación ética.

Por eso dice con toda razón Ebenstein: "La teoría del derecho natural encuentra su contrapartida en el absolutismo metafísico, el positivismo en el relativismo epistemológico". (11).

Referido al derecho natural, que es un valor (igual a deber ser en Kelsen y en los neokantianos), el derecho positivo aparece como una realidad que se le opone, pues ser y deber ser son categorías irreductibles. Pero a su vez el mismo derecho positivo valora la conducta humana calificándola de jurídica o antijurídica, es decir, se presenta simultáneamente como realidad y valor, como ser y deber ser. "El problema de la positividad del derecho - escribe Kelsen - consiste precisamente en eso: en que aparece al mismo tiempo como ser y deber ser aun cuando estas dos categorías se excluyen lógicamente". (12).

La fuente puramente formal del derecho positivo destaca la posibilidad de un **derecho injusto**. Las normas establecidas de acuerdo con los principios reguladores de la formación del derecho no pierden su juridicidad y por ende su obligatoriedad, por el hecho de hallarse en pugna con preceptos morales o de derecho natural. Kelsen renuncia al ideal de justicia absoluta por ser éste inalcanzable, como que se encuentra "más allá de toda experiencia" y "de toda realidad sensible".

El ordenamiento positivo es un sistema de **paz**, entendida ésta como la seguridad que surge de saber con certeza que las normas vigentes son aplicadas con lealtad. "Si no puede fijarse lo que es justo, hay que establecer lo que debe ser jurídico, y eso sí, por una magistratura que esté en situación de hacer cumplir lo establecido", escribió Gustavo Radbruch (13). Esta idea de que los problemas racionalmente insolubles sean decididos por el poder, la expresa con amargura Albert Camus por boca de uno de sus personajes: "Alguien tiene que tener al fin de cuentas la última palabra. Porque a toda razón puede oponérsele otra y así no se terminaría nunca. El poder, en cambio, lo decide todo terminantemente. Hemos tardado, pero al fin lo comprendimos... Dentro de algunos años la policía os mostrará que yo tengo razón" (14).

Pero nos parece que el argumento más poderoso que esgrime Kelsen en su análisis crítico del jusnaturalismo, es la tendencia a positivizarse, ínsita a todo derecho natural. Aun admitiendo la existencia de ese supuesto orden emanado de la Naturaleza, Dios o la Razón, es forzoso convenir en que él se manifiesta en la forma de reglas generales, abstractas. Ahora bien: ningún derecho - sea natural o positivo - puede permanecer estático en la fase de su generalidad; al referir las normas abstractas de un ordenamiento a los hechos reales, a los casos concretos, hay que individualizarlas y esa individualización comporta un acto de creación de derecho cuyo resultado es una norma particular que ya no está dada en la

naturaleza sino que es obra de una voluntad humana. Aplicar una norma a un caso concreto supone algo más que la simple función lógica de subsumir lo particular bajo lo general. En esto se aparta Kelsen - y a nuestro juicio su posición es fecunda - de la doctrina tradicional que concibe la tarea del juez como puramente mecánica y en contra de esa doctrina considera, siguiendo a Merkl, que "entre la norma general y el hecho real se interpone la norma individual, concreta, producida en el acto de concretización" y que la subsunción del hecho bajo la norma general es un acto de creación jurídica "por virtud del cual es precisamente un **derecho positivo**". Justamente en el hecho de ser establecida una norma - general o individual - mediante un acto humano, consiste la positividad del derecho y ese proceso es inevitable en el segundo grado del derecho natural. En este punto, la única distinción que media entre ambos ordenamientos radica en que mientras en el derecho positivo la individualización de la norma está confiada a un órgano estatal, en el derecho natural hay una especie de "renuncia al juez" y por tanto la realización de la regla (que se da con evidencia como atrás queda dicho) se deja al arbitrio de su propio destinatario. En este sentido el derecho natural es utópico, pues supone inteligencia y rectitud absolutas en todos los hombres. "En ese supuesto va incluida especialmente la idea de que los intereses de los hombres no perturban su juicio objetivo y que son aptos para conocer la **verdad plena**. Precisamente en esa idea y no en ninguna otra es donde reside la esencia de toda utopía" (15). Por más imperfectos que se considere a los órganos hay que convenir en que son, por lo menos, más técnicos y objetivos que los propios interesados en la decisión. En síntesis: las normas abstractas del derecho natural (como las de todo derecho) sólo se actúan en virtud de actos humanos de conocimiento y voluntad creadores de reglas particulares. O sea: únicamente se realizan en la forma de derecho positivo.

También en la definición clásica de justicia - acogida por la mayoría de los jusnaturalistas - encuentra Kelsen un reenvío del derecho natural al positivo. Porque se dice que la justicia consiste en dar a cada uno lo que se le debe y para saber qué es lo que se debe a cada uno es ineludible la remisión a tal ordenamiento (el positivo).

Kelsen reprocha con agudeza el falso supuesto que yace en el fondo de toda teoría jusnaturalista, a saber: la plena capacidad cognoscitiva de los hombres y su recta voluntad encauzada siempre hacia el bien. Si el problema de la justicia no se ha esclarecido suficientemente ni aun por los más finos pensadores, como que es científicamente insoluble y sólo es materia de especulación metafísica, cómo puede pretenderse que el hombre común intuya la norma justa y elija la conducta acertada? De otro

lado, si el derecho natural tiene su fuente en la naturaleza humana, si el hombre es fundamentalmente bueno, el derecho positivo sobra. Pero si el hombre es perverso (y a ello se apela para justificar el ordenamiento positivo), se está deduciendo el derecho natural, no de la naturaleza humana tal como es, sino como debería ser. "En lugar de deducir el derecho natural de la verdadera naturaleza del hombre, deducen una naturaleza ideal del hombre de un derecho natural cuya existencia suponen". (16).

El derecho natural sirve para justificar axiológicamente el derecho positivo pero no desempeña ningún papel en su elaboración teórica. Kelsen reduce así el derecho natural a meros juicios de valor (a simple "ideología", para decirlo en su lenguaje) que se dirigen, según el interés, a legitimar el orden vigente preservando sus instituciones o a impugnarlo por estar reñido con los principios de justicia. En el primer caso se tiene un **derecho natural conservador** y en el segundo, un **derecho natural revolucionario**, cuyos papeles se truecan con los cambios de estructura. De allí las conclusiones contradictorias a que arriban los teóricos jusnaturalistas, según sus motivaciones ideológicas. En todo caso la valoración de una norma jurídica como justa o injusta, por el destinatario, no incide en su obligatoriedad. En resumen, el derecho natural es ética o política pero no derecho. Es un deber ser del derecho positivo en función de una ideología, que se relaciona más con la justicia que con el derecho. El único ordenamiento que tiene verdadero carácter jurídico es, pues, el positivo. La heteronomía de sus normas lo distingue por igual del derecho natural y de la ética.

Como el fin de éste trabajo es más expositivo que de crítica, diremos sólo dos palabras acerca del punto en cuestión.

El análisis lógico de la norma positiva hecho por Kelsen, y su crítica inmanente del derecho natural, ciertamente no tienen par en la literatura jurídica. Aceptados los postulados básicos, está ya aceptada toda la teoría, pues la lógica con que el jurista vienes extrae las conclusiones es absolutamente rigurosa. Pero si algún reproche puede hacerse a Kelsen es justamente ése: pretender que la teoría jurídica se agota en el análisis de la norma. Quedan por fuera el examen de la conducta humana intersubjetiva que le da contenido a la regla de derecho y de los valores que le otorgan su validez material. Kelsen no se opone a la elucidación de estos asuntos pero sostiene que se encuentran fuera del ámbito jurídico.

El problema de la conducta jurídica se esclarece mediante el análisis fenomenológico del comportamiento y de la acción humanos. El interrogante sobre el ser del derecho surge al comienzo de toda investigación jurídica y halla su respuesta adecuada en la ontología. La cuestión

acerca de la norma encuentra su lugar en la lógica jurídica, donde son aprovechables las fecundas especulaciones del gran Kelsen (sin que pretendamos, como Cossio, reducir la Teoría Pura a mera lógica) por ser, sin duda alguna, el más exhaustivo y acabado análisis del problema normativo. Un soberbio espectáculo de dialéctica y de sabiduría.

Finalmente, a la pregunta por el deber ser del derecho responde la estimativa jurídica. El deseo inveterado de encontrarle al derecho un fundamento material resurge pleno de vigor y pone sus ojos en el terreno de los valores. En este campo la filosofía jurídica iberoamericana ha logrado preciosas conquistas. En efecto, nuestros más destacados jusfilósofos después de haber asimilado con provecho las invaluable enseñanzas de Kelsen - y siguiendo en líneas generales las directrices trazadas por Schreier, Kauffman y Reinach -, han agregado a ellas enfoques axiológicos hechos con verdadera maestría, imprimiéndole cada uno la impronta de su propio pensamiento. Citemos entre los más ilustres a Carlos Cossio, Juan Llambías de Azevedo, Luis Recasens Siches, Miguel Reale y el malogrado Luis Eduardo Nieto Arteta.

La elaboración formalista e immanentista del derecho deja a éste desprovisto de todo contenido de valor. Al rescate de ese elemento axiológico han contribuido el movimiento fenomenológico y la teoría material de los valores, que han influido de manera decisiva en la mentalidad de los juristas más ilustres de las últimas generaciones. Es cierto que el derecho encuentra en la norma su fundamento inmediato, pero no su único fundamento. Más allá de ella están los valores jurídicos dándole al derecho su significación ética.

Esta fundamentación mediata del derecho en los valores se encuentra magníficamente expuesta en la Filosofía del Derecho del profesor B. Mantilla Pineda, de reciente aparición, en su capítulo final denominado precisamente "Los Valores Jurídicos". Después de tomar partido afirmativamente en la discusión acerca de si hay o no valores jurídicos y caracterizarlos con sus notas distintivas (bilateralidad, objetividad y exigibilidad), el profesor Mantilla los ubica en la tabla general de valores y a renglón seguido se aboca a su examen particular, pormenorizado, prohiendo la ordenación jerárquica propuesta por Cossio: orden, seguridad, poder, paz, cooperación, solidaridad y justicia.

La justicia es restaurada en su trono como rectora de todos los valores que el derecho pone en vigencia. Triunfante sobre todas las mistificaciones ideológicas, se la coloca nuevamente como fundamento supremo y auténtico ideal de todo derecho positivo.

No se trata aquí de retomar la concepción kantiana de los valores como formas lógicas del conocimiento, sino que se habla de ellos - de

acuerdo con Max Scheler - como esencias materiales, objetivas y a priori. Nos hemos desplazado de la teoría del conocimiento a la axiología, del deber ser lógico al axiológico. No deriva el valor del deber ser sino, al contrario, el deber ser del valor. En otras palabras: todo valor tiende hacia la realización de un deber ser.

Moral y derecho hallan su fundamento en los valores pero de modo diferente. La primera se basa en la intuición del valor ético que es luego realizado en la conducta humana sin que sea necesaria la norma. El segundo, en cambio, tiene su fundamento inmediato en la norma - que es esencial - y sólo mediatamente se funda en el valor jurídico cuya intuición no es perentoria. En otros términos: la conducta humana realiza el valor jurídico a través de la norma. (17).

Esta integración de los avances logrados por la Teoría Pura del Derecho con los resultados positivos de la teoría material de los valores y de la fenomenología, ha dado ya magníficos frutos y aun promete fecundas conclusiones.

**DERECHO SUBJETIVO - DERECHO OBJETIVO.** - Este dualismo es impugnado por la dialéctica kelseniana desde un doble ángulo: el de la objetividad científica y el de la pureza metódica. En otros términos: el derecho subjetivo, como noción opuesta al derecho objetivo, debe su existencia a justificaciones de tipo ideológico y al vicio inveterado de introducir en las especulaciones jurídicas elementos de otro orden - psicológicos en este caso.

La teoría del derecho subjetivo tiene en común con el jusnaturalismo su pretensión de constituir un orden jurídico válido, independiente del ordenamiento objetivo, que actúa como regulador de éste impidiendo que sus normas vulneren la esfera de la libertad individual y de la autonomía personal, en la cual queda comprendido el prototipo de los derechos subjetivos: la propiedad privada.

Como ejemplo bien significativo dentro de esa manera de pensar cita Kelsen la filosofía del derecho de Hegel, según la cual la libertad sólo se realiza exteriormente mediante el derecho subjetivo que es la propiedad misma. La ideología, es decir, la elaboración artificiosa de una teoría científica para amparar un interés, queda al desnudo.

La propiedad no deriva del ordenamiento jurídico positivo sino que lo precede como que es el fruto de una "apropiación originaria". La norma se limita a reconocer y amparar esas situaciones - derechos subjetivos - que han surgido independientemente de ella. Invocando esos títulos de precedencia lógica y cronológica, se pretende negar el carácter jurídico de todo sistema normativo que no garantice y proteja esos supuestos derechos. Tal modo de discurrir es claramente metajurídico y

los objetivos que persigue se revelan con evidencia: quiere hacer de ciertas instituciones categorías trascendentes, intangibles por el derecho positivo.

La teoría así concebida, del derecho subjetivo, ha buscado dos puntos de apoyo: el interés y la voluntad. Kelsen los rechaza a ambos por ser jurídicamente irrelevantes como que no pertenecen a la esfera normativa sino al ámbito psicológico de las motivaciones individuales.

Considerar al derecho subjetivo como **interés jurídicamente protegido** es adoptar un criterio manifiestamente equivocado, según el enfoque positivista, pues la facultad que el ordenamiento confiere a un hombre y el interés individual de éste pueden no coincidir e incluso marchar en sentido contrario. "Se tiene un derecho a la devolución del préstamo - ejemplifica Kelsen - aun cuando no se tenga el menor interés en ello o incluso se tenga interés en la no devolución; un asunto completamente distinto es si se quiere o no hacer "uso" del derecho. Este existe a pesar de todo". De allí infiere que sólo la norma puede darnos cuenta del derecho subjetivo y que en ese campo el interés no desempeña función alguna.

Es igualmente erróneo apelar a la teoría de la voluntad como explicativa o, mejor aún, justificativa de los derechos subjetivos. En efecto: concebirlos como **poderes de voluntad jurídicamente garantizados**, equivale a afirmar que son los actos de querer individuales los que dan contenido a la norma, sin reparar que, aún en el campo contractual, es el derecho objetivo el que atribuye al acuerdo de los particulares el poder de crear derecho. Además la noción voluntarista del derecho subjetivo resulta notoriamente ambigua, pues unas veces designa el "ser lícito", no estar jurídicamente prohibido, y otras el "poder jurídico". Dice relación unas veces a la propia conducta del sujeto de la voluntad (poder disponer de los objetos propios) y otras a la conducta de un sujeto distinto (poder exigir del deudor la prestación correspondiente). En el primer caso se quiere un comportamiento propio y en el segundo se quiere y se exige uno ajeno, siendo tal voluntad respaldada por el ordenamiento. Nuevamente es forzoso acudir a la norma como único criterio para indagar la existencia del derecho subjetivo. (18).

Sólo puede, pues, aceptarse el derecho subjetivo como una facultad derivada de la norma, asumiendo una actitud objetivista que lleva necesariamente a la destrucción del dualismo pues hace coincidir las nociones contrarias que lo integran. En efecto: si el derecho subjetivo sólo existe en la medida en que la norma consagra un acto violatorio de él como condicionante de la sanción, distinguirlo de la norma misma y oponerle a ella, es crear una noción inútil e innecesaria que sirve tan sólo para entorpecer y dificultar el conocimiento.

Por otra parte, el derecho objetivo no tiene urgencia de establecer derechos subjetivos, sino que sólo está facultado para hacerlo acogiéndose entonces a una técnica típicamente capitalista que hace girar todo el ordenamiento jurídico en torno a la propiedad privada. Ello explica que el derecho subjetivo haya prosperado especialmente en el derecho privado. En el derecho administrativo sólo ha alcanzado un desarrollo parcial y en el derecho penal se le ha relegado casi por completo.

Para la Teoría Pura, la función primaria y esencial del derecho no es la concesión de facultades - derechos subjetivos en la doctrina tradicional - sino la imposición de deberes jurídicos. Allí donde existe una facultad no puede menos de haber una obligación correlativa, sea cual fuere la noción que se tenga del derecho subjetivo. Si se le concibe como interés jurídicamente protegido, la protección de ese interés consiste en la obligación que se impone a alguien de observar aquella conducta en que tiene interés el titular del derecho. Si se piensa en él como voluntad jurídicamente garantizada, necesariamente habrá alguien constreñido a conducirse conforme a ese querer amparado por la norma. Cabe imaginarse un ordenamiento jurídico que no otorgue facultades a sus destinatarios, mas nunca uno que no les imponga deberes.

Pero tampoco puede hablarse de **deber jurídico subjetivo**, pues la norma que lo establece, vincula y constriñe independientemente de las representaciones psíquicas del obligado. Deber y derecho subjetivo son, pues, conceptos metajurídicos que jurídicamente se resuelven en la norma.

Intimamente ligado a lo que venimos exponiendo se halla el problema de los sujetos de derecho, es decir, aquéllos en quienes se realiza total o parcialmente el derecho subjetivo. Para Kelsen, el único destinatario de las normas jurídicas es el hombre, pues son ciertas actitudes y comportamientos suyos los que constituyen el contenido de aquéllas. Como centro de imputación jurídica parcial se habla del hombre como **persona**. La noción de persona es, pues, una elaboración jurídica del concepto hombre. Contrario sensu: la noción de sujeto de derechos es una de las formas subjetivas, antropomórficas de describir la norma.

En el sistema de Kelsen la distinción entre persona física y persona jurídica es otro dualismo inconsistente. La primera dice relación a un orden jurídico que regula la conducta de un hombre, y la segunda a uno que rige el comportamiento de una pluralidad de hombres: "Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de ciertos individuos, pero impuestos o conferidos de manera colectiva y no, como sucede habitualmente, de manera individual", dice al respecto Kelsen.

También la persona física es persona jurídica en cuanto es centro de imputación normativa (19).

Se reducen, pues, estos conceptos a un acervo de derechos y obligaciones derivados del ordenamiento. Son la concretización de la norma y como tal se confunden con ella.

El esclarecido profesor Eduardo García Máynez ha esbozado una crítica a la teoría kelseniana del derecho subjetivo, en su obra "Introducción al Estudio del Derecho". No pueden identificarse las nociones de facultad y norma, pues mientras la primera es la autorización que se concede a una persona para actuar, la segunda es el fundamento de esa facultad. De que medie entre ellas una relación necesaria no puede inferirse su identidad. Sobre el punto escribe el jusfilósofo mejicano: "El sofisma de Kelsen es comparable al paralogismo en que incurriría quien dijera que como entre las ideas de padre e hijo media una relación necesaria, no hay diferencia ninguna entre ellas". Le reprocha igualmente el no establecer diferencia alguna entre el derecho a la prestación y el derecho a invocar la coacción, pues - como lo ha establecido muy bien la doctrina moderna -, la acción judicial es un derecho autónomo. Un ejemplo bien claro lo constituyen las obligaciones naturales, en las que hay derecho a la prestación pero no existe la posibilidad de accionar judicialmente (20).

Aun cuando no se prohíjen las tesis de Kelsen, una vez más hay que insistir en la profundidad y hondura de sus especulaciones, que responden rigurosamente a postulados sistemáticos y ofrecen al jurista un riquísimo filón de investigaciones y meditaciones. En ellas, además, se hace palpable el anhelo legítimo y fervoroso de hacer auténtica ciencia del derecho.

En cuanto al problema de las personas jurídicas, no siendo éste lugar adecuado para discurrir sobre él, por requerir un examen detallado y minucioso en extensión y profundidad, queremos dejar claro que nos hallamos muy distantes de la concepción kelseniana, puramente normativa, y en contra de ella consideramos que sin desmedro del rango científico del derecho, son aprovechables para el esclarecimiento del punto ciertos avances consolidados de otras ciencias como la sociología y la psicología.

**DERECHO PRIVADO - DERECHO PUBLICO.** - La persistencia de estas nociones antitéticas obedece exclusivamente, según Kelsen, a intereses de orden político. Inútil buscar una razón científica que dé validez a esta polaridad de conceptos que ha informado secularmente la teoría del derecho y la legislación.

Los romanos ensayaron un criterio de distinción tomando como fundamento el interés amparado por la norma, el objetivo que ésta pre-



tendía realizar. Se clasificaban entonces como normas de derecho público las que miraban al bien de la comunidad y de derecho privado aquéllas que marcaban su acento en la utilidad de los individuos.

Este enfoque del problema - defendido aun por teóricos modernos - tiene el inconveniente de pretender una división tajante entre la utilidad pública y los intereses privados, la que no siempre es posible como que la situación del individuo frente a la colectividad no es en todo momento conflictiva. La protección por la norma de un interés individual es ya la expresión de uno colectivo. Además, una clasificación científica de las reglas de derecho sólo puede intentarse desde una perspectiva imanentista. El fin, en cambio, trasciende la esfera jurídica y por tanto es obviamente inidóneo para servir de base a tal clasificación.

Otros teorizantes han planteado la diferencia entre ambos ordenamientos a partir de las relaciones jurídicas que uno y otro constituyen. El derecho público **subordina** la voluntad de un sujeto inferior a la de otro superior, mientras el derecho privado **coordina** voluntades de sujetos que actúan en un plano de igualdad. Estas últimas son propiamente las relaciones de derecho, pues las primeras lo son más bien de poder. Tal doctrina atribuye un mayor valor a la voluntad de ciertos sujetos, como el Estado, cuyas órdenes unilaterales deben ser obedecidas por determinadas personas, so pena de sufrir la correspondiente sanción, impuesta por el Estado mismo. Allí radica la fuerza vinculante del derecho público. En cambio, la obligatoriedad de las normas de derecho privado deriva del querer mismo del obligado quien queda sujeto, en caso de violar lo convenido, a un acto de coacción que emana del poder público y no de la misma persona facultada para exigir el cumplimiento de la obligación respectiva.

Tampoco por ese camino puede llegarse a una nítida diferenciación entre ambos ordenamientos, pues no siempre las obligaciones de derecho privado nacen del pacto, ni siempre las de derecho público surgen de la orden unilateral. De otro modo: muchas veces la declaración unilateral de voluntad tiene poder de vinculación en el sistema normativo llamado derecho privado y en cambio la obligación de derecho público nace tan sólo de un acto de asentimiento del súbdito, como ocurre en los contratos administrativos. No siempre la autonomía rige las relaciones privadas ni la heteronomía las públicas. Además, el campo contractual es sólo un sector del derecho privado y no todo él.

No sobra agregar que tampoco es cierto que toda relación de derecho público implique subordinación, porque puede aducirse el caso del derecho internacional que coordina las "voluntades estatales" sin perder por ello su carácter de público.

En último término la diferencia entre los dos derechos se reduce a la estructura diversa de sus normas: las de derecho público tienen como condición un acto de poder, mientras las de derecho privado imputan la coacción a un hecho condicionante que consiste en un acto consentido. Ahí se revela la inconsistencia del dualismo, pues ni la voluntad ni el poder tienen fuerza obligatoria immanente. En otras palabras: una norma jurídica no obliga porque se asiente sobre un acto de poder o sobre uno de voluntad, sino por su armonía con otra que la precede jerárquicamente y que se va individualizando cada vez más a medida que se desciende en la pirámide jurídica. Toda regla particular de derecho continúa un proceso de formación de la voluntad estatal, iniciado por una más general y que ocupa un rango superior.

Empero, la contraposición de conceptos que venimos examinando cumple una función política claramente advertible, según Kelsen. El antagonismo entre voluntad y poder supone lógicamente la distinción entre Derecho y Estado, que tiende a liberar en gran parte al último del primero. Al atribuir a la voluntad del Estado un mayor valor, - como atrás queda dicho -, se coloca en situación de privilegio a los individuos que le sirven de órganos. Los actos realizados por los funcionarios, en ejercicio de sus facultades y con la pretensión de cumplir una función estatal, están amparados con una presunción de juridicidad que no siempre se apoya en el ordenamiento positivo, sino que se infiere de la esencia misma del derecho público, por lo cual Kelsen la tilda de "dogma jusnaturalista". Naturalmente en dicha presunción pueden escudarse los intereses de clase o de casta que representan los hombres investidos de poder.

Este empeño mal disimulado de apartar del Estado las ligaduras jurídicas, se revela sobre todo en una marcada independencia de la rama administrativa, fértil dominio del derecho público. De la teoría, por cierto muy razonable, según la cual deben ser más amplios los poderes discrecionales del derecho administrativo, que el arbitrio judicial, se ha dado una versión exagerada y llena de sentido político. De acuerdo con ella, se establece un paralelo entre jurisdicción y administración en los siguientes términos: los órganos encargados de actuar las normas jurídicas generales, de aplicarlas al caso concreto, están materialmente vinculados por tales normas y las decisiones que profieran sólo pueden ser inferencias lógicas de ellas. (Esta tesis, como lo expusimos al analizar el primer dualismo, ha sido combatida exitosamente por Kelsen). La administración, en cambio, puede moverse libremente en una esfera independiente de la legislación, determinada por la voluntad de los superiores jerárquicos. El acto administrativo - que tipifica mejor que ninguno al acto jurídico de derecho público - produce por sí solo efectos jurídicos, sin necesidad de

ley que lo respalde. Esa es la teoría de la **vigencia sustantiva del acto administrativo**, sustentada por Otto Mayer. Ligada estrechamente al régimen de la monarquía constitucional, ha consistido su misión histórica en liberar al monarca del yugo de la legislación democrática y permitirle la creación autocrática de derecho, haciendo nugatoria en gran parte la función del parlamento.

La relación antagónica entre derecho privado y público está, pues, fundamentada en la oposición conceptual de voluntad y poder, derecho y fuerza y es mero corolario de la distinción entre Derecho y Estado, de tan honda raigambre en todas las doctrinas jurídicas anteriores al normativismo. Se trata, a juicio de Kelsen, de una distinción transistemática y metajurídica que sólo puede encontrar apoyo en argumentaciones de tipo ideológico que pugnan abiertamente con los juicios objetivos que deben regir la estructura de una auténtica ciencia jurídica.

El dualismo queda superado mediante la concepción puramente formalista del Estado de Derecho, según la cual el Estado realiza todos sus actos con fundamento en un orden jurídico con el cual se confunde. Todo Estado posee (es) necesariamente un ordenamiento de derecho, no importa cuál sea su origen (la voluntad del pueblo o el capricho del autócrata), es decir, un orden coactivo regulador de la conducta intersubjetiva, que parte de la norma jurídica fundamental - hipotética - y desciende hasta las normas individuales, pasando por las generales. En este sentido todo Estado es Estado de Derecho.

No obstante Kelsen anota que dentro de su sistema cabe la distinción entre actos jurídicos unilaterales y bilaterales (autónomos y heterónomos), según el mismo principio que permite distinguir diversas formas de Estados, a saber: los modos de producir el derecho. Si en el proceso de creación jurídica participan los mismos individuos que van a quedar obligados por la norma, se está en presencia de una democracia; pero si tal creación es el fruto de una voluntad distinta, frente a la cual los obligados aparecen como súbditos, nos hallamos ante un sistema manifiestamente autocrático. Mas si la teoría de las formas de Estados se enlaza a la creación de las normas jurídicas superiores, la antítesis entre derecho público y privado hace referencia a la producción de normas situadas en un grado inferior. En este sentido puede decirse que el derecho público es una forma autocrática de creación jurídica, mientras el derecho privado es la forma democrática. No se trata ya de una escisión total, sino de una diferenciación intrasistemática, de orden puramente técnico.

Entonces puede decirse que, en sentido estricto, todo derecho es derecho público, derecho del Estado. Por tanto, si no se pierde de vista que todo ordenamiento jurídico está integrado por normas generales y par-

ticulares (leyes y sentencias) y no sólo por las primeras, como se cree a menudo, preciso es concluir que tanto participa en la formación de la voluntad estatal quien elige, mediante el sufragio, los miembros de un parlamento, como el que por medio de una demanda provoca una decisión jurisdiccional (21).

La disolución del dualismo que hemos venido exponiendo es secuela ineludible de la concepción monista de Derecho y Estado, como dejamos dicho más arriba. Derruida la idea del Estado como poder y desechadas las nociones de persona jurídica y sujeto de derechos, fenómenos todos que se resuelven en la norma, cae por su base toda contraposición de conceptos que pretenda situarse más allá del campo puramente normativo. Admitidas las tesis básicas del formalismo, las conclusiones se van eslabonando maravillosamente, formando un sistema donde la lógica y la coherencia no son, ciertamente, virtudes secundarias. A esa premisa fundamental de la doctrina de Kelsen, cual es la identificación de Estado y Derecho, nos referiremos enseguida. Por el momento bástenos decir que rechazada esa actitud monista, los conceptos de derecho público y privado - "anteriores a toda experiencia jurídica", según Radbruch (22) - plantean un interrogante pleno de sentido, a pesar de la finura analítica que ha derrochado el jurista vienés al combatirlos.

**ESTADO - DERECHO.** - Con ser todas las tesis de Kelsen originales y audaces en alto grado, talvez ninguna como su reducción del Estado al Derecho ha ocasionado una más honda conmoción en la dogmática jurídica tradicional y moderna. Mejor que en cualquiera otra, se patentiza en tal actitud la tendencia innovadora y heterodoxa del normativismo instaurado por la Escuela de Viena. Por ello ha sido materia de reiteradas objeciones y blanco de encendidas réplicas.

Hasta Kelsen, la distinción entre orden jurídico y organización estatal puede considerarse como una constante en el desenvolvimiento histórico de las doctrinas jurídicas y políticas. Las corrientes imperantes, separadas por notables divergencias, han coincidido en tratar a Estado y Derecho como a dos entidades distintas, y se han planteado el problema de sus relaciones recíprocas.

La "Teoría General del Estado", de G. Jellinek es elegida por Kelsen como la exposición más representativa de las tesis tradicionales y a ella especialmente dirige sus críticas.

Dentro de esa concepción dualista, el Estado es ante todo una realidad social cuya nota distintiva es el poder. Como tal, existe independientemente del Derecho y cae bajo el análisis de la sociología (doctrina sociológica del Estado). Por este aspecto puede definirsele como "unidad

**de asociación** dotada originariamente de poder de dominación, y formada por hombres asentados en un territorio" (23). En ese sentido, el ser real del Estado se opone al deber ser ideal de la norma. Pero de otra parte es preciso conocer jurídicamente al Estado, como sujeto de derechos y obligaciones, es decir, vinculado - **autolimitado** - por el derecho que él mismo crea. Entonces su definición como entidad jurídica puede intentarse a partir del concepto de corporación: "la **corporación** formada por un pueblo, dotada de un poder de mando originario y asentada en un determinado territorio" (24). Siendo la misión del Estado producir el derecho no puede aquél pensarse sin éste, ni viceversa, pero uno y otro conservan su propia entidad.

En esa elaboración metajurídica del Estado encuentra Kelsen una palmaria contradicción ya que aparece (el Estado) como condicionante del Derecho, puesto que él lo crea, y a la vez condicionado por él. Pero la doctrina tradicional se empeña a ultranza en mantener el dualismo, pues éste cumple una función ideológica inapreciable. Hay que justificar al Estado por el Derecho y esto sólo se logra haciendo resaltar al primero como una persona distinta del segundo y a éste como un orden equitativo y justo. De esa manera el poder del Estado, la fuerza, se legitima y trueca en juridicidad, sinónimo de justicia. Así se arriba a la noción de Estado de Derecho en su significación material. Semejante justificación - en opinión de Kelsen - vale tanto como una de orden metafísico o religioso, o sea, es científicamente irrelevante.

Si se desechan esos elementos ideológicos que turban el juicio científico y empañan la verdad jurídica y se emprende, en cambio, la elucidación del fenómeno estatal a través de un severo análisis formal y objetivo, se descubre entonces que la entidad llamada Estado es sólo una institución reguladora de la conducta humana intersubjetiva, mediante un orden normativo que organiza la coacción social; y si el Derecho es éso, un sistema de normas coactivas vigente para la misma comunidad, su identificación con el Estado es conclusión necesaria dentro de la perspectiva kelseniana. No pertenece, pues, a la realidad social - ser - sino a la esfera normativa - deber ser - y por tanto su examen sociológico carece de sentido. Pero Kelsen aclara que no todo derecho coincide con el Estado pues a éste sólo se llega por un proceso de centralización del ordenamiento jurídico, que se echa de menos en las comunidades primitivas. Los órganos que crean y aplican el derecho sólo aparecen en una etapa histórica más avanzada, coincidente con la división social del trabajo. En los estadios anteriores la función jurídica creadora la cumplen los usos y costumbres, y la aplicación de las normas que así surgen, las realizan los propios interesados en su ejecución. No obstante, entre ese Derecho embrionario y el Estado,

media tan sólo una diferencia cuantitativa, de grado. Kelsen da, pues, cabida en su sistema al derecho preestatal. Asimismo la insuficiente centralización del derecho internacional, que es apenas un orden jurídico en ciernes, explica su no coincidencia con un Estado.

Dentro de esa teoría estrictamente normativista pregonada por Kelsen, el Estado es solamente la **personificación del orden jurídico total**. Por **personificación** entiende Kelsen "una expresión unitaria que sirve para formarnos una idea más clara de las cosas, una construcción auxiliar de la que puede hacer uso o no el conocimiento jurídico cuando trata de comprender, es decir, de reducir a unidad su materia, las normas del derecho" (25). Como quien dice, un mero truco del entendimiento para facilitar la función cognoscitiva. De ese modo desplaza Kelsen un problema ontológico hacia el campo gnoseológico, repitiendo la peripecia kantiana.

Como unidad sistemática de normas el Estado es un **centro de imputación**. Dinámicamente sólo puede manifestarse mediante actos jurídicos realizados por los individuos que le sirven de agentes. Pero el problema surge cuando uno se pregunta porqué esos actos no les son imputados a sus autores sino al Estado? Como siempre, la respuesta adecuada sólo puede hallarse en la norma: porque ésta dispone que la conducta de un hombre tenga significación estatal, esto es, sea referida (imputada) a la unidad del ordenamiento jurídico, cuando se ha cumplido bajo las condiciones que él estatuye. Justamente, como punto de referencia de tales actos, el Derecho es personificado por el Estado en los términos arriba indicados. Kelsen observa que la concepción dualista obedece con frecuencia a la necesidad que tienen algunos de representarse concretamente el centro de imputación - noción enteramente abstracta - como algo distinto del ordenamiento jurídico mismo. (26). Deriva de un error epistemológico consistente en atribuirle entidad como objeto autónomo, a lo que en principio fue un mero auxiliar del conocimiento.

Dentro del sistema monista, la teoría del Estado no es más que una parte de la teoría del derecho. En efecto, las cuestiones que tradicionalmente han constituido la problemática de aquélla, se reducen a meras reflexiones acerca de la validez y modo de creación de las normas jurídicas. El examen teórico de los "elementos del Estado" (poder público, territorio y población), es un modo de tratar la validez de las reglas de derecho en sus diversos aspectos.

El **poder público** es concebido por Kelsen como la vinculación por el ordenamiento estatal, de los individuos que "constituyen" el Estado. Ahora bien: como dicho ordenamiento coincide con el sistema jurídico normativo, el problema del poder se resuelve en la validez objetiva de las

normas de derecho, consideradas en sí mismas. Por tal **validez** debe entenderse la existencia particular y específica de las normas, independientemente de su observancia. Una cosa es que la norma exista (que sea válida) y otra es que se cumpla (que sea eficaz), si bien es cierto que la validez supone un *mínimum* de eficacia. Kelsen piensa el poder en función de derecho y por eso su teoría se enlaza al concepto de validez. Por el contrario, la doctrina dominante lo concibe en función de fuerza (capacidad efectiva del Estado de hacer cumplir los preceptos jurídicos o aplicar la coacción correctamente cada vez que se violen) y lo relaciona con la eficacia. Entre la primera teoría y la segunda media la misma distancia que entre lo jurídico y lo fáctico. "El sentido del poder o dominación estatal no es el de que unos hombres estén sometidos a otros, sino el de que todos los hombres estén sometidos a las normas, si bien son hombres los que las crean - con sujeción a otras normas -", subraya Kelsen (27).

Los otros dos elementos - territorio y pueblo - no son más que los ámbitos de validez espacial y personal, en su orden, del ordenamiento jurídico. Uno y otro concepto están desprovistos de toda significación distinta de la meramente normativa. La unidad del territorio puede predicarse en cuanto rija dentro de él un sistema normativo unitario; y la del pueblo, en cuanto existan normas comunes, obligatorias para todos los miembros de la comunidad. Kelsen agrega un tercer ámbito de validez, el temporal, y se muestra sorprendido de que la doctrina tradicional no lo haya tomado en cuenta, pues sin él no es posible inquirir por la vigencia del derecho. De suerte que el asunto tratado por la doctrina dominante bajo el rótulo de **elementos del Estado** no es más que la cuestión planteada, con un criterio estrictamente normativista, de **cómo, dónde, para quiénes y cuándo**, es válido un ordenamiento jurídico.

Lo atingente a las divisiones territoriales del Estado y a las Uniones de Estados se estudia en la teoría del derecho dentro del problema general de la centralización y la descentralización del sistema jurídico normativo, en relación con su ámbito de validez espacial. Finalmente, las formas de Estados y la teoría de los poderes (ramas del poder) quedan suficientemente esclarecidas al analizar el proceso de formación de la "voluntad estatal", es decir, los modos de creación de las normas jurídicas, a que hicimos alusión en otro lugar de este trabajo.

Un escollo nada fácil de superar, en estas especulaciones sobre Derecho y Estado, es el problema de la **soberanía**. Se piensa en el Estado como soberano, en la medida en que el orden jurídico que él personifica es tenido como supremo. Tal es el dogma que ha servido de base a todas las teorías tradicionales, a partir de Bodin. Pero modernamente, a medida que se logran avances decisivos en el campo del derecho internacional y

se acrecienta la necesidad de estrechar los vínculos comunitarios de los Estados, ese concepto absoluto de soberanía pierde terreno progresivamente y su descrédito se hace cada vez más notorio. Cuando el derecho internacional comienza a cobrar vigor como sistema normativo superior al derecho nacional (y el Estado sólo es personificación de éste), el concepto de soberanía se relativiza. Se dice entonces que el Estado es poder supremo únicamente en cuanto "voluntad positivamente supraordinada" respecto de los individuos y comunidades que lo integran; pero en relación con los demás Estados es sólo "independiente" ya que se encuentra coordinado con ellos. Se acude, pues, a una doble proyección del concepto de soberanía: hacia el interior y hacia el exterior, significando supremacía en el primer caso e independencia en el segundo. Pero la coordinación de los Estados por una norma que se encuentra por encima de ellos, regulando sus relaciones y asignándole a cada uno un puesto dentro del sistema, significa que éstos frente a aquélla no son más que ordenamientos jurídicos delegados, parciales. Si sobre el Estado pesan ya obligaciones que se le imponen desde afuera, ni siquiera en su proyección interna puede considerársele como orden supremo. La teoría conciliatoria que intenta compaginar la soberanía del Estado como poder supremo con la sujeción del mismo al derecho internacional, equivale - según Kelsen - a ésta afirmación: "la soberanía es la propiedad de ser superior a los inferiores" (28).

Dando un perfecto vuelco de perspectivas, la mentalidad universalista del maestro vienés ha llegado a una solución del problema, haciendo un enfoque de la soberanía desde el ángulo del derecho internacional y no al revés, como se venía intentando. Como atrás queda dicho, el derecho internacional es todavía un orden jurídico primitivo que acusa un grado muy alto de descentralización por carecer de órganos perfectos, adecuados para la creación y aplicación de sus normas. Delega entonces esas funciones en los Estados (éstos sí comunidades jurídicamente evolucionadas) que hacen las veces de órganos. Se habla así de la soberanía del Estado en el sentido de que éste crea su propio derecho y es juez en sus propias causas, gracias todo ello al derecho internacional que en tal situación lo ha puesto. "El Estado es la última instancia establecida por el derecho internacional, y precisamente en eso consiste la soberanía que al Estado otorga aquél. De ese modo la soberanía y el derecho internacional no sólo son compatibles sino que aquélla no existe sino sobre la base de éste" (29).

Colocando al orden jurídico interestatal por encima del derecho interno y, en consecuencia, por encima del Estado, se concluye que la existencia de aquél no está sujeta a su reconocimiento por parte de éste sino que, al contrario, un Estado sólo nace a la vida jurídica cuando el

derecho internacional así lo ha reconocido. Esta interpretación del mundo jurídico a partir del derecho internacional ofrece la ventaja de permitir la legitimación de ciertas situaciones contrarias al derecho interno. Así por ejemplo, la revolución, que es el rompimiento por la fuerza con el orden vigente en un Estado, puede ser legítima en virtud del principio de efectividad (pilar del derecho internacional), según el cual es legítimo todo gobierno independiente que sea capaz de hacer respetar sus normas de modo duradero, aun cuando no tenga origen en el derecho (interno).

Una gran parte de los progresos teóricos del derecho internacional moderno los debe éste a la Teoría Pura del Derecho. No es un azar que dos de los internacionalistas más eminentes de la época actual, Verdross y Kunz, hayan sido discípulos de Kelsen.

Para concluir, diremos tan sólo que no adherimos a la teoría monista de Kelsen pero reconocemos en ella la obra de una inteligencia excepcional. Ha planteado problemas y propuesto soluciones cuya contradicción no es posible sin emular con su autor en el empleo del método científico y en el uso del rigor dialéctico. Aun sus más irreductibles críticos tienen que reconocerla como axial en éste tipo de investigaciones.

Con posterioridad a ella, y a manera de réplica, un jurista alemán (Hermann Heller) elaboró una Teoría del Estado que, a nuestro juicio, señala derroteros amplios y promisorios en este inmenso campo especulativo, como que no renuncia a la fundamentación de la entidad estatal en supuestos de hecho (doctrina sociológica), ni a su valoración política, sin que por ello degenera en vana ideología. Adscrito como Kelsen a la corriente neokantiana, pero más cerca de la escuela Badense que de la de Marburgo, rechaza la separación radical de ser y deber ser como categorías lógicas y afirma la unidad dialéctica de las mismas. El valor se halla entreverado dialécticamente con la realidad, de tal manera que no es posible ninguna construcción teórica a base solamente de juicios del ser, con prescindencia total de los juicios de valor. El Estado y el Derecho no se confunden - como en Kelsen - pero tampoco se oponen - como en la doctrina tradicional - sino que, "se encuentran entre sí en vinculación correlativa". (30). Empero, si algo censurable se encuentra en la obra de Heller es, precisamente, ciertos juicios apasionados sobre las tesis normativistas.

Dos lecciones ejemplares ha dado Kelsen a los juristas de este siglo: el empleo riguroso de un método en las investigaciones jurídicas, lo que ha sido - por desgracia - algo desusado en los trabajos de esa naturaleza, y su entrañable e irrevocable vocación por el Derecho, pensado como

ciencia, lo que lo ha distinguido como el jurista más destacado de los últimos tiempos.

Con Hans Kelsen, la ciencia jurídica ha logrado avances de impensada trascendencia y conquistas invaluable. Pero aun cuando su obra fuera definitivamente superada, permanecería impertérrita como el fruto prodigioso de una mente genial.

Agosto de 1.961.

## NOTA BIBLIOGRAFICA

- 1 Kunz, Josef L.: La Teoría Pura del Derecho, págs. 140 y 141. Ed. Imprenta Universitaria, Méjico, 1.948.
- 2 Kelsen, Hans: Teoría Pura del Derecho, pág. 15. Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1.960.
- 3 Kelsen, Hans: La Teoría Pura del Derecho y Teoría Ecológica, Rev. Estudios de Derecho, Vol. XV, pág. 514.
- 4 Cossio, Carlos: Teoría de la Verdad Jurídica, pág. 276, Ed. Losada S. A. Buenos Aires, 1.954.
- 5 Nieto Arteta, Luis E.: La Interpretación Exacta de la Teoría Pura del Derecho, Rev. Universidad de Antioquia, Vol. XIII, págs. 222 y 223.
- 6 Radbruch, Gustavo: Filosofía del Derecho, págs. 24 y ss. Ed. Revista del Derecho Privado, Madrid, 1.952.
- 7 Del Vecchio, Giorgio: Filosofía del Derecho, págs. 164 y ss., Ed. Bosch, Barcelona, 1.953.
- 8 Ebenstein, William: La Teoría Pura del Derecho, pág. 98, Ed. Fondo de Cultura Económica, Méjico, 1.947.
- 9 Kelsen, Hans: La Idea del Derecho Natural y otros Ensayos, págs. 21 y 22, Ed. Losada S. A., Buenos Aires, 1.946.
- 10 Kelsen, Hans: Idem, pág. 23.

- 11 Ebenstein, William: Op. cit. pág. 113.
- 12 Kelsen, Hans: La Idea del Derecho Natural y otros Ensayos, págs. 24 y ss.
- 13 Radbruch, Gustavo: Op. cit. pág. 90.
- 14 Camus, Albert: La Caída, pág. 41, Ed. Losada S. A., Buenos Aires, 1.957.
- 15 Kelsen, Hans: La Idea del Derecho Natural y otros Ensayos, pág. 37.
- 16 Kelsen, Hans: Teoría Pura del Derecho, pág. 106.
- 17 Mantilla Pineda, B.: Filosofía del Derecho, págs. 405 y ss. Ed. Universidad de Antioquia, Medellín, 1.961.
- 18 Kelsen, Hans: Teoría General del Estado, págs. 72 y ss., Editora Nacional, Méjico, 1.959.
- 19 Kelsen, Hans: Teoría Pura del Derecho, págs. 112 y ss.
- 20 García Máynez, Eduardo: Introducción al Estudio del Derecho, pág. 194, Ed. Porrúa, Méjico, 1.958.
- 21 Kelsen, Hans: Teoría General del Estado, pág. 105 y ss.
- 22 Radbruch, Gustavo: Op. cit. pág. 167 y ss.
- 23 Jellinek, G.: Teoría General del Estado, pág. 145, Compañía Editorial Continental S. A., Méjico, 1.958.
- 24 Jellinek, G.: Idem, pág. 147.
- 25 Kelsen, Hans: Teoría General del Estado, pág. 88.
- 26 Kelsen, Hans: Teoría Pura del Derecho, págs. 191 y 192.
- 27 Kelsen, Hans: Teoría General del Estado, pág. 129.
- 28 Kelsen, Hans: Idem, pág. 138.
- 29 Kelsen, Hans: Idem, pág. 145.
- 30 Heller, Hermann: Teoría del Estado, pág. 206, Ed. Fondo de Cultura Económica, Méjico. 1955.